THÈSE DE DOCTORAT

LA VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL EN DROIT OHADA A LA LUMIERE DU DROIT FRANCAIS

Présentée en vue de l'obtention du grade de docteur
en **Droit privé** de **l'Université de Perpignan Via Domitia**

Ecole doctorale INTER-MED ED 544
Unité de recherche CRESEM EA 7397
Axe Normes et Droit comparé

Présentée par *:*
M. Lambouado Raymond OUOBA

Dirigée par :
M. Christophe JUHEL, Professeur, Directeur de thèse
M. Souleymane TOE, Professeur, Co-Directeur de thèse

Soutenue publiquement le **26 janvier 2024** devant le jury composé de :

M. André CABANIS Professeur émérite, Université Toulouse 1 Capitole	Rapporteur
M. Salah-Eddine MAATOUK Professeur, Université Sidi Ben Abdallah de Fès (Maroc)	Rapporteur
Mme Evelyne MICOU MCF HDR, Université de Perpignan Via Domitia	Présidente
M. Romain BOUNIOL MCF, Université de Perpignan Via Domitia	Examinateur
M. Christophe JUHEL Professeur, Université de Perpignan Via Domitia	Directeur de thèse
M. Souleymane TOE Professeur, Université Thomas Sankara (Burkina Faso)	Co-Directeur de thèse

AVERTISSEMENT

L'Université de Perpignan Via Domitia n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

DEDICACES

A mes parents Yombo et Hadissa ;

A mon épouse Zakiatou ;

A mes enfants Linda et Daniel ;

A mes frère et sœurs Aminata, Rodrigue et Nadège.

REMERCIEMENTS

Le travail ici présenté porte notre seul nom, pourtant il est le fruit de l'assistance et de la contribution de plusieurs personnes.

Du simple encouragement, appui ou soutien en passant par un accompagnement quotidien, tout nous a été de la plus grande utilité.

Nos remerciements s'adressent particulièrement aux Professeurs Christophe JUHEL et Souleymane TOE qui ont cru en nous et ont su, par leur bienveillance, leur patience et leur rigueur encadrer cette thèse jusqu'à son achèvement.

Nous remercions l'équipe de l'Ecole doctorale INTER-MED ED 544 et du Centre de Recherche sur les Sociétés et les Environnements Méditerranéens (CRESEM) pour leur bienveillance et leur soutien inestimable pendant ces années de recherche.

Nous remercions également Martha BOEGLIN qui a bien voulu nous convier à ses nombreux ateliers d'écriture, sans oublier Sid Ali MAHROUG, Marie-Laure DENEFFE-DOBRZYNSKI, Claire DELACOURT et Juliette CONSTANTIN pour l'organisation des débriefings hebdomadaires.

Nous remercions enfin la hiérarchie et les collègues pour leur attention particulière tout au long de ces années de recherche.

ABREVIATIONS ET SIGLES

Al.	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
Art.	Article
AUDCG	Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général
AUDCIF	Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière
AUDSC	Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
AUDSCOOP	Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives
AUOS	Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés
BJS	Bulletin Joly Sociétés
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
BRVM	Bourse régionale des valeurs mobilières
CA	Cour d'appel
Cass. com.	Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce français
Civ.	Arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation
COSUMAF	Commission de surveillance du marché financier de l'Afrique centrale
CREPMF	Conseil régional de l'épargne publique et des marchés financiers
D.	Dalloz
éd.	édition

et al.	et autres (à l'intérieur d'une référence exclusivement)
Ibid.	Dans la même source que celle qui est citée dans la référence précédente
Idem	de même
Infra	ci-dessous
JCP	Juris-classeur périodique
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
MDICAPME	Ministère du développement industriel, du commerce, de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises
N°	Numéro
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Op. cit.	*opus citatum* (ouvrage cité, référence citée)
Ord.	Ordonnance
P.	Page
RBD	Revue burkinabè de droit
RCCM	Registre du commerce et du crédit mobilier
RCS	Registre du commerce et des sociétés
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RTD. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
Supra	ci-dessus
UEMOA	Union économique et monétaire ouest-africaine
UMOA	Union monétaire ouest-africaine

SOMMAIRE

Introduction générale

Première partie. La relative perceptibilité de l'attractivité de la variabilité du capital social

Titre 1. La variabilité du capital social, une technique sociétaire favorable au financement de la société

Chapitre 1. Le financement possible par la nature de la technique de variabilité du capital social

Chapitre 2. Le financement propice de la société par le régime de la technique de variabilité du capital social

Titre 2. Un aménagement du capital social facilité par la clause de variabilité

Chapitre 1. Le domaine légal de la variabilité en lien avec l'aménagement du capital social

Chapitre 2. Les modalités de mise en œuvre de la clause de variabilité dans l'aménagement du capital social

Seconde partie. L'attractivité perfectible de la variabilité du capital social

Titre 1. La réalité des facteurs de risque de la variabilité du capital social

Chapitre 1. La fréquence de la mobilité des associés dans les sociétés à capital variable

Chapitre 2. La dilution des droits sociaux

Titre 2. L'atténuation possible des risques de la variabilité du capital social

Chapitre 1. L'atténuation des risques de la variabilité du capital par la protection de la société

Chapitre 2. L'atténuation des risques de la variabilité du capital par la protection des tiers

Conclusion générale

INTRODUCTION GENERALE

1. L'importance des sociétés commerciales n'est plus à démontrer, dans la mesure où « elles possèdent la plupart des moyennes et grandes exploitations industrielles et commerciales »[1]. Elles permettent, en effet, de réunir des biens, des moyens, des capitaux et des compétences, en vue de créer des entreprises de petite, moyenne ou grande taille dans tous les domaines, tels les domaines industriel, commercial, agricole ou financier, démontrant ainsi leur apport au développement économique et social de tout Etat. Les sociétés commerciales, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique[2], sont régies par les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Elles demeurent également soumises aux lois nationales non contraires aux dispositions de l'Acte uniforme[3].

2. L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a été créée par le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé le 17 octobre 1993, à Port-Louis sur l'Ile Maurice. Il y a lieu de relever que lors de leur indépendance, les Etats parties de l'OHADA avaient hérité dans la plupart des cas du droit français des sociétés, droit de leur ancien pays de rattachement[4]. En effet, « avant leur indépendance, les Etats africains étaient entièrement soumis au principe de la spécialité législative : les lois françaises ne

---

[1] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, *Les sociétés commerciales,* t. 2, LGDJ, Paris, 21e éd., 2014, n°1502, p. 12.

[2] Art. 1 AUDSC révisé.

[3] Dans le cadre de la présente étude, les termes « Acte uniforme » désigne l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSC), même si, à ce jour, l'OHADA compte onze Actes uniforme. Il s'agit de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (adopté le 10 avril 1998), l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route (adopté le 22 mars 2003), l'Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général (adopté le 15 décembre 2010), l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (adopté le 15 décembre 2010), l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés (adopté le 15 décembre 2010), l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (adopté le 30 janvier 2014), l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (adopté le 10 septembre 2015), l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière (adopté le 26 janvier 2017), l'Acte uniforme relatif à la médiation (adopté le 23 novembre 2017), l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (adopté le 23 novembre 2017) et l'Acte uniforme relatif au Système comptable des entités à but non lucratif (adopté le 22 décembre 2022). Voir https://www.ohada.com/textes-ohada/actes-uniformes.html, consulté le 20 septembre 2023, à 17h41.

[4] B. MARTOR *et al., Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, Paris, 2004, n° 287, p. 67.

s'appliquaient que si elles avaient fait l'objet d'une extension particulière »[5]. C'est ainsi qu'à titre illustratif le Code de commerce français avait été étendu à l'ensemble de l'Afrique occidentale française par décret du 06 août 1901 et à l'ensemble de l'Afrique équatoriale française par décret du 15 janvier 1910[6] ; ces territoires regroupant aujourd'hui l'essentiel des Etats parties au Traité de l'OHADA. Au moment de l'indépendance de la plupart des Etats africains, l'activité législative demeurera relativement réduite[7]. A cette époque effectivement, le droit des sociétés par actions constitué par la loi de 1867 et le droit régissant la société à responsabilité limitée introduite en France par la loi du 07 mars 1925 seront applicable aux colonies ; il en sera de même des modifications successives de ces textes et ce, par décret n°56-1144 du 13 novembre 1956[8].

3. L'adoption de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a consisté à apporter une réforme du droit des sociétés dans tous les Etats membres de l'OHADA[9]. Le législateur de l'OHADA s'est, en effet, inspiré du droit français des sociétés pour élaborer l'Acte uniforme, mais en l'adaptant au contexte socio-économique du continent africain[10]. Cette adaptation consacrera plusieurs innovations du droit OHADA, autrement dit des éléments de différenciation par rapport au droit français et ce, dès l'adoption de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique le 17 avril 1997. L'un de ces innovations est la possible constitution de la société anonyme par un seul actionnaire. Cette innovation figure à l'alinéa 2 de l'article 385 dudit Acte uniforme. Or, en droit français, la société anonyme ne peut pas être constituée par un seul actionnaire ; elle doit comporter au moins deux associés, conformément à l'alinéa 2 de l'article L. 225-1 du Code de commerce.

Quoi qu'il en soit, de cet ancien rattachement et de cette source d'inspiration, il ressort que le droit OHADA et le droit français appartiennent tous les deux à la famille romano-germanique. Celle-ci « regroupe les systèmes juridiques formés sur la base du droit romain, fondés principalement sur la loi écrite, souvent sur la codification »[11].

---

[5] FÉNÉON A., *Le droit des sociétés en Afrique OHADA*, LGDJ, Paris, 3e éd., 2022, n°2, p. 16.
[6] *Ibid.*, n°3, p. 17.
[7] *Ibid.,* n°4, p. 17.
[8] *Ibid.*
[9] . *MARTOR et al., op. cit., n° 287, p. 67*
[10] *Ibid*., n° 288, p. 68.
[11] J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2012, n° 131, p. 161.

4. A l'origine, la création de l'OHADA résulte de la volonté des Etats de la Zone Franc[12] de créer « un cadre juridique simple, moderne et adapté à la conduite des affaires », en vue d'assurer essentiellement leur développement économique et social[13]. A ce jour, elle va au-delà de la Zone Franc et regroupe dix-sept Etats membres, constituant ainsi l'espace OHADA. Elle est à la fois une organisation et un Traité[14] dont l'objectif principal est de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire existant dans les Etats parties. Elle vise également à mettre à la disposition de chaque Etat des règles communes simples, modernes adaptées à la situation économique, de promouvoir l'arbitrage comme instrument rapide et discret de règlement des litiges commerciaux, de préparer l'intégration économique régionale. Le Traité instituant cette Organisation a inscrit en son article 2 les matières devant faire l'objet d'une harmonisation, dressant une liste où figure le droit des sociétés.

5. Ensemble des règles juridiques applicables aux sociétés, le droit des sociétés a été l'une des trois premières matières à faire l'objet de règlementation dans l'espace OHADA avec l'Acte uniforme adopté à Cotonou, au Bénin, le 17 avril 1997 et révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou au Burkina Faso. Cet Acte uniforme s'applique à toutes les sociétés commerciales, qu'il s'agisse de sociétés commerciales par la forme ou par l'objet, de sociétés commerciales à statut particulier comme les sociétés anonymes de banque ou d'assurance, de sociétés commerciales dans lesquelles un Etat et/ou ses démembrements sont associés comme les sociétés d'Etat et les sociétés d'économie mixte[15]. Sont donc exclus du champ d'application de cet Acte uniforme les établissements publics de l'Etat, quels que soient leur spécificité et leur degré d'autonomie, les sociétés civiles, les sociétés coopératives[16] ; ces dernières feront d'ailleurs l'objet d'un Acte uniforme adopté le 15 décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives.

La réforme de l'Acte uniforme entreprise le 30 janvier 2014 avait notamment pour objectif la simplification des règles, des formalités et procédures de fonctionnement des sociétés commerciales, notamment l'augmentation de capital, la transformation, la fusion, etc.[17] Cette

---

[12] Les Etats de la Zone Franc concernés regroupent des Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) et l'Union des Comores. Voir https://abc-economie.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/fiche_zone-franc.pdf, consulté le 21 septembre 2023, à 18h15.
[13] B. MARTOR *et al., Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, *op. cit.*, n° 3, p. 1.
[14] J. PAILLUSSEAU, *Le droit OHADA, un droit très important et original, Pratique et actualités du droit OHADA, Journées d'études Juriscope Poitiers*, p. 101, OHADATA D-12-74.
[15] A. FÉNÉON, *op. cit.*, n°10, p. 19.
[16] *Ibid.*
[17] W. D. KABRE, Communication sur la Révision de l'AUDSC, Université OHADA 2014, Ouagadougou, 22-24 décembre 2014.

réforme visait « principalement à améliorer l'environnement du droit des affaires dans l'espace ohada par l'actualisation et la modernisation du droit des sociétés commerciales »[18], surtout après celles de l'Acte uniforme portant droit commercial général et de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, toutes deux intervenues le 15 décembre 2010.

Une des innovations majeures introduites par la réforme de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique est la variabilité du capital social. En effet, le législateur OHADA a introduit dans la première partie de l'Acte uniforme relative aux dispositions générales sur les sociétés commerciales, le livre 10 nouveau intitulé « Capital variable »[19]. Cette innovation porte sur l'élément fondamental de la société qu'est le capital social. Il convient conséquemment de s'y intéresser afin de faire ressortir, entre autres, ses intérêts, apports et implications.

6. Concepts fondamentaux de l'analyse : société. La société est, selon la définition qu'en donne l'article 1832 du Code civil, un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les sociétés sont variées et peuvent faire l'objet de nombreuses classifications, dont celle séparant les sociétés civiles et les sociétés commerciales. La société civile est un type de société dont l'objet est tourné vers la réalisation d'une activité non commerciale, notamment libérale, artisanale ou agricole, et pour laquelle les associés n'ont pas adopté une formule de société commerciale par la forme[20]. La société commerciale est, quant à elle, le type de société créé par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter[21]. Elle peut également être créée par une seule personne dans un acte écrit[22]. Ainsi, une seule personne peut créer une société à responsabilité limitée, une société anonyme ou une société par actions simplifiée ; ce qui n'est pas envisageable pour la société en nom collectif et la société en commandite simple. Il convient de relever que la réforme de l'Acte uniforme intervenue le 30 janvier 2014 a maintenu l'existence de ces deux sociétés qui sont de moins en moins utilisées de nos jours[23].

[18] A. FÉNÉON, *op. cit.*, n°23, p. 24.
[19] Voir art. 269-1 à 269-7 AUDSC.
[20] R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique,* Litec, Paris, 3e éd., 2008, p. 375.
[21] Art. 4 al. 1 AUDSC.
[22] Art. 5 AUDSC.
[23] A. FÉNÉON, *op. cit.*, n°18, p. 22.

Principal acteur de la vie des affaires, la société commerciale est constituée en vue d'affecter des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie à une activité, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Il ressort de la définition de la société par les articles 1832 du Code civil et 4 de l'Acte uniforme que « la constitution de la société comporte l'ensemble des opérations, décisions et formalités qui permettent de rassembler économiquement et d'affecter juridiquement un patrimoine, une entreprise en vue de lui faire attribuer la personnalité juridique nécessaire à sa gestion »[24].

A l'approche classique de la société, suivant les thèses contractuelles et institutionnelles, s'est substituée l'approche moderne, fondée sur les finalités de la société. Cette approche définit la société comme une technique juridique d'organisation de l'entreprise ; d'où son nom de doctrine de l'entreprise. Ainsi, l'entreprise constituerait une « collectivité économique et humaine regroupant toutes les personnes liées à l'activité économique commune »[25]. En tant que notion économique et sociale, l'entreprise est le plus souvent identifiée en droit au moyen du sujet de droit, personne physique ou personne morale, qui l'exploite ; d'où la distinction en matière commerciale entre d'une part, l'entreprise individuelle et, d'autre part, la société commerciale[26].

La qualité d'associé s'acquiert en effectuant des apports à la société. L'ensemble des apports effectués par les associés, sauf les apports en industrie, forme le capital social. Cela se comprend aisément dans la mesure où une société commerciale ne saurait être constituée sans capital social, au risque de ne pas être en mesure de réaliser l'objet pour lequel elle a été créée[27]. Le

---

[24] D. AHOUA, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, Thèse, Doctorat de droit privé, Université de Bordeaux, 2015, n° 2, p. 8.
Selon l'auteur, la société se distingue de l'entreprise qui est plus un concept économique dont elle est une technique d'organisation. Le terme société pour la doctrine a deux sens. Il désigne l'acte constitutif de la société, c'est-à-dire soit le contrat de société, soit la personne morale. Voir B. MERCADAL, *Mémento pratique des sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 46e éd., 2015, n° 1, p. 9.
A propos de la définition de la société : voir également les deux théories qui se sont opposées en doctrine sur la nature de la société : thèse contractuelle et la thèse institutionnelle.
La thèse contractuelle tire son fondement des termes de l'article 1832 du Code civil qui définit la société comme un contrat. Cette thèse comportait, toutefois, des insuffisances, dans la mesure où elle ne couvrait pas toute la situation d'une société et s'en tenait, vraisemblablement à la naissance de la société, certains aspects échappant à cette théorie.
La thèse institutionnelle, quant à elle, se fonde sur la règlementation du fonctionnement de la société par le législateur au moyen, notamment, des dispositions d'ordre public.
[25] D. AHOUA, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, *op. cit.*, n° 4, p. 9.
[26] *Ibid*., p. 10
[27] N. E. I. MABIKA, *L'utilité du capital social : étude de droit français*, Thèse, Droit privé, Clermont-Ferrand I, 2010, n° 1, p. 1.

capital social est incontournable pour la société commerciale, puisqu'il se retrouve à la formation de celle-ci, en cours de vie sociale, de même qu'à sa dissolution[28].

7. Capital social. Sur le plan juridique, la définition du capital social n'apparaît pas avec évidence, surtout de la part du législateur qui n'a pas cru nécessaire de le définir dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ou dans le Code de commerce, selon les cas ; d'où la nécessité d'envisager le capital social d'abord en tant que notion comptable[29]. Sous cet aspect, le capital social peut être défini comme « le poste du passif du bilan d'une société qui, exprimé en euros dans ses statuts, et parfois d'un montant minimum impératif, est égal à la somme des apports capitalisés (et éventuellement de valeurs incorporées ultérieurement), et forme sa dette de dernier rang envers ses associés qui tiennent leur créance des titres de capital… »[30]. Ainsi, « le capital social correspond à une dette de la société envers les associés dont l'exigibilité est reportée à la liquidation de la société puisque, tant que la société n'est pas dissoute et liquidée, les associés ne peuvent pas en principe réclamer le montant de leur créance »[31]. Cette définition fait apparaître le capital social sous un « caractère ambivalent très marqué », en raison « de sa perception juridique et de son approche purement comptable »[32]. De plus, la prise en compte des apports capitalisés dans cette définition exclut les apports qui ne sont pas susceptibles d'évaluation pécuniaire, à savoir certains apports en industrie. En effet, « tous les apports ne concourent pas à la formation du capital social, de même que le capital social n'est pas toujours formé que d'apports »[33], référence faite notamment à l'incorporation de réserves et de bénéfices[34]. Ainsi, à défaut de définition légale, le capital social désigne généralement la somme des valeurs mises à la disposition par les associés à la société sous forme d'apports en numéraire ou en nature[35] et, le cas échéant, des valeurs incorporées ultérieurement à la constitution de la société. Il possède donc un double aspect comptable et juridique.

---

[28] *Ibid*., n° 4, p. 4.
Selon l'auteure, lors de la dissolution de la société, le capital social sert à déterminer la responsabilité des dirigeants sociaux sur le fondement de l'action en comblement du passif, l'insuffisance d'actif pouvant résulter du fait que le capital social ait été insuffisamment déterminé. Il en est de même lorsque la dissolution de la société découle d'une mésentente des associés.
[29] R. MORTIER, *Opérations sur capital social*, LexisNexis, Paris, 2010, n° 3, p. 2.
[30] *Ibid.*, n° 5, p. 4.
[31] M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, Paris, 36e éd., 2023, n°608, p. 247.
[32] A. LECOURT, « Capital social », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2020, n° 1, p. 7.
[33] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 3, p. 3.
[34] Voir art. 62 AUDSC.
[35] A. LECOURT, « Capital social », *op. cit.*, n° 1, p. 7.

8. Fonction du capital social. Le capital social est indispensable à la constitution et au fonctionnement de la société, au regard de ses multiples fonctions[36], dont les principales sont la fonction politique, la fonction de financement et la fonction protectionniste. En effet, la fonction politique du capital social vise à assurer « un rôle de répartition des droits et obligations entre les associés au sein de la société »[37]. La fonction de financement du capital social est initialement assurée par le respect du capital social minimum. Cette fonction de financement initial du capital perd tout intérêt lorsque la loi n'exige pas de capital minimum pour certaines formes sociales[38]. Cependant elle recouvre un intérêt particulier à l'occasion d'une augmentation de capital qui permet à la société de renforcer ses fonds propres, notamment dans la perspective de financer par exemple des opérations d'envergure telles qu'une fusion-acquisition ou le renforcement de sa position dans un marché déterminé[39]. Ce type d'opération qu'est en l'occurrence l'augmentation du capital par des apports en numéraire constitue « un procédé de financement et d'enrichissement de la société qui se traduit par une élévation corrélative des capitaux propres »[40]. De la sorte, elle pourrait résulter de la « volonté d'assurer un financement complémentaire par renforcement des fonds propres ; l'augmentation du capital entraîne alors un enrichissement patrimonial de la société »[41]. Quant à sa fonction protectionniste des créanciers sociaux, elle résulte de la qualification du capital de « gage des créanciers sociaux ». Cette considération devrait être relativisée, dans la mesure où ce rôle de garantie directe des créanciers serait assuré par l'actif social, lequel « varie constamment au gré de l'exploitation »[42] ; le capital social n'assurant que la protection de l'actif social qui constituerait le gage direct des créanciers sociaux[43]. En effet, le capital social ne constitue qu'une garantie relative en raison du fait qu'il « atteste qu'au moment de la constitution (ou d'une augmentation de capital), la société a pu disposer des valeurs apportées. Toutefois, rien n'empêche la société de diminuer, d'accroître ou de conserver cette valeur, si ce n'est les risques de son activité »[44]. Mais, si l'on s'en tient à la qualification attribuée au capital social, l'expression « gage des créanciers » ne devrait pas être prise « au sens de sûreté spéciale, synonyme de nantissement, mais au sens de droit de gage général » ; celui-ci ne portant à

[36] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 1, p. 1.
[37] A. PLENT, *Le capital variable*, thèse, droit, Aix-Marseille, 2016, n° 32, p. 14.
[38] *Ibid.*, n° 35, p. 16.
[39] A. LECOURT, « Capital social », *op. cit.*, n° 169, p. 60.
[40] *Ibid.*, n° 190, p. 64.
[41] *Ibid.*, n° 189, p. 64.
[42] P. Le CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, Paris, 10e éd., 2023, n°209, p. 176.
[43] A. PLENT, *op. cit.*, n° 37, p. 17.
[44] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit.,* n°209, p. 176.

l'égard des créanciers de la société que sur les éléments de l'actif de la société et non sur le capital social, lequel d'ailleurs est inscrit au passif de la société et n'est pas saisissable[45].

9. Capitaux propres. La détermination des capitaux propres pourrait découler de la description du bilan d'une entreprise donné par l'alinéa 1 des articles 29 de l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière et L. 123-13 du Code de commerce français. Selon cette disposition, le bilan doit faire apparaître de façon distincte les capitaux propres, après avoir décrit séparément les éléments d'actifs et les éléments de passif. Cette description permet de donner un aperçu des éléments qui constituent les capitaux propres. A cet effet, « les capitaux propres (haut de bilan) comprennent, outre le montant du capital social, les réserves antérieurement constituées ou, en négatif, les pertes qui n'ont pas pu être apurées et qui figurent dans le compte de report à nouveau négatif »[46]. On pourrait alors s'interroger sur l'importance de la détermination des capitaux propres. A ce sujet, la réponse est sans ambiguïté. Les capitaux propres constituent un indicateur pour apprécier la santé financière de la société. Ainsi, lorsque les capitaux propres excèdent le montant du capital social, il y a lieu de considérer que c'est un gage de prospérité, donc une bonne santé financière, dans la mesure où « l'excédent provient de la mise en réserve des bénéfices antérieurs »[47]. En revanche, lorsque les capitaux propres sont inférieurs au montant du capital social, cela ne pourrait pas présager d'une bonne santé financière[48]. Dans ces circonstances, il est souhaitable d'envisager des mécanismes en vue de renforcer le niveau des capitaux propres. Un de ces mécanismes pourrait être la variabilité du capital social.

10. Principe de fixité ou d'intangibilité du capital. C'est la prise en compte de la protection des créanciers sociaux qui justifierait le principe de fixité ou d'intangibilité du capital social. Mais, ce principe « n'assure qu'une protection très relative : l'actif [social] peut être largement supérieur ou inférieur au capital, suivant que la société est prospère ou non »[49]. Cette fonction de protection ou de garantie des créanciers est déterminante dans les sociétés à risque limité que sont les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité, étant donné que « les créanciers n'ont pas en principe de recours contre les associés ; la société étant leur seul débiteur »[50]. Ainsi, le capital social doit permettre de préserver les richesses de la société contre les prélèvements de ses associés, en le constituant comme la référence non seulement de l'appréciation de la

[45] M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, n°601, p. 245.
[46] *Ibid*., n°612, p. 250.
[47] *Ibid.*, n°613, p. 250.
[48] *Ibid.*
[49] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit.,* n°211, p. 177.
[50] M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit*., n°602, p. 245.

situation bénéficiaire ou déficitaire de la société[51], mais aussi de la possibilité de distribuer ou non des dividendes[52]. C'est ainsi qu'est justifiée la formule de fixité du capital consistant pour les associés à bloquer à l'actif de la société les valeurs qu'ils affectent au paiement des créances[53], c'est-à-dire les apports effectués ou promis à la société. Au sens de ce principe de fixité du capital, « la bonne foi et la force obligatoire des contrats s'opposent à ce que les associés reprennent avant la dissolution de la société ce qu'ils se sont engagés à lui verser ou à lui apporter en nature »[54]. En application de ce principe, le capital social ne peut être modifié sans l'accord de la collectivité des associés ; les opérations d'augmentation et de réduction du capital faisant l'objet d'une stricte règlementation destinée à assurer l'égalité des associés et à informer les tiers[55]. Cette règlementation caractérise la rigidité de ce principe dont l'application est susceptible d'entraver certaines opérations destinées à faciliter le financement des sociétés ; d'où l'idée d'envisager des dérogations telles que la variabilité du capital qui permet de simplifier les formalités de modification du capital[56] en fonction des formes sociales.

11. Catégories de sociétés consacrées par le droit OHADA. Même si au sens du Code civil, la société est constituée en vue de rechercher un bénéfice ou de profiter d'économies, il faut souligner l'existence d'une diversité de sociétés régies par des règles juridiques différentes[57]. Le droit OHADA ne consacre cependant que deux catégories de sociétés, à savoir les sociétés coopératives et les sociétés commerciales. Les sociétés coopératives sont régies par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives adopté le 15 décembre 2010. Cet Acte uniforme confère à la société coopérative sa principale caractéristique qui est la variabilité de son capital. Cette caractéristique figure à l'article 52 dudit Acte uniforme, lequel prévoit que le capital de la société coopérative est variable, c'est-à-dire susceptible d'augmentation ou de diminution, respectivement par adhésion ou retrait de coopérateurs. Les sociétés commerciales sont quant à elles régies par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 17 avril 1997. Cet Acte uniforme a été révisé le 30 janvier 2014 avec plusieurs innovations dont la variabilité du capital social. La révision de cet Acte uniforme a, entre autres, introduit la faculté d'insérer une clause statutaire de variabilité

[51] Selon que les capitaux propres excèdent ou non le montant du capital social.
[52] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 45, p. 47.
[53] *Ibid.,* p. 48.
[54] A. DALSACE, « De la relativité de la notion de fixité du capital social », *Revue des sociétés* 1947, p. 75, cité par R. MORTIER, *Opérations… op. cit.*, n° 45, p. 48.
[55] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, Ellipses, Paris, 6e éd., 2020, n° 128, p. 105.
[56] A. PLENT, *op. cit.*, n° 183, p. 93.
[57] J. Y. TOE, *Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (dans l'espace OHADA)*, Ouagadougou, Collection Précis de droit burkinabè, 2007, n° 16, p. 10.

dans les statuts sociaux. Cette faculté est consacrée à l'alinéa 2 de l'article 67 de l'Acte uniforme qui autorise, à titre dérogatoire au principe de fixité du capital, la variabilité du capital social. Contrairement aux sociétés coopératives auxquelles le législateur OHADA a conféré la variabilité du capital comme une caractéristique principale, la variabilité du capital constitue une faculté pour les sociétés commerciales. Que la variabilité du capital ait été consacrée par le législateur comme une caractéristique ou comme une faculté, il n'empêche qu'elle constitue une dérogation au principe de fixité ou d'intangibilité du capital.

12. Réforme inspirée du droit français. La consécration de la variabilité du capital social lors de la révision de l'Acte uniforme s'est largement inspirée du droit français ; ce qui explique l'existence de nombreuses similitudes dans le régime juridique des sociétés à capital variable en droit français et en droit OHADA[58]. Toutefois, malgré ces similitudes, apparaissent des différences notables. Pendant que le droit français permet aux sociétés de personnes de stipuler une clause de variabilité, tout en excluant les sociétés anonymes, le droit OHADA ne privilégie que les sociétés coopératives et les sociétés de capitaux que sont les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées[59] ; d'où l'intérêt d'envisager une comparaison du régime juridique des sociétés à capital variable en droit français et en droit OHADA.

13. Variation constante du capital. Dérogeant au principe d'intangibilité du capital, « les sociétés à capital variable sont caractérisées par le fait qu'elles ne sont pas tenues de maintenir un capital fixe »[60]. Il en est ainsi lorsque les statuts décident que le capital sera amené à varier constamment sans formalité entre le minimum imposé par la loi et le maximum fixé par les statuts[61]. Cette variation se réalisera d'une part, par les versements successifs d'associés et l'admission d'associés nouveaux et, d'autre part, par le départ des associés et la reprise d'une partie des apports par les associés.

14. Opportunité et désintérêt de la variabilité du capital. Pour les pays membres de l'OHADA, la variabilité du capital augure des perspectives de financement pour les sociétés, c'est-à-dire de nouvelles opportunités quant aux modes d'investissements et stratégies financières des acteurs économiques[62] ; d'où l'intérêt d'appréhender les enjeux de cette réforme pour ces pays. Malgré les opportunités qu'offre la variabilité du capital, le législateur a préféré réduire son champ d'application, la réservant ainsi à certaines formes sociales. C'est ainsi que

[58] A. PLENT, *op. cit.*, n° 6, p. 4.
[59] *Ibid.*
[60] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2665, p. 780.
[61] A. PLENT, *op. cit.*, n° 130, p. 65.
[62] *Ibid.*, n° 6, p. 4.

le législateur français a exclu les sociétés anonymes du champ d'application de la variabilité du capital, tandis que le législateur OHADA n'exclut que les sociétés de personnes et les sociétés à responsabilité limitée. Pourtant, si l'instabilité financière et humaine qu'elle suscite peut avoir un impact sur la confiance des tiers à la société et des praticiens du droit, de tels mouvements peuvent être encadrés par la mise en œuvre de clauses statutaires appropriées[63]. L'on ne saurait dès lors comprendre le désintérêt pour un tel mécanisme, non seulement de la part du législateur qui lui a donné un champ d'application réduit, mais aussi de celle des tiers à la société et des praticiens craignant d'avoir affaire à des sociétés à capital variable ou d'y recourir selon les cas. D'ailleurs, le régime juridique qui leur est applicable les astreint au respect d'un capital minimum réel, lequel ne saurait être inférieur ni au dixième du capital social fixé dans les statuts, ni au montant minimal du capital exigé pour la forme sociale considéré[64]. Dès lors, il ne serait pas approprié de considérer les sociétés à capital variable comme des structures dépourvues de toute crédibilité[65], en raison de l'existence d'un encadrement légal et statutaire des mouvements admis dans le cadre de la variabilité du capital.

15. Evolution chronologique de la variabilité du capital. La variabilité du capital social a été instituée en France par la loi du 24 juillet 1867[66] traduisant la volonté du législateur de leur procurer des facilités afin de permettre leur développement[67]. Optant pour un régime libéral, la loi a, dans son article 48 primitif, permis à toutes les formes sociales, civiles ou commerciales, de stipuler une clause de variabilité du capital[68]. A l'application de cette disposition, les sociétés à capital variable seront « dans la grande majorité des cas des sociétés anonymes »[69]. Ce choix s'expliquerait d'une part, « par le fait que cette [forme sociale] permettait le fonctionnement de structure sociale de taille importante » et, d'autre part, en raison d'un fonctionnement simplifié découlant de la variabilité du capital qui facilite la variation du capital et des personnes composant la société[70].

16. Le titre III de la loi du 24 juillet 1867 consacré aux sociétés à capital variable n'a pas été abrogé par la loi du 24 juillet 1966[71]. Mais, les dispositions de ce titre ont été impactées par la transposition d'une directive européenne. En effet, la loi n°81-1162 du 30 décembre 1981

[63] *Ibid.*, n° 46, p. 23.
[64] Voir art. L. 231-5 al. 2 C. com. et art. 269-5 al. 2 AUDSC.
[65] A. PLENT, *op. cit.*, n° 149, p. 75.
[66] *Ibid.*, n° 283, p. 144.
[67] *Ibid.*, n° 2, p. 2.
[68] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2664, p. 780.
[69] *Ibid.*
[70] A. PLENT, *op. cit.*, n° 286, p. 146.
[71] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2664, p. 779.

relative à la mise en harmonie du droit des sociétés commerciales a transposé une directive adoptée par le conseil des communautés européennes le 13 décembre 1976. Celle-ci pose une règle interdisant la stipulation d'une clause de variabilité du capital dans les sociétés anonymes ; l'objectif visé étant d'assurer une protection efficace des tiers d'une société à capital variable[72]. L'interdiction de la stipulation de la clause de variabilité du capital ne concerne alors que les sociétés anonymes autres que les sociétés coopératives et des sociétés d'investissement à capital variable (SICAV)[73]. Pour conserver la variabilité de leur capital, les sociétés anonymes existantes, autres que les sociétés coopératives et les SICAV, étaient obligées de changer de forme sociale avant le 1er juillet 1982, date d'application de la loi du 30 décembre 1981[74].

17. Les dispositions relatives à la variabilité du capital social ont été intégrées par l'ordonnance du 18 septembre 2000 « dans le chapitre premier d'un titre III consacré aux dispositions communes aux diverses sociétés commerciales », précisément aux articles L. 231-1 à L. 231-8 du Code de commerce[75]. Cette situation devait lui garantir un certain succès en France pour divers motifs, parmi lesquels la création d'une société avec un investissement minimal tel qu'il ressort de l'article L. 231-5 du Code de commerce autorisant « la constitution d'une société dont le dixième du capital seulement doit être libéré »[76].

Le législateur OHADA s'en est inspiré pour introduire la variabilité du capital lors de la révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique le 30 janvier 2014. Il s'est agi pour ledit législateur d'insérer un livre 10 nouveau consacré au capital variable ; lequel livre comporte les articles 269-1 à 269-7. Ces dispositions accordent une faculté aux sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne et aux sociétés par actions simplifiées d'insérer dans leurs statuts une clause de variabilité du capital. Celle-ci doit leur permettre de procéder à de multiples opérations d'augmentation et de réduction du capital sans accomplissement des formalités de dépôt et de publicité des actes y relatifs. Ces opérations doivent se réaliser soit par des versements successifs d'associés ou l'admission d'associés nouveaux, soit par la reprise totale ou partielle des apports effectifs. Le législateur OHADA, en introduisant la variabilité du capital, a cherché à favoriser l'attractivité de l'investissement dans l'espace OHADA.

---

[72] A. PLENT, *op. cit.*, n° 285, p. 145.
[73] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2664, p. 780.
[74] *Ibid.*, n° 2664, p. 780.
[75] *Ibid.*, n° 2664, p. 779.
[76] M-N. LEGRAND, « Obligation de libérer la totalité du capital d'une SARL à capital variable », *BJS*, n° 2, février 2001, p. 163.

18. Intérêt du recours à la variabilité. Bien qu'il apparaisse en tant que « garantie envers les tiers de la composition de sa substance », le principe de l'intangibilité du capital social n'interdit pas l'augmentation ou la réduction du capital social en cours de vie sociale, sous réserve d'autorisation légale[77]. Ce principe a pour objectif de « garantir la permanence de l'information financière correspondant au montant effectif du capital social » en soumettant la modification du capital aux conditions édictées par la loi et les statuts sous peine de nullité[78]. Pourtant les sociétés à capital variable comportent une particularité. Elles sont susceptibles de voir leur capital social évoluer constamment au moyen d'opérations d'augmentation ou de réduction ; dès lors, elles ne sont pas tenues de maintenir un capital fixe, dérogeant ainsi au principe de l'intangibilité du capital[79].

Cette dérogation permet aux sociétés à capital variable de « modifier le montant du capital social sans être soumis aux contraintes légales de ce genre d'opération et l'admission de l'exclusion et du retrait des associés dont l'utilisation est restreinte dans les sociétés à capital fixe »[80]. Cette modalité de fonctionnement institue une souplesse au profit des sociétés qui l'adoptent de sorte qu'elle est appropriée pour les sociétés soumises à des changements fréquents d'associés, les sociétés qui envisagent de faire entrer les salariés dans leur capital, de même que l'entrée des sociétés de capital-risque dans les sociétés[81]. Malgré ces avantages, la variabilité du capital « ne semble pas connaître un succès retentissant »[82]. Elle constituerait une source d'incertitude en raison notamment de l'atteinte sérieuse au principe de l'intangibilité du capital qui en résulte, particulièrement au regard de l'étendue de la protection des tiers[83]. Elle semble dès lors trop peu employée par les praticiens[84], en raison notamment de la crainte des risques inhérents à une telle structure économique marquée par l'instabilité financière et humaine et susceptible à ce titre d'affecter la confiance des tiers[85]. Pourtant, la loi permet aux sociétés d'encadrer statutairement ces mouvements de capitaux et d'associés[86].

19. Le législateur OHADA s'étant inspiré du droit français, il y a lieu de s'interroger sur l'apport du mécanisme de la variabilité du capital social à l'attractivité et à la sécurité juridique dans

[77] A. PLENT, *op. cit.*, n° 78, p. 40.
[78] *Ibid.*, n° 79, p. 41.
[79] *Ibid.*, n° 46, p. 24.
[80] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à Capital variable », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, février 2001, n° 5, p. 5.
[81] *Ibid.*
[82] A. PLENT, *op. cit.*, n° 182, p. 92.
[83] A. LECOURT, « Capital social », *op. cit.*, n° 157, p. 54.
[84] A. PLENT, *op. cit.*, n° 182, p. 92.
[85] *Ibid.*, n° 46, p. 23.
[86] *Ibid.*

l'espace OHADA. Pour répondre à cette préoccupation, il conviendrait d'étudier le fonctionnement de la variabilité du capital social et de se poser la question suivante : quelles sont les modalités de mise en œuvre de la variabilité du capital social en droit français et en droit OHADA ? L'objectif d'une telle étude est d'appréhender le fonctionnement du mécanisme de la variabilité du capital social aussi bien en droit OHADA qu'en droit français, les deux systèmes juridiques présentant des similitudes, mais aussi des différences. En conséquence, après une clarification de la notion de variabilité du capital, il conviendrait de déterminer le champ d'application de ce mécanisme, ainsi que ses modalités de fonctionnement, avant de mettre en exergue ses facteurs attractifs à l'égard des acteurs économiques.

20. Qu'est-ce que la variabilité du capital social ? Aux termes de l'alinéa 1 des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français, est considérée comme une société à capital variable la société dont « le capital social est susceptible d'augmentation par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués ». Elle s'oppose à la société à capital fixe dont la modification est soumise à des règles strictes et contraignantes[87]. Il s'agit donc d'une société dont le capital social est amené à subir, à tout moment de la vie sociale, soit une augmentation du nombre d'associés ou de leur participation dans le capital, soit une diminution par le retrait ou l'exclusion d'un ou de plusieurs associés[88]. C'est cette double faculté de variation du capital qui constitue l'essence de la société à capital variable et qui la différencie de la société à capital fixe[89]. De ce fait, la variabilité du capital constitue une modalité de fonctionnement qui affecte le capital social sans altérer la forme sociale adoptée par les associés[90]. En d'autres termes, la variabilité du capital est une modalité de fonctionnement de la société permettant une modification du montant du capital sans procéder à une modification des statuts[91].

21. Champ d'application de la variabilité du capital social. Au sens des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français, la variabilité du capital résulte d'une clause statutaire adoptée par toute société qui y est expressément autorisée[92]. Ce faisant, seule l'insertion d'une telle clause confère à la société la faculté de « faire varier sans formalité

[87] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à Capital variable », *op. cit.*, n° 1, p. 4.
[88] A. PLENT, *op. cit.*, n° 57, p. 32.
[89] *Ibid*.
[90] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à Capital variable », *op. cit.*, n° 2, p. 4.
[91] M. A. DIENG et A. M. SALL, « La variabilité du capital social en droit OHADA », Ohadata D-20-01, p. 4.
[92] A. PLENT, *op. cit.*, n° 50, p. 29.

son capital »[93]. Dès lors, elle doit être prévue dans les statuts, soit dès l'origine, c'est-à-dire au moment de la constitution de la société, soit en cours de vie sociale, c'est-à-dire lors de la modification des statuts en assemblée générale extraordinaire. L'insertion d'une clause de variabilité du capital en cours de vie sociale ne confère pas à la société une nouvelle forme sociale et ne saurait s'analyser en une transformation de la société, dans la mesure où il s'agit d'une simple modalité de fonctionnement[94].

En droit OHADA, la variabilité du capital n'est ouverte qu'aux sociétés anonymes et aux sociétés par actions simplifiées. Pourtant ces dernières, qui sont d'ailleurs des sociétés de capitaux, font partie des sociétés à risque limité, à côté des sociétés anonymes qui font appel public à l'épargne et des sociétés à responsabilité limitée[95]. Le législateur OHADA aurait pu inclure toutes les sociétés à risque limité, à l'exception des sociétés qui font appel public à l'épargne. De même, le législateur OHADA a fixé le domaine de variabilité du capital à l'alinéa 1 de l'article 269-1 de l'Acte uniforme en incluant la société anonyme au moment où le législateur français l'avait déjà exclue. En effet, le législateur français, duquel le législateur OHADA s'est inspiré, a procédé à la réduction du domaine de la variabilité du capital en excluant la société anonyme suite à l'adoption de la loi n°81-1162 du 30 décembre 1981 relative à la mise en harmonie du droit des sociétés commerciales avec la deuxième directive adoptée par le conseil des communautés européennes le 13 décembre 1976. De la sorte, contrairement au droit OHADA qui privilégie les sociétés par actions, le droit français permet de stipuler cette clause dans toutes les sociétés, y compris les sociétés de personnes, à l'exclusion seulement des sociétés anonymes. En tout état de cause, les sociétés incluses dans le domaine de la variabilité du capital sont soumises non seulement aux règles qui leur sont propres, mais aussi aux règles régissant les sociétés à capital variable[96].

22. Fonctionnement du mécanisme de la variabilité du capital social. Au sens de l'article 62 de l'Acte uniforme, le capital social correspond au montant total des apports en capital faits par les associés. L'alinéa 1 de l'article 67 du même texte affirme le principe de la fixité ou de l'intangibilité du capital social. Toutefois, ce principe n'interdit pas la variation du capital, lequel est alors susceptible de subir des modifications, soit à la hausse par une augmentation, soit à la baisse par une réduction. En droit commun des sociétés, ces opérations entraînant la modification du capital obéissent à des modalités et à des formalités fixées par loi et exigent la

[93] *Ibid.*, n° 113, p. 57.
[94] *Ibid.*, n° 119, p. 59.
[95] Voir M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 16.
[96] Art. 269-1 al. 2 AUDSC et art. 231-1 al. 2 C. com.

modification des statuts ; l'objectif étant notamment « de garantir et de préserver les intérêts des créanciers »[97]. En effet, lorsque l'augmentation et la réduction du capital se déroulent sous l'égide des règles de droit commun, elles entraînent la modification des statuts de la société, en raison, notamment, du changement des mentions relatives au montant des apports et au nombre de titres sociaux émis en contrepartie. Or, la modification des statuts nécessite généralement au préalable la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, seule compétente à cet effet[98]. Puisque, « dans la conception traditionnelle, [la plupart des modifications des statuts] s'analysent ne une modification du contrat de société »[99] ; ce qui constitue une caractéristique de l'approche contractuelle de la société. En plus, les dirigeants sociaux sont tenus non seulement de procéder à la publication de la modification des statuts par un avis inséré dans un journal d'annonces légales, mais aussi de procéder au dépôt au greffe de la juridiction compétente de la copie certifiée conforme de la délibération ou de la décision ayant autorisé, décidé ou réalisé l'augmentation et de la copie certifiée conforme de la déclaration notariée de souscription et de versement[100]. Ces formalités apparaissent onéreuses, longues et lourdes, surtout pour une société qui cherche à renflouer ses caisses grâce à des apports nouveaux ou à assainir sa situation financière en réduisant son capital. Dès lors, il ressort qu'en droit commun des sociétés la modification du capital fait l'objet d'un encadrement minutieux par le législateur ; ce qui constitue une limite à la mobilité et une atteinte à la liberté des associés au regard de la rigueur des règles de variation du capital[101]. C'est ainsi que le législateur OHADA a, dans le cadre de la révision de l'Acte uniforme le 30 janvier 2014, introduit une dérogation au principe de fixité du capital en autorisant à l'alinéa 2 de l'article 67 la variabilité du capital dans les conditions fixées aux articles 269-1 à 269-7. Cependant, bien qu'étant dérogatoire au principe de l'intangibilité du capital, l'insertion de la clause de variabilité est soumise à de nombreuses exigences[102]. Parmi ces exigences figurent notamment l'obligation préalable d'insérer une clause de variabilité, la détermination d'un capital social minimum irréductible, la mention des mots « à capital variable » dans les actes et documents sociaux destinés aux tiers. De même, au sens des dispositions des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français, la variabilité du capital ne concerne que certaines opérations ; ce qui permet de faire la distinction entre les opérations éligibles à la variabilité du capital et les

[97] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 3.
[98] Voir art. 357 AUDSC pour la SARL.
[99] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit*., n°570, p. 433.
[100] Voir art. 263 et 264 AUDSC.
[101] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 14.
[102] A. PLENT, *op. cit.*, n° 125, p. 63.

opérations soumises aux règles de droit commun. A cet effet, seules les augmentations de capital provenant des versements d'anciens associés et d'associés nouveaux et les réductions de capital résultant de la reprise des apports par les associés sortants ou exclus peuvent être envisagées dans le cadre de la variabilité du capital. En revanche, les augmentations de capital résultant d'apport en nature ou par incorporation de réserves sont soumises aux règles de droit commun. En conséquence, toutes les modifications de capital n'ont pas vocation à être mises en œuvre dans le cadre de la variabilité du capital[103].

23. La compréhension appropriée du mécanisme de la variabilité du capital nécessite la distinction de deux notions, à savoir le capital autorisé et le capital souscrit[104] ; ces notions permettant de fixer le cadre de la variabilité du capital. Le capital autorisé ou statutaire correspond à la valeur théorique qui marque les limites supérieures et inférieures de la variabilité du capital[105]. Quant au capital souscrit, il désigne le montant total des apports que les associés se sont engagés à réaliser sous peine de sanction[106]. Conformément à l'alinéa 2 des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français, cette somme ne peut être inférieure ni au dixième du capital social fixé par les statuts, ni au capital légal minimum pour certaines formes sociales[107]. « Lorsque ces différentes valeurs du capital social sont déterminées, il est aisé de mettre en œuvre les variations du capital social »[108].

Cependant, le législateur français n'a pas exigé la détermination d'un seuil maximum du capital à ne pas franchir. Il s'est seulement appesanti sur le montant du capital minimum irréductible[109]. En effet, le législateur exige que les statuts de la société à capital variable déterminent une somme au-dessous de laquelle le capital ne peut être réduit par les reprises des apports autorisées par l'article L. 231-1 du Code de commerce français[110], à savoir le retrait et l'exclusion d'associés.

De même, le législateur a fixé le cadre de la réduction du capital, en instaurant un double seuil à ne pas atteindre : dixième du capital social stipulé et capital social minimum pour la forme sociale considérée[111]. Pourtant, la doctrine a unanimement affirmé la nécessité de fixer le cadre

---

[103] *Ibid*., n° 109, p. 55.
[104] *Ibid*., n° 307, p. 155.
[105] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à Capital variable », *op. cit.*, n° 30, p. 10.
[106] *Ibid*., n° 30, p. 10.
[107] En principe, les associés déterminent librement le montant du capital social, sauf dans les cas où la loi fixe un capital social minimum, en raison de la forme ou de l'objet de la société. Tel est le cas en droit français pour la société anonyme et en droit OHADA pour la société anonyme et la société à responsabilité limitée.
[108] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à Capital variable », *op. cit.*, n° 30, p. 10.
[109] Voir art. L. 231-5 C. com.
[110] Art. L. 231-5 al. 1 C. com. Il en est de même en droit OHADA avec l'article 269-5 al. 1 AUDSC.
[111] Art. L. 231-5 al. 2 C. com. Il en est de même en droit OHADA à l'article 269-5 al. 2 AUDSC.

de la variation du capital entre deux bornes, c'est-à-dire un seuil maximum et un seuil minimum[112]. Dans le même sens, à l'occasion de l'examen d'une espèce, la Cour de cassation française relevait l'obligation de mentionner dans les statuts le montant du capital maximal autorisé[113]. Tout comme le législateur français, le législateur OHADA est resté silencieux dans la fixation des conditions de détermination du montant supérieur du capital à ne franchir dans le cadre de la variabilité du capital[114]. Pourtant, cette insuffisance légale ayant été comblée par la jurisprudence française, le législateur OHADA aurait pu en tenir compte lors de l'introduction de la variabilité du capital dans l'Acte uniforme en janvier 2014 ; ce qui aurait permis de disposer d'un régime juridique renforcé de la variabilité du capital. L'obligation de déterminer le montant du capital autorisé se justifie par le fait que sa modification, c'est-à-dire l'augmentation ou la réduction de son montant, exigera la modification des statuts et, en conséquence, l'application des règles de droit commun des sociétés applicables à la modification du capital. De ce fait, la modification du capital autorisé est soumise aux règles de droit commun des sociétés, c'est-à-dire aux modalités prévues par la loi pour les sociétés à capital fixe. Dès lors, seule la modification du montant du capital souscrit bénéficiera de la souplesse des opérations prévues par l'article 269-1 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-1 du Code de commerce français. C'est donc ce capital qui correspond au capital réel de la société, c'est-à-dire le capital appelé à subir des variations à la hausse ou à la baisse au gré des versements d'associés, des admissions et des retraits volontaires ou forcés d'associés[115]. De la sorte, les actes constatant les augmentations ou les diminutions du capital social opérées conformément à l'article 269-1 de l'Acte uniforme et à l'article L. 231-1 du Code de commerce français ne sont pas assujettis aux formalités de dépôt et de publication exigées pour les sociétés à capital fixe[116]. En somme, les associés doivent donc délimiter les « contours de la mobilité du capital social » en indiquant « dans la stipulation statutaire la somme à ne pas franchir, en cas de hausse ou de baisse »[117].

24. Facteurs susceptibles d'intéresser les acteurs économiques. La variabilité du capital constitue une modalité de fonctionnement de la société trop peu connue[118], alors qu'elle présente plusieurs facteurs susceptibles d'intéresser notoirement les acteurs économiques et les praticiens du droit. La simplification des opérations sur le capital social, l'accès au financement

[112] A. PLENT, *op. cit.*, n° 131, p. 65.
[113] Cass. Com., 6 février 2007, n° 05-19.237.
[114] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 14.
[115] A. PLENT, *op. cit.*, n° 337, p. 167.
[116] Art. 269-3 al. 1 AUDSC et art. 231-3 C. com.
[117] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 14.
[118] A. PLENT, *op. cit.*, n° 21, p. 11.

et l'amélioration de la compétitivité de la société constituent les principaux attraits de la variabilité du capital.

Simplification des opérations de modification du capital. La clause de variabilité dispense la société du formalisme requis dans les sociétés à capital fixe pour la modification du montant du capital social, lequel formalisme se traduit notamment par la convocation d'une assemblée générale extraordinaire, l'intervention du commissaire aux comptes et du notaire, ainsi que l'accomplissement des formalités de publicité subséquentes[119]. En effet, « loin d'être une modification des statuts, la variation du capital apparaît, en effet, comme la simple mise en œuvre d'une faculté statutaire préalable »[120]. Celle-ci entraîne une limitation du formalisme lié à la modification du capital social et, en conséquence, une simplification des opérations sur le capital. Cette simplification facilite l'aménagement du capital par les associés, constituant dès lors « un mécanisme propice à l'attractivité de l'investissement »[121] au profit de la société à capital variable. De ce fait, la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital contribue à la flexibilité et à la souplesse des opérations sur le capital[122] ; ce qui présente un avantage particulier dans les sociétés à capital variable caractérisé par une absence ou une réduction du coût des formalités liées à la modification du capital qui, dans les sociétés à capital fixe, se traduira par la modification des statuts. Ainsi, dans les sociétés à capital variable, l'absence de modification des statuts permet de réaliser une économie résultant entre autres de l'absence d'enregistrement, de l'absence de dépôt de nouveaux statuts au registre du commerce et du crédit mobilier, de l'absence de publicité dans un journal d'annonces légales.

Facilité de sortie. De même, « la variabilité du capital accroît […] les possibilités de circulation des capitaux en offrant une alternative à la cession des titres »[123]. La circulation des capitaux s'opérant par la cession des titres pourrait faire l'objet d'un rapprochement avec la circulation du contrat, la société étant avant tout un contrat. La circulation du contrat recouvre deux réalités, à savoir la substitution de contractant à cause de mort ou entre vifs et l'adjonction de contractant[124]. Appliquée au droit des sociétés, la première correspondrait à la cession de titres à un tiers à la société et la seconde à un démembrement de la propriété des titres sociaux ; seule la première se traduit par la sortie de l'associé du capital d'une société. Dans ces circonstances,

[119] J-P. BERTREL, « La reprise des apports dans les montages sociétaires et la variabilité du capital social », *BJS*, n° thématique, décembre 2009, p. 2.
[120] *Ibid.* p. 3.
[121] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 6.
[122] *Ibid.*
[123] P. LE CANNU, « SARL à capital variable et libération des apports », *BJS*, n° 12, décembre 1995, p. 1034, (p. 3).
[124] J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 1988, n°1163, p. 445.

les possibilités de circulation des capitaux paraissent illimitées. Toutefois, ces possibilités illimitées devraient être relativisées avec le caractère *intuitu personae* attaché à certains associés. En effet, ce caractère prépondérant dans certaines sociétés ou existant à l'égard de certains associés constituerait une restriction à une substitution ou à l'adjonction de contractant[125].

L'accroissement des possibilités de circulation des capitaux résulte de la reconnaissance par le régime juridique applicable aux sociétés à capital variable d'un droit de retrait pour tout associé et d'une possibilité statutaire d'exclusion ; ce qui a l'avantage de faciliter la sortie d'associé, contrairement aux sociétés à capital fixe n'autorisant que la cession de titres comme modalité de sortie. Dès lors, la société à capital variable bénéficie d'une souplesse dans son fonctionnement lui permettant de mieux contrôler les entrées et les sorties d'associés[126]. Cependant, la mise en œuvre de ces modalités n'est pas de droit, car elle est soumise au respect de certaines conditions de fond et de forme.

Gestion de la problématique de l'activité d'investisseur. Cette facilité de sortie constituerait un atout pour les sociétés à capital variable. Elle permettrait aux investisseurs « de programmer leur entrée et leur sortie dans ces types de sociétés », lesquels investisseurs devront préserver leurs intérêts en accordant une attention particulière aux termes des clauses d'admission, de retrait et d'exclusion des associés[127]. Qui plus est, au même titre que la sortie, les modalités d'entrée dans les sociétés à capital variable ne seraient pas sans intérêt pour les sociétés de capital-risque. Leurs prises de participation ne se heurteront pas aux formalités exigées pour la modification des statuts tel qu'il en est dans les sociétés à capital fixe. Elles pourront se réaliser à volonté dans la limite du capital maximal autorisé ; ce qui permettra aux sociétés à capital variable de bénéficier des concours financiers des sociétés de capital-risque sans charge financière, dans la mesure où ces dernières recevront en contrepartie des titres sociaux. En conséquence, la variabilité du capital social favoriserait l'entrée des sociétés de capital-risque dans les sociétés commerciales, contribuant ainsi à l'attractivité de l'investissement dans l'espace OHADA [128]. En outre, elles bénéficieront au même titre que les autres associés des principaux attributs de la variabilité du capital que sont la célérité, la confidentialité, la souplesse et la facilité de fonctionnement de la société, en l'absence notamment des formalités

[125] *Ibid.*, n°1164, p. 445
[126] A. LECOURT, « Capital social », *op. cit.*, n° 157, p. 54.
[127] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 11.
[128] *Ibid.*, p. 12.

de publicité[129]. Ces facilités résultant de la variabilité du capital participent à la résolution des problématiques juridiques de l'activité d'investisseur, dont les éléments essentiels sont la prise de participation, le suivi des titres sociaux et la sortie de la société[130]. Dès lors, la variabilité du capital social constituerait une nouvelle technique d'ingénierie juridique consacrée non seulement à l'accompagnement des modes d'investissement, mais aussi à l'orientation des stratégies financières des acteurs économiques[131].

Accès à l'investissement. A l'analyse, l'accès à l'investissement qui s'en trouve facilité avec la variabilité du capital social pourrait justifier son introduction en droit OHADA[132]. Elle constitue alors une opportunité pour les petites et moyennes entreprises sous capitalisées, dans la mesure où elles pourront faire recours aux sociétés de capital-risque et aux autres investisseurs, au moyen d'une prise de participation, afin de recueillir des fonds supplémentaires pour amorcer aisément leur croissance. De même, ces entreprises pourront se constituer avec un investissement minimal, en raison des modalités de mise en œuvre de la variabilité du capital[133].

25. La compétitivité en tant qu'objectif général. Les avantages de la variabilité du capital semblent contribuer au renforcement de la fonction de financement du capital social. Ils traduisent la volonté du législateur OHADA d'assurer la compétitivité des sociétés commerciales en facilitant leur financement grâce à une incitation à l'investissement[134]. Ces avantages ne doivent pas laisser penser que la variabilité du capital ne comporte pas d'inconvénients.

26. Inconvénients. La mobilité des associés d'une société à capital variable engendre une instabilité de l'actionnariat susceptible d'exposer certains investisseurs à des difficultés particulières[135]. Ceux-ci pourraient, par exemple, à tout moment être exclus de la société, sous réserve du respect des conditions légales et statutaires d'exclusion ; ce qui pourrait contrarier leurs objectifs surtout si la rentabilité de l'investissement était liée à la durée de leur présence au sein de la société. Dans ce cas, l'exclusion viendrait mettre un terme aux perspectives de dividendes que l'investisseur s'attendait à recevoir au terme de la durée de présence initialement

[129] A. PLENT, *op. cit.*, n° 46, p. 22, cité par J-L. TROUSSET, « De l'utilisation de la société à capital variable », *JCP E* 1999, n° 1, p. 16.
[130] *Ibid.*, n° 208, p. 105.
[131] *Ibid.*, n° 46, p. 22.
[132] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 11.
[133] M-N. LEGRAND, « Obligation de libérer la totalité du capital d'une SARL à capital variable », *op. cit.*, p. 163.
[134] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 10.
[135] *Ibid.*, p. 11.

prévue. En outre, l'exercice du droit de retrait par un ou plusieurs associés, manifestant leur désir de sortir volontairement du capital de la société, pourrait fragiliser la structure financière de la société[136]. La mise en œuvre du droit de retrait qui se traduira par la reprise des apports par les associés sortants engendrera la réduction du montant du capital social, privant ainsi la société d'une partie de ses ressources. Dans ces circonstances, la réduction du capital de la société à capital variable du fait de l'exercice du droit de retrait ne sera pas sans conséquence : elle affecte par ricochet, entre autres, les garanties accordées aux tiers qui, en conséquence, peuvent « être réticents à contracter avec celle-ci »[137].

Toutefois, ces inconvénients majeurs de la variabilité du capital ne sont pas insurmontables. L'encadrement statutaire de l'exercice du droit de retrait, autorisé par l'alinéa 1 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français, permet à la société de contrôler les sorties d'associés conformément à ses objectifs financiers. En outre, la réduction du capital, que ce soit par retrait ou par exclusion, est limitée à un seuil légal ; ce seuil étant déterminé par les statuts sans être inférieur au dixième du capital social stipulé, ni au montant du capital social minimal fixé par la loi[138]. Dès lors, la détermination de cette limite doit conférer une certaine crédibilité aux sociétés à capital variable qui ne peuvent malgré tout être constituées sans un capital social minimal irréductible. Par ailleurs, dans certaines circonstances, s'attacher à la fixité du capital consisterait à « entraver la réalisation d'opérations opportunes pour la société »[139], en raison des contraintes liées à la modification des statuts ; d'où la dérogation accordée à certaines sociétés d'adopter la variabilité du capital, en vue de bénéficier des opportunités offertes par l'allégement des modalités de modification du capital.

27. Appréciation objective. La variabilité du capital est une modalité de fonctionnement de la société qui permet la réalisation de certaines opérations sur le capital en l'absence d'une modification des statuts. Comparativement au droit français, le champ d'application de la variabilité en droit OHADA est restreint. La variabilité du capital n'est ouverte qu'aux sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne et aux sociétés par actions simplifiées[140]. Tandis qu'en droit français, toutes les sociétés peuvent stipuler une clause de variabilité du capital, sauf les sociétés anonymes.

---

[136] A. PLENT, *op. cit.*, n° 211, p. 107.
[137] *Ibid*., n° 20, p. 10.
[138] Art. L. 231-5 C. com. et art. 269-5 AUDSC.
[139] A. PLENT, *op. cit.*, n° 183, p. 93.
[140] Contrairement aux sociétés commerciales dont les sociétés anonymes ordinaires et les sociétés anonymes qui ont la faculté d'insérer une clause de variabilité, les sociétés coopératives sont d'office des sociétés à capital variable.

Les sociétés éligibles à la variabilité du capital pourront faire varier à tout moment le montant de leur capital, à la hausse ou à la baisse, au moyen respectivement d'une augmentation ou d'une réduction de capital. En effet, la variabilité du capital social comporte deux modalités, à savoir l'augmentation et la réduction du capital social. L'augmentation du capital social résulte des versements successifs d'apports en numéraires réalisés par des associés et de l'entrée de nouveaux associés dans la société. Sont exclus du champ d'application de la variabilité du capital les apports en nature et les apports en industrie effectués par les associés, de même que l'incorporation des réserves, de même que l'augmentation du montant du nominal des actions. Quant à la réduction du capital social, elle s'effectue par le retrait ou l'exclusion d'associé entraînant, en conséquence, le remboursement de leurs apports. Cependant, elles sont limitées au respect du seuil minimum irréductible fixé par les statuts. Sont exclues du champ d'application de la variabilité du capital social la réduction provoquée par des pertes et la réduction du montant du nominal des actions.

Les modalités de mise en œuvre de la variabilité du capital devraient susciter un intérêt auprès des acteurs économiques et des praticiens du droit en raison des multiples avantages qui se dégagent de la variabilité, dont les principaux sont la simplification des opérations sur le capital, l'accès au financement et l'amélioration de la compétitivité des sociétés. La variabilité du capital comporte toutefois des inconvénients, à savoir principalement l'instabilité de l'actionnariat, la fragilisation de la structure financière de la société par la sortie volontaire de l'associé, la crainte de la réticence des tiers à contracter avec des sociétés à capital variable, en raison des modalités de réduction de capital. Ces inconvénients peuvent, en revanche, être relativisés par un encadrement de l'exercice du droit de retrait susceptible de sécuriser la structure financière de la société et l'existence d'un capital social minimum légal et statutaire limitant la réduction de capital.

28. Appréciation subjective. Plusieurs raisons pourraient inciter les dirigeants d'une société à mettre en œuvre la faculté accordée par le régime juridique de la variabilité du capital. Ces raisons pourraient être liées à l'impérieuse nécessité de renforcer les capitaux propres de la société à court ou à long terme. A court terme, la variabilité du capital permettra à la société de faire appel à un ou plusieurs investisseurs qui, par une prise de participation dans le capital, acquerront des titres sociaux en contrepartie de leurs apports, soit au moment de la constitution de la société, soit en cours de vie sociale. Les investisseurs pourraient se retirer de la société et se faire rembourser leurs apports ; ce qui aboutira à une réduction du capital, pourvu qu'elle soit effectuée conformément aux dispositions spécifiques de la variabilité du capital pour

pouvoir se réaliser sans nécessiter une modification des statuts, afin de s'opérer dans la célérité et la confidentialité. A long terme, la variabilité du capital facilite le renforcement des capitaux propres de la société par les associés eux-mêmes, grâce aux versements d'apports en numéraire qu'ils pourront effectués à plusieurs reprises dans la limite du capital maximum autorisé fixé dans les statuts. Ils pourront également se faire rembourser à tout moment en cours de vie sociale, sans altérer la structure financière de la société et dans la limite du capital minimum irréductible déterminé par les statuts. En somme, la variabilité du capital favoriserait la restructuration ou la recapitalisation allégée des sociétés dans la célérité et dans la confidentialité, dans la mesure où elle pourrait se réaliser sans modification des statuts et en l'absence de toute formalité de publicité, tout en garantissant la sécurité des opérations et des transactions financières réalisées en vue du renforcement des capitaux propres de la société.

29. Problématique de l'étude. Le capital social a plusieurs finalités. Il constitue, notamment, un moyen de financement, une clé de répartition des droits et des pouvoirs dans la société, un moyen de protection des créanciers sociaux. Cette dernière finalité caractérise l'importance du capital social à l'égard des tiers. A cet égard, le capital social est considéré comme le gage irréductible des créanciers sociaux[141]. Cela ne vaut que dans les sociétés où les associés sont responsables des dettes concurremment à leurs apports ; ils ne répondent pas des dettes de la société sur leur patrimoine personnel. De ce fait, le capital social serait pour les tiers un indicateur de la capacité de la société à faire face à ses dettes. C'est cette raison qui justifie le fait que les associés doivent toujours laisser un actif social au moins égal au capital social. Cependant, il se trouve que c'est l'actif social et non le capital social qui constitue le gage effectif des créanciers de la société, d'où l'apparence de la sécurisation des créanciers par le capital social ; alors que la confiance des créanciers à la société se serait fondée sur le capital social, en tant qu'indicateur de la capacité de remboursement de ses dettes.

30. Le capital social, en tant que moyen de financement, peut constituer une cause d'attractivité en raison de sa variabilité. En effet, premier patrimoine de la société, le capital social fournit les moyens d'acquisition des éléments de l'actif permettant son fonctionnement. Il peut permettre de faire face à des dettes temporaires, comme un mécanisme de compensation, en cas d'insuffisance des fonds propres de la société. Ainsi, en disposant que le capital social peut augmenter par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux, l'Acte uniforme fournirait un mécanisme de recapitalisation allégé en dispensant la société des

[141] J. Y. TOE, *op. cit.*, n° 47, p. 30.

formalités de dépôt et de publication des actes constatant les augmentations du capital social[142]. La société à capital variable serait donc attractive en raison, notamment, de la simplification des opérations portant sur le capital social. Cependant, la diminution du capital social par la reprise totale ou partielle des apports effectués sans formalité de dépôt et de publication des actes y afférents serait source d'insécurité juridique, dans la mesure où elle mettrait les créanciers dans une situation d'incertitude quant à la capacité de la société à rembourser ses dettes. Puisqu'après la conclusion d'un contrat avec la société, celle-ci peut procéder à la diminution de son capital social sans que ses créanciers en soient informés, faute de publication de l'acte modificatif ; d'où une possible altération de la sécurité juridique à l'égard des partenaires de la société à capital variable. Cette situation nécessite que l'on s'interroge principalement sur l'attractivité de la technique de variabilité du capital social en lien avec la sécurité juridique en droit OHADA. En d'autres termes, en quoi la technique de la variabilité du capital social, tout en sécurisant les intérêts en présence, pourrait contribuer efficacement à la performance économique des sociétés en droit OHADA ?

La réponse à cette problématique réside principalement dans l'examen de deux hypothèses de recherche. La première hypothèse suggère que le mécanisme de la variabilité du capital social comporte des attraits et qu'à cet effet elle contribue, notamment, à un fonctionnement optimum de la société commerciale en termes de mobilisation du financement, de recapitalisation de la société, de mobilité des associés, de restructuration de la société. Quant à la seconde hypothèse, elle postule que le mécanisme de la variabilité du capital social emporte des risques pour les tiers à la société, lesquels sont obligés de fournir des efforts insurmontables pour mieux protéger leurs intérêts face à un cocontractant susceptible de faire varier le montant de son capital social et/ou le nombre ou la qualité des associés.

31. Cadre méthodologique. La présente étude se fera à la lumière du droit français, étant donné que le législateur OHADA s'en est inspiré pour fixer le cadre juridique des sociétés à capital variable. En effet, « quand les législateurs cherchent l'inspiration à l'étranger, ils font volontiers références à des « modèles » »[143]. C'est le cas du législateur OHADA qui a volontairement choisi le Code de commerce français comme modèle[144] dans la détermination du régime juridique de la variabilité du capital social ; en témoigne la quasi similitude des dispositions du Code de commerce français et de l'Acte uniforme y relatives. Dans ce sens, le législateur

[142] Art. 269-1 al. 1 et 269-3 al. 1 AUDSC.
[143] C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, Paris, 2018, p. 241.
[144] Le Vocabulaire juridique Cornu définit le modèle comme « une œuvre législative dont la valeur exemplaire fait une source d'inspiration en législation comparée ». Cité par C. HAGUENAU-MOIZARD, *op. cit.*, p. 242.

OHADA a préféré les solutions abstraites préconisées par le droit français pour régler certains problèmes que connaissent les sociétés commerciales de l'espace OHADA. Dès lors, la méthodologie de recherche consistera à envisager une approche comparatiste en vue d'améliorer le cadre juridique de ces sociétés grâce au droit comparé. Ce dernier a pour objet d'opérer une confrontation permanente des différents systèmes juridiques ; d'où l'intérêt d'explorer à la fois la fonction documentaire et la fonction normative du droit comparé[145]. La fonction documentaire du droit comparé permet une meilleure connaissance des droits étrangers, faisant ainsi du droit comparé un « instrument d'intelligence et de progrès du droit »[146]. Quant à la fonction normative du droit comparé, elle entraîne « la création continue du droit grâce aux fruits de l'expérience d'autrui »[147]. Dans cette perspective, l'approche du droit comparé permettra de relever les convergences, les différences et les insuffisances législatives en matière de variabilité du capital. Cette approche permettra également de mettre à profit les thèses contractuelle, institutionnelle et moderne de la société, pour non seulement répondre à une interrogation sur le caractère achevé ou inachevé de la réforme de l'Acte uniforme, mais aussi comprendre les articulations des différentes dispositions du Livre 10 de l'Acte uniforme. De ce fait, étant donné que c'est par l'intermédiaire des sources de droit telles que la loi, la jurisprudence et la doctrine que les modèles circulent d'un système juridique à un autre, la démarche méthodologique consistera à exploiter ces différentes sources pour mieux cerner le mécanisme de la variabilité du capital social. Cela correspond à l'objet de la méthodologie juridique comparative qui suggère « d'aborder les problèmes de droit, tant pour en cerner les difficultés que pour en dégager les solutions, à la lumière du droit comparé »[148]. On comprend là l'intérêt d'explorer les différentes sources de droit des deux systèmes juridiques en vue de dégager les problèmes de droit et les solutions idoines. De même, subsidiairement, des incursions dans d'autres disciplines seront également nécessaires pour mieux appréhender le mécanisme à étudier.

32. Intérêt du sujet et de la démarche méthodologique. Le recours au droit comparé vise un double intérêt pratique et théorique. Du point de vue pratique, la problématique posée par la variabilité du capital exige la recherche de solutions communes puisées dans l'étude du droit français et du droit OHADA[149]. Il s'agira de mettre en exergue les insuffisances législatives de la variabilité du capital, en vue de dégager les solutions possibles. Du point de vue théorique,

[145] J-L. BERGEL, *op. cit.*, n° 132, p. 162.
[146] *Ibid.*
[147] *Ibid.*
[148] *Ibid.*, n° 132, p. 163.
[149] C. HAGUENAU-MOIZARD, *op. cit.*, p. 2.

la présente étude doit permettre de comprendre, entre autres, la raison d'être de la variabilité du capital et le fonctionnement de ce mécanisme ; l'objectif étant de mettre à profit la comparaison entre ces deux droits pour améliorer le droit OHADA. En effet, « suscitant des interrogations et des critiques à l'égard du droit étranger ou du droit national, [le droit comparé] peut inspirer des améliorations du droit positif »[150]. Cela se comprend dans la mesure où le recours au droit comparé ambitionne une meilleure connaissance des systèmes juridiques proches ou éloignés en vue de maîtriser davantage le droit national et d'envisager son amélioration. Cette connaissance contribuera à l'enrichissement et au développement de l'esprit critique[151] ; afin d'envisager des mécanismes efficaces d'adaptation du droit aux besoins sociaux.

33. Plan. L'analyse de l'apport du mécanisme de la variabilité du capital social à l'attractivité et à la sécurité juridique en droit OHADA, comparativement au droit français, suggère de démontrer d'une part, la relative perceptibilité de l'attractivité de la variabilité du capital social (**Première partie**) et, d'autre part, l'attractivité perfectible de la variabilité du capital social (**Seconde partie**).

[150] J-L. BERGEL, *op. cit.*, n° 132, p. 162.
[151] C. HAGUENAU-MOIZARD, *op. cit.*, p. 7.

PREMIERE PARTIE. LA RELATIVE PERCEPTIBILITE DE L'ATTRACTIVITE DE LA VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL

34. L'article 1832 du Code civil et l'alinéa 1 de l'article 4 de l'Acte uniforme définissent la société comme un groupement de deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter des biens ou des services à une activité en vue de partager le bénéfice distribuable ou de profiter de l'économie qui en résultera. Les éléments qui résultent de cette définition du contrat de société se résument en l'affectation des biens à une activité, le partage du bénéfice distribuable ou le profit de l'économie qui en résultera[152]. L'affectation des biens est réalisée par les apports en numéraire et en nature effectués par les associés en contrepartie de titres sociaux. L'ensemble des apports effectués au profit de la société constituera le capital social.

La constitution de la société permet, grâce à l'affectation des biens, de mobiliser des moyens financiers et matériels nécessaires pour la réalisation d'activités. En cours de vie sociale, la recherche de croissance impulsée par les organes sociaux accroît le besoin de financement de la société ; lequel besoin étant susceptible d'être satisfait notamment grâce à l'introduction de la variabilité du capital social en droit OHADA à la suite de la révision de l'Acte uniforme le 30 janvier 2014.

35. La variabilité du capital social est une modalité de fonctionnement de la société permettant la modification du capital, soit par une augmentation, soit par une réduction, sans l'accomplissement des formalités exigées pour la modification des statuts. En droit OHADA, cette modalité constitue une faculté pour les sociétés commerciales et une caractéristique principale des sociétés coopératives. La société à capital variable, c'est-à-dire la société ayant adopté ou comportant cette modalité, a pour principale caractéristique un capital social mouvant et non figé[153]. Cette innovation constituerait un moyen efficace d'accroissement des capacités de mobilisation financière de la société. Cependant, le renforcement des capacités de mobilisation financière des sociétés serait tributaire de l'attractivité de la variabilité du capital auprès des acteurs économiques et des investisseurs professionnels ou non. Pour ce faire, il

[152] F. ANOUKAHA *et al., OHADA – Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 75, p. 51.
[153] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 4.

apparaît nécessaire que ceux-ci perçoivent les intérêts du recours à cette modalité de fonctionnement pour la société.

Le régime juridique de la variabilité du capital social devrait alors susciter un intérêt indispensable pour justifier non seulement le recours à cette modalité de fonctionnement, mais aussi sa mise en œuvre, en vue de garantir un financement au profit des sociétés à capital variable. Il conviendrait, de ce fait, de démontrer que la variabilité du capital social comporte des aspects favorables au financement des sociétés adoptant cette modalité de fonctionnement. Ainsi, quels sont les aspects de la variabilité du capital favorables à l'attractivité des investisseurs et, en conséquence, au financement des sociétés ?

L'examen des attraits de la variabilité du capital social conduit à envisager d'une part, la variabilité du capital social comme une technique sociétaire favorable au financement de la société (**Titre 1**) et, d'autre part, un aménagement du capital social facilité par la clause de variabilité (**Titre 2**).

TITRE 1. LA VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL, UNE TECHNIQUE SOCIETAIRE FAVORABLE AU FINANCEMENT DE LA SOCIETE

36. La problématique du financement a toujours été au cœur des préoccupations des sociétés commerciales, que ce soit lors de la constitution ou en cours de vie sociale. Lors de la constitution, les apports effectués par les associés constitueront la première source de financement des sociétés commerciales. La somme de ces apports constituant le capital social doit être en adéquation avec les activités projetées. En cours de vie sociale, la situation financière et les perspectives économiques détermineront la nécessité d'augmenter ou de réduire le montant du capital pour qu'il assure le financement des activités ou qu'il corresponde à la réalité économique de la société. La réduction de capital résultera de la diminution de la valeur nominale des titres sociaux ou de leur nombre. Quant à l'augmentation du capital, elle procédera notamment de l'augmentation de la valeur nominale des titres sociaux ou de la souscription de nouveaux titres sociaux par des associés, anciens ou nouveaux. Ces mouvements du capital social démontrent son importance dans la caractérisation de la situation et des besoins financiers de la société. Dès lors, le capital social doit être en mesure d'assurer le financement des sociétés. Lorsqu'il s'avère insuffisant pour assurer l'exploitation de la société, les associés sont tenus de mobiliser les fonds nécessaires à cet effet ; d'où la nécessité d'envisager des mécanismes incitatifs ou attractifs de mobilisation du financement de la société. C'est tout l'intérêt de la révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique le 30 janvier 2014 qui a permis d'introduire la variabilité du capital social.

37. Cependant, la variabilité du capital social, tel qu'envisagée par le législateur OHADA, comporte-t-elle des aspects attractifs pour les investisseurs et le financement des sociétés ? Il s'agira ici de démontrer que la variabilité du capital, à travers ses modalités de mise en œuvre, favorise le financement des sociétés, en facilitant l'entrée et la sortie des associés. Pour établir sa capacité à assurer un financement propice de la société, il y a lieu d'examiner d'une part, la nature de la technique de variabilité du capital social (**Chapitre 1**) et, d'autre part, le régime de la technique de variabilité du capital social (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LE FINANCEMENT POSSIBLE PAR LA NATURE DE LA TECHNIQUE DE VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL

38. Le capital social joue un rôle de financement de la société. Il désigne, en effet, le premier mode de financement des activités de la société, dans la mesure où il représente la somme des apports effectués par les associés lors de la constitution[154]. Ce sont les apports mis à la disposition de la société par les associés, en l'occurrence les apports en numéraire, qui serviront à assurer le fonctionnement courant et à financer les investissements de la société. Il constitue alors un des éléments des fonds propres de la société, lequel se renforcera au gré des augmentations résultant de la souscription de nouveaux titres sociaux ou de l'élévation de leur valeur nominale. Ces augmentations se traduiront par une modification des statuts de la société ; une telle modification nécessitant l'accomplissement des formalités de dépôt et de publicité prescrites par la loi.

39. La réforme de l'Acte uniforme en 2014 a introduit le mécanisme de la variabilité du capital social ; lequel mécanisme entraîne la modification à la hausse ou à la baisse du capital social, *a priori* sans accomplissement des formalités de dépôt et de publicité des actes y relatifs. De ces deux modalités de modification du capital, seule la modification à la hausse entraîne l'augmentation du capital et, en conséquence, l'accroissement des fonds propres de la société. De la sorte, la variabilité du capital social favoriserait la recapitalisation des sociétés en besoin de financement. Comme tel, il suffirait de démontrer la capacité de ce mécanisme à renforcer la finalité économique du capital social, lequel recouvrirait ainsi l'entièreté de son rôle de financement des sociétés[155].

40. En instaurant la variabilité du capital en droit des sociétés commerciales, le législateur OHADA favoriserait le recours aux associés et aux investisseurs pour renforcer les fonds propres de la société, en contrepartie de titres sociaux éventuellement rémunérés par des dividendes en fin d'exercice. De ce fait, comment la variabilité du capital social peut-elle constituer une modalité de financement efficace des sociétés ? Il s'agit d'envisager la variabilité

[154] Voir art. 62 AUDSC.
[155] La variabilité du capital apparaît ici comme un mécanisme qui permet de générer des financements pour les sociétés qui l'adoptent, du fait de l'augmentation du capital qu'elle induit.

du capital comme une modalité de fonctionnement garantissant un financement de la société. Il résulte de l'analyse des modalités de sa mise en œuvre que la variabilité du capital constitue une technique favorable au financement de la société **(Section 1**) et au renforcement de la fonction de financement du capital social (**Section 2**).

Section 1. Une technique favorable à une ouverture souple au financement de la société

41. Pour renforcer ses fonds propres, la société commerciale peut recourir à plusieurs moyens tels que l'emprunt bancaire, l'avance en compte courant d'associé. Elle peut également décider de recourir à la variabilité du capital social. Ce choix aboutira à la mise en œuvre de la clause de variabilité pour obtenir de manière efficace des fonds, en vue de faire face aux tensions de trésorerie ou de financer un projet d'envergure.

Introduite lors de la révision de l'Acte uniforme en 2014, la variabilité du capital peut contribuer au renforcement des capitaux propres des sociétés commerciales ; d'où l'intérêt de déterminer les modalités d'obtention d'un financement par la mise en œuvre de la clause de variabilité. Cette innovation amène à s'interroger sur sa capacité à faciliter l'obtention des fonds pour satisfaire les besoins d'une société. Ainsi, comment la variabilité du capital garantit-t-elle le financement d'une société ?

42. L'introduction de la variabilité du capital social en droit OHADA a ouvert un nouveau champ d'intervention directe des investisseurs intéressés par la célérité et l'efficacité dans les opérations de financement des entreprises. La mise en œuvre de la clause de variabilité permettra de se rendre compte que ce mécanisme permet un renforcement des fonds propres de la société après la mise à disposition des apports qui ont servi à sa création. La société accédera ainsi à un financement complémentaire afin de renforcer ses fonds propres (**Paragraphe 1**). Mais, il importe de faire remarquer que ce mécanisme est favorisé par la possibilité de modifier avec célérité le montant du capital social (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Un financement complémentaire renforçant les fonds propres de la société

43. Le financement d'une société peut résulter d'un renforcement de ses fonds propres lors d'une augmentation du capital social. C'est d'ailleurs l'un des objectifs de cette opération, à savoir « favoriser le développement de l'entreprise par la collecte de fonds qui vient accroître la masse des capitaux propres »[156]. Il reviendra alors aux dirigeants sociaux de recourir, après la constitution de la société, à la variabilité du capital social pour renforcer à tout moment les

[156] C. MAO, *Les opérations de capital social en droit français et chinois*, Thèse, Droit, Paris-Panthéon-Assas, 2016, n°143, p. 67.

capitaux propres de la société ; laissant ainsi entrevoir un des éléments juridiques attractifs de la variabilité du capital social. Comment alors le mécanisme de la variabilité du capital permet-il le renforcement efficace des capitaux propres d'une société ? Pour s'en convaincre, il convient d'analyser d'une part, le financement par les apports effectués par les futurs associés (A) et, d'autre part, le financement par les apports effectués par les associés de la société (B).

A. Le financement de la société par les associés nouveaux

44. En cours de vie sociale, une société peut accueillir de nouveaux associés ; ce qui lui permettra d'augmenter son capital et, en conséquence, de renforcer ses capitaux propres. L'entrée de nouveaux associés permettra à la société d'obtenir un financement grâce aux apports[157] qu'ils effectueront, lesquels renforceront les fonds propres de la société. Il faudra alors s'assurer que leur admission en cours de vie sociale permettra de dégager des fonds pour le développement de la société. Il s'avère important de déterminer les modalités de la contribution des apports réalisés par des associés nouveaux au financement de la société.

En autorisant l'augmentation du capital par l'admission d'associés nouveaux, l'Acte uniforme et le Code de commerce français permettraient tous les types d'apports. Cependant, ces lois n'indiquent pas les modalités de la mise en œuvre de l'admission des futurs associés[158]. Mais, à l'analyse, l'on se rend compte que contrairement aux autres types d'apports (B), seuls les apports en numéraire facilitent le renforcement des fonds propres de la société (A).

1. Le financement de la société par les apports en numéraire

45. Ayant pour objet une somme d'argent, l'apport en numéraire fait partie des méthodes classiques de constitution et d'augmentation du capital d'une société[159]. Il se réalise par le transfert de la propriété des sommes d'argent, c'est-à-dire la remise des fonds, à la société[160]. En contrepartie, l'apporteur reçoit de la société des droits sociaux qui lui confèreront la qualité d'associé[161]. En raison de la clause variabilité insérée dans les statuts de la société, le capital social est susceptible d'augmentation, notamment par des apports en numéraire réalisés par des

[157] L'apport en société désigne « un bien dont l'associé transfère la propriété ou la jouissance à la société et en contrepartie duquel il reçoit des parts ou des actions ». Voir Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales (Edition 2022-2023)*, Dalloz, collection « Droit privé », Paris, 26e éd., 2022, n° 38, p. 54. L'apport en société peut prendre plusieurs formes. On parlera ainsi d'apport en numéraire, d'apport en nature et d'apport en industrie. C'est l'ensemble des biens mis en commun par les associés lors de la constitution de la société qui constitue le capital social.
[158] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à Capital variable », *op. cit.*, n° 45, p. 16.
[159] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 219, p. 147.
[160] Art. 41 AUDSC et 34 AUDSCOOP.
[161] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 216, p. 145.

associés nouveaux[162]. Ceux-ci peuvent être, par exemple, des dirigeants sociaux, des salariés de la société, des investisseurs en capital professionnels ou non. Cette augmentation du capital par des apports en numéraire participera à l'accroissement des fonds propres de la société[163]. Il importe alors de s'interroger sur les modalités de réalisation de l'apport en numéraire lors de l'augmentation du capital social.

46. Dans les sociétés à capital fixe, une telle augmentation du capital nécessite la réunion d'une assemblée générale extraordinaire pour procéder à la modification des statuts, au dépôt et à la publication des actes subséquents. En revanche, dans les sociétés à capital variable, l'augmentation du capital social se réaliserait sans recourir à la modification des statuts. En effet, autorisés par l'article 269-1 de l'Acte uniforme, les actes qui constatent l'augmentation du capital par apport en numéraire d'associés nouveaux ne sont pas assujettis aux formalités de dépôt et de publication[164], lesquelles sont subséquentes à la modification des statuts. Qui plus est, en raison de la variabilité du capital, le législateur permet de fixer librement dans les statuts les modalités de souscription et de libération des apports en numéraire[165]. L'exemption aux formalités de dépôt et de publication des opérations d'augmentation du capital constitue un avantage de la variabilité du capital. Ce même avantage est également prévu par le Code de commerce français[166]. Il y a, de ce fait, une convergence entre droit français et droit OHADA sur une telle exemption, dans la mesure où les dispositions qui la consacrent, à savoir l'article 269-3 alinéa 1 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-3 du Code de commerce français, sont presqu'entièrement identiques[167]. Le droit OHADA étant postérieur au droit français, le législateur OHADA s'est alors largement inspiré du droit français pour introduire cette facilité dans la procédure d'augmentation du capital social.

47. L'absence de formalités de publicité des opérations d'augmentation du capital des apports en numéraire a l'avantage de faciliter la mobilisation des fonds nécessaires au financement de la croissance de la société. En autorisant l'apport en numéraire pour les associés nouveaux, l'Acte uniforme et le Code de commerce français favorisent une augmentation du capital en cours de vie sociale. La société bénéficiera ainsi de financements supplémentaires en cours de vie sociale pour accroître ses fonds propres. La simplification des opérations d'augmentation

[162] Voir art. 269-1 al. 1 AUDSC.
[163] A. PLENT, *op. cit.*, n° 339, p. 167.
[164] Voir art. 269-3 al. 1 AUDSC.
[165] Voir art. 269-2-1 AUDSC.
[166] Voir art. L. 231-3 C. com.
[167] Au lieu d'évoquer le retrait d'administrateurs, comme le fait l'article L. 231-3 du Code de commerce français, l'article 269-3 al. 1 de l'AUDSC traite des dirigeants sociaux de la SAS. Son champ d'application est plus restreint que celui du Code de commerce français. C'est la seule différence entre ces deux dispositions.

du capital par des apports en numéraires d'associés nouveaux vise à attirer des investisseurs en vue d'assurer la compétitivité de la société[168]. Cette simplification se manifeste effectivement par la célérité, la confidentialité et la souplesse dans la réalisation des opérations sur le capital ; ce qui permet de fournir à la société à capital variable une liquidité certaine difficile à retrouver dans une société à capital fixe, assurant ainsi une attractivité évidente pour les investisseurs[169]. Il importe à présent de déterminer si les autres types d'apports permettent le financement de la société au même titre que l'apport en numéraire.

2. Le financement par les apports autres qu'en numéraire

48. L'apport en nature[170] et l'apport en industrie[171] constituent les autres types d'apports en dehors de l'apport en numéraire. L'objectif d'une société qui accueille de nouveaux associés est de renforcer les capitaux propres grâce aux apports qu'ils réaliseront ; ce qui est effectif avec les apports en numéraire. Le même objectif devrait, en principe, demeurer avec les apports en nature et les apports en industrie. L'analyse de la situation de ces deux types d'apports permettra de confirmer ou d'infirmer l'hypothèse selon laquelle ils ne participent pas au renforcement des capitaux propres de la société dans le cadre de la variabilité du capital social.

a. La situation des apports en nature

49. Les apports en nature se réalisent par le transfert des droits réels ou personnels correspondant aux biens apportés par les associés ou coopérateurs et par la mise à la disposition effective de la société commerciale ou de la société coopérative des biens sur lesquels portent ces droits[172]. A l'analyse, l'alinéa 1 des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français autoriserait l'admission d'associés nouveaux pour l'augmentation du capital social des sociétés à capital variable par des apports en nature. Il reviendra alors aux sociétés d'organiser dans leurs statuts les modalités de souscription et de libération des actions et parts sociales correspondant aux apports en nature[173].

---

[168] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 10.
[169] A. PLENT, *op. cit.*, n° 46, p. 22.
[170] Les apports en nature désignent les apports de biens autres que du numéraire, à savoir des biens corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, qu'un associé ou un coopérateur s'engage à mettre à la disposition de la société. Voir B. HESS-FALLON et A-M. SIMON, *Droit des affaires*, aide-mémoire, Sirey, Paris, 20e éd., 2017, p. 181.
[171] L'apport en industrie se traduit par l'engagement d'une personne de travailler pour la société ; le terme industrie étant pris au sens latin. Il consiste à exécuter un travail en qualité d'associé et non en qualité d'employé. Voir M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1550, p. 47.
[172] Art. 45 al. 1 AUDSC et 37 al. 1 AUDSCOOP.
[173] Voir art. 269-2-1 AUDSC.

50. Dans les sociétés à capital variable, bien que le capital social puisse varier sans l'accomplissement de formalités spécifiques, « laisser la possibilité aux associés d'augmenter le capital par des apports en nature aboutirait inéluctablement à créer une situation dangereuse, soit envers les autres associés, soit envers les créanciers »[174]. En effet, contrairement aux apports en numéraire les apports en nature effectués lors de l'augmentation du capital social posent généralement une difficulté liée à leur nature : il s'agit de leur évaluation. Ils peuvent, de ce fait, faire l'objet d'une sous-évaluation ou d'une surévaluation selon les cas.

51. Une surévaluation de l'apport en nature induirait la société en erreur ou, à tout le moins, constituerait un leurre qui, en conséquence, se matérialiserait par une contrepartie supérieure à la valeur réelle dudit apport. En plus, l'associé ayant surévalué la valeur de son bien serait privilégié par rapport à ses coassociés. De même, les créanciers pourraient être lésés sur la valeur du bien apporté, puisqu'ils ne trouveraient pas à saisir la consistance réelle du bien apporté[175]. En revanche, l'apporteur se trouverait lésé en cas de sous-évaluation de l'apport en nature. Mais, entre les deux hypothèses, la surévaluation est plus probable que la sous-évaluation, car dans ce dernier cas l'apporteur est « en mesure de faire valoir son intérêt lors de l'apport »[176] ; d'où l'intérêt de l'institution de la procédure d'évaluation de l'apport en nature par le législateur en vue d'une meilleure garantie des droits des différentes parties en présence.

52. En droit OHADA, l'évaluation des apports en nature est assurée par les associés, sous le contrôle d'un commissaire aux apports[177]. L'intervention de ce dernier est obligatoire dans les sociétés anonymes ordinaires, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés coopératives, peu importe la valeur du bien apporté[178]. En droit français, l'article L. 225-147 du Code de commerce oblige les sociétés par actions à désigner un ou plusieurs commissaires aux apports dans le cadre de tout projet d'augmentation de capital par apports en nature ou de stipulation d'avantages particuliers. Les commissaires aux apports sont désignés à l'unanimité des actionnaires ou, à défaut, par décision de justice. Selon Renaud MORTIER, l'intervention du commissaire aux apports vise à assurer ou encore à certifier la sincérité ou la réalité du capital social et, du même coup, le gage des créanciers sociaux[179]. A cet effet, le commissaire aux apports est chargé d'apprécier la valeur des apports en nature dans un rapport annexé aux statuts

[174] A. PLENT, *op. cit.*, n° 345, p. 169.
[175] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 581, p. 365.
[176] *Ibid*.
[177] Voir art. 49, 400 al. 2 AUDSC et art. 41 et 279 AUDSCOOP.
[178] Dans la SARL : l'article 312 de l'AUDSC rend l'intervention du commissaire aux apports obligatoire lorsque la valeur de l'apport est supérieure à 5.000.000 de francs CFA. Son intervention n'est pas exigée en dessous de ce montant.
[179] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 660, p. 400.

qui précise la nature des apports, le mode d'évaluation retenu, les raisons de ce choix[180]. L'omission du commissaire aux apports ou la non prise en compte de son évaluation dans la procédure d'augmentation par des apports en nature n'est pas sans conséquence. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a pu retenir dans une espèce qu'à défaut de commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue par les associés est différente de celle proposée par le commissaire aux apports, les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature[181].

53. La célérité prônée par les dispositions de l'article 269-1 de l'Acte uniforme et de l'article L. 231-1 du Code de commerce français pour les opérations de variabilité du capital social, ne concerne pas les augmentations résultant d'apports en nature. Cette modalité d'augmentation du capital est lourde et onéreuse, en raison de l'intervention du commissaire aux apports. En d'autres termes, les augmentations de capital par apports en nature dans les sociétés à capital variable requièrent les mêmes formalités que celles applicables dans les sociétés à capital fixe[182]. En n'excluant pas expressément la réalisation des apports en nature par les associés nouveaux dans le cadre de la variabilité du capital, l'Acte uniforme et le Code de commerce français laisseraient croire que ces apports contribueraient à accroître les fonds propres de la société. Pourtant, tel n'est pas le cas. Les apports en nature n'ont pas vocation à augmenter les fonds propres ou les capacités financières de la société. Leur utilité consiste à faire entrer dans le patrimoine de la société tel brevet, tel immeuble ou tel fonds de commerce[183]. Autrement dit, les apports en nature ne participent pas au renforcement des capitaux propres de la société. Il pourrait en être de même pour l'apport en industrie.

b. La situation de l'apport en industrie

54. L'apport en industrie se matérialise par la mise à disposition au profit de la société des connaissances techniques ou professionnelles ou des services[184] ; c'est d'ailleurs ce qui fait sa spécificité par apports aux autres types d'apports. De ce fait, en raison de sa spécificité, il n'était pas admis comme apport, parce qu'il ne pouvait pas constituer une partie du capital social, lequel est considéré comme la seule garantie des créanciers[185]. Cette interdiction connaîtra un premier assouplissement, en particulier, pour la constitution de sociétés entre époux pour

[180] Voir art. 401 AUSDC.
[181] Voir Cass. com, 12 mai 2021- n° 20-12.670
[182] A. PLENT, *op. cit.*, n° 109, p. 55.
[183] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 567, p. 357.
[184] Voir art. 40, 50-1 et suivants de l'AUDSC.
[185] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1794, p. 219.

l'exploitation de l'entreprise familiale[186], avant que cet apport ne soit admis dans les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés coopératives[187]. Mais, il demeure interdit dans les sociétés anonymes, aussi bien en droit OHADA[188], qu'en droit français[189]. Ainsi, au regard du champ d'application de la variabilité du capital en droit OHADA, l'on se rend compte que l'apport en industrie n'est possible que dans les sociétés par actions simplifiées et les sociétés coopératives, à l'exclusion des sociétés anonymes. Dans les sociétés qui admettent ce type d'apport, les nouveaux apports en industrie donnent lieu à attribution de titres sociaux. En général, l'augmentation du capital d'une société vise à renforcer ses fonds propres. Il convient alors de se demander si l'apport en industrie contribue au financement de la société, en renforçant ses fonds propres, par l'admission d'associés nouveaux.

55. L'existence de l'apport en industrie est, en réalité, limitée et il ne concourt pas à la formation du capital[190], sauf dans les sociétés coopératives[191]. Cette situation s'explique par ses modalités de réalisation, à savoir la mise à disposition effective au profit de la société de main d'œuvre ou de savoir-faire[192], de connaissances techniques ou professionnelles ou de services[193]. Comme tel, il ne permet donc pas à la société d'accumuler des ressources financières. Ainsi, faute de capitalisation, il ne saurait se manifester par une augmentation du capital social[194]. En d'autres termes, l'apport en industrie ne contribue pas au renforcement des fonds propres de la société, qu'il s'agisse de la société par actions simplifiée ou de la société coopérative. L'admission ou l'absence d'exclusion expresse par le législateur de l'apport en industrie pour les associés nouveaux ne serait pas assez pertinente si l'on s'en tient à l'intérêt de la variabilité du capital. Les apports en industrie présentent donc peu d'intérêt dans le cadre de la variabilité du capital social.

Il convient dès lors de s'assurer si les associés, dits anciens, sont admis à réaliser les mêmes types d'apports que les futurs associés pour le financement de la société.

---

[186] *Ibid*.
[187] Pour l'admission de l'apport en industrie dans les sociétés coopératives, voir les articles 30, 33 et 43 de l'AUDSCOOP.
[188] Voir art. 50-1 al. 2 AUDSC.
[189] Voir art. L. 225-3 al. 4 C. com.
[190] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 14, p. 8.
[191] Selon l'article 54 AUSCOOP, le capital social initial indiqué dans les statuts de la société coopérative représente le montant des apports en capital faits par les coopérateurs lors de la constitution. L'apport en industrie concourt à la formation du capital de cette société. Cela n'est pas le cas dans les sociétés commerciales, dont la société par actions simplifiée.
[192] Voir art. 33 AUSCOOP.
[193] Voir art. 50-1 al. 1 AUDSC.
[194] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 216, p. 145.

B. Le financement de la société par les associés anciens

56. Il est établi que les apports en numéraire effectués par les futurs associés participent au financement de la société et qu'il pourrait en être de même pour les associés déjà membres de la société. Ce financement se traduirait par le renforcement des capitaux propres de la société par les apports qui seront réalisés en cours de vie sociale. Mais, il faudrait pour s'en convaincre apprécier la capacité des différents types d'apports possibles en cours de vie sociale pour les associés propres à assurer effectivement le financement de la société. Il faut, pour ce faire, envisager l'augmentation du capital d'une part, par des apports en numéraire (1) et, d'autre part, par les autres modalités des associés en cours de vie sociale (2).

1. L'augmentation du capital par les apports en numéraire des associés anciens

57. En déterminant le domaine de la variabilité du capital, l'Acte uniforme et le Code de commerce français ont fixé le cadre de l'augmentation du capital social en permettant des apports par les associés et les futurs associés de la société[195]. En effet, en disposant que le capital social est susceptible d'augmentation par des versements successifs des associés[196], le législateur français et celui de l'OHADA n'autorisent que les apports en numéraire de la part des associés de la société à capital variable. Ainsi, selon ces législateurs, seul l'apport en numéraire émanant des associés de la société sera exempté des lourdes formalités d'augmentation du capital. Est-ce donc à dire que les associés de la société à capital variable peuvent réaliser tout type d'apport en numéraire à l'occasion de l'augmentation du capital social ?

58. L'apport en numéraire[197] se traduit par la remise de fonds par l'associé à la société en contrepartie de droits sociaux. En cours de vie sociale, il permet de réaliser l'augmentation du capital social, soit par émission de nouveaux titres sociaux, soit par majoration du montant nominal des titres sociaux existants[198], mais sans attribution de nouveaux droits sociaux. Les nouveaux droits sociaux émis sont attribués aux associés qui y ont souscrit. S'agissant d'une société à capital variable, cette attribution pourra d'ailleurs intervenir sans aucune formalité ; il restera seulement à l'associé de procéder à un apport en numéraire pour se voir attribuer des

[195] Les articles 40 de l'AUDSC, 33 de l'AUDSCOOP et 1843-3 du Code civil en droit français prévoient trois types d'apports, à savoir l'apport en numéraire, l'apport en nature et l'apport en industrie.
[196] Voir art. 269-1 al. 1 AUDSC et art. L. 231-1 C. com.
[197] L'apport en numéraire est un apport en argent. Voir Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 39, p. 53.
Il se différencie de l'action de numéraire. L'apport en numéraire se réalise à la suite de l'émission d'actions de numéraire. Alors que l'action de numéraire est celle dont le montant est libéré en espèces ou par compensation de créances ou celle dont l'émission résulte d'une incorporation au capital de réserves, bénéfices et primes d'émission. Voir R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 220, p. 148.
[198] Voir art. 562 al. 1 AUDSC, en ce qui concerne la SA et art. L. 225-127 al. 1 C. com.

titres sociaux. Avec le contexte actuel de crise économique et financière marquée par la maladie à coronavirus, cette modalité d'augmentation du capital social permet d'éviter de passer par l'intermédiation bancaire[199], c'est-à-dire le recours aux prêts bancaires ou aux avances en compte courant d'associés, pour renforcer ses fonds propres, afin de financer ses projets d'envergure ou de faire face à une tension de trésorerie. L'émission de droits sociaux se traduit donc par la création de nouveaux titres sociaux, en accroissant les fonds propres de la société.

59. L'augmentation de la valeur nominale des droits sociaux permet également d'accroître les fonds propres de la société, mais elle ne crée pas de nouveaux droits sociaux. Cependant, comme l'indique l'alinéa 3 de l'article 562 de l'Acte uniforme, une telle augmentation nécessite le consentement unanime des associés, sauf lorsqu'il s'agit d'incorporation de réserves. Or, pour recueillir l'accord de tous les associés dans le cadre d'une augmentation du capital, il faut nécessairement tenir une assemblée générale extraordinaire. En outre, la majoration de la valeur nominale entraîne la modification des statuts, parce qu'elle modifiera la valeur nominale de chaque action. Pourtant, la modification du capital social envisagée au moyen de l'augmentation du capital social par apport en numéraire ne vise pas la modification des statuts de la société à capital variable. De ce fait, l'élévation de la valeur nominale des droits sociaux ne peut se réaliser sans formalité. Une telle modalité ne convient donc pas à la finalité de célérité poursuivie au moyen de la clause de variabilité de capital, car nécessitant l'accomplissement de formalités. Ainsi, en ce qui concerne les associés de la société à capital variable, les termes de l'article 269-1 de l'Acte uniforme et de l'article L. 231-1 du Code de commerce français semblent exclure l'augmentation du capital par apports en numéraire résultant de la majoration de la valeur nominale des titres sociaux[200]. Est-ce le seul type d'apport qui ne semble pas être autorisé aux associés anciens ?

2. Les autres modalités d'augmentation du capital des associés anciens

60. Les termes « versements successifs » limitent les types d'apports possibles pour les associés. Ils désignent exclusivement les augmentations par des apports en numéraire. Il exclut, de ce fait, les augmentations du capital par des apports en nature, des apports en industrie et l'incorporation de réserves par les associés[201]. L'exclusion des apports en nature pour les associés se justifierait, notamment, par les difficultés d'évaluation de ce type d'apport[202] ;

[199] A. LECOURT, « Capital social (Sociétés) », *op. cit.*, n° 190, p. 66.
[200] A. PLENT, *op. cit.*, n° 347, p. 170.
[201] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 35, p. 13.
[202] Voir *supra* n°49, p. 35 et s.

surtout qu'ils se réalisent sans contrôle[203], c'est-à-dire sans aucune formalité, selon l'esprit de la variabilité du capital. Alors que les formalités d'augmentation du capital par apport en nature dans les sociétés à capital variable sont identiques à celles applicables dans les sociétés à capital fixe[204]. Elle fait intervenir, entre autres, un ou des commissaires aux apports chargés d'établir la valeur des apports en nature, sans oublier qu'ils peuvent se faire assister par des experts de leur choix[205]. Ce type d'apport ne correspond donc pas à la spécificité de la société à capital variable, caractérisée principalement par l'absence de formalités lors de la modification du capital social. L'on comprend dès lors le fondement de l'exclusion des apports en nature pour les associés lors de l'augmentation du capital de la société à capital variable. Quant aux apports en industrie, leur existence est limitée aux seuls futurs associés lors de leur admission dans les sociétés par actions simplifiées. Qui plus est, en raison de leurs caractéristiques, les apports en industrie ne se manifestent pas par une augmentation du capital social[206].

61. En plus de l'interdiction des apports en nature et des apports en industrie pour les associés anciens, les articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français excluent l'augmentation du capital par incorporation de réserves au profit des associés anciens. La mise en œuvre de ce procédé devant aboutir à l'augmentation du capital se traduit par la convocation de l'assemblée générale extraordinaire des associés et la modification des statuts, avec tous ses corollaires[207].

Les augmentations de capital par les associés déjà membres de la société résultant d'apports en nature, d'apports en industrie et d'incorporation de réserves obéissent aux mêmes formalités que celles applicables aux sociétés à capital fixe, à l'instar des apports en numéraire résultant de la majoration de la valeur nominale des droits sociaux. Cela signifie que les procédés d'augmentation réalisés par les associés anciens, autres que par apports en numéraire, seront soumis aux règles de droit commun[208]. Ainsi, dans le cadre de la mise en œuvre de la clause de variabilité, les associés déjà membres de la société ne peuvent réaliser que des apports en numéraire à la suite de l'émission de nouveaux droits sociaux.

62. L'augmentation du capital par des apports en numéraire réalisés à la suite de la souscription de nouveaux titres sociaux permet effectivement de renforcer les capitaux propres de la société.

---

[203] *Ibid*.
[204] A. PLENT, *op. cit.*, n° 109, p. 55.
[205] Voir art. 619 et 621 de l'AUDSC.
[206] Voir *supra* n°54, p. 37 et s.
[207] Voir *infra* n°107, p. 63 et s.
[208] A. PLENT, *op. cit.*, n° 109, p. 55.

C'est d'ailleurs ce qu'un auteur soutient, entre autres, en liant l'accroissement des fonds propres de la société à une augmentation du capital par souscription de nouvelles parts sociales ou actions[209]. Combiné avec le mécanisme de la variabilité du capital, ce type d'augmentation assure à la société un financement souple, rapide et moins onéreux, car intervenant sans accomplissement de formalités comme c'est le cas pour les sociétés à capital fixe. L'on appréhende ainsi l'intérêt qu'aurait une société à insérer une clause de variabilité dans ses statuts. Mais, en réalité, ce mécanisme est favorisé par la modification souple du capital social.

Paragraphe 2. Une technique de financement favorisée par la modification simplifiée du capital social

63. Le renforcement des capitaux propres d'une société permet de dégager des ressources financières, afin de financer ses projets sans avoir recours à l'intermédiation bancaire. Il suffit, pour ce faire, que la possibilité soit ouverte aux associés déjà membres et aux futurs associés de participer au renforcement des fonds de la société. Mais, il faudrait que cette participation puisse se faire dans la célérité pour pouvoir réellement attirer les investisseurs. De même, les sociétés seraient intéressées de disposer d'un financement complémentaire par des apports qui s'effectueront de manière constante et dans la célérité.

64. La variabilité pourrait être décrite comme une technique permettant à la société d'obtenir aisément un financement de ses associés et ce, grâce à une modification simplifiée du montant de son capital social. L'on pourrait alors s'interroger sur les modalités de financement d'une société à capital variable par la modification simplifiée du capital social. Pourtant, ce mécanisme de mise en œuvre de la modification simplifiée du capital social (B) existe pour toutes les sociétés, à condition qu'elles aient l'opportunité d'en bénéficier (A).

A. Le bénéfice de la modification simplifiée du capital social

65. La modification simplifiée du capital social est celle qui s'opère sans l'accomplissement des formalités exigées pour la modification des statuts ; le montant du capital social constituant une de ses mentions obligatoires. Elle constitue, de ce fait, un des aspects juridiques qui pourrait attirer les acteurs économiques à adhérer à la variabilité du capital social. Pour ce faire, il est nécessaire de déterminer les conditions à satisfaire pour procéder à la modification du capital social en dehors de toute formalité exigée pour la modification des statuts, caractérisant ainsi la célérité dans les opérations d'augmentation du capital. Quelles sont alors les conditions requises pour bénéficier de la modification simplifiée du capital social ? Ces conditions étant fixées par

[209] *Ibid.*, n° 339, p. 167.

l'Acte uniforme et le Code de commerce français, il convient d'envisager d'une part, l'éligibilité à la variabilité du capital social (1) et, d'autre part, la nécessaire insertion d'une clause de variabilité dans les statuts de la société (2).

1. L'éligibilité à la variabilité du capital social

66. L'éligibilité à la variabilité du capital désigne la situation d'une société qui satisfait aux conditions requises pour bénéficier de la modification simplifiée du montant du capital social. Une société éligible à la variabilité du capital est celle qui est apte à accueillir la clause de variabilité. Cette clause permet de modifier le montant du capital social sans l'accomplissement des formalités édictées pour la modification des statuts, à savoir la tenue d'une assemblée générale extraordinaire, le dépôt et la publication des actes modificatifs ; étant entendu qu'en droit commun des sociétés, la modification du montant du capital social aboutit à la modification des statuts.

67. Les sociétés éligibles à la variabilité du capital social sont déterminées en droit français par le Code de commerce et en droit OHADA par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives.

En droit OHADA, l'article 269-1 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique détermine les sociétés éligibles à la variabilité du capital social. Selon cette disposition, seules les sociétés anonymes ordinaires et les sociétés par actions simplifiées sont éligibles à la variabilité du capital. En outre, l'article 52 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives intègre les sociétés coopératives dans la liste des sociétés éligibles à la variabilité, en édictant que leur capital est d'office variable. Ainsi, le droit OHADA limite les sociétés éligibles à la variabilité du capital aux sociétés anonymes ordinaires, aux sociétés par actions simplifiées et aux sociétés coopératives. Il exclut, de ce fait, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée[210] et les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne.

En droit français, l'alinéa 1 de l'article L. 231-1 du Code de commerce permet la stipulation de la clause de variabilité à toutes les sociétés qui n'ont pas la forme de société anonyme, ainsi que toutes les sociétés coopératives. A la lumière de cette disposition, toutes les sociétés, y compris les sociétés coopératives, sont éligibles à la variabilité du capital social, à l'exception des

[210] Voir *infra* n° 262, p. 129 et s.

sociétés anonymes. L'inéligibilité de la société anonyme fait suite à la transposition de la deuxième directive européenne, dite directive capital social, du 13 décembre 1976 par la loi n°81-1162 du 30 décembre 1981. Cette loi relative à la mise en harmonie du droit des sociétés commerciales avec ladite directive a interdit la stipulation de la clause de variabilité du capital dans les sociétés anonymes[211].

Il apparaît à l'évidence que le domaine de la variabilité du capital social est plus large en droit français qu'en droit OHADA. Le droit français n'exclut que les sociétés anonymes, tandis que le droit OHADA n'admet que les sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés coopératives. Mais, pour bénéficier des modalités simplifiées de variation du capital social, la société ne doit pas seulement être éligible. Elle doit également prévoir dans ses statuts une clause de variabilité.

2. La nécessaire insertion d'une clause de variabilité du capital dans les statuts de la société

68. L'insertion d'une clause de variabilité du capital dans les statuts de la société constitue une faculté issue de la réforme du droit OHADA des sociétés commerciales du 30 janvier 2014. Cependant, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, qui date du 15 décembre 2010, a clairement fixé la variabilité du capital social, pas comme une faculté, mais comme une caractéristique de la société coopérative. Ainsi, à l'exception de cette dernière, la variabilité du capital social est la résultante de l'insertion d'une clause dans les statuts d'une société commerciale de droit commun[212]. Les articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français exigent la présence de cette clause dans les statuts de la société pour lui permettre d'opérer sans formalité la variation du capital à la hausse ou à la baisse.

69. La clause de variabilité peut être insérée, soit lors de la constitution de la société, soit en cours de vie sociale. L'insertion de la clause de variabilité au moment de la constitution de la société ne pose pas de difficulté particulière. Les rédacteurs des statuts de la société doivent simplement prévoir cette clause et s'assurer que la forme sociale choisie est éligible à la variabilité du capital social. Ils doivent, en outre, s'assurer de la compatibilité de l'activité envisagée[213] avec le statut de société à capital variable[214]. En revanche, l'insertion d'une telle clause en cours de vie sociale dans les statuts d'une société à capital fixe nécessite au préalable

[211] A. PLENT, *op. cit.*, n° 285, p. 145. Voir *infra* n° 216, p. 111.
[212] *Ibid.*, n° 317, p. 159.
[213] Voir *infra* n°135, p. 76 et s.
[214] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 8, p. 6.

une modification des statuts. Cette modification relève de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire aux conditions et modalités prévues à cet effet. Elle vise à introduire dans les statuts de ladite société les clauses relatives à la variation du capital telle que décrite par les articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français et à la nouvelle situation des associés[215].

70. Le recours à la variabilité du capital par une société à capital fixe en cours de vie sociale ne saurait être qualifié de transformation, car il s'agit d'une simple modalité de fonctionnement affectant le capital social et non un changement de forme sociale[216]. En effet, en insérant une clause de variabilité en cours de vie sociale, la société vise un nouveau mode de fonctionnement permettant une variation du capital en dehors des cas prévus par le droit commun des sociétés[217]. En outre, cette clause participera à la flexibilité et à la simplification des opérations sur le capital social de la société concernée[218]. Pour ce faire, elle lui permettra de procéder constamment à des augmentations et à des réductions de son capital sans formalités contraignantes ; ce qui établira une différenciation entre son nouveau statut de société à capital variable et son ancien statut de société à capital fixe[219]. De ce fait, les modifications du capital social résulteront de la mise en œuvre soit de la clause statutaire de variabilité, donc simples et allégées, soit des règles de droit commun exigeant des formalités contraignantes et lourdes.

Ainsi, contrairement au droit français qui exclut les sociétés anonymes, en droit OHADA, seules les sociétés coopératives, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés anonymes ordinaires pourront bénéficier de la modification simplifiée du capital, c'est à dire sans l'accomplissement des formalités exigées pour la modification des statuts ; à condition d'insérer au préalable dans leurs statuts la clause de variabilité du capital. Quelles sont alors les modalités de mise en œuvre de la modification du capital social dans le cadre de la variabilité ?

B. Le mécanisme de mise en œuvre de la modification simplifiée du capital social

71. Lorsqu'une société est éligible à la variabilité du capital, elle bénéficie de la possibilité de modifier sans formalité le montant du capital social. La variation du capital peut se faire soit à la hausse par une augmentation du capital, soit à la baisse par une réduction du capital. Il est alors nécessaire d'établir les modalités de la mise en œuvre de l'augmentation et de la réduction du capital dans les sociétés éligibles à la variabilité. Il importe donc d'envisager la mise en

[215] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 10, p. 7.
[216] *Ibid.*, n° 2, p. 5.
[217] A. PLENT, *op. cit.*, n° 103, p. 52.
[218] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 6.
[219] A. PLENT, *op. cit.*, n° 182, p. 92.

œuvre de la modification simplifiée du capital, tel qu'il ressort des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français, grâce aux versements successifs d'associés (1), l'admission d'associés nouveaux (2) et la sortie d'associés[220].

1. Les versements successifs des associés

72. En autorisant la variabilité du capital pour les sociétés anonymes ne faisant publiquement appel à l'épargne et les sociétés par actions simplifiées, l'article 269-1 de l'Acte uniforme autorise les augmentations du capital par des versements successifs d'associés. Tout comme les articles L. 231-1 et suivants du Code de commerce français, aucune disposition de l'Acte uniforme ne définit les termes « versements successifs ». L'on peut alors légitimement se demander à quoi correspondent les versements successifs des associés et comment ils s'opèrent dans le cadre de la variabilité du capital social.

73. A l'analyse, le terme « versements » utilisés par les articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français correspond au terme « souscription »[221]. Ce terme désigne l'acte juridique consistant pour une personne à s'engager à faire partie d'une société, en versant une somme d'argent ou en donnant un bien en nature comme apport, en contrepartie d'une action ou d'une part sociale[222]. La souscription résulte alors des apports en numéraire ou en nature réalisés par des personnes désirant s'engager en tant qu'associés dans une société. Elle a lieu lors de la constitution de la société pour la formation du capital ou en cours de vie sociale. Lorsqu'elle a lieu en cours de vie sociale, elle se traduit par une augmentation du capital social. Cette augmentation aura pour finalité l'accroissement des fonds propres ou du patrimoine mobilier ou immobilier de la société lorsque les souscriptions se font de manière successive conformément à la lettre et à l'esprit des dispositions relatives à la variabilité du capital. Il suffit alors de déterminer les modalités de ces souscriptions successives.

74. Tout comme en droit français, aucune disposition de l'Acte uniforme ne définit expressément les modalités des souscriptions successives des associés de la société à capital variable. Ce faisant, l'on devrait s'en tenir aux règles générales applicables à chaque forme sociale pour réaliser ces souscriptions successives, sans que les actes qui les constateront fassent l'objet de dépôt et de publication. Cependant, mieux que le droit français, le droit OHADA des sociétés commerciales accorde la liberté aux sociétés concernées de déterminer les modalités

[220] Voir *infra*, n°341, p. 167.
[221] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 84, p. 72.
[222] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1942, p. 310.

de souscription des titres sociaux[223]. Avec cette dérogation accordée aux sociétés à capital variable, les rédacteurs des statuts pourront déterminer des modalités de souscription adaptées à la spécificité de ces structures. Ces modalités devraient ainsi être plus souples que celles fixées par les dispositions de droit commun pour permettre à ces sociétés de recevoir constamment des souscriptions aboutissant à la modification fréquente et simplifiée du montant de leur capital. C'est ce qui ressort d'ailleurs des termes des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français qui évoquent des versements successifs, c'est-à-dire des souscriptions permanentes.

75. Le droit OHADA des sociétés coopératives se veut encore plus précis lorsqu'il prévoit l'augmentation du capital par la souscription d'un nombre proportionnel de parts sociales en plus de celles déjà détenues par chaque associé. Les associés d'une société coopérative ont ainsi la possibilité de souscrire de nouvelles parts sociales proportionnellement à ce que chacun d'eux détient. Cette souscription pourrait alors se renouveler autant de fois par chaque associé, sous réserve d'un éventuel seuil légal et/ou statutaire à ne pas dépasser.

Les souscriptions permanentes des droits sociaux généreront des conséquences sur les associés et la société. En effet, les souscriptions successives réalisées par un associé renforceront sa position au sein de la société, dans la mesure où elles se traduiront par une augmentation du nombre de titres sociaux qu'il détiendra par rapport à ceux détenus par les autres associés[224] ; ce qui aura pour conséquence l'augmentation de la part des dividendes qui lui reviendrait. Elles permettront également à la société de renforcer constamment ses fonds propres[225], surtout lorsqu'elle manifeste le besoin d'étendre ses activités ou de renforcer sa position sur un marché déterminé. Ces souscriptions successives consacreront, par ailleurs, la volonté dudit associé de contribuer au renforcement des fonds propres de la société et de répondre à ses besoins et ce, sans accomplissement des formalités de dépôt et de publication ; ce qui permet une modification simplifiée du montant du capital de la société.

En somme, les articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français permettent la modification simplifiée du capital d'une société à capital variable au moyen de versements successifs effectués par les associés. Ces versements se traduiront par des souscriptions permanentes d'actions ou de parts sociales et, en conséquence, une augmentation

[223] Voir art. 269-2-1 AUDSC qui dispose que « par dérogation aux dispositions du présent Acte uniforme, les statuts des sociétés à capital variable organisent les modalités de souscription, de libération et de reprise des apports ».
[224] Sous réserve de la mise en œuvre des droits préférentiels de souscription.
[225] A. LECOURT, « Capital social (Sociétés) », *op. cit.*, n° 169, p. 60.

du capital. Les modalités d'augmentation consécutive du capital pourront être dérogatoires aux règles applicables aux sociétés à capital fixe. Toutefois, le législateur OHADA aurait dû surpasser le législateur français[226], non seulement en définissant à la suite de l'article 269-1 de l'Acte uniforme l'expression « versements successifs », mais aussi en déterminant les modalités de ces versements successifs, tout en laissant la liberté aux rédacteurs des statuts de les améliorer en fonction de la spécificité des activités des sociétés à capital variable. Ces compléments auraient pour conséquence d'éviter d'éventuelles incertitudes pouvant résulter d'interprétations restrictives ou larges de certaines dispositions relatives à l'augmentation du capital social.

En plus des versements successifs réalisés par les associés, l'admission d'associés nouveaux permet de modifier à des conditions simplifiées, c'est-à-dire sans formalités contraignantes, le montant du capital des sociétés à capital variable.

2. L'admission d'associés nouveaux

76. Outre les versements successifs d'associés, les articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français ont prévu l'augmentation du capital social par l'admission d'associés nouveaux. Le terme « admission » désigne ici l'entrée d'un associé dans la société. Il correspond au terme « adhésion » utilisé par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives. Aucune disposition relative à la variabilité du capital, aussi bien dans le Code de commerce français, que dans l'Acte uniforme, ne détermine les modalités d'entrée des associés nouveaux dans la société à capital variable[227]. En revanche, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives fixe les modalités d'adhésion en son article 10. En effet, selon cette disposition, le futur associé soumet la demande d'adhésion par écrit à l'organe d'administration de la société coopérative. La date de l'adhésion sera fixée soit à la date de la demande, soit à une date ultérieure qui ne saurait excéder trois mois à compter de la date de réception de la demande.

77. L'absence de détermination des modalités d'admission d'associés nouveaux constitue une insuffisance de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Le législateur OHADA aurait pu, en effet, se départir des termes des

[226] L'AUDSC a été adopté après l'AUSCOOP. En outre, le législateur OHADA s'est inspiré des dispositions du Code de commerce français relatives à la variabilité du capital pour introduire ce mécanisme en droit OHADA des sociétés commerciales. Le législateur aurait pu construire un cadre légal clair, précis, simple et attractif des modalités d'augmentation du capital dans le cadre de la variabilité, en comblant les insuffisances du mécanisme français. Mais, il s'est juste contenter d'accorder une totale liberté aux rédacteurs des statuts de définir les modalités de souscription successives.

[227] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 45, p. 16

articles L. 231-1 et suivants du Code de commerce français dont il s'est inspiré, en prévoyant expressément lesdites modalités dans le livre 10 de l'Acte uniforme. Cette précision aurait eu l'avantage de conforter le cadre juridique des sociétés à capital variable et de limiter les éventuelles incertitudes qui pourraient résulter du recours à la variabilité et qui seraient susceptibles de faire hésiter certains usagers à cet effet. Cette insuffisance est certes relative, car contrairement à la société coopérative, la société commerciale à capital variable n'est pas une forme juridique, mais une simple modalité de fonctionnement[228]. Mais, le législateur aurait pu, en raison de cette modalité de fonctionnement, définir les modalités d'admission pour plus de clarification et de simplification du cadre juridique de la société à capital variable. La définition des modalités d'admission d'associés nouveaux contribuerait à simplifier davantage la modification du capital social ; toute chose qui favoriserait un intérêt des usagers de l'espace OHADA. Quoi qu'il en soit, l'admission d'associés nouveaux se fera sans modification des statuts, c'est-à-dire en dehors de toute formalité contraignante y relative. Elle permettra de faire varier le montant du capital social à la hausse, grâce à l'entrée d'associés nouveaux de manière simplifiée[229].

78. Au demeurant, la variabilité du capital social offre aux sociétés qui y sont éligibles la possibilité de modifier aisément le montant de leur capital social, au moyen d'une augmentation du capital par des apports en numéraire se concrétisant sans formalité de dépôt et de publication. Ces apports fournis en permanence par les associés déjà membres et les futurs associés constituent des sources pérennes de financement pour une société à capital variable. Il y a donc un intérêt manifeste pour une société à adopter la variabilité du capital si elle veut avoir la possibilité de renforcer ses fonds propres par des apports en numéraire, lesquels sont moins onéreux, ou pas du tout, que les autres modes de financement. Il ne reste plus qu'à s'assurer que la variabilité contribue au renforcement de la fonction de financement du capital social.

Section 2. Une technique renforçant la fonction de financement du capital social

79. Le capital social constitue un instrument de financement des activités de la société dès sa constitution et en cours de vie sociale. L'accès aux modes de financement, tels que l'emprunt bancaire, engendre des charges financières pour la société. En introduisant la variabilité du capital en droit OHADA, le législateur envisagerait de faciliter l'accès au financement de la société grâce à la simplification et la célérité des opérations d'augmentation du capital.

[228] Il faut alors se reporter aux règles propres à chaque forme juridique pour tout
[229] Il n'y a pas que l'admission d'associés nouveaux dans une société à capital variable qui permet la modification simplifiée du capital social. Il y a aussi la sortie d'associés.

L'impression qui se dégage ainsi de cette innovation est celle du renforcement de la fonction de financement du capital social. Mais, en quoi la clause de variabilité renforce-t-elle la fonction de financement du capital social ? L'examen de cette question commande d'envisager d'une part, le renforcement de la fonction de financement du capital social (**Paragraphe 1**) et, d'autre part, le capital social, un instrument privilégié de financement de la société (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le renforcement de la fonction de financement du capital social

80. Le capital social vise à assurer un financement initial de la société. En ce sens, il constitue un instrument de financement de la société[230]. On lui attribue, de ce fait, une fonction de financement. Cependant, cette fonction connaît une érosion, en raison notamment du montant dérisoire du capital social dans certaines formes sociales, telles que la société à responsabilité limitée en droit OHADA, et de l'absence d'exigence d'un capital social minimum[231] dans d'autres formes sociales, telles que la société par actions simplifiée. Fort heureusement, l'introduction de la variabilité du capital en droit OHADA permet un renforcement de la fonction de financement du capital social. Pour s'en convaincre, il convient d'envisager d'une part, le capital social comme un instrument de financement de la société par l'augmentation du capital social (A) et, d'autre part, l'adéquation entre le capital et les besoins financiers de la société (B).

A. Un instrument de financement de la société par l'augmentation du capital

81. Les sociétés commerciales utilisent plusieurs procédés pour obtenir des fonds en vue de satisfaire leurs besoins de trésorerie et financer leurs projets. Parmi ces procédés figure l'augmentation du capital social. Lorsque celle-ci se déroule dans une société à capital fixe, la procédure paraît si longue, contraignante, lourde et coûteuse que si elle avait lieu dans une société à capital variable, en raison de la mise en œuvre de la clause de variabilité insérée dans les statuts. Il apparaît ici un intérêt pour les acteurs économiques d'adopter la variabilité du capital social pour faciliter le financement des sociétés commerciales ; d'où la nécessité de démontrer que la variabilité du capital facilite le financement de la société. La faiblesse du formalisme résultant de la mise en œuvre de la clause de variabilité laisse entrevoir un mécanisme de financement non seulement peu coûteux et moins contraignant (1), mais aussi permanent (2), grâce à la facilité qu'elle offre dans l'augmentation du capital.

---

[230] A. PLENT, *op. cit.*, n° n° 32, p. 14.
[231] *Ibid.*, n° 35, p. 16.

1. L'augmentation facilitée du capital, un mode de financement peu coûteux et moins contraignant

82. Pour faire face à leurs besoins de trésorerie ou pour financer leurs investissements, les sociétés commerciales disposent de plusieurs sources de financement, à savoir, entre autres, le prêt bancaire, le compte courant d'associés, l'augmentation du capital social. Toutes ces sources comportent un coût. Mais, certaines sources de financement sont onéreuses, tandis que d'autres sont moins ou peu coûteuses.

83. Le prêt bancaire est une convention par laquelle le prêteur, la banque, remet de l'argent à l'emprunteur, ici la société, à charge pour celle-ci de le lui en rendre, avec intérêt. Pour obtenir un prêt bancaire, la société doit remplir les conditions édictées par la banque, notamment fournir des garanties. Elle est donc tenue de fournir soit une sûreté réelle, soit une sûreté personnelle, soit encore une combinaison des deux sûretés, en fonction de la consistance des fonds sollicités et de la nature du projet objet dudit financement projeté. Sans ces garanties, il lui serait difficile d'obtenir le financement sollicité, qui plus est sera remboursé avec intérêts. En outre, la société se trouverait dans une situation de dépendance économique, en raison notamment de l'existence d'une clause d'exigibilité immédiate de la créance bancaire, dont le non-respect entraînerait des conséquences financières préjudiciables à la société. De ce fait, le recours au prêt bancaire serait donc contraignant et onéreux. Ce mode de financement ne serait pas très intéressant pour une société encline à rechercher à fonds pour financer un projet ou pour renflouer ses fonds propres, surtout si elle dispose d'autres modes comme le compte courant d'associé.

84. En ce qui concerne le compte courant d'associé, il constitue un prêt ou une avance consenti par un associé à la société, en vue de participer à son financement. Généralement, l'associé en question procède ainsi lorsqu'il ne souhaite pas effectuer d'autres apports complémentaires[232]. Le compte courant d'associé est soumis à la procédure des conventions règlementées ; ce qui constitue une formalité lourde et contraignante pour les deux parties, c'est-à-dire la société et l'associé. Par l'avance consentie, l'associé devient un créancier social et peut exiger le remboursement de cette avance à tout moment ou selon la périodicité convenue entre les parties ou déterminée par un pacte extrastatutaire. Le financement obtenu par ce moyen serait instable pour la société qui ne pourrait pas le conserver durablement dans ses fonds propres, par exemple pour se financer à moyen ou long terme. Il serait, de ce fait, précaire, en raison de la possibilité pour l'associé de réclamer son remboursement à tout moment, sous réserve d'aménagements

[232] S. SCHILLER, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », octobre 2020, *Répertoire des sociétés*, Dalloz, n° 188, p. 24.

conventionnels[233]. Ses caractères contraignant, précaire et coûteux, selon les cas, pourraient conduire la société à faire recours à l'augmentation du capital pour se financer aisément.

85. L'augmentation du capital constitue un moyen de financement qui, comparativement avec l'emprunt bancaire, présente « l'avantage de ne pas alourdir le passif à court ou moyen terme »[234]. Même si le capital social représente une dette de la société à l'égard des associés, son règlement sera différé jusqu'à la liquidation de la société[235]. L'augmentation du capital peut être réalisée par incorporation de réserves, par apports en nature, en industrie ou en numéraire. L'augmentation du capital par incorporation est intéressante pour la société, car elle se réalise pratiquement sans coût. Cependant, sa réalisation suppose que la société est florissante, c'est-à-dire qu'elle réalise des bénéfices[236]. En outre, sa réalisation nécessite la tenue d'une assemblée des associés pour statuer à cet effet ; ce qui constitue une contrainte particulière pour sa réalisation. L'intérêt du recours à l'incorporation des réserves doit donc être relativisé, en raison non seulement de l'hypothétique réalisation de bénéfices par la société, mais aussi de la contrainte liée à l'exigence de la décision de l'assemblée des associés. Par ailleurs, elle ne pourra se réaliser dans une société à capital variable, car n'étant pas admise comme mode d'augmentation du capital[237]. De ce fait, doivent être envisagés d'autres modes d'augmentation du capital pour obtenir un financement peu coûteux et moins contraignant.

86. Des autres modes d'augmentation du capital, seul le recours aux apports en numéraire permet à la société d'avoir de la liquidité pour faire face à ses besoins de financement. Ainsi, seule l'augmentation du capital par des apports en numéraire[238] dans le cadre d'une société à capital variable permettrait d'assurer au mieux le financement de la société à moindre coût, car les autres apports ne contribuent pas au financement de la société. En somme, la variabilité du capital par apport en numéraire permet un financement peu coûteux et moins contraignant de la société ; sans oublier que ce mode de financement est permanent.

---

[233] Il est possible que l'avance en compte courant fasse l'objet d'un aménagement conventionnel, soit dans les statuts, soit par un pacte d'actionnaires, en vue qu'elle ne subisse pas la procédure applicable aux conventions règlementées pour que son obtention ne soit pas contraignante. Voir S. SCHILLER, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *op. cit.*, n° 189, p. 24.
[234] C. MAO, *op. cit.*, n°143, p. 67.
[235] *Ibid.*
[236] G. PARLEANI, « Le financement du capital, Réflexions sur l'utilité de la notion et son devenir », *Revue des Sociétés* 2005, n° 8, p. 118.
[237] Voir art. 269-1 AUDSC et L. 231-1 C. com.
[238] Voir *supra* n° 43, p. 32.

2. L'augmentation facilitée du capital, un mode de financement permanent

87. Dans une société à capital fixe, l'augmentation du capital résulte d'une décision prise par l'assemblée générale extraordinaire, selon une procédure particulière et contraignante. Cette procédure s'explique par la modification des statuts résultant de la modification à la hausse du montant du capital social. La mise en œuvre de la modification des statuts requerra l'intervention de certains acteurs comme le notaire et l'accomplissement de formalités ; nécessitant ainsi des coûts financiers. A titre illustratif, au Burkina Faso, les émoluments, droits et honoraires à l'occasion de l'intervention du notaire dans le cadre d'une augmentation de capital sont encadrés par l'arrêté conjoint n°2020-040/MJ/MINEFID du 26 mai 2020. En application de cet arrêté, l'augmentation du capital d'une société anonyme à hauteur par exemple de 1 000 000 francs CFA, soit 1 500 Euro environ, donnera lieu au paiement d'émolument à hauteur de 300 000 francs CFA, soit 450 Euro environ. Outre le paiement des émoluments du notaire, la mise en œuvre de la modification des statuts donnera lieu à des frais d'enregistrement, de timbres et de frais d'accomplissement de formalités au Centre de formalités des entreprises (CEFORE), ainsi que les frais de publication dans un journal d'annonces légales[239]. Par ailleurs, il y a lieu de tenir compte des frais engagés pour l'organisation de l'assemblée générale extraordinaire.

Alors que dans une société à capital variable, l'augmentation du capital n'entraîne pas, en principe[240], une modification des statuts. Elle ne nécessite pas, en conséquence, la tenue d'une assemblée générale extraordinaire et le respect de la procédure qui sied dans une telle circonstance. C'est l'insertion de la clause de variabilité du capital dans les statuts qui crée cette différence avec la société à capital fixe. La mise en œuvre de cette clause des statuts de la société à capital variable facilite l'augmentation de son capital. Celle-ci pourra avoir lieu à tout moment et n'exigera alors aucune procédure particulière contraignante et lourde ; ce qui constitue un gain de temps et des économies réalisées.

---

[239] Pour l'augmentation du capital d'une SA à hauteur de 1 000 000 francs CFA, les frais d'enregistrement s'élèverait à 18 000 francs CFA, 24 000 francs CFA pour les timbres, 28 000 francs CFA pour les frais d'accomplissement du CEFORE, 53 000 francs CFA pour la publication dans un JAL ; soit un montant total de 123 000 francs CFA, correspondant à 185 Euro environ. Cumulés aux émoluments du montant, le coût de la modification des statuts s'élèverait à 423 000 francs, soit environ 420 Euro.
Pour la réduction du capital social, les frais à supporter pour la modification des statuts sont presqu'identiques ou tout au moins la différence avec l'augmentation du capital n'est pas significative. En effet, pour la réduction du capital à hauteur de 1 000 000 francs CFA, les émoluments du notaire s'élèveront à 300 000 francs CFA, sans les frais de publication dans un journal d'annonces légales, les frais d'accomplissement des formalités.

[240] En droit français, lorsque l'augmentation du capital a lieu en dehors du seuil maximum fixé, elle entraîne la modification des statuts ; ce qui induit le respect de la procédure appropriée avec, notamment, la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, le dépôt et la publication des actes subséquents.

88. L'augmentation du capital de la société à capital variable résultera soit de versements successifs réalisés par des associés, soit de l'entrée d'associés nouveaux dans la société[241]. Les versements successifs des associés se matérialiseront par les apports en numéraire qu'ils feront à la société et ce, en principe, sans limitation de montant[242] et à tout moment en cours de vie sociale. Quant à l'entrée d'associés nouveaux, elle résulterait des apports en numéraire et en nature qu'ils feront à la société. La clause de variabilité permet leur admission à tout moment en cours de vie sociale et, en principe, sans limitation du montant des apports[243]. Ces modalités permettent aux associés d'augmenter leurs participations dans la société, donc de souscrire constamment aux parts sociales ou aux actions, à tout moment en cours de vie sociale ; étant donné qu'il n'y a aucune période dédiée à l'augmentation de capital. Elles permettent également une adhésion ou une admission permanente d'associés nouveaux en cours de vie sociale. En conséquence, contrairement aux sociétés à capital fixe, l'augmentation du capital est permanente dans les sociétés à capital variable[244]. Cette augmentation permanente du capital facilite le financement de la société au gré des souscriptions successives réalisées par les associés et des admissions d'associés nouveaux à la suite de leurs apports faits au profit de la société.

89. En droit français, le capital social peut augmenter à tout moment, mais ne saurait franchir le seuil maximum fixé par les statuts. Ce seuil maximum correspond au plafond fixé par les statuts et est désigné par les termes de « capital autorisé »[245]. L'absence de cette mention dans les statuts de la société entraînera la nullité de l'augmentation du capital. Dès lors, une telle augmentation devra être réalisée selon la procédure de droit commun, laquelle requiert, entre autres, la tenue d'une assemblée générale extraordinaire, avec toute la lourdeur que cela comporte. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'examen d'une espèce, la Cour de cassation française relevait que le défaut de la mention du montant du capital maximal autorisé dans la clause de variabilité insérée dans les statuts d'une société entraînait la nullité d'une augmentation si elle n'était pas décidée par l'assemblée générale des associés ou actionnaires statuant selon les conditions requises à cet effet[246].

90. En revanche, le droit OHADA, que ce soit dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ou dans l'Acte uniforme relatif au droit

[241] Voir art. 269-1 AUDSC et L. 231-1 C. com.
[242] Voir dans l'AUSCOOP qui fixe un seuil de parts sociales à ne pas dépasser pour un associé.
[243] *Ibid*.
[244] A. PLENT, *op. cit.*, n° 182, p. 92.
[245] A. PLENT, *op. cit.*, n° 110, p. 55.
[246] Cass. com., 6 février 2007, n° 05-19.237.

des sociétés coopératives, semble ne pas exiger une mention du capital maximum autorisé dans la clause de variabilité insérée dans les statuts. Cela signifie que le capital social pourrait constamment varier à la hausse sans limitation. En d'autres termes, l'augmentation sans limite du capital social en droit français doit être relativisée, en raison de l'exigence de la mention du montant du capital maximal autorisé dans la clause de variabilité ; ce qui n'est pas le cas en droit OHADA, puisqu'un tel plafond n'existe pas. L'on constate alors que la variation du capital social à la hausse comporte une limite en droit français, contrairement au droit OHADA qui l'ignore. Cette variabilité favoriserait ainsi l'augmentation indéfinie du capital, autorisant ainsi un financement permanent de la société.

91. En somme, parmi les moyens de financement qui sont à la disposition de la société, seule l'augmentation du capital par apports en numéraire permettrait à une société d'obtenir de manière efficace un financement dans la célérité et à moindre coût, à condition qu'elle insère dans ses statuts une clause de variabilité du capital. Celle-ci favorise donc une augmentation indéfinie du capital social, en vue d'un financement permanent de la société. Pour ce faire, l'on devrait tout de même s'assurer de l'adéquation entre le financement par le capital et les besoins financiers de la société.

B. L'adéquation entre le capital et les besoins financiers de la société

92. Lors de sa création, les associés fournissent à la société les moyens d'assurer un fonctionnement adéquat lui permettant de gérer les charges courantes et d'amorcer son développement. Ces moyens peuvent s'avérer insuffisants en cours de vie sociale. Il en est ainsi lorsque le capital social est dérisoire, faisant ainsi penser à la sous-capitalisation de la société. Cela signifie qu'il n'y avait pas au départ une adéquation entre les apports consentis par les associés et les besoins financiers de la société. Dans un tel contexte et si les besoins financiers deviennent pressants, l'une des solutions serait de procéder, dans la célérité et à moindre coût, à l'augmentation du capital pour renflouer les caisses de la société. Comment alors assurer constamment dans les meilleures conditions l'adéquation entre le capital social et les besoins financiers de la société ? Dans une telle circonstance, l'appréciation du caractère dérisoire du capital social (1) permettra de s'assurer si la variabilité constitue une alternative à la sous-capitalisation des sociétés (2).

1. La question du capital social dérisoire

93. Le capital social est constitué des apports mis à la disposition de la société par les associés. C'est la somme de ces apports qui détermine le montant du capital social. Cependant, certains types de sociétés commerciales n'admettent pas l'apport en industrie, tandis que d'autres, même s'ils l'admettent, ne le comptabilisent pas dans la formation du capital social. En outre, certains types de sociétés sont astreints à un capital social minimum fixé par la loi[247], tandis qu'un tel capital n'est pas exigé pour d'autres[248]. Pour ces derniers, les associés déterminent librement ce capital minimum qu'ils doivent mentionner dans les statuts. Que le capital social minimum soit fixé par la loi ou déterminé par les statuts de la société, « le capital social doit atteindre un niveau suffisant pour faire face aux besoins de l'exploitation que l'on envisage de mettre en œuvre »[249]. Dès lors, la caractérisation du niveau du montant du capital social dépend des besoins de la société dès sa constitution ou en cours de vie sociale ; ce qui permet de qualifier un capital de dérisoire selon les cas.

94. Le terme « dérisoire » renvoie à ce qui est minime, voire insignifiant. Rapporté dans le présent contexte, un capital social dérisoire est celui qui est manifestement insuffisant au regard des besoins financiers de la société, soit lors de sa constitution, soit en cours de vie sociale. En effet, bien qu'étant supérieur au minimum légal ou statutaire, le capital social peut être qualifié de dérisoire lors de la constitution de la société lorsqu'il « se trouve en inadéquation avec les besoins de financement de l'activité sociale »[250]. Il en est ainsi lorsque les apports consentis par les associés à la société apparaissent insuffisants pour lui assurer un fonctionnement adéquat. Il s'agirait alors d'une société qui ne disposerait pas dès l'origine des capacités financières suffisantes pour faire face aux charges courantes dès le début l'exploitation[251]. Cela ne permettrait pas, dans certains secteurs d'activités[252], d'assurer l'exercice normal de l'activité projetée par les fondateurs de la société pendant une période déterminée[253]. Dans une telle circonstance, le capital social ne saurait remplir sa fonction de financement initial de la société ; toute chose étant susceptible d'avoir pour conséquence en cours de vie sociale une situation où

[247] En droit OHADA : cas des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée.
[248] En droit OHADA : cas des sociétés par actions simplifiées.
[249] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit.,* n°210, p. 176.
[250] A. PLENT, *op. cit.*, n° 327, p. 162
[251] Th. MASSART, « Constitution d'une société sous-capitalisée », note sous Cass. com., 17 juin 2020, *Revue des sociétés* 2020, n° 10, p. 113.
[252] Exemple de secteurs d'activité nécessitant des capitaux suffisants pour démarrer convenablement l'activité : industrie, commerce.
[253] Par exemple deux ans au moins dans le code belge des sociétés. Voir J-M. FERNANDEZ, « Capital social manifestement insuffisant lors de la constitution de la société : une initiative économique contrôlée en droit belge », *LPA*, n° 4, 6 janvier 2004, p. 4.

les capitaux propres de la société deviendront inférieurs à la moitié du capital social. Il se pose alors la question de la viabilité financière des sociétés au moment de leur constitution ou en cours de vie sociale, en raison du niveau du montant du capital social.

95. « La sous-capitalisation peut être imputée à faute aux dirigeants et même aux associés »[254]. De même, l'insuffisance du capital d'une société lors de sa constitution serait de nature à engager la responsabilité des associés au regard de la nature de l'activité envisagée. Leur faute résiderait dans la création d'une société sous-capitalisée. En outre, lorsqu'en cours de vie sociale, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, il devient nécessaire de procéder à sa recapitalisation, sous peine de dissolution. Les dirigeants sociaux devront alors convoquer les associés en vue de décider de cette recapitalisation[255].

Pourtant, le législateur OHADA encouragerait la constitution de société à capital social dérisoire en permettant aux Etats membres de fixer pour la société à responsabilité limitée un capital social minimum inférieur à 1.000.000 de francs CFA, soit environ 1.525 euros. L'on pourrait alors se demander si le législateur OHADA ne consacrerait pas la sous-capitalisation des sociétés à responsabilité limitée. Cette sous-capitalisation aurait des conséquences néfastes non seulement sur les fondateurs de la société, mais aussi sur d'autres acteurs que sont les créanciers de la société[256].

En définitive, la sous-capitalisation ou le caractère dérisoire du capital ne permettrait pas à la société de bénéficier des ressources permanentes constituées par les apports qui se sont, par la suite, révélés insuffisants pour assurer son fonctionnement adéquat. La solution qui s'imposerait serait la recapitalisation, laquelle serait facilitée par la variabilité du capital social.

2. La variabilité du capital, une alternative à la sous-capitalisation des sociétés

96. Lorsque le capital social est manifestement insuffisant lors de la constitution de la société ou se révèle insuffisant en cours de vie sociale, les associés sont tenus d'augmenter leurs participations dans la société. Il en est ainsi lorsqu'ils envisagent la poursuite de la société lors d'une assemblée générale convoquée par les dirigeants sociaux afin qu'ils statuent sur la situation[257]. Ils devront alors consentir de nouveaux apports à la société au moyen d'une augmentation du capital, afin d'accroître ses fonds propres. L'augmentation du capital sera

[254] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit*., n°210, p. 177.
[255] Th. MASSART, « Constitution d'une société sous-capitalisée », *op. cit.*, n° 71, p. 115.
[256] A. PLENT, *op. cit.*, n° 327, p. 163.
[257] Les dirigeants sociaux pourront voir leur responsabilité engagée lorsqu'ils n'auront pas provoqué la décision des associés en convoquant une assemblée générale à cet effet. Voir dispositions de l'AUDSC et du Code de commerce français.

régie soit par les règles de droit commun, soit par les règles spécifiques à la variabilité du capital.

97. Lorsque l'augmentation du capital se déroule sous l'égide du droit commun, elle entraîne la modification des statuts de la société, en raison notamment du changement des mentions relatives au montant des apports et au nombre de titres sociaux émis en contrepartie. Dans ce cas, les dirigeants sociaux sont non seulement tenus de procéder à la publication de la modification des statuts par un avis inséré dans un journal d'annonces légales, mais aussi de procéder au dépôt au greffe de la juridiction compétente de la copie certifiée conforme de la délibération ou de la décision ayant autorisé, décidé ou réalisé l'augmentation et de la copie certifiée conforme de la déclaration notariée de souscription et de versement[258]. Ces formalités visant à faire constater ou réaliser l'augmentation du capital apparaissent onéreuses, longues et lourdes, surtout pour une société qui cherche à renflouer ses caisses grâce à des apports nouveaux. Pourtant, il existe une modalité permettant de disposer des fonds de manière permanente pour pallier l'insuffisance du capital, à savoir la variabilité du capital, pour peu que la société soit éligible.

98. En autorisant la variabilité du capital pour certaines formes juridiques, l'Acte uniforme et le Code de commerce français offrent la possibilité aux dirigeants des sociétés éligibles de faire varier le capital à la hausse à tout moment[259]. Pour une société sous-capitalisée, la variation permanente du capital constitue un outil permettant d'accroître ses fonds propres à tout moment dès que le besoin de financement est constaté par les dirigeants sociaux. Ainsi, la société créée avec des apports insuffisants pour assurer son exploitation courante pourra voir son handicap relevé grâce à la possibilité qui lui est offerte par la variabilité du capital de recevoir permanemment des fonds consentis par des associés en contrepartie de nouveaux titres sociaux. La variabilité du capital permet donc d'obtenir la recapitalisation d'une société. Pour ce faire, toute société éligible à la variabilité doit insérer une clause de variabilité dans ses statuts au moment de sa constitution ou en cours de vie sociale[260].

[258] Voir art. 263 et 264 AUDSC.

[259] En droit français, cette variation à la hausse du capital social a pour limite le montant maximum fixé dans les statuts. Le dépassement de ce capital maximum requiert l'accomplissement des formalités d'augmentation du capital selon le droit commun. Et en droit OHADA ?

[260] L'insertion de la clause de variabilité en cours de vie sociale nécessitera une modification des statuts et donc l'accomplissement des formalités au greffe et la publication dans un journal d'annonces légales. Mais, après cette modification des statuts, l'augmentation du capital pourra se faire sans formalités subséquentes, c'est-à-dire avec des formalités allégées et sans modification nouvelles des statuts.

99. Un des avantages de l'adoption de la clause de variabilité sera ici la simplification des opérations d'augmentation du capital social, et corrélativement la réduction du coût des formalités subséquentes[261], c'est-à-dire l'absence de modification des statuts, l'économie réalisée par l'absence d'enregistrement, l'absence de dépôt de nouveaux statuts au greffe du tribunal compétent, l'absence de publicité dans un journal d'annonces légales. Au regard de ses modalités de mise en œuvre, la variabilité du capital apparaît comme la solution pour faire face à la sous-capitalisation, car elle offre à la société de se recapitaliser sans formalités subséquentes ; ce qui permet au capital social de jouer pleinement sa fonction de financement de la société.

100. Techniquement, dès sa création, la société doit disposer des ressources financières suffisantes pour faire face aux charges courantes et amorcer son déploiement sur le marché dans lequel il intervient. Pour ce faire, les apports consentis par les associés doivent être suffisants pour permettre au capital social de remplir sa fonction de financement initial de la société. En outre, lorsque les capitaux propres de la société deviennent insuffisants en cours de vie sociale, la variabilité du capital facilitera sa recapitalisation. A cet effet, la société devra insérer une clause de variabilité du capital dans ses statuts, lors de sa constitution ou en cours de vie sociale. La mise en œuvre de cette clause a l'avantage de simplifier les opérations d'augmentation du capital en la soustrayant des formalités exigées pour la modification des statuts. La variabilité constitue donc une alternative à la sous-capitalisation.

Ainsi, l'insertion de la clause de variabilité du capital favorise le financement permanent de la société grâce à l'augmentation du capital par des apports en numéraire fournis par les associés ; ce qui renforce la fonction de financement du capital. Sa mise en œuvre aboutira à la modification du montant du capital social, une mention obligatoire des statuts, mais sans aucune formalité requise à cet effet. Il reste à présent à établir que le capital social constitue effectivement un instrument privilégié de financement de la société.

Paragraphe 2. Le capital social, un instrument privilégié de financement de la société

101. La société peut recourir à divers instruments de financement pour financer ses projets d'investissement. Pour ce faire, elle peut contracter un prêt bancaire. Elle peut également faire intervenir ses associés, soit en sollicitant de leur part une avance en compte courant, soit par une augmentation du capital social. Cette dernière peut être réalisée à la suite d'une incorporation des réserves ou une souscription de nouveaux titres sociaux. L'on se rend compte

[261] A. PLENT, *op. cit.*, n° 46, p. 21.

que le capital social peut servir au financement de la société selon plusieurs modalités. Il sera préféré au prêt bancaire ou à tout autre moyen de financement, à condition de présenter des facilités de mobilisation des fonds faisant de lui un instrument privilégié.

En outre, lorsque la société est éligible à la variabilité du capital, elle peut faire varier le montant de son capital à la hausse à tout moment. Cette modalité de fonctionnement de la société est susceptible de présenter une capacité de mobilisation de fonds plus intéressante que les autres moyens de financement. De ce fait, comment la variabilité du capital peut-elle constituer un instrument privilégié de financement de la société ? Il faudrait en ce moment l'envisager comme un instrument de financement alternatif aux modes aboutissant aux mêmes résultats (A) ou une alternative à l'intermédiation financière (B).

A. Un instrument de financement alternatif aux autres modes aboutissant aux mêmes résultats

102. Plusieurs moyens permettent à une société de renforcer ses capitaux propres. Au titre de ces moyens, figurent notamment le recours aux actions de préférence, l'incorporation des réserves et la variabilité du capital. Ils aboutissent à l'augmentation du capital, donc aux mêmes résultats. Le choix entre ces différents moyens devrait être guidé par l'efficacité et la célérité dans les opérations pour caractériser une attractivité certaine auprès des investisseurs. Il y a donc lieu d'envisager le meilleur moyen pour renforcer les capitaux propres d'une société commerciale. Il se dégage ainsi la nécessité de démontrer que la mise en œuvre de la variabilité du capital permet de renforcer les capitaux propres de la société mieux que les autres modes ou instruments, à savoir le recours aux actions de préférence (1) et l'incorporation des réserves (2).

1. Les actions de préférence et la variabilité du capital

103. Les actions de préférence sont des titres de capital, « assortis de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent »[262], émis par des sociétés par actions lors de leur constitution ou en cours de vie sociale[263]. Généralement, elles sont émises en cours de vie sociale dans le cadre d'une augmentation du capital social pour attirer les souscripteurs[264]. Leur création se justifie ici par la volonté d'attirer les investisseurs, comme c'est le cas de l'insertion de la clause de variabilité du capital. En effet, en France, la création des actions de préférence visait, entre autres, la simplification du droit des titres grâce à la suppression des différents titres

[262] Articles 778-1 al. 1 AUDSC et L. 228-11 al. 1 du Code de commerce français.
[263] N. RONTCHEVSKY, « Un renouvellement des acquis, le lien capital-pouvoir : la réforme des actions de préférence », *Revue des sociétés* 2019, n° 1, p. 605
[264] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2279, p. 368.

hybrides et l'amélioration du financement des sociétés[265]. Les actions de préférence contribueraient ainsi à améliorer le financement des sociétés, tout comme le recours à la variabilité du capital, sous son aspect augmentation du capital ; d'où une similitude entre ces deux instruments. Comme tels, les actions de préférence et le recours à la variabilité du capital permettraient d'attirer les investisseurs.

104. Les actions de préférence peuvent être créées avec ou sans droit de vote. Le recours aux actions de préférence sans droit de vote viserait à renforcer les fonds propres des sociétés, sans mettre en danger le contrôle de ces sociétés par leurs fondateurs. Cette modalité ne permettrait pas aux investisseurs de faire valoir efficacement leurs opinions sur la bonne marche des sociétés lors des assemblées générales ; chose qui n'est possible qu'avec la variabilité du capital où tous les associés disposent de la possibilité de faire valoir leurs opinions lors des assemblées générales, en exerçant leur droit de vote. En plus des actions de préférence sans droit de vote, la société pourrait créer des actions de préférence avec droit de vote double, des actions de préférence conférant des avantages particuliers relatifs aux dividendes ou un droit spécial à l'information de manière temporaire ou permanente[266] ; ce qui permet aux sociétés qui prévoient les actions de préférence de disposer d'une variété d'actionnaires au sein du capital et donc d'intéresser des investisseurs[267]. L'on pourrait alors se demander si les actions de préférence sont plus attractives pour les investisseurs que la variabilité du capital social.

105. L'attractivité des actions de préférence pour les investisseurs pourrait résulter de la possibilité de récupérer leurs investissements au moyen du rachat de leurs titres par la société. Seule une analyse des modalités de rachat des actions de préférence permettrait de s'en convaincre. En effet, en droit OHADA, l'assemblée générale extraordinaire des associés est le seul organe qui a compétence pour décider du rachat des actions de préférence[268], « au vu d'un rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas et d'un rapport spécial des commissaires aux comptes »[269]. Mais, le rachat doit être, à peine de nullité, expressément prévu dans les statuts de la société avant l'émission des actions de préférence ; lesquels statuts pouvant également fixer les modalités du rachat[270]. Ainsi, en droit OHADA, le

[265] N. RONTCHEVSKY, « Un renouvellement des acquis, le lien capital-pouvoir : la réforme des actions de préférence », *op. cit.*, n° 2, p. 605.
[266] L. A. O. M. TOURE, *L'entrepreneuriat en droit OHADA : analyse comparative à la lumière du système français*, Thèse, Droit, Perpignan, 2019, p. 314.
[267] *Ibid.,* p. 315.
[268] Ce pouvoir peut être délégué dans les conditions fixées aux articles 564 et 568 de l'AUDSC.
[269] Art. 778-2 AUDSC.
[270] *Ibid.*

rachat des actions de préférence serait à l'initiative conjointe de la société et du détenteur des actions, sous réserve du respect des modalités prévues par la loi ou par les statuts.

Pourtant, en droit français[271], les fondateurs peuvent prévoir dans les statuts le rachat à terme des actions de préférence, sous certaines conditions et ce, préalablement à leurs souscriptions ; ce qui permet « le remboursement à terme d'un apport en capital »[272]. Ce type de stipulation résulte des termes de l'article L. 228-12 du Code de commerce français. Cette disposition prévoit effectivement que le rachat des actions de préférence « pourra être à l'initiative exclusive de détenteur de l'action, à l'initiative exclusive de la société, ou encore à l'initiative conjointe de ces deux derniers »[273]. Cette disposition, dont la reformulation est issue de la loi PACTE, permet ainsi, contrairement en droit OHADA, le rachat à l'initiative du détenteur des actions de préférence[274].

106. En tout état de cause, la procédure de rachat des actions de préférence, que ce soit en droit OHADA ou en droit français, est lourde et contraignante, en raison de la possible intervention de l'assemblée générale et de la nécessaire production des rapports de l'organe compétent et des commissaires aux comptes. Cela laisse entrevoir la relative complexité de la procédure de rachat de l'action de préférence ; ce qui ne se perçoit pas dans le cas des sociétés à capital variable pour lesquelles le retrait d'un associé ne saurait connaître d'obstacle que dans la limite des seuils légaux ou statutaires.

L'on se rend alors compte que le rachat des actions de préférence ne peut être garanti et l'associé qui désire se retirer de la société ou réduire sa participation dans le capital est obligé, en cas d'opposition ou de refus des organes compétents, d'envisager d'autres voies. Alors que la variabilité du capital permet à tout associé de se retirer ou de réduire sa participation au capital à tout moment, sans formalité particulière. Cela s'explique par le fait que le retrait volontaire d'un associé est une décision unilatérale de l'associé, même si sa mise en œuvre, c'est-à-dire le remboursement effectif des titres, dépendra généralement de la santé financière de la société. En conséquence, il y a plus d'intérêt à s'intéresser à la variabilité du capital, plutôt qu'à recourir aux actions de préférence qui sont souvent complexes à mettre en œuvre.

---

[271] Selon l'article L. 228-12 II du Code de commerce, « Les actions de préférence peuvent être rachetées dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles L. 225-204 à L. 225-214 ». Pourtant, les articles L. 225-204 et L. 225-205 sont relatives à la réduction du capital. Tandis que les articles L. 225-206 et suivants portent sur la souscription, l'achat ou la prise en gage par les sociétés de leurs propres actions.
[272] R. ARAKELIAN, « Loi PACTE : aspect de droit des sociétés », *AJ Contrat* 2019, p. 272.
[273] *Ibid*.
[274] A condition que les autres conditions du III de l'article L. 228-12 soient toujours respectées.

En définitive, la variabilité du capital est plus facile à mettre en œuvre et procède plus facilement au financement de la société que le recours aux actions de préférence. En est-il de même des réserves distribuables comme modalité de financement de la société ?

2. L'incorporation des réserves et la variabilité du capital

107. Au sens large, les réserves désignent la fraction des capitaux propres qui excède le capital social. Il s'agit alors de toute augmentation de valeur de l'actif apparaissant, lors de la dissolution, après que les dettes envers les tiers auront été payées et le capital remboursé[275]. Au sens étroit, les réserves désignent les « sommes prélevées sur les bénéfices et laissées à la disposition de la société jusqu'à décision contraire des organes de gestion »[276]. C'est cette dernière signification des réserves qui sera retenue dans le cadre de la présente étude.

108. Il y a plusieurs types de réserves, à savoir les réserves libres, les réserves statutaires et les réserves légales. Les réserves libres sont celles constituées par l'assemblée générale ordinaire par prélèvement sur les bénéfices distribuables[277]. Ce prélèvement facultatif, qui doit être justifié, vise à renforcer les moyens d'action de la société, que ce soit pour étendre ses activités ou pour parer à des risques futurs[278]. Ce type de réserves est généralement consacré à des investissements dans la société ; ce qui lui permet de ne pas recourir systématiquement au crédit pour financer certaines activités. Les réserves statutaires, quant à elles, désignent les réserves établies par les statuts et prélevées sur les bénéfices de l'exercice avant distribution des dividendes[279]. Elles pourraient servir à réaliser certains types d'investissement à l'actif. Elles ne peuvent être distribuées aux associés. En ce qui concerne la réserve légale, elle désigne la réserve rendue obligatoire par loi. En effet, la loi oblige certaines sociétés commerciales à constituer une réserve légale par un prélèvement[280] sur les bénéfices de l'exercice d'au moins un dixième en droit OHADA ou un vingtième en droit français[281]. La violation de cette obligation légale de constitution de la réserve légale est sanctionnée par la nullité de la délibération par laquelle l'assemblée générale méconnaîtrait cette obligation[282] ; d'où le

[275] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2463, p. 653.
[276] *Ibid*.
[277] *Ibid.*, n° 2474, p. 656.
[278] Comme il est facultatif, ce type de prélèvement doit être exempt de tout abus de majorité et doit préserver les intérêts des associés minoritaires et des porteurs de parts d'associés ; toute chose qui garantirait son efficacité et limiterait les contestations possibles.
[279] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2469, p. 655.
[280] Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque la réserve atteint le cinquième du montant du capital social en droit OHADA ou le dixième du capital social en droit français.
[281] Voir art. 546 (pour la SA) et 346 (pour la SARL) AUDSC et art. L. 232-10 C. com. français (SARL et sociétés par actions).
[282] Voir art. L. 232-10 Code de commerce français et art. 143 al. 2 AUDSC.

caractère obligatoire de la réserve légale. L'objet de la réserve ici est de combler les pertes de la société. Elle peut ainsi être transformée, c'est-à-dire incorporée au capital social, à la suite d'une augmentation du capital social. A l'issue de cette transformation ou incorporation, la société est tenue de reconstituer une nouvelle réserve légale[283].

109. Le capital social est considéré traditionnellement comme le gage des créanciers ; ce qui nécessite qu'il soit constitué de biens saisissables[284]. L'augmentation du capital social par incorporation des réserves ne peut présenter que des avantages non seulement pour la société, mais aussi les créanciers sociaux. Ceux-ci verraient ainsi croître la consistance de leur gage ; toute chose qui contribuera à renforcer leur protection, dans la mesure où la totalité des sommes indisponibles se trouvera augmentée du montant de la nouvelle réserve légale à reconstituer[285]. Pour la société, l'incorporation des réserves dans le capital social aboutira soit à une augmentation de la valeur nominale de tous les droits sociaux d'un montant identique, soit à l'attribution de droits sociaux nouveaux à tous les associés[286], proportionnellement à leur participation dans le capital[287].

110. La décision de réaliser ce procédé d'augmentation du capital est prise, en principe, par l'assemblée générale extraordinaire qui doit alors être réunie à cet effet[288]. Elle aboutira ainsi à la modification des statuts ; ce qui nécessitera l'accomplissement de certaines formalités, dont l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales et l'inscription modificative au registre du commerce et du crédit mobilier en droit OHADA ou au registre du commerce et des sociétés en droit français. La convocation de l'assemblée générale extraordinaire pour décider de l'incorporation des réserves et l'accomplissement des formalités exigées traduisent une lourdeur qui est incompatible avec l'esprit de la variabilité du capital social, à savoir la modification du montant du capital social sans formalités.

111. En somme, le recours à l'augmentation du capital par des actions de préférence et l'incorporation des réserves permet effectivement de renforcer les capitaux propres disponibles de la société. Mais, la procédure de ces deux modalités d'augmentation du capital est lourde, car elle aboutit à la modification des statuts. Alors que la mise en œuvre de la clause de variabilité permet également de renforcer les capitaux propres de la société, mais avec la célérité

[283] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2468, p. 655.
[284] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit.,* n°210, p. 176.
[285] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 151, p. 116.
[286] L'égalité des associés est garantie lors de l'incorporation des réserves au capital social. De ce fait, ce procédé d'augmentation du capital se fera sans droit préférentiel de souscription et sans prime d'émission.
[287] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 157, p. 117.
[288] Voir art. 564 et 565 AUDSC.

liée à la simplification des opérations d'augmentation du capital ; d'où son efficacité certaine au regard du financement de la société. Il conviendrait également de s'assurer de la capacité de la variabilité à constituer une alternative à l'intermédiation financière.

B. La variabilité du capital social, une alternative à l'intermédiation financière

112. L'intermédiation financière consiste à acquérir des fonds en contractant des engagements auprès de banques, sociétés d'assurance, fonds d'investissement ou d'associés. Il s'agira, pour une société qui recherche des fonds, de contracter un emprunt bancaire, un emprunt obligataire ou une avance en compte courant d'associés. Mais, ce n'est pas le seul mode de financement à la disposition des sociétés. En effet, la clause de variabilité du capital est également en mesure de générer du financement, au même titre que l'emprunt bancaire et l'avance en compte courant d'associés. Elle constituerait, dès lors, une alternative à l'intermédiation financière pour obtenir du financement. Une analyse du financement par l'intermédiation bancaire (1) et de l'avance en compte courant d'associés (2) démontrera l'efficacité de la clause de variabilité pour la mobilisation du financement.

1. Une alternative au financement par l'intermédiation bancaire

113. Les sociétés peuvent financer leurs activités et l'acquisition de leurs équipements soit sur fonds propres, soit au moyen d'un financement ou de l'intermédiation bancaire afin d'obtenir les fonds nécessaires. Ce dernier moyen octroyé généralement par les établissements de crédit comme les banques, pourrait résulter soit d'une mise à disposition de sommes d'argent, soit du mécanisme du crédit-bail[289]. Dans ce cas, la relation entre la société et la banque pourra être consacrée dans une convention qui prendra la forme d'une location assortie d'une promesse unilatérale de vente ou d'un prêt de sommes d'argent remboursable en une ou plusieurs échéances déterminées ou d'une ouverture de crédit au moyen d'un découvert viré sur un compte particulier[290]. De la sorte, l'intermédiation bancaire résultant de la relation entre la banque et la société portera généralement sur le prêt d'argent ou le crédit-bail.

114. Le prêt d'argent désigne l'opération par laquelle le prêteur, à savoir la banque, remet une somme d'argent à l'emprunteur, en l'occurrence la société, qui la restitue avec des intérêts[291]. Quand bien même il contribuerait au renforcement des fonds propres, le prêt bancaire engendre pour la société des charges financières contractées pour financer un projet ou des activités

[289] Ph. NEAU-LEDUC *et al., Droit bancaire*, Dalloz, Paris, 6e éd., 2018, n° 548, p. 292.
[290] Voir F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et S. MOREIL, *Droit bancaire*, Dalloz, Mémentos, Paris, 12e éd., 2022, p. 161.
[291] J. LASSERRE CAPDEVILLE *et al., Droit bancaire*, Dalloz, Paris, 3e éd., 2021, n° 1655, p. 791.

déterminées. Ces charges financières peuvent être conséquentes. En effet, elles incluent généralement le capital du prêt, les intérêts, assortis de taxes, les primes d'assurance s'il y a lieu et les éventuels frais de dossier. Ces charges doivent être supportées par la société selon une périodicité définie par la convention de prêt. De même, le prêt bancaire exigerait de la part de chacune des parties la prise en compte de certains paramètres, tels que son adaptation à l'opération envisagée par la société. En outre, l'octroi du prêt sera généralement précédé d'une évaluation des risques par l'analyse de la solvabilité de la société[292]. En fonction des résultats de cette analyse, le crédit sollicité pourrait être soit accordé tel quel, soit accordé et assorti d'un taux d'intérêt élevé, soit encore refusé[293]. De plus, lorsqu'il est accordé, il sera assorti de garanties destinées à sécuriser l'opération entre les parties. Les garanties font alors partie intégrante de l'opération de crédit, dans la mesure où elles sont exigées pour protéger le banquier contre un éventuel risque d'insolvabilité ou d'impécuniosité du client[294]. Elles peuvent être « personnelles lorsqu'elles adjoignent un second débiteur au créancier ou réelles lorsqu'elles lui affectent un bien en garantie du paiement »[295]. Ainsi, le recours à la banque ne garantit pas toujours l'obtention des fonds par la société et lorsqu'il aboutit, il est assorti d'un taux d'intérêt et de garanties ; autant d'exigences qui n'existent pas avec la variabilité du capital social.

115. Par ailleurs, lorsque le prêt est accordé à la société, le contrat qui le consacre pourrait prévoir une clause de déchéance du terme en raison du défaut de paiement d'une échéance ; cette situation occasionnant une exigibilité immédiate du capital restant dû et des intérêts échus et non réglés[296], sans préjudice de dommages et intérêts et d'intérêts moratoires[297]. L'exigibilité immédiate du prêt contribuerait à aggraver la situation de la société qui connaît déjà une difficulté à honorer ses engagements et pourrait, à court terme, aboutir à l'ouverture d'une procédure collective[298]. Alors que dans une telle circonstance, la société aurait plus besoin du soutien de sa banque en lieu et place d'une rupture soudaine des relations. Pourtant, avec la variabilité du capital, l'exigibilité du remboursement des apports ne saurait produire de telles conséquences, dans la mesure où le remboursement pourrait être différé en fonction de la

[292] *Ibid.*, n° 1713, p. 817. Selon ces auteurs, cette analyse portera notamment sur les comptes annuels et les documents annexes produits par les dirigeants sociaux à qui la banque peut demander l'intervention d'un cabinet d'audit qui procédera à des investigations particulières en fonction de l'importance des fonds sollicités.
[293] J. LASSERRE CAPDEVILLE *et al., Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 1720, p. 820.
[294] Ph. NEAU-LEDUC *et al., Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 583, p. 312.
[295] *Ibid*.
[296] J. LASSERRE CAPDEVILLE *et al., Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 1734, p. 828.
[297] *Ibid*., n° 1778, p. 850.
[298] J. LASSERRE CAPDEVILLE *et al., Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 1739, p. 832.

situation financière de la société. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'alinéa 5 de l'article 11 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives qui autorise un différé de deux ans lorsque le remboursement des droits sociaux est de nature à compromettre la santé financière de la société coopérative ; ce différé qui doit être motivé pourrait être contesté par l'associé devant la juridiction compétente.

116. Quant au crédit-bail, autrement appelé leasing, il constitue « une technique de financement qui relève du monopole des établissements de crédit et des sociétés de financement »[299]. L'opération de crédit-bail, qui permet d'acquérir un bien, procède d'une relation triangulaire entre le fournisseur de crédit, le fournisseur de bien et la société bénéficiaire ; cette relation reposant généralement sur deux contrats, à savoir le contrat de vente conclu entre le crédit-bailleur, à savoir la banque, et le fournisseur et le contrat de crédit-bail conclu entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur qui n'est autre que le client, c'est-à-dire la société[300]. Cette opération permet à la société « d'opérer des investissements sans aucun apport initial, c'est-à-dire sans immobilisation de capitaux »[301]. A première vue, cela semble intéressant pour la société qui n'aura pas à mobiliser des fonds pour acquérir un bien nécessaire à son exploitation. En contrepartie, la société s'engagera non seulement à supporter un loyer composé du prix de la location, de l'amortissement du bien et de la marge bénéficiaire du crédit-bailleur, mais aussi à entretenir le bien objet du crédit-bail et à « apporter diverses garanties ou encore souscrire une assurance »[302]. De ce fait, tout comme le prêt d'argent, le crédit-bail est onéreux, contraignant, dans la mesure où il engendre des charges financières pour la société.

Or, la mise en œuvre de la clause de variabilité insérée dans les statuts permet également à la société de renforcer ses fonds propres, mais sans charges financières, contrairement au prêt bancaire et au crédit-bail et ce, grâce à l'augmentation du capital social. Même s'il est inscrit au passif de la société, parce qu'il « représente une dette de la société vis-à-vis de ses associés », le capital social est comptabilisé parmi les capitaux propres de la société et, en conséquence, « augmente les perspectives de remboursement de toutes les autres dettes »[303]. Il constitue un mode de financement attractif que ce soit lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale à l'occasion d'une augmentation de capital ; le financement de la société apparaît dès lors comme l'objectif de l'augmentation du capital, en vue notamment de développer des projets

[299] Ph. NEAU-LEDUC *et al., Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 549, p. 292.
[300] J. LASSERRE CAPDEVILLE *et al., Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 2232, p. 1089.
[301] *Ibid.*, n° 2235, p. 1090.
[302] *Ibid.*, n° 2243, p. 1093.
[303] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 36, p. 32.

de recherche ou de croissance, ou encore de financer des acquisitions d'activités complémentaires ou concurrentes [304]. Dès lors, l'augmentation du capital permet à la société d'échapper aux inconvénients de l'endettement résultant du financement bancaire ; lesquels inconvénients se traduisent par les caractères onéreux et contraignant du financement bancaire.

Par conséquent, il y a plus d'intérêt pour une société à adopter la variabilité du capital pour renforcer ses fonds propres, qu'à recourir au prêt bancaire ou au crédit-bail pour financer ses activités ou l'acquisition de ses équipements. La variabilité du capital apparaît ici comme une alternative à l'intermédiation bancaire ; laquelle entraîne des charges financières au même titre que le recours au compte courant d'associé.

2. L'avance en compte courant d'associé

117. Au lieu d'utiliser un prêt bancaire ou une augmentation de capital social pour faire face à ses besoins de trésorerie, la société commerciale peut recourir à l'avance en compte courant d'associé. L'avance en compte courant d'associé résulte, en effet, d'une convention par laquelle un associé consent un prêt ou une avance à la société dont il est membre. Ce prêt ou cette avance se fait généralement par un versement de fonds, de dividendes ou une partie de rémunérations laissés à sa disposition[305]. Le compte courant d'associé crée une relation de créancier-débiteur entre la société et un de ses associés, dans laquelle celui-ci est titulaire d'une créance sur la société lorsque le compte courant est créditeur[306]. Il en est ainsi lorsqu'un associé met des fonds à la disposition de la société sous forme de prêt ou d'avance.

118. La convention de compte courant peut être conclue verbalement ou par écrit. Sans être obligatoire, la forme écrite permet de fixer les modalités des avances ou prêts des fonds[307]. A défaut d'écrit, « l'associé devra établir qu'il a entendu consentir un prêt à la société »[308]. En outre, il sera difficile de modifier les termes d'une convention verbale, tels que les modalités de remboursement, le taux d'intérêt stipulé. C'est donc une convention qui nécessite des précautions particulières ; sans oublier qu'une telle convention, conclue entre une société de capitaux et l'un de ses associés, s'analyserait en une convention règlementée et devra donc être approuvée par l'assemblée générale des actionnaires. Il y a également lieu de noter qu'un

[304] *Ibid.*, n° 36, p. 33.
[305] Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 39, p. 54.
[306] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 109, p. 92.
[307] P. PISONI, « Preuve d'une avance en compte courant d'associé », note sous Cass. com., 3 mars 2021, *Revue des sociétés* 2021, p. 363
[308] *Ibid*. L'auteur fait remarquer que l'établissement de la preuve de l'avance en compte courant n'est pas insurmontable, dans la mesure où la preuve est libre en matière commerciale et pourra même être recherchée, notamment, dans les documents comptables ; à condition, faut-il le préciser, que ces documents permettent de déterminer précisément l'origine des ressources ou des fonds.

recours excessif aux avances en compte courant d'associés pourrait être constitutive d'abus, notamment dans le cas des sociétés sous capitalisées ; ce qui n'est pas envisageable dans le cadre de la variabilité du capital, car consistant à accroître les capitaux propres de la société par des apports effectués à la suite d'augmentations permanentes du capital. La conclusion d'une convention de compte courant paraît ainsi contraignante et comporterait des conséquences lourdes pour les associés en cas de non approbation par l'assemblée générale des associés.

119. En outre, le recours à l'avance de compte courant entraîne une augmentation du ratio d'endettement de la société. En effet, la société devra rembourser le capital du prêt consenti par l'associé, y compris avec des intérêts. Même s'il n'est pas exclu que l'avance en compte courant soit consentie sans intérêt, des auteurs admettent que ces intérêts peuvent être faibles lorsque le prêteur est un associé acceptant de consentir un sacrifice qui profitera à la société et indirectement à lui-même[309]. Cependant, étant dans une société caractérisée par le capitalisme, ledit associé pourrait plutôt être tenté d'obtenir des intérêts assez intéressants, en deçà des taux pratiqués par les banques et les établissements financiers. Il gagnerait doublement ici et réussirait à maximiser son placement, parce qu'il profitera non seulement des retombées de l'exploitation de la société au même titre que les autres associés qui n'ont consenti aucune avance en compte courant, mais aussi des intérêts qu'il percevrait. De ce fait, en raison du principe d'égalité qui prévaut dans les sociétés de capitaux, il n'est pas évident qu'un associé accepte de consentir seul des sacrifices, surtout s'il ne profitera pas seul des retombées d'un tel placement. En tout état de cause, l'intérêt sur une avance en compte courant d'associé constitue une charge pour la société, peu importe sa consistance. Alors que l'augmentation du capital social via la mise en œuvre de la clause de variabilité ne comporte pas de coût pour la société, dans la mesure où elle se réalise sans l'accomplissement d'une formalité particulière de modification des statuts, laquelle est par essence contraignante, lourde et onéreuse.

120. Par ailleurs, sauf convention contraire, les avances en compte courant d'associé sont remboursables à tout moment[310]. Alors que dans le cadre de la variabilité du capital, le remboursement des actions suite au retrait d'un associé ne sera effectif qu'en fonction de la santé financière de la société. De la sorte, la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital social est moins, voire pas du tout, onéreuse et moins contraignante pour la société ; ce qui n'est pas le cas du recours à l'avance de compte courant d'associé. Il y a donc plus d'intérêt pour une

[309] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 38, p. 44.
[310] P ; PISONI, « Preuve d'une avance en compte courant d'associé », *op. cit.*, p. 363.

société de faire usage de la clause de variabilité du capital ; toute chose qui lui permettra de se garantir une ressource permanente.

121. En somme, la mise en œuvre de la variabilité du capital permettrait de renforcer les capitaux propres d'une société sans charge financière, par exemple l'obligation de payer des intérêts à l'échéance ; d'où l'intérêt pour une société commerciale de recourir à la variabilité du capital plutôt que le prêt bancaire ou l'avance en compte courant d'associé pour financer ses investissements. Ainsi, la mise en œuvre de la clause de variabilité aboutissant à l'augmentation du capital social facilite le renforcement des capitaux propres de la société à moindre coût, contrairement à l'augmentation du capital d'une société à capital fixe. Dès lors, avec la variabilité du capital, le capital social devient plus que jamais un instrument privilégié de financement de la société ; ce qui pourrait bien convaincre les acteurs économiques à adopter la variabilité du capital social, en raison de son attractivité certaine. Quoi qu'il en soit, la mise en œuvre de la clause de variabilité contribue au renforcement de la fonction de financement attribuée au capital social.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

122. La variabilité du capital social favorise le financement de la société en permettant la souscription permanente de nouveaux titres sociaux par des apports en numéraire réalisés par les associés déjà membres de la société et les associés nouveaux. Ces apports viendront renforcer les capitaux propres de la société et, en conséquence, aboutiront à l'augmentation du montant du capital social, c'est-à-dire une modification du capital social. Or, en tant que mention obligatoire des statuts, sa modification devrait en principe, comme c'est le cas en droit commun des sociétés, entraîner la modification du capital social. Mais, il n'en est pas ainsi, car la modification du montant du capital social résultant de la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital n'entraînera pas la modification des statuts et se fera, en conséquence, sans aucune formalité exigée à cet effet ; sauf en droit français en cas de dépassement du seuil du capital maximum autorisé fixé dans les statuts.

Ainsi, en droit OHADA plus qu'en droit français, la nature de la variabilité du capital social, simple modalité de fonctionnement de la société, permet la simplification et, de ce fait, la célérité des opérations sur le capital et ce, sans que la société n'entame une procédure d'augmentation ou de réduction du capital. Les associés pourront alors volontairement augmenter le montant du capital social et donc contribuer au renforcement des fonds propres de la société. A cet effet, la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital social se fera sans charge financière et sans procédure contraignante. Ce faisant, les apports en numéraire successifs réalisés par les associés déjà membres et ceux résultant de l'admission d'associés nouveaux constituent des sources pérennes de financement de la société à capital variable. Dès lors, la variabilité du capital social contribue au renforcement de la fonction de financement du capital social et est donc plus avantageuse que les autres modes de financement des sociétés, tels que le prêt bancaire, le crédit-bail, l'avance en compte courant d'associé et l'incorporation des réserves.

123. En tant que modalité de fonctionnement de la société, la variabilité du capital constitue un instrument privilégié de financement des sociétés. Qui plus est, elle introduit la société dans un environnement propice au financement.

CHAPITRE 2. LE FINANCEMENT PROPICE DE LA SOCIETE PAR LE REGIME DE LA TECHNIQUE DE VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL

124. Les sociétés sont toujours en quête de capitaux pour financer leur exploitation ou leur croissance. Pour ce faire, elles doivent être en mesure de mobiliser le financement nécessaire, notamment grâce au capital social. En effet, celui-ci constitue le premier moyen de financement de la société. Il a été traditionnellement conçu comme le moyen de financement le plus favorable, dans la mesure où en droit commun des sociétés, la société n'est tenue de rembourser les apports qu'en cas de dissolution[311]. Le financement des sociétés commerciales par le capital social est d'ailleurs renforcé par l'introduction de la variabilité du capital.

125. Les sociétés éligibles à cette modalité de fonctionnement ont la possibilité d'insérer dans leurs statuts une clause de variabilité. Celle-ci aura pour effet de favoriser le financement de la société grâce à l'augmentation récurrente du capital par des apports en numéraire[312]. Ce mécanisme peut, de ce fait, être exploité pour renforcer les capitaux propres des sociétés, pour peu qu'elles réussissent à attirer des investisseurs désirant intégrer son actionnariat aux fins de rentabilité financière. Un tel intérêt laisse transparaître l'existence de deux types d'actionnaires dans une société, à savoir les actionnaires associés et les actionnaires investisseurs ; les premiers sont constitués de véritables associés intéressés de prime abord par l'aventure entrepreneuriale et la gestion à long terme de la société, alors que les seconds, autrement appelées bailleurs de fonds ou investisseurs, sont constitués d'actionnaires plutôt intéressés par « la rentabilité de l'investissement que par l'aventure économique »[313].

Or, pour attirer les investisseurs, la société doit être en mesure de leur garantir la fluidité de leurs investissements. Autrement dit, les investisseurs doivent être assurés de pouvoir récupérer leurs investissements à tout moment sans contrainte majeure et avec célérité. Cette fluidité des investissements est pourtant possible grâce à la variabilité du capital social ; laquelle est favorisée et encadrée par le législateur OHADA s'étant inspiré du législateur français. Mais

[311] J-J. DAIGRE, *La financiarisation des sociétés*, in *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, Collection « thèmes et commentaires », Paris, 2018, p. 63.
[312] Voir *supra*, n° 77, p. 48.
[313] J-J. DAIGRE, *op. cit.*, p. 66.

comment le régime juridique de la variabilité du capital permet-il dégager un financement au profit de la société ? Il s'agit ici de démontrer que le régime juridique de la variabilité du capital social en droit OHADA est propice à un meilleur financement de la société, parce qu'elle favorise la fluidité des investissements ; ce d'autant plus que l'analyse dudit régime juridique révèle l'attractivité du mécanisme grâce à l'allègement des formalités de modification du capital (**Section 2**) lorsqu'il est mis en œuvre conformément aux dispositions spécifiques y relatives, à l'opposé des dispositions de droit commun (**Section 1**).

Section 1. Un usage règlementé de la technique de variabilité du capital social

126. En droit OHADA, la variabilité du capital social est régie d'une part, par les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives adopté le 15 décembre 2010 et, d'autre part, par les articles 269-1 à 269-7 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé le 30 janvier 2014. En droit français, elle est régie par les articles L. 231-1 à L. 231-8 du Code de commerce. La variabilité du capital social mise en œuvre conformément à ces dispositions doit être en mesure d'assurer un meilleur financement de la société par la fluidité des investissements qu'elle induit au moyen des entrées et sorties permanentes autorisées des associés à toute époque. C'est cette capacité de la variabilité du capital qui justifierait son attractivité.

127. Les sociétés coopératives en droit OHADA sont d'office des sociétés à capital variable[314]. Cependant, tel n'est pas le cas des sociétés commerciales. Or, pour profiter du bénéfice de son attractivité conformément à la législation (**Paragraphe 2**), les sociétés commerciales doivent pouvoir adopter la variabilité du capital (**Paragraphe 1**).

Paragraphe 1. Une adoption encadrée du statut de société à capital variable

128. Le statut de société à capital variable s'acquiert grâce à l'insertion d'une clause dans les statuts permettant une variation à la hausse ou à la baisse du montant du capital social. Mais, l'acquisition d'un tel statut par les sociétés commerciales est strictement encadrée en droit français par le Code de commerce et en droit OHADA par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ces textes déterminent, entre autres, les critères d'éligibilité à la variabilité du capital et les modalités variation du capital. A l'analyse des dispositions de ces textes, l'on s'aperçoit que les associés ne peuvent pas librement insérer une clause de variabilité dans les statuts de la société. L'insertion de cette

[314] L'article 52 de l'AUSCOOP dispose que « le capital de la société coopérative est variable ». La variabilité du capital de la société coopérative constitue une de ses caractéristiques principales.

clause dans les statuts d'une société est tributaire de son éligibilité à ce statut. Cependant, son éligibilité ne comporte pas un usage automatique du bénéfice de la variabilité du capital. Pour ce faire, la société doit impérativement insérer ladite clause dans ses statuts, soit lors de sa constitution (A), soit en cours de vie sociale (B).

A. L'impérative insertion de la clause de variabilité du capital lors de la constitution de la société

129. Les futurs associés d'une société en constitution qui désirent expérimenter la variabilité du capital doivent impérativement insérer une clause de variabilité dans les statuts, lesquels seront adoptés lors de l'assemblée générale constitutive. Cependant, les fondateurs de la société doivent faire face à un double préalable avant l'insertion de la clause de variabilité. Ils devront au préalable s'assurer d'une part, de l'éligibilité de la société à la variabilité du capital (1) et, d'autre part, de la compatibilité des activités de la société à la variabilité du capital (2).

1. L'assurance de l'éligibilité de la société à la variabilité du capital

130. Avant d'insérer la clause de variabilité dans les statuts, il faudrait au préalable s'assurer que la société est éligible à cette modalité de fonctionnement. En droit français, toutes les sociétés sont éligibles à la variabilité du capital social, à l'exception de la société anonyme. Cela n'est pas le cas en droit OHADA où il n'y a que la société anonyme ordinaire, la société par actions simplifiée et la société coopérative qui sont éligibles. Contrairement en droit français, l'on constate une limitation du nombre de sociétés éligibles à la variabilité du capital en droit OHADA. Cette limitation du nombre des sociétés éligibles dénoterait une prudence ou, du moins, une méfiance du législateur OHADA à l'égard du mécanisme de la variabilité du capital social.

131. En limitant le nombre de sociétés éligibles à la variabilité du capital, le législateur OHADA penserait expérimenter la mise en œuvre de cette innovation à un niveau limité, avant de l'élargir éventuellement aux autres types de sociétés commerciales, dont la société à responsabilité limitée. Cependant, un tel élargissement nécessitera une nouvelle révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, que l'on aurait pu d'ailleurs éviter en élargissant le domaine de la variabilité du capital.

132. Pourtant, en ce qui concerne les sociétés commerciales, la société anonyme ordinaire et la société par actions simplifiée ne constituent pas les formes juridiques les plus usitées[315]. Puisqu'il s'est inspiré du législateur français pour introduire cette innovation, le législateur OHADA aurait pu intégrer la société à responsabilité limitée dans les sociétés éligibles. En effet, celle-ci est la forme juridique la plus usitée, en raison de ses nombreux avantages, tels que la simplicité des règles de constitution et de fonctionnement, la limitation de la responsabilité au montant des apports, l'admission de tous les types d'apports. En l'excluant dans la liste des sociétés éligibles à la variabilité du capital, le législateur OHADA manquerait l'occasion d'offrir à un grand nombre de sociétés l'opportunité de se refinancer aisément ou de renforcer leurs fonds propres sans les formalités lourdes de modification des statuts à la suite d'une augmentation du capital social résultant de la souscription de nouveaux droits sociaux.

133. Le cadre juridique des sociétés à capital variable pourrait ainsi être amélioré en autorisant l'insertion de la clause de variabilité dans les statuts des sociétés à responsabilité limitée. Par exemple, pour pouvoir accueillir la clause de variabilité du capital, l'on pourrait exiger l'exclusion des apports en industrie et la fixation d'un capital social égal ou supérieur à celui fixé à l'article 311 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique[316] ; ce qui pourrait la rapprocher à quelque exception près de la société anonyme et de la société par actions simplifiée en droit OHADA. Mais, dans l'hypothèse d'une nouvelle révision de l'Acte uniforme, la société anonyme faisant publiquement appel à l'épargne devrait demeurer exclue de la variabilité du capital social[317].

134. Au demeurant, les sociétés commerciales admises à la variabilité du capital social en droit OHADA sont la société anonyme ordinaire et la société par actions simplifiée. Les investisseurs qui voudront insérer une clause de variabilité dans les statuts d'une société devront alors choisir entre ces deux formes juridiques. Ainsi, à titre illustratif, s'il s'agit d'une société à

---

[315] A titre illustratif au Burkina Faso, en 2021, sur les 16 890 entreprises créées, 7 084 sont des SARL, contre 244 pour les SA, GIE et autres formes juridiques, y compris les SAS. Au Bénin, en 2021, sur les 51 635 entreprises créées, 5 111 sont des SARL, 111 sont des SAS et 54 sont des SA.
Au Burkina Faso, en 2022, sur les 17 545 entreprises créées, 7 769 sont des SARL, contre 154 pour les SA, GIE et autres formes juridiques, y compris les SAS. Au Togo, en 2022, 13 835 entreprises créées, 5 181 sont des SARL, 90 sont des SAS et 35 sont des SA.
Voir MDICAPME, *Annuaire statistique de l'industrie, du commerce et de l'artisanat 2022*, août 2023, p. 23 pour le Burkina Faso, Rapport annuel 2021 sur la création des entreprises au Bénin et https://www.cfetogo.tg/uploads/statistiques/63d10f84e5a72.pdf pour le Togo.

[316] Le capital social minimum fixé par l'AUDSC est de 1.000.000 de francs CFA, soit environ 1.525 euros. Dès lors, le capital social de la société à responsabilité limitée à capital variable ne devrait pas être fixé par une disposition nationale d'un Etat membre de l'OHADA.

[317] Cette exclusion se justifierait, entre autres, par la possible volatilité du cours des titres sociaux et le changement fréquent des porteurs des actions.

responsabilité limitée, les dirigeants sociaux intéressés par la variabilité du capital devront la transformer soit en société anonyme, soit en société par actions simplifiée, à condition que la forme juridique choisie soit compatible avec les activités envisagées.

2. L'assurance de la compatibilité des activités de la société à la variabilité du capital

135. Après s'être rassuré de l'éligibilité de la forme juridique à la variabilité du capital, il est nécessaire de s'assurer de la compatibilité de l'activité envisagée avec le statut de société à capital variable[318]. En effet, toutes les activités ne sont pas compatibles ou admises avec la variabilité du capital social. Une illustration des secteurs d'activités à règlementation rigoureuse que sont la banque et l'assurance permettrait de s'en convaincre.

136. En ce qui concerne le secteur bancaire, l'article 31 de la loi-cadre portant règlementation bancaire détermine la forme juridique des banques exerçant dans les Etats membres de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA) dont certains Etats de l'espace OHADA sont membres[319]. Selon cette disposition, « les banques sont constituées sous forme de sociétés anonymes à capital fixe ou, par autorisation spéciale du Ministre chargé des Finances donnée après avis conforme de la Commission Bancaire, sous la forme de sociétés coopératives ou mutualistes à capital variable ». Il en ressort que les banques ne peuvent pas être constituées sous forme de sociétés anonymes à capital variable. Cette loi spécifique exclut les sociétés commerciales à capital variable de l'activité bancaire, mais admet les sociétés coopératives. Pour cette dernière, l'on se rend compte que son admission à l'activité bancaire n'est pas automatique, car elle requiert l'autorisation du Ministre chargé des Finances et ce, après avis favorable de la Commission Bancaire. Il est alors évident qu'en droit OHADA une société commerciale à capital variable ne pourra pas exercer une activité bancaire.

137. Pourtant, En France, le Code monétaire et financier n'exige aucune forme particulière[320]. Cependant, la forme juridique choisie doit être compatible avec l'activité d'établissement de crédit. Ainsi, ne seraient pas compatibles avec cette activité les formes juridiques « limitant trop strictement la responsabilité des apporteurs de capitaux et leur capacité à fournir, en cas de besoin, le soutien nécessaire », comme c'est le cas de la société à responsabilité limitée ; raison

---

[318] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 8, p. 6.

[319] L'UMOA se caractérise par la reconnaissance d'une même unité monétaire, le Franc de la Communauté Financière Africaine (F.CFA), dont l'émission est confiée à la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO). Elle comprend actuellement huit pays membres, à savoir le Bénin, le Burkina Faso, la Côte-d'Ivoire, la Guinée Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo, tous membres de l'OHADA. Voir https://www.bceao.int/fr/content/presentation-de-lumoa, consulté le 6 octobre 2022, à 08h21.

[320] L'article L. 511-10, I, du Code monétaire et financier exige seulement que l'établissement de crédit soit une personne morale. Cette disposition ne limite pas *a priori* les formes juridiques des banques en France.

pour laquelle les banques sont généralement constituées sous forme de société anonyme ou de société en commandite simple ou par actions[321]. Or, la variabilité du capital est admise dans ces formes juridiques, à l'exception de la société anonyme. Par conséquent, les statuts des banques françaises peuvent comporter une clause de variabilité du capital, sauf lorsqu'elles sont constituées sous forme de société anonyme ou de société à responsabilité limitée ; la première étant exclue du domaine de la variabilité du capital, la seconde étant incompatible avec l'activité bancaire.

138. Quant à l'activité d'assurance, elle est régie par le Code des assurances annexé au Traité instituant la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA)[322], applicable dans certains pays membres de l'OHADA, lequel détermine la forme juridique des sociétés d'assurance. Selon l'article 301 de ce Code, l'entreprise d'assurance doit être constituée sous forme de société anonyme ou de société d'assurance mutuelle. Cette disposition exclut expressément les sociétés anonymes unipersonnelles. En prévoyant la forme de société anonyme sans préciser expressément si elle doit être à capital fixe, ladite disposition ne semble pas exclure les sociétés à capital variable[323].

139. Pourtant, tel n'est pas le cas en France. En effet, les entreprises d'assurance sont constituées sous forme de société anonyme, de société d'assurance mutuelle ou de société européenne[324]. La société anonyme est exclue du domaine de la variabilité du capital, alors que la société d'assurance mutuelle fonctionne sans capital social[325]. Par conséquent, en raison des dispositions du Code de commerce, notamment en ses articles L. 231-1 et suivants, et du Code des assurances, l'activité d'assurance ne pourrait être exercée par une société à capital variable.

Dès lors, il appartient aux fondateurs de société de s'assurer non seulement de l'éligibilité de la forme juridique projetée à la variabilité du capital, mais aussi de la compatibilité des activités avec cette modalité de fonctionnement. En tout état de cause, il demeure possible pour une société déjà créée de recourir à la variabilité du capital en cours de vie sociale.

---

[321] J. LASSERRE CAPDEVILLE *et al., Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 199, p. 130.
[322] La CIMA comprend quatorze pays membres, à savoir le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo, tous pays membres de l'OHADA.
[323] Pour s'en assurer, il faudrait alors se reporter, s'il en existe, à la loi de chaque Etat régissant l'activité d'assurance.
[324] Art. L. 322-1 du Code des assurances français.
[325] Art. L. 322-26-1 al. 2 du Code des assurances français.

B. Le recours possible à la variabilité du capital en cours de vie sociale

140. Le recours à la variabilité du capital social n'est pas seulement ouvert aux sociétés en constitution. Il est également ouvert aux sociétés déjà créées. Celles-ci seront obligées de procéder à la modification de leurs statuts, afin d'insérer la clause de variabilité du capital. On pourrait alors se demander si la décision d'adopter la variabilité du capital en cours de vie sociale peut être mise en œuvre en dehors des règles de droit commun des sociétés relatives à la modification des statuts. La réponse négative s'impose naturellement s'agissant d'une société déjà créée (1), laquelle est tenue de respecter les modalités de modification des statuts prévues par la loi pour chaque forme sociale (2).

1. La nécessaire modification des statuts de la société en cours de vie sociale

141. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique affirme comme principe la fixité ou l'intangibilité du capital social en son article 67[326]. Il autorise également, mais à titre dérogatoire, la variabilité du capital social[327]. Cette dérogation a été introduite à la suite de la révision dudit Acte uniforme le 30 janvier 2014. L'insertion de la clause de variabilité dans les statuts des sociétés créées avant et après cette date nécessite une modification des statuts pour permettre au capital social de subir des variations à la hausse ou à la baisse sans être assujetties aux formalités de dépôt et de publication exigées par le droit commun des sociétés.

142. Le capital social constitue, en effet, une mention obligatoire des statuts, tel qu'il ressort de l'article 13 de l'Acte uniforme. La modification de son montant entraîne la modification des statuts dans les conditions prévues pour chaque forme de société[328]. Il en est de même lorsqu'une société envisage en cours de vie sociale d'insérer une clause de variabilité du capital social dans ses statuts. Cette clause aura pour effet de faire varier à la hausse ou à la baisse le montant du capital à toute époque de la vie de la société et ce, en principe sans formalité de dépôt et de publicité.

143. La modification à la hausse du capital social résultera de la réalisation des apports en numéraire par les associés et de l'admission d'associés nouveaux. Contrairement au droit OHADA, le droit français exige la précision dans les statuts du montant du capital maximal à ne pas dépasser, fixant un seuil maximal limite pour les augmentations. Dans cette hypothèse,

[326] Le principe de fixité ou d'intangibilité du capital social postule que les associés ne peuvent obtenir le remboursement de leurs apports qu'à la dissolution de la société.
[327] Voir art. 67 al. 2 AUDSC.
[328] Voir art. 72 AUDSC.

une augmentation du capital social au-delà de la limite fixée nécessitera une modification des statuts pour augmenter le seuil maximal à ne pas dépasser[329].Quant à la modification à la baisse du capital, elle résultera du retrait ou de l'exclusion d'un ou de plusieurs associés. Il est donc nécessaire, aussi bien en droit OHADA qu'en droit français, que les statuts déterminent le montant du capital social minimum à ne pas dépasser en cas de réduction pour éviter, par exemple, que la société ne se retrouve en deçà du minimum légal ou statutaire. Dans cette hypothèse, la modification portera sur le seuil minimum du capital, et donc sur le capital effectivement souscrit par les associés.

Au demeurant, la clause de variabilité permet une modification permanente du montant du capital social. En l'absence d'une telle clause, la société engagerait des frais conséquents pour supporter le coût des formalités de la fréquente variation du capital social entraînant la modification des statuts. Il se dégage alors un intérêt à modifier les statuts afin d'insérer une clause de variabilité. Quid des modalités de modification des statuts ?

2. Les modalités de la modification des statuts de la société

144. Les statuts ont notamment pour rôle de déterminer les modalités de fonctionnement de la société. Lorsque celle-ci décide d'adopter la variabilité du capital, elle doit modifier ses statuts à cette fin. L'essence même de la clause de variabilité est de permettre une évolution du montant du capital social à toute époque de la vie de la société sans formalité et dépôt et de publicité. Or, pour garantir et préserver les intérêts de ses créanciers, la société est tenue de respecter les modalités prescrites par l'Acte uniforme[330], afin que l'insertion de cette clause aboutissant à la modification des statuts leur soit opposable.

145. La modification des statuts nécessite au préalable la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, seule compétente à cet effet[331]. Les prescriptions relatives à la modification des statuts diffèrent selon qu'il s'agit d'une société unipersonnelle ou d'une société pluripersonnelle. Dans les sociétés unipersonnelles[332], l'associé unique prend seul les décisions relevant de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire[333]. Il n'y a donc pas d'assemblée à convoquer à l'effet de réunir un quorum ou une majorité pour statuer. Cela n'est pas le cas dans les sociétés pluripersonnelles où il faudra faire la différence entre les sociétés à

[329] A. PLENT, *op. cit.*, n° 316, p. 158.
[330] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 3.
[331] Voir art. 357 AUDSC pour la SARL.
[332] Les sociétés unipersonnelles sont celles constituées par une seule personne, appelée associé unique. Elles ne sont envisageables en droit OHADA que dans les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées.
[333] Voir art. 334 et 558 al. 1 AUDSC.

responsabilité limitée et les sociétés par actions, à savoir les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées. Dans les sociétés à responsabilité limitée pluripersonnelles, la décision d'adopter la clause de variabilité du capital doit être prise par les associés représentant au moins les trois quarts du capital social[334]. Cependant, la société à responsabilité limitée étant exclue du domaine de la variabilité en droit OHADA, l'insertion de la clause de variabilité nécessite la transformation de ladite société en société anonyme ou en société par actions simplifiée et, en conséquence, la modification des statuts. Or, l'unanimité des associés est requise lorsque la modification sollicitée consiste à transformer la société à responsabilité limitée en société par actions simplifiée[335]. Alors que dans les sociétés de capitaux pluripersonnelles, le quorum à réunir est d'au moins la moitié des actions, sur première convocation, et le quart des actions, sur deuxième convocation des actionnaires présents ou représentés[336]. Mais, la décision d'adopter la variabilité du capital est prise par les deux tiers des voix exprimées[337].

146. Après l'adoption de la variabilité du capital par le ou les associés de la société, l'étape suivante est la publication d'un avis mentionnant les éléments de la modification des statuts dans un journal d'annonces légales[338]. La clause de variabilité donnera la possibilité à la société de faire évoluer le montant du capital social par de nouveaux apports en numéraire et en nature ; d'où la nécessité d'informer les tiers, conformément aux prescriptions légales, de ces changements susceptibles d'intervenir dans la société. Sans l'accomplissement de cette formalité, ces changements ne leur seront pas opposables. Il n'y a pas seulement que l'adoption de la variabilité qui nécessite la modification des statuts. La modification du capital autorisé en France exige également la modification des statuts et, en conséquence, une décision de l'assemblée générale extraordinaire à cet effet[339].

147. La modification des statuts en cours de vie sociale destinée à accueillir la clause de variabilité ne devrait pas en principe être considérée comme une transformation de la société[340]. S'agissant d'une simple modalité de fonctionnement, la variabilité du capital n'entraîne pas un changement de forme juridique. Ainsi, une société anonyme ordinaire ou une société par actions simplifiée qui, en cours de vie sociale, insère dans ses statuts une telle clause garde sa forme juridique telle quelle. Il s'agit ici d'une modification des statuts afin d'adopter la clause de

[334] Voir art. 358 AUDSC et art. L. 223-30 al. 1 et 2 C. com.
[335] Voir art. 359 AUDSC.
[336] Voir art. 553 al. 1 AUDSC.
[337] Voir art. 554 AUDSC.
[338] Voir art. 263 de l'AUDSC.
[339] Voir A. PLENT, *op. cit.*, n° 329, p. 163.
[340] La transformation d'une société constitue une opération juridique consistant à conférer à la société une forme sociale nouvelle sans porter atteinte à la continuité de la personnalité morale.

variabilité ; cela se comprend aisément parce qu'il s'agit de sociétés qui sont éligibles à la variabilité. En revanche, pour une société qui n'est pas admise à adopter la variabilité du capital, comme c'est le cas de la société à responsabilité limitée en droit OHADA, elle doit nécessairement changer de forme juridique, et donc se transformer, en société anonyme ordinaire ou en société par actions simplifiée. Pour ce faire, elle doit, préalablement à la transformation, disposer de capitaux propres d'un montant au moins égal au montant de son capital social[341], avant de convoquer une assemblée générale extraordinaire qui doit statuer sur la nouvelle forme juridique et bien évidemment sur l'adoption de la clause de variabilité.

148. En conséquence, l'adoption de la clause de variabilité du capital par une société en cours de vie sociale ne devrait pas être envisagée comme une transformation[342], sauf si elle nécessite au préalable d'aller vers une forme juridique éligible à la variabilité. Dans tous les cas, son adoption nécessitera une modification des statuts décidée par l'assemblée générale extraordinaire. Malgré ce strict encadrement du recours à la variabilité du capital, ce mécanisme présente une attractivité par ses modalités de mise en œuvre favorable au financement de la société.

Paragraphe 2. Une règlementation de la technique de variabilité du capital attractive

149. L'efficacité du financement de la société par la mise en œuvre de la variabilité du capital est tributaire, entre autres, de son attractivité auprès des acteurs économiques de manière générale et des investisseurs en particulier. Cette attractivité résulterait de la facilité offerte aux sociétés à capital variable d'accueillir et de permettre la sortie des investisseurs à toute époque de la vie sociale, en procédant à la modification du montant du capital social sans passer par la modification des statuts et, de ce fait, en dehors des formalités de dépôt et de publication des actes subséquents. Elle résulterait également de la liberté accordée aux sociétés à capital variable de fixer dans leurs statuts les modalités de souscription, de libération et de reprise des apports[343] et ce, sans avoir besoin de se conformer aux modalités édictées par l'Acte uniforme.

150. La règlementation de la variabilité du capital, telle qu'il ressort des dispositions de l'Acte uniforme et du Code de commerce, participerait ainsi à l'accroissement du niveau de l'attractivité des activités économiques auprès des investisseurs, en facilitant l'entrée et la sortie des investisseurs, personnes physiques ou personnes morales, attirés par la possibilité de profiter de la rentabilité de leurs placements, au moyen non seulement les dividendes qu'ils

[341] Voir art. 374 AUDSC.
[342] A. PLENT, *op. cit.*, n° 119, p. 59.
[343] Art. 269-2-1 AUDSC.

percevraient, mais aussi du retrait facilité desdits placements dès qu'ils le souhaitent. On pourrait dès lors considérer que le cadre juridique de la variabilité du capital a suffisamment pris en compte les problématiques juridiques des investisseurs (A) ; ce qui devrait contribuer à accroître l'intérêt pour l'adoption de cette modalité de fonctionnement et ce, au moment de la constitution des sociétés en raison notamment de la flexibilité de sa mise en œuvre (B).

A. Une prise en compte des problématiques juridiques de l'activité d'investisseur

151. Le terme investissement renvoie aussi bien à la construction d'infrastructures qu'à l'acquisition de titres sociaux[344]. Le second élément de ce terme peut être considéré comme un instrument financier et, comme tel, au vu de la diversité des techniques juridiques, il peut consister en un apport dans le cadre d'une souscription à une augmentation de capital ou en une vente à la suite de l'acquisition de titres de capital[345]. Se rapportant à une augmentation du capital ou à l'acquisition des titres sociaux, l'investissement se réalisera via des apports effectués par une personne physique ou une personne morale désirant réaliser une plus-value de ses fonds, pour peu que la forme juridique constitue un facteur incitatif.

152. L'intérêt d'un investisseur qui engage son capital dans un cycle de production est généralement guidé par le profit espéré d'une aventure entrepreneuriale[346]. En dehors des critères d'ordre économique et financier, les modalités d'entrée et de sortie des investisseurs sont déterminantes dans la décision d'investissement[347] : « l'incitation à investir pour l'entrepreneur est d'autant plus forte que son coût du capital est plus faible »[348]. Or, avec la variabilité du capital, les investisseurs pourront planifier la durée de leur présence dans l'actionnariat d'une société, dans la mesure où ils disposeront de la possibilité de reprendre leurs apports sans difficulté particulière et avec célérité ; cette modalité de fonctionnement se traduisant par l'absence d'obstacle à la sortie des associés de manière générale et des

[344] G. GRUNDELER, L'investissement (étude juridique), Thèse, Université d'Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017, n° 5, p. 29.
[345] G. GRUNDELER, L'investissement (étude juridique), *op. cit.*, n° 5, p. 30.
[346] F. POULON, *Economie générale*, Dunod, « Eco Sup », Paris, 2015, p. 200.
[347] En émettant permanemment de nouveaux titres sociaux, sans frais d'émission et sans frais de dépôt et de publication des actes modificatifs, l'accroissement du capital qui en résulte est bénéfique aussi bien pour la société à capital variable que pour les investisseurs, nouveaux actionnaires, qui bénéficieront des dividendes en contrepartie et de la possibilité de se retirer à tout moment. Ainsi, doublé avec la variabilité du capital, le niveau d'incitation devrait s'accroître avec les avantages accordés de cette modalité de fonctionnement, intégrant du même coup les critères de choix d'investissement.
[348] F. POULON, *Economie générale*, *op. cit.*, p. 204. Selon l'auteur, la valeur actualisée nette (VAN) et le taux de rendement interne (TRI) font partie des critères fondamentaux du choix d'investissement.

investisseurs de manière particulière. En effet, « l'assurance de se voir attribuer le retour sur investissement est un encouragement à investir »[349].

153. Prenant en compte les problématiques juridiques liées au retrait des apports et au retour sur investissement, la variabilité du capital serait propice à l'activité des investisseurs, facilitant ainsi les prises de participation de ces derniers (1), de même que leur sortie des sociétés bénéficiaires (2).

1. Une prise de participation des investisseurs facilitée par la variabilité du capital

154. Conformément à l'un de ses objectifs, la réforme de l'Acte uniforme, en introduisant la variabilité du capital, contribue à l'attractivité de l'investissement dans l'espace OHADA. Cette attractivité se réalise par la possibilité offerte aux investisseurs de participer à l'accroissement permanent des capitaux propres d'une société à capital variable[350]. L'intervention des investisseurs se réaliserait au moyen du capital-investissement, lequel constitue un « investissement, à long terme, réalisé par des investisseurs professionnels dans les fonds propres de firmes nouvelles, non cotées, en contrepartie d'un gain en capital aléatoire complété par un rendement en dividende »[351]. Il consiste à prendre des participations dans le capital d'entreprises non cotées, en vue de financer leur démarrage, leur croissance, leur transmission, leur redressement ou leur survie[352].

155. Le capital-investissement comporte plusieurs composantes, dont « le capital-risque, le capital-développement et le capital-transmission qui permet d'acquérir des entreprises mûres »[353]. Comme le soutiennent les auteurs Ghizlane KETTANI et Alain VILLEMEUR, le capital-risque concerne les jeunes entreprises non cotées, alors que « le capital-développement concerne les entreprises qui ont franchi le stade du capital-risque et validé le potentiel de leur marche » ; sans oublier le capital-amorçage réalisé le plus souvent par des personnes physiques, appelés *business angels*, qui participent au financement de firmes innovantes au stade de démarrage « en fournissant un premier apport en capital, à un moment où celles-ci n'ont pas encore achevé les phases de leur développement ou n'ont pas encore de produits commercialisés »[354]. Le capital-investissement intervient ainsi dans toutes les étapes de la vie

[349] G. GRUNDELER, L'investissement (étude juridique), *op. cit.*, n° 7, p. 33.
[350] Voir M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 12.
[351] M. WRIGHT, « Le capital-investissement », *Revue française de gestion*, vol. n° 141, n° 5, 2002, p. 283.
[352] M. BOURGEOIS-BERTREL, « Le portage de droits sociaux », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, novembre 2015, n° 3. Cette définition est tirée du site internet de l'Association française des investisseurs pour la croissance (AFIC). Voir www.afic.asso.fr.
[353] G. KETTANI et A. VILLEMEUR, « Le capital-risque : un financement efficace de l'innovation sur le long terme », *Revue d'économie financière*, vol. 108, n° 4, 2012, p. 93.
[354] *Ibid.*

des sociétés, que ce soit en phase de démarrage, qu'en phase de croissance, d'expansion ou de restructuration. Il permettra d'intégrer l'actionnariat d'une société en réalisant des prises de participation matérialisées par des souscriptions de titres sociaux, lesquelles pourraient s'effectuer dans la célérité et la confidentialité selon les aspirations du monde des affaires.

156. A cet effet, la variabilité du capital offre plusieurs attributs à la société, au nombre desquels la célérité, la discrétion, la confidentialité, la souplesse et une facilité de fonctionnement de la société. Ces attributs constitueraient des facteurs attractifs pour les investisseurs. En effet, les opérations sur le capital respectant les seuils déterminés par la loi et les statuts ne sont pas soumises aux formalités édictées pour la modification des statuts, à savoir la convocation de l'assemblée générale, le dépôt et de publication des actes modificatifs[355]. La discrétion induite par ces opérations intéresserait les investisseurs, puisqu'ils ne trouveraient pas un tel avantage dans une société à capital fixe. Dans ce type de société, l'intervention d'investisseurs en cours de vie sociale nécessite une modification des statuts ; ce qui n'est pas le cas pour les sociétés à capital variable, sauf en cas de dépassement du seuil du capital autorisé en droit français.

157. La variabilité du capital offre ainsi l'avantage aux investisseurs de planifier la période et le processus de leur entrée dans une société, sans avoir à supporter les inconvénients des formalités contraignantes de modification des statuts comme c'est le cas dans les sociétés à capital fixe. De ce fait, la variabilité du capital constitue une opportunité pour les petites et moyennes entreprises sous capitalisées qui pourront faire recours aux sociétés de capital-risque et aux investisseurs non professionnels, au moyen d'une prise de participation, afin de recueillir des fonds supplémentaires pour amorcer aisément leur croissance.

La variabilité du capital est alors perçue ici comme un facteur favorable au renforcement des fonds propres de la société ; ce qui est difficile à envisager dans une société à capital fixe, laquelle ne permet pas d'accueillir de nouveaux investisseurs sans formalités contraignantes. Il ne suffit pas seulement de faciliter l'entrée des investisseurs dans une société. Ceux-ci devraient avoir la possibilité de se retirer de la société sans aucune entrave possible ; c'est d'ailleurs ce que la variabilité du capital leur permet avec une procédure souple de sortie.

[355] Voir A. PLENT, *op. cit.*, n° 46, p. 22.

2. Une procédure souple de sortie de l'investisseur par la variabilité du capital

158. La sortie d'un associé dans une société à capital variable fait référence à son départ qui peut se faire avec ou sans cession de droits. Le départ d'un associé avec cession de droits sociaux à un tiers ou un coassocié[356] n'a aucun effet sur le capital social, lequel ne connaîtra pas de modification dans son montant. En revanche, le départ de l'associé sans cession de droits sociaux entraîne leur annulation et, en conséquence, la réduction du capital social, c'est-à-dire la modification de son montant. C'est ce type de sortie de l'associé qui correspond aux termes « retrait » et « exclusion »[357]. Le retrait désigne, en effet, la faculté reconnue à un associé de quitter une société[358]. Il traduit sa volonté de se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable. Il entraîne la perte de la qualité d'associé en cas de reprise totale des apports[359] ; laquelle reprise conduit au remboursement des droits sociaux, donc à la réduction du capital social. Quant à l'exclusion d'un associé, elle constitue une mesure résultant d'une décision prononcée par un organe de la société se traduisant par la sortie forcée de l'intéressé et le remboursement ou le rachat de ses droits sociaux. Elle constitue la contrepartie du droit reconnu à chaque associé de se retirer de la société à tout moment. L'exclusion peut être soit légale, soit statutaire, soit encore conventionnelle[360]. En d'autres termes, il s'agit de la possibilité offerte à un organe déterminé d'éjecter un associé de la société, selon les modalités définies par la loi, les statuts ou une convention entre les parties, en vue d'assurer le bon fonctionnement de la société.

159. Les modalités de retrait et d'exclusion d'associés sont consacrées à l'article 269-6 de l'Acte uniforme et à l'article L. 231-6 du Code de commerce français. Leur mise en œuvre aboutit à la diminution du capital social. S'agissant d'une société à capital variable, les actes qui constateront cette diminution du capital social ne seront pas assujettis aux formalités de dépôt et de publication[361]. Ainsi, la sortie et l'exclusion d'un associé d'une société à capital variable ne donnent pas lieu à l'accomplissement des formalités exigées pour la modification des statuts, lesquelles sont contraignantes et onéreuses. En effet, comme le souligne un auteur, « la fixité du capital oblige à emprunter le chemin de la modification des statuts lorsqu'on

[356] En principe, la cession de droits sociaux n'entraîne pas la réduction de capital. Elle entraîne seulement le changement d'associé.
[357] B. SAINTOURENS, « Société civile », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2012, n° 156, p. 46.
[358] S. SCHILLER, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *op. cit.*, n° 141, p. 4.
[359] La reprise partielle des apports n'entraîne pas la sortie de l'associé, mais seulement la réduction du capital social.
[360] Voir fiche d'orientation Dalloz, juin, 2021, p. 41. L'exclusion légale est celle prévue par une loi à titre de sanction ou au nom de l'intérêt social. L'exclusion statutaire est celle stipulée dans une clause des statuts. Quant à l'exclusion conventionnelle, elle est celle prévue dans une clause de cession figurant dans une convention extrastatutaire.
[361] Voir art. 269-3 al. 1 AUDSC.

souhaite se retirer en reprenant ses apports »[362]. Ces deux modalités de sortie attribuent donc une grande souplesse aux associés et à la société à capital variable pour la réduction et, en conséquence, la modification souple du capital social[363]. Elles entraînent, de ce fait, une mise en œuvre de la modification souple du capital social.

160. La variabilité du capital permet ainsi aux investisseurs de juger de l'opportunité de retirer partiellement ou totalement leurs apports de la société en faisant valoir le droit de retrait. Ils pourraient alors profiter de la plus-value réalisée par leurs investissements et récupérer les fonds investis, sans avoir à supporter les inconvénients des formalités contraignantes de modification des statuts comme c'est le cas dans les sociétés à capital fixe. En effet, en raison des prévisions du droit commun des sociétés, les investisseurs ne peuvent envisager leur sortie qu'au moyen d'« une introduction en bourse, une cession totale ou partielle à des tiers, un second *buy-out/buy-in*, une liquidation, au terme d'une période variant considérablement selon les projets d'investissement »[364]. Or, face à la complexité de telles opérations et à l'incertitude de leur réussite, l'adoption de la variabilité du capital par les sociétés bénéficiaires susciterait un intérêt pour les investisseurs qui pourraient dès lors planifier leur sortie sans risquer de se confronter à d'éventuels obstacles ou à des incertitudes quant aux conditions juridiques et financières de leur sortie, notamment la réduction du montant de leurs investissements[365].

161. La variabilité du capital présente ainsi une attractivité avérée dans la pratique, dans la mesure où elle permet aux investisseurs de disposer d'une liquidité certaine à leur convenance en décidant de se retirer de la société[366] ; ce qui n'est pas évident ou garanti dans une société à capital fixe. Cependant, ils devraient accorder la plus grande attention à la rédaction des clauses d'admission, de retrait et d'exclusion des associés, afin de ne pas annihiler leurs prévisions financières et économiques dans l'hypothèse d'une insuffisante maîtrise desdites opérations[367]. En outre, la sortie d'un ou de plusieurs investisseurs du capital d'une société à leur convenance « pourrait considérablement fragiliser la structure sociale dans son ensemble », dans la mesure où elle entraînerait une réduction du capital privant ainsi à court terme la société de fonds nécessaires pour faire face à ses besoins[368]. En dépit de cet inconvénient, la variabilité demeure

[362] A. COURET, « L'apport en société entre permanence et précarité », *BJS*, décembre 2009, p. 1199, n° 33, p. 6.
[363] A. PLENT, *op. cit.*, 2016 n° 182, p. 92.
[364] M. WRIGHT, *op. cit.*, p. 297.
[365] Dans les sociétés à capital variable, la sortie d'un associé se traduit par le remboursement du montant de son apport.
[366] Voir A. PLENT, *op. cit.*, n° 46, p. 22.
[367] Voir M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 11.
[368] A. PLENT, *op. cit.*, n° 211, p. 107.

un mécanisme qui offre la célérité et la discrétion, lesquelles sont essentielles dans le milieu des affaires, y compris une flexibilité dans la constitution des sociétés.

B. Une flexibilité accrue dans la constitution des sociétés par la variabilité du capital

162. Le montant du capital social constitue une mention obligatoire des statuts. Il est tributaire de la forme juridique envisagée par les fondateurs dès le début du processus de constitution de la société. L'importance du montant du capital peut contribuer à retarder la constitution de la société, particulièrement lors de la libération du montant des titres souscrits en fonction des capacités financières des potentiels associés et des seuils légaux à respecter. Il se pose alors la question de la constitution des sociétés nécessitant un capital important avec un investissement minimal. Pourtant, la variabilité du capital facilite la constitution de telles sociétés, au regard des flexibilités qu'elle accorde aux fondateurs, à savoir la possible création de la société avec un investissement minimal (1) et le fractionnement de la libération du capital (2).

1. La possible création de la société avec un investissement minimal

163. Les alinéas 1 et 2 des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français, rédigés dans les mêmes termes, permettent aux sociétés de déterminer le seuil minimum au-dessous duquel le capital ne peut être réduit par les reprises d'apports ; lequel seuil ne peut être inférieur au dixième du montant du capital social fixé dans les statuts ou du capital minimum légal. Ces dispositions admettent donc la création d'une société dont le dixième du capital stipulé dans les statuts est libéré[369], à condition qu'il ne soit pas inférieur au capital minimum légal pour la forme juridique considérée. C'est d'ailleurs, selon un auteur, ce qui constitue un des motifs du succès de la variabilité du capital social en France, parce qu'elle permet la création d'une société avec un investissement minimal[370].

164. L'admission de la création d'une société avec la libération du dixième du montant du capital social démontre à suffisance tout l'intérêt que devraient avoir les acteurs économiques pour la variabilité du capital social. Pendant le processus de constitution de la société, les futurs associés sont appelés à statuer sur le montant du capital social alors qu'en tant qu'élément essentiel des statuts, celui-ci dépend de la forme juridique choisie par les fondateurs de la société. En effet, dans certains cas, la loi fixe le montant minimum du capital social en fonction de la forme juridique, comme c'est le cas de la société anonyme en droit OHADA et en droit

[369] M-N. LEGRAND, « Obligation de libérer la totalité du capital d'une SARL à capital variable », *op. cit.*, p. 163.
[370] *Ibid.*

français[371]. Dans d'autres cas, tel que celui de la société par actions simplifiée[372], la loi laisse le soin aux fondateurs de déterminer librement dans les statuts le montant capital social.

165. Cependant, que le capital social minimum soit déterminé par la loi ou par les statuts, les associés doivent doter la société de moyens suffisants pour lui permettre d'assurer, notamment, les charges courantes de fonctionnement[373]. Cela ne devrait pas constituer une contrainte pour les associés qui pourraient faire varier à souhait à la hausse le montant du capital de la société, sans procéder à la modification des statuts ; ce qui n'est pas possible dans une société à capital fixe. En effet, en cas d'augmentation ou de réduction du capital social d'une société à capital fixe, outre l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales, l'Acte uniforme exige un dépôt au greffe de la juridiction compétente de la copie certifiée conforme de la délibération de l'assemblée générale ou de la décision de l'organe social dirigeant et de la copie certifiée conforme de la déclaration notariée de souscription et de versement[374]. Cette exigence légale instaure une formalité contraignante et onéreuse ; la société étant tenue de procéder au dépôt dans le délai d'un mois à compter de la tenue de l'assemblée générale et de recourir aux services d'un notaire pour la délivrance de la déclaration notariée de souscription et de versement, en raison de la modification des statuts résultant de l'augmentation ou de la réduction du capital. Alors que les associés d'une société à capital variable n'auront pas à supporter une telle formalité lorsqu'ils réaliseront de nouveaux apports ou lorsqu'ils se retireront de la société.

166. La variabilité du capital offre ainsi la possibilité aux associés de réaliser des apports en numéraire en cours de vie sociale grâce à la variabilité du capital, ce qui favorise la constitution d'une société avec un investissement minimal. Ainsi, les associés pourront, en raison de la variabilité du capital, renforcer les capitaux propres de la société en procédant à tout moment à des souscriptions de nouvelles actions par des versements de sommes d'argent. Cet avantage résultant de la variabilité du capital permet de constituer une société avec un investissement minimal en respectant le capital minimum légal, tout en poursuivant la mobilisation des fonds par des versements successifs d'apports en numéraire. Cette solution est d'ailleurs confortée par le fractionnement de la libération du capital social.

---

[371] En droit OHADA, l'article 387 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique fixe le montant du capital social minimum de la société anonyme ordinaire à 10.000.000 de francs CFA, 15.250 euros. Alors qu'en droit français, l'alinéa 1 de l'article L. 224-2 du Code de commerce fixe le capital social minimum de la société anonyme à 37.000 euros, soit plus de 24.000.000 de francs CFA.

[372] Voir art. L. 227-1 al. 3 C. com. et art. 853-3 AUDSC.

[373] Voir *supra* n°92, p. 55 et s.

[374] Voir art. 264 de l'AUDSC. Voir C. com., art. R. 123-107 et R. 123-105.

2. Le fractionnement de la libération du capital

167. Contrairement au droit français, le droit OHADA accorde une liberté aux sociétés à capital variable de déterminer les modalités de souscription et de libération des apports[375], d'où la nécessité de distinguer ces deux notions. En effet, la souscription désigne l'engagement d'un associé à verser une somme d'argent ou à donner un bien en nature comme apport, en contrepartie d'une action ou d'une part sociale[376]. Les actions et les parts sociales doivent être intégralement souscrites lors de la constitution de la société. Quant à la libération, elle consiste à mettre à la disposition de la société les fonds ou les biens en nature promis lors de la souscription. Les apports représentant des biens en nature doivent être immédiatement et intégralement libérés lors de la constitution de la société. Cependant, les apports en numéraire peuvent être libérés intégralement ou partiellement.

168. L'article 389 de l'Acte uniforme permet la libération d'un quart au moins de la valeur nominale des actions représentant des apports en numéraire lors de la souscription du capital de la société anonyme ; le reste devant être libéré dans un délai n'excédant pas trois ans. Les statuts pourraient, de ce fait, fixer un délai plus court que le maximum fixé par l'Acte uniforme pour la libération des apports restants, afin de ne pas compromettre la continuité de l'exploitation de la société. La loi autorise ainsi le fractionnement de la libération du capital représentant uniquement des apports en numéraire, c'est-à-dire la libération partielle des apports en numéraire. L'exploitation de cette autorisation légale permet aux associés de verser une fraction du montant de leurs apports en numéraire lors de la constitution de la société, aboutissant ainsi à la détermination du montant du capital libéré, par opposition au capital statutaire qui correspond au montant total des apports que les associés ont promis de verser à la société[377].

169. Le fractionnement de la libération du capital constitue un inconvénient pour les sociétés à capital fixe. Celles-ci ne peuvent pas procéder à une augmentation du capital par des apports en numéraire tant que le capital souscrit n'aura pas été entièrement libéré[378]. Elles devront donc exiger des associés débiteurs la libération du surplus des apports promis, avant d'engager une procédure d'augmentation du capital, laquelle aboutira d'ailleurs à une modification des statuts. Cette difficulté n'existe pas pour les sociétés à capital variable qui pourront voir leur capital

[375] Voir art. 269-2-1 de l'AUDSC.
[376] Voir M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1942, p. 310.
[377] Voir A. PLENT, *op. cit.*, n° 105, p. 53.
[378] Voir art. 389 al. 4 AUDSC.

social varier à la hausse au gré des souscriptions de titres sociaux à la suite de l'admission d'associés nouveaux.

170. En outre, le fractionnement de la libération du capital favorise la constitution de sociétés dont les associés, disposant de peu de moyens, désirent souscrire un capital social important à libérer ultérieurement au fur et à mesure[379]. Qui plus est, combinée avec la stipulation de la clause de variabilité du capital, l'exploitation et le respect de cette mesure par les associés permettront un accroissement permanent des capitaux propres de la société, au moyen du versement du restant des apports en numéraire promis au moment de la constitution et de la souscription permanente de nouveaux titres sociaux par les associés anciens et nouveaux.

171. Le renforcement des fonds propres de la société est en partie tributaire du respect des engagements des associés pour le versement du reste des sommes promises lors de la souscription. Pour ce faire, il revient à la société à capital variable de contraindre les associés défaillants à s'exécuter[380] ; ce d'autant plus qu'ils demeurent débiteurs « pendant cinq (5) ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations » existant au moment de leur retrait ou de leur exclusion de la société[381]. Au demeurant, la variabilité du capital est favorisée par le fractionnement de la libération du capital, permettant ainsi aux associés de constituer une société en souscrivant un capital important avec un investissement minimal. Cet avantage de l'adoption de la variabilité du capital est plus qu'assuré avec l'allégement des formalités de modification du capital social.

Section 2. L'allègement des formalités de modification du capital par la mise en œuvre de la technique de variabilité

172. Le capital social peut subir des modifications qui consisteront soit en des augmentations, soit en des réductions. Les augmentations du capital se réalisent notamment par la souscription de nouveaux titres sociaux. Cette modalité de modification du capital engendre un renforcement des capitaux propres de la société grâce à l'élévation de la valeur nominale des titres sociaux ou la réalisation des apports en numéraire. Quant aux réductions du capital, elles s'opèrent par l'imputation des pertes de la société sur le montant du capital ou par la sortie d'associés conséquemment au remboursement de leurs titres sociaux. Ces deux modalités de modification

[379] Voir M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 17, p. 8.
[380] L'article L. 228-27 du Code de commerce français et l'article 775 de l'AUDSC autorisent la société à adresser une mise en demeure à l'associé défaillant. Si cette mise en demeure reste sans effet pendant au moins un mois, la société peut procéder à la vente des actions dudit associé, sans requérir une autorisation de la juridiction compétente.
[381] Art. 269-6 al. 3 AUDSC et art. L. 231-6 C. com.

du capital nécessitent la convocation de l'assemblée générale extraordinaire et l'accomplissement des formalités de dépôt et de publication des actes constatant les modifications. Or, ces formalités se traduisent, entre autres, par leur lourdeur et leur complexité. Elles ne facilitent pas, de ce fait, l'intervention des investisseurs qui sont attirés par la célérité des opérations matérialisant leur entrée et leur sortie dans la société, de même que l'assurance de récupérer à terme leurs investissements, grâce au remboursement de leurs apports.

173. Pourtant, la variabilité du capital, à travers ses modalités, permet de satisfaire les exigences des investisseurs et, en conséquence, d'assurer un meilleur financement de la société, en raison de son attractivité auprès des investisseurs. Cette attractivité résulte de l'allègement des formalités d'augmentation (**Paragraphe 1**) et de réduction du capital social (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'allègement des formalités d'augmentation du capital social

174. En dehors de l'augmentation du montant de la valeur nominale des actions, l'augmentation du capital s'opère par des souscriptions de nouvelles actions par des apports en industrie, en nature et en numéraire. Sur les trois types d'apports, l'apport en industrie ne permet pas à la société d'obtenir du financement. Il ne porte pas sur un élément d'actif susceptible d'évaluation économique[382], sans oublier qu'il est exclu dans les sociétés anonymes en droit OHADA. Il doit donc être exclu comme mode de financement. Quant à l'apport en nature, il porte, certes, sur un élément susceptible d'évaluation économique, mais il ne permet pas à la société de se financer directement, sauf à donner ledit apport en garantie à une banque pour solliciter un prêt. En outre, en fonction de sa valeur, il nécessiterait une évaluation par un commissaire aux apports ; ce qui constitue une contrainte dont la société voudrait bien s'en passer dans le cadre d'un besoin de financement. En ce qui concerne l'apport en numéraire, il s'opère par le versement de sommes d'argent à la société.

175. La libération des apports en numéraire constitue un moyen essentiel et efficace de financement du capital. Les caractères contraignant et peu coûteux de l'apport en numéraire dépendent de la nature fixe ou variable du capital social. Lorsqu'il s'agit d'une société à capital fixe, l'augmentation du capital nécessite une procédure particulière et, donc, contraignante, sans oublier le coût d'une telle opération. La fixité du capital social ne permet pas, en effet, d'obtenir de tels financements à moindre coût. Mais, lorsqu'il s'agit d'une société à capital variable, les apports en numéraire s'opèrent sans formalité et sans coût pour la société, en raison de la

[382] G. PARLEANI, « Le financement du capital, Réflexions sur l'utilité de la notion et son devenir », *op. cit.*, n° 7, p. 117

dispense d'une part, des procédures préalables (A) et, d'autre part, des formalités postérieures à l'augmentation du capital (B).

A. La dispense des procédures préalables à l'augmentation du capital

176. L'indication du montant du capital social fait partie des éléments essentiels des statuts d'une société. Sa modification à la hausse requiert l'accomplissement de certaines formalités, telles que la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, la libération du restant du montant du capital partiellement libéré et la publicité préalable à la souscription d'actions nouvelles. Ces formalités se caractérisent notamment par leur lourdeur. Pourtant, avec la variabilité du capital, l'augmentation du capital n'induit pas forcément une modification des statuts et l'accomplissement des formalités édictées à cet effet. La mise en œuvre de cette modalité de fonctionnement permet à la société à capital variable de procéder à la modification du capital sans intervention de l'assemblée générale (1) et les formalités préalables à la souscription de nouveaux titres sociaux (2).

1. L'absence d'intervention de l'assemblée générale

177. L'assemblée générale est un organe social qui réunit l'ensemble des associés en vue de participer aux décisions collectives sur la vie de la société. Lorsque les décisions collectives à prendre portent sur la modification d'un des éléments des statuts, les associés se réunissent en assemblée générale extraordinaire[383]. Mais, lorsque les décisions portent sur un sujet autre que celui de la modification des statuts, les associés se réunissent en assemblée générale ordinaire. Il en est ainsi lorsque la collectivité des associés est appelée à statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice, l'affectation du résultat de l'exercice, le rapport du commissaire aux comptes, la nomination des membres du conseil d'administration, de l'administrateur général et, le cas échéant, l'administrateur général adjoint, ainsi que le commissaire aux comptes[384].

178. L'augmentation du capital est un motif qui nécessite la modification des statuts ; ce qui entraîne l'intervention de l'assemblée générale extraordinaire, conformément au droit commun des sociétés commerciales. En effet, l'article 564 de l'Acte uniforme et l'article L. 225-96 du Code de commerce français réservent à l'assemblée générale extraordinaire la compétence pour autoriser ou décider une telle opération. Ainsi, lorsqu'une société à capital fixe envisage une augmentation de son capital social, que ce soit par des apports en numéraire, des apports en nature ou une majoration du montant nominal des actions existantes, les dirigeants sociaux sont

[383] Voir art. 551 AUDSC.
[384] Voir art. 546 AUDSC.

tenus de convoquer une assemblée générale extraordinaire selon des formalités et des procédures particulières[385]. Alors que ces dernières sont lourdes, exigeantes et onéreuses, au regard des délais de convocation à respecter, documents à mettre à la disposition des associés, et du coût du déroulement de la réunion et l'intervention du commissaire aux comptes. En outre, lorsque l'assemblée générale extraordinaire autorise l'augmentation du capital, elle peut accorder au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, les pouvoirs nécessaires pour « fixer les modalités d'émission, constater la réalisation des augmentations de capital qui en résultent et procéder à la modification corrélative des statuts »[386]. Cette délégation de pouvoirs vient allonger la procédure d'augmentation du capital social. Qui plus est, la procédure devient complexe lorsque l'augmentation du capital est réalisée par des apports en nature, car nécessitant l'intervention d'un commissaire aux apports qui procédera à leur évaluation.

179. Toutefois, dans le cadre d'une société à capital variable, il faut distinguer selon que l'augmentation du capital s'est réalisée par une majoration du montant nominal des actions existantes ou par l'émission de nouveaux titres sociaux par des apports en numéraire ou des apports en nature. L'augmentation du montant nominal des actions existantes requiert l'intervention de l'assemblée générale extraordinaire, conformément au droit commun des sociétés commerciales. Mais, lorsque l'augmentation du capital est conséquente à l'émission de nouveaux titres sociaux par des apports en numéraire, la société est dispensée de la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, à condition que le montant du nouveau capital social augmenté n'excède pas celui du capital social maximal fixé dans les statuts en droit français. Dans cette hypothèse, l'intervention de l'assemblée généralement extraordinaire s'impose, car il faudra modifier les statuts à cet effet. Ainsi, l'assemblée générale extraordinaire interviendra si la modification du montant du capital entraîne un franchissement du seuil du capital maximal autorisé. Quant à l'augmentation du capital par des apports en nature, elle n'exige pas l'intervention de l'assemblée générale extraordinaire, mais celle du commissaire aux apports qui sera chargé d'évaluer chaque apport pour en déterminer la valeur.

Ainsi, contrairement à la société à capital fixe, la société à capital variable est dispensée de la convocation de l'assemblée générale extraordinaire lorsque le seuil du capital maximal autorisé n'est pas franchi lors de l'augmentation du capital. Elle est également dispensée des formalités préalables exigées pour la souscription de nouveaux titres sociaux.

[385] Voir art. 562 AUDSC
[386] Voir art. 567-1 al. 1 AUDSC.

2. L'absence de formalités préalables à la souscription de nouveaux titres sociaux

180. Préalablement à la réalisation de l'augmentation du capital social, certaines formalités doivent être accomplies par les dirigeants sociaux de la société à capital fixe. Il s'agit de la libération du restant du montant du capital partiellement libéré et de la publicité préalable à la souscription d'actions nouvelles. En effet, conformément à l'article 572 de l'Acte uniforme et à l'alinéa 1 de l'article L. 225-131 du Code de commerce français, les dirigeants sociaux sont tenus, avant le début des opérations d'augmentation du capital, de s'assurer que le capital social a été intégralement libéré et ce, préalablement à toute émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire. Dans le cas échéant, ils devront inviter les associés débiteurs à s'exécuter, conformément aux délais fixés dans les statuts, lesquels ne sauraient excéder trois ans en droit OHADA et cinq ans en droit français[387].

181. Une difficulté pourrait apparaître si le délai pour libérer le reste des apports en numéraire n'est pas échu. La procédure d'augmentation du capital par des apports en numéraire serait alors bloquée, à moins que la collectivité des associés n'envisage une issue pour combler le capital social restant au nom et pour le compte des associés débiteurs ; ceux-ci seraient ainsi redevables auprès des associés ayant comblé leur défaillance. Cette difficulté n'existe pas dans les sociétés à capital variable. Celles-ci ne sont pas soumises à cette obligation de libération préalable des apports en numéraire restants. Elles peuvent alors recevoir à toute époque la souscription d'actions nouvelles à libérer en numéraire de la part d'associés nouveaux.

182. L'autre formalité à exécuter avant le début des opérations d'augmentation du capital est la publicité préalable à la souscription. Cette publicité revêt une importance capitale. Elle consiste à porter à la connaissance des associés les modalités de l'émission des actions nouvelles, notamment le montant de l'augmentation du capital, le nombre et la valeur nominale des actions, les dates d'ouverture et de clôture des souscriptions, l'existence à leur profit d'un droit préférentiel de souscription[388]. Cette publicité permet de les informer et d'assurer la protection de leurs droits. En effet, les associés qui désirent conserver leur position au sein de l'actionnariat de la société auront l'occasion d'exercer leur droit préférentiel de souscription par l'acquisition de nouvelles actions en rapport avec le nombre d'actions anciennes qu'ils détiennent déjà. Cette formalité laisse entrevoir un certain délai à respecter avant d'ouvrir le capital aux nouveaux associés. Or, cette formalité n'est pas exigée pour les sociétés à capital variable. Ces dernières

[387] L'alinéa 2 de l'article 389 de l'AUDSC fixe un délai maximum de trois ans pour libérer le restant des apports en numéraires promis par les associés lors de la souscription des titres sociaux de la société anonyme. Alors que l'alinéa 2 de l'article L. 225-3 du Code de commerce français fixe un délai maximum de cinq ans.
[388] Voir art. 598 AUDSC.

peuvent admettre à tout moment des associés nouveaux par l'émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire ou en nature. En effet, permettre l'entrée d'associés nouveaux à tout moment constitue d'ailleurs l'essence de la variabilité du capital, d'autant plus qu'ils contribueront à accroître les capitaux propres de la société. De ce fait, les actions nouvelles pourront être souscrites à tout moment, soit par les associés anciens, soit par des associés nouveaux.

En somme, le mécanisme de la variabilité du capital dispense les sociétés qui l'adoptent des formalités préalables à la souscription de nouveaux titres sociaux. Il en est de même des formalités postérieures à l'augmentation du capital social.

B. La dispense des formalités postérieures à l'augmentation du capital

183. A la suite des opérations d'augmentation du capital, les dirigeants sociaux sont tenus d'accomplir certaines formalités, dont le dépôt au greffe et la publication dans un journal d'annonces légales des actes modificatifs. Ces formalités s'imposent en raison de la modification des statuts, dont un des éléments, à savoir le capital social, porté à la connaissance des tiers par la publication des actes, a subi des modifications. Il s'avère de ce fait nécessaire d'informer les tiers des modifications qui ont été opérées. Or, dans les sociétés à capital variable, l'accomplissement des formalités de dépôt et de publication s'avèrera contraignant et onéreux, en raison de la fréquence des augmentations du capital ; d'où la dispense de publication (1) et de dépôt au greffe des actes modificatifs (2), en raison de leur incompatibilité avec la variabilité du capital.

1. La dispense de publication d'un avis dans un journal d'annonces légales

184. L'augmentation du capital entraîne la modification du capital, laquelle aboutit, en droit commun des sociétés, à la modification des statuts[389], car elle affecte une de ses mentions obligatoires, à savoir le montant du capital social. Or, la modification des statuts donne lieu à une publication dans un journal d'annonces légales[390]. En droit OHADA, l'article 257 de l'Acte uniforme relatif détermine les journaux habilités à recevoir les annonces légales. Il s'agit, d'une part, du journal officiel, des journaux habilités par les autorités compétentes, du Bulletin national des registres du commerce et du crédit mobilier et, d'autre part, des quotidiens nationaux d'information générale[391]. En droit français, outre les journaux locaux habilités, la

[389] Voir art. 72 AUDSC.
[390] Voir art. 263 AUDSC.
[391] Les quotidiens d'information générale désignent les journaux qui paraissent tous les jours.

publicité légale s'opère dans le Bulletin des annonces civiles et commerciales[392], le Bulletin des annonces légales obligatoires pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne et le Journal officiel de l'Union Européenne, notamment pour les groupements européens d'intérêt économique[393].

185. Cette mesure de publicité vise à porter à la connaissance des tiers des informations juridiques non secrètes inhérentes à la vie juridique et commerciale des sociétés grâce aux journaux d'annonces légales, lesquels sont habilités en raison soit de leur statut, soit d'une autorisation spécifique[394]. Elle participe à la transparence dans la vie juridique et commerciale des entreprises. Cependant, elle génère des conséquences juridiques importantes, telles que le point de départ de certains délais et l'opposabilité de certains actes à l'égard des tiers. De ce fait, l'irrégularité ou le défaut de publication dans un journal d'annonces légales prescrite par un texte législatif ou réglementaire privera l'acte ou l'évènement de ses effets attendus. Ainsi, les sociétés sont tenues de procéder à la publication de certains faits ou évènements intéressant la vie sociale, dont la modification du capital social, dans un journal d'annonces légales du lieu de leur siège social. Cette formalité exige des dirigeants sociaux, pour chaque fait ou évènement dont la publication est prescrite, des modalités pratiques à satisfaire, notamment par le dépôt des actes modifiant les pièces déposées lors de la constitution de la société, de la copie du procès-verbal de délibération des associés ayant décidé ou autorisé l'augmentation du capital social.

186. Alors qu'avec la variabilité du capital, les faits ou évènements dont la publication dans un journal d'annonces légales est prescrite, dont l'augmentation du capital social, se multiplieront à chaque fois qu'un ou plusieurs associés, anciens ou nouveaux, procéderont à des souscriptions d'actions nouvelles par des apports en numéraire. La fréquence de la modification à la hausse du capital social induite par la variabilité du capital exigerait des dirigeants sociaux l'accomplissement permanent des formalités de publication dans un journal d'annonces légales ; ce qui engendrera nécessairement des coûts. La publication fréquente de ce type d'acte pourrait porter atteinte à l'efficacité de la publicité à l'endroit des tiers qui, submergés par la pléthore d'avis publiés par la société, pourraient s'inquiéter de l'instabilité permanente de la structure de l'actionnariat de cette société. Pourtant, cette instabilité de l'actionnariat contribue à l'accroissement des capitaux propres de la société. Cette mesure de publicité apparaît ainsi

[392] Le BODACC est institué par l'article R. 123-209 du Code de commerce français en tant qu'annexe au Journal officiel de la République française.
[393] P. BEDER, « Publicité légale », *Répertoire des sociétés*, octobre 2016, n° 31, p. 19.
[394] *Ibid.*, n° 1, p. 9.

incompatible avec la variabilité du capital social. C'est la raison pour laquelle l'article 269-3 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-3 du Code de commerce français dispensent les sociétés à capital variable des formalités de publication dans un journal d'annonces légales des actes constatant une augmentation du capital social. La dispense ne concerne pas que la publication dans un journal d'annonces légales ; il y a également le dépôt des mêmes actes au greffe.

2. La dispense de dépôt au greffe des actes modificatifs

187. En cas d'augmentation du capital social, outre l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales, l'Acte uniforme exige un dépôt au greffe de la juridiction compétente ou de l'organe compétent de la copie certifiée conforme de la délibération ou de la décision et de la copie certifiée conforme de la déclaration notariée de souscription et de versement[395]. Cette formalité constitue également une mesure de publicité obligatoire. En effet, en droit OHADA, l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général exige, en cas de modification des énonciations concernant la société et figurant au registre du commerce et du crédit mobilier, le dépôt d'une demande de rectification ou de mention complémentaire, dans les trente jours de l'acte ou du fait modificatif[396]. Il en est de même en droit français où le Code de commerce prescrit le dépôt au greffe de tout acte, délibération ou décision, modifiant les pièces déposées lors de la constitution de la société, dans le délai d'un mois à compter de leur date, après avoir publié, le cas échéant, dans un journal d'annonces légales[397].

188. Les actes et faits modificatifs concernés par le dépôt au greffe sont généralement ceux qui affectent les informations requises au moment de l'immatriculation de la société au registre du commerce. Ils doivent être mentionnés au registre du commerce pour permettre aux tiers d'en prendre connaissance. Ces derniers pourront ainsi consulter librement sur place le registre du commerce, se faire délivrer à leurs frais une copie intégrale ou un extrait des inscriptions par le greffe ; toute chose qui contribue à renforcer la transparence de la vie des entreprises, ainsi que leur crédibilité, du fait du caractère public du registre du commerce.

189. L'omission de la formalité du dépôt au greffe prive les faits et actes modificatifs de leurs effets, à savoir leur opposabilité aux tiers et aux administrations publiques. Bien que n'entachant pas leur validité, elle porte atteinte à l'efficacité desdits actes et faits à l'égard des tiers. Au regard des conséquences dommageables d'une telle omission pour la société, les dirigeants doivent prendre les dispositions, chaque fois qu'un tel acte ou fait survient, pour

[395] Voir art. 264 AUDSC.
[396] Voir art. 52 AUDCG.
[397] Voir C. com., art. R. 123-105, R. 210-3 et R. 210-9.

s'assurer du dépôt effectif des pièces exigées au greffe du Tribunal compétent en matière commerciale. Pour une société à capital fixe, ce serait une formalité intervenant occasionnellement, ces actes pouvant ne pas avoir lieu ou se produire rarement au cours d'un exercice social. A l'inverse, pour les sociétés à capital variable, caractérisées par la fréquence de tels actes et faits modifiant le montant du capital social, l'accomplissement récurrent de cette formalité serait contraignant et onéreux. C'est ce qui justifierait leur exclusion par l'article 269-3 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-3 du Code de commerce français de l'obligation de dépôt au greffe des actes modifiant le montant du capital social, conformément aux seuils maximum et minimum du capital social autorisé. En d'autres termes, les sociétés à capital variable ne sont soumises à l'obligation de dépôt au greffe des actes modifiant le montant du capital social qu'en cas de dépassement du capital maximal autorisé. En somme, l'allègement des formalités d'augmentation du capital social facilitera le financement des sociétés. Il en est de même des formalités de réduction du capital social.

Paragraphe 2. L'allègement des formalités de réduction du capital social

190. En droit commun des sociétés, la réduction du capital exige l'accomplissement de certaines formalités pour pouvoir produire ses effets et être opposables aux tiers. Ces formalités consistent notamment en la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, en l'intervention du commissaire aux comptes et du notaire au cours de l'étape du dépôt et de la publication des actifs modificatifs. Les caractères contraignant et onéreux de ces formalités ne sont pas de nature à favoriser le financement des sociétés par des investisseurs plus enclin à apprécier les conditions de reprise de leurs fonds s'opérant par la réduction du capital en cas d'échec de la cession de leurs titres.

191. Pourtant, l'un des aspects attractifs de la variabilité du capital est la sortie des investisseurs sans contrainte particulière ; ce qui favorise leur intervention et, en conséquence, le financement des sociétés grâce à cette modalité de fonctionnement. Cet intérêt s'illustre par les modalités de mise en œuvre de la réduction de capital qui se manifestent par la reprise totale ou partielle des apports effectués. De la sorte, on est enclin à considérer que les associés d'une société à capital variable disposent d'une totale liberté de réduction de capital (A). Pourtant, cette liberté de réduction doit être relativisée au regard des dispositions de droit commun et celles spécifiquement applicables aux sociétés à capital variable qui consacrent des entraves (B) dont la justification ne saurait souffrir d'ambiguïté.

A. Le principe de la libre réduction du capital social

192. En droit commun des sociétés, la réduction du capital est soumise à une série de formalités, dont la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, le dépôt et la publication des actes modificatifs, sans oublier l'exercice du droit d'opposition des créanciers. Les associés ne peuvent alors librement réduire leur participation ou se retirer de la société sans se soumettre à ces formalités. En revanche, avec la variabilité du capital, les associés disposent d'une liberté pour procéder à ces opérations conduisant à la réduction du capital.

193. En dehors de l'exclusion d'associé, le retrait n'est pas soumis à l'intervention de l'assemblée générale convoquée pour statuer à cet effet et l'accomplissement des formalités de dépôt et de publication des actes modificatifs (1). Mieux encore, le retrait et l'exclusion des associés pourront se réaliser sans intervention des créanciers (2).

1. La dispense des formalités postérieures à la réduction du capital

194. La réduction du capital social se réalise par la diminution soit de la valeur nominale des titres sociaux, soit du nombre des titres sociaux[398]. La réduction du capital d'une société commerciale, telle la société anonyme, passe par plusieurs étapes, dont la communication du projet de réduction au commissaire aux comptes quarante-cinq jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale extraordinaire qui autorisera ou décidera la réduction du capital[399]. En outre, lorsqu'elle est réalisée, elle fait l'objet des formalités de publicité, à savoir la publication d'un avis dans un journal d'annonces légales et le dépôt au greffe de la juridiction compétente ou de l'organe compétent[400]. Sans l'accomplissement de ces formalités sous la responsabilité des dirigeants sociaux, les actes modificatifs du capital ne sauraient être opposables aux tiers. Il s'avère, de ce fait, que la procédure de réduction du capital social est longue, lourde et onéreuse ; ce qui est incompatible avec la variabilité du capital, caractérisée en cas de réduction du capital par le retrait partiel ou total des apports effectués.

195. La mise en œuvre de ces formalités entraverait la sortie des associés d'une société, au regard de la longueur et du coût des procédures. En outre, les investisseurs ne seraient pas plus enclins à s'intéresser à une société dans laquelle le remboursement et la circulation des capitaux pourraient être contrariés par de telles procédures inexistantes dans les sociétés à capital variable. Par ailleurs, la société pourrait être tentée de racheter ses propres actions pour les

[398] Voir art. 627 AUDSC.
[399] Voir art. 628 à 630 AUDSC et art. R. 223-33 C. com. Selon l'article 367 al. 2 de l'AUDSC, ce délai est de trente jours pour la SARL disposant d'un commissaire aux comptes.
[400] Voir art. 263 et 264 et 638 de l'AUDSC.

annuler par la suite, en vue d'aboutir à une réduction de son capital. Sauf qu'il est interdit à la société anonyme ordinaire de souscrire ou d'acheter ses propres actions[401]. Cependant, l'Acte uniforme et le Code de commerce français donnent la possibilité à l'assemblée générale extraordinaire qui a décidé une réduction de capital non motivée par des pertes à autoriser le conseil d'administration, l'administrateur général ou le gérant, selon le cas, à acquérir un nombre déterminé d'actions pour les annuler[402]. Malgré tout, cette réduction fait également l'objet d'une formalité de publicité ; ce qui permettra aux créanciers de sauvegarder leurs intérêts en s'y opposant lorsqu'elle n'est pas motivée par des pertes.

196. En autorisant la variabilité du capital par la reprise totale ou partielle des apports effectués, l'Acte uniforme et le Code de commerce français accordent la possibilité aux associés d'une société d'obtenir à tout moment le remboursement partiel ou intégral de leurs apports par l'exercice du droit de retrait, sans formalité particulière. La réduction envisagée est celle du nombre de titres sociaux. Ainsi, pour faciliter le mouvement des capitaux par le retrait des associés aboutissant à la réduction du capital social, l'article 269-3 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-3 du Code de commerce français dispensent les sociétés à capital variable de l'obligation de dépôt au greffe des actes constatant la réduction du capital social par retrait d'associés. En d'autres termes, les sociétés à capital variable ne sont pas soumises à l'obligation de dépôt au greffe des actes constatant la réduction du montant du capital social par retrait d'associés. En plus de cette dispense, le législateur permet aux sociétés à capital variable d'échapper au droit d'opposition des créanciers sociaux.

2. L'absence de droit d'opposition des créanciers sociaux

197. L'intervention des créanciers sociaux dans le processus dépend du motif de la réduction du capital social. En effet, lorsque celle-ci est motivée par des pertes, les créanciers de la société ne peuvent pas s'y opposer[403]. Cependant, il en est autrement lorsque cette réduction n'est pas motivée par des pertes, à condition que leurs créances soient antérieures à la date de l'avis publié dans un journal d'annonces légales relatif au procès-verbal de la décision de l'assemblée générale extraordinaire ayant décidé ou autorisé la réduction du capital[404]. Dans cette hypothèse, les créanciers sociaux disposent d'un droit d'opposition à la réduction du capital qu'ils pourront exercer devant la juridiction compétente en matière commerciale. En droit

[401] Voir art. 639 al. 1 AUDSC.
[402] Voir art. 639 al. 2 AUDSC et art. L. 225-207 pour la SA et art. 367 al. 6 AUDSC et art. L. 223-34 al. 3 C. com. pour les SARL.
[403] Voir art. 632 AUDSC et art. L. 225-205 C. com.
[404] Voir art. 633 AUDSC.

OHADA, ce droit doit être exercé dans un délai de trente jours à compter de la date de publication de l'avis dans un journal d'annonces légales après dépôt au registre du commerce du procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire, qu'il s'agisse de la société à responsabilité limitée ou d'une société par actions[405]. En droit français, ce droit doit être exercé dans un délai de vingt jours pour les sociétés par actions et un mois pour les sociétés à responsabilité limitée, à compter de la date du dépôt au greffe du tribunal de commerce du procès-verbal qui a décidé la réduction[406].

198. Le droit d'opposition des créanciers sociaux entraîne la suspension des opérations de réduction du capital, lesquelles ne pourront commencer pendant le délai d'opposition, ou en cas d'opposition, avant qu'il ait été statué en première instance sur cette opposition[407]. L'opposition formulée par les créanciers sociaux peut être accueillie ou rejetée par la juridiction compétente. Lorsqu'elle est accueillie, les opérations de réduction de capital sont interrompues et ce, « jusqu'au remboursement des créances ou jusqu'à la constitution de garanties pour les créanciers si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes »[408]. Autrement dit, la poursuite des opérations de réduction du capital est conditionnée par le remboursement desdites créances ou la constitution de garanties suffisantes. La société ne pourra alors reprendre les opérations de réduction du capital qu'après avoir satisfait à l'une ou à l'autre de ces conditions[409]. En revanche, lorsque l'opposition est rejetée, la société reprend le cours normal des opérations de réduction du capital. De ce fait, avec l'exercice du droit d'opposition des créanciers sociaux, la procédure de réduction du capital d'une société à capital fixe apparaît lourde, complexe et incertaine, car soumise aux aléas d'une décision judiciaire.

199. Par ailleurs, avec l'adoption du mécanisme de la variabilité du capital, la réduction du capital s'opérera fréquemment par la reprise totale ou partielle des apports effectués. En cas de soumission de la société à capital variable à cette procédure, il s'agirait pour elle de recueillir en quelque sorte l'avis de ses créanciers avant le retrait ou l'exclusion d'un associé. L'exercice du droit d'opposition des créanciers sociaux apparaît alors incompatible avec l'esprit de la variabilité du capital. C'est la raison pour laquelle le législateur OHADA a, à l'alinéa 2 de l'article 269-3 de l'Acte uniforme, expressément soustrait les sociétés à capital variable de

[405] En droit OHADA, voir art. 370 AUDSC pour la SARL et art. 634 AUDSC pour la SA.
[406] En droit français, voir art. R. 225-152 C. com. pour les sociétés par actions et R. 223-35 C. com. pour les SARL.
[407] Voir art. 636 AUDSC et art. L. 225-205 al. 3 C. com. pour les sociétés par actions ; art. 370 al. 3 AUDSC et art. L. 223-34 al. 3 C. com. pour les SARL.
[408] Art. 637 AUDSC et art. L. 225-205 al. 2 C. com. pour les sociétés par actions ; art. L. 223-34 al. 3 C. com. pour les SARL.
[409] Voir R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 762, p. 463.

l'application des dispositions relatives au droit d'opposition des créanciers en cas de réduction du capital non motivée par des pertes. Pourtant, en droit français, seule l'analyse des termes de l'article L. 231-3 du Code de commerce permet de se rendre compte que toute forme de publicité n'est envisageable ; les créanciers sociaux ne pouvant alors avoir connaissance du retrait ou de l'exclusion d'un associé pour s'opposer à la réduction du capital qui s'en suivra, laquelle, faut-il le préciser, n'est pas motivé par des pertes.

200. En effet, la réduction du capital suite au retrait partiel ou total d'un associé est une décision individuelle de l'intéressé et ne nécessite pas l'intervention d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire, telle que requise dans une société à capital fixe ; laquelle décision devant faire l'objet de dépôt au greffe du tribunal compétent. Toutefois, contrairement au retrait, l'exclusion d'un associé résulte d'une décision prise par la collectivité des associés. Seulement, cette décision ne fera pas l'objet de publication, en application des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 269-3 de l'Acte uniforme et de l'article L. 231-3 du Code de commerce français. En conséquence, la mise en œuvre de ces dispositions permet de neutraliser l'exercice du droit d'opposition des créanciers sociaux ; ces derniers ne pouvant avoir connaissance des réductions opérées sur des fonds normalement indisponibles.

201. En dehors de la réduction du capital opérée par retrait ou exclusion d'un associé, la réduction du capital résultant de la diminution de la valeur nominale des titres sociaux ou du nombre de titres sociaux, décidée par la collectivité des associés, est soumise aux règles de droit commun ; d'où l'existence d'une entrave à la réduction du capital des sociétés à capital variable.

B. Les entraves à la libre réduction du capital social

202. Au regard de son importance, la réduction de capital suit une procédure particulière faisant intervenir aussi bien l'assemblée générale des associés, que des membres de professions règlementées que sont les commissaires aux comptes et les notaires. L'intervention de ces acteurs vise à garantir la régularité de la réduction de capital. Ainsi, dans certaines circonstances, celle-ci ne pourra être autorisée par les associés, sous peine de sanctions. Cette situation résulte de l'encadrement de la réduction de capital d'une part, par les dispositions de droit commun et, d'autre part, par les dispositions spécifiques applicables aux sociétés à capital variable. Ces dispositions consacrent des limites à la libre réduction du capital social (1) ; lesquelles entraves sont fondées par la protection des associés et des créanciers (2).

1. La consécration des entraves à la libre réduction du capital social

203. Les sociétés à capital variable ne constituent pas une forme juridique de société commerciale. Elles sont seulement pourvues d'une modalité de fonctionnement qui permet de faire varier le montant de leur capital social. Elles sont, de ce fait, soumises non seulement aux règles de droit commun et aux règles propres à chaque forme juridique, mais aussi aux règles spécifiques aux sociétés à capital variable. Ces règles déterminent chacune des limites à la réduction du capital selon des proportions différentes, engendrant ainsi des entraves à la libre réduction du capital social. Ces entraves découlent de l'obligation de respecter lors de la procédure de réduction du capital d'une part, le minimum légal ou statutaire et, d'autre part, le principe d'égalité des associés.

204. Les entraves à la réduction du capital découlant du respect du minimum légal ou statutaire résultent non seulement du droit commun des sociétés, mais aussi du droit spécifique aux sociétés à capital variable. En droit commun, la société qui voit le montant de son capital réduit en cours de vie sociale en dessous du minimum légal, encourt la dissolution[410]. C'est ainsi que le capital de la société anonyme ne saurait être inférieur en cours de vie sociale à 10.000.000 de francs CFA en droit OHADA et à 37.000 euros en droit français. De même, le capital de la société à responsabilité en droit OHADA ne saurait être inférieur en cours de vie sociale à 1.000.000 de francs CFA, sous réserve de dispositions nationales contraires[411], sous peine de dissolution[412]. Par ailleurs, pour la société par actions simplifiée et la société à responsabilité en droit français, aucun minimum légal n'a été fixé[413].

205. En ce qui concerne les sociétés à capital variable, les limites à la réduction du capital résultent des dispositions de l'article 269-5 de l'Acte uniforme et de l'article L. 231-5 du Code de commerce français. En effet, l'alinéa 1er de ces deux articles, dont les termes sont identiques, exige la détermination dans les statuts du capital minimum irréductible. Également rédigé dans les mêmes termes, l'alinéa 2 de ces articles détermine le niveau du capital minimum irréductible ; lequel ne saurait être inférieur d'une part, au dixième du capital social statutaire et, d'autre part, au capital social minimum légal. L'inobservation de ces dispositions fixant le

[410] Art. 66 al. 2 AUDSC et art. L. 224-2 al. 2 C. com.
[411] Selon l'article 368 de l'AUDSC, « la réduction de capital ne peut avoir pour effet de réduire le capital à un montant inférieur au minimum légal… » ; lequel minimum est fixé à 1.000.000 de francs CFA par l'article 311 du même Acte uniforme. Pourtant, celui-ci permet aux Etats membres de fixer un montant du capital social minimum différent de celui qu'il a lui-même fixé.
[412] Art. 369 AUDSC.
[413] Pour la SAS, voir les articles L. 227-1 al. 3 du Code de commerce français et 853-5 al. 1 de l'AUDSC. Pour la SARL en droit français, voir l'article L. 223-2 du Code de commerce.

niveau du capital minimum irréductible « emporte des conséquences analogues à celles exigées par le droit commun des sociétés »[414], à savoir la dissolution. En droit OHADA, l'alinéa 3 de l'article 269-5 de l'Acte uniforme est clair à ce sujet : la réduction du capital opérée au-delà du capital du minimum irréductible fixé par les statuts est sanctionnée par la nullité.

206. Quant aux entraves résultant du respect du principe d'égalité des associés, elles découlent notamment des dispositions régissant chaque forme sociale. En effet, les dispositions régissant les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées, en l'occurrence les articles 628 alinéa 2 de l'Acte uniforme et L. 224-2 alinéa 2 du Code de commerce français, prohibent une quelconque atteinte à l'égalité des associés en cas de réduction de capital autorisée ou décidée par l'assemblée générale extraordinaire. La même interdiction est prescrite pour les sociétés à responsabilité limitée, tel qu'il ressort de l'article 366 de l'Acte uniforme et de l'article L. 223-34 alinéa 1 du Code de commerce français. L'inobservation de ce principe fait l'objet d'une sanction pénale contre les dirigeants sociaux, aussi bien en droit français, qu'en droit OHADA. En droit français, il s'agit d'une amende de 30.000 euros fixée par l'article L. 242-23 du Code de commerce. Quant au droit OHADA, il prévoit l'infraction à l'article 896 de l'Acte uniforme et renvoie la précision de la sanction à chaque Etat. Au Burkina Faso, cette sanction a été fixée par l'article 812-15 du Code pénal comme suit : trois mois à trois ans d'emprisonnement et une amende de 250.000 francs CFA à 1.000.000 de francs CFA.

En somme, les entraves à la réduction du capital sont consacrées par des dispositions communes et spécifiques aux sociétés commerciales ; lesquelles dispositions sanctionnent leur violation par la dissolution de la société, sans préjudice d'une sanction pénale contre les dirigeants, en raison de fondements chers au droit des sociétés.

2. Les fondements des entraves à la libre réduction du capital social

207. Les entraves à la libre réduction de capital auraient notamment pour fondements d'une part, la protection des associés et, d'autre part, la protection du gage des créanciers, grâce au respect de la procédure édictée à cet effet. Cette procédure a, effectivement, vocation à assurer la protection des associés grâce au contrôle du respect du principe d'égalité des associés. En effet, l'autorisation ou la décision de réduction de capital doit résulter d'une délibération de l'assemblée générale extraordinaire[415], à laquelle prennent part tous les associés. Pour ce faire, il revient alors aux dirigeants sociaux de prendre les dispositions pour assurer la participation

[414] A. PLENT, *op. cit.*, n° 234, p. 161.
[415] Art. 628 al. 1 AUDSC et art. L. 225-204 al. 1 C. com.

effective de tous les associés[416]. En outre, le projet de réduction de capital doit être communiqué au commissaire aux comptes quarante-cinq jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire[417] ; cette communication permettra, notamment, au commissaire aux comptes de s'assurer du respect de l'égalité des associés, en analysant les causes et les conditions de la réduction de capital.

En effet, lorsque la réduction de capital n'est pas motivée par des pertes, la loi pose deux exigences à satisfaire, dont une exigence de fond, à savoir le respect de l'égalité des associés, et une exigence de nature procédurale associé à la précédente, l'intervention du commissaire aux comptes[418]. Ce dispositif vise la protection des associés grâce à l'intervention du commissaire aux comptes. Celui-ci doit au cours de sa mission « se prononcer sur l'opération, ce qui implique une analyse critique des conditions de sa réalisation, notamment, de son opportunité, du sort réservé aux associés et de l'égalité de traitement à laquelle ils ont droit »[419]. Ainsi, c'est dans le cadre de cette mission qu'il peut avoir « connaissance de faits susceptibles d'être contraires au principe de l'égalité entre actionnaires », en vérifiant, entre autres, que « toutes les actions appartenant à la même catégorie bénéficient des mêmes droits »[420]. De même, il est tenu de mentionner dans son rapport toute pratique contraire à l'égalité des actionnaires, telle qu'un abus de majorité[421]. Ce rapport est prescrit par l'article 630 de l'Acte uniforme et l'article L. 225-204 alinéa 2 du Code de commerce français. Il comporte, entre autres, l'appréciation sur les causes et les conditions de la réduction de capital ; laquelle appréciation doit être portée à la connaissance des associés appelés à statuer sur ladite opération. Les associés auront ainsi l'occasion de se prononcer sur le contenu du rapport, notamment, le point concernant le respect de l'égalité de traitement des associés. Ainsi, ceux-ci devront veiller à ce que la réduction ne porte pas atteinte à l'égalité des associés, par exemple qu'elle ne soit pas utilisée pour expulser un associé de la société.

208. Les limites apportées à la réduction du capital social seraient également destinées à protéger le gage des créanciers sociaux, lesquels pourraient se prévaloir d'un capital minimum souscrit[422]. En effet, traditionnellement considéré comme le gage des créanciers sociaux, ceux-

[416] Art. 125 AUDSC et art. L. 223-28 al. 1, C. com.
[417] Art. 629 AUDSC et art. L. 223-34 al. 2 C. com.
[418] C. CHAMPAUD et D. DANET, « Réduction de capital. Informations des associés. Rapport du commissaire aux comptes », (Paris, 3e ch. A, 21 mars 2000, Douchez c/ SA Francomet et autres, *D*. 2000. 322), *RTD Com*. 2000, p. 659.
[419] *Ibid*.
[420] D. PORACCHIA, L. MERLAND et M. LAMOUREUX, « Commissaire aux comptes », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, septembre 2008, n° 269.
[421] *Ibid.*, n° 270.
[422] Voir M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.* p. 18.

ci disposent d'un droit d'opposition contre toute réduction du capital non motivée par des pertes[423]. C'est là une résurgence de la fonction de protection du capital au profit des créanciers. Il s'agit alors pour les créanciers de s'opposer à toute réduction de capital qui entamerait la consistance des actifs de la société ; « ce qui peut leur valoir un remboursement anticipé ou la constitution de garanties »[424]. En réalité, le capital social sert à protéger les capitaux propres de la société contre d'éventuels agissements des associés visant à distribuer des dividendes en l'absence de bénéfices. Il constitue alors la référence à la détermination de l'existence de dividendes distribuables ou, au contraire, de la qualification de dividendes fictifs[425]. Or, la distribution de dividendes fictifs est constitutive d'infraction sanctionnée d'une peine d'emprisonnement et/ou d'une amende[426]. Ces sanctions visent à préserver la consistance des capitaux propres, dont le capital social, gage des créanciers sociaux. Cet objectif illustre l'intérêt de la référence au capital social minimum irréductible dans les statuts de la société à capital variable, lequel, « après les réductions opérées […] devra être au moins égal à un dixième du capital social statutaire »[427].

[423] Voir art. 632 et s. AUDSC et art. L. 225-205 C. com.
[424] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n°211, p. 178.
[425] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 45, p. 48.
[426] Les articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce français prévoit un emprisonnement de cinq ans et une amende de 375.000 euros pour les dirigeants sociaux coupables de répartition de dividendes fictifs. En droit OHADA, l'article 889 de l'AUDSC prévoit cette infraction dont la sanction relève de chaque droit national, et pour laquelle l'article 812-8 du Code pénal a prévu une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 1.000.000 à 10.000.000 de francs CFA, soit environ 1.525 à 15.250 euros.
[427] A. PLENT, *op. cit.*, n° 363, p. 177.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

209. En somme, il apparaît que les modalités de mise en œuvre de la variabilité du capital favorisent la fluidité des investissements, dans la mesure où elles facilitent l'entrée et la sortie des investisseurs du capital des sociétés bénéficiaires. Ces facilités résultent de l'absence des formalités exigées pour la modification du capital ; lesquelles formalités sont lourdes, contraignantes et onéreuses, en raison de la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, de l'intervention du commissaire aux comptes et du notaire, du dépôt et de la publicité des actes modificatifs. Ce sont ces facilités qui démontrent l'attractivité du mécanisme de la variabilité du capital à l'égard des investisseurs. Or, pour bénéficier de cette attractivité, la société doit, non seulement, être éligible à la variabilité du capital, mais aussi l'adopter grâce à une clause insérée dans ses statuts, que ce soit lors de la constitution ou en cours de vie sociale.

210. C'est l'insertion de la clause de variabilité de capital qui fera profiter la société de l'allègement des formalités de modification du montant du capital social. Contrairement au droit français qui exclut uniquement les sociétés anonymes de la variabilité de capital, le droit OHADA n'admet que les sociétés anonymes ordinaires et les sociétés par actions simplifiées dans le domaine de la variabilité de capital. Ces sociétés pourront grâce à cette clause faire varier à la hausse ou à la baisse le montant du capital social à tout moment sans passer par la modification des statuts, sous réserve du respect des seuils maximum et minimum légaux et statutaires ; conformément aux dispositions des articles 269-1 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et des articles L. 231-5 et suivants du Code de commerce français.

211. L'augmentation du capital des sociétés à capital variable procédera ainsi d'une part, de la souscription supplémentaire de nouveaux titres sociaux par les associés et, d'autre part, par l'entrée d'associés nouveaux. Quant à la réduction de capital, elle résultera du retrait partiel ou total des apports effectués par les associés. Ces modifications du montant du capital sont dispensées du formalisme exigé dans les sociétés à capital fixe ; d'où l'attractivité avérée de la variabilité du capital social à l'égard des investisseurs.

CONCLUSION DU TITRE 1

212. En somme, les dispositions relatives à la variabilité du capital social donnent la possibilité aux associés de réaliser permanemment des souscriptions d'actions par des apports en numéraire en cours de vie sociale ; toute chose qui facilite la modification à la hausse du montant du capital à toute époque de la vie de la société en dehors des formalités exigées pour la modification des statuts. De plus, l'admission d'associés nouveaux, bien qu'aboutissant à l'augmentation du capital social, s'effectue sans modification des statuts. Leur admission peut se faire par différents types d'apports au profit d'une société à capital variable. Mais, ce sont les apports en numéraire qui pourront se réaliser sans formalité particulière, notamment sans l'intervention d'un commissaire aux apports. Cet état de fait facilite la réalisation d'une augmentation du capital et, en conséquence, le renforcement des capitaux propres de la société ; ce qui constitue un facteur attractif pour les investisseurs qui trouveront ici l'occasion d'une intervention rapide et moins onéreuse, notamment pour ce qui concerne les frais de formalités, dans une société. En outre, la réduction du capital de la société à capital variable se réalise par la sortie d'associés s'opérant par leur retrait ou leur exclusion, sans que les actes qui constatent ces mouvements fassent l'objet de formalités de dépôt et de publication exigées pour la modification des statuts. Toutes ces modalités de modification du capital se caractérisent par leur souplesse, car elles se réalisent sans l'accomplissement des formalités relatives à la modification des statuts ; lesquelles sont lourdes, contraignantes et onéreuses.

213. Les sociétés à capital variable bénéficient ainsi d'allègements des formalités de modification du montant du capital, une des mentions essentielles des statuts. Mais, ces allègements exigent la mise en œuvre de la clause de variabilité qui doit être insérée dans les statuts, soit lors de la constitution de la société, soit en cours de vie sociale. Pour ce faire, la société doit être éligible à la variabilité du capital. Alors que le droit OHADA n'admet que les sociétés anonymes ordinaires et les sociétés par actions simplifiées dans le domaine de la variabilité de capital, contrairement au droit français qui exclut uniquement les sociétés anonymes.

De la sorte, il apparaît que la variabilité du capital, à travers ses modalités de mise en œuvre, participe à la mobilisation du financement des sociétés, en facilitant l'entrée et la sortie des associés. Mais, l'effectivité de sa mise en œuvre aboutit à un aménagement du capital social.

TITRE 2. UN AMENAGEMENT DU CAPITAL SOCIAL FACILITE PAR LA CLAUSE DE VARIABILITE

214. Le capital social peut subir en cours de vie sociale des aménagements, c'est-à-dire des modifications à la hausse ou à la baisse. Ces modifications portent sur le montant du capital social qui, en droit commun, sont soumises à des formalités lourdes, contraignantes et onéreuses, parce qu'elles entraînent la modification des statuts. Ces formalités concernent la convocation d'une assemblée générale extraordinaire, l'intervention d'un commissaire aux comptes et d'un notaire, le dépôt et la publication des actes modificatifs.

Ces formalités ne sont pas de nature à faciliter le financement des sociétés par l'intervention des investisseurs, préoccupés par le retour sur investissement et le retrait facilité de leurs apports. Or, pour faciliter l'intervention des investisseurs, il faudrait que leur sortie, c'est-à-dire la réduction du capital qui va en résulter, se réalise sans modification des statuts, donc sans ces formalités. Or, l'insertion et la mise en œuvre d'une clause de variabilité permettent la modification du capital social sans les formalités exigées en cas de modification des statuts.

Il conviendrait alors de s'assurer de l'effectivité de la facilité d'aménager le capital social sans formalité particulière en raison de l'insertion de la clause de variabilité. Une interrogation demeure : comment rendre effectif l'aménagement du capital social grâce à la variabilité du capital sans aboutir à la modification des statuts ? L'effectivité de cet aménagement du capital social sans modification nécessite d'une part, l'intégration de la société dans le domaine légal de la variabilité du capital (**Chapitre 1**) et, d'autre part, le respect des modalités de mise en œuvre de la clause de variabilité du capital (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. LE DOMAINE LEGAL DE LA VARIABILITE EN LIEN AVEC L'AMENAGEMENT DU CAPITAL SOCIAL

215. L'article L. 231-1 alinéa 1 du Code de commerce français et l'article 269-1 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et, de manière générale, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives constituent le siège du domaine de la variabilité du capital social. Ces textes déterminent les sociétés susceptibles d'aménager leur capital social en insérant dans leurs statuts une clause de variabilité. Il s'agit donc de sociétés dont l'aménagement du capital devrait faciliter la mobilisation de capitaux, notamment auprès d'investisseurs intéressés par la célérité et la souplesse des opérations relatives à l'admission et au retrait dans l'actionnariat des sociétés.

Quelle est l'étendue du domaine de la variabilité du capital social en droit OHADA ? L'examen de l'étendue du domaine de la variabilité du capital social en droit OHADA devrait se faire comparativement à celle du droit français. Cette comparaison permettra d'envisager la justification de l'admission (**Section 1**) et de l'exclusion (**Section 2**) des sociétés dans le domaine de la variabilité du capital.

Section 1. Les sociétés incluses dans le domaine de la variabilité du capital

216. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, l'article 269-1 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et, de manière générale et l'article L. 231-1 alinéa 1 du Code de commerce français déterminent la liste de sociétés incluses dans le domaine de la variabilité du capital en droit français et en droit OHADA. Les sociétés incluses dans le domaine de la variabilité du capital sont celles qui pourront insérer dans leurs statuts une clause de variabilité nécessaire pour modifier le montant du capital social sans la modification des statuts et, en conséquence, l'accomplissement des formalités y afférentes.

217. Le Code de commerce français n'exclut que la société anonyme du domaine de la variabilité du capital. Alors que le droit OHADA n'admet dans ledit domaine que les sociétés coopératives, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne. Ces sociétés seront soumises non seulement aux règles qui leur sont propres,

mais aussi aux règles régissant les sociétés à capital variable[428]. Ces deux corps de règles constituent le régime juridique des sociétés à capital variable, bien qu'il ne s'agisse pas d'une forme juridique, mais d'une simple modalité de fonctionnement.

Quelles sont alors les particularités des sociétés incluses dans le domaine de la variabilité du capital, en raison de la disparité des règles applicables ? La réponse à cette interrogation nécessite l'examen de la situation des sociétés de capitaux admises à la variabilité du capital (**Paragraphe 1**) et des sociétés coopératives (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les sociétés de capitaux admises à la variabilité du capital

218. En droit français, la clause de variabilité peut être insérée dans les statuts de n'importe quel type de société, à l'exception des sociétés anonymes[429]. De la sorte, outre les sociétés civiles, les sociétés coopératives et les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés de capitaux admises à la variabilité du capital sont, selon les termes de l'article L. 231-1 du Code de commerce français, constituées des sociétés en commandite par actions[430] et des sociétés par actions simplifiées. Alors qu'en droit OHADA, l'article 269-1 de l'Acte uniforme n'autorise que les sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne et les sociétés par actions simplifiées ; ces sociétés constituent des sociétés de capitaux.

219. L'institution des sociétés de capitaux serait dictée par la nécessité de réunir des capitaux importants ; l'atteinte de cet objectif n'étant possible qu'avec le risque limité qu'encourt les actionnaires et la mobilité de ces derniers[431]. On peut alors s'interroger sur le renforcement de leurs capacités de mobilisation des capitaux du fait leur éligibilité à la variabilité du capital social en droit OHADA ; d'où l'intérêt d'examiner l'admission à la variabilité du capital de la société anonyme ordinaire (A) et de la société par actions simplifiée (B).

A. L'admission de la société anonyme ordinaire dans le domaine de la variabilité du capital

220. Le législateur OHADA consacre deux types de sociétés anonymes, à savoir la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne, autrement appelée société anonyme ordinaire, et la société anonyme faisant appel public à l'épargne[432]. La distinction entre ces deux types de

[428] Art. 269-1 al. 2 de l'AUDSC et art. 231-1 al. 2 C. com.
[429] M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit*., n°604, p. 246.
[430] La société en commandite par actions n'existe pas en droit OHADA.
[431] F. N. ONGUILA, « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit de l'OHADA », *Les Cahiers de droit*, vol. 53, n° 1, mars 2012, p. 52.
[432] Cette distinction apparaît particulièrement à l'article 702 de l'AUDSC au sujet de la nomination du commissaire aux comptes. Selon cet article, les sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne doivent

sociétés anonymes est de plusieurs ordres dont les principaux sont le montant du capital social minimum et l'admission des titres à la bourse des valeurs[433]. Le capital social minimum de la société anonyme ordinaire et de la société anonyme faisant appel public à l'épargne est respectivement de 10.000.000 de francs CFA et de 100.000.000 de francs CFA[434]. Quant à l'admission des titres à la bourse des valeurs, elle n'est envisageable que pour les sociétés qui y sont autorisées, dont les titres sont admis à la négociation et remplissent les conditions requises, dont le capital social d'un montant de 100.000.000 de francs CFA.

221. Contrairement au droit français qui exclut la société anonyme du domaine de la variabilité du capital, le droit OHADA a fait le choix entre la société anonyme ordinaire et la société anonyme faisant appel public à l'épargne. L'article 269-1 de l'Acte uniforme a expressément exclu celle faisant appel public, faisant ainsi de la société anonyme ordinaire la forme privilégiée du domaine de la variabilité du capital. Cette admission permettra à la société anonyme de bénéficier d'une part, de l'insertion de la clause de variabilité (1) et, d'autre part, de la libéralité statutaire appropriée (2).

1. L'octroi du bénéfice de la clause de variabilité à la société anonyme ordinaire

222. La clause de variabilité insérée dans les statuts d'une société permet de faire varier à la hausse ou à la baisse le montant du capital social, sans accomplissement des formalités requises pour la modification des statuts. Contrairement au droit français, le droit OHADA permet aux sociétés anonymes de bénéficier de cette faculté. En effet, l'article 269-1 de l'Acte uniforme accorde la possibilité aux sociétés anonymes ordinaires d'insérer dans leurs statuts une clause permettant, d'une part, une augmentation du capital par des versements successifs d'apports en numéraire des associés ou l'admission d'associés nouveaux et, d'autre part, une réduction du capital par la reprise totale ou partielle des apports effectués. Cette clause dite de variabilité peut être insérée soit au moment de la constitution de la société, soit en cours en vie sociale après une modification des statuts à cet effet. L'octroi du bénéfice de la clause de variabilité à la société anonyme ordinaire en droit OHADA entraîne, entre autres, sa soumission à deux corps de règles, à savoir d'une part, les règles régissant les sociétés anonymes fixées dans le Livre 4 de la deuxième partie de l'Acte uniforme et, d'autre part, les règles régissant les sociétés à capital variable déterminées par le Livre 10 de la première partie du même Acte uniforme.

---

désigner un commissaire aux comptes et un suppléant, tandis que celles faisant publiquement appel à l'épargne doivent désigner au moins deux commissaires aux comptes et deux suppléants.

[433] F. N. ONGUILA, « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit de l'OHADA », *op. cit.*, p. 54.

[434] Art. 387 al. 1 et art. 824 al. 1 de l'AUDSC déterminant respectivement le capital social de la société anonyme ordinaire et celui de la société anonyme faisant appel public à l'épargne.

223. Le droit OHADA s'étant inspiré du droit français pour adopter la variabilité du capital en janvier 2014, l'on devrait s'attendre à ce que le dispositif y relatif soit identique dans les deux systèmes juridiques. Cependant, tel n'est pas le cas. En effet, originellement la clause de variabilité était réservée aux sociétés coopératives ; c'est la loi du 24 juillet 1867 qui a permis aux sociétés françaises, dont les sociétés anonymes, de stipuler une clause de variabilité, conformément à un régime juridique relevant depuis 2001 du Code de commerce français[435]. Cependant, le législateur français posera une restriction à ce mécanisme à travers la loi n°81-1162 du 30 décembre 1981 relative à la mise en harmonie du droit des sociétés commerciales avec la deuxième directive adoptée par le conseil des communautés européennes le 13 décembre 1976[436]. Cette directive a interdit la clause de variabilité dans les sociétés anonymes. Donc, à compter l'entrée en vigueur de cette loi, l'on ne verra plus de société anonyme française constituée avec une clause de variabilité ou l'ayant introduite en cours de vie sociale. Cette exclusion de la société anonyme de la variabilité du capital était fondée par la nécessité d'assurer une meilleure protection des tiers ; mais il apparaît plus vraisemblable, selon un auteur, que cette interdiction visait plus à satisfaire un objectif d'harmonisation, la société anonyme à capital variable étant inconnue dans les autres pays européens[437].

224. La société anonyme ayant été exclue de la variabilité du capital social en 1981 par le législateur français, l'on aurait pu s'attendre à ce que le législateur OHADA en fasse de même en 2014 en ne l'intégrant pas dans la liste des sociétés éligibles. Fort heureusement, ce ne fut pas le cas, dans la mesure où la société anonyme constitue l'une des deux formes juridiques admises à la variabilité du capital en droit OHADA. Le choix du législateur OHADA pourrait être lié aux capacités de mobilisation de capitaux des sociétés anonymes. En outre, la société anonyme ne présente pas plus de dangers pour les tiers que la société par actions simplifiée, qui est beaucoup plus libérale. De même, les intérêts des tiers peuvent être préservés par d'autres moyens, tels que les sûretés.

En tout état de cause, seule la mise en œuvre de la clause de variabilité par la société anonyme permettra de se convaincre de l'utilité de ce mécanisme et de ses avantages, en raison de la libéralité statutaire résultant de la variabilité du capital.

[435] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 85, p. 74.
[436] A. PLENT, *op. cit.*, n° 237, p. 125.
[437] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 97, p. 28.

2. La libéralité statutaire accordée par la variabilité du capital à la société anonyme ordinaire

225. L'insertion de la clause de variabilité du capital social fait acquérir à la société anonyme plusieurs types de libéralités en lien avec la fluctuation permanente du capital induite par un tel mécanisme. Ces libéralités s'opèrent en dehors des procédures de droit commun, lourdes, contraignantes et onéreuses, exigées en cas d'augmentation ou de réduction du capital social. A cet effet, en raison de l'adoption de la variabilité du capital, l'Acte uniforme permet à la société anonyme de déterminer librement les modalités de souscription, de libération et de reprise des apports[438]. Dès lors, la société anonyme qui opte pour la variabilité du capital s'émancipe des règles de droit commun y relatives. Ce régime de liberté devrait permettre à la société anonyme de déterminer elle-même des règles allégées de fonctionnement pour favoriser la fluctuation des capitaux dans la célérité, la souplesse et l'efficacité ; ce qui constitue des caractéristiques de la variabilité du capital.

226. En outre, ce régime de libéralité favorisera l'accroissement de la participation des actionnaires de la société anonyme, lesquels disposent de la latitude nécessaire pour souscrire constamment des titres sociaux supplémentaires[439]. Il en est de même de la facilité avec laquelle la société anonyme à capital variable accueillera les associés nouveaux, en raison de la dispense des formalités de dépôt et de publicité requises en cas d'augmentation du capital. Qui plus est, la variabilité du capital permettrait d'écarter ou de paralyser l'exercice du droit préférentiel de souscription attaché aux actions ; cette modalité faciliterait, non seulement la souscription de titres sociaux supplémentaires par les associés, mais aussi l'entrée d'associés nouveaux[440]. L'on perçoit ici l'intérêt d'admettre à tout moment, sans formalités particulières, des associés nouveaux en vue d'un accroissement de capitaux propres, et donc d'une augmentation du capital, à la suite de la souscription de titres sociaux par ces derniers. La variabilité du capital social favorise ainsi l'augmentation du capital de la société anonyme ; ce qui constitue un atout majeur, surtout dans le contexte actuel marqué par les crises économiques, sanitaires et sécuritaires dans certains pays membres de l'OHADA.

227. Par ailleurs, l'insertion de la clause de variabilité du capital dans la société anonyme accorde la liberté aux actionnaires de se retirer à tout moment, partiellement ou totalement, en réclamant le remboursement des apports effectués. Alors que dans la société anonyme de droit

[438] Voir art. 269-2-1 AUDSC.
[439] Voir art. L. 231-1 C. com. et art. 269-1 AUDSC.
[440] Voir *infra* n°389, p. 193 et s.

commun, il eut fallu respecter une procédure de cession des titres sociaux pour quitter la structure[441] ; laquelle procédure est longue et contraignante pour l'associé sortant.

228. La variabilité du capital accorde également la liberté à la société anonyme à capital variable d'exclure un associé, conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 269-6 de l'Acte uniforme et de l'alinéa 2 de l'article L. 231-6 du Code de commerce français. Le retrait et l'exclusion des associés se matérialisent par la réduction du capital social, en dehors des procédures de droit commun y relatives. Ce faisant, la variabilité du capital social permet le mouvement des capitaux acté par les associés qui se retirent ou qui sont exclus de la société, contribuant ainsi à la fluctuation du montant du capital social.

Ces libéralités sont les conséquences de l'adoption de la variabilité du capital par la société anonyme. Sans ce mécanisme, elle serait obligée de se reporter aux procédures de droit commun. En effet, à défaut de cette clause, l'augmentation et la réduction du capital social devront être autorisées par l'assemblée générale extraordinaire réunie à cet effet, dans la mesure où ces opérations entraînent la modification des statuts.

Toutefois, ces libéralités accordées aux sociétés à capital variable comportent des limites. L'augmentation du capital de la société anonyme à capital variable est limitée, en droit français, par le seuil maximal du capital autorisé fixé librement par les statuts[442]. Le dépassement de ce seuil requiert la modification du montant du capital autorisé et, en conséquence, celle des statuts ; ce qui entraîne le recours à la procédure de droit commun d'augmentation du capital social. Quant à la réduction du capital par le retrait ou l'exclusion d'associés, elle est également soumise à une limite. Celle-ci est déterminée par le montant du capital social irréductible qui ne peut être franchi par les reprises d'apports ; le montant de ce capital plancher ne pouvant être inférieur ni au dixième du capital social stipulé dans les statuts, ni au montant minimum légal[443] de la société anonyme qui est de 10.000.000 de francs CFA en droit OHADA[444].

[441] Selon l'article 763-1 de l'AUDSC, pour être opposable à la société, la cession d'actions doit lui être signifiée par acte d'huissier ou notifiée par tout moyen établissant la réception effective, l'acceptation de la cession par la société dans un acte authentique et le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise d'une attestation de dépôt. De même, la cession ne sera opposable aux tiers qu'après accomplissement d'une des formalités exigées pour l'opposabilité à la société et la publicité au registre du commerce. De la sorte, on constate que la procédure de la cession d'actions est lourde, contraignante et onéreuse.

[442] La clause de variabilité doit mentionner le montant du capital maximal autorisé. Voir Cass. com., 6 février 2007, D. 2007, AJ 587.

[443] Voir art. 269-5 AUDSC et C. com., art. L. 231-5.

[444] L'alinéa 1 de l'article 387 de l'AUDSC fixe le capital social minimum de la société anonyme à 10.000.000 de francs CFA. En droit français, la société anonyme a été exclue du domaine de la variabilité du capital.

Ces limites n'entament pas, cependant, les avantages de la variabilité du capital pour la société anonyme ordinaire, de même que pour la société par actions simplifiée.

B. L'admission de la société par actions simplifiée dans le domaine de la variabilité du capital

229. La société par actions simplifiée comporte plusieurs particularités. Elle est régie non seulement par des dispositions qui lui sont propres, mais aussi par certaines dispositions applicables aux sociétés anonymes[445]. Cependant, contrairement à la société anonyme, la société par actions simplifiée est une société largement dominée par son caractère libéral consacré par les dispositions qui la régissent, notamment l'article 853-1 alinéa 1 de l'Acte uniforme et les articles L. 227-1 et L. 227-5 du Code de commerce français. Selon ces dispositions, l'organisation et le fonctionnement de la société sont librement déterminés par les associés dans leurs statuts, sous réserve des dispositions impératives.

230. A cette libéralité contractuelle, il faut ajouter celle prévue pour les modalités de souscription, de libération et de reprise des apports pour les sociétés à capital variable ; lesquelles modalités doivent être déterminées librement par les associés dans les statuts de la société[446]. De la sorte, la société par actions simplifiée comporte déjà certains avantages que lui donne la variabilité du capital. On pourrait alors affirmer que la variabilité du capital renforce le caractère libéral de la société par actions simplifiée (1), même s'il faut relativiser les avantages que lui accorde cette modalité de fonctionnement (2).

1. Le renforcement du caractère libéral de la société par actions simplifiée par la variabilité du capital

231. La société par actions simplifiée est régie en droit OHADA par les articles 853-1 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et en droit français par les articles L. 227-1 et suivants et R. 227-1 et suivants du Code de commerce. Certaines règles de la société anonyme sont applicables à la société par actions simplifiée[447], à l'exception, notamment, de celles relatives au capital social,

[445] Selon l'article 853-3 de l'AUDSC, « […] les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles 387 alinéa 1er, 414 à 561, 690, 751 à 753 ci-dessus, sont applicables à la société par actions simplifiée [...] ». Il en est de même en droit français où l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 du Code de commerce prévoit qu'à l'exception de certaines dispositions et sous réserve de leur comptabilité, les règles concernant les sociétés anonymes sont applicables à la société par actions simplifiée.
[446] Art. 269-2-1 AUDSC.
[447] Art. L. 227-1 al. 3 C. com.

au mode d'administration de la société, aux droits attachés aux actions[448]. Ce renvoi aux dispositions applicables à la société anonyme ne fait pas de la société par actions simplifiée une forme dérivée. Elle constitue une forme juridique à part entière, avec ses particularités et ses caractéristiques, dont son caractère libéral.

232. La société par actions simplifiée est caractérisée par une grande liberté des associés dans la rédaction des clauses statutaires[449], loin du formalisme des autres formes juridiques, telles que la société anonyme et la société à responsabilité limitée. En effet, les statuts déterminent librement l'organisation et le fonctionnement de la société[450]. De ce fait, elle est largement régie par les statuts, en raison de la prédominance de sa nature contractuelle ; ce qui signifie que la volonté des parties au contrat de société s'exprimera librement et ne fera, en principe, l'objet d'aucune contrainte particulière dans la rédaction des statuts. C'est ce qui justifie le fait que l'Acte uniforme et le Code de commerce français aient permis à la société par actions simplifiée de déterminer librement dans ses statuts le montant du capital social minimum, de même que celui de la valeur nominale des actions[451]. Ainsi, contrairement à la société anonyme, il n'y a pas de capital social minimum légal imposé à la société par actions simplifiée. L'on constate là le caractère assez libéral de cette société.

233. En admettant la variabilité du capital pour la société par actions simplifiée, le Code de commerce français et l'Acte uniforme ont, à cet effet, renforcé son caractère libéral. Un tel renforcement s'explique par la possibilité pour la société par actions simplifiée à capital variable de déterminer librement dans ses statuts les modalités de souscription, de libération et de reprise des apports[452]. En outre, l'insertion de la clause de variabilité permet à la société par actions simplifiée de réaliser les opérations d'augmentation et de réduction du capital sans les formalités de dépôt et de publicité requises en droit commun des sociétés. Pour ce faire, elle devra respecter les seuils minimum et maximum du montant du capital social fixés dans ses statuts. Le dépassement de ces seuils entraînera l'application des règles de droit commun relatives à l'augmentation ou à la réduction du capital social pour la modification des statuts.

234. Certaines dispositions de la société anonyme étant applicables à la société par actions simplifiée, les associés de cette dernière pourraient disposer d'un droit préférentiel de

[448] Par exemple, en droit OHADA, l'article 853-3 de l'AUDSC prévoit que « […] les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles 387 alinéa 1er, 414 à 561, 690, 751 à 753 […] sont applicables à la société par actions simplifiée [...] ».
[449] Voir art. 853-1 AUDSC.
[450] Voir C. com., art. 227-5 et art. 853-1 AUDSC.
[451] Voir art. 853-5 al. 1 AUDSC.
[452] Voir art. 269-2-1 AUDSC.

souscription[453]. Or, l'exercice d'un tel droit est de nature à rendre complexe l'augmentation du capital par la souscription supplémentaire de titres sociaux par les associés déjà détenteurs et l'entrée d'associés nouveaux. Mais, l'insertion de la clause de variabilité devrait permettre de faire abstraction du droit préférentiel de souscription attachée à chaque action ; ce qui répondrait réellement à l'esprit de la variabilité du capital. Il serait alors plus indiqué, pour éviter un éventuel contentieux avec les associés, de prévoir une clause stipulant la suppression du droit préférentiel de souscription[454] dans les limites du seuil maximal du capital autorisé. Le dépassement de ce seuil pourra alors le réactiver. Hormis cet aspect, la variabilité du capital offre des avantages indéniables à la société par actions simplifiée.

Cependant, certains avantages, valables pour toutes les sociétés à capital variable, devraient être relativisés à l'égard de la société par actions simplifiée.

2. La relativité des avantages de la variabilité du capital dans la société par actions simplifiée

235. La société par actions simplifiée dispose déjà de certains avantages que lui conférera l'insertion d'une clause de variabilité, au nombre desquels l'exclusion d'associé. Le régime juridique qui lui est applicable comporte, en effet, des dispositions attribuant le droit de retirer un associé de la société, qu'il s'agisse d'un associé personne physique ou d'un associé personne morale, sous réserve du respect de certaines conditions. C'est ainsi que les articles 853-19 de l'Acte uniforme et L. 227-16 du Code de commerce français autorisent expressément les sociétés par actions simplifiées à prévoir dans leurs statuts une clause qui leur permettra de forcer un associé, personne physique ou personne morale, à céder ses actions. Pour ce faire, elles doivent déterminer dans leurs statuts les conditions dans lesquelles s'exercera l'exclusion qui prend la forme d'une cession forcée d'actions. Il s'agira ici, par exemple, pour la société par actions simplifiée d'écarter un de ses associés qui porterait atteinte à la survie de la structure[455], notamment en cas de mésentente entre associés résultant de la disparition de l'*affectio societatis* chez un des associés[456].

236. De même, conformément aux articles 853-20 de l'Acte uniforme et L. 227-17 du Code de commerce français, les sociétés par actions simplifiées peuvent, à la suite du changement de

[453] J. NABARRO, « Société par actions simplifiée à capital variable et droit préférentiel de souscription », *BJS*, n° 2, février 2011, p. 160.
[454] *Ibid*.
[455] S. TOE, « L'exclusion d'un associé en droit OHADA des sociétés commerciales », *Revue Africaine et Malgache de Recherche Scientifique*, n° spécial avril 2019, n° 20, p. 230.
[456] *Ibid.*, n° 22, p. 232.

contrôle d'une société associée, décider de l'exclure, selon les conditions qu'elles auront elles-mêmes définies au préalable dans leurs statuts. Il s'agira pour ces sociétés de faire jouer la clause d'agrément, s'il en existe, pour apprécier l'opportunité de maintenir la personne morale comme associée en leur sein. Ce changement de contrôle pourrait, en effet, avoir été perpétré pour contourner la clause d'agrément qui devrait empêcher l'intéressé d'intégrer la société. En principe, la clause d'agrément prévue dans les statuts permet de requérir l'accord préalable des autres associés avant toute cession ou transmission de titres sociaux, de même qu'en cas d'absorption d'une société associée ; ce qui permet à la société de contrôler les entrées au capital et de se préserver contre une quelconque intrusion. Mais, il se peut qu'après avoir accordé l'agrément, la société découvre des manœuvres ayant consisté à dissimuler le véritable cessionnaire ou repreneur de la société associée. En ce moment, la société par actions simplifiée est dans son bon droit de faire application de la clause statutaire l'autorisant à exclure ladite société comme associée. Toutefois, la question qui mériterait d'être posée est celle de la coexistence de la clause d'agrément et de la clause de variabilité du capital dans les statuts d'une société par actions simplifiée à capital variable. Ces deux clauses n'ont pas les mêmes effets. La première instaure une procédure particulière avant l'entrée d'un nouvel associé, alors que la seconde vise à faciliter l'entrée d'associés nouveaux ; ce qui est tout à fait inconciliable[457], en raison de leurs effets. Les associés devront alors opérer un choix entre ces deux clauses lors de la rédaction des statuts. En tout état de cause, la société par actions simplifiée pourra toujours insérer la clause de variabilité en cours de vie sociale.

237. L'exclusion statutaire a pour conséquence évidente de porter atteinte au droit intangible de tout associé, personne physique ou personne morale, de conserver sa qualité et ses droits sur la société. Cependant, la société par actions simplifiée est tenue d'assurer sa pérennité et de se prémunir contre tout risque de dysfonctionnement et d'intrusion, en faisant prévaloir l'intérêt social grâce à la mise en œuvre de la clause d'exclusion prévue dans ses statuts. *A priori*, la société par actions simplifiée n'aurait pas besoin de la clause de variabilité pour bénéficier de cet avantage. Dès lors, l'on pourrait opiner à souhait sur l'intérêt de cette clause pour ce type de société commerciale. Cependant, elle procède à la simplification du fonctionnement de la société ; ce qui ne lui sera que davantage bénéfique, et ce d'autant plus que la variabilité du capital va au-delà de l'exercice du droit d'exclusion d'associé.

[457] Voir *infra* n° 268, p. 132.

Outre, la société par actions simplifiée et la société anonyme, une autre forme juridique figure dans le domaine de la variabilité du capital social. Il s'agit de la société coopérative.

Paragraphe 2. La société coopérative, symbole de la variabilité du capital

238. Le droit OHADA définit la société coopérative comme « un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives… »[458]. C'est un groupement spécifique marqué par un fort *intuitu personae* et susceptible d'intervenir dans des secteurs clés de l'économie[459]. C'est la raison pour laquelle l'Acte uniforme l'autorise à exercer « dans toutes les branches de l'activité humaine »[460], telles que l'agriculture, l'élevage, l'agro-alimentaire, la boulangerie, l'habitat.

239. La société coopérative est régie par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives et est, de ce fait, doté d'un régime juridique autonome de celui des sociétés commerciales avec lesquelles elle présente des similitudes, dont les principales similitudes portent sur la formation du capital et la modification des statuts. En effet, comme celui des sociétés commerciales, le capital social des sociétés coopératives est composé des apports en numéraire, en nature et industrie[461]. De même, la modification des statuts de la société coopérative relève de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, tout comme il en est pour les sociétés commerciales[462], dont certaines sont admises à la variabilité du capital.

240. Originellement, en France, la variabilité du capital était réservée seulement aux sociétés coopératives ; il faut attendre la loi du 24 juillet 1867 pour voir son extension aux autres formes sociales, laquelle extension sera atténuée avec l'interdiction faite aux sociétés anonymes de stipuler une clause de variabilité par une loi du 30 décembre 1981[463]. Or, en droit OHADA, avec l'adoption de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives en 2010 et la révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économiques, les formes sociales admises à la variabilité du capital sont constituées des sociétés anonymes ordinaires, des sociétés par actions simplifiées et des sociétés coopératives. Contrairement aux autres formes sociales, les sociétés coopératives comportent

[458] Art. 4 al. 1 AUSCOOP.
[459] A. PLENT, *op. cit.*, n° 88, p. 45.
[460] Art. 5 AUSCOOP.
[461] Art. 33 AUSCOOP.
[462] Art. 61 AUSCOOP.
[463] A. PLENT, *op. cit.*, n° 237, p. 125.

des particularités (A), confirmées par la variabilité du capital comme caractéristique principale (B).

A. Des particularités de la société coopérative

241. La société coopérative est composée de « coopérateurs unis par le lien commun, critère objectif que possèdent en commun les membres et sur la base duquel ils se regroupent »[464]. Elle se distingue aussi bien de l'association que de la société commerciale. En effet, elle se distingue de l'association « dont le but est moins lié aux activités économiques » et de la société commerciale, laquelle « établit une distinction entre ses associés et ses clients ou usagers »[465]. Mais, elle se rapprochement un peu plus de la société commerciale, en raison notamment des modalités d'acquisition de la qualité de ses membres et de la nécessaire constitution d'un capital social.

Même si la société coopérative comporte quelques similitudes avec les sociétés commerciales, elle présente des spécificités déterminées par son régime juridique. Ces spécificités sont liées, entre autres, à la catégorisation des sociétés coopératives (1) et à l'admission de l'apport en industrie dans le capital social (2) contrairement à certaines sociétés admises à la variabilité du capital social.

1. La catégorisation des sociétés coopératives

242. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives prévoit deux catégories de sociétés coopératives. Il s'agit d'une part, de la société coopérative simplifiée et, d'autre part, de la société coopérative avec conseil d'administration. La société coopérative simplifiée est celle constituée entre cinq personnes physiques ou morales au minimum[466]. Elle est dirigée par un comité de gestion composé de trois membres au plus ou de trois à cinq membres lorsque le nombre de coopérateurs atteint cent personnes au moment de sa constitution ou en cours de vie sociale[467]. Elle est placée sous le contrôle d'une commission de surveillance[468] composée de trois à cinq personnes physiques élues par l'assemblée générale[469]. La société coopérative avec conseil d'administration est, quant à elle, celle constituée entre quinze personnes physiques ou morales au moins. Elle est dirigée par un conseil d'administration composé de trois membres

[464] J. GATSI, *Le droit OHADA des sociétés coopératives*, L'Harmattan, Paris, 2011, p. 28.
[465] *Ibid.*
[466] Art. 204 AUSCOOP.
[467] Art. 223 AUSCOOP.
[468] Sa mise en place dépend du nombre de coopérateurs, comme le prévoit l'alinéa 3 de l'article 257 de l'AUSCOOP.
[469] Art. 257 et 258 AUSCOOP.

au moins et de douze membres au plus[470], élus par l'assemblée générale et appelés administrateurs.

243. L'Acte uniforme exige expressément la souscription de l'intégralité du capital de la société coopérative avec conseil d'administration avant la tenue de l'assemblée générale constitutive[471]. En outre, il ne peut être procédé à l'augmentation du capital minimum statutaire qui n'a pas été entièrement libéré. Cependant, l'augmentation est admise lorsqu'elle est réalisée par des apports en nature ou par l'arrivée de nouveaux coopérateurs[472]. Les règles qui régissent la société coopérative avec conseil d'administration semblent plus sophistiquées que celles qui régissent la société coopérative simplifiée, au regard de la teneur des dispositions et de leur nombre. En effet, le contenu des règles de la société coopérative avec conseil d'administration la rapproche des sociétés de capitaux. En outre, contrairement à la société coopérative simplifiée régie spécifiquement par soixante-trois articles, les règles particulières régissant la société coopérative avec conseil d'administration sont construites autour de cent dix-neuf articles ; ce qui dénote une certaine importance de la société coopérative avec conseil d'administration par rapport à la société coopérative simplifiée. En dehors de ces éléments de différenciation, qu'il s'agisse de la société coopérative simplifiée ou de la société coopérative avec conseil d'administration, la participation des associés aux activités de leur société se fait suivant les principes coopératifs et ce, en contrepartie des parts sociales représentatives des apports effectués par chacun d'eux[473].

244. Contrairement au droit OHADA, le droit français ne retient pas une telle classification des coopératives, dans la mesure où ces dernières ont vocation à se rapprocher du droit commun des sociétés, en adoptant une forme juridique de référence qui peut être la société anonyme, la société à responsabilité limitée ou la société par actions simplifiée. C'est l'exemple des sociétés coopératives ouvrières de production qui peuvent être constituées sous la forme d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée à capital variable. De ce fait, contrairement au droit OHADA, le droit français établit un rapprochement entre les sociétés coopératives et les sociétés de droit commun.

245. En outre, la société coopérative dispose d'un régime juridique autonome et complet en droit OHADA, en ce qu'il est régi spécifiquement par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives. Cela n'est pas le cas en droit français où le régime juridique de la

[470] Art. 292 AUSCOOP
[471] Art. 269 AUSCOOP.
[472] Art. 270 al. 3 AUSCOOP.
[473] GATSI J., *op. cit*., p. 28.

coopérative est beaucoup plus diffus, en raison de l'application de la loi du 10 septembre 1947, du Code de commerce et des législations spéciales aux divers types de groupements coopératifs[474]. Cependant, la situation est beaucoup plus délicate lorsqu'il s'agit de la participation de l'apport en industrie dans la formation du capital social.

2. La participation de l'apport en industrie dans la formation du capital social

246. Lors de la constitution de la société coopérative, chaque coopérateur est tenu de faire un apport en vue de recevoir en contrepartie des parts sociales émises par celle-ci. L'ensemble de ces apports constituera le capital social initial, lequel doit être indiqué dans les statuts de la société coopérative[475]. Trois types d'apports peuvent être effectués dans cette société. Il s'agit de l'apport en numéraire, de l'apport en nature et de l'apport en industrie[476]. Si les apports en numéraire et les apports en nature n'appellent pas d'observation particulière, ce n'est pas le cas des apports en industrie.

247. Contrairement aux deux autres types d'apports, les apports en industrie ne peuvent faire l'objet d'une évaluation économique, en raison de leur nature, dans la mesure où ils consistent pour l'apporteur en industrie à mettre à la disposition de la société ses connaissances techniques ou professionnelles ou ses services. Or, ce type d'apport ne peut être libéré immédiatement comme les apports en numéraire et en nature. Pourtant, il concourt à la formation du capital de la société coopérative[477] ; ce qui n'est pas le cas dans les sociétés commerciales où l'apport en industrie ne concourt pas à la formation du capital social[478], ce d'autant plus qu'il est interdit dans les sociétés anonymes[479]. Dès lors, il se pose la question de la contribution réelle de l'apport en industrie dans la formation du capital de la société coopérative, puisqu'il ne viendra pas en renforcement des fonds propres ou du patrimoine mobilier ou immobilier de la société, tous ayant une valeur économique certaine et objective. En outre, qu'adviendra-t-il si l'apporteur n'est plus en mesure d'exécuter ou de poursuivre son activité, objet de l'apport en industrie[480] ?

248. Qui plus est, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives exige la détermination du régime de l'apport en industrie dans les statuts de la société. Autrement dit,

---

[474] B. SAINTOURENS, « Sociétés coopératives et sociétés de droit commun », *op. cit.*, p. 1.
[475] Art. 54 al. 1 AUSCOOP.
[476] Art. 33 AUSCOOP.
[477] Art. 54 al. 2 AUSCOOP.
[478] Voir art. 50-3 al. 1 AUDSC et art. 1843-2 al. 2 C. civ. fr.
[479] Voir art. 50-1 al. 1 AUDSC.
[480] Dans une telle situation, il apparaît évident que son apport disparaîtra et qu'il ne sera plus associé ; ce qui a pour conséquence de faire éteindre les droits qu'il a acquis auprès de la société.

les associés devront notamment déterminer dans les statuts les modalités de mise à disposition effective de l'apport en industrie, d'attribution de parts sociales, de participation aux bénéfices et aux pertes et de participation aux décisions collectives lors des assemblées générales[481]. A défaut, la part de l'apporteur en industrie sera égale à celle de l'associé qui a le moins apporté[482] ; ce qui, à n'en point douter, posera un problème d'appréciation de l'équivalence entre la valeur de l'apport en industrie et celle du plus petit apport, qu'il s'agisse d'un apport en numéraire ou d'un apport en nature, lorsque l'on sait que les parts représentant ces apports n'ont pas de valeur nominale et ne peuvent être cédées ou transmises[483]. On a l'impression que le législateur permet l'attribution subjective d'une valeur à un apport en industrie en référence à un autre type d'apport, sans considération d'une quelconque équivalence. Alors que la société coopérative en droit OHADA a vocation à voir le montant de son capital fluctuer fréquemment, puisqu'elle a comme caractéristique principale la variabilité du capital.

B. La variabilité du capital, caractéristique principale de la société coopérative

249. La qualification de société à capital variable exige l'insertion d'une clause de variabilité dans les statuts et ce, à condition que la société en soit éligible. Cette qualification est nécessaire pour les sociétés commerciales qui ne sont pas toutes éligibles à la variabilité du capital, que ce soit en droit français ou en droit OHADA. En droit français, seule la société anonyme est exclue du domaine de la variabilité du capital. Les autres formes sociales sont tenues d'insérer une clause de variabilité pour acquérir la qualification de société à capital variable. Il en est de même en droit OHADA des sociétés commerciales où deux formes juridiques sont éligibles à la variabilité du capital, à savoir la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne et la société par actions simplifiée.

250. En revanche, la société coopérative en droit OHADA est d'office une société à capital variable. Quel est alors le fondement de la qualification d'office de la société coopérative de société à capital variable ? Un tel fondement pourrait résulter de la consécration de la variabilité du capital social de la société coopérative (1) et des modalités de variation de son capital (2).

[481] L'AUDSC a tenu à encadrer le quantum des droits à accorder à l'apporteur en industrie en fixant des seuils aux alinéas 2 et 3 de l'article 50-3 comme suit : « Toutefois, les droits de vote attachés aux titres sociaux résultant d'apports en industrie ne peuvent être supérieurs à vingt-cinq pour cent (25%) de l'ensemble des droits de vote. La part totale attachée à ces titres sociaux ne peut excéder vingt-cinq pour cent (25%) des bénéfices, de l'actif net et des pertes de la société ».
[482] Voir art. 43 AUSCOOP.
[483] Voir art. 50-4 AUDSC.

1. La consécration de la variabilité du capital social de la société coopérative

251. La faculté pour les sociétés commerciales d'insérer une clause statutaire de variabilité résulte de la révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique le 30 janvier 2014. C'est par dérogation au principe de fixité et d'intangibilité du capital social que l'article 67 alinéa 2 dudit Acte uniforme a autorisé la variabilité du capital. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, adopté le 15 décembre 2010, a quant à lui clairement fixé la variabilité du capital social, pas comme une faculté, mais comme une caractéristique de la société coopérative. L'alinéa 1er de son article 52 l'affirme très clairement en ces termes : « le capital de la société coopérative est variable ». Cette disposition consacre ainsi la variabilité du capital de la société coopérative en droit OHADA.

252. En droit français, l'article L. 231-1 du Code de commerce autorise la société coopérative à insérer une clause de variabilité du capital. Cette disposition, presqu'identique à l'article 269-1 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, instaure la variabilité du capital comme une faculté au profit de la société coopérative et de toutes les sociétés commerciales, sauf la société anonyme qui en est exclue. La variabilité du capital de la société coopérative française est perçue ici comme une faculté et non comme une caractéristique, telle qu'il en est pour la société coopérative en droit OHADA. De ce fait, en droit français, la société coopérative n'est pas d'office une société à capital variable, mais elle peut le devenir, en application des dispositions de l'article L. 231-1 et suivants du Code de commerce français.

253. Puisque n'étant pas par nature des sociétés à capital variable, la « majorité des sociétés coopératives [françaises] adopte la variabilité du capital »[484] ; ce qui leur permet de faire varier non seulement leur capital, mais aussi leurs membres. Cette double variabilité confère aux membres de la société coopérative la liberté d'adhérer et de se retirer à tout moment. Ainsi, de la même manière que ses membres peuvent adhérer librement, ils doivent également pouvoir se retirer sans difficulté de la société s'ils ne s'y retrouvent plus, afin d'éviter une situation conflictuelle si leur volonté de coopérer avec la structure et les autres membres disparaît. Cette faculté offerte aux sociétés coopératives françaises est d'ailleurs conforme à l'un des principes coopératifs universellement reconnus, à savoir l'adhésion volontaire des membres. On perçoit là tout l'intérêt pour une société coopérative française à adopter la variabilité du capital.

[484] A. PLENT, *op. cit.*, n° 95, p. 48.

254. Il apparaît évident que la variabilité du capital devrait être un des caractères de la société coopérative, dans la mesure où l'absence d'un tel mécanisme ne lui permettrait pas d'atteindre convenablement ses objectifs, notamment créer et maintenir une dynamique entre ses membres et les actions qu'elle pose. C'est la raison pour laquelle, contrairement au droit français, le droit OHADA confère d'office la qualité de société à capital variable à la société coopérative, en en faisant une de ses caractéristiques principales. Les modalités de variation du capital de la société coopérative devraient pouvoir permettre de s'en convaincre.

2. Les modalités de variation du capital de la société coopérative

255. Le capital de la société coopérative varie suivant les modalités déterminées par les dispositions juridiques qui lui sont applicables. Ces dispositions définissent les formes de la variation du capital social. Elles aménagent ainsi les conditions de mise en œuvre du mécanisme de la variabilité, afin de lui permettre de produire tous ses effets. A cet effet, l'alinéa 2 de l'article 52 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives prévoit que le capital de la société coopérative est susceptible d'augmentation et de diminution, soit du fait de l'assemblée générale, soit du fait des associés[485].

256. L'augmentation du capital du fait de l'assemblée générale se réalise soit par la souscription par chaque associé d'un nombre proportionnel de parts en plus de celles déjà détenues, soit par l'augmentation de la valeur nominale de la part sociale, soit encore par l'incorporation des réserves libres d'affectation[486]. Quant à la réduction du capital du fait de l'assemblée générale, elle se réalise soit par réduction de la valeur nominale des parts sociales, soit par remboursement total ou partiel aux associés coopérateurs des apports effectués[487].

257. La modification du capital par l'assemblée générale combine les mécanismes aboutissant à la modification des statuts et ceux n'entraînant pas la modification des statuts. Au titre de la modification du capital entraînant la modification des statuts[488], il y a, d'une part, l'augmentation ou la réduction de la valeur nominale de chaque part sociale et, d'autre part, l'augmentation du capital minimum statutaire[489] et le remboursement des parts sociales affectant le seuil minimum du capital social, de même que l'exclusion d'associés coopérateurs

[485] Voir art. 56 AUSCOOP.
[486] Voir art. 57 AUSCOOP.
[487] Voir art. 58 AUSCOOP.
[488] Tout comme dans les sociétés commerciales, seule l'assemblée générale extraordinaire est compétente pour modifier les statuts de la société coopérative. Voir art. 366 al. 1 AUSCOOP.
[489] En ce qui concerne l'augmentation du capital social statutaire, l'alinéa 3 de l'article 270 de l'AUSCOOP précise que : « Tant que le capital n'est pas entièrement libéré, la société ne peut augmenter son capital minimum statutaire, sauf si cette augmentation de capital est réalisée par des apports en nature ou par l'arrivée de nouveaux coopérateurs ».

produisant le même effet. Au titre de la modification du capital n'appelant pas à la modification des statuts, figurent, d'une part, la souscription supplémentaire de parts sociales par les associés coopérateurs, le remboursement des parts sociales n'affectant le seuil minimal du capital social.

258. En ce qui concerne la variation du capital du fait des associés, elle se réalise, d'une part, par l'adhésion de coopérateurs et, d'autre part, par le retrait total ou partiel de leurs apports[490]. L'adhésion des coopérateurs après l'immatriculation de la société coopérative se traduit par l'augmentation du capital social. Quant au retrait des apports, il aboutit à la réduction du capital. Lorsque ces deux mouvements affectent le seuil minimum ou le seuil maximum du capital statutaire, il faut procéder à la modification des statuts.

259. L'Acte uniforme accorde la liberté aux associés coopérateurs d'exercer leur droit de retrait, mais sous réserve du respect de l'obligation d'informer la coopérative par écrit pour faire connaître leur intention de se retirer partiellement ou totalement de la structure[491]. Cette relative formalité vise à permettre à la coopérative d'envisager le remboursement des apports de l'associé coopérateur en fonction de sa santé financière. Il se pose alors la question de savoir si l'associé qui se retire totalement de la société coopérative peut, outre le remboursement de ses parts, réclamer une partie des bénéfices mis en réserve. La réponse de l'article 116 de l'Acte uniforme est sans ambiguïté à ce sujet. L'associé qui se retire ou qui est exclu ne peut réclamer un droit quelconque sur les sommes affectées aux réserves légales et facultatives.

En tout état de cause, l'on peut constater avec la variation du capital de la société coopérative, que ce soit par l'assemblée générale ou par les associés, des modalités propres aux sociétés à capital variable et des modalités propres aux sociétés de droit commun, lesquelles aboutissent à la modification des statuts. Qu'à cela ne tienne, la société coopérative en droit OHADA démontre à suffisance la liberté d'entrée et de sortie conférée par la variabilité du capital social et ce, sans aucune référence à une forme juridique quelconque comme c'est le cas en droit français. Cela s'explique par le fait qu'en droit OHADA, la société coopérative est par essence une société à capital variable ; tel n'est pas le cas pour certaines sociétés qui en raison de leurs particularités ou d'autres considérations sont exclues du domaine de la variabilité du capital.

[490] Voir art. 56 AUSCOOP.
[491] Voir art. 11 AUSCOOP.

Section 2. Les sociétés exclues du domaine de la variabilité du capital social

260. Le domaine de la variabilité du capital est déterminé en droit français par l'alinéa 1 de l'article L. 231-1 du Code de commerce et en droit OHADA par l'alinéa 1 de l'article 269-1 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. L'alinéa 1 de l'article L. 231-1 du Code de commerce exclut expressément la société anonyme du domaine de la variabilité du capital. Quant à l'alinéa 1 de l'article 269-1 de l'Acte uniforme, il n'exclut pas expressément une forme juridique déterminée. C'est par déduction des sociétés admises que l'on parvient à déterminer la liste des sociétés exclues en droit OHADA. En effet, seules les sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne et les sociétés par actions simplifiées peuvent insérer une clause de variabilité de capital dans leurs statuts. Dès lors, l'Acte uniforme exclut implicitement du domaine de la variabilité de capital les autres formes sociales, à savoir les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne.

261. L'exclusion des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple ne pose pas de difficulté particulière, dans la mesure où il s'agit de sociétés de personnes, donc caractérisées par l'*intuitu personae*, induisant le nécessaire agrément des nouveaux associés avant leur entrée dans la société ; ce qui est incompatible avec les objectifs de la variabilité du capital. Par ailleurs, l'exclusion des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne mériterait une clarification, dans la mesure où elles partagent plusieurs traits caractéristiques avec les sociétés admises à la variabilité du capital, notamment en matière de mobilisation de capitaux pour le financement des sociétés.

Quels sont alors les fondements de l'exclusion des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne du domaine de la variabilité du capital ? L'étude du cadre juridique de ces sociétés en lien avec la variabilité du capital permettrait d'émettre des réserves sur l'exclusion des sociétés à responsabilité limitée du domaine de la variabilité du capital (**Paragraphe 1**), contrairement à l'exclusion des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne qui paraîtrait justifiée (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'exclusion discutable des sociétés à responsabilité limitée du domaine de la variabilité du capital

262. Le législateur OHADA s'est inspiré du droit français pour introduire la variabilité du capital lors de la révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du

groupement d'intérêt économique. Mais, contrairement au droit français, le droit OHADA a exclu la société à responsabilité limitée du domaine de la variabilité du capital. Le législateur a préféré réserver l'insertion de la clause de variabilité à des sociétés de capitaux. Pourtant, la société à responsabilité limitée est la forme la plus usitée dans l'espace OHADA en raison de la simplicité, tant du point de vue de la constitution, que du point de vue du fonctionnement[492]. Qu'est-ce qui pourrait justifier le choix du législateur OHADA d'exclure la société à responsabilité limitée du domaine de la variabilité du capital ? Alors qu'il aurait pu s'en tenir aux termes de l'alinéa 1 de l'article L. 231-1 du Code de commerce. Le difficile exercice de justification de l'exclusion de cette forme sociale du domaine de la variabilité (A) pourrait servir à convaincre de sa nécessaire inclusion (B).

A. La difficile justification de l'exclusion de la société à responsabilité limitée

263. A l'opposé du législateur français, le législateur OHADA a choisi d'exclure la société à responsabilité limitée du domaine de la variabilité du capital. On pourrait s'interroger sur les fondements d'une telle exclusion, surtout pour une forme sociale qui est plus usitée que les formes admises à la variabilité du capital. On pourrait opiner sur l'existence de similitudes entre cette forme sociale et les sociétés de personnes. Pourtant, elle présente aussi des similitudes avec les sociétés de capitaux admises à la variabilité du capital. Cependant, les tentatives de justification de cette exclusion pourraient s'orienter vers l'accentuation de la sous-capitalisation de la société à responsabilité limitée (1) et l'existence d'une clause d'agrément (2).

1. L'accentuation de la sous-capitalisation de la société à responsabilité limitée

264. En droit français, le montant du capital social de la société à responsabilité limitée est librement fixé par les associés et est divisé en parts sociales égales[493]. Elle n'est pas soumise à l'exigence d'un capital social minimum légal. Cette liberté de fixation du montant du capital n'a pas toujours existé et est assez récente. Elle résulte de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique[494]. C'est donc bien longtemps après l'admission des sociétés commerciales françaises à la variabilité du capital qu'a été supprimée l'exigence du capital social minimum pour la société à responsabilité limitée qui s'élevait à 7.500 euros.

265. En droit OHADA, le capital social minimum de la société à responsabilité limitée est fixé à 1.000.000 de francs CFA. La réforme de l'Acte uniforme, quoique n'ayant pas modifié ce montant, a apporté une innovation qui va bouleverser l'environnement juridique des Etats

[492] Voir *infra*, n°271, p. 134.
[493] Art. 223-2 C. com.
[494] D. GIBIRILA, « Société à responsabilité limitée », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2019, n° 68, p. 28.

membres de l'OHADA. Elle a maintenu le montant du capital social minimum en la faisant précéder des termes « sauf dispositions nationales contraires »[495]. Dès lors, l'Acte uniforme permet à chaque Etat membre de déroger au capital social minimum de la société à responsabilité limitée en fixant par un texte à caractère législatif ou règlementaire un montant différent de celui qui a déterminé.

266. L'exploitation de cette ouverture offerte par l'Acte uniforme suggère, soit de ne pas prévoir un montant autre que celui fixé par l'article 311, soit d'envisager un montant supérieur ou inférieur à celui-ci. Fort curieusement, plusieurs Etats ont procédé à l'adoption de textes fixant un capital social largement inférieur à celui fixé par l'Acte uniforme. A titre illustratif, le Burkina Faso a, par décret n° 2014-462/PRES/PMMJ/MICA du 26 mai 2014, fixé le montant du capital social minimum à 100.000 francs CFA. Ce décret a été modifié le 3 mai 2016 par le décret n°2016-314/PRES/PM/MJDHPC/MINEFID/MCIA, lequel a instauré la libre fixation du montant du capital social de la société à responsabilité limitée. Plusieurs Etats de la sous-région ouest-africaine, dont la Côte d'Ivoire, le Sénégal et le Togo, en ont fait de même. Désormais, aucun montant minimum légal n'est exigé pour la formation du capital de la société à responsabilité limitée dans certains Etats membres de l'OHADA ; ce qui opère un rapprochement avec le droit français quant à la libre détermination du montant du capital social.

267. Il y a lieu de préciser que le droit français a étendu la libre détermination du montant du capital social à celui de la valeur nominale, laissant ainsi la latitude aux associés d'en fixer le montant. Mais, contrairement au législateur français, le législateur OHADA a fixé la valeur nominale minimale de la part sociale à 5.000 francs CFA ; ce qui fait que par interprétation, il est couramment admis que le capital social minimum de la société à responsabilité limitée est de cinq mille 5.000 francs CFA, correspondant à la valeur nominale minimale d'une part sociale.

Ainsi, l'une des conséquences de la libéralisation du capital social par l'article 311 de l'Acte uniforme est la création de sociétés à responsabilité limitée sous-capitalisées. En effet, le capital social est formé par l'ensemble des apports effectués par les associés, lesquels devraient permettre, non seulement d'assurer un fonctionnement adéquat de la société, dont la prise en charge des dépenses courantes, mais aussi d'amorcer son développement. Pourtant, avec la libéralisation du capital, il est fort probable que des sociétés à responsabilité limitée soient constituées avec un capital social dérisoire, donc avec des moyens largement insuffisants pour

[495] Voir art. 311 AUDSC.

faire face aux besoins à incidence financière. C'est l'insuffisance des apports formant le capital social pour prendre en charge des charges courantes de fonctionnement qui caractérise la sous-capitalisation des sociétés commerciales. Or, une des raisons fondamentales que l'on pourrait évoquer pour justifier l'exclusion de la société à responsabilité limitée dans le domaine de la variabilité du capital serait le niveau de son capital minimal qui, dans certains pays, serait dérisoire.

Une autre raison de son exclusion pourrait également être l'existence de la clause d'agrément dans ses statuts.

2. L'existence de la clause d'agrément

268. La société à responsabilité limitée est une société marquée par l'*intuitu personae*, c'est-à-dire la considération de la personne des associés. La prise en compte de la personnalité des associés vient en renforcement de l'*affectio societatis*. Elle se réalise aussi bien au moment de la constitution de la société, qu'en cours de vie sociale. Mais, à cette étape, ce caractère se matérialise plus par la nécessité pour les associés de contrôler l'entrée de nouveaux associés dans le capital de la société. Cela s'explique par le fait que la société à responsabilité limitée est par essence une société fermée ; d'où l'instauration d'une procédure d'agrément en cas de cessions de titres sociaux[496]. La clause d'agrément subordonne « la substitution de contractant à l'agrément du nouveau partenaire par le cédé »[497]. De ce fait, la clause d'agrément, insérée dans les statuts, permet de soumettre la cession de titres sociaux à l'accord préalable des autres associés ; lesquels pourront ainsi accepter ou refuser l'entrée d'un nouvel associé dans la société. Il en est de même du renforcement de la position d'un associé grâce à la souscription supplémentaire de titres sociaux. Pourtant, la clause de variabilité, si elle est insérée dans les statuts de cette société, facilitera l'augmentation du capital social, non seulement par l'admission d'associés nouveaux, mais aussi par l'accroissement de la participation d'associés déjà présents par la souscription supplémentaire de nouveaux titres sociaux. Dès lors, la question qui mériterait d'être posée est celle de la compatibilité de la clause d'agrément avec la variabilité du capital.

269. Il est évident que la clause d'agrément et la clause de variabilité du capital n'ont pas les mêmes effets. La première instaure une procédure particulière avant l'entrée d'un nouvel associé, alors que la seconde vise à faciliter l'entrée d'associés nouveaux. A l'analyse des

[496] Voir art. 223-14 C. com.
[497] J. M. MOUSSERON, *op cit*., n°1202, p. 458.

articles 269-1 et 269-3 de l'Acte uniforme et des articles L. 231-1 et L. 231-3 du Code de commerce français, il semblerait difficile d'affirmer l'existence d'une compatibilité entre ces deux clauses, en raison de leurs effets contradictoires. De fait, la clause d'agrément, en tant que formalité statutaire, n'est pas spécifiquement concernée par l'allègement des formalités d'augmentation du capital ; lequel allègement porte sur la dispense des formalités de dépôt et de publicité des actes constatant l'augmentation du capital. La clause de variabilité du capital viendrait alors paralysée la mise en œuvre de la clause d'agrément, sous peine de voir son efficacité entamée. Cette appréciation a été contrebalancée par un auteur qui considère que la variabilité du capital n'empêche pas forcément le contrôle de l'entrée de nouveaux associés. De son avis, le respect de la clause d'agrément s'impose et l'accord donné permettra à l'admission d'associés nouveaux de se réaliser selon les conditions souples induites par la variabilité du capital[498].

Du coup, l'on serait tenté de se demander si la clause d'agrément telle que prévue par les dispositions régissant la société à responsabilité limitée couvre l'intégralité des conséquences de la mise en œuvre de la clause de variabilité, précisément l'augmentation du capital social par les versements successifs et l'admission d'associés nouveaux. En effet, l'entrée d'un associé dans une société peut se réaliser de deux manières, à savoir la cession de titres sociaux et la souscription de titres sociaux. La lecture combinée des dispositions des articles 317, 319 et 321 de l'Acte uniforme permet d'affirmer que la clause d'agrément ne concerne que la cession ou la transmission de titres sociaux. De ce fait, la clause d'agrément porte sur l'entrée d'un nouvel associé par cession de titres sociaux. Sauf dispositions statutaires, elle ne concerne pas l'entrée d'un nouvel associé par souscription de titres sociaux ; ce qui est bien évidemment facilitée par la clause de variabilité. D'ailleurs, quel serait alors l'intérêt pour un associé de recourir à la cession de ses titres sociaux s'il peut exercer son droit de retrait pour quitter la structure, possibilité que lui offre la variabilité du capital ?

270. L'incertitude autour de l'appréciation de la conciliation entre la clause de variabilité et la clause d'agrément pourrait avoir eu raison de la société à responsabilité limitée qui s'est vue exclure du domaine de la variabilité du capital en droit OHADA. Pourtant, il existe des éléments qui militeraient en faveur de son admission dans le domaine de la variabilité ; toute chose qui devrait inciter le législateur à rectifier la situation.

[498] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 115, p. 28

B. La nécessaire inclusion de la société à responsabilité limitée dans le domaine de la variabilité du capital

271. L'accentuation de la sous-capitalisation et l'existence d'une clause d'agrément d'associés nouveaux sembleraient inopérants pour justifier l'exclusion de la société à responsabilité limitée du domaine de la variabilité du capital. Ces mêmes insuffisances pourraient, en effet, être reprochées aux sociétés admises à la variabilité du capital, notamment les sociétés par actions simplifiées. Celles-ci ne disposent pas d'un capital minimum légal ; les associés déterminent alors librement le montant du capital social, ainsi que celui du montant nominal des actions[499]. De même, les statuts des sociétés admises à la variabilité du capital peuvent, tout comme ceux de la société à responsabilité limitée, comporter une clause d'agrément[500]. De la sorte, il existerait des motifs d'intégration de la société à responsabilité limitée dans le domaine de la variabilité du capital. Ces motifs pourraient tenir, par exemple, en l'existence de similitudes entre la société à responsabilité limitée et les sociétés de capitaux admises à la variabilité du capital (1) et en la possible création d'une société avec un investissement minimal (2).

1. L'existence de similitudes entre la société à responsabilité limitée et les sociétés de capitaux admises à la variabilité du capital

272. Contrairement à l'article L. 231-1 du Code de commerce français, l'article 269-1 de l'Acte uniforme n'admet dans le domaine de la variabilité du capital que les sociétés de capitaux, à savoir la société anonyme ordinaire et la société par actions simplifiée. Dans ces sociétés, les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports. Leurs engagements sont alors limités au montant des apports qu'ils ont effectués lors de la constitution de la société et en cours de vie sociale. C'est ce qui ressort expressément des dispositions des articles 385 de l'Acte uniforme et L. 225-1 du Code de commerce français pour la société anonyme et des articles 853-1 de l'Acte uniforme et L. 227-1 du Code de commerce français pour la société par actions simplifiée. Pourtant, dans la société à responsabilité limitée, les associés voient également leurs engagements limités au montant de leurs apports, tel qu'il ressort expressément des dispositions des articles 309 de l'Acte uniforme et L. 223-1 du Code de commerce français. De ce fait, la société anonyme, la société par actions simplifiée et la société à responsabilité limitée sont toutes des sociétés composées d'associés dont leurs

[499] Art. 853-5 al. 1 AUDSC.
[500] Art. L. 223-13 C. com. et art. 321 AUDSC pour la SARL ; art. L. 227-14 C. com. pour la SAS ; art. L. 228-23 et L. 228-24 et art. 397, 765-3 et s. pour la SA.

engagements comportent des limites. Ceux-ci ne sont pas, en principe, soumis à l'obligation de payer les dettes sociales, au-delà du montant de leurs participations dans le capital social. C'est la raison pour laquelle on classe ces trois types de sociétés dans la catégorie des sociétés à risque limité. Ce faisant, on ne saurait justifier l'exclusion de la société à responsabilité limitée du domaine de la variabilité du capital social, alors qu'elle est une société à risque limité au même titre que la société anonyme et la société par actions simplifiée[501].

273. De même, la variabilité du capital facilite la circulation des capitaux et la mobilité des associés. Celle-ci se réalise par l'exercice du droit de retrait par les associés, constituant ainsi une alternative à la cession des titres sociaux[502]. Elle présente alors un intérêt pour les sociétés ayant vocation à attirer des investisseurs professionnels ou non. Au titre de ces sociétés, on retrouve la société coopérative, les sociétés de capitaux et la société à responsabilité limitée. Dès lors, la variabilité du capital apparaît appropriée pour la société à responsabilité limitée, laquelle pourrait ainsi être amenée à admettre le changement fréquent de ses associés dans la perspective d'assurer la liquidité de leurs investissements[503]. Il s'avère, de ce fait, que le mécanisme de la variabilité du capital convient à la société à responsabilité limitée et que rien n'empêcherait l'insertion d'une clause de variabilité dans ses statuts.

274. Au regard de ces similitudes, le législateur OHADA aurait dû, comme l'a fait son homologue français, inclure dans le domaine de la variabilité du capital toutes les sociétés à risque limité, dont la société à responsabilité limitée. On pourrait convenir, de ce fait, que les fondements de l'exclusion de la société à responsabilité limitée comportent des limites, d'où la nécessité d'élargir le domaine de la variabilité du capital à son profit.

En raison des avantages de la variabilité du capital, cette inclusion faciliterait du même coup la création de société avec un investissement minimal.

2. La possible création d'une société avec un investissement minimal

275. La variabilité du capital favorise l'augmentation du capital social en dispensant les actes constatant les opérations y relatives des formalités de dépôt et de publicité. Cet avantage est susceptible non seulement d'encourager les associés à accroître leurs participations dans le capital de la société, mais aussi de faciliter l'entrée d'associés nouveaux et ce, par la souscription permanente de titres sociaux. Ce mécanisme présente alors des facteurs attractifs pour les investisseurs, dans la mesure où ceux-ci pourront à tout moment entrer dans une société

[501] Voir M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 16.
[502] P. LE CANNU, « SARL à capital variable et libération des apports », *op. cit.*, p. 3
[503] A. PLENT, *op. cit.*, n° 201, p. 101.

par souscription de titres sociaux et se retirer en réclamant le remboursement des apports qu'ils ont effectués. Cette attractivité générerait permanemment, au gré des souscriptions, de la liquidité nécessaire pour accroître les capitaux propres des sociétés. Dès lors, la variabilité du capital constitue une opportunité pour les sociétés faiblement capitalisées qui pourront ainsi ouvrir leur capital à des investisseurs professionnels ou non, afin de recueillir les fonds nécessaires pour le financement de leur croissance[504].

276. Profitant des avantages de la variabilité du capital, ces sociétés pourraient promouvoir l'actionnariat salarié en ouvrant leur capital au personnel. Un tel intéressement constituerait une source de motivation et de revenus supplémentaires pour les salariés, lesquels sont toujours en quête d'un mieux-être financier. En contrepartie, elles s'assureraient une disponibilité constante de liquidité pour renforcer leurs capitaux propres nécessaires pour faire notamment face aux tensions de trésorerie, même s'il faut remarquer que ce n'est nullement leur objet principal, dans la mesure où ils devraient *a priori* servir à financer des investissements de la société. Ainsi, la variabilité du capital favorise la mise en œuvre de l'actionnariat salarié. Elle permet à la société d'éviter les vicissitudes de la procédure de droit commun d'augmentation du capital. En effet, dans une espèce tranchée par la Cour de cassation française le 28 novembre 2018, une société de construction qui avait irrégulièrement adopté une résolution d'augmentation du capital en numéraire était obligée de régulariser la procédure par le vote d'une résolution proposant de la réserver aux salariés ; ce qui n'a pas empêché un de ses salariés de l'assigner en annulation de l'assemblée générale ayant voté la dernière résolution[505]. Bien que la Cour de cassation ait validé la seconde résolution, l'adoption de la variabilité du capital par cette société aurait pu lui permettre d'éviter ces difficultés.

277. Au regard des opportunités offertes à la société à responsabilité limitée pour le renforcement de ses capitaux propres, sa faible capitalisation ne devrait pas être utilisée pour l'exclure du domaine de la variabilité du capital ; ce d'autant plus qu'il n'est pas exigé un capital social minimum à la société par actions simplifiée qui, elle, est admise à la variabilité du capital. Qui plus est, l'admission de la société à responsabilité limitée dans le domaine de la variabilité du capital permettrait de promouvoir l'investissement dans les pays de l'espace OHADA. Cela s'explique par le fait que cette forme sociale concentre la plus grande partie des sociétés créées dans les Etats membres de cette organisation, en raison de sa simplicité de constitution et de fonctionnement ; ce qui n'est pas le cas de la société par actions simplifiée qui est moins bien

[504] A. PLENT, *op. cit.*, n° 201, p. 101.
[505] Cass. com., 28 novembre 2018, n° 16-28.358.

connue et de la société anonyme qui semble trop sophistiquée, contraignant et complexe pour certains acteurs économiques[506].

En conséquence, la variabilité du capital permet la création d'une société avec un investissement minimal[507] ; ce qui constitue une opportunité pour la société à responsabilité limitée dont l'admission devrait être envisagée, contrairement aux sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne.

Paragraphe 2. L'exclusion des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne du domaine de la variabilité du capital

278. En France, la notion d'appel public à l'épargne a été remplacée par celle d'offre au public, en raison des exigences du droit de l'Union européenne ; il « nécessite toujours un formalisme particulier, mais n'entraîne pas de statut particulier de l'émetteur ayant fait une offre au public »[508]. Elle est régie principalement par le Code monétaire et financier. Dans les Etats parties de l'OHADA, il est régi principalement par les articles 81 à 96-1 de l'Acte uniforme. Conformément à ces dispositions, les sociétés commerciales peuvent recourir à l'appel public à l'épargne d'une part, pour la constitution de leur capital et, d'autre part, pour l'augmentation du capital en cours de vie sociale en vue de renforcer leurs fonds propres. Elles peuvent également recourir à la variabilité du capital pour la mobilisation de ressources aussi bien lors de leur constitution qu'en cours de vie sociale, sur le fondement des articles 269-1 et suivants de l'Acte uniforme.

279. Ces deux modalités de mobilisation de capitaux ne sont pas ouvertes à toutes les sociétés commerciales en droit OHADA. L'appel public à l'épargne n'est ouvert qu'aux sociétés autorisées par l'Acte uniforme, à savoir les sociétés anonymes ayant un capital d'au moins 100.000.000 de francs CFA. En ce qui concerne la variabilité du capital, elle exclut d'une part, implicitement les sociétés de personnes et les sociétés à responsabilité limitée et, d'autre part, explicitement les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne.

Quelles pourraient être les justifications de l'exclusion des sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne du domaine de la variabilité du capital en droit OHADA ? L'analyse qui résultera de l'examen de cette question permettra de constater une relative

[506] Voir *supra* n°132, p. 75.
[507] M-N. LEGRAND, « Obligation de libérer la totalité du capital d'une SARL à capital variable », *op. cit.*, p. 163.
[508] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2837, p. 968.

ressemblance entre la variabilité du capital social et l'appel public à l'épargne (A), nuancée par une modalité incompatible de mise en œuvre (B), celle-ci pouvant justifier son exclusion.

A. Une relative ressemblance avec la variabilité du capital social

280. Les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne sont exclues de la variabilité du capital aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Malgré cette exclusion, l'appel public à l'épargne présenterait des similarités avec la variabilité du capital, dans la mesure où ces mécanismes visent tous la mobilisation des capitaux en s'adressant à des investisseurs (2). Alors que ces mécanismes ne sont pas ouverts à toutes les sociétés (1).

1. Une détermination légale des sociétés et des opérations admises à l'appel public à l'épargne et à la variabilité du capital social

281. Toutes les sociétés ne sont pas autorisées à faire publiquement appel à l'épargne[509]. Les sociétés autorisées sont déterminées en droit OHADA par l'article 81 de l'Acte uniforme. Il s'agit d'une part, des sociétés dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur la bourse des valeurs et, d'autre part, des sociétés qui offrent au public des valeurs mobilières grâce à une communication précise et suffisante pour souscrire aux titres ou un placement par des intermédiaires financiers[510]. En outre, l'Acte uniforme et le Code de commerce français excluent expressément la société par actions simplifiée de faire publiquement appel à l'épargne[511]. La société à responsabilité limitée n'est pas également autorisée à recourir à l'appel public à l'épargne avec ses parts sociales. L'impossibilité de cette société d'y recourir résulte de l'interdiction des sociétés autres que les sociétés par actions d'émettre des titres négociables[512]. Cela s'explique par le fait que « les sociétés par actions ont, dès leur apparition, été conçues pour réunir des capitaux très importants et permettre d'en contrôler l'usage »[513] ; ce qui ne semble pas être le cas de la société à responsabilité limitée. En effet, les parts sociales sont seulement cessibles ; elles ne peuvent être représentées par des titres négociables[514]. De la

[509] Art. L. 411-1 C. mon. fin. Cette disposition précise les opérations par lesquelles l'offre public de titres financiers se constitue. Les titres financiers désignent, entre autres, les titres de capital émis par les sociétés anonymes, les titres de créances, les parts sociales des sociétés coopératives. Sont exclus les titres de la société à responsabilité limitée et de la société par actions simplifiée.
[510] Art. 81 et 83 AUDSC.
[511] Art. 853-4 AUDSC et art. L. 227-2 C. com. En France, l'article L. 211-1, II, du Code monétaire et financier permet à la société par actions simplifiée de recourir au financement participatif en procédant à une offre au public pour récolter des fonds.
[512] Art. 58 al. 2 AUDSC.
[513] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit*., n°1105, p. 793.
[514] Art. 57 AUDSC et art. L. 223-12 C. com.

sorte, seules les sociétés anonymes peuvent publiquement faire appel à l'épargne, à condition que leur capital social soit d'au moins 100.000.000 de francs CFA[515].

282. Ainsi, l'Acte uniforme, le Code de commerce français et le Code monétaire et financier français déterminent limitativement les sociétés autorisées à faire publiquement appel à l'épargne. Il en est de même pour la variabilité du capital social pour laquelle toutes les sociétés ne sont pas autorisées à stipuler une clause de variabilité dans leurs statuts. L'article L. 231-1 alinéa 1 du Code de commerce français n'interdit que les sociétés anonymes de stipuler une telle clause dans leurs statuts. En outre, selon l'article 269-1 alinéa 1 de l'Acte uniforme, seules les sociétés anonymes ordinaires et les sociétés par actions simplifiées sont autorisées à insérer cette clause dans leurs statuts. Il apparaît alors une similitude entre l'appel public à l'épargne et la variabilité du capital, dans la mesure où les sociétés pouvant y avoir recours sont limitativement déterminées par la loi.

283. De même, toutes les opérations ne sont pas admises à l'offre au public. En effet, en droit OHADA, l'article 81-1 de l'Acte uniforme exclut de l'offre au public certaines offres portant sur des valeurs mobilières dont le montant total dans les Etats parties est inférieur à cinquante millions de francs CFA ou qui sont adressées uniquement à des investisseurs qualifiés agissant pour compte propre ou à moins de cent personnes physiques ou morales agissant pour compte propre, autres que des investisseurs qualifiés[516]. En France, l'article 411-2 du Code monétaire et financier détermine les opérations qui ne constituent pas une offre au public, en raison des conditions financières et de la qualité des destinataires de l'offre. Selon cette disposition, ne constitue pas une offre au public, l'offre qui s'adresse seulement aux personnes qui fournissent le service d'investissement de gestion de portefeuille pour compte de tiers et aux investisseurs qualifiés ou à ceux qui agissent pour compte propre[517].

284. Cette limitation des opérations à l'offre au public prévaut également pour les opérations admises à la variabilité du capital. Les réductions de capital qui franchiront le capital minimum irréductible déterminé par les statuts ne bénéficieront pas de la dispense de dépôt et de

[515] Art. 824 al. 1 AUDSC.
[516] L'article 81-2 de l'Acte uniforme définit la notion d'investisseur qualifié et en donne des illustrations. Selon cette disposition, « un investisseur qualifié est une personne ou une entité disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur instruments financiers, telle que les établissements de crédits et autres intermédiaires ou établissements financiers agréés ou règlementés dans les Etats parties, les organismes de placement collectif ainsi que leurs sociétés de gestion, les entreprises d'assurance et de réassurance, les sociétés de groupe d'assurance, les mutuelles et unions de mutuelles et les institutions de prévoyance ».
[517] Voir A. LECOURT, « Obligations », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2022, n° 224, p. 61.

publication des actes modificatifs accordée dans le cadre de la variabilité du capital[518]. Elles seront soumises au droit commun et, en conséquence, aux formalités exigées pour la modification des statuts. Il en est de même, en France, lorsque les augmentations du capital entraînent un franchissement du capital maximal autorisé. Elles nécessiteront une modification des statuts et l'accomplissement de formalités inhérentes. Elles seront alors exclues des modalités liées à la variabilité du capital. Par ailleurs, l'augmentation et la réduction du montant de la valeur nominale des titres sociaux exigent la modification des statuts et ne sont pas autorisées dans le cadre de la variabilité du capital. Ainsi, toutes les opérations ne sont pas autorisées dans le cadre de la variabilité du capital, tout comme ce qu'il en est de l'appel public à l'épargne. Cette similitude s'étendra-t-elle aux objectifs de mobilisation de capitaux auprès des investisseurs ?

2. Un mécanisme de sollicitation d'investisseurs au même titre que la variabilité du capital social

285. « L'appel public à l'épargne ouvre de larges possibilités aux sociétés afin de lever des capitaux et de financer leurs projets, notamment grâce à l'émission d'actions, d'obligations ou de valeurs mobilières composées en atteignant de manière large des investisseurs locaux ou étrangers »[519]. Les valeurs mobilières désignent les titres donnant accès directement ou indirectement à une quotité de capital de la personne émettrice[520]. Il s'agit pour la société autorisée à faire publiquement appel à l'épargne de permettre la souscription de ses titres sociaux sur un marché règlementé en vue de mobiliser des capitaux nécessaires à sa croissance ou au financement de ses projets. A titre illustratif, c'est cette stratégie qu'a adoptée Corise Bank International[521] grâce à son introduction en bourse le 2 novembre 2016. Son introduction à la Bourse régionale des valeurs mobilières (BRVM), marché financier régional de l'Union économique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA), a consisté à ouvrir son capital aux investisseurs par une offre publique de vente d'actions représentant 20% de son capital, soit

[518] Art. 269-3 et 269-5 AUDSC et art. L. 231-3 et L. 231-5 C. com.
[519] B. Le BARS et B. MARTOR, « Management et financement de la société anonyme de droit OHADA », n° 5 supplément de la Semaine juridique (JCP) n° 4, octobre 2004, p. 20.
[520] Voir art. 111 al. 1 du Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA.
[521] Banque du Burkina Faso fondée en 2008 qui connaît une expansion sur son marché local la faisant propulsé à la première banque en 2016. Elle dispose d'une soixantaine d'agences et de filiales dans plusieurs Etats africains, notamment, au Bénin, en Côte d'Ivoire, au Mali, au Sénégal, au Togo (voir https://coris.bank, consulté le 30 octobre 2022, à 13h13 et http://www.corisbank.ci/coris_CorisBank_ses_ambitions_en_Afrique.php, consulté le 30 octobre 2022, à 13h07).

1,25 million d'actions[522]. Cette opération lui a permis de mobiliser des ressources supplémentaires, d'élargir son actionnariat à de nouveaux investisseurs, de motiver et de fidéliser son personnel en l'intégrant au capital[523]. La variabilité du capital présente également ces mêmes avantages.

286. Tout comme l'appel public à l'épargne, le recours à la variabilité du capital permet la mobilisation de capitaux auprès d'investisseurs. Celle-ci se réalisera par une souscription d'actions émises par la société soit au moment de sa constitution, soit en cours de vie sociale par une augmentation de son capital. La société qui adoptera cette modalité de fonctionnement permettra la souscription de ses titres, non seulement à ses associés qui désirent accroître leurs participations, mais aussi à des associés nouveaux, investisseurs professionnels ou non, de même qu'à son personnel. Ces souscriptions participeront à l'accroissement des capitaux propres de la société, comme ce qu'il en est avec l'appel public à l'épargne.

287. Cependant, les modalités de mobilisation des capitaux comportent des différences. L'appel public à l'épargne consiste à mettre sur le marché une certaine quantité ou un certain volume de valeurs mobilières au cours d'une seule et même opération. Le nombre de titres sociaux est déterminé dans le cadre de l'appel public à l'épargne. A titre illustratif, Coris bank International avait émis 1,25 million de nouvelles actions lors de son introduction en bourse. Ce fut également le cas de la société NSIA Banque Côte d'Ivoire qui a émis en 2017, 4.011.500 actions nouvelles par le biais du marché financier de la Bourse régionale des valeurs mobilières (BRVM)[524]. En revanche, dans le cadre de la variabilité du capital, les associés peuvent souscrire autant de titres qu'ils le souhaitent. En outre, l'opération résultant de l'appel public à l'épargne est limitée dans un certain délai fixé dans le document d'information élaboré à cet effet. Alors qu'avec la variabilité du capital, la souscription des titres sociaux n'est pas enfermée dans un délai et est, en conséquence, permanente.

En somme, avec l'appel public à l'épargne, la société aura accès à un public large, mais les souscriptions seront limitées au volume des titres émis sur le marché et au délai fixé. En revanche, bien qu'elles n'aient pas accès à un large public comme celui de l'appel public à l'épargne, les sociétés à capital variable offrent la possibilité de souscrire un nombre indéterminé de titres sociaux sans périodicité déterminée.

---

[522] https://www.leconomistedufaso.bf/2016/11/21/finances-coris-bank-bourse-brio/, consulté le 30 octobre 2022, à 12h10.
[523] *Ibid*.
[524] https://sgibenin.com/fr/note-dinformation-nsia-banque/, consulté le 30 octobre 2022, à 15h30.

B. L'appel public à l'épargne, une modalité incompatible avec la variabilité du capital social

288. L'appel public à l'épargne constitue un mécanisme de placement de titres destiné au financement des sociétés au même titre que la variabilité du capital. Cependant, ces deux mécanismes comportent des différences. La variabilité du capital permet de modifier le montant du capital, grâce à une augmentation ou une réduction du capital. Par ailleurs, l'appel public à l'épargne vise généralement une augmentation du capital de la société. En outre, l'appel public à l'épargne nécessite l'accomplissement de deux types d'opérations. Il s'agit d'une part, d'une communication adressée à des personnes et comportant une information sur les conditions de l'offre et, d'autre part, d'un placement de valeurs mobilières par des intermédiaires financiers[525]. L'accomplissement de ces opérations est-il compatible avec la variabilité du capital ? Une réponse négative s'impose en raison de l'existence de formalités de publicité (1) et de la longueur de la procédure du fait de la multiplicité des acteurs.

1. L'existence de formalités de publicité

289. Le placement de valeurs mobilières sur un marché règlementé requiert l'accomplissement de formalités de publicité. Cette exigence résulte de l'Acte uniforme dont l'alinéa 2 de l'article 81-3 prévoit expressément la publication d'un document d'information, sauf dans le cas où il ne s'agit pas d'une offre au public. Mais, la publication du document d'information n'est pas exigée pour les offres au public portant sur des valeurs mobilières déjà émises ou devant être émises par un émetteur ayant déjà rendu disponible un document comportant les mêmes renseignements que ceux du document d'information dont la publication est obligatoire[526]. Il s'agit dans ce cas d'éviter une double publication de documents d'information.

290. Le document d'information est destiné à fournir au public les informations nécessaires « pour permettre aux investisseurs d'évaluer en connaissance de cause le patrimoine, la situation financière, les résultats et les perspectives de l'émetteur et des garants éventuels, ainsi que les droits attachés à ces valeurs mobilières »[527]. Il peut prendre la forme, entre autres, de copies d'encarts et d'annonces publicitaires destinées à la presse écrite, de scripts ou de textes d'annonces radiodiffusées ou télévisées[528]. L'Acte uniforme précise, en effet, que la diffusion du document d'information peut se faire sur support papier ou électronique, notamment dans

[525] Art. 83 AUDSC.
[526] Art. 95 et 95-1 AUDSC.
[527] Article 86 AUDSC.
[528] Voir art. 114 al. 1 du Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA.

les journaux d'annonces légales ou par mise à disposition d'une brochure accessible pour consultation à toute personne qui en fait la demande, mise en ligne sur le site internet de l'émetteur, de la bourse des valeurs[529]. Cette diffusion doit se faire au plus tard au début des opérations de souscription ou de l'admission à la négociation des valeurs mobilières.

291. L'émetteur est tenu de soumettre avant la publication le projet de document d'information au visa de l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs ou, en l'absence d'un tel organisme, du ministre chargé des finances de l'Etat du siège social de la société[530]. Cet organisme de contrôle est, pour les Etats de l'Afrique de l'Ouest membres de l'OHADA, l'Autorité des marchés financiers de l'Union Monétaire Ouest Africaine (AMF-UMOA)[531], à qui les émetteurs sont tenus de soumettre les documents d'information pour visa, sous peine de nullité de l'opération[532]. Pour les Etats de l'Afrique Centrale qui sont parties à l'OHADA, l'organisme de contrôle du marché financier est la Commission de surveillance du marché financier (COSUMAF)[533].

292. L'examen de la demande de visa peut nécessiter des investigations complémentaires aux frais de la société[534]. A cet effet, l'organisme de contrôle dispose d'un délai d'un mois pour accorder le visa à compter du dépôt du projet de document d'information, prorogé à deux mois en cas d'investigations complémentaires[535]. A l'issue de l'examen de la demande de l'émetteur, l'organisme de contrôle ou le ministre chargé des finances n'est pas tenu d'accorder le visa ; dans ce cas, il notifie au demandeur les motifs du refus[536]. La publication du document d'information est alors soumise à une formalité de publicité contraignante et onéreuse, en raison de l'exigence du visa avant la diffusion du document d'information confiné dans un certain délai et dont les modalités font apparaître des coûts à supporter par l'émetteur. Or, avec la variabilité du capital, il n'est pas exigé une publication d'un quelconque document relatif aux

[529] Voir art. 93 al. 1 AUDSC.
[530] Voir art. 90 al. 1 AUDSC.
[531] Il s'agit du Bénin, du Burkina-Faso, de la Côte d'Ivoire, de la Guinée-Bissau, du Mali, du Niger, du Sénégal et du Togo, réunis au sein de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA) instituée par le Traité du 14 novembre 1973. Voir http://www.crepmf.org/Wwwcrepmf/CREPMF/historique.aspx, consulté le 27 octobre 2022, à 8h25.
[532] Voir art. 113 al. 1 et art. 115 du Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA.
[533] Art. 2 du Règlement n° 06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique Centrale. La COSUMAF est organe de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale qui regroupe six Etats, à savoir le Cameroun, la République centrafricaine, le Congo, le Gabon, la Guinée Equatoriale et le Tchad. Voir https://www.cemac.int/Institutions_organes, consulté le 27 octobre 2022, à 08h40.
[534] Voir art. 90 al. 2 AUDSC.
[535] Voir art. 90 al. 5 AUDSC.
[536] Art. 90 al. 7 AUDSC. Au sens de l'article 91 de l'Acte uniforme, le refus du visa pourrait être motivé par la non satisfaction des demandes de l'organisme de contrôle ou l'existence dans l'opération d'actes contraires aux intérêts des investisseurs.

opérations d'augmentation du capital, dans la mesure où les souscriptions des actions se réalisent permanemment. De plus, les actes constatant les augmentations de capital ne sont pas soumis aux formalités de publication[537], sous réserve du respect du seuil maximal du capital fixé par les statuts de la société.

De la sorte, la célérité dans la réalisation des opérations prônée par la variabilité du capital est incompatible avec une quelconque formalité de publicité comportant notamment des délais à respecter et des coûts. De fait, en raison de la variabilité du capital, les opérations d'augmentation de capital ne sont pas contraignantes et onéreuses, dans la mesure où elles se réaliseront sans aucune publicité et sans formalité particulière. Leur réalisation est garantie, contrairement à l'appel public à l'épargne qui peut ne pas aboutir en cas de rejet de visa du document d'information par l'organisme de contrôle. En conséquence, l'appel public à l'épargne est incompatible avec la variabilité du capital, en raison des formalités de publicité exigées par la loi. Cette incompatibilité se justifie également par la longueur de la procédure du fait de la multiplicité des acteurs.

2. La longueur de la procédure du fait de la multiplicité des acteurs

293. Dans les Etats membres de l'OHADA, l'appel public à l'épargne est généralement régi par les articles 81 à 96 de l'Acte uniforme pour les dispositions qui lui sont spécifiques, les articles 823 et 853 de l'Acte uniforme pour les dispositions spécifiques aux sociétés anonymes et un cadre juridique et institutionnel élaboré par l'UEMOA et la CEMAC, lequel destiné à promouvoir et à réglementer le placement des titres dans leurs Etats membres[538]. Ces deux corps de règles prévoient l'intervention de plusieurs acteurs dans la procédure de l'appel public à l'épargne. Ces acteurs sont composés d'un organe de contrôle, des structures de marché et d'intervenants commerciaux.

294. Il n'existe pas un organe de contrôle unique du marché financier pour l'ensemble des Etats parties de l'OHADA, à l'image de Cour commune de justice et d'arbitrage[539]. Généralement, chaque organe sous-régional comporte un organe de contrôle du marché financier. C'est ainsi dans le cadre de l'UEMOA, l'organe de contrôle du marché financier est l'Autorité des marchés

[537] Art. 269-3 al. 1 AUDSC et art. L. 231-3 C. com.
[538] Voir B. Le BARS et B. MARTOR, « Management et financement de la société anonyme de droit OHADA », *op. cit.*, p. 20.
[539] La CCJA est un organe de l'OHADA dont le siège est sis à Abidjan, en République de Côte d'Ivoire. Elle a le monopole de l'interprétation et de l'application du droit OHADA, en lieu et place des juridictions supérieures nationales. Elle siège en dernier ressort et en cassation. « Elle est également investie de compétences consultatives pour émettre des avis sur l'interprétation du Traité OHADA et des actes de droit dérivé. La CCJA abrite enfin un centre d'arbitrage institutionnel ». Voir https://www.ohada.com/l-ohada/institutions-de-l-ohada.html, consulté le 21 septembre 2023, à 7h40.

financiers de l'Union Monétaire Ouest Africaine (AMF-UMOA). Quant à la CEMAC, la Commission de surveillance du marché financier (COSUMAF) a été désignée comme l'organe de contrôle du marché financier régional. En effet, l'AMF-UMOA est chargée d'une part, de l'organisation et du contrôle de l'appel public à l'épargne et, d'autre part, de l'habilitation et du contrôle des structures de marché et des intervenants commerciaux et du contrôle de la régularité des opérations de bourse[540], à l'instar de l'Autorité des marchés financiers (AMF) en France. Particulièrement en ce qui concerne l'appel public à l'épargne dans l'espace UMOA, l'AMF-UMOA exerce un contrôle *a priori* et un contrôle *a posteriori*. Le contrôle *a priori* s'exerce par l'autorisation de l'appel public à l'épargne par l'octroi du visa[541]. Quant au contrôle *a posteriori*, il « s'exerce par la vérification des publications légales, règlementaires, judiciaires ou autres, mises à la charge des émetteurs »[542].

295. Les structures de marché et les intervenants commerciaux constituent les deux types d'acteurs du marché financier, lesquels sont agréés par les organes de contrôle[543]. Dans le cadre de l'UMOA, les structures de marché sont la Bourse régionale des valeurs mobilières (BRVM) et le Dépositaire Central / Banque de Règlement (DC/BR). Tandis que dans le cadre de l'UMAC, les structures du marché sont la Bourse des valeurs mobilières de l'Afrique Centrale (BVMAC), la Caisse régionale de dépôt des valeurs (CRDV) en tant que dépositaire central et de la banque régionale qui est la Banque des Etats de l'Afrique Centrale (BEAC) ou tout autre établissement de crédit agréé[544]. Quant aux intervenants commerciaux, il s'agit des sociétés de gestion et d'intermédiation, des sociétés de gestion de patrimoine, des conseils en investissements boursiers, des apporteurs d'affaires et des démarcheurs. Les sociétés de gestion et d'intermédiation sont une catégorie d'établissements financiers qui ne sont pas soumis à la règlementation bancaire. Elles exercent des activités de teneur de compte, de négociateur, de gestionnaire de comptes de titres, de conseil en ingénierie financière[545] ; elles « bénéficient

[540] Voir art. 2 du Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA.
[541] Art. 19 al. 1 de l'Annexe portant composition, organisation, fonctionnement et attributions du CREPMF.
[542] Art. 126 du Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA.
[543] Voir art. 7 du Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA et art. 11 du Règlement n° 06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique Centrale.
[544] Art. 3 : la Bourse régionale des valeurs mobilières (BRVM) et le Dépositaire Central / Banque de Règlement (DC/BR).
[545] Voir art. 48 du Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA.

d'une exclusivité de négociation des valeurs mobilières cotées, ainsi que de leur gestion sous mandat sous la forme de titres »[546].

296. En outre, lorsqu'une société fait appel public à l'épargne dans un Etat partie autre que celui de son siège social, l'opération est susceptible de requérir l'intervention d'autres acteurs, dont un ou plusieurs établissements de crédit, intermédiaires financiers et commissaires aux comptes[547]. Le recours aux intermédiaires financiers est obligatoire ; ceux-ci seront chargés d'assurer le service financier de l'opération[548]. Quant aux établissements de crédit et commissaires aux comptes, leur intervention dépend du montant global de l'opération. En effet, lorsque ce montant dépasse 50.000.000 de francs CFA, soit environ 76.250 euros, la société est tenue de recourir à leurs services. Les établissements de crédit seront chargés de garantir la bonne fin de l'opération, tandis que les commissaires aux comptes vérifieront les états financiers et signeront le document d'information[549]. Leur intervention est donc facultative lorsque le montant global de l'opération ne dépasse le seuil ci-dessus mentionné.

297. Dans l'ensemble, on note une multiplicité des acteurs intervenants dans la procédure de l'appel public à l'épargne. Cette multiplicité d'acteurs caractérise à l'évidence une procédure longue, lourde et onéreuse. Dès lors, la décision de recourir à l'appel public à l'épargne qui s'opère sur un marché règlementé « entraîne pour l'émetteur un alourdissement conséquent de ses obligations et des formalités d'émission »[550]. Même si ce mécanisme est destiné à renforcer les capitaux propres de la société, ses caractères contrarieront ceux de la variabilité du capital, notamment la célérité et la simplicité des opérations qui en sont issues. Au sens des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français, les acteurs intervenant dans la mise en œuvre de la clause de variabilité sont constitués de la société bénéficiaire des fonds et des associés. Dès lors, l'appel public à l'épargne apparaît incompatible avec la variabilité du capital, en raison de la multiplicité des acteurs qui allonge la procédure. C'est ce qui justifierait l'exclusion explicite des sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne du domaine de la variabilité du capital en droit OHADA.

[546] B. Le BARS et B. MARTOR, « Management et financement de la société anonyme de droit OHADA », *op. cit.*, p. 20.
[547] Art. 85 AUDSC.
[548] Art. 85 al. 2 AUDSC.
[549] Voir Art. 85 al. 1 et 3 AUDSC.
[550] A. LECOURT, « Obligation », *op. cit.*, n° 225.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

298. A la lumière des dispositions des Actes uniformes OHADA régissant les sociétés à capital variables, seules les sociétés coopératives, les sociétés anonymes ordinaires et les sociétés par actions simplifiées peuvent insérer dans les statuts une clause de variabilité du capital. Ces dispositions excluent du domaine de la variabilité du capital d'une part, explicitement les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne et, d'autre part, implicitement les sociétés de personnes et les sociétés à responsabilité limitée. Alors qu'en droit français, les dispositions du Code de commerce autorisent toutes les sociétés n'ayant pas la forme d'une société anonyme à insérer une clause de variabilité dans leurs statuts ; les sociétés anonymes sont alors exclues du domaine de la variabilité du capital en droit français.

Il apparaît ainsi que le domaine de la variabilité du capital est large en droit français et restreint en droit OHADA. Le droit français accorde un régime juridique plus libéral aux sociétés que le droit OHADA, en raison du nombre plus élevé des formes juridiques admises à la variabilité du capital. Mais, en ouvrant la variabilité du capital qu'aux sociétés coopératives et aux sociétés de capitaux, le droit OHADA leur accorde une liberté de déterminer les modalités de souscription, de libération et de reprise des apports[551]. Ces sociétés bénéficieront, de ce fait, d'un régime plus libéral par rapport aux sociétés exclues du domaine de la variabilité du capital. Ce libéralisme se manifestera particulièrement par une dispense des formalités de dépôt et de publication des actes constatant les augmentations ou les diminutions du capital social opérées conformément aux seuils maximum et minimum légaux et statutaires. Ces sociétés échappent alors au formalisme consacré par la loi pour la modification du capital social, lequel formalisme est lourd, contraignant et onéreux. Les caractères de ce formalisme présentent l'inconvénient de ne pas garantir une mobilisation efficace des capitaux pour financer la croissance et les investissements des sociétés. Cependant, il conviendrait de s'assurer de l'atteinte de cet objectif à travers les modalités de mise en œuvre de la clause de variabilité.

[551] Art. 269-2-1 AUDSC

CHAPITRE 2. LES MODALITES DE MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE DE VARIABILITE DANS L'AMENAGEMENT DU CAPITAL SOCIAL

299. Mention obligatoire des statuts, le capital social représente la somme des apports faits par les associés à la société[552]. L'Acte uniforme et le Code de commerce français consacrent le principe de l'intangibilité du capital ; toutefois, celui-ci peut connaître des aménagements, c'est-à-dire des modifications de son montant. Ces modifications se manifestent par l'augmentation et la réduction dans les conditions prévues pour la modification des statuts[553]. Celle-ci exigera non seulement la convocation d'une assemblée générale extraordinaire qui décidera ou autorisera l'augmentation ou la réduction du montant du capital social, mais aussi l'intervention d'un commissaire aux comptes ; sans oublier qu'à l'issue l'accomplissement des formalités de dépôt et de publicité nécessitera le recours à un notaire pour signer l'avis à insérer dans un journal d'annonces légales[554].

Or, la variabilité du capital qui déroge au principe de la fixité du capital permet, au moyen d'une clause insérée dans les statuts, de modifier le montant du capital social sans l'accomplissement des formalités édictées pour la modification des statuts[555]. La mise en œuvre de cette clause de variabilité aboutira soit à une augmentation du capital par une souscription supplémentaire de titres sociaux par les associés ou une entrée d'associés nouveaux dans la société, soit à une réduction du capital par un retrait ou une exclusion d'associés. Les modalités de mise en œuvre de la clause de variabilité du capital comportent-elles des spécificités justifiant une dispense des formalités de dépôt et de publication exigées pour la modification des statuts ?

300. L'analyse des modalités de mise en œuvre de la clause de variabilité par l'augmentation du capital (**Section 1**) et la réduction du capital (**Section 2**) permettra de démontrer que l'insertion dans les statuts d'une clause de variabilité induit des spécificités dans la modification du montant du capital social.

[552] Art. 13 et 62 AUDSC.
[553] Art. 67 al. 1 AUDSC.
[554] Art. 263 AUDSC.
[555] Art. 67 al. 2 et 269-3 al. 1 AUDSC.

Section 1. La mise en œuvre de la clause de variabilité par l'augmentation du capital

301. L'insertion de la clause de variabilité dans les statuts permet l'augmentation du montant du capital de la société en dehors des modalités prévues par le droit commun des sociétés ; lesquelles nécessitent une modification des statuts. Or, la mise en œuvre de la clause de variabilité entraîne seulement une modification du capital, mais pas celle des statuts. Elle induit de ce fait une dispense des formalités exigées pour la modification des statuts. Quelles sont alors les particularités des modalités d'augmentation du capital dans le cadre de la variabilité du capital ? L'examen de ces particularités des sociétés à capital variable (**Paragraphe 1**) permettra de mettre en exergue les difficultés qui en résultent (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les particularités des modalités d'augmentation des sociétés à capital variable

302. Hormis les modalités d'augmentation du capital applicables à toutes les sociétés, les modalités d'augmentation issues de la clause de variabilité présentent des particularités. Celles-ci résultent des Actes uniformes OHADA qui régissent les sociétés à capital variable. Il s'agit d'une part, de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (B) adopté en 2010 et, d'autre part, de l'Acte uniforme révisé en 2014 et relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, celui-ci pris en ses articles 269-1 à 269-7 (A).

A. Les modalités d'augmentation du capital issues de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales

303. A l'instar du Code de commerce français, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a déterminé les modalités d'augmentation du capital dans le cadre de la variabilité du capital. Ces modalités résultent de l'article 269-1 alinéa 1 de l'Acte uniforme. Selon cette disposition, la société à capital variable est celle qui prévoit dans ses statuts que le capital social est susceptible « d'augmentation par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux ». De la sorte, elle a énoncé expressément les deux modalités d'augmentation du capital de la société à capital variable que sont les versements successifs des associés (1) et l'admission d'associés nouveaux (2).

1. Les versements successifs des associés

304. En autorisant la variabilité du capital social, le Code de commerce français et l'Acte uniforme ont identifié les versements successifs comme l'une des modalités d'augmentation du capital. Cependant, aucune de leurs dispositions ne définit clairement l'expression « versements

successifs », encore moins ses modalités. Le terme « versement » désigne l'action de remettre une somme d'argent à une personne, en paiement ou en dépôt[556]. Quant au terme « successif », en tant qu'adjectif, il indique des choses qui se suivent dans le temps, qui viennent à la suite les unes des autres[557], faisant ainsi référence à la répétition. De la sorte, procéder à des « versements successifs » consisterait à donner à plusieurs reprises une somme d'argent à une personne à titre de paiement. Ramenés dans le contexte de l'augmentation du capital, ces termes se rapportent à l'acquisition par un associé de nouveaux titres sociaux à plusieurs reprises par des apports en numéraire. Dès lors, les versements successifs font référence à la souscription répétée de titres sociaux au moyen d'apports en numéraire, à l'exclusion des apports en nature et de l'incorporation de réserves[558].

305. Les versements successifs révèlent deux réalités différentes. Il y a d'une part, les versements résultant de la souscription de titres sociaux et, d'autre part, les versements résultant de la libération des apports s'étalant sur plusieurs années après la constitution de la société ou une augmentation du capital. Les premiers sont propres aux sociétés à capital variable. Quant aux seconds, ils se retrouvent dans toutes les sociétés pour lesquelles la libération intégrale des apports en numéraire n'est pas exigée[559]. C'est ce que prévoient les dispositions régissant les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiée, aussi bien en droit OHADA qu'en droit français. Celles-ci autorisent effectivement la libération d'une partie du montant des actions ou des parts sociales souscrites en numéraire, le restant devant être libéré en une ou plusieurs fois dans un délai qui ne saurait excéder deux ou trois ans en droit OHADA[560] et cinq ans en droit français[561]. Ainsi, les versements successifs résultant

---

[556] *Le Petit Larousse illustré 2016*, Larousse, Paris, 2015, p. 1202.
[557] *Le Petit Larousse illustré* 2016, *op. cit.*, p. 1106.
[558] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable, *op. cit.*, n° 35, p. 13.
[559] *Ibid*.
[560] Les articles 389, 604 et 605 de l'AUDSC permettent la libération des actions des sociétés anonymes et des sociétés par actions simplifiées souscrites en numéraire d'un quart au moins de leur montant lors de la souscription ; la libération du surplus devant intervenir en une ou plusieurs fois dans un délai maximum de trois ans, à compter du jour de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ou de la réalisation de l'augmentation du capital. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, les articles 311-1 et 361-1 de l'AUDSC, la libération des parts sociales souscrites en numéraire doit être d'un quart au moins de leur montant lors de la souscription ; la libération du surplus devant intervenir en une ou plusieurs fois dans un délai maximum de deux, à compter du jour de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ou de la réalisation de l'augmentation du capital.
[561] Selon l'article L. 223-7 du Code de commerce français, la libération des parts sociales des sociétés à responsabilité limitée souscrites en numéraire doit être d'un cinquième au moins de leur montant, la libération du surplus devant intervenir en une ou plusieurs fois, dans un délai ne pouvant excéder cinq ans, à compter de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Mais, selon l'article L. 223-32 du même code, en cas d'augmentation du capital en numéraire, les parts sociales doivent être libérées d'au moins un quart de leur montant ; la libération du surplus devant intervenir en une ou plusieurs fois, dans un délai maximum de cinq ans, à compter du jour de la réalisation de l'augmentation. Quant aux sociétés anonymes et aux sociétés par actions simplifiées, l'article L. 225-3 al. 2 du Code de commerce français exige la libération d'au moins la moitié du

de la libération des apports restants n'entraînent pas une augmentation du capital. Ils correspondent à l'exécution d'un engagement contracté lors de la souscription ou de l'augmentation du capital social. De ce fait, seuls les versements successifs résultant de la souscription de titres sociaux en numéraire tels que prévus par l'article 269-1 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-1 du Code de commerce français aboutissent à l'augmentation du capital social.

306. Cependant, tous les versements successifs résultant de la souscription de titres sociaux ne bénéficient pas de la dispense des formalités de dépôt et de publicité prévue par l'article 269-3 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-3 du Code de commerce français. Les versements réalisés au-delà du capital maximal autorisé dans les statuts seront soumis aux règles de droit commun de l'augmentation du capital. Ainsi, lorsque le capital maximum fixé par les statuts est atteint, tous les versements successifs qui seront effectués ne bénéficieront pas de la dispense des formalités. Seuls les versements réalisés en dessous du capital maximal autorisé bénéficient de la simplicité qu'offre la variabilité du capital social. Qui plus est, en droit OHADA, les modalités de libération des apports dans les sociétés à capital variable sont librement fixées par les statuts[562].

En tout état de cause, les versements successifs résultant de la souscription de titres sociaux en numéraire effectués dans le cadre de la variabilité du capital favorisent une augmentation du capital et contribuent ainsi à l'accroissement des fonds propres de la société, à l'instar de ce qui peut advenir en cas d'admission d'associés nouveaux.

2. L'admission d'associés nouveaux

307. Les dispositions de l'Acte uniforme et du Code de commerce français régissant la variabilité du capital social prévoient l'augmentation du capital par l'admission d'associés nouveaux. Cependant, elles ne précisent pas les conditions de la mise en œuvre de cette admission. Or, l'admission d'un associé[563] fait référence à l'accueil ou à l'entrée d'un associé, personne physique ou personne morale, à la suite de l'acquisition de titres sociaux en cours de vie sociale. Elle peut s'opérer selon deux modalités différentes, à savoir la cession et la souscription de titres sociaux. La première modalité n'a pas vocation à produire une

montant des actions souscrites en numéraire, le reste devant intervenir en une ou plusieurs fois, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

[562] Voir art. 269-2-1 AUDSC.

[563] Le terme admission permet alors d'opposer les concepts souscription et cession. La souscription est l'acte par lequel une personne s'engage à verser des fonds au profit d'une société en contrepartie de titres sociaux émis par cette dernière. Or, la cession est l'acte par lequel un associé transfère la propriété de ses titres sociaux à une personne faisant d'elle un nouvel associé de la société.

augmentation du capital. Elle n'opère qu'un changement d'associé dans une société, parce qu'elle se traduit par l'acquisition de titres sociaux auprès d'un associé sortant. En revanche, la seconde modalité entraîne une augmentation du capital social et fait suite à l'émission de titres sociaux par la société. En raison de la différence entre ces deux modalités, seule l'admission par souscription de titres sociaux en cours de vie sociale est prise en compte par l'article 269-1 de l'Acte uniforme et l'article 231-1 du Code de commerce français.

308. Toutefois, toutes les admissions par souscription de titres sociaux ne bénéficient pas de la dispense des formalités de dépôt et de publicité prévue par l'article 269-3 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-3 du Code de commerce français. La variation à la hausse du capital social est soumise, en droit français, à une limite, à savoir le capital maximal autorisé. Lorsque l'augmentation du capital engendrée par l'admission des associés se situe en dessous du seuil maximal du capital autorisé, elle s'opère sans modification des statuts et bénéficie, de ce fait, de la dispense des formalités offerte par la variabilité du capital. Mais, lorsque ce seuil est atteint, la société ne peut plus se prévaloir de la dispense des formalités d'augmentation que lui procure le mécanisme de la variabilité du capital. Elle est obligée de se soumettre à la procédure de droit commun requise en la matière, laquelle comporte la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, la modification des statuts, l'intervention du commissaire aux comptes et du notaire et l'accomplissement des formalités de dépôt et de publicité. Il en est de même lorsque la société envisage la modification à la hausse du capital maximal autorisé. Il apparaît, de ce fait, nécessaire pour les rédacteurs des statuts d'une société à capital variable de fixer un capital maximal en lien avec les ambitions à long terme de la société pour lui permettre de recueillir des fonds conséquents sur une longue période en dehors de la procédure de droit commun d'augmentation du capital, laquelle est lourde, contraignante et onéreuse. Autrement dit, la dispense des formalités prévues par l'article 269-3 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-3 du Code de commerce français ne s'applique que lorsque les augmentations résultant de l'admission d'associés nouveaux n'entraînent pas un dépassement du seuil maximal du capital autorisé fixé dans les statuts[564].

309. Cette faculté qu'offre la variabilité du capital permettra à la société qui pratique l'actionnariat salarié d'admettre tout nouvel employé dans le capital de la société, sans être obligé de modifier les statuts à chaque recrutement de personnel. L'adoption de la variabilité du capital permettra également à la société en besoin de financement d'ouvrir sans formalité de modification des statuts son capital aux fonds d'investissement et aux sociétés de capital-risque

[564] A. PLENT, *op. cit.*, n° 109, p. 55.

intéressés par ses potentialités économiques et financières. Pour ce faire, face à l'absence de précision sur les modalités d'admission par l'Acte uniforme et le Code de commerce français, il revient à la société de déterminer soigneusement les conditions d'entrée des associés en cours de vie sociale, notamment l'organe compétent pour recevoir les bulletins de souscription, l'existence ou non d'un agrément, tout en respectant l'esprit de la variabilité du capital, à savoir la célérité et la simplification des procédures d'augmentation du capital[565].

En définitive, au sens de l'Acte uniforme, seule l'admission en cours de vie sociale d'associés ayant souscrit des titres sociaux émis par la société dans la limite du seuil maximal du capital autorisé permettra de réaliser une augmentation du capital sans les formalités requises pour la modification des statuts. Qu'en est-il alors des modalités définies par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives ?

B. Les modalités d'augmentation du capital issues de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives

310. La société coopérative est un groupement de personnes physiques ou morales exerçant dans diverses branches de l'activité humaine[566]. Elle est spécifiquement régie en droit OHADA par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, adopté le 15 décembre 2010. Cet Acte uniforme a clairement fixé la variabilité du capital social comme une caractéristique de la société coopérative, et non comme une faculté tel qu'il en est pour les sociétés commerciales. Elle est alors dotée d'un régime juridique qui consacre pleinement sa nature de société à capital variable.

L'article 56 de cet Acte uniforme dispose que « hormis les cas de variation du capital initial par retraits ou adhésions de coopérateurs, le montant du capital initial peut être augmenté ou réduit par l'assemblée générale pour chaque forme de société coopérative dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme pour la modification des statuts ». Cette disposition indique que la variation du capital qui s'opère sans modification des statuts se réalise par retraits ou adhésions de coopérateurs ; le retrait entraînant la réduction du capital et l'adhésion l'augmentation du capital. Cette dernière modalité s'effectue par la souscription de parts sociales (1) et par d'autres mécanismes (2).

[565] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 45, p. 16.
[566] Art. 4 et 5 AUSCOOP.

1. La souscription de parts sociales

311. La souscription fait suite à l'émission de parts sociales par la société coopérative. Elle confère à l'apporteur la qualité d'associé coopérateur, lequel recevra des parts sociales en contrepartie des apports effectués[567]. L'Acte uniforme prévoit trois types d'apports, à savoir les apports en numéraire, les apports en nature et les apports en industrie[568]. Ainsi, les parts sociales peuvent être souscrites en numéraire par le versement de sommes d'argent, en nature par la fourniture de biens en nature, mobiliers, immobiliers, corporels ou incorporels et en industrie par la fourniture d'un savoir-faire ou d'une main d'œuvre.

312. Les parts sociales souscrites en numéraire doivent être libérées intégralement lors de la constitution de la société coopérative ou en cours de vie sociale lors de l'adhésion du coopérateur, sauf dispositions contraires de l'Acte uniforme et des statuts[569]. Le retard dans la libération desdits apports emporte de lourdes conséquences pour l'associé. En effet, il porte de plein droit intérêt au légal à compter de son exigibilité, sans préjudice de dommages-intérêts s'il y a lieu, selon les prescriptions des statuts[570].

313. Comme en droit OHADA des sociétés commerciales et en droit français, les parts sociales souscrites en nature doivent être intégralement libérées, que ce soit lors de la constitution de la société coopérative ou en cours de vie sociale, par le transfert des droits y relatifs et la mise à disposition effective des biens sur lesquels elles portent[571]. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives met l'évaluation des apports en nature à la charge des coopérateurs qui doivent en garantir la valeur[572]. Cependant, contrairement au droit OHADA des sociétés commerciales[573] et au droit français[574] où l'évaluation de la valeur d'un apport en nature est toujours faite par un commissaire aux apports[575], l'intervention du commissaire aux apports

[567] Voir art. 31 AUSCOOP.
[568] Voir art. 33 AUSCOOP.
[569] Voir art. 34 al. 2 AUSCOOP.
[570] Voir art. 35 AUSCOOP.
[571] Voir art. 37 AUSCOOP.
[572] Voir art. 41 AUSCOOP.
[573] En droit OHADA des sociétés commerciales, l'alinéa 2 de l'article 312 de l'Acte uniforme soumet l'évaluation des apports en nature au contrôle d'un commissaire aux apports lorsque la valeur de l'apport ou de l'ensemble des apports est supérieure à 5.000.000 de francs CFA, soit plus de 7.625 euros.
[574] En droit français, l'article L. 223-9 du Code de commerce exige l'établissement d'un rapport d'évaluation de l'apport en nature par un commissaire aux apports. Mais, le recours au commissaire aux apports n'est pas obligatoire si la valeur d'aucun apport en nature n'excède un montant fixé par décret et si la si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital.
[575] En droit OHADA des sociétés commerciales et en droit français, l'intervention du commissaire aux apports peut être écartée pour les sociétés à responsabilité limitée lorsque la valeur du bien n'atteint un certain seuil. Voir les articles L. 223-9 C. com. et 312 AUDSC.

dépend du type de société coopérative. En fait, dans les sociétés coopératives avec conseil d'administration, l'évaluation des apports en nature est réalisée par un commissaire aux apports[576]. Alors que dans les sociétés coopératives simplifiées, l'évaluation de la valeur des apports en nature, qui doit figurer dans les statuts, est faite sous le contrôle de la société faîtière s'il en existe ; ce n'est qu'en cas de difficulté qu'un expert procédera à l'évaluation dudit apport, lequel expert sera désigné par la juridiction compétente ou, à défaut, l'autorité administrative chargée des sociétés coopératives à la demande de tout coopérateur[577]. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives n'a pas expressément précisé que cet expert doit être un expert-comptable, profil exigé pour exercer les fonctions de commissaire aux apports, choisi parmi les commissaires aux comptes, tel que précisé par l'Acte uniforme qui régit les sociétés commerciales[578]. Ainsi, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives donne la latitude à la juridiction compétente ou à l'autorité administrative de déterminer le profil de l'expert chargé de réaliser l'évaluation. Il n'est donc pas exclu par exemple qu'un comptable agréé soit désigné en lieu et place d'un expert-comptable.

314. En l'absence de difficulté, il ne sera pas nécessaire de faire réaliser l'évaluation par un expert, qui peut ne pas être un commissaire aux comptes. Comme tel, l'évaluation sera faite par les associés eux-mêmes. Ce mécanisme allégé d'évaluation des apports en nature pourrait se justifier par le fort *intuitu personae* qui caractérise la société coopérative. Toutefois, une surévaluation des apports en nature n'est pas à exclure ; laquelle porterait atteinte aux intérêts des tiers.

Il est assez curieux que pour une structure à vocation capitalistique que l'Acte uniforme n'ait pas prévu des modalités d'évaluation des apports en nature assez sécurisantes pour les types de sociétés coopératives, soit comme celles de l'Acte uniforme qui régit les sociétés commerciales, soit comme un modèle à même de rassurer les tiers sur la prise en compte de la valeur réelle du bien apporté ; même si les autres associés ne voudraient pas se laisser léser par une évaluation avec complaisance de sorte à attribuer plus de droits à l'associé apporteur plus que ce qu'il devrait avoir.

315. Par ailleurs, l'Acte uniforme accorde la liberté à la société coopérative de déterminer le régime des parts sociales souscrites en industrie. Mais, il oblige le coopérateur, apporteur en industrie, à mettre à la disposition de la société tous les gains qu'il a réalisés par l'activité objet

[576] Art. 279 AUSCOOP.
[577] Art. 211 AUSCOOP.
[578] Art. 312 al. 2 et art. 694 à 696 AUDSC.

dudit apport[579]. Cette libéralité dans la détermination du régime de ces parts sociales semble contraster avec la participation de l'apport en industrie dans la formation du capital social[580]. La difficulté réside dans la détermination de la valeur de l'apport en industrie. C'est l'une des raisons pour laquelle il n'est pas retenu pour la formation du capital des sociétés commerciales et qu'il est même interdit dans les sociétés anonymes.

316. La souscription de parts sociales réalisée lors de la constitution de la société contribue à la formation du capital social initial. Tandis que celle réalisée en cours de vie sociale entraîne une augmentation du capital. Même si la société coopérative en droit OHADA est par essence une société à capital variable, elle comporte une limite fixée par les statuts qui déterminent le capital social maximal à ne dépasser[581]. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives consacre ainsi comme caractéristique l'exception au principe d'intangibilité du capital social cher au droit des sociétés commerciales.

2. L'augmentation du capital de la société coopérative par d'autres moyens que la souscription de parts sociales

317. En dehors de la souscription de parts, d'autres moyens permettent de procéder à l'augmentation du capital social. Il s'agit de l'élévation de la valeur nominale des parts sociales et de l'incorporation des réserves. En effet, l'article 57 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives prévoit l'augmentation de la valeur nominale de la part sociale et l'incorporation des réserves comme modalités d'augmentation du capital social. Cette disposition précise que cette augmentation relève de la compétence de l'assemblée générale de la société coopérative. Or, l'article 56 du même Acte uniforme indique clairement que les variations du capital initial à la hausse s'opèrent par adhésion de coopérateurs. L'analyse de ces deux dispositions révèle que l'augmentation du capital de la société coopérative peut être soumise selon les cas au droit commun ou au droit spécifique aux sociétés à capital variable. Ainsi, l'augmentation du capital par adhésion de coopérateurs relève de la variabilité du capital. Elle se réalise alors par la seule volonté des adhérents et, en conséquence, sans intervention de l'assemblée générale. L'absence de l'intervention de cet organe permet une célérité dans la réalisation des opérations d'augmentation du capital social. Dès lors, seule la souscription de parts sociales à la suite de l'adhésion de nouveaux coopérateurs réalise l'augmentation sans formalités de modification du capital social initial de la société coopérative. Cependant, ce type

[579] Voir art. 43 al. 1 et 3 AUSCOOP.
[580] Voir art. 54 al. 2 AUSCOOP.
[581] L'article 18, 14°), de l'AUSCOOP exige que la société coopérative fixe les limitations minimales et maximales du montant du capital social.

d'augmentation relèvera du droit commun s'il nécessite une modification des statuts. Il en est ainsi en cas de dépassement du seuil maximal du capital social. Contrairement à l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives prévoit expressément en son article 18, 14°) un capital maximal librement fixé dans les statuts par les coopérateurs ; d'où l'intérêt de fixer un capital maximal assez élevé à la hauteur des ambitions à long terme de la structure. En France, à défaut de l'exigence par le Code de commerce, c'est une décision de la Cour de cassation qui a requis l'obligation de fixer un capital maximal dans la clause de variabilité insérée dans les statuts, nécessaire pour la variation du capital[582].

318. Il est évident que l'augmentation du capital social par élévation de la valeur nominale des parts sociales et l'incorporation des réserves exigent une modification des statuts et, en conséquence, la convocation de l'assemblée générale extraordinaire pour statuer à cet effet. Ces prévisions de l'Acte uniforme sont identiques à celles du droit OHADA des sociétés commerciales et du droit français ; ce qui dénote une convergence des règles en la matière. En dépit de cette convergence, les modalités d'augmentation du capital des sociétés à capital variable présentent des difficultés particulières.

Paragraphe 2. Les difficultés liées à l'augmentation du capital des sociétés à capital variable

319. Les spécificités de l'augmentation du capital des sociétés à capital variable devraient se traduire par la célérité et la simplicité des opérations y relatives. Celles-ci se caractérisent par la dispense des formalités de dépôt et de publication des actes modificatifs et de manière générale des formalités exigées pour la modification des statuts. Or, certaines modalités d'augmentation du capital nécessiteraient l'accomplissement de formalités telles que la convocation de l'assemblée générale extraordinaire et l'intervention d'un commissaire aux apports. Il en est ainsi du droit préférentiel de souscription attaché aux actions (A) et de la situation des apports autres qu'en numéraire (B), dont la mise en œuvre pourrait contrarier les objectifs de célérité et de simplicité prônés par la variabilité du capital.

A. La nécessaire renonciation au droit préférentiel de souscription

320. Les actions des sociétés de capitaux comportent un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital[583]. Il s'agit d'un droit reconnu à tout actionnaire de souscrire en

[582] Cass. Com., 6 février 2007, *D.* 2007, AJ 587.
[583] Art. 573 al. 1 AUDSC et art. L. 225-132 C. com.

priorité des actions nouvelles émises par la société lors d'une augmentation de capital. Ce droit qui instaure une égalité entre les actionnaires est susceptible de restreindre l'entrée d'associés nouveaux lorsque tous les actionnaires souscrivent l'intégralité des actions nouvelles émises. En droit OHADA des sociétés commerciales, la faculté d'insérer une clause de variabilité n'est ouverte qu'aux sociétés anonymes ordinaires et aux sociétés par actions simplifiées, donc aux sociétés de capitaux.

321. L'augmentation du capital des sociétés à capital variable se réalise par une souscription supplémentaire d'actionnaires ou l'admission d'associés nouveaux ; ces modalités d'augmentation du capital devant s'opérer dans la célérité et la simplicité, c'est-à-dire sans formalité particulière. De la sorte, les associés de ces sociétés à capital variable devraient-ils disposer d'un droit préférentiel de souscription à l'occasion de l'augmentation du capital social sans constituer un obstacle aux objectifs de la variabilité du capital ? L'étude des modalités d'exercice du droit préférentiel de souscription (1) conclurait en son incompatibilité avec la variabilité du capital social (2) et, en conséquence, en sa nécessaire renonciation par les associés pour faciliter l'entrée d'associés nouveaux.

1. Les modalités d'exercice du droit préférentiel de souscription

322. Chaque action d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée confère aux actionnaires un droit préférentiel de souscription. Ce droit s'exerce lors de l'augmentation du capital social par apports en numéraire[584]. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 573 de l'Acte uniforme et de l'article L. 225-132 du Code de commerce français. Il apparaît ainsi que les actionnaires ne peuvent faire valoir ce droit que lors des augmentations de capital réalisés par des apports en numéraire. Son domaine est alors restreint, car l'Acte uniforme et le Code de commerce français le réservent expressément seulement aux associés des sociétés de capitaux. Cependant, en raison de la liberté contractuelle qui prévaut en droit des sociétés, il peut être prévu dans les statuts des autres formes sociales comme la société à responsabilité limitée[585]. Les bénéficiaires du droit préférentiel de souscription des actions grevées d'usufruit sont déterminés soit par la convention entre le nu-propriétaire et l'usufruit, soit par la loi[586]. En effet, à défaut de convention entre les parties ou dans le silence de celle-ci, le nu-propriétaire

[584] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, LGDJ, Paris, 5e éd., 2022, n° 448, p. 165.
[585] *Ibid.*
[586] Art. 581 AUDSC et art. L. 225-140 al. 4 C. com.

est le bénéficiaire du droit préférentiel de souscription et est, en conséquence, celui qui est admis à l'exercer[587].

323. L'augmentation du capital peut se réaliser avec maintien ou suppression du droit préférentiel de souscription selon les modalités décidées par l'assemblée générale extraordinaire. Ainsi, lors de la procédure d'augmentation de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription, l'assemblée générale extraordinaire qui l'a décidée ou autorisée est tenue d'accorder un délai aux actionnaires pour l'exercice de leur droit préférentiel de souscription. Ce délai ne saurait être inférieur à vingt jours, à compter de la date d'ouverture de la souscription en droit OHADA et cinq jours de bourse à dater de l'ouverture de la souscription en droit français[588]. Les actionnaires pourront pendant ce délai souscrire par préférence les actions nouvelles proportionnellement au montant de leur participation dans le capital. A titre illustratif, une société dont le capital est constitué de mille actions d'une valeur nominale de 100 € chacune décide d'augmenter son capital en émettant mille actions nouvelles d'une valeur nominale de 100 € chacune, le droit préférentiel s'exerce en raison d'une action nouvelle pour une ancienne[589] ; autrement dit, un actionnaire qui dispose de cinq actions anciennes a le droit de souscrire prioritairement cinq actions nouvelles. Mais, si elle entend émettre 500 actions nouvelles d'une valeur nominale de 100 € chacune, le droit préférentiel s'exerce en raison d'une action nouvelle pour deux anciennes[590] ; ainsi, un actionnaire qui dispose de quatre actions anciennes a le droit de souscrire prioritairement deux actions nouvelles.

324. L'exercice du droit préférentiel de souscription permet aux actionnaires qui le souhaitent de conserver leur position au sein de la société. Ainsi, les associés majoritaires pourront conserver le contrôle qu'ils ont sur la société, en souscrivant les actions nouvelles proportionnellement au nombre des actions qu'ils détiennent déjà. Cependant, au lieu d'exercer ce droit, un actionnaire peut décider soit de le céder[591], soit d'y renoncer[592], respectivement, entre autres, en fonction de sa capacité financière ou de sa volonté de ne pas investir davantage dans la société[593]. La renonciation individuelle au droit préférentiel de souscription doit se faire avant l'expiration du délai d'ouverture de la souscription suivant une formalité particulière, à savoir la transmission de la décision à la société par lettre au porteur contre récépissé ou par

[587] Art. 582 al. 1 AUDSC et art. L. 225-140 al. 1 C. com.
[588] Voir art. 577 AUDSC et art. L. 225-141 C. com.
[589] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2515, p. 677.
[590] *Ibid.*
[591] Voir art. L. 225-132 al. 3, C. com. et art. 574 AUDSC.
[592] Voir art. L. 225-132 al. 4, C. com. et art. 578 AUDSC.
[593] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 448, p. 165.

lettre recommandée avec demande d'avis de réception[594]. En tout état de cause, la violation du droit préférentiel de souscription entraîne la nullité de la décision[595].

325. En outre, l'augmentation de capital peut se réaliser sans droit préférentiel de souscription pour permettre l'entrée d'associés nouveaux, notamment des investisseurs ou des salariés. Dans ce cas, l'assemblée générale extraordinaire décide de supprimer le droit préférentiel de souscription. Les associés disposant d'actions anciennes ne pourront pas faire jouer une quelconque priorité pour souscrire des actions nouvelles. Mais, ils pourront toujours contribuer à la réalisation de l'augmentation du capital en souscrivant au même titre que les potentiels futurs associés. De la sorte, la suppression du droit préférentiel de souscription favoriserait l'entrée d'associés nouveaux et le financement de la société au même titre que la variabilité du capital ; d'où la question de la compatibilité entre le droit préférentiel de souscription et la variabilité du capital.

2. L'incompatibilité du droit préférentiel de souscription avec la variabilité du capital social

326. Le droit préférentiel de souscription vise à préserver le droit des actionnaires anciens sur l'actif social, en l'occurrence, leurs parts dans « les réserves constituées antérieurement par prélèvement sur leurs bénéfices »[596]. L'émission de nouvelles actions aurait pour conséquence la réduction de la quotité de leurs droits sur l'actif social[597]. L'exercice du droit préférentiel de souscription lors de l'augmentation du capital en numéraire révèle, de ce fait, une difficile conciliation entre protection des droits des actionnaires et exigence du financement des sociétés[598]. L'émission de nouvelles actions pour une société en cours de vie sociale assure le financement de la société et, en conséquence, le renforcement de ses fonds propres, surtout en cas de souscription en numéraire.

327. L'augmentation du capital avec maintien du droit préférentiel de souscription comporte des contraintes et de lourdes conséquences. En effet, l'assemblée générale extraordinaire qui maintient le droit préférentiel de souscription est tenue de respecter le délai minimum prévu par la loi pour permettre aux actionnaires de souscrire des actions nouvelles. Le non-respect de ce délai aura pour conséquence non seulement la nullité des opérations d'augmentation du capital,

[594] Art. 594 AUDSC.
[595] Art. L. 225-132 et L. 225-149-3 al. 2 C. com.
[596] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2162, p. 430.
[597] *Ibid.*, n° 2515, p. 677.
[598] *Ibid.*

mais aussi la responsabilité solidaire des administrateurs et des commissaires aux comptes[599]. Cependant, bien qu'étant prévu, les actionnaires peuvent décider de renoncer individuellement à l'exercice du droit préférentiel de souscription[600]. Cette renonciation peut consister en un simple abandon de la part de l'actionnaire désintéressé par l'opération. Un tel abandon permettrait d'alléger les formalités liées à l'augmentation du capital, si ce n'est qu'il ne pourrait avoir lieu qu'au cours du délai imparti aux actionnaires pour l'exercice de leur droit préférentiel de souscription. La renonciation peut également ressembler à une cession lorsqu'elle se fait au profit de personnes déterminées, lesquelles verseront une contrepartie[601].

328. Lorsque l'assemblée générale extraordinaire décide de réaliser l'augmentation du capital sans droit préférentiel de souscription, elle procède à sa suppression. Celle-ci a pour avantage de faciliter l'entrée d'associés nouveaux ; ce qui participe à la diversification de l'actionnariat de la société[602]. Cependant, cette suppression peut être faite avec ou sans désignation des bénéficiaires. En effet, l'assemblée générale extraordinaire peut supprimer le droit préférentiel de souscription au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires nommément désignés, soit pour la totalité de l'augmentation du capital, soit pour une ou plusieurs tranches de cette augmentation[603]. Ainsi, l'assemblée générale extraordinaire est tenue d'indiquer les bénéficiaires de la suppression du droit préférentiel de souscription lors de l'augmentation du capital. Cette suppression permettra de réserver la souscription de nouvelles actions à des personnes déjà identifiées[604]. Toutefois, la suppression du droit préférentiel de souscription sans indication des bénéficiaires est réservée aux sociétés procédant à une offre au public, c'est-à-dire aux sociétés cotées[605] ; ce qui signifie que les sociétés non cotées ne peuvent pas supprimer le droit préférentiel de souscription sans indication des bénéficiaires. De la sorte, la suppression du droit préférentiel de souscription ne permet pas d'accueillir indéfiniment un nombre important de personnes, dans la mesure où l'identification des bénéficiaires de la suppression de ce droit procède comme la clause d'agrément, laquelle est destinée à contrôler l'entrée d'associés nouveaux dans la société.

Il est alors possible que l'exercice de ce droit, de même que sa suppression, ne puisse permettre d'absorber l'intégralité de l'augmentation du capital social. Le droit préférentiel de souscription

[599] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2162, p. 430.
[600] Voir art. L. 225-132 al. 4 C. com.
[601] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2517, p. 678.
[602] *Ibid.*, n° 2518, p. 678.
[603] Voir art. 586 AUDSC.
[604] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 461, p. 168.
[605] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2519, p. 679.

apparaît, de ce fait, incompatible avec la variabilité du capital social, laquelle favorise l'entrée d'associés nouveaux, de même que la souscription supplémentaire d'actions nouvelles par les actionnaires anciens, seulement dans la limite du capital maximum autorisé. Pour ce faire, il conviendrait pour les sociétés ayant adopté la variabilité du capital de ne pas prévoir le droit préférentiel de souscription dans leurs statuts ou de le réserver seulement en cas d'augmentation du montant du capital maximum autorisé ; l'objectif étant de favoriser le financement des sociétés sans forcément porter atteinte aux droits des actionnaires anciens, tout en assurant la célérité et la simplicité de l'augmentation du capital.

B. La situation des apports autres qu'en numéraire

329. L'article 269-1 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-1 du Code de commerce français prévoient, dans le cadre de la variabilité du capital social, l'augmentation du capital par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux. Les termes « versements successifs » utilisés par ces dispositions désignent les apports en numéraire[606]. Cependant, les termes « admission d'associés nouveaux » ne permettent pas *a priori* d'identifier les types d'apports autorisés pour l'entrée d'associés nouveaux dans la société. L'apport en numéraire ne pose pas de difficultés particulières. Il est d'office admis aussi bien pour les associés anciens, que pour les associés nouveaux. Mais, la situation des apports en nature (1) et des apports en industrie (2) demeurent ambigus ; d'où la nécessité de les examiner successivement.

1. Le rejet de l'apport en nature des associés de sociétés commerciales

330. Un des objectifs de la variabilité du capital social est la réalisation sans formalités particulières et avec célérité et simplicité des opérations sur le capital social, notamment l'augmentation du capital. Sa finalité est alors d'aboutir à l'augmentation du capital, c'est-à-dire la modification à la hausse du montant du capital social, sans modification des statuts de la société. L'augmentation du capital peut être réalisée par l'émission d'actions ordinaires souscrites et libérées par des apports en nature[607]. Il se pose alors la question de savoir si l'augmentation du capital par des apports en nature est compatible avec la variabilité du capital. Autrement dit, les associés nouveaux peuvent-ils intégrer la société en réalisant des apports en nature dans le cadre de la variabilité du capital ?

[606] Voir *supra* n°57, p. 39 et s.
[607] Voir art. 562 AUDSC.

331. De prime abord, les termes utilisés par l'article 269-1 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-1 du Code de commerce français ne permettent pas d'infirmer ou de confirmer la possibilité de souscrire des actions par des apports en nature dans le cadre de la variabilité du capital social. Une analyse des caractères et des modalités de l'augmentation du capital en lien avec la variabilité du capital s'avère nécessaire.

En effet, l'apport en nature désigne tout bien autre qu'une somme d'argent, effectué au profit de la société lors de sa constitution ou lors de l'augmentation du capital social. Sur la base de la nature des biens donnée par l'Acte uniforme en son article 40, l'apport en nature peut porter sur des biens immeubles, des biens meubles corporels ou des biens meubles incorporels[608], mais à condition qu'ils aient une valeur pécuniaire. La valeur en argent des apports en nature est importante pour la formation du capital social ; d'où la nécessité de leur juste et correcte évaluation[609], soit par les associés, soit par un commissaire aux apports. L'évaluation des apports permet de s'assurer de leur consistance et de leur valeur, dans la mesure où ils contribuent à la fonction de financement du capital.

332. L'attribution d'une valeur erronée d'un apport en nature présente un double danger, à savoir d'une part, la présentation aux créanciers d'une image de la société qui ne sera pas fidèle à sa réelle capacité et, d'autre part, l'attribution aux associés de droits sociaux artificiels[610]. Cette attribution erronée résultera d'une sous-évaluation ou d'une surévaluation de l'apport en nature. Entre les deux hypothèses, la surévaluation est plus probable que la sous-évaluation[611], car dans ce dernier cas l'apporteur est « en mesure de faire valoir son intérêt lors de l'apport »[612] ; d'où l'intérêt de l'institution de la procédure d'évaluation de l'apport en nature par le législateur en vue d'une meilleure garantie des droits des différentes parties en présence.

333. Dans les sociétés de capitaux, dont la société anonyme et la société par actions simplifiée, l'évaluation des apports en nature est obligatoirement réalisée par un commissaire aux

---

[608] Cependant, le législateur OHADA est resté muet sur la détermination des biens qui sont admis ou rejetés comme apport en société (dire autrement) ; ce qui signifie que tous les types de biens, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, peuvent être l'objet d'un apport en nature. Pourtant, tel n'est pas le cas. En prévoyant l'évaluation des apports par les associés ou le contrôle de cette évaluation par un commissaire aux apports (voir art. 49 AUDSC), l'Acte uniforme laisse transparaître la nécessité pour le bien objet de l'apport en nature d'être évaluable en argent, ce d'autant plus qu'il contribue à la formation du capital social. Ainsi, seuls les biens représentant une valeur pécuniaire peuvent être l'objet d'un apport en nature. Voir G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « Apport », *op. cit.*, n° 313.

[609] A. LECOURT, « Capital social », *op. cit.*, n° 42.

[610] *Ibid.*, n° 112.

[611] Sauf dans l'hypothèse d'un cas de blanchiment de capitaux consistant à dissimuler l'origine frauduleuse du bien objet de l'apport en nature. Dans ce cas, l'apporteur accepterait minorer la valeur de son bien.

[612] *Ibid.*

apports[613], peu importe la valeur du bien apporté[614]. Les commissaires aux apports sont désignés parmi les commissaires aux comptes à l'unanimité des actionnaires ou, à défaut, par décision de justice[615]. Selon Renaud MORTIER, l'intervention du commissaire aux apports vise à assurer ou encore à certifier la sincérité ou la réalité du capital social et, du même coup, le gage des créanciers sociaux[616]. Pour ce faire, il est alors chargé d'apprécier la valeur des apports en nature dans un rapport annexé aux statuts qui précise la nature des apports, le mode d'évaluation retenu, les raisons de ce choix[617].

334. L'Acte uniforme et le Code de commerce français obligent les associés à faire figurer l'évaluation de chaque apport en nature dans les statuts de la société et ce, dans un rapport établi par un commissaire aux apports qui doit y être annexé[618]. Le rapport du commissaire aux apports sur l'évaluation de chaque apport en nature sera soumis à un vote spécial de l'assemblée réunie à cet effet[619] ; ce qui induit l'obligation de réunir l'assemblée générale pour apprécier le rapport du commissaire aux apports à l'occasion de chaque souscription de titres sociaux par des apports en nature. De la sorte, la souscription de titres sociaux par des apports en nature alourdit la constitution de société[620], de même que l'augmentation du capital social. Cette lourdeur est incompatible avec la célérité et la simplicité des opérations prônée par la variabilité du capital social ; ce qui justifierait l'exclusion de l'apport en nature de ce mécanisme.

335. En outre, la variabilité du capital permet la modification du montant du capital par l'augmentation permanente du capital social au gré des entrées d'associés nouveaux, sans modification des statuts. Pourtant, l'évaluation de chaque apport en nature devant figurer dans les statuts, il apparaît nécessaire de procéder à sa modification à chaque souscription par apport en nature. Dès lors, l'augmentation du capital par des apports en nature ne peut relever de la variabilité du capital, puisqu'elle nécessite la modification des statuts. En d'autres termes, les dispositions de l'article 269-1 de l'Acte uniforme et de l'article L. 231-1 du Code de commerce n'autoriseraient pas l'augmentation du capital par souscription des actions par des apports en

[613] L'article 49 de l'AUDSC prévoit l'évaluation des apports en nature par les associés. Mais l'article 312 al. 2 de l'AUDSC requiert, dans la société à responsabilité limitée, le contrôle de cette évaluation par un commissaire aux apports lorsque la valeur de l'apport en nature considéré ou de l'ensemble des apports considérés est supérieure à 5.000.000 de francs CFA.
[614] Voir art. 400 al. 2 AUDSC. L'article L. 225-147 du Code de commerce français oblige les sociétés par actions à désigner un ou plusieurs commissaires aux apports dans le cadre de tout projet d'augmentation de capital par apports en nature.
[615] Voir art. 312 al. 4 AUDSC.
[616] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 660, p. 400.
[617] Voir art. 401 AUSDC.
[618] Voir art. 50, 400 al. 1 et 403 al. 1 AUDSC et art. L. 223-9 C. com.
[619] Voir art. 408 al. 1 et 2 AUDSC.
[620] V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, Dalloz, Paris, 10e éd., 2022, n° 322, p. 208.

nature dans le cadre de la variabilité du capital. Celle-ci relèvera ainsi de la procédure de droit commun d'augmentation du capital[621] ; d'où le rejet de l'apport en nature de la variabilité du capital social. Qu'en est-il alors de l'apport en industrie ?

2. Le rejet de l'apport en industrie en raison de ses particularités

336. Les termes utilisés par les articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français ne permettent pas de prime abord d'affirmer que l'apport en industrie est admis ou pas dans le cadre de la variabilité du capital. Mais, à l'analyse de son régime juridique et de ses caractères, tout porte à croire que l'apport en industrie est exclu du domaine de la variabilité du capital social. En effet, les termes « apport en industrie » peuvent avoir deux sens. En premier lieu, l'apport en industrie constitue l'engagement pris par un associé de mettre à la disposition de la société ses services, ses connaissances techniques ou professionnelles[622]. Pris dans ce sens, cette acception de l'apport en industrie répond à la conception contractuelle de la société. En second lieu, l'apport en industrie désigne l'activité, la compétence, l'expérience professionnelle ou encore le savoir-faire qu'un associé s'est engagé à consacrer à la société[623]. Pris dans l'un ou l'autre sens, seules les dispositions qui le régissent permettent de saisir son domaine et ses modalités de réalisation[624].

337. Contrairement aux apports en numéraire et aux apports en nature, les apports en industrie ont un domaine limité. Ils sont expressément interdits dans les sociétés anonymes[625], mais admis dans les autres formes sociales, dont la société par actions simplifiée. Ce faisant, à la lumière des dispositions de l'Acte uniforme et du Code de commerce français, on peut déceler trois types d'apports en industrie, à savoir les connaissances techniques, les connaissances professionnelles et les services. Ces types d'apport consisteront notamment à fournir un travail de direction exécuté en tant qu'associé, une activité de compétences, voire de l'expérience professionnelle ou un ensemble d'informations pratiques non brevetées résultant de l'expérience de son auteur et désigné par le terme de know how[626]. Comme tel, ces types d'apport sont caractérisés par leur nature immatérielle. Dès lors, il se pose la question de leur

---

[621] A. PLENT, *op. cit.,* n° 109, p. 55.
[622] G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « Apport », *Revue des Sociétés*, Dalloz, juin 2011, n° 565.
[623] V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 56, p. 43. Cette définition de l'apport en industrie résulte du sens étymologique de l'industrie considéré comme un travail.
[624] Art. 50-1 à 50-4 AUDSC.
[625] Voir art. 50-1 al. 2 AUDSC.
[626] A ; BILONG BILONG, « L'apport en industrie en droit OHADA : une nouvelle approche », *Revue de l'ERSUMA, Revue semestrielle d'Etudes, de Législation, de Jurisprudence et de Pratique Professionnelle en Droit des Affaires*, n° 4, septembre 2014, n° 16, p. 60.

possible évaluation. De la sorte, au regard de sa nature, l'apport en industrie peut-il faire l'objet d'une évaluation pécuniaire au même titre de l'apport en nature ?

338. En réponse à cette interrogation, Géraldine GOFFAUX-CALLEBAUT évoque la position de certains auteurs relevant d'une doctrine minoritaire qui admettent la possibilité de procéder à une évaluation en argent d'un apport technique effectué par un ingénieur comme l'apport d'un brevet par exemple. Ces auteurs relèvent que l'apport en industrie pouvait procurer à la société « une plus-value susceptible d'être appréciée en argent »[627]. Dans la même dynamique, on reconnait à l'apport en industrie la capacité de faire l'objet d'une évaluation pécuniaire, selon le coût de la prestation promise pendant la durée de l'apport, au même titre que l'apport en jouissance, qui est une des modalités de l'apport en nature. Cette capacité d'évaluation pécuniaire se fonderait sur la notion de capital humain théorisée par des auteurs issus de l'Ecole de Chicago et du mouvement *Law & Economics*[628]. Selon ces auteurs, le temps de travail constitue un capital pouvant faire l'objet d'évaluation, car ayant une utilité économique et pouvant être transformé en unité monétaire[629].

339. De même, dans la mesure où les statuts détermineront les modalités de souscription et de libération des apports en industrie, y compris la durée des prestations promises par l'apporteur[630], on devrait y retrouver les modalités d'évaluation des titres résultant d'apports en industrie après leur émission[631]. Pour ce faire, on devrait recourir à un commissaire aux apports pour déterminer la valeur de l'apport après une évaluation qui se réaliserait dans les mêmes conditions que celles de l'apport en nature. L'évaluation se ferait ainsi après l'émission des actions d'industrie et non au moment de leur émission, comme c'est le cas des actions résultant d'apports en nature. Une telle évaluation servirait à s'assurer de la correspondance entre les titres attribués à l'apporteur en industrie et la valeur de ses apports. La difficulté résiderait dans la suite à donner en cas de défaut de concordance entre la valeur de l'apport en industrie et les titres attribués. En outre, les titres résultant d'apports en industrie ne sauraient être supérieurs à 25 % de l'ensemble des titres sociaux[632]. Dès lors, l'on pourrait douter de l'intérêt à réaliser une

[627] G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « *Apport* », *op. cit.*, n° 570.
[628] Le mouvement *Law & Economics*, autrement désigné sous la notion d'analyse économique du droit, est une discipline utilisant les différentes méthodes d'analyses ou d'approches économique du droit pour expliquer les phénomènes juridiques. Voir R ; LANNEAU, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, thèse, droit, Paris X, 2009.
[629] A. FALL, « *La problématique des apports en industrie en droit OHADA* », OHADATA D-18-08, p. 4.
[630] Voir art. 50-2 al. 2 et 853-5 al. 2 AUDSC.
[631] G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « *Apport* », *op. cit.*, n° 588.
[632] Voir art. 50-3 AUDSC.

telle évaluation en raison de la diversité de ce type d'apport et du seuil des droits qui lui sont attachés.

340. Par ailleurs, en raison de son caractère successif, l'apport en industrie se réalise « au fur et à mesure de la vie sociale »[633] et ne peut faire l'objet d'une libération immédiate comme ce qui est exigé pour l'apport en nature. C'est ce qui contribuerait à justifier son exclusion dans les sociétés anonymes, puisqu'il ne contribue pas à la formation du capital social[634] et ne peut donc servir de gage aux créanciers sociaux. En plus, l'apport en industrie n'est pas susceptible d'exécution forcée en nature[635] et de saisie. Qui plus est, contrairement aux titres sociaux résultant d'apports en numéraire et d'apports en nature, les titres sociaux représentant des apports en industrie sont intransmissibles et incessibles, même dans la société par actions simplifiée, société de capitaux dans laquelle ce type d'apport est admis[636].

En somme, l'analyse combinée des dispositions qui régissent l'apport en industrie et celles régissant la variabilité du capital social permet de conclure au rejet de l'apport en industrie dans la variabilité du capital. De ce fait, il ne pourrait être réalisé pour l'augmentation du capital. Il en est de même de l'apport en nature, dans la mesure où sa réalisation nécessite la modification des statuts. Seule la réalisation de l'apport en numéraire réalise incontestablement l'augmentation du capital dans le cadre de la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital. Qu'en est-il de la mise en œuvre de cette clause par la réduction du capital.

Section 2. La mise en œuvre de la clause de variabilité par la réduction du capital

341. En droit commun des sociétés, la réduction du montant du capital social se traduit généralement par la réduction soit de la valeur nominale des titres sociaux, soit du nombre des titres sociaux, soit encore de la combinaison des deux modalités. Elle entraîne la modification des statuts par les associés réunis en assemblée générale extraordinaire. La révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique en 2014 a ouvert de nouvelles perspectives grâce à l'introduction de la variabilité du capital. Celle-ci accorde la faculté aux sociétés éligibles, à savoir les sociétés anonymes ordinaires et les sociétés par actions simplifiées, d'insérer une clause de variabilité en vue de procéder à la

[633] G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « Apport », *op. cit.*, n° 593.
[634] Voir art. 50-3 al. 1 AUDSC.
[635] A. BILONG BILONG, « *L'apport en industrie en droit OHADA : une nouvelle approche* », *op. cit.*, n° 44, p. 68.
[636] Voir art. 50-4 et 853-5 al. 2 AUDSC.

réduction de leur capital en dehors des modalités prévues par le droit commun des sociétés ; lesquelles nécessitent une modification des statuts.

La mise en œuvre de la clause de variabilité du capital entraînera une réduction du montant du capital sans requérir l'accomplissement des formalités exigées pour la modification des statuts. Quelles sont alors les particularités des modalités de réduction du capital dans le cadre de la variabilité du capital qui justifient la dispense des formalités exigées pour la modification des statuts ? L'examen du particularisme de la réduction du capital induit par la clause de variabilité (**Paragraphe 1**) fera apparaître l'étendue limitée de cette modalité (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le particularisme de la réduction du capital induit par la clause de variabilité

342. La mise en œuvre de la clause de variabilité du capital permet la réduction du capital sans les formalités de dépôt et de publication des actes modificatifs. Cette réduction de capital s'opère également sans l'accomplissement des formalités exigées pour la modification des statuts, à savoir la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, l'intervention du commissaire aux comptes et du notaire. Dès lors, la réduction du capital résultant de la mise en œuvre de la clause de variabilité se réalise dans la célérité et la simplicité. Ce sont ces caractères qui consacrent le particularisme de la réduction du capital des sociétés à capital variable, lorsqu'elle facilite la sortie d'associés (B) ; ce particularisme est d'autant plus justifié par la limitation de son domaine d'intervention, puisque toutes les modalités de réduction de capital ne peuvent pas être mises en œuvre dans le cadre de la variabilité du capital (A).

A. Un domaine réduit de la réduction du capital en raison de la clause de variabilité

343. Les sociétés admises à la variabilité du capital sont soumises d'une part, aux règles de droit commun et qui leur sont propres et, d'autre part, aux dispositions régissant la variabilité du capital[637]. La réduction du capital de ces sociétés peut alors relever des règles de droit commun et des règles spécifiques à la variabilité du capital. Les sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne et les sociétés par actions simplifiées sont les seules sociétés admises à la variabilité du capital en droit OHADA. Suivant les dispositions propres régissant ces sociétés, leur capital peut être réduit « soit par la diminution de la valeur nominale des actions, soit par diminution du nombre des actions »[638]. Or, l'alinéa 1 des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français autorise les sociétés à capital

[637] Art. L. 231-1 al. 2 C. com. et art. 269-1 al. 2 AUDSC.
[638] Art. 627 AUDSC.

variable à procéder à la réduction du capital par « la reprise totale ou partielle des apports effectués ». L'analyse de cette disposition conduirait d'une part, au rejet de la réduction de capital par diminution de la valeur nominale des titres sociaux (1) et, d'autre part, à l'admission de la réduction de capital par diminution du nombre de titres sociaux (2) dans le cadre de la variabilité du capital.

1. Le rejet de la réduction de capital par diminution de la valeur nominale des titres sociaux

344. La réduction du capital de la société peut procéder de la diminution de la valeur nominale des titres sociaux[639]. Ce procédé de réduction peut être envisagée en l'absence ou en présence de pertes subies par la société. La mise en œuvre de ce procédé donnera à la société « un capital social plus faible que le capital initial »[640]. La modification à la baisse du montant de la valeur nominale des titres sociaux induira celle du montant du capital social[641]. Les montants du capital social et de la valeur nominale des titres sociaux doivent être obligatoirement mentionnés dans les statuts, conformément aux dispositions de l'article 13 de l'Acte uniforme[642]. Dès lors, la modification desdits éléments entraîne celle des statuts ; ce qui nécessite une décision de l'assemblée générale extraordinaire et l'accomplissement de formalités particulières[643] pour matérialiser sa réalisation. Ainsi, préalablement à la décision de l'assemblée générale extraordinaire, un projet de réduction de capital par voie de diminution du montant de la valeur nominale des titres sociaux doit être transmis au commissaire aux comptes au moins quarante-cinq jours avant la réunion[644]. Celui-ci est tenu de présenter un rapport sur les causes et les conditions de la réduction de capital pour motiver la décision de l'assemblée générale extraordinaire. C'est cette instance qui a seule l'initiative de la réduction de capital par diminution de la valeur nominale des titres sociaux.

345. En outre, la réalisation de la réduction de capital est soumise à une publication dans un journal d'annonces légales, à la modification corrélative des statuts et au dépôt au registre du commerce et des sociétés en France et au registre du commerce et du crédit mobilier dans les Etats membres de l'OHADA[645]. Qui plus est, lorsque la réduction de capital par ce procédé

[639] Voir art. 627 AUDSC.
[640] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2544, p. 691.
[641] Le capital social représente, entre autres, le montant des apports effectués par les associés lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale. Il est divisé en parts sociales ou en actions.
[642] Ces dispositions énoncent les mentions obligatoires devant figurer dans les statuts d'une société commerciale.
[643] Ces formalités sont déterminées par les articles 629 à 638 de l'AUDSC.
[644] Voir art. 629 AUDSC.
[645] Voir art. 631 AUDSC.

n'étant pas motivée par des pertes, les créanciers ont la possibilité de s'y opposer dans un délai de trente jours à compter de la date de publication de l'avis dans un journal d'annonces légales[646]. Ce droit d'opposition des créanciers a pour inconvénient de retarder la réalisation des opérations de réduction de capital[647]. Il est même susceptible de les interrompre lorsque l'opposition est accueillie par la juridiction compétente saisie à cet effet[648]. Ainsi, entre le projet de réduction de capital et la réalisation effective, il s'écoulerait un délai de soixante-quinze jours, soit deux mois et demi. On constate dès lors que ce qui caractérise la longueur de la procédure de réduction de capital par ce procédé est l'existence du droit d'opposition lorsqu'elle n'est pas motivée par une perte et l'intervention du commissaire aux comptes, de même que celle du notaire. De même, le recours à ces derniers et les formalités induites par la réduction de capital démontrent une procédure lourde et contraignante, dont l'omission entraînerait la nullité des actes[649], sans oublier le coût des formalités.

346. A l'analyse, la réduction de capital par diminution de la valeur nominale des titres sociaux est incompatible avec la célérité des opérations prônée par la variabilité du capital social, en raison de la procédure longue, onéreuse et contraignante. Aussi, les termes des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français semblent-ils exclure dans ses modalités ce procédé de réduction de capital. En effet, ces dispositions ne prévoient que la reprise totale ou partielle des apports effectués comme seule modalité de réduction du capital social ; laquelle n'est pas soumise aux formalités de dépôt et de publication des actes constatant la diminution du capital social[650]. Alors que la diminution de la valeur nominale des titres sociaux est soumise au droit commun des réductions de capital et nécessite, de ce fait, la modification des statuts de la société. En d'autres termes, ce type de réduction de capital ne peut être mis en œuvre par la clause de variabilité du capital social, parce que nécessitant la modification des statuts et l'accomplissement de formalités corrélatives. Qu'en est-il de la réduction de capital s'opérant par la diminution du nombre de titres sociaux ?

2. L'admission de la réduction de capital par diminution du nombre de titres sociaux

347. Le capital social représente la somme de la valeur des titres sociaux émis par la société en contrepartie des apports effectués par les associés lors de la constitution ou en cours de vie

[646] Voir art. 632 à 634 AUDSC.
[647] Voir art. 636 AUDSC.
[648] Voir art. 637 AUDSC.
[649] Voir art. 244 et 638-1 AUDSC
[650] Voir art. 269-3 AUDSC et art. L. 231-3 C. com.

sociale[651]. La diminution du nombre de titres sociaux entraînera la réduction du montant du capital social. A ce titre, la doctrine retient que celle-ci peut résulter soit des difficultés que traverse la société, soit d'autres considérations non inhérentes à sa situation financière[652]. En d'autres termes, la réduction de capital peut être liée ou non à l'existence de pertes sociales.

348. En présence de pertes sociales, la réduction de capital vise à assainir la situation patrimoniale de la société. Elle est fonction du niveau des pertes subies, de sorte que celles-ci peuvent affecter les réserves ou le capital social. Ainsi, lorsque les pertes sociales n'affectent que les réserves, elles n'entraînent qu'une réduction du montant des capitaux propres et non du capital social. Cependant, lorsqu'en raison de leur proportion, « l'actif net devient inférieur au montant du capital », il s'avère nécessaire de « faire correspondre capital social et actif net », en procédant à la réduction du capital social[653]. De même, la réduction de capital devient obligatoire lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social[654]. Dans ce cas, à défaut de sa dissolution, les associés sont tenus de procéder à la régularisation de la situation financière de la société, au moyen notamment de la réduction du capital[655] à un niveau au moins égal à celui des pertes sociales n'ayant pas été absorbées par les réserves.

349. Dans tous les cas, ces types de réduction de capital entraînent par anticipation la contribution aux pertes sociales en faisant correspondre le capital social à la réalité financière de la société par une simple écriture comptable, les capitaux propres restants constants[656]. Ces hypothèses de réduction de capital résultent d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire, dans la mesure où elles aboutiront à la modification des statuts. De ce fait, elles ne peuvent être mises en œuvre dans le cadre de la variabilité du capital social, mais sous l'égide du droit commun des sociétés commerciales. Il eut fallu, pour relever de la variabilité du capital, qu'elles soient le fait d'un associé ou d'un organe social concernant un ou plusieurs associés, sans qu'il soit nécessaire de procéder à la modification des statuts.

350. Lorsque la réduction de capital s'opère en l'absence de pertes sociales, elle vise notamment à faciliter le départ d'un ou de plusieurs associés, en leur remboursant par anticipation une partie de leurs apports. Comme tel, elle procède à un transfert de richesses sociales à leur profit, lequel se traduit par un abaissement des capitaux propres de la société[657]. Ce type de réduction peut

[651] Voir art. 62 et 63 AUDSC.
[652] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 453, p. 167.
[653] *Ibid.*, n° 454, p. 167.
[654] Voir art. L. 223-42 C. com. et art. 664 à 669 AUDSC pour les SA.
[655] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 456, p. 167.
[656] R. MORTIER, *Opérations… op. cit.*, n° 717, p. 431.
[657] *Ibid*.

être le fait des associés eux-mêmes ou d'un organe social. Une telle réduction nécessite une décision de la collectivité des associés[658] et la modification des statuts lorsque la société n'a pas le pris le soin d'insérer une clause de variabilité du capital social ; ce qui sous-entend le respect de formalités lourdes, contraignantes, sans oublier le coût lié à la convocation d'une assemblée générale et à la modification des statuts et actes subséquents, de même que l'opposition éventuelle des créanciers. Alors que la présence dans les statuts d'une clause de variabilité du capital social dispense la société de ces formalités et de ses corollaires ; ce qui constitue un avantage aussi bien pour la société, que pour les associés, dans la mesure où elle facilite la réalisation de leurs opérations.

Cette clause permettra ainsi à l'associé de se faire rembourser tout ou partie de son investissement consacré dans l'apport qu'il a réalisé au profit de la société ; lequel remboursement s'opérera aux meilleures conditions fiscales et sans difficultés particulières[659], notamment en l'absence d'opposition de créanciers. L'absence d'une telle clause ne favorisera pas le bénéfice des facilités de remboursement des droits sociaux. Ainsi, sans cette clause de variabilité, un tel remboursement ne devrait se faire que sous le couvert d'une cession de titres ou de leur annulation, obéissant ainsi à une formalité particulière dont la réalisation est lourde, sans oublier l'incertitude de la réussite d'une telle opération.

A l'égard de la société, la clause de variabilité permettra d'envisager dans de meilleures conditions le départ d'un associé, par exemple en cas de mésentente notoire pouvant compromettre le fonctionnement adéquat de la société ou pour faire échec à une procédure de dissolution actionnée par celui-ci[660]. Son départ souhaité par la société se traduira par un remboursement de ses apports. L'opérationnalisation de cette clause s'effectuera avec célérité et efficacité, puisqu'elle ne sera pas soumise aux formalités exigées pour la modification des statuts. On comprend alors les intérêts qui se dégagent de l'insertion d'une clause de variabilité du capital social.

En d'autres termes, le départ volontaire ou provoqué d'un associé, entraînant la diminution du nombre de titres sociaux, peut être mis en œuvre avec célérité, simplicité et efficacité grâce à la clause de variabilité du capital social, en principe, en l'absence de toute formalité de modification de statuts, de dépôt et de publication d'actes y relatifs. En conséquence, seule la

[658] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 457, p. 168.
[659] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 725, p. 438.
[660] *Ibid.*, n° 833, p. 505.

réduction du nombre de titres sociaux est admise dans le cadre de la variabilité du capital social. Cette modalité a également l'avantage de faciliter la sortie volontaire ou forcée d'associés.

B. Une réduction de capital facilitant la sortie d'associés en raison de la clause de variabilité

351. La sortie d'un associé dans une société se matérialise soit par la cession de ses titres sociaux, soit par la reprise totale ou partielle des apports qu'il a effectués. La cession des titres sociaux obéit à une procédure particulière, mais n'entraîne pas la réduction du capital. Tandis que la reprise totale ou partielle des apports a pour conséquence la réduction du capital de la société. La reprise des apports se réalise par leur remboursement par la société. Ce remboursement peut être sollicité par l'associé dans le cadre de l'exercice de son droit de retrait. Il serait alors la manifestation de la volonté d'investisseurs souhaitant récupérer leurs investissements. Ce remboursement peut être également voulu par la société pour exclure un associé. Le retrait d'associé induit la réduction du capital de la société non motivée par des pertes, tel qu'il en est également de l'exclusion[661]. Il conviendrait dès lors d'examiner d'une part, l'exercice du droit de retrait d'associé (1) et, d'autre part, la faculté d'exclusion d'associé reconnue aux sociétés à capital variable (2).

1. L'exercice du droit de retrait d'associé

352. Le retrait se distingue du droit de retrait. Le retrait d'associé se traduit par la perte de la qualité d'associé par plusieurs moyens, dont la cession ou le rachat des titres sociaux[662]. Alors que le droit de retrait désigne la faculté reconnue à un associé de mettre un terme à sa participation au sein de la société en reprenant ses apports sans avoir besoin de passer par la cession de ses droits sociaux[663]. « Contrairement aux sociétés à capital fixe où le droit de retrait est exceptionnel, ce dernier est de principe dans les sociétés à capital variable »[664] dont l'exercice peut faire l'objet d'aménagement légal ou statutaire. L'aménagement légal des modalités de retrait consacrerait l'approche institutionnelle de la société ; ce qui protégerait plus les intérêts de l'entité sociale face aux conditions qu'imposerait un investisseur influent exigeant un aménagement des statuts pour faciliter au mieux l'exercice de son droit de retrait.

[661] R. MORTIER, *Opérations… op. cit.*, n° 828, p. 503.
[662] A. PLENT, *op. cit.*, n° 423, p. 209.
[663] I. SAUGET, *Le droit de retrait de l'associé*, thèse, droit, Paris X, 1991, n° 705, p. 624, cité par R. MORTIER, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, thèse, droit, Rennes, 2001.
[664] A. PLENT, *op. cit.*, n° 452, p. 220.

353. Dans une espèce qui lui a été soumise, la 3e chambre civile de la Cour de cassation française énonçait que la perte de la qualité d'associé en droit commun des sociétés ne saurait être préalable au remboursement des droits sociaux[665]. Or, dans les sociétés à capital variable, l'exercice du droit de retrait est soumis aux seuils légal et statutaire pouvant le paralyser en cas d'atteinte des limites fixées. Dès lors, l'associé est obligé de différer sa volonté de se retirer de la société, jusqu'à ce que celle-ci atteigne un niveau de capital permettant un tel retrait, dont la mise en œuvre aboutira au remboursement des droits sociaux. Dans cette hypothèse, l'associé conservera sa qualité jusqu'au remboursement effectif de ses droits sociaux lorsque les conditions de son départ seront conformes aux seuils légal et statutaire[666].

354. Le droit de retrait inhérent à la variabilité du capital social déroge aux dispositions du droit commun des sociétés et son exercice peut faire l'objet d'aménagement conventionnel portant notamment sur l'instauration d'un délai de préavis, d'une durée minimale de participation au sein de la société, d'une clause de non concurrence, d'un délai de remboursement des droits sociaux compatible avec le seuil minimal de réduction du capital[667]. Cet aménagement conventionnel résulte des dispositions de l'article 269-2-1 de l'Acte uniforme qui autorise les statuts à définir les modalités de reprise des apports.

355. Contrairement au droit commun des sociétés commerciales soumettant le retrait d'associé aboutissant à la réduction du capital à la décision de l'assemblée générale extraordinaire[668], le retrait d'associé résultant de mise en œuvre de la clause de variabilité du capital social déroge à cette règle légale et résulte de l'initiative seule de l'associé. En raison du recours à la variabilité du capital social, les retraits d'associés ne sont pas soumis aux formalités de dépôt et de publication lorsqu'ils ne nécessitent pas la modification des statuts[669]. Mais, ils pourraient être soumis à des formalités édictées par les statuts, tels que le respect d'un délai de préavis, la déclaration de retrait sous une forme préalablement établie, l'examen de la conformité du retrait aux dispositions légales et statutaires par un organe social, l'inscription sur un registre spécifique[670]. Ces formalités instaurées par les statuts trouveraient leurs fondements dans la nécessité de stabiliser le capital de la société et de préserver l'intérêt social[671]. Toutefois, en cas

[665] Cass. Civ. 3e, 9 décembre 1998, *BJS* 1999, p. 385.
[666] A. PLENT, *op. cit.*, n° 464, p. 226. Voir Cass. com., 17 juin 2008, *D*. 2008, p. 1818.
[667] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 849, p. 515.
[668] Voir art. L. 225-204 al. 1 C. com. et art. 628 al. 1 AUDSC.
[669] Voir art. 269-3 al. 1 AUDSC.
[670] A. PLENT, *op. cit.*, n° 434, p. 213.
[671] *Ibid.*, n° 428, p. 211.

de litige, ces clauses seront soumises au contrôle du juge qui pourra à l'occasion les déclarer contraires ou non à l'ordre public ou à la liberté individuelle des associés.

356. En laissant expressément la latitude aux associés de fixer dans les statuts les modalités de reprise des apports, l'Acte uniforme fait prévaloir l'approche contractuelle de la société. Cependant, il aurait été souhaitable qu'il fixe un minimum d'encadrement dans les dispositions régissant la variabilité du capital, notamment en édictant des grands principes qui pourraient être complétés par les statuts ou en fixant le cadre général des modalités de remboursement des droits sociaux ; ce qui permettrait à tout investisseur, sur la base des prévisions minimales issues de la loi, d'envisager l'incidence de son entrée dans une société à capital variable sur la situation globale regroupant les aspects stratégiques, économiques et financiers, avant d'engager toute négociation[672]. Il conviendrait alors, pour éviter un éventuel contentieux lié à l'exercice du droit de retrait, de fixer dans les statuts les formalités à accomplir, de même que les « modalités financières de remboursement des droits sociaux »[673], de sorte qu'en intégrant la société, l'associé consente auxdites conditions.

De même, l'encadrement du droit de retrait par des clauses d'inaliénabilité limitées dans le temps participerait à la préservation et à la protection des droits des créanciers de la société, le risque constitué par le retrait étant atténué[674].

357. Une difficulté à laquelle pourrait être confronté l'associé envisageant de se retirer est le respect des seuils légal et statutaire de réduction du capital social. Pour contourner cette difficulté, l'associé n'aura d'autre choix que « d'obliger la société à racheter ou à faire acquérir ses titres sociaux »[675] ; auquel cas, il sera contraint à y demeurer, sauf à provoquer son exclusion.

2. La faculté d'exclusion d'associé reconnue aux sociétés à capital variable

358. L'exclusion se traduit par le retrait forcé de l'associé aboutissant ainsi au remboursement de ses droits sociaux. Elle entraîne la perte de la qualité d'associé et, en conséquence, des droits qui y sont attachés. A la suite de son exclusion, l'associé bénéficiera d'une indemnité correspondant à la valeur de ses droits sociaux au moment de son exclusion[676]. A l'égard de la

[672] Cela a l'avantage d'apporter plus de prévision ou de prévisibilité dans les relations contractuelles envisagées entre un investisseur et la société bénéficiaire de ses fonds.
[673] A. PLENT, *op. cit.*, n° 440, p. 215.
[674] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 18.
[675] A. PLENT, *op. cit.*, n° 420, p. 208.
[676] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 831, p. 503.

société, elle conduit à la réduction de capital non motivée par des pertes, dans la mesure où la société procédera au rachat forcé des droits de l'associé et à leur annulation consécutive[677].

359. En décidant de constituer ensemble la société, les associés se sont engagés à travailler de manière égalitaire et de partager les bénéfices qui en résulteront ou de contribuer aux pertes sociales. Cependant, en cours de vie sociale, des divergences peuvent exister entre les associés. Lorsque ces divergences deviennent profondes, « elles peuvent entraîner la paralysie du fonctionnement de la société et conduire à sa perte, si elles se prolongent »[678] ; ce qui justifierait l'exclusion du ou des associés fautifs pour assurer la survie de la société.

360. La volonté d'un associé de demeurer dans la société et de se comporter comme tel est guidée par l'*affectio societatis*. Celui-ci justifierait le droit pour un associé de demeurer dans la société aussi longtemps qu'il le souhaite. De ce fait, une éventuelle exclusion constituerait une violation de ce droit[679]. Il se pose alors la question de savoir si la perte de cet *affectio societatis* par un associé en cours de vie sociale pourrait justifier son exclusion en lieu et place de la dissolution de la société pour mésentente. L'analyse fondée sur les approches contractuelle et institutionnelle de la société fournirait une réponse divergente à cette interrogation. En effet, selon l'approche contractuelle, en raison du lien contractuel qui l'unit à la société et aux autres associés, l'associé est fondé à y demeurer aussi longtemps qu'il le souhaite, car étant partie au contrat[680]. A l'inverse, selon l'approche institutionnelle de la société, la survie de la société fonderait l'exclusion de l'associé indélicat ou de plusieurs associés en cas de « mésententes supposées ou déclarées entre eux »[681] ; mettant ainsi en cause la force obligatoire du contrat de société et, en conséquence, la permanence de la qualité d'associé.

361. Le droit de demeurer dans la société n'aurait pas un caractère absolu lorsque les statuts comportent une clause d'exclusion. C'est d'ailleurs ce qu'autorise expressément l'alinéa 2 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce pour les sociétés à capital variable. Ce n'est qu'exceptionnellement que le législateur OHADA a admis le principe de l'exclusion seulement dans les sociétés à capital variable[682] ; la situation des sociétés à capital fixe n'étant pas clarifiée en ce qui concerne la validité des clauses d'exclusion[683]. La validité de la clause d'exclusion ne pose pas de difficulté particulière pour plusieurs raisons. L'existence

[677] *Ibid.*, n° 826 et 830, p. 503.
[678] S. TOE, *op. cit.*, n° 14, p. 228.
[679] *Ibid.*, n° 15, p. 228.
[680] *Ibid.*, n° 6, p. 223.
[681] *Ibid*.
[682] Art. 269-6 al. 2 AUDSC.
[683] S. TOE, *op. cit.*, n° 8, p. 224.

de cette clause dans les statuts traduit la volonté ou la liberté contractuelle de l'associé de se voir priver de son droit de propriété sur ses titres sociaux[684]. De même, l'insertion d'une telle clause en cours de vie sociale doit requérir l'unanimité des associés « en vertu du principe selon lequel l'associé ne peut être privé de son droit propre de demeurer associé que s'il y a librement consenti »[685] ; c'est la traduction de l'approche contractuelle de la société. L'exclusion serait ainsi perçue comme une sanction d'un associé n'ayant pas respecté ses engagements issus du contrat de société ou comme un remède destiné à préserver « la bonne poursuite de la collaboration » entre les associés[686]. Ainsi, lorsqu'elle est consacrée dans les statuts, elle confère la possibilité aux associés « d'exclure un associé dont le comportement est susceptible d'être à l'origine de litiges futurs ou dont les qualités attendues ont disparu »[687]. Elle permettrait dès lors d'assurer la survie de la société en cas de persistance des dysfonctionnements ou de conflits mettant en cause ou provoqués par un associé.

En effet, l'exclusion peut être envisagée pour faire échec à une action en nullité de la société intentée par un associé. En effet, en requérant l'exclusion de l'associé demandeur en nullité, la société ferait disparaître l'intérêt à agir dudit associé[688] et ce, en adoptant comme mesure le rachat de ses droits sociaux, dont la mise en œuvre aboutira *in fine* à la réduction du capital social[689], à moins que la société ne les cède[690]. L'exclusion d'un associé doit être motivée et ne saurait être *ad nutum*. Ainsi, un associé peut encourir l'exclusion en raison notamment « de dénigrement de la société, de concurrence déloyale, de changement de contrôle »[691]. Il appartient, de ce fait, aux associés de prévoir ces motifs dans les statuts de la société[692], de même que les modalités du prix de cession des actions. A défaut, ce prix est fixé par les parties ou par un expert en l'absence d'accord[693].

[684] *Ibid.*, n° 18, p. 230.
[685] *Ibid*.
[686] *Ibid*., n° 7, p. 223.
[687] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires,* LGDJ, Paris, 2e éd. refondue, 2018, n°690, p. 333.
[688] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 832, p. 504.
[689] Voir art. L. 235-6 al. 1 et 2 C. com. Voir en droit OHADA.
[690] Voir art. L. 227-16 C. com.
[691] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 838, p. 508.
[692] Voir art. L. 227-16 al. 1 et art. L. 227-17 C. com.
[693] Voir art. L. 227-18 C. com. et art. 1843-4 C. civ. français. L'expert est désigné par les parties ou, à défaut d'accord, par le président du tribunal compétent.

Paragraphe 2. L'étendue limitée de la réduction du capital social dans le cadre de la variabilité du capital

362. Aux termes de l'alinéa 1 des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français, la réduction du capital des sociétés à capital variable s'opère par « la reprise totale ou partielle des apports effectués ». Ces modalités de réduction de capital viendraient s'ajouter à celles prévues par le droit commun des sociétés commerciales, étant entendu que les sociétés à capital variable sont soumises aussi bien aux règles qui leur sont propres, qu'aux règles régissant la variabilité du capital social. Quelle est alors l'étendue de la réduction du capital des sociétés à capital variable ? L'analyse des dispositions régissant la variabilité du capital fera ressortir la consécration d'un double seuil de réduction du capital (A), dont le franchissement pourrait faire l'objet de recours judiciaires (B).

A. La consécration d'un double seuil de réduction du capital

363. L'alinéa 2 des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français encadre la réduction du capital résultant de la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital. Selon cette disposition, les retraits et les exclusions opérés dans le cadre de la variabilité du capital ne devront amener le montant du capital social à un montant inférieur ni au dixième du capital social stipulé dans les statuts, ni au minimal légal fixé pour la forme sociale considérée. Elles instaurent ainsi un double seuil à ne pas franchir lors des retraits ou des exclusions d'associés. Il s'agit d'une part, d'un seuil légal de réduction de capital (1) et, d'autre part, d'un seuil statutaire de réduction de capital (2).

1. L'existence d'un seuil légal de réduction de capital

364. En principe, les associés déterminent librement le montant du capital social, sauf dans les cas où la loi a déjà fixé le capital social minimum en raison de la forme ou de l'objet de la société[694]. Il en est ainsi pour la société par actions simplifiée dont le montant du capital social est librement fixé par les associés[695], matérialisant ainsi l'approche contractuelle de la société. En revanche, le capital social minimum de la société anonyme est fixé par l'Acte uniforme et ne saurait être inférieur à 10.000.000 de francs CFA en droit OHADA et à 37.000 euros en droit français[696]. Le respect de ce minimum requis pour le capital social constitue une condition de validité de la constitution de la société anonyme[697]. Dès lors, la loi a expressément déterminé

[694] Voir art. 65 AUDSC.
[695] Voir art. 835-5 al. 1 AUDSC.
[696] Voir art. 387 al. 1 AUDSC et art. L. 224-1 C. com.
[697] Voir art. 66 al. 1 AUDSC.

un capital social minimum irréductible ou incompressible et qui est repris par les statuts. Il s'agit d'un seuil en dessous duquel la réduction du capital ne sera pas autorisée et emportera certaines conséquences.

365. Le capital autorisé désigne « l'amplitude de la variation entre un minimum incompressible et un maximum autorisé », tandis que le capital souscrit correspond au montant des apports formellement libérés par les associés[698]. La fixation du capital autorisé permet de déterminer la capacité d'une société à faire varier sans restriction le montant du capital social à la baisse. En effet, les associés d'une société à capital variable sont tenus de mentionner le montant du capital autorisé dans les statuts ; ce qui permet de déterminer le niveau de réduction du capital selon les modalités simplifiées autorisées en raison de la clause de variabilité de capital[699]. L'insertion de cette clause permet de faire varier à la baisse le montant du capital social en dehors des formalités exigées par le droit commun des sociétés commerciales.

366. Les sociétés à capital variable n'étant pas une forme sociale particulière, elles sont soumises aux règles de la forme juridique considérée dont elles relèvent[700]. De ce fait, elles sont astreintes au respect du minimum légal déterminé par la loi. Ainsi, la réduction du capital social en dessous du montant minimum fixé par la loi entraîne la dissolution de la société[701]. Autrement dit, une société anonyme en droit OHADA ne saurait voir son capital social descendre en dessous de 10.000.000 de francs CFA, sous peine de dissolution, caractérisant ainsi une approche institutionnelle de la société. On se rend alors compte que la réduction du capital de la société à capital variable est soumise à un seuil, c'est-à-dire une limite, à savoir le minimum légal de la forme sociale considérée. Cependant, cela n'est valable que pour la société anonyme en droit OHADA. En effet, dans le domaine de la variabilité du capital en droit OHADA, seule la société anonyme a vu son capital social minimum fixer par l'Acte uniforme. En outre, la société anonyme en droit français s'est vu exclure du domaine de la variabilité du capital. Qu'à cela ne tienne, le retrait ou l'exclusion d'un associé est confronté à cette limite, dans la mesure où il ne pourrait avoir pour effet de réduire le capital au-dessous du seuil légal, c'est-à-dire du capital social minimum[702]. De ce fait, ce seuil légal constitue un obstacle à la réalisation du retrait et de l'exclusion d'un associé.

[698] A. PLENT, *op. cit.*, n° 307, p. 155.
[699] *Ibid.*, n° 110, p. 55.
[700] Voir art. 269-1 al. 2 AUDSC et art. L. 231-1 al. 2 C. com.
[701] Voir art. 66 al. 2 AUDSC et art. L. 224-2 al. 2 C. com.
[702] A. PLENT, *op. cit.*, n° 453, p. 221.

367. Cependant, une nuance pourrait être faite entre l'exercice du droit de retrait de l'associé et la reprise des apports. En effet, en principe, le seuil légal minimum n'entraverait pas l'exercice par un associé de son droit de retrait reconnu par l'alinéa 1 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français. Il retarderait plutôt l'opérationnalisation ou la mise en œuvre de la reprise des apports par l'associé ayant exercé son droit de retrait qui voit du même coup son départ retardé. En conséquence, le seuil légal constitue une limite à la réduction de capital qu'aurait engendré le remboursement de l'investissement de l'associé, sans occulter la santé financière de la société susceptible de retarder seulement le remboursement des apports. Il conviendrait alors d'aménager les statuts de sorte à empêcher explicitement le retrait d'un associé lorsqu'il réduirait le capital en dessous du seuil minimum légal et des capacités de la société à procéder au remboursement.

Dès lors, l'exercice du droit de retrait pourrait alors être conditionné par le respect du seuil minimum légal et la prise en compte de la santé financière de la société. Les articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 alinéa 1 du Code de commerce français permettent d'ailleurs un tel aménagement. En effet, en accordant aux associés la faculté de se retirer à tout moment, ces dispositions autorisent la société à prévoir des clauses destinées à encadrer l'exercice du droit de retrait. En outre, lesdites dispositions font plus référence au retrait qu'à l'exclusion. De prime abord, on pourrait penser que celle-ci n'est pas soumise au respect du seuil minimum. Cela s'expliquerait par le fait qu'il faut attendre jusqu'au sixième article du chapitre relatif au capital variable dans le Code de commerce français et au septième article du livre y relatif dans l'Acte uniforme pour voir apparaître la possibilité pour la société d'exclure un associé[703]. Cependant, une telle perception serait erronée, dans la mesure où l'exclusion d'un associé conduit à son retrait forcé et au remboursement de son investissement, c'est-à-dire à la reprise de ses apports qui en résultera. Pourtant, la reprise des apports est soumise au seuil minimum légal tel qu'il ressort des articles 269-5 alinéa 1 de l'Acte uniforme et L. 231-5 alinéa 1 du Code de commerce français. Or, le non-respect de ce seuil entraîne la dissolution de la société[704].

En d'autres termes, le retrait et l'exclusion d'associés se trouvent paralyser par le seuil légal fixant la limite de la réduction du capital social, laquelle est également fixée par les statuts.

[703] Le Livre 10 de l'AUDSC et le chapitre du Code de commerce français relatifs au capital variable comporte tous huit articles.
[704] Art. 66 al. 2 AUDSC et art. L. 224-2 al. 2 C. com.

2. L'existence d'un seuil statutaire de réduction de capital

368. Le capital social statutaire correspond à la valeur totale des apports promis par les associés lors de la constitution de la société[705]. C'est le montant de ce capital qui doit figurer dans les statuts, conformément aux dispositions de l'article 13 de l'Acte uniforme et de l'article L. 210-2 du Code de commerce français. C'est ce montant qui est appelé à subir des variations selon les modalités définies à l'article 269-1 de l'Acte uniforme et à l'article L. 231-1 du Code de commerce français. Ces variations devant être « comprises entre le minimum légal et le maximum statutaire »[706], il est à se demander s'il ne revenait pas aux associés de consacrer dans les statuts le minimum à ne pas dépasser en cas de réduction, de sorte à permettre à la société de demeurer à capital variable. Puisque, l'atteinte du seuil légal minimum fait perdre à la société une des modalités de fonctionnement de cette clause statutaire, à savoir la réduction sans nécessité de dissolution ou de transformation de la société.

369. La fixation du capital social minimum dans les statuts met en exergue l'approche contractuelle de la société, car résultant de la volonté des associés. Il convient toutefois de préciser que la stipulation de ce minimum est une exigence légale. En effet, les termes des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 alinéa 1 du Code de commerce obligent les associés à fixer dans les statuts le seuil minimum du capital à ne pas dépasser en cas de réduction de capital par retrait volontaire ou retrait forcé d'associé. Le législateur a rigoureusement encadré cette modalité par l'obligation de délimiter le niveau de variation à la baisse autorisée. Cela requiert des associés l'indication dans la clause de variabilité du montant minimum à ne pas franchir. En déterminant les contours du seuil statutaire minimal qui « ne peut être inférieur ni au dixième du capital social stipulé dans les statuts » ni au minimal légal fixé pour la forme sociale considérée[707], le législateur porte atteinte à la liberté contractuelle des associés. Ceux-ci sont, en effet, tenus de s'y référer dans la fixation du seuil statutaire minimum. L'on pourrait alors de s'interroger sur les intérêts d'un tel encadrement ?

370. La fixation du seuil minimal permet la mise en œuvre de la clause de variabilité, en ce qu'il constitue la borne à ne pas franchir en cas d'actes ou d'opérations engendrant la réduction du capital[708]. En outre, elle contribue à la sécurité juridique à laquelle pourraient prétendre les tiers, en l'occurrence les créanciers, dans la mesure où le seuil statutaire minimal est supérieur au seuil légal minimum. En clair, la fixation du seuil minimal participe à la stabilité du capital

[705] A. PLENT, *op. cit.*, n° 105, p. 53.
[706] *Ibid.*, n° 127, p. 63.
[707] Voir art. L. 231-5 al. 2 C. com. et art. 269-5 al. 2 AUDSC.
[708] Le seuil minimal limite l'exercice du droit de retrait et l'exclusion des associés.

social[709] jusqu'à un certain seuil déterminé par la loi et les statuts. De ce fait, « après les réductions opérées, le capital souscrit devrait être au moins égal à un dixième du capital social statutaire »[710]. C'est ce qui résulte d'ailleurs de l'application des dispositions des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français. Cependant, qu'en est-il en cas de non-respect de ce seuil minimal statutaire ? La réponse à cette interrogation résultera de l'exercice des recours judiciaires y relatifs.

B. L'intervention possible des recours judiciaires à l'issue des opérations de réduction de capital

371. La réussite de la réalisation des opérations de réduction du capital est tributaire du respect des conditions et des formalités édictées par le droit des sociétés. Le non-respect desdites conditions et formalités fera l'objet de sanctions judiciaires à l'issue d'actions en justice intentées à cet effet. Il s'agira selon les cas de nullité des opérations de réduction (1) et/ou de dissolution de la société (2).

1. La nullité des opérations de réduction de capital

372. La nullité fait l'objet d'un encadrement strict en droit des sociétés par le législateur au regard de ses conséquences ; c'est ce qui justifie la limitation du champ des nullités[711]. En droit des sociétés, les causes de la nullité diffèrent selon que les actes, les décisions ou les délibérations entraînent ou non la modification des statuts. Dans le premier cas, lorsque la modification des statuts est envisagée, la nullité résulterait des dispositions de la loi régissant les sociétés commerciales, des dispositions statutaires ou des dispositions régissant la nullité des contrats de manière générale[712]. Autrement dit, les causes de nullité des actes qui modifient les statuts d'une société commerciale sont celles « du droit commun des contrats et celles qui résultent d'une disposition expresse du livre II du Code de commerce »[713]. Dans le second cas, en l'absence de toute modification des statuts, la nullité résulterait d'une disposition de l'Acte uniforme la prévoyant expressément, la violation d'une disposition impérative de l'Acte uniforme, la violation d'une disposition impérative des textes régissant les contrats ou la violation d'une clause statutaire jugée essentielle par la juridiction saisie[714].

---

[709] A. PLENT, *op. cit.*, n° 425, p. 210.
[710] *Ibid.*, n° 363, p. 177.
[711] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Nullités des actes et délibérations : bis repetita placent », *RTD Com*. 2013, p. 530 (p. 2).
[712] Art. 243 AUDSC.
[713] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit*., n°467, p. 340.
[714] Art. 244 AUDSC.

Ainsi, au sens de l'article 244 de l'Acte uniforme, la nullité des opérations de réduction du capital ne nécessitant pas une modification des statuts pourrait résulter de quatre causes, à savoir une disposition de l'Acte uniforme la prévoyant expressément, la violation d'une disposition impérative de l'Acte uniforme, la violation d'une disposition impérative des textes régissant les contrats ou la violation d'une clause statutaire jugée essentielle par la juridiction saisie. L'alinéa 2 de l'article L. 235-1 du Code de commerce français est plus strict que l'article 244 de l'Acte uniforme, puisqu'il ne prévoit que la violation d'une disposition impérative du « présent livre » ou des lois qui régissent les contrats. Au regard de ces dispositions, quelle interprétation devrait-on avoir des causes de nullité en droit des sociétés ?

373. Certains auteurs considèrent que la rigueur du régime des nullités aboutirait à l'impossibilité d'obtenir la nullité de telles décisions prises en violation des clauses statutaires[715]. Pour ce qui concerne les décisions d'exclusion, il y aurait un risque d'impossibilité d'obtenir la nullité de telles décisions si, malgré le respect des principes fondamentaux, apparaissent des éléments subjectifs résultant de l'appréciation des motifs d'exclusion par le juge, considérant que l'examen des procédures est une question objective. La Cour de cassation française est restée fidèle « à une interprétation stricte des nullités, y compris pour les nullités des actes et des délibérations dont les répercussions sont bien évidemment beaucoup moins importantes que celles produites par la nullité des sociétés »[716]. Dans le même sens, concernant spécifiquement les sociétés par actions simplifiées, contrairement à la doctrine qui « rallie la lecture souple », la Cour de cassation française applique une interprétation stricte des causes de nullité en droit des sociétés[717].

En ce qui concerne spécifiquement la réduction du capital, elle doit être réalisée conformément aux conditions et aux formalités fixées par l'Acte uniforme en droit OHADA et par le Code de commerce en droit français. Au titre des conditions édictées par ces textes figure le respect du seuil minimal légal ou statutaire de réduction du capital. Le retrait et l'exclusion des associés ne doivent pas entraîner la réduction du capital en dessous du seuil déterminé par l'alinéa 2 des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français. Quelle sanction résulterait du non-respect de ce seuil limite de réduction du capital ?

[715] J. DELVALLEE, « Arrêt Larzul 2 : dans les SAS, une décision collective prise en violation des clauses statutaires peut être annulée », sous Cass. 15 mars 2023, FS-B, n° 21-18.324, Dalloz actualité 28 mars 2023, n° 6.
[716] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Nullités des actes et délibérations : bis repetita placent », *op. cit.*, p. 2.
[717] J. DELVALLEE, « Arrêt Larzul 2 : dans les SAS, une décision collective prise en violation des clauses statutaires peut être annulée », *op. cit.*, n° 10.

374. Les dispositions spécifiques du Code de commerce français traitant de la variabilité du capital ne déterminent aucune sanction résultant du non-respect du seuil minimal statutaire. Ces dispositions n'ont en effet pas expressément prévu la nullité en cas de non-respect du seuil minimum de réduction du capital. Ainsi, en droit français, la nullité de la réduction résultera des règles de droit commun, lesquelles établissent la distinction entre les actes ou délibérations modifiant les statuts et ceux ne modifiant pas les statuts[718]. De la sorte, deux hypothèses doivent être distinguées : à savoir l'hypothèse de la nullité des actes modifiant les statuts et l'hypothèse de la nullité des actes ne modifiant pas les statuts.

Alors qu'en droit OHADA, la nullité résulte des dispositions spécifiques à la variabilité du capital. Tel n'est pas le cas pour l'Acte uniforme dont l'article 269-5 alinéa 3 sanctionne par la nullité toute réduction du capital au-delà du seuil minimal statutaire. La conséquence de cette nullité sera la paralysie de l'exercice du droit de retrait. Dans ce cas, le départ de l'associé devra résulter des modalités de droit commun de réduction du capital, avec une diminution du nombre des titres sociaux ; ce qui nécessitera l'accomplissement des formalités exigées pour la modification des statuts, à savoir la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, l'intervention du commissaire aux comptes et du notaire, ainsi que les formalités de dépôt et de publication des actes modificatifs. Quant à l'exclusion d'associé, la nullité de cette mesure entraîne la réintégration de l'associé au sein de la société[719].

2. La dissolution de la société, conséquence de la nullité des opérations de réduction de capital

375. En droit des sociétés, la nullité et la dissolution constituent des causes de disparition de la société[720]. En effet, la nullité d'une société, qui n'est pas rétroactive, emporte sa dissolution et, en conséquence, sa disparition pour l'avenir[721]. A l'instar des causes de nullité, les causes de dissolution ont été limitativement énumérées par le législateur. Les causes communes de dissolution des sociétés sont prévues par l'article 200 de l'Acte uniforme et l'article 1844-7 du Code civil français[722]. L'analyse de ces dispositions laisse apparaître une variété d'origine des causes communes de dissolution des sociétés, dont les dissolutions d'origine conventionnelle,

[718] Art. 243 et 244 AUDSC et art. L. 235-1 C. com.
[719] A. PLENT, *op. cit.*, n° 793, p. 377.
[720] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, Ellipses, Paris, 6e éd., 2020, n° 262, p. 195.
[721] N. BLANC *et al., op. cit.*, n° 486, p. 175.
[722] En droit commun burkinabè, le Code civil prévoit en son article 1865 les causes communes de dissolution de société. En cas de contrariété entre les dispositions relatives à la dissolution de la société, les dispositions de l'Acte uniforme prévalent sur celles du Code civil, en application du principe selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales.

judiciaire et accidentelle. Or, la nullité des opérations de réduction du capital entraîne la dissolution de la société. En quoi la nullité d'une opération de réduction du capital peut-elle constituer une cause de dissolution de la société à capital variable ?

376. Le retrait et l'exclusion des associés entraînent la réduction du capital, lequel ne saurait se retrouver en dessous du seuil déterminé par l'alinéa 2 des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français. Le non-respect du seuil de réduction du capital peut-elle justifier la dissolution de la société à capital variable ? La dissolution de la société en raison du non-respect du seuil de réduction du capital n'a pas été prévue par les dispositions spécifiques applicables à la variabilité du capital. Cette sanction résulte expressément des dispositions de droit commun des sociétés, auxquelles sont également soumises les sociétés à capital variable. A cet effet, l'alinéa 2 des articles 66 de l'Acte uniforme et L. 224-4 du Code de commerce français sanctionne la réduction du capital en dessous du seuil minimum fixé par l'Acte uniforme par la dissolution de la société.

Or, au titre des sociétés éligibles à la variabilité du capital en droit OHADA, l'Acte uniforme n'a pas fixé de capital social minimum pour la société par actions simplifiée, mais seulement pour la société anonyme. De la sorte, la société par actions simplifiée échappe d'office à la dissolution, dans la mesure où l'alinéa 2 de l'article 66 de l'Acte uniforme ne traite que du capital minimum légal. De ce fait, elle n'encourra que la nullité en cas de franchissement du seuil minimum fixé par les statuts, tel qu'il résulte de l'alinéa 3 de l'article 269-5 de l'Acte uniforme. Cette disposition spécifique aux sociétés à capital variable en droit OHADA prévoit que « toute réduction du capital au-delà de la limite prescrite par les statuts est nulle ». Les dispositions relatives aux sociétés à capital variable en droit français ne prévoient pas une telle sanction, même si le seuil minimum irréductible est fixé par les statuts, conformément à l'alinéa 1 de l'article L. 231-5 du Code de commerce français. Il convient alors de se référer au droit commun des sociétés pour tirer les conséquences qui s'imposent.

377. Seule la société anonyme est alors soumise à la dissolution en droit OHADA, tout comme en droit français, en cas de franchissement du seuil légal minimum[723]. Dans les autres formes sociales, le non-respect du seuil statutaire n'entrainera la dissolution de la société qu'en cas de nullité de celle-ci. La dissolution de la société anonyme en droit OHADA consécutive à la nullité des opérations de réduction du capital fondée sur le non-respect du seuil minimum légal constitue ainsi une cause de dissolution de plein droit et non une cause commune de dissolution.

[723] art. L. 224-2 al. 2 C. com.

La dissolution a pour conséquence la disparition de la société qui « ne peut plus être rétablie par la volonté des associés, peu importe que la dissolution n'ait pas été publiée »[724] ; elle devient irréversible à leur égard. Il revient alors aux associés qui veulent poursuivre l'exploitation sociale de créer une nouvelle société, puisque la dissolution aura en principe pour conséquence la liquidation[725]. En outre, la société disparaît pour l'avenir à leur égard, donc sans rétroactivité, car devant être liquidée après une existence régulière ; cette existence ayant été rompue en raison du non-respect du seuil légal à la suite d'une opération de réduction du capital.

La dissolution de la société consécutive à la nullité des opérations de réduction du capital ne pourrait résulter d'une décision des associés ; ces derniers ne devraient pas avoir intérêt à prendre une telle décision qui mettra un terme à leur société et pourraient, pour ce faire, envisager la régularisation de la situation en respectant le seuil légal minimum. Dans une telle hypothèse, la dissolution résultera alors d'une décision de la juridiction compétente saisi par toute personne intéressée.

En somme, les particularités des modalités de réduction dans le cadre de la variabilité du capital se résument essentiellement dans leur célérité et simplicité, de même que dans leur capacité à faciliter la sortie d'associé par l'exercice du droit de retrait ou du pouvoir facultatif d'exclusion d'associé s'opérant tous par une diminution du nombre de titres sociaux. Ces particularités justifieraient ainsi la dispense des formalités exigées pour la modification des statuts.

378. La réduction du capital dans le cadre de la variabilité du capital fait l'objet d'un encadrement légal et statutaire. Cet encadrement consiste à fixer un seuil limite de réduction, c'est-à-dire une limite du capital à ne pas franchir en cas de retrait ou d'exclusion d'associé. L'encadrement légal de la réduction résulte de l'alinéa 2 des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français. Au sens de cette disposition, les retraits ou les exclusions d'associés ne devraient pas amener le capital à un niveau inférieur ni au dixième du capital stipulé dans les statuts, ni au minimum légal fixé pour la forme sociale considérée. Quant à la fixation dans les statuts du seuil minimum à ne pas franchir en cas de retrait ou d'exclusion d'associé, elle résulte de l'alinéa 1 des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5.

L'intérêt de la fixation de ce seuil est de favoriser la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital par la détermination de la borne inférieure à ne pas atteindre en cas de retrait ou d'exclusion d'associé ; ce d'autant plus que le seuil statutaire est censé être supérieur au seuil

[724] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 280, p. 205.
[725] En dehors des cas de scission, de fusion et de réunion des parts sociales en une seule main, la dissolution entraîne la liquidation de la société.

légal minimum. En outre, il s'agit, en fixant un tel seuil, de participer à la stabilité du capital qui doit conserver un niveau déterminé par la loi ou les statuts en fonction de la forme juridique de la société.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

379. La mise en œuvre de la variabilité du capital permet un aménagement permanent du capital social, c'est-à-dire des modifications à la hausse ou à la baisse, lesquelles correspondent respectivement à l'augmentation et à la réduction du capital social. Ainsi, en premier lieu, l'augmentation du capital social dans le cadre de la variabilité du capital social s'opère par des versements successifs réalisés par des associés et l'admission d'associés nouveaux. Ces modalités d'augmentation du capital ont pour limite en droit français le capital social maximum autorisé déterminé par les statuts ; cette limite n'étant pas prévue en droit OHADA des sociétés commerciales. En second lieu, la variabilité du capital social favorise la réduction du capital au moyen de l'exercice du droit de retrait de l'associé ou le pouvoir d'exclusion de la société, se traduisant par la diminution du nombre de titres sociaux. Cependant, cette réduction est soumise au seuil minimum déterminé par les statuts, dont le non-respect pourra être sanctionné par la nullité des opérations de réduction du capital, paralysant ainsi selon les cas l'exercice du droit de retrait de l'associé ou le pouvoir d'exclusion de la société, conformément aux dispositions régissant la variabilité du capital ; à défaut la réduction du capital devra se conformer aux dispositions de droit commun dont la mise en œuvre est lourde, contraignante et onéreuse, sans oublier l'incertitude de leur aboutissement.

380. La clause de variabilité du capital permet de procéder à la modification du montant du capital social sans l'accomplissement des formalités exigées pour la modification des statuts, notamment la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, l'intervention du commissaire aux comptes et du notaire, opérant ainsi une modification du capital avec célérité et simplicité ; ce qui a l'avantage de faciliter l'entrée et la sortie d'associés. L'absence de modification des statuts expliquerait la facilité de réalisation de ces opérations sur le capital social, liée à l'objectif de l'efficacité du financement que permet la variabilité du capital ; ce qui justifie la dispense des formalités de dépôt et de publication exigées pour la modification des statuts. La variabilité du capital favorise ainsi à toute époque de la vie sociale d'une part, l'entrée indéfinie d'associés nouveaux et la souscription supplémentaire d'actions nouvelles et, d'autre part, la sortie et l'exclusion d'associés. L'objectif recherché grâce à la simplification des opérations d'augmentation et de réduction du capital est d'attirer des investisseurs en vue d'assurer la compétitivité de la société ; lesquels investisseurs doivent être assurés de la fluidité de leurs investissements garantie par leur sortie facilitée.

CONCLUSION DU TITRE 2

381. L'effectivité de l'aménagement du capital, à savoir la modification à la hausse ou à la baisse, sans modification des statuts est tributaire de l'intégration de la société dans le domaine de la variabilité du capital. En droit français, le Code de commerce n'exclut que la société anonyme du domaine de la variabilité du capital. En revanche, en droit OHADA, avec l'adoption de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives en 2010 et la révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économiques, les formes sociales admises à la variabilité du capital sont constituées des sociétés anonymes ordinaires, des sociétés par actions simplifiées et des sociétés coopératives. A l'évidence, le domaine de la variabilité du capital social en droit français est plus large qu'en droit OHADA.

382. La modification souple du capital social induit par la clause de variabilité permettrait aux sociétés bénéficiaires de renforcer leurs capitaux propres par une augmentation permanente de leur capital social. Celle-ci se réalisera par les souscriptions permanentes de nouveaux droits sociaux par les associés déjà membres de la société et les futurs associés sans qu'il y ait besoin de modifier les statuts de la société. Ces souscriptions permanentes se matérialiseront par le versement de leurs apports en numéraire. L'on voit ici tout l'intérêt que pourraient avoir des investisseurs à l'égard d'une société qui pourrait les accueillir et les laisser repartir sans formalité contraignante, longue et onéreuse.

383. En outre, l'effectivité de la modification du capital sans la modification des statuts nécessite le respect des modalités de mise en œuvre de la clause de variabilité du capital. Celles-ci procèdent de l'augmentation et de la réduction du montant du capital social. L'augmentation du capital résulte des versements successifs réalisés par les associés et l'admission d'associés nouveaux. La spécificité de la variabilité du capital n'autorise que l'augmentation du capital par des apports en numéraire. L'augmentation du capital par des apports en nature ne pourrait relever de la variabilité du capital, car elle induit la modification des statuts. De même, cette modalité d'augmentation du capital s'opposerait à la célérité prônée par les dispositions des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français, en raison de la lourdeur et du caractère onéreux de sa mise en œuvre, car nécessitant notamment l'intervention

d'un commissaire aux apports. Qui plus est, la variabilité du capital ne permet pas la réduction du capital par diminution de la valeur nominale des titres sociaux, laquelle modalité est soumise aux règles de droit commun des sociétés, dans la mesure où elle nécessite la modification des statuts. Seule la réduction du capital par diminution du nombre des titres sociaux est admise dans le cadre de la variabilité du capital. Elle s'opérera par le retrait ou l'exclusion d'associé.

L'effectivité de l'aménagement du capital social grâce à une variabilité n'impliquant pas de modification des statuts favoriserait le recours aux associés et aux investisseurs pour renforcer les fonds propres de la société.

384. Le renforcement des capitaux propres d'une société permet de dégager des ressources financières, afin de financer ses projets sans avoir recours à l'intermédiation bancaire. Il suffit, pour ce faire, que la possibilité soit ouverte aux associés déjà membres et aux futurs associés de participer au renforcement des fonds de la société. Mais, il faudrait que cette participation puisse se faire dans la célérité pour pouvoir réellement attirer les investisseurs. De même, les sociétés seraient intéressées de disposer d'un financement complémentaire par des apports qui s'effectueront en permanence et dans la célérité.

Les sociétés éligibles à cette modalité de fonctionnement ont alors la possibilité d'insérer dans leurs statuts une clause de variabilité. Celle-ci aura pour effet de favoriser le financement de la société grâce à l'augmentation récurrente du capital par des apports en numéraire[726]. Ce mécanisme peut, de ce fait, être exploité pour renforcer les capitaux propres des sociétés, pour peu qu'elles réussissent à attirer des investisseurs désirant intégrer son actionnariat aux fins de rentabilité financière.

[726] Voir *supra* n°45, p. 33.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

385. L'introduction de la variabilité du capital social en droit OHADA contribuerait à attirer les investisseurs intéressés par la célérité et l'efficacité dans les opérations de financement des entreprises. La mise en œuvre de la clause de variabilité permet, en effet, un renforcement des fonds propres de la société. Celle-ci accédera ainsi à un financement complémentaire afin de renforcer ses fonds propres, grâce à la possibilité que lui offre la variabilité du capital de modifier avec célérité le montant du capital social, notamment par l'augmentation permanente du capital social.

386. L'augmentation du capital social dans le cadre de la variabilité du capital social s'opère par des versements successifs réalisés par des associés et l'admission d'associés nouveaux. Les versements successifs désignent la souscription répétée de titres sociaux au moyen d'apports en numéraire, à l'exception des apports en nature et l'incorporation de réserves, lesquelles exigent la modification des statuts et, en conséquence, l'accomplissement de formalités lourdes, contraignantes et onéreuses. Quant à l'admission d'associés nouveaux, elle désigne l'entrée par souscription de titres sociaux en cours de vie sociale d'associés nouveaux. Ceux-ci peuvent être, par exemple, des dirigeants sociaux, des salariés de la société, des investisseurs en capital professionnels ou non. Cette augmentation du capital par des apports en numéraire participera à l'accroissement des fonds propres de la société[727]. Ces modalités d'augmentation du capital ont pour limite en droit français le capital social maximum autorisé déterminé par les statuts ; cette limite n'étant pas prévue en droit OHADA des sociétés commerciales.

387. En outre, la société doit être en mesure de fournir des garanties de fluidité de capitaux aux investisseurs. Ils doivent être assurés de récupérer leurs investissements à tout moment sans contrainte majeure et avec célérité, ce que la variabilité du capital social permet, telle qu'encadrée et favorisée par le droit OHADA, d'inspiration française sur ce point, permet d'assurer. Dès lors, l'un des facteurs attractifs de la variabilité du capital est la sortie des investisseurs sans contrainte particulière ; ce qui favorise leur intervention et, en conséquence, le financement des sociétés grâce à cette modalité de fonctionnement. Cet intérêt s'illustre par

[727] A. PLENT, *op. cit.*, n° 339, p. 167.

les modalités de mise en œuvre de la réduction de capital qui se manifestent par la reprise totale ou partielle des apports effectués.

388. La variabilité du capital offre plusieurs attributs à la société, au nombre desquels la célérité, la discrétion, la confidentialité, la souplesse et une facilité de fonctionnement de la société. Ces attributs constitueraient des facteurs attractifs pour les investisseurs. En effet, les opérations sur le capital respectant les seuils déterminés par la loi et les statuts ne sont pas soumises aux formalités édictées pour la modification des statuts, à savoir la convocation de l'assemblée générale, le dépôt et de publication des actes modificatifs[728]. La discrétion induite par ces opérations intéresserait les investisseurs, puisqu'ils ne trouveraient pas un tel avantage dans une société à capital fixe.

En somme, il apparaît que les modalités de mise en œuvre de la variabilité du capital favorisent la fluidité des investissements, dans la mesure où elles facilitent l'entrée et la sortie des investisseurs du capital des sociétés bénéficiaires. Ces facilités résultent de l'absence des formalités exigées pour la modification du capital ; lesquelles formalités sont lourdes, contraignantes et onéreuses, en raison de la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, de l'intervention du commissaire aux comptes et du notaire, du dépôt et de la publicité des actes modificatifs. Ce sont ces facilités qui démontrent l'attractivité du mécanisme de la variabilité du capital à l'égard des investisseurs.

[728] A. PLENT, *op. cit.*, n° 46, p. 22.

SECONDE PARTIE. L'ATTRACTIVITE PERFECTIBLE DE LA VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL

389. L'attractivité de la variabilité du capital social auprès des acteurs économiques se justifierait notamment par la célérité et l'efficacité de la réalisation des opérations sur le capital, à savoir l'augmentation et la réduction de capital.

Les modalités d'augmentation de capital découlant de la variabilité du capital favorisent le renforcement des capitaux propres des sociétés, en raison de la primauté des apports en numéraire. Ces modalités facilitent également le fonctionnement des sociétés grâce à la dispense de l'accomplissement des formalités de droit commun des sociétés en matière de modification, à savoir, entre autres, la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, l'intervention d'un commissaire aux comptes et d'un notaire, le dépôt et la publication des actes modificatifs. L'augmentation récurrente du capital ne comporte pas que des avantages. Elle génère également des risques pour les associés en présence dans la société. Ceux-ci pourraient être confrontés aux *desiderata* marqués soit par l'accroissement de la position ou du pouvoir des associés ayant souscrit des titres supplémentaires, soit par l'entrée d'associés nouveaux ne partageant pas forcément le même *affectio societatis* et venant réduire la proportion du capital détenue par les associés anciens ; ce qui n'est pas sans risque pour les associés en présence, notamment les fondateurs.

Quant aux modalités de réduction de capital des sociétés à capital variable, elles garantissent la fluidité des capitaux du fait de la reprise totale ou partielle des apports autorisée à toute époque de la vie sociale et sans formalité de modification de capital à accomplir ; ce qui constitue un facteur attractif pour les acteurs économiques, notamment les investisseurs. Cependant, la facilité de sortie conférée par ces modalités génère des inconvénients, tels que la réduction incontrôlée des capitaux propres. Cette réduction résulte soit de l'exercice du droit de retrait, soit de l'adoption d'une décision d'exclusion d'associé. Or, les capitaux propres comportent un intérêt aussi bien pour la société que pour les tiers. A l'égard de la société, la réduction récurrente des capitaux propres occasionnera une réduction progressive, voire un effritement, des ressources nécessaires au financement de l'exploitation et du développement de la société.

A l'égard des tiers, la diminution du montant du capital social se traduit par une réduction de leur gage ; le capital social étant traditionnellement considéré comme le gage des créanciers.

De la sorte, la reprise récurrente des apports comporte des risques pour la société et les tiers ; ce qui porterait atteinte à l'attractivité de la variabilité du capital auprès des acteurs économiques. Pour ce faire, il convient d'envisager des mécanismes destinés à réduire ou à limiter les effets des risques induits par la variabilité du capital social. Dès lors, comment maîtriser les risques de la variabilité du capital en vue de renforcer l'attractivité de la variabilité du capital social ? Cette question pose le problème de l'identification des risques de la variabilité du capital et de la détermination des mécanismes susceptibles de les atténuer. En conséquence, il apparaît nécessaire d'appréhender les facteurs de risque de la variabilité du capital (**Titre 1**), en vue d'envisager les mécanismes juridiques d'atténuation des risques (**Titre 2**).

TITRE 1. LA REALITE DES FACTEURS DE RISQUE DE LA VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL

390. La société à capital variable ne constitue pas une forme juridique déterminée, mais une modalité de fonctionnement. Cette modalité confère à la société sa principale caractéristique provenant du fait que le capital n'est pas figé, mais plutôt mouvant[729]. Dans les sociétés à capital variable, l'augmentation du capital s'opère par la souscription de titres sociaux réalisée par des versements successifs d'associés ou l'admission d'associés nouveaux. Quant à la réduction du capital, elle s'opère par la reprise totale ou partielle des apports effectués et l'exclusion d'associés par la société.

391. La variabilité du capital est utile aux sociétés et constitue une alternative à la cession des titres, en raison des potentialités de circulation des capitaux qu'elle permet[730]. Mieux, elle offre des opportunités en vue d'un meilleur accompagnement des modes d'investissements et des stratégies financières des acteurs économiques[731]. Les avantages de cette modalité résultent non seulement de l'allègement des formalités de modification du capital, mais aussi des particularités de sa mise en œuvre grâce à l'augmentation et la réduction de capital. Les avantages de la variabilité du capital ne doivent pas laisser entrevoir les risques qu'elle comporte. Quels sont alors les facteurs de risque de la variabilité du capital social ? La réponse à cette interrogation devrait permettre d'envisager les caractéristiques et les implications des modalités de sortie des associés spécifiques aux sociétés à capital variable. Il en est de même de la nécessaire conciliation du renforcement des capitaux propres de la société par l'entrée d'associés nouveaux tout en limitant ou en contrôlant la dilution de la participation au capital des associés. Pour ce faire, il convient d'appréhender d'une part, la fréquence de la mobilité des associés dans les sociétés à capital variable (**Chapitre 1**) et, d'autre part, la dilution des droits sociaux (**Chapitre 2**).

[729] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 4.
[730] P. LE CANNU, « SARL à capital variable et libération des apports », *op. cit.*, p. 3.
[731] A. PLENT, *op. cit.*, n° 6, p. 4.

CHAPITRE 1. LA FREQUENCE DE LA MOBILITE DES ASSOCIES DANS LES SOCIETES A CAPITAL VARIABLE

392. En droit commun des sociétés, la mobilité des associés est réalisée par la cession des titres sociaux d'un associé ou le rachat des titres[732]. Ces modalités permettent la sortie d'un associé de la société et, en conséquence, un changement ou une instabilité de l'actionnariat d'une société. Cependant, la procédure de la mise en œuvre de ces modalités de sortie d'associé est lourde et contraignante ; ce qui n'est pas de nature à faciliter la mobilité des associés, particulièrement des investisseurs. En plus de la cession ou du rachat des titres sociaux, le mécanisme de la variabilité du capital consacre deux autres modalités de sortie d'associé, à savoir le retrait et l'exclusion d'associé. Leur modalité de mise en œuvre est déterminée notamment aux articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français. Ces dispositions reconnaissent non seulement à chaque associé un droit de retrait de la société à tout moment, mais aussi la faculté à la société d'exclure un ou plusieurs associés, caractérisant ainsi une potentielle instabilité de l'actionnariat des sociétés adoptant la variabilité du capital social. Ces modalités étant spécifiques aux sociétés à capital variable, il importe d'identifier les facteurs susceptibles d'inciter ou de dissuader les acteurs économiques d'y recourir, c'est-à-dire les avantages et les inconvénients de ces modalités de sortie d'associé.

Quelles sont les caractéristiques et les implications des modalités de sortie des associés spécifiques aux sociétés à capital variable ? L'examen des modalités spécifiques de sortie d'associé dans les sociétés à capital variable démontrera d'une part, une relative mobilité des associés facilitée par l'exercice du droit de retrait (**Section 1**) et, d'autre part, la nécessaire reconnaissance de l'exclusion de l'associé par la société (**Section 2**).

Section 1. Une relative mobilité des associés facilitée par l'exercice du droit de retrait

393. L'attractivité de la variabilité du capital auprès d'investisseurs serait tributaire de la facilité de la mise en œuvre de leur sortie de la société ; leur intérêt étant de récupérer, en plus de la plus-value escomptée, « le capital investi sans pour autant avoir l'obligation de recourir aux

[732] Voir art. 59 AUDSC.

formalités communément exigées »[733], lesquelles sont contraignantes, lourdes et incertaines. En effet, les formalités de la cession ou le rachat des titres sociaux ne sont pas de nature à faciliter la mobilité des associés en raison de leurs caractères contrairement à la variabilité du capital social[734].

394. L'effectivité de la variabilité permanente du capital social à la baisse est liée au droit de retrait inhérent aux sociétés à capital variable ; le droit commun des sociétés à capital variable résultant des articles 269-1 à 269-7 de l'Acte uniforme et L. 231-1 à L. 231-8 du Code de commerce français « offre à chaque associé un droit de se retirer de la société » au moment qu'il juge opportun[735]. Le droit de retrait constitue un des principaux attributs de la variabilité du capital social. Il est acquis à tout associé qui l'exercera selon les formes et modalités définies par les statuts. De la sorte, des limites peuvent être apportées au droit de retrait, empêchant ainsi sa mise en œuvre ou limitant ses effets, en raison d'exigences fixées par la loi ou les statuts de la société à capital variable. Il conviendrait dès lors de démontrer que l'encadrement légal et statutaire de la mobilité des associés, quoique favorisant l'attractivité de la variabilité du capital, comporterait des limites destinées à assurer la pérennité de la société. Ainsi, quelles sont les conditions procédurales et financières de sortie des associés dans les sociétés à capital variable ? Cette interrogation trouverait réponse par l'examen de la neutralisation du droit de retrait (**Paragraphe 2**) en dépit du respect des conditions de mise en œuvre du droit de retrait (**Paragraphe 1**).

Paragraphe 1. Les conditions de mise en œuvre du droit de retrait

395. Le droit de retrait résulte des dispositions de l'article 269-1 de l'Acte uniforme et de l'article L. 231-1 du Code de commerce français. Ces dispositions accordent la possibilité aux associés de se retirer de la société à leur convenance. Mais, les termes de l'alinéa 1 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français donnent l'impression que ce droit peut être supprimé par les statuts ; or, tel n'est pas le cas, dans la mesure où cette disposition autorise seulement les statuts à encadrer son exercice[736], en vue d'assurer une relative stabilité au capital social. Cet encadrement pourrait consister à soumettre l'exercice du droit de retrait à l'accomplissement de formalités préalables à l'effectivité de la sortie de

[733] A. PLENT, *op. cit.*, n° 46, p. 22.
[734] L'article 763-1 de l'AUDSC exige pour la cession, un écrit, la signification de la cession à la société, l'acceptation de celle-ci par un acte authentique, le dépôt d'un acte de l'original de l'acte de cession au siège de la société contre remise d'une attestation de dépôt ; l'opposabilité aux tiers de la cession étant conditionnée par l'accomplissement d'une de ces formalités et publicité au registre du commerce et du crédit mobilier.
[735] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 849, p. 515.
[736] A. PLENT, *op. cit.*, n° 429, p. 211.

l'associé. Il reviendrait alors aux statuts de déterminer les conditions de mise en œuvre du droit de retrait, à savoir les conditions de forme (A) et les conditions financières de l'exercice du droit de retrait (B).

A. Les conditions de forme de l'exercice du droit de retrait

396. Les dispositions régissant la variabilité du capital consacrent le libre exercice du droit de retrait. Elles permettent, toutefois, aux sociétés à capital variable de faire respecter les conditions légales et d'apposer des limites statutaires à l'exercice de ce droit, en vue de préserver leur situation financière[737]. Ces limites seront ainsi consacrées par le respect des limites légales et des procédures fixées par les statuts, en raison de nécessités inhérentes au fonctionnement des sociétés à capital variable. A cet égard, il apparaîtra pour ces sociétés d'exiger l'accomplissement d'une formalité particulière (1) et le respect d'un délai de préavis pour exercer le droit de retrait (2).

1. L'exigence de l'accomplissement d'une formalité de demande de retrait

397. Les dispositions régissant la variabilité du capital reconnaissent à chaque associé le droit de se retirer de la société en reprenant ses apports[738]. Cependant, l'exercice du droit de retrait peut comporter des risques pour la société. En effet, la sortie délibérée d'investisseurs du capital « pourrait considérablement fragiliser la structure sociale dans son ensemble »[739], en raison de la réduction du capital qui en résulterait et, en conséquence, de la perte de ressources financières pourtant nécessaires pour l'exploitation et le financement des investissements de la société. Mais, les termes de l'alinéa 1 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français permettent d'envisager des solutions pour faire face à ce risque en encadrant statutairement l'exercice du droit de retrait. Selon ces dispositions, les statuts doivent déterminer le capital social irréductible à ne pas franchir par les reprises d'apports ; ledit capital ne saurait être inférieur ni au dixième du capital social stipulé dans les statuts, ni au montant minimum fixé par la loi pour la forme sociale considérée[740]. Le Code de commerce français et l'Acte uniforme ont établi au moyen de ces dispositions une limite légale à l'exercice du droit de retrait, à savoir le seuil minimum infranchissable. En plus de cette limite légale, ces textes permettent l'établissement d'une limite à l'exercice du droit de retrait par une clause statutaire.

[737] A. PLENT, *op. cit.*, n° 591, p. 279.
[738] I. SAUGET, *Le droit de retrait de l'associé*, *op. cit.*, n° 705, p. 624.
[739] A. PLENT, *op. cit.*, n° 211, p. 107.
[740] En application des articles L. 231-5 du Code de commerce français et 269-5 de l'Acte uniforme.

398. Même s'ils accordent la possibilité aux associés de se retirer des sociétés à capital variable à tout moment, le Code de commerce français et l'Acte uniforme conditionnent ce retrait au respect de clauses statutaires susceptibles de s'y opposer. Cette position est renforcée en droit OHADA par la liberté accordée aux sociétés à capital variable de déterminer les modalités de reprise des apports[741]. Cette faculté pourrait ainsi conduire ces sociétés à insérer des clauses limitant ou subordonnant l'exercice du droit de retrait des associés. Ces clauses pourront édicter des conditions de forme pour l'exercice de ce droit, telle qu'une lettre recommandée avec accusé de réception ou l'inscription sur un registre spécifique[742]. Il ne s'agit pas, au moyen de telles clauses, de supprimer le droit de retrait, mais de règlementer son exercice en le subordonnant au respect de conditions de forme et de fond, afin de préserver les intérêts de la société[743].

Dès lors, les articles 269-2-1 et 269-6 alinéa 1 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-6 alinéa 1 du Code de commerce français concèdent la liberté aux sociétés à capital variable de fixer les formes d'exercice du droit de retrait. La volonté de se retirer de telles sociétés pourrait alors se manifester par écrit. Cette modalité constituerait l'expression du respect du principe du parallélisme des formes, dans la mesure où l'entrée d'un associé dans une société se réalise généralement par écrit, en remplissant un bulletin de souscription de parts sociales ou d'actions. Cet écrit devrait être adressé à un organe dirigeant ou un organe déterminé par les statuts ; lequel pourrait être, selon les cas, le Directeur général, le Président directeur général ou le Président du conseil d'administration. De la sorte, les associés qui souhaiteraient exercer leur droit de retrait sont tenus de se conformer aux exigences de forme fixées par les statuts, à savoir un écrit adressé à un organe déterminé.

399. L'exigence d'un écrit consisterait-t-il à subordonner l'exercice du droit de retrait à l'accord préalable de l'organe social déterminé par les statuts ? Une réponse négative est envisageable. En effet, la clause statutaire exigeant un écrit ne devrait pas attribuer à l'organe social un pouvoir d'appréciation du « bien-fondé du souhait exprimé par l'associé de se retirer »[744]. Ainsi, ne serait pas valable la clause qui confère aux organes sociaux « un pouvoir souverain d'appréciation » des motifs de retrait d'un associé, dans la mesure où elle serait contraire aux articles 269-4 et 269-6 de l'Acte uniforme et aux articles L. 231-4 et L. 231-6 du Code de commerce français. Ces articles prévoient pour ces organes respectivement la possibilité de

[741] Art. 269-2-1 AUDSC.
[742] A. PLENT, *op. cit.*, n° 434, p. 213.
[743] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 54, p. 18.
[744] A. PLENT, *op. cit.*, n° 437, p. 214.

s'opposer à une cession de titres sociaux et l'interdiction de juger les raisons de la décision de retrait de l'associé[745]. Il ne s'agit pas alors de solliciter l'accord de l'organe social pour l'exercice du droit de retrait ; l'organe social déterminé est seulement tenu de s'assurer du respect des conditions de forme édictées par les statuts et des règles légales limitant l'exercice du droit de retrait, notamment le seuil légal minimum du capital social. Une clause statutaire rédigée dans ces termes serait donc valable et son application pourrait aboutir à un refus motivé du retrait de l'associé en cas de non-respect des conditions édictées ; ce refus pourrait, dans tous les cas, faire l'objet d'un contrôle par la juridiction compétente saisie par l'associé concerné[746].

L'exercice du droit de retrait aurait de ce fait pour obstacle le respect d'une part, du capital minimum irréductible et, d'autre part, de l'exigence statutaire d'un écrit adressé à un organe déterminé. En plus de l'écrit, les statuts pourraient également fixer un délai de préavis pour l'exercice du droit de retrait.

2. La nécessaire fixation d'un délai de préavis d'exercice du droit de retrait

400. L'exercice du droit de retrait s'analyserait en une résiliation unilatérale par l'associé du contrat qui le lie aux autres associés[747] ; Comme tel, il devrait être soumis à un délai de préavis et/ou à une période autorisée. Le délai de préavis constituerait une période de sécurité accordée au co-contractant n'ayant pas eu l'initiative de la résiliation pour envisager des solutions de substitution pour faire face au manque à gagner[748]. L'application du délai de préavis au retrait d'associé résulte de l'approche contractuelle de la société, dans la mesure où celle-ci est créée par contrat entre deux ou plusieurs personnes[749]. Pour les sociétés ayant prévu par exemple une durée maximale de 99 ans[750], on pourrait admettre que chaque associé a la possibilité de résilier le contrat à tout moment, sous réserve du respect d'un délai de préavis fixé dans les statuts ou, à défaut, d'un délai raisonnable[751]. Dans le cas des sociétés à capital variable où le retrait des associés est expressément prévu par le Code de commerce français et l'Acte uniforme[752], le délai de préavis établirait un temps de réaction de la société pour mettre en œuvre la volonté de l'associé qui a manifesté son désir de quitter l'aventure entrepreneuriale.

---

[745] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 46, p. 16.
[746] A. PLENT, *op. cit.*, n° 437, p. 215.
[747] *Ibid.*, n° 595, p. 281.
[748] F-X. TESTU, « Manière dont le contrat s'inscrit dans le temps », *Dalloz référence Contrats d'affaires*, n° 103.47.
[749] Art. 4 al. 1 AUDSC, art. 1832 C. civ. burkinabè, art. 1832 al. 1 C. civ. français.
[750] Art. L. 210-2 C. com. et art. 28 al. 2 AUDSC.
[751] Art. 1211 C. civ. français.
[752] Art. 231-1 al. 1 C. com. et 269-1 al. 1 AUDSC.

401. Quant à l'interdiction d'exercer le droit de retrait pendant une période déterminée, elle vise à permettre à la société de stabiliser ou de renforcer son actionnariat et, en conséquence, sa situation financière ; ce qui permettra de garantir le financement de son exploitation et de ses projets. Cependant, la durée de cette interdiction ne doit pas être longue pour ne pas enlever le sens de la variabilité du capital. Il suffira qu'elle soit prévue et acceptée par les associés, soit lors de la constitution de la société, soit en cours de vie sociale. Dans ce dernier cas, elle doit être acceptée à l'unanimité des associés, parce qu'elle vient restreindre l'exercice d'un droit fondamental de l'associé.

Le délai de préavis n'étant pas prévu par le Code de commerce français et l'Acte uniforme pour l'exercice du droit de retrait, il conviendrait qu'il soit fixé par les statuts, surtout au regard des risques de déstabilisation de la structure du capital qu'il comporte ; à défaut il reviendra à la juridiction compétente de fixer un délai de préavis raisonnable[753].

402. En fixant un délai de préavis, les statuts règlementeront l'exercice du droit de retrait[754]. Cette règlementation statutaire permettra aux dirigeants sociaux d'aménager les mouvements des associés et, de ce fait, de contrôler l'exercice du droit de retrait, en vue de protéger les intérêts de la société[755]. La détermination d'un délai de préavis par une clause statutaire est conforme à l'esprit des dispositions des articles 269-2-1 et 269-6 de l'Acte uniforme et de l'article L. 231-6 du Code de commerce français, lesquelles accordent la liberté aux sociétés à capital variable d'organiser les modalités de retrait des associés.

Par ce délai de préavis, les statuts instaureront une condition de forme qui s'imposera aux associés souhaitant se retirer de la société en plus de l'exigence de l'écrit adressé à un organe déterminé, sans pour autant entraver leur liberté d'exercer leur droit légal de retrait ; l'organe social devra seulement s'assurer du respect de ces deux conditions de forme, sans porter un jugement sur la motivation du retrait. Dès lors, les clauses y relatives ne devraient pas avoir pour objectif de supprimer ou de limiter de manière excessive le droit de retrait, sous peine d'être frappés de nullité, en raison du caractère d'ordre public de ce droit[756]. Ces conditions de forme fixées par les statuts seraient conformes aux dispositions régissant les sociétés à capital variable. Toutefois, il aurait été convenable qu'elles déterminent un minimum d'encadrement du droit de retrait, notamment en édictant des grands principes qui pourraient être complétés

[753] CA Montpellier, 21 août 1991, *Dr. sociétés* 1991, n° 485 et CA Paris, 27 avril 1989, *RTD Com*. 1990, p. 221, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN.
[754] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 54, p. 18.
[755] A. PLENT, *op. cit.*, n° 569, p. 270.
[756] *Ibid.*, n° 428, p. 211.

par les statuts ou en fixant le cadre général des modalités de remboursement des droits sociaux ; toute chose qui constituerait une garantie d'une sortie simple et rapide, conformément aux objectifs de la variabilité du capital.

B. Les conditions financières de l'exercice du droit de retrait

403. En droit commun des sociétés, le principe de l'intangibilité du capital social n'autoriserait pas, en principe, un remboursement d'apports aux associés avant la dissolution de la société[757]. Or, l'exercice du droit de retrait dans les sociétés à capital variable, qui entraîne la réduction du capital, a pour conséquence la restitution ou le remboursement de la valeur de l'apport à l'associé qui se retire en cours de vie sociale. Il apparaît alors nécessaire d'encadrer la reprise des apports pour éviter qu'elle ne réduise à rien ou presque rien le capital social[758]. Cet encadrement passerait par la soumission de l'exercice du droit de retrait à des conditions financières de la société à capital variable, à savoir la détermination statutaire du prix des titres sociaux (1) et la situation financière de la société (2).

1. La nécessaire détermination statutaire du prix des titres sociaux suite au retrait de l'associé

404. L'exercice du droit de retrait aboutit à la reprise des apports effectués, laquelle a pour conséquence la réduction du capital social[759]. A la lumière de l'alinéa 1 des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français, la reprise des apports constitue un droit intangible de l'associé et pourrait, de ce fait, se traduire par une restitution ou un remboursement de l'apport, selon qu'il s'agisse d'un apport en nature ou d'un apport en numéraire. En effet, lorsque l'associé a effectué un apport en numéraire, il s'agira d'un remboursement en espèces. Mais lorsqu'il s'agit d'un apport en nature, le traitement dépend de la situation dudit apport. Lorsque le bien ne figure plus dans l'actif social, la société doit procéder à un remboursement de la valeur de l'apport en espèces. Cependant, s'il figure toujours dans l'actif social, il pourrait être restitué à l'associé sortant[760]. Toutefois, l'associé ne peut exiger la reprise de l'apport en nature, notamment lorsqu'il est indispensable pour l'exercice des activités de la société ; dans cette hypothèse, il aura droit à un remboursement en espèces[761].

[757] A. PLENT, *op. cit.*, n° 78, p. 40.
[758] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 39, p. 14.
[759] Art. L. 231-1 al. 1 C. com. et art. 269-1 al. 1 AUDSC.
[760] A. PLENT, *op. cit.*, n° 480, p. 233.
[761] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 75, p. 23.

Il se peut que les apports aient connu une dépréciation ou une valorisation entre la période de l'entrée de l'associé et celle de sa sortie, en raison d'évènements majeurs de la vie de la société[762] ; d'où la nécessité de déterminer non seulement les modalités d'évaluation de la valeur des droits sociaux, mais aussi les modalités de calcul du prix dû à l'associé à la suite de son retrait de la société. En raison de la prévalence de l'approche contractuelle dans le régime juridique des sociétés à capital variable, le Code de commerce français et les Actes uniformes OHADA n'ont pas déterminé lesdites modalités. Ces modalités devront alors être fixées dans les statuts des sociétés.

405. La détermination des modalités d'évaluation de la valeur des droits sociaux par une clause statutaire vise principalement un double objectif, à savoir prévenir un éventuel contentieux y relatif et favoriser un suivi permanent de la valeur desdits droits par les associés ; à cet effet, la clause statutaire pourrait par exemple prévoir une valorisation plusieurs fois par an ou à la fin de chaque exercice social par un organe déterminé[763]. Quant aux modalités de calcul du prix pour le remboursement des droits sociaux, il conviendrait qu'elles soient fixées par une clause statutaire, afin d'éviter un probable contentieux pouvant survenir sur les conséquences financières attachées au droit de retrait ; c'est d'ailleurs ce que prévoit l'alinéa 3 de l'article 11 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives lorsqu'il dispose que « la société coopérative rembourse, au prix fixé conformément aux statuts, toutes les parts sociales détenues par le coopérateur qui se retire ». Cet Acte uniforme étant antérieur à la révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le législateur OHADA aurait dû s'en inspirer au lieu de se coller vertueusement au Code de commerce français.

A défaut de dispositions légales les déterminant, l'obligation de fixer dans les statuts les modalités d'évaluation de la valeur et celles du remboursement des droits sociaux contribuerait à un meilleur encadrement des sociétés à capital variable. La consécration statutaire desdites modalités produirait des effets aussi bien à l'égard de l'associé sortant qu'à l'égard de la société. En effet, elle rendrait intangible la clause y relative de sorte que sa modification postérieure à la décision de retrait de l'associé ne saurait lui être opposable[764] ; dans la mesure où ce sont les prévisions statutaires qui permettront à l'associé de déterminer ses droits et ses engagements

[762] A. PLENT, *op. cit.*, n° 457, p. 222.
[763] *Ibid.*, n° 448, p. 219.
[764] *Ibid.*, n° 440, p. 216.

afin d'apprécier l'opportunité d'exercer son droit de retrait. Quant à la société, elle lui permettra de « fixer l'étendue de la reprise de l'associé démissionnaire »[765].

De la sorte, les statuts permettraient de déterminer le prix des titres sociaux au moment du retrait de l'associé. L'absence de clauses statutaires fixant lesdites modalités pourrait être source de contestation entre les parties. Dans ce cas, il apparaît nécessaire de recourir à un expert désigné, conformément à la procédure prévue à l'article 59 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et à l'article 1843-4 du Code civil français, pour déterminer la valeur des droits de l'associé sortant. En application de ces dispositions, l'expert pourra être désigné selon les modalités définies par les statuts ou, en l'absence d'une clause y relative, par un acte extrastatutaire ; la désignation de la juridiction compétente n'interviendra qu'à défaut de prévision statutaire ou d'accord entre les parties[766].

406. Outre le remboursement de ses droits sociaux, l'associé sortant a-t-il droit à une part des bénéfices mis en réserve ? Le silence des dispositions du Code de commerce français et de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique relatives à la variabilité du capital sur cette préoccupation pourrait susciter des réclamations de l'associé sortant. Or, l'alinéa 4 de l'article 11 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives dispose que « la coopérative rembourse également au coopérateur tous les prêts et les autres sommes portées à son crédit, le solde des prêts qu'elle lui a consentis ainsi que les intérêts courus sur ces sommes jusqu'à la date du paiement ». Les termes employés par cette disposition laisseraient planer un doute sur le remboursement à l'associé sortant des bénéfices mis en réserve. Cet Acte uniforme étant antérieur à la révision de l'Acte uniforme traitant des sociétés commerciales, celle-ci aurait pu prendre en compte cette difficulté en la clarifiant expressément dans les dispositions régissant spécifiquement les sociétés à capital variable. Dès lors, en l'absence d'une disposition légale spécifique, la réponse à cette préoccupation résulterait de sa règlementation par les statuts[767] ; lesquels dans le cadre de la détermination de l'étendue de la reprise pourrait exclure expressément les bénéfices mis en réserve. En tout état de cause, l'effectivité de la reprise des apports est également tributaire de la situation financière de la société.

[765] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 78, p. 24.
[766] A. PLENT, *op. cit.*, n° 444, p. 217.
[767] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 76, p. 23.

2. L'appréciation de la situation financière de la société

407. L'alinéa 1 des articles 269-5 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et L. 231-5 du Code de commerce français exige la fixation dans les statuts d'une « somme au-dessous de laquelle le capital ne peut être réduit par les reprises des apports » ; laquelle ne saurait être inférieure ni au dixième du capital social stipulé, ni au capital social minimum légal de la forme sociale considérée[768]. Ces dispositions indexent la limite de l'exercice du droit de retrait au capital social sans faire expressément mention de la situation financière de la société. Mais, à l'analyse, cette exigence de ces législateurs français et de l'OHADA caractérise une modalité d'encadrement statutaire obligatoire de l'exercice du droit de retrait destinée à préserver la situation financière de la société. Cette modalité d'encadrement se justifierait par le respect du capital social minimum légal ou statutaire dans le cadre de l'exercice du droit de retrait de l'associé[769]. De la sorte, l'associé sortant ne pourrait « prétendre à la restitution intégrale de son apport que si, au moment de sa sortie, l'actif social est resté au moins égal au capital social »[770].

Pourtant, le capital social n'exprimerait pas suffisamment la situation financière de la société. En effet, le capital social constitue un élément des capitaux propres, qui incluent également, entre autres, les primes d'émission, les réserves, le résultat net de l'exercice écoulé, les provisions réglementées[771]. Contrairement au capital social, ce sont les capitaux propres qui traduisent « la véritable situation financière de la société et son aptitude à faire face à ses engagements »[772] ; autrement dit, ils révèlent la richesse de la société, dans la mesure où leur détermination résulte de la différence entre l'actif brut et le passif dû aux tiers[773]. De la sorte, l'admission sans réserve de la sortie d'investisseurs du capital d'une société pourrait entamer sa capacité financière, puisque la réduction de capital qui en résultera se traduira par une disparition d'une partie de ses capitaux propres[774], même si elle aura pour limite le capital social minimum. En conséquence, l'atteinte de ce seuil minimum traduirait déjà une dégradation de la situation financière de la société. Dès lors, l'encadrement de l'exercice du droit de retrait devrait plutôt contribuer à la stabilité financière de la société qu'à l'exigence du respect du

[768] Art. L. 231-5 al. 2 C. com. et art. 269-5 al. 2 AUDSC.
[769] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 849, p. 515.
[770] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 74, p. 23.
[771] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2456, p. 651.
[772] *Ibid*.
[773] R. MORTIER, *Opérations… op. cit.*, n° 8, p. 5.
[774] A. PLENT, *op. cit.*, n° 211, p. 107.

capital social minimum irréductible telle que prévue par les législateurs français et de l'OHADA en droit des sociétés.

408. Même si le Code de commerce français et l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique n'évoquent pas expressément la nécessité d'apprécier la situation financière de la société lors de l'exercice du droit de retrait, la société ne pourrait valablement procéder au remboursement des apports en cas d'atteinte du capital social minimum irréductible[775] ; elle différerait ainsi le départ de l'associé dans l'attente d'une amélioration de sa situation financière, alors que l'article 269-5 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-5 du Code de commerce n'évoquent pas expressément le report du délai de remboursement en attendant l'amélioration de la situation financière de la société. Pourtant, c'est ce qu'a fait alinéa 5 de l'article 11 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives. Cette disposition permet, en effet, au comité de gestion ou au conseil d'administration de proroger le délai de remboursement à deux ans au maximum, en raison de la santé financière de la coopérative ; cette prorogation de délai étant susceptible de recours devant la juridiction compétente.

A défaut de la prévision légale de la prorogation de délai, il revient aux associés d'encadrer au mieux l'exercice du droit de retrait en intégrant la possibilité de différer le remboursement des apports du fait la santé financière de la société. Bien que n'empêchant pas un associé d'exercer son droit de retrait, un tel encadrement paralysera ce droit en mettant en exergue la primauté des intérêts de la société sur ceux de l'associé[776]. Cependant, le droit de retrait pourrait se voir neutraliser non pas en raison de la situation financière de la société, mais du fait de l'exigence du respect de certaines limites à ne pas franchir.

Paragraphe 2. La neutralisation du droit de retrait

409. La constitution d'une société à capital variable ou l'insertion en cours de vie sociale d'une clause de variabilité du capital fait acquérir aux associés un droit de retrait qu'ils pourront exercer à toute époque. Cependant, dans certaines circonstances, bien qu'ils aient acquis ce droit et satisfait aux conditions de mise en œuvre édictées à cet effet par les statuts, ils ne seront pas en mesure de l'exercer. De ce fait, quelles circonstances permettraient de mettre en échec la mise en œuvre du droit de retrait acquis dans le cadre de la variabilité du capital ? Un des obstacles de la mise en œuvre du droit de retrait pourrait être constitué par le franchissement du

[775] A. PLENT, *op. cit.*, n° 464, p. 226.
[776] *Ibid.*, n° 452, p. 220.

seuil minimum du capital (A) qui empêchera son exercice. De même, la réussite de l'exercice du droit de retrait devrait acter la fin de tout lien avec la société par la perte de la qualité d'associé. Mais, celle-ci ne pourrait produire ses effets à l'égard de l'ancien associé et ne lui permettrait pas d'être dispensé de la responsabilité attachée à la qualité d'associé (B).

A. Le franchissement du seuil du capital minimum

410. Malgré la consécration du principe du retrait des associés dans les sociétés à capital variable, les articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français ont prévu un encadrement de l'exercice du droit de retrait, en raison de ses conséquences sur la structure du capital des sociétés. En application de ces dispositions, les associés peuvent exercer leur droit de retrait à leur convenance. Cependant, dans certaines circonstances, ce droit ne pourrait être mise en œuvre. Il en est ainsi lorsque l'exercice du droit de retrait entraîne une réduction du capital en dessous d'un seuil minimum déterminé par les statuts, conformément aux dispositions précitées. Dès lors, la variation à la baisse du capital ne serait pas autorisée lorsqu'elle entraînerait un franchissement, soit du minimum légal (1), soit du minimum statutaire (2).

1. Le seuil minimum légal

411. En principe, les associés sont libres de déterminer le montant du capital social. Cependant, en raison de la forme ou de l'objet de la société, la loi peut fixer un capital social minimum[777]. Selon ces modalités, il en ressort deux types de sociétés commerciales, à savoir les sociétés commerciales à capital libre et les sociétés commerciales à capital imposé. En dehors des sociétés de personnes, les sociétés à capital libre sont constituées en droit français de la société à responsabilité limitée, de la société par actions simplifiée. Alors qu'en droit OHADA, elles sont constituées uniquement de la société par actions simplifiée. Quant aux sociétés à capital imposé, contrairement au droit français qui ne retient que la société anonyme, le droit OHADA a fixé le capital social minimum pour la société à responsabilité limitée et la société anonyme. Ainsi, l'article 311 de l'Acte uniforme fixe le capital social minimum de la société à responsabilité limitée à 1.000.000 de francs CFA, tout en permettant aux Etats membres de fixer un montant différent. En ce qui concerne la société anonyme, son capital social minimum est de 10.000.000 de francs CFA en droit OHADA et 37.000 euros en droit français[778]. Qui plus

[777] Art. 65 AUDSC et L. 210-2 C. com.
[778] Art. 387 al. 1 AUDSC et L. 224-2 C. com.

est, les dispositions fixant le capital social minimum sont des dispositions impératives auxquelles les associés ne peuvent déroger par une clause statutaire ou extrastatutaire[779].

Dans la mesure où l'exercice du droit de retrait entraîne la réduction du capital, il ne saurait avoir pour effet de porter le montant du capital à un montant inférieur au minimum légal[780]. En effet, la réduction du capital social en dessous du montant minimum fixé par la loi entraîne la dissolution de la société[781]. Dès lors, en déterminant le capital social minimum pour une forme sociale, la loi établit un seuil minimum qui constitue du même coup une limite à ne pas atteindre lors de l'exercice du droit de retrait. De la sorte, le droit de retrait qui entraînerait la variation à la baisse serait tributaire du niveau du capital social, lequel doit être conforme au seuil minimum légal. Qui plus est, l'atteinte de ce seuil en cours de vie sociale traduirait une dégradation significative de la situation financière de la société. De ce fait, l'exercice du droit de retrait ne sera pas admis « lorsqu'il conduira à réduire le capital social au-dessous du capital minimum irréductible » fixé par la loi[782]. Ainsi, le seuil minimum légal entraverait l'exercice du droit de retrait, du fait de l'obligation de maintenir le montant du capital social au montant minimum déterminé par la loi, sous peine de dissolution de la société.

Ainsi, lorsque le capital souscrit atteint le minimum légal, la reprise des apports ne peut avoir lieu. L'atteinte de ce seuil empêche de facto l'exercice du droit de retrait. Dès lors, malgré sa volonté de se retirer de la société, l'associé sera contraint d'y demeurer en raison de la coïncidence entre le capital souscrit et le minimum légal ou dans le cas où son exercice entraînerait un franchissement du seuil minimum légal. De plus, aucun aménagement conventionnel ne pourrait être contraire au seuil minimum légal, lequel est d'ailleurs accentué dans le cadre de la variabilité du capital social qui prévoit un seuil minimum statutaire spécifique.

2. Le seuil minimum statutaire

412. La détermination du seuil minimum par les statuts résulte de l'alinéa 1 des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français. Cette disposition autorise expressément les associés à fixer par une clause statutaire le capital social minimum de la société à capital variable. L'alinéa 2 de ces articles établit le niveau du seuil minimum du capital social. En effet, selon cette disposition, le montant au-dessous duquel le capital ne saurait être

[779] Art. 2 al. 1 AUDSC et art. 6 C. civ. français et C. civ. burkinabè.
[780] Art. 368 AUDSC.
[781] Art. L. 224-2 C. com. et art. 66 al. 2 et 369 AUDSC.
[782] A. PLENT, *op. cit.*, n° 452, p. 220.

réduit par la reprise des apports ne peut être inférieur ni au dixième du capital social stipulé, ni au capital social minimum pour la forme sociale. Ce double seuil indicatif permet de déterminer le seuil minimum à ne pas franchir par les reprises d'apports autorisées par les articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 269-5 de l'Acte uniforme se trouve intégralement applicable à la société anonyme qui comporte un capital social minimum légal, contrairement à la société par actions simplifiée qui est libre de déterminer le montant minimal de son capital. Qu'à cela ne tienne, il revient aux statuts de déterminer le seuil minimum irréductible.

413. L'analyse des termes des alinéas 1 et 2 des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français révèle que le droit de retrait serait en principe inopérant lorsque son exercice conduirait le capital souscrit à un montant inférieur au minimum auquel il ne saurait être réduit. En effet, ces dispositions proscrivent l'exercice du droit de retrait qui réduirait le capital souscrit en dessous du seuil minimum statutaire[783]. De même, la réduction de capital qui ne respectera pas cette limite sera sanctionnée par la nullité. C'est ce qui ressort clairement de l'alinéa 3 de l'article 269-5 de l'Acte uniforme. Contrairement au Code de commerce, l'Acte uniforme a prévu la sanction du franchissement du seuil minimum statutaire dans les dispositions régissant les sociétés à capital variable. Cependant, cette disposition de l'Acte uniforme mériterait d'être complétée par les modalités de mise en œuvre de cette sanction, en indiquant par exemple que toute personne intéressée pourrait demander en justice la nullité du retrait. On se doute bien que les associés seront certainement ceux qui pourraient relever cette transgression du seuil minimum statutaire, puisque la réduction résultant de la reprise des apports n'est pas soumise aux formalités de dépôt et de publication ; ce qui aurait pu permettre aux tiers de constater le franchissement du seuil minimum statutaire par la reprise des apports[784]. Toutefois, cette insuffisance pourrait être comblée par une clause statutaire prévoyant toutes les modalités y relatives.

Dès lors, les dispositions de l'article 269-5 de l'Acte uniforme et de l'article L. 231-5 du Code de commerce français ont pour effet de conditionner la faculté de retrait en la soumettant au respect du seuil minimum statutaire. De la sorte, la reprise des apports serait en principe impossible lorsqu'elle a pour effet de porter le montant du capital social en dessous du capital minimum irréductible[785]. En conséquence, la reprise des apports autorisée par les articles 269-

[783] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 849, p. 515.
[784] Art. 269-3 al. 1 AUDSC et art. L. 231-3 C. com.
[785] A. PLENT, *op. cit.*, n° 453, p. 221.

1 de l'Acte uniforme et L. 231-du Code de commerce français ne peut avoir lieu. Cette limite n'empêcherait pas l'associé de manifester sa volonté, seulement elle ne pourrait pas être mise en œuvre par la société. Celle-ci serait ainsi fondée à rejeter la demande de l'associé souhaitant exercer son droit de retrait lorsqu'il entraînerait un franchissement de seuil minimum irréductible déterminé par les statuts.

En d'autres termes, le franchissement du seuil minimum fixé par les statuts sur le fondement de l'alinéa 1 des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français empêche la mise en œuvre du droit de retrait. L'exercice du droit de retrait est alors conditionné par le respect de ce seuil minimum statutaire. Aussi, faudrait-il envisager l'étendue de la responsabilité de l'associé ayant exercé avec succès son droit de retrait.

B. L'étendue de la responsabilité de l'associé retrayant

414. L'insolvabilité de la société déclenche la mise en œuvre de la responsabilité aussi bien des associés, que des anciens associés ayant exercé leur droit de retrait. La responsabilité de ces derniers découle de l'alinéa 3 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français. Cette disposition institue un régime de responsabilité spécifique de l'associé sortant[786]. Quelle est alors l'étendue de la responsabilité de l'associé sortant ? La réponse à cette interrogation nécessite la détermination d'une part, de l'obligation aux dettes sociales de l'associé sortant (1) et, d'autre part, du montant de la dette de l'associé sortant (2).

1. L'obligation aux dettes sociales de l'associé sortant

415. La mise en œuvre du droit de retrait entraîne la perte de la qualité d'associé. *A priori*, la perte de la qualité d'associé sous-entend la fin des relations avec la société et les tiers. L'exercice du droit de retrait devrait alors, en principe, consacrer la fin du lien qui existe entre l'associé et la société. Cependant, le régime de responsabilité de l'associé d'une société à capital variable laisse survivre un des aspects résultant de la qualité d'associé, à savoir l'obligation aux dettes sociales. C'est ce qui ressort des dispositions des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français. L'associé sortant conserverait ainsi cette obligation même après son départ de la société. En effet, l'associé qui cesse de faire partie de la société reste « tenu de toutes les obligations existant au moment de son retrait, soit au jour du remboursement effectif de ses droits par la société, et non au jour de la manifestation de sa volonté »[787]. Pour ce faire, il conviendrait de déterminer l'étendue des obligations de l'associé

[786] A. PLENT, *op. cit.*, n° 197, p. 100.
[787] *Ibid*., n° 491, p. 238.

sortant, puisqu'au titre des obligations qui pèsent sur les associés, il y a notamment la libération des apports promis, la contribution aux pertes et l'obligation aux dettes. Cependant, il ne devrait pas avoir de confusion entre ces différentes obligations.

416. L'alinéa 2 de l'article 37 de l'Acte uniforme, rédigé presque dans les mêmes termes que l'alinéa 1 de l'article 1843-3 du Code civil français, fait obligation aux associés de libérer les apports qu'ils se sont engagés à réaliser au profit de la société. Cette obligation subsisterait aussi bien au départ de l'associé de la société, qu'à la dissolution de la société. Dès lors, l'associé d'une société à capital variable qui a exercé avec succès son droit de retrait resterait tenu de cette obligation ; la libération des apports restant après son départ constituant une dette à son égard, de sorte que sa responsabilité pourrait être engagée si cette libération tardive cause un préjudice à la société[788]. Il s'agit ici d'une dette propre à l'associé lui-même et non d'une dette sociale, dans la mesure où le premier cas résulte de la relation entre l'associé et la société, alors que le second cas caractériserait un rapport entre l'associé et les tiers, en l'occurrence, les créanciers sociaux. Il se pose alors la question de savoir si la perte de la qualité d'associé est susceptible d'éteindre l'obligation aux dettes à l'égard des créanciers sociaux.

417. Quant à la contribution aux pertes, elle pèse sur tous les associés, dans la mesure où elle constitue la contrepartie de la perspective des bénéfices qui résulterait de l'activité sociale ; les associés devraient s'attendre à « subir les pertes que la société serait amenée à enregistrer en cas de mauvais résultats liés à une activité déficiente »[789]. Cette obligation découle d'ailleurs des termes de l'alinéa 1 de l'article 4 de l'Acte uniforme et de l'alinéa 3 de l'article 1832 du Code civil français. Pourtant, la contribution aux pertes des associés des sociétés à capital variable ayant exercé leur droit de retrait comporte une particularité. Le retrait d'un associé d'une société à capital variable entraîne la réduction de capital non motivée par des pertes. Or, la manifestation de la contribution aux pertes réalise la réduction de capital motivée par des pertes et permet de faire correspondre le capital social avec la valeur réelle des droits sociaux. De la sorte, il s'agit dans ce dernier cas d'actualiser la valeur réelle du capital en raison des pertes subies lors d'une réduction de la valeur nominale des droits ou une réduction du nombre des droits sociaux ; dans ces circonstances, « la réduction de capital motivée par des pertes précipite la contribution aux pertes des associés »[790]. Alors que le retrait des associés des

[788] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 428, p. 162.
[789] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 1207, p. 743.
[790] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 1207, p. 743. Cass. com., 18 juin 2002, Association Adam et autres c. SA L'Amy, Jurisdata n° 2002-014876 ; Cass. com., 10 octobre 2000, Demenois c. Société des entreprises Demenois et Compagnie (SEDEC), Jurisdata n° 2000-006420.

sociétés à capital variable procède autrement, puisqu'il entraîne la réduction du capital en dehors de toute perte. Dès lors, la perte de la qualité d'associé résultant de l'exercice du droit de retrait libère l'associé de la société à capital variable de la contribution aux pertes que viendrait à subir la société. Ainsi, la contribution aux pertes ne subsisterait pas à la perte de la qualité d'associé.

418. En ce qui concerne l'obligation aux dettes, elle désigne l'obligation de payer les dettes de la société en cas d'insolvabilité de celle-ci. La logique aurait voulu que n'étant plus lié à la société, l'associé ne réponde aucunement aux dettes sociales. Néanmoins, en raison de sa forme, la société peut soumettre les associés à l'obligation aux dettes sociales, selon les cas, soit indéfiniment et solidairement pour les associés en nom et les associés commandités, soit dans la limite de leurs apports ou à concurrence de leurs apports pour les associés commanditaires, les associés des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés de capitaux[791]. Ainsi, à l'égard des associés en nom et des commandités, tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales, « la perte de la qualité d'associé n'a d'effet que pour l'avenir » ; ces derniers étant seulement protéger contre les dettes postérieures à leur départ de la société[792].

La situation de ces associés serait à tout point de vue transposable à celle des associés des sociétés à capital variable, tel qu'il ressort de l'alinéa 3 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français. En prévoyant que l'associé sortant reste tenu de toutes les obligations qui existaient au moment de son retrait, ces dispositions opéreraient un rapprochement entre les associés des sociétés à capital variable et les associés en nom et commandités. Ainsi, l'obligation aux dettes ne disparait pas à leur égard à la perte de la qualité d'associé. Celle-ci ne serait pas en mesure d'éteindre ou d'anéantir l'obligation aux dettes, laquelle survit à la perte de la qualité d'associé. L'exercice du droit de retrait d'une société à capital variable se réalise alors sans rétroactivité, sauf dans l'hypothèse d'une « annulation de l'acte par lequel la qualité d'associé a été acquise », à condition qu'elle soit opposable aux tiers[793]. L'associé est donc tenu des dettes sociales contractées avant son départ. L'antériorité ou la concomitance de la dette au retrait, telle que prescrit par le législateur pour les sociétés à capital variable, est compatible avec le mécanisme de l'obligation des associés, peu importe que l'exigibilité de la dette intervienne antérieurement ou ultérieurement au retrait de l'associé.

[791] En droit OHADA : voir art. 270, 293, 309, 385 et 853-1 AUDSC.
[792] S. HAREL, « La perte de la qualité d'associé en nom et obligation aux dettes sociales », *BJS*, n° 6, p. 551, juin 2010, p. 2.
[793] S. HAREL, *op. cit.*, p. 4.

419. Le critère retenu par le Code de commerce français et l'Acte uniforme est donc celui de la naissance de la dette et non l'exigibilité, cette dernière étant retenue pour les sociétés civiles en droit français[794]. Par conséquent, l'obligation aux dettes de l'associé sortant d'une société à capital variable n'est pas absolue, puisqu'elle comporte des limites. En effet, l'analyse du régime des obligations fait apparaître une inopposabilité à l'associé des dettes postérieures à son retrait. De même, l'alinéa 1 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français prévoit un délai de prescription de cinq ans. Cette prescription quinquennale semble avoir été établie pour protéger l'associé « en abrégeant le spectre temporel » de l'obligation aux dette sociales, obligeant ainsi les créanciers sociaux à prendre garde au délai de prescription[795]. Ce délai de prescription établit de ce fait une différence entre les associés des sociétés à capital variable et les associés en nom, l'obligation aux dettes sociales des premiers étant limitée dans le temps, contrairement à celle des seconds qui est indéfinie dans le temps.

L'arrivée du délai fixé par le législateur a pour effet d'éteindre les obligations sociales de l'associé sortant d'une société à capital variable. De plus, ce délai a un caractère impératif, de sorte qu'aucune clause statutaire ne serait en mesure de le supprimer ou de le réduire, sous peine de nullité[796]. L'obligation aux dettes sociales étant limitée dans le temps, il reste à déterminer le montant ou la proportion de la dette que l'associé est tenu de supporter.

2. La détermination du montant de la dette de l'associé sortant

420. L'associé qui a exercé son droit de retrait d'une société à capital variable reste tenu pendant cinq ans de toutes les obligations existant au moment de son retrait. C'est ce qui ressort expressément des dispositions des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français. En exerçant son droit de retrait, l'associé devrait être en mesure de connaître le montant des dettes mises à sa charge. Quelles sont alors les modalités de détermination du montant de la dette de l'associé sortant ?

421. L'alinéa 3 de l'article L. 231-6 du Code de commerce français traite des obligations mises à la charge de l'associé sortant sans évoquer expressément les modalités de détermination du montant desdites obligations. Pour ce faire, il conviendrait de recourir aux dispositions de droit commun régissant chaque forme juridique pour l'établissement desdites modalités, en raison

[794] Art. 1857 C. civ. français.
[795] Th. de Ravel D'ESCLAPON, « Obligations aux dettes sociales et liquidation judiciaire : modalités de la prescription », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, juillet-août 2019, n° 1.
[796] A. PLENT, *op. cit.*, n° 507, p. 243.

d'une part, de la survivance de la qualité d'associé après le retrait[797] et, d'autre part, de l'étendue du domaine de variabilité du capital social en droit français. Le défaut de fixation de la modalité de détermination du montant de la dette soumise à l'associé de la société à capital variable en droit français se justifierait par la particularité du domaine de variabilité du capital. En effet, contrairement au droit OHADA des sociétés commerciales dont le domaine de variabilité du capital est composé uniquement de sociétés de capitaux, lesquelles sont des sociétés à risque limité, le domaine de variabilité du capital en droit français comporte aussi bien des sociétés à risque limité, que des sociétés à risque illimité. De ce fait, l'établissement des modalités de détermination des dettes sociales dépendrait de la différence entre les sociétés à risque illimité et les sociétés à risque limité. La responsabilité des associés aux dettes sociales n'est pas identique dans ces deux types de société.

422. Dans les sociétés à risque illimité, composées de sociétés en nom collectif et de sociétés en commandite simple, la responsabilité des associés est solidaire et illimitée. Dès lors, conformément à leurs régimes juridiques et à l'alinéa 3 de l'article L. 231-6 du Code de commerce français, les associés en nom collectif et les commandités, qui ont exercé leur droit de retrait, pourraient être tenus pendant cinq ans de tout le passif social existant au moment de leur retrait, les dettes qui naîtront postérieurement à leur départ leur étant inopposables[798]. Pourtant, dans les sociétés à risque limité, composées de sociétés de capitaux et de sociétés à responsabilité limitée, les associés sont responsables des dettes sociales dans la limite de leurs apports. Dans ce sens, si l'on s'en tient à leurs régimes juridiques, les associés de ces sociétés ayant exercé leur droit de retrait ne devraient être tenus pendant cinq ans que dans la limite de leurs apports qui leurs ont été restitués au moment de leur départ. Cependant, à la lumière de l'alinéa 3 de l'article L. 231-6 du Code de commerce français, ces associés seraient tenus de toutes les obligations existant au moment de leur retrait, c'est-à-dire au-delà de la limite de leurs apports. Ils seraient ainsi assimilés après leur retrait aux associés en nom collectif. Au regard de l'aggravation de leurs engagements, ils auraient intérêt à procéder à la cession de leurs titres sociaux plutôt que d'exercer leur droit de retrait. Il se pose alors la question de savoir si une clause statutaire pourrait limiter l'engagement des associés sortants. Une réponse négative pourrait s'imposer, en raison des termes précis employés par la disposition précitée qui ne laisserait pas apparaître l'existence d'une quelconque option. La situation des associés des

[797] Voir *supra* n° 415, p. 210 et s.
[798] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1703, p. 172.

sociétés de capitaux à capital variable en droit français est différente de celle des associés des sociétés à capital variable en droit OHADA.

423. Contrairement à alinéa 3 de l'article L. 231-6 du Code de commerce français, l'alinéa 3 de l'article 269-6 de l'Acte uniforme a fixé les modalités de détermination du montant de la dette de l'associé sortant. Selon cette disposition, « l'associé, n'est tenu que dans la limite des sommes qui lui ont été restituées avant son départ ». Cette différence entre le droit français et le droit OHADA pourrait s'expliquer par l'étendue du domaine de la variabilité du capital social dans les deux ordres juridiques. En droit français, seule la société anonyme est exclue du domaine de la variabilité du capital. Alors que le droit OHADA n'admet dans ce domaine que les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives. Or, dans les sociétés de capitaux, en l'occurrence les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées, les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports[799].

La précision des modalités de détermination de la dette pourrait être considérée comme une redondance, dans la mesure où ces modalités seraient déjà fixées par les dispositions régissant chaque forme juridique. A titre illustratif, il ressort des définitions de la société anonyme et de la société par actions simplifiée que les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports. Ces associés pourraient exercer leur droit de retrait par la reprise des apports effectués, conformément aux dispositions des articles 269-1 et 269-5 de l'Acte uniforme. Mais, au lieu qu'ils soient tenus dans la limite des apports qui leur ont été restitués, leurs obligations sont limitées au montant qu'ils ont reçu à la suite de leur retrait. Le choix des sommes reçues au moment du retrait en lieu et place des apports effectués s'expliqueraient par le fait que ces derniers pourraient prendre de la valeur entre le jour de l'admission de l'associé et celui de son départ. Il est alors tout à fait logique que le législateur OHADA ait préféré obliger l'associé sortant dans la limite des sommes restituées que des apports restitués ; cette précision étant susceptible d'éviter toute contestation de l'associé sortant. Dans tous les cas, la fixation de la modalité de détermination du montant de la dette incombant à l'associé apparaît compatible avec le régime de responsabilité des associés des sociétés de capitaux, laquelle est limitée à leur participation dans le capital social, cette participant pouvant faire l'objet d'une réévaluation en cours de vie sociale. Qu'à cela ne tienne, cette précision de l'alinéa 3 de l'article 269-6 de l'Acte uniforme renforce le régime juridique des sociétés commerciales à capital variable et ne saurait être méconnue par une clause statutaire.

[799] Art. 385 et 853-1 al. 1 AUDSC.

424. En revanche, la limitation des obligations des associés sortants au montant qu'ils ont reçu n'opère pas dans les sociétés coopératives en droit OHADA. La responsabilité des coopérateurs sortants est identique à celle des associés des sociétés à capital variable en droit français. En effet, sauf clause statutaire contraire, les coopérateurs qui se retirent restent solidairement tenus des dettes sociales existants au moment de leur retrait[800]. Pourtant, avant leur sortie, leur responsabilité est limitée au moins au montant de leurs apports, mais sans pouvoir excéder cinq fois le montant desdits apports[801]. Cette aggravation de responsabilité à la sortie pourrait inciter les coopérateurs à céder leurs parts sociales, au lieu d'exercer leur droit de retrait, lequel est facile à mettre en œuvre.

La divergence de la responsabilité des associés sortants des sociétés commerciales à capital variable et des sociétés coopératives, qui sont d'office à capital variable, pourrait se reporter au mécanisme de l'exclusion reconnu aux sociétés à capital variable.

Section 2. La nécessaire reconnaissance de l'exclusion de l'associé par la société

425. Le droit de demeurer dans la société n'aurait pas un caractère absolu lorsque les statuts comportent une clause d'exclusion. C'est d'ailleurs ce qu'autorisent expressément d'une part, l'alinéa 2 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français pour les sociétés à capital variable et, d'autre part, l'alinéa 1 des articles 853-19 de l'Acte uniforme et L. 227-16 du Code de commerce français pour les sociétés par actions simplifiées. L'Acte uniforme et le Code de commerce français consacrent expressément pour les sociétés à capital variable « la possibilité de l'exclusion d'un associé, sans que pareille disposition ne soit édictée pour les sociétés à capital fixe »[802]. Il s'agit d'une faculté octroyée à ces sociétés qui, en retour, seront tenues de rembourser les titres des associés exclus « en vue de leur annulation, contribuant ainsi à la variabilité à la baisse du capital social »[803].

L'exclusion constitue une contrepartie de l'exercice du droit de retrait reconnu à l'associé[804] ; dans ce sens, il apparaît nécessaire que soit reconnue à la société la faculté de se prémunir contre un éventuel dysfonctionnement par des moyens conformes à l'intérêt social, notamment l'exclusion. C'est d'ailleurs ce qui résulte des dispositions légales conférant la licéité à la clause

[800] Art. 11 al. 7 AUSCOOP.
[801] Art. 210 et 371 AUSCOOP.
[802] S. TOE, *op. cit.*, n° 7, p. 224. Il y a lieu de relever que les SAS éligibles à la variabilité du capital. On pourrait alors avoir une SAS à capital fixe, tout comme une SAS à capital variable.
[803] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 840, p. 509.
[804] D. GIBIRILA, « Les conditions et modalités d'exclusion d'un associé d'une société à capital variable », *LPA*, février 2023, p. 37.

d'exclusion stipulée dans les statuts[805]. Cependant, cette faculté d'exclusion est soumise à un encadrement, en raison de ses conséquences, notamment la perte de la qualité induite par l'exclusion.

Il conviendrait dès lors de démontrer que l'exclusion fait l'objet d'un encadrement nécessaire en vue de protéger les intérêts des associés visés par cette mesure de sorte à ne pas contrarier l'attractivité de la variabilité du capital. Ainsi, quelles sont les conditions de mise en œuvre de l'exclusion des associés dans les sociétés à capital variable ? La mise en œuvre de l'exclusion dépend préalablement de la validité de la clause d'exclusion insérée dans les statuts (**Paragraphe 1**), dont l'application pourrait être neutralisée (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les conditions de validité de la clause d'exclusion

426. La clause d'exclusion est la « clause statutaire qui permet de contraindre un associé à céder ses droits sociaux, lorsqu'un évènement préalablement défini se produit »[806]. C'est une clause qui permet de contrôler la composition de l'actionnariat d'une société[807]. Quel que soit le fondement de l'exclusion[808], la mise en œuvre de la clause d'exclusion aboutit à la perte de la qualité d'associé. Au regard de la nature de cette clause et de ses conséquences, elle remettrait en cause le droit de propriété qu'a un associé sur ses titres sociaux, alors qu'elle s'insère dans une approche contractuelle de la société ; ce qui invite à s'interroger sur sa validité en vue de parer à tout contentieux y relatif. Dès lors, quelles sont les conditions de validité de la clause d'exclusion ? La clause d'exclusion est expressément prévue pour les sociétés à capital variable et les sociétés par actions simplifiées. Cependant, aucune disposition législative spécifique à ces sociétés ne traite explicitement des conditions de sa validité. L'analyse combinée de la doctrine et de la jurisprudence démontrera que la validité de la clause d'exclusion est tributaire d'une part, de ses conditions d'adoption (A) et, d'autre part, de son contenu (B).

A. Les conditions d'adoption de la clause d'exclusion

427. Tout comme dans les sociétés par actions simplifiées[809], l'alinéa 2 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français permet aux associés d'insérer une clause d'exclusion dans les statuts des sociétés à capital variable. En effet, à la lumière de cette

[805] *Ibid.*
[806] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *op. cit.* n°689, p. 333.
[807] *Ibid.*, n°690, p. 333.
[808] L'exclusion peut avoir plusieurs fondements. Elle pourra être soit légale (art. L. 228-27 C. com), soit conventionnelle, soit elle tiendra à la nature de la société (tel est le cas des sociétés à capital variable (art. L. 231-6 C. com), des sociétés coopératives ou encore de la société par actions simplifiée (art. L. 227-16 C. com. et art. 853-19 AUDSC)).
[809] Art. L. 227-16 al. 1 C. com. et art. 853 al. 1 AUDSC.

disposition, l'assemblée générale a la possibilité d'exclure un associé de la société, respectivement à la majorité fixée pour la modification des statuts en droit français et à la majorité fixée par les statuts en droit OHADA. Cette disposition fixe la majorité requise pour exclure un associé de la société, sans pour autant fixer les modalités requises pour l'adoption de la clause d'exclusion. Quelles pourraient alors être les conditions d'adoption ou d'insertion de la clause d'exclusion dans une société à capital variable ? La réponse à cette interrogation commande l'examen d'une part, des exigences de l'adoption de la clause d'exclusion (1) et, d'autre part, des mécanismes de détermination des conditions d'adoption de ladite clause (2).

1. Les exigences de l'adoption de la clause d'exclusion

428. La disposition autorisant l'insertion de la clause d'exclusion n'a pas indiqué les modalités d'adoption de la clause d'exclusion. Elle laisserait ainsi le soin aux associés de les déterminer dans les statuts. C'est d'ailleurs la position du législateur français lorsqu'il prévoit à l'alinéa 2 de l'article L. 227-19 du Code de commerce que l'adoption ou la modification de la clause d'exclusion d'une société par actions simplifiée requiert une décision de l'assemblée générale prise dans les conditions et formes déterminées par les statuts. En revanche, le législateur OHADA exige à l'article 853-22 de l'Acte uniforme l'unanimité des associés pour l'adoption ou la modification de la clause d'exclusion dans les sociétés par actions simplifiées, sous peine de nullité. Cette disposition détermine ici les conditions d'adoption ou de modification de la clause d'exclusion et n'autorise pas, de ce fait, les associés à y déroger dans leurs statuts. Il apparaît ainsi à la lumière de ce qui précède que les dispositions spécifiques à la variabilité du capital ne déterminent pas les conditions d'adoption ou de modification des clauses statutaires d'exclusion d'associés. Il revient dès lors aux associés d'établir ces conditions dans les statuts des sociétés à capital variable.

429. Quelles pourraient alors être les exigences d'adoption ou d'insertion de la clause d'exclusion dans une société à capital variable ? Doit-on procéder à l'adoption ou à la modification de la clause d'exclusion à l'unanimité des associés, telle qu'exigée pour les sociétés par actions simplifiées en droit OHADA ou doit-on requérir la majorité fixée pour la modification des statuts à l'effet d'adoption ou de modifier la clause d'exclusion ? A ce propos la doctrine semble partagée entre l'unanimité et une majorité renforcée pour l'adoption et la modification de la clause d'exclusion dans les sociétés à capital variable[810].

[810] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 843, p. 510.

Selon un courant doctrinal, l'exigence de l'unanimité pour l'adoption de la clause d'exclusion dans les sociétés à capital variable se justifierait par le caractère contractuel de la société. Ce caractère ne permettrait pas d'imposer à un associé la rupture unilatérale de la société à son égard ; de la sorte, tous les associés doivent avoir accepté d'être un jour exclu, en raison de leur droit fondamental à demeurer associé, en vertu du caractère contractuel de la société[811]. L'adoption d'une telle clause serait conforme au caractère contractuel lorsque tous les associés décident de renoncer statutairement à l'unanimité à leur droit de demeurer au sein de la société en faisant prévaloir l'intérêt social. Pourtant, un autre courant doctrinal serait favorable à l'adoption de la clause d'exclusion à la majorité des associés. Le Conseil constitutionnel français semble se rattacher à ce courant doctrinal lorsqu'il déclare dans sa décision QPC n°2022-1029 du 9 décembre 2022 que « les articles L. 227-16 alinéa 1 et L. 227-19 alinéa 2 du code de commerce [français], qui autorisent l'insertion ou la modification de clauses d'exclusion dans les statuts de société par actions simplifiée (SAS), sans recourir à l'unanimité » sont conformes à la Constitution française[812]. A la lumière de cette décision, un associé exclu en application d'une clause d'exclusion à laquelle il n'a pas consenti ne saurait invoquer une atteinte disproportionnée à son droit de demeurer au sein de la société pour contester la décision d'exclusion. Selon cette décision, l'unanimité n'est pas requise pour l'adoption de la clause d'exclusion. Cependant, cette décision ayant été prise à l'occasion d'une espèce qui portait sur une société par actions simplifiée, rien n'indique que la solution écartant l'unanimité peut être généralisée à l'égard de toutes les formes sociales, y compris les sociétés ayant adopté une clause de variabilité du capital social.

2. Les mécanismes de détermination des conditions d'adoption de la clause d'exclusion

430. La clause d'exclusion doit nécessairement figurer dans les statuts, dans la mesure où son existence en dehors des statuts ne permet pas d'« influer sur le fonctionnement interne des organes sociaux »[813]. En raison du silence de la loi sur la détermination des conditions d'adoption de la clause d'exclusion dans les sociétés à capital variable, une analyse du domaine de la variabilité du capital paraîtrait nécessaire. Cette analyse se fonderait sur la forme sociale, selon la distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux. En effet, le domaine de la variabilité du capital en droit français comporte aussi bien des sociétés de personnes que des

[811] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 843, p. 512.
[812] J. DELVALLEE, « Conformité à la Constitution du dispositif d'exclusion statutaire dans les SAS », *Dalloz Actualité*, 12 janvier 2023, p. 1.
[813] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *op. cit.* n°692, p. 333

sociétés de capitaux. L'adoption de la clause d'exclusion devrait requérir l'unanimité pour les premières et la réunion du quorum et de la majorité requise pour la modification des statuts pour les secondes[814].

Cependant, en droit OHADA, le domaine de la variabilité du capital étant constitué uniquement de sociétés de capitaux, on pourrait s'en tenir à la réunion du quorum et de la majorité exigée pour la modification du capital pour l'adoption de la clause d'exclusion. Dès lors, l'accord préalable de l'associé à l'insertion de cette clause n'est pas nécessaire, et seule la majorité exigée pour la modification pourrait être requise pour la validité de la clause.

431. En plus de l'analyse du domaine de variabilité du capital, une autre analyse consisterait à déterminer les modalités selon que la clause d'exclusion est adoptée lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale. Lorsque l'adoption de la clause intervient au moment de la constitution de la société, l'unanimité des associés devrait être requise, en raison du caractère contractuel de la société. Cette position se justifierait par le fait qu'à la constitution de la société, tous les associés consentent à toutes les clauses qui figurent dans les statuts de la société, y compris la clause d'exclusion. Ils acceptent à l'unanimité dès la constitution de la société de renoncer dans les statuts à leur droit d'y demeurer. Les associés qui intégreront ultérieurement la société en cours de vie sociale adhéreront simplement à toutes les clauses figurant dans les statuts, sauf à solliciter leur modification.

432. En revanche, lorsque la clause intervient en cours de vie sociale, il s'agira de modifier les statuts pour insérer la clause d'exclusion. Dans ce cas, on devrait convenir que les conditions exigées pour la modification des statuts soient respectées. Ces conditions consistent pour la société anonyme en droit OHADA d'une part, en ce qui concerne le quorum à réunir au moins la moitié des actions sur première convocation et le quart des actions sur deuxième convocation et, d'autre part, en ce qui concerne la majorité à réunir deux tiers des voix exprimées[815]. Alors que pour la société anonyme en droit français, il faut d'une part que le quorum soit au moins d'un quart des actions sur première convocation et un cinquième des actions à la deuxième convocation et, d'autre part, que la décision soit prise par les deux tiers des voix exprimées[816].

Cependant, l'insertion ou la modification d'une clause d'exclusion dans les statuts des sociétés par actions simplifiées n'obéit pas aux conditions requises pour la modification des statuts, mais à une condition spécifique déterminée à l'article 853-22 de l'Acte uniforme et à l'alinéa 2 de

[814] A. PLENT, *op. cit.*, n° 394, p. 329.
[815] Art. 553 et 554 AUDSC.
[816] Art. L. 225-96 C. com.

l'article L. 227-19 du Code de commerce français. En effet, l'alinéa 2 de l'article L. 227-19 du Code de commerce français soumet l'adoption ou la modification de la clause d'exclusion aux conditions et formes déterminées librement par les associés dans les statuts. Ainsi, rien n'empêche que celles-ci soient identiques à celles exigées pour la modification des statuts selon la volonté des associés. Le législateur OHADA n'accordera pas cette liberté conférée par le législateur français dans la détermination des conditions et formes y relatives. Celui-ci exigera à l'article 853-22 suscité l'unanimité des associés pour l'adoption ou la modification de la clause d'exclusion, sous peine de nullité de ladite clause. Malgré la liberté contractuelle régissant l'organisation et le fonctionnement de la société par actions simplifiée, le législateur OHADA a préféré instaurer une condition stricte pour l'insertion ou la modification de la clause d'exclusion. Ledit législateur aurait dû poursuivre sa logique en fixant la même condition à l'alinéa 2 de l'article 269-6 de l'Acte uniforme, dans la mesure où la société par actions simplifiée constitue l'une des deux sociétés commerciales éligibles à la variabilité du capital social.

En raison de la gravité des conséquences de la clause d'exclusion, l'approche institutionnelle de la société devrait prévaloir sur l'approche contractuelle, par un encadrement strict des conditions et modalités d'adoption ou de modification de ladite clause.

B. Le contenu de la clause d'exclusion

433. La clause d'exclusion a pour effet d'entraîner la perte de la qualité d'associé. La gravité de la mesure invite à s'interroger sur son contenu, dans la mesure où les dispositions qui la régissent ne donnent aucune indication particulière, notamment sur les éléments de motivation et de mise en œuvre de l'exclusion. Il convient alors d'apprécier si la licéité de la clause d'exclusion est tributaire de la nécessaire précision des motifs d'exclusion (1) et de la détermination de la procédure d'exclusion (2).

1. La nécessaire précision des motifs d'exclusion

434. L'alinéa 2 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français n'exige pas la justification d'un motif pour exclure un associé. Mais, il paraît inconcevable qu'un associé soit exclu en l'absence d'un quelconque motif ; dès lors, il revient aux statuts de fixer les motifs d'exclusion[817]. En raison de son silence sur cette question, la loi accorderait une grande liberté aux associés à cet effet[818]. De ce fait, on pourrait considérer que la validité de la

[817] A. PLENT, *op. cit.*, n° 718, p. 343.
[818] S. TOE, *op. cit.*, n° 32, p. 238.

clause d'exclusion devrait être tributaire de la détermination des motifs d'exclusion, en raison non seulement de la théorie de la prévision contractuelle, mais aussi de la nécessité d'assurer le fonctionnement de la société[819]. Mais, quelles pourraient être les motifs d'exclusion d'un associé dans une société à capital variable ? La liberté contractuelle conférée par l'alinéa 2 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français permettrait aux associés de prévoir tous les motifs susceptibles d'entraver le bon fonctionnement de la société, « sous réserve de ne heurter aucune disposition d'ordre public » ; de sorte qu'en déterminant de tels motifs, la clause d'exclusion trouvera en vertu de l'article 1134 du Code civil un fondement juridique à sa validité[820]. Ces motifs pourraient être de divers ordres.

435. Un des motifs d'exclusion pourrait consister en la violation des statuts, tel que le non-respect d'une clause de non concurrence, le manquement aux obligations sociales, une concurrence déloyale, la perte d'une qualité prévue par les statuts, le dénigrement de la société ou le changement de contrôle[821]. Le comportement fautif d'un associé, tel que l'omission d'un associé de s'abstenir de tout acte pouvant nuire à la société, pourrait également être pris en compte au titre de la violation des statuts[822]. De même, pourrait être incluse au titre de la violation des statuts, l'absence répétée d'un associé aux assemblées, caractérisant un désintérêt de l'associé pour les affaires sociales[823].

436. En outre, constituerait un motif d'exclusion la mésentente entre associés[824], suffisamment caractérisée sans qu'il y ait nécessairement un dysfonctionnement[825]. Mais, l'existence de divergences profondes entre associés susceptibles de paralyser le fonctionnement de la société pourrait justifier l'exclusion du ou des associés fautifs, en vue d'assurer la survie de la société[826]. Ainsi, la mésentente entre associés entravant le fonctionnement normal d'une société peut constituer un juste motif, lequel constitue également un motif d'exclusion ; ce qui constitue d'ailleurs une cause de dissolution de la société selon le point 5 de l'article 200 de l'Acte uniforme[827]. Au sens de cette disposition, le juste motif peut résulter notamment de

[819] A. PLENT, *op. cit.*, n° 719, p. 343 ; art. 1833 C. civ. français et burkinabè.
[820] *Ibid.*, n° 683, p. 325.
[821] L'alinéa 1 des articles L. 227-17 du Code de commerce français et 853-20 de l'Acte uniforme prévoit qu'en cas de changement de contrôle d'une société associée, la société par actions simplifiée peut décider de l'exclure dans les conditions fixées par les statuts.
[822] A. PLENT, *op. cit.*, n° 722, p. 345.
[823] J. DELVALLEE, « Conformité à la Constitution du dispositif d'exclusion statutaire dans les SAS », *op. cit.*, p. 5.
[824] S. TOE, *op. cit.*, n° 14, p. 228.
[825] J. DELVALLEE, « Conformité à la Constitution du dispositif d'exclusion statutaire dans les SAS », *op. cit.*, p. 4.
[826] S. TOE, *op. cit*., n° 14, p. 228.
[827] *Ibid.*, n° 20, p. 230.

l'inexécution par un associé de ses obligations ou de la mésentente entre associés empêchant le fonctionnement normal de la société. La notion de juste motif qui n'est pas légalement définie « s'apprécie à l'aune de l'intérêt social »[828], lequel peut être différemment considéré selon la théorie contractuelle ou institutionnelle de la société.

437. Dans l'ensemble, les motifs répondraient dans certaines hypothèses « aux exigences de la vie sociale », d'où l'intérêt qu'ils soient prévus par les statuts, de sorte que tout associé puisse s'en imprégner soit au moment de la constitution de la société ou en cours de vie sociale[829]. Cependant, la variété des clauses d'exclusion ne saurait toutefois engendrer une exclusion *ad nutum*, dans la mesure où la loi prévoit elle-même que l'exclusion est mise en œuvre selon les conditions déterminées par les statuts. Constituent des exclusions *ad nutum*, des exclusions fondées sur des critères qui ne sont pas objectifs, lesquels critères doivent avoir été définis à l'avance ou sont déterminables selon les termes des statuts ou fondés sur l'intérêt social[830]. En effet, les motifs ou causes d'exclusion doivent être conformes d'une part, à l'ordre public et, d'autre part, à l'intérêt social[831]. La conformité des motifs d'exclusion à l'ordre public vise à protéger les droits fondamentaux de l'associé. Quant à la conformité de la cause d'exclusion à l'intérêt social, elle vise à garantir la cohésion de l'actionnariat, afin d'assurer la poursuite de l'activité sociale[832].

438. L'intérêt de la précision des motifs d'exclusion dans les statuts est de limiter « les risques de discussion des associés exclus, mais également les risques d'arbitraires de la société »[833]. Dès lors, les motifs d'exclusion devraient-ils être limitativement énumérés dans les statuts ? La réponse est différemment appréciée selon que l'on se fie à la doctrine ou à la jurisprudence. La doctrine exigerait une « suffisante précision des motifs », tandis que la jurisprudence fait plutôt « preuve de libéralisme » en validant les clauses ne précisant pas les motifs d'exclusion[834]. Dans un arrêt rendu le 9 novembre 2022, la Cour de cassation française validait une décision d'exclusion d'un associé pour justes motifs prise à la majorité fixée pour la modification des statuts, conformément à une clause statutaire ne comportant pas une liste de motifs

[828] *Ibid.*
[829] A. PLENT, *op. cit.*, n° 683, p. 325.
[830] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 844, p. 512.
[831] J. DELVALLEE, « Conformité à la Constitution du dispositif d'exclusion statutaire dans les SAS », *op. cit.*, p. 4.
[832] *Ibid.*, p. 5.
[833] A. PLENT, *op. cit.*, n° 722, p. 345.
[834] J. DELVALLEE, « Conformité à la Constitution du dispositif d'exclusion statutaire dans les SAS », *op. cit.*, p. 5.

d'exclusion[835]. Il convient toutefois de convenir qu'il paraît impossible d'établir une liste exhaustive des motifs d'exclusion[836].

2. La détermination de la procédure d'exclusion

439. La disposition relative à l'exclusion d'associé n'indique pas la procédure à suivre pour aboutir à l'exclusion. Elle précise seulement que la décision est prise par l'assemblée générale. Mais, au sens de l'alinéa 2 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français, l'exclusion d'un associé ne saurait être envisagée qu'à la seule condition qu'elle ait été prévue dans les statuts de la société à capital variable. L'exclusion constituerait, en effet, la contrepartie du droit reconnu à chaque associé de se retirer de la société à tout moment. De la sorte, en intégrant une société bénéficiant d'un droit d'exclusion telle qu'une société à capital variable, chaque associé accepte de se soumettre à un droit ou un mécanisme exorbitant en droit des sociétés. A cet effet, le dispositif statutaire d'exclusion devrait, en plus des motifs d'exclusion, déterminer la procédure d'exclusion.

La disposition y relative exige une décision prise par l'assemblée générale à la majorité exigée pour la modification des statuts en droit français et à la majorité fixée par les statuts en droit OHADA. Pourquoi cette différence dans la détermination de la majorité ? L'exclusion d'un associé nécessiterait-t-elle la modification des statuts ? Dans une société à capital fixe, on comprendrait alors la mention de la majorité fixée pour la modification des statuts, dans la mesure où l'exclusion d'un associé nécessitera la modification des statuts. En revanche, dans les sociétés à capital variable, l'exclusion d'un associé n'entraîne pas la modification des statuts, la mention de la majorité fixée pour la modification des statuts ne serait pas alors justifiée. La différence d'approche entre le droit français et le droit OHADA établit que le premier fait prévaloir l'aspect institutionnel de la société et le second l'aspect contractuel.

L'absence d'indication de la procédure par les dispositions précitées ne signifie pas que l'assemblée générale dispose d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'exclusion d'associé[837].

440. Au regard des conséquences de l'exclusion, la clause statutaire qui la consacre devrait avoir un caractère processuel, dans la mesure où il lui revient de déterminer la procédure de l'exclusion. L'instauration par ladite clause d'une procédure d'exclusion vise à garantir l'associé contre l'arbitraire. De la sorte, cette procédure doit avoir pour objet de préserver les droits de la défense de l'associé visé par la mesure d'exclusion en lui permettant de prendre

[835] Cass. com., 9 novembre 2022, n° 21-10.540. FSB, *Dalloz actualité*, 16 décembre 2022.
[836] A. PLENT, *op. cit.*, n° 720, p. 345.
[837] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 66, p. 21.

part à l'assemblée générale devant statuer sur son sort[838]. Il s'agit d'assurer à l'associé la possibilité d'être entendu à l'assemblée générale et « de prendre part au vote sur sa propre exclusion »[839], en application du principe d'égalité qui prévaut en droit des sociétés. La participation de l'associé à l'assemblée devant statuer sur le projet de résolution de son exclusion constitue la transposition du principe du respect des droits de la défense[840]. Pour ce faire, l'associé visé par la mesure d'exclusion doit être invité à prendre part à ladite assemblée ; laquelle participation devant être assurée par la réception de la convocation et des documents y afférents, dont le projet de résolution de l'exclusion. Lorsqu'il a été régulièrement invité à y prendre part, son absence lors de l'assemblée générale n'entache pas la validité de la procédure d'exclusion, dans la mesure où il s'est volontairement abstenu d'y participer[841]. La décision d'exclusion d'un associé ne devrait alors intervenir qu'à l'issue de la procédure fixée par la clause statutaire d'exclusion[842]. La rédaction de cette clause doit en conséquence permettre de garantir le respect d'une part, des droits de la défense et, d'autre part, du principe du contradictoire, afin de pouvoir produire ses effets.

Paragraphe 2. La neutralisation de l'exclusion

441. L'exclusion d'un associé exige l'existence dans les statuts d'une clause d'exclusion. La validité de ladite clause ne pose pas de difficulté particulière pour plusieurs raisons. Son existence dans les statuts traduit la volonté ou la liberté contractuelle de l'associé de se voir priver de son droit de propriété sur ses titres sociaux[843]. De même, son insertion en cours de vie sociale doit requérir l'unanimité des associés « en vertu du principe selon lequel l'associé ne peut être privé de son droit propre de demeurer associé que s'il y a librement consenti »[844] ; c'est la traduction de l'approche contractuelle de la société.

442. La consécration de l'approche contractuelle de la société par le mécanisme de la variabilité du capital n'empêche pas que la décision d'exclusion soit neutralisée. En effet, il n'est pas exclu que la mise en œuvre de la clause d'exclusion soit confrontée à des difficultés empêchant la prise d'une décision d'exclusion. De même, cette décision peut être remise en cause devant la juridiction compétente entravant ainsi la mise en œuvre de la clause d'exclusion. De la sorte,

[838] A. PLENT, *op. cit.*, n° 702, p. 334.
[839] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 844, p. 513.
[840] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 69, p. 22.
[841] S. TOE, *op. cit.*, n° 30, p. 237.
[842] J. DELVALLEE, « Conformité à la Constitution du dispositif d'exclusion statutaire dans les SAS », *op. cit.*, p. 4.
[843] S. TOE, *op. cit.*, n° 18, p. 230.
[844] *Ibid.*

dans quelles conditions la mise en œuvre de la clause d'exclusion est-elle susceptible d'être entravée ? L'examen des contraintes de la mise en œuvre de la clause d'exclusion (A) et de l'encadrement judiciaire de la mise en œuvre de la clause d'exclusion (B) permettra d'envisager les conditions de neutralisation de la clause d'exclusion.

A. Les contraintes de la mise en œuvre de la clause d'exclusion

443. L'exclusion d'un associé nécessite au préalable l'insertion d'une clause d'exclusion dans les statuts, tel qu'il ressort de l'alinéa 2 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français. La clause d'exclusion vise à « retirer la qualité d'associé à une personne », alors qu'il n'est pas exclu qu'elle conserve l'*affectio societatis*[845]. Sa mise en œuvre est tributaire du respect des principes déterminés par la loi, mais aussi des principes dégagés par la jurisprudence. Ces principes s'établiraient en contraintes à l'égard des associés décidés à engager l'exclusion d'un associé, neutralisant ainsi la prise d'une telle mesure. Ainsi, le non-respect de ces principes empêcherait la mise en œuvre de la clause d'exclusion. Quelles sont alors les contraintes susceptibles d'entraver la mise en œuvre de la clause d'exclusion ? Il s'agit ici de démontrer que la mise en œuvre de la clause d'exclusion est confrontée à des contraintes déterminées par la loi et la jurisprudence et se résumant d'une part, au respect du seuil du capital minimum de la société (2) et, d'autre part, en la prohibition des exclusions *ad nutum* (1).

1. La prohibition des exclusions *ad nutum*

444. Au lieu de souscrire un prêt auprès d'un établissement de crédit ou d'un établissement financier, les sociétés à capital variable peuvent recourir à des investisseurs professionnels ou non qui vont acquérir des titres sociaux émis par ces sociétés, dans l'optique de recevoir des dividendes en fin d'exercice. Le recours aux investisseurs plutôt qu'à l'emprunt bancaire présente un intérêt certain pour la société, à savoir être dispensé de supporter les charges financières et les contraintes liées aux risques de l'exploitation souvent marqués par l'incertitude du chiffre d'affaires prévisionnel généralement prévu dans les *business plans*. Dans leurs prévisions, les investisseurs peuvent vouloir demeurer au sein de la société pendant une durée plus ou moins longue, en fonction de la rentabilité affichée par la société et le montant des fonds investis.

445. L'exclusion est un risque susceptible de contrarier les prévisions financières des investisseurs associés des sociétés à capital variable, même s'ils recevront un remboursement des titres sociaux. L'exclusion d'associé dans les sociétés à capital variable est consacrée à

[845] B. SAINTOURENS, « Clause statutaire d'exclusion et abus de droit », Rev. sociétés 1998, p. 99 (p. 3).

l'alinéa 2 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français. Cette disposition permet aux statuts de stipuler que « l'assemblée générale […] a le droit de décider, […], que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société ». Elle autorise ainsi l'insertion d'une clause dans les statuts accordant un pouvoir d'exclusion à l'assemblée générale, sans une quelconque exigence ou précision des motifs et de la procédure d'exclusion. En d'autres termes, au sens de cette disposition, l'exclusion doit avoir été préalablement prévue par une clause statutaire ; à défaut, l'exclusion ne serait pas juridiquement fondée et pourrait alors avoir lieu[846].

Les dispositions légales relatives à la variabilité du capital n'évoquent aucunement les motifs et la procédure de l'exclusion. Pour ce faire, il revient aux statuts de déterminer la procédure d'exclusion en vue de garantir les droits de l'associé exclu ; cette procédure devant être « conforme à l'intérêt social et à l'ordre public, et ne pas être abusive »[847]. La détermination de la procédure d'exclusion dans les statuts vise ainsi à prémunir les associés contre l'arbitraire[848]. De même, la généralité des termes de cette disposition admettrait une diversité de motifs d'exclusion, mais ne saurait autoriser une exclusion *ad nutum*[849]. L'exclusion *ad nutum* désignerait l'exclusion décidée sans motif ou qui n'est pas fondée sur un motif réel et sérieux et sans observation d'une procédure appropriée. Autrement dit, l'exclusion *ad nutum* est celle qui n'est pas fondée sur un critère objectif, « de sorte que les cas d'exclusion doivent être définis à l'avance avec précision, le caractère non abusif de l'exclusion étant contrôlé judiciairement »[850]. Or, dans un arrêt rendu le 9 novembre 2022, la Cour de cassation française a validé une décision d'exclusion d'un associé pour justes motifs prise à la majorité fixée pour la modification des statuts, conformément à une clause statutaire ne comportant pas une liste de motifs d'exclusion[851].

Dès lors, la caractérisation de l'exclusion *ad nutum* pourrait se limiter à l'absence de motif et à l'inobservation d'une procédure d'exclusion. Ainsi, la mise en œuvre de la clause d'exclusion a pour limite la prohibition des exclusions *ad nutum*. Il revient alors aux rédacteurs des statuts de prévoir ces dispositifs dans les clauses relatives à l'exclusion. Or, les dispositions légales relatives à l'exclusion n'exigent pas la détermination statutaire d'une procédure d'exclusion.

---

[846] A. PLENT, *op. cit.*, n° 676, p. 322.
[847] J. DELVALLEE, « Conformité à la Constitution du dispositif d'exclusion statutaire dans les SAS », *op. cit.*, p. 4.
[848] *Ibid.*
[849] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 838, p. 508.
[850] *Ibid.*, n° 844, p. 512.
[851] Cass. com., 9 novembre 2022, n° 21-10.540. FSB, *Dalloz actualité*, 16 décembre 2022.

Cette disposition aurait pu exiger un tel processus pour assurer une sécurité juridique aux investisseurs qu'il ne sera pas porté une quelconque atteinte à leur présence au sein de la société, conformément à leurs prévisions entrepreneuriales. Cependant, si leur comportement est contraire aux intérêts de la société et selon les motifs déterminés notamment par les statuts, il pourrait être porté atteinte à leur présence au sein de la société.

L'absence de ces éléments dans les dispositions légales fait prévaloir l'approche contractuelle de la société, dans la mesure où les associés sont censés avoir donné leur consentement au processus d'exclusion prévu dans les statuts. Or, s'agissant d'assurer la sécurité juridique des investisseurs, il aurait été convenable que la loi prévoie de manière non exhaustive des motifs d'exclusion, mais aussi l'obligation de prévoir statutairement une procédure d'exclusion.

446. Le recours à l'approche institutionnelle de la société consacrera une protection directe des associés, en dehors de l'application des principes fondamentaux en droit des sociétés. Il s'agira pour la loi de déterminer certains motifs d'exclusion et la procédure à insérer dans les statuts. A défaut, le Code de commerce français et l'Acte uniforme pourraient exiger la précision de ces éléments dans les statuts ; dans ce cas la clause statutaire y relative aura pour fondement la disposition légale fixant cette exigence. La détermination légale de ces éléments ou leur exigence légale rendrait évidente la sanction de la décision d'exclusion prise abusivement ou arbitrairement, c'est-à-dire celle non fondée sur un motif réel et sérieux et/ou prise au mépris de la procédure édictée par la loi.

2. Le respect du seuil du capital minimum de la société

447. L'exclusion d'un associé est une décision prise par l'assemblée générale sur le fondement des dispositions statutaires qui lui confèrent cette prérogative. Cependant, les dispositions légales limitent « cette prérogative en subordonnant l'exclusion d'un associé au respect du capital minimum incompressible de la société »[852]. En effet, l'Acte uniforme et le Code de commerce français ont instauré un double seuil à ne pas atteindre en cas d'opération entraînant une réduction du capital, dont l'exclusion d'associé. Ce seuil est déterminé par les statuts selon les termes de l'alinéa 1 des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français, faisant ainsi de sa fixation une exigence légale. Ce seuil ne peut être inférieur ni au dixième du capital social stipulé, ni au capital social minimum pour la forme sociale considérée[853] et contribue dans cette perspective à la stabilité du capital social. Quelles sont

[852] A. PLENT, *op. cit.*, n° 692, p. 329.
[853] Art. 269-5 al. 2 AUDSC et art. L. 231-5 al. 2 C. com.

alors les implications résultant du respect du seuil du capital minimum de la société à capital variable ?

448. L'alinéa 2 des articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français détermine la limite de la mise en œuvre de la clause d'exclusion d'associé dans les sociétés à capital variable. En application de la disposition précitée, la mise en œuvre de la clause d'exclusion ne saurait porter le montant du capital de la société à un montant inférieur ni au dixième du capital fixé dans les statuts, ni au minimum légal de la forme sociale considérée. Ce minimum légal est de 10.000.000 de francs CFA en droit OHADA et de 37.000 euros en droit français fixé respectivement par l'article 387 alinéa 1 de l'Acte uniforme et l'article L. 224-1 du Code de commerce français. Ces dispositions ont ainsi fixé un minimum incompressible à ne pas franchir en cas d'exclusion d'un associé. A défaut du minimum légal, il revient aux statuts, particulièrement des sociétés par actions simplifiées[854], de déterminer le capital social minimum. Dans cette hypothèse, l'exclusion d'un associé ne pourrait porter le capital social à un montant inférieur au dixième du capital social stipulé.

449. L'exclusion d'un associé dont la mise en œuvre portera le capital à un montant inférieur au seuil minimum légal entraînera la dissolution de la société en application de l'article 66 alinéa 2 de l'Acte uniforme et de l'article L. 224-2 du Code de commerce français. La décision d'exclusion étant prise en assemblée, les associés n'auront aucun intérêt à franchir le seuil minimum légal, lequel est susceptible de faire disparaître la société. Le pouvoir d'exclusion attribuée à l'assemblée générale par l'article 269-6 alinéa 2 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-6 alinéa 2 du Code de commerce français ne permet pas de déroger au capital minimum prévu à l'article 269-5 de l'Acte uniforme et à l'article L. 231-5 du Code de commerce français ; ces dispositions étant d'ordre public[855].

De la sorte, le seuil minimum légal paralyse l'adoption d'une décision d'exclusion d'associé. Celle-ci est alors confrontée au respect de ce seuil, puisqu'elle ne pourra avoir effet de franchir la limite qui y est fixée. De ce fait, ce seuil constitue un obstacle à la mise en œuvre de la clause d'exclusion. Elle est, de ce fait, conditionnée par le respect du seuil minimum légal ou statutaire. Le respect dudit seuil empêche la société de prononcer l'exclusion d'un associé. En effet, si la mise en œuvre de la clause d'exclusion aboutit au franchissement de ce seuil, la décision

[854] Art. 835-5 al. 1 AUDSC.
[855] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 63, p. 20.

d'exclusion sera frappée de nullité, bien qu'elle soit fondée sur un motif légitime et malgré le respect des procédures fixées par les statuts.

B. L'encadrement judiciaire de la mise en œuvre de la clause d'exclusion

450. « La mesure d'exclusion représente un réel pouvoir disciplinaire de la société sur ses membres »[856]. Elle a pour conséquence la perte de la qualité d'associé et des droits pécuniaires qui y sont attachés, de même que la réduction du capital de la société. Pour ce faire, il apparaît nécessaire d'encadrer la mise en œuvre de cette clause, en vue notamment de s'assurer de la protection des intérêts de l'associé visé par la mesure d'exclusion. Celui-ci bénéficiera ainsi de la possibilité de contester la décision d'exclusion par un recours judiciaire ; ce qui conférera un pouvoir de contrôle au juge.

L'une des questions importantes résultant des clauses d'exclusion est celle de l'étendue du pouvoir de contrôle judiciaire, dans la mesure où celle-ci n'est fixée par aucun texte, mais l'a été par la jurisprudence[857]. En outre, il convient d'appréhender les conséquences de l'appréciation par le juge de la décision d'exclusion à lui soumise. L'examen de ces deux questions permettra d'envisager d'une part, l'étendue du contrôle judiciaire du pouvoir d'exclusion (1) et, d'autre part, la sanction de la décision d'exclusion (2).

1. L'étendue du contrôle judiciaire du pouvoir d'exclusion

451. L'étendue du contrôle judiciaire touche aussi bien les formalités procédurales que l'opportunité de la mesure d'exclusion. Le contrôle de la procédure d'exclusion a pour objet de s'assurer du respect des droits de la défense et du caractère contradictoire des débats préalables à l'exclusion de l'associé concerné[858]. Ce contrôle limiterait « les craintes d'une exclusion-règlement de compte peu compatible avec le droit de tout associé de demeurer dans la société auquel certains peuvent encore être attachés »[859]. Il s'avère donc nécessaire de soumettre la décision d'exclusion au contrôle du juge pour s'assurer du respect de ces principes. Quelles seraient alors les conséquences de l'inobservation du respect des droits de la défense et du principe du contradictoire dans la procédure d'exclusion d'un associé ?

452. La participation aux décisions collectives étant un droit pour tout associé, conformément à la lettre de l'article 125 de l'Acte uniforme et de l'article 1844 du Code civil français, la mise

[856] A. PLENT, *op. cit.*, n° 762, p. 363.
[857] J-C. HALLOUIN, « Exclusion d'un associé d'une SARL : le juge saisi doit vérifier si l'exclusion n'est abusive », *op. cit.*, p. 1.
[858] B. SAINTOURENS, « Clause statutaire d'exclusion et abus de droit », *op. cit.*, p. 2.
[859] *Ibid.*, p. 3.

en œuvre de la clause statutaire ne pourrait consister à exclure l'associé visé par la mesure à l'assemblée générale devant statuer sur son sort. En effet, les statuts sociaux ne sauraient écarter la « convocation préalable de l'associé visé par la décision d'exclusion »[860]. Avant l'adoption de la décision d'exclusion, l'associé n'est pas encore privé de sa qualité ; sa participation à l'assemblée générale résulte, de ce fait, de l'application du principe d'égalité qui prévaut en droit des sociétés. Mais, le refus de l'associé de participer à l'assemblée générale ou de se défendre alors qu'il a été mis en demeure de le faire n'entachera pas la validité de la décision d'exclusion[861]. Quid du contrôle de l'opportunité de la décision d'exclusion ?

453. Le contrôle de l'opportunité de la décision d'exclusion vise à s'assurer de la réalité des motifs et de la proportionnalité entre la faute reprochée et la décision d'exclusion, en référence à l'abus de droit susceptible d'être commis à l'occasion de la prise de la décision d'exclusion[862]. Dans la décision QPC du 9 décembre 2022, le Conseil constitutionnel français faisait apparaître le rôle du juge qui doit se borner lors de son contrôle à s'assurer de la réalité et de la gravité du motif d'exclusion[863]. De la sorte, il s'agit pour le juge saisi d'opérer un contrôle de l'existence d'abus lors de l'exclusion.

Le contrôle judiciaire fondé sur l'abus de droit offre à l'associé une garantie qui pourrait conditionner la reconnaissance de la licéité de principe des clauses d'exclusion[864]. L'abus de droit constitue un procédé technique permettant au juge de s'assurer du respect par la mesure d'exclusion de la finalité sociale reconnue par le droit à la société[865]. En d'autres termes, il s'agit pour le juge de s'assurer que la décision d'exclusion n'est pas fondée sur des motifs contraires à la finalité assignée à la société. Or, en dehors de l'abus de majorité, le critère le plus fréquemment admis en matière d'abus de pouvoir est l'intention de nuire, laquelle pourrait être déduite de l'absence de motif légitime d'exclusion[866].

L'étendue du contrôle judiciaire, qui porte aussi bien sur la procédure que sur l'examen des motifs d'exclusion, n'est consacré par aucun texte. La détermination de l'étendue de ce contrôle est revenue à la jurisprudence[867]. Dans ce sens, seule la saisine du juge assurera à l'associé une

[860] A. PLENT, *op. cit.*, n° 769, p. 366.
[861] S. TOE, *op. cit.*, n° 30, p. 237.
[862] B. SAINTOURENS, « Clause statutaire d'exclusion et abus de droit », *op. cit.*, p. 2
[863] J. DELVALLEE, « Conformité à la Constitution du dispositif d'exclusion statutaire dans les SAS », *op. cit.*, p. 5.
[864] B. SAINTOURENS, « Clause statutaire d'exclusion et abus de droit », *op. cit.*, p. 3.
[865] J-C. HALLOUIN, « Exclusion d'un associé d'une SARL : le juge saisi doit vérifier si l'exclusion n'est abusive », *op. cit.*, p. 1.
[866] *Ibid*.
[867] *Ibid.*

protection certaine. Pour ce faire, l'associé exclu devra soumettre la décision d'exclusion à la juridiction compétente qui s'assurera non seulement du respect des formalités procédurales et des principes des droits de la défense, mais aussi de l'existence de motifs réels et sérieux justifiant l'exclusion. En l'absence d'un recours judiciaire, les juges ne pourraient valablement apprécier la portée de la décision d'exclusion[868] ; laquelle appréciation pourrait aboutir à une sanction de ladite décision.

2. La sanction de la décision d'exclusion

454. A l'issue du contrôle judiciaire, il convient de s'interroger sur le sort de la décision d'exclusion. Autrement dit, quelle pourrait être la sanction de la décision d'exclusion d'associé ? L'examen de la décision d'exclusion incite à envisager deux situations, à savoir d'une part, la violation de clauses statutaires et, d'autre part, l'existence d'un motif abusif. L'analyse de chaque situation aboutit à des solutions différentes.

455. En premier lieu, la décision d'exclusion prise en violation d'une clause statutaire, notamment, le non-respect des procédures d'exclusion fixées par les statuts, « par une assemblée générale d'exclure un associé affecte par elle-même la régularité des décisions de cette assemblée et en justifie l'annulation »[869]. En effet, une décision d'exclusion pourrait être qualifiée d'irrégulière ou d'abusive selon que la procédure d'exclusion n'ait pas été respectée ou qu'elle ait méconnu les principes fondamentaux. De la sorte, l'examen de la procédure d'exclusion apparaît comme une question objective susceptible d'aboutir à la nullité de la décision d'exclusion. Mais quel pourrait être le fondement de cette nullité ? Celle-ci pourrait être fondée aussi bien sur les dispositions de droit commun, que sur les dispositions propres aux sociétés à capital variable, dans la mesure où ces différentes dispositions consacrent les causes de nullité de la décision d'exclusion.

La nullité fait l'objet d'un encadrement strict en droit des sociétés par le législateur au regard de ses conséquences ; c'est ce qui justifie la limitation du champ des nullités[870]. En effet, au sens de l'article 244 de l'Acte uniforme, la nullité de la décision d'exclusion pourrait résulter de quatre causes, à savoir une disposition de l'Acte uniforme la prévoyant expressément, la violation d'une disposition impérative de l'Acte uniforme, la violation d'une disposition impérative des textes régissant les contrats ou la violation d'une clause statutaire jugée essentielle par la juridiction saisie. Au regard de la rigueur du régime des nullités, il y aurait un

[868] A. PLENT, *op. cit*., n° 770, p. 366.
[869] Cass. civ. 1° (France), 3 février 2021, 16-19.691 (arrêt n° 108).
[870] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Nullités des actes et délibérations : bis repetita placent », *op. cit.*, p. 2.

risque d'impossibilité d'obtenir la nullité des décisions d'exclusion si, malgré le respect des principes fondamentaux, apparaissent des éléments subjectifs résultant de l'appréciation des motifs d'exclusion par le juge, considérant que l'examen des procédures est une question objective. Or, une interprétation stricte des causes de nullité en droit des sociétés permettrait de garantir la force obligatoire des statuts établie par l'article 1134 du Code civil burkinabè et l'article 1103 du Code civil français, particulièrement le respect des procédures d'exclusion fixées par les statuts. De la sorte, est-il possible de prononcer la nullité d'une décision d'exclusion prise en violation d'une clause statutaire sur le fondement de l'article 1134 du Code civil burkinabè et de l'article 1103 du Code civil français ?

La spécificité des sociétés à capital variable fait apparaître l'importance des clauses statutaires dans l'organisation et le fonctionnement de ces sociétés, du fait de leur caractère libéral[871]. Comme tel, la sanction de la mesure d'exclusion pourrait être fondée sur le fondement de l'article 1134 du Code civil burkinabè et de l'article 1104 du Code civil français, à savoir l'exécution de bonne de foi des conventions. Ce fondement résulterait non seulement du fait que les statuts tiennent lieu de loi à l'égard des associés, mais aussi de l'exigence d'une exécution de bonne foi des conventions. Cependant, le recours à ce fondement, à savoir la violation de l'article 1134 du Code civil burkinabè et des articles 1103 et 1104 du Code civil français, engendrerait un développement des nullités, « la violation de toutes les dispositions statutaires étant susceptible d'entraîner la nullité des actes et délibérations »[872], en l'occurrence les décisions d'exclusion. Ce d'autant plus que ces dispositions ne constituent pas une « norme posant une condition de validité des contrats »[873] ; d'où l'intérêt de s'en tenir à une interprétation stricte des causes de nullité en droit des sociétés.

456. En second lieu, une décision d'exclusion peut être qualifiée d'abusive, même en cas de respect de la procédure fixée dans les statuts. Cette décision n'est pas prise en violation d'une clause statutaire, mais fondée sur un motif abusif ou prise au mépris des principes de droit des sociétés. La Cour de cassation française a récemment jugé que toute décision d'exclusion abusive encourait de ce seul fait l'annulation[874]. A titre illustratif, le non-respect du principe d'égalité rendra l'exclusion prononcée abusive, laquelle encourra l'annulation par le juge saisi

[871] L'article 269-2-1 AUDSC dispose que « par dérogation aux dispositions du présent Acte uniforme, les statuts des sociétés à capital variable organisent les modalités de souscription, de libération et de reprise des apports ».
[872] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Nullités des actes et délibérations : bis repetita placent », *op. cit.*, p. 1.
[873] P. Le CANNU, « Nullité des actes ou délibérations des organes sociaux : un important arrêt d'étape », note sous Cass. com., 8 mai 2010, Société française de gastronomie c/ Société Larzul, *Revue des sociétés* 2010, p. 374.
[874] Cass. civ. 1e, 3 février 2021, n° 16-19.691, *Dalloz actualité*, 17 février 2021, obs. X. DELPECH ; *D.* 2021, 286.

à cet effet[875]. A cet effet, la décision prise au mépris de ce principe devrait être frappée de nullité, conformément à l'article 129-1 de l'Acte uniforme[876]. Dès lors, la sanction du non-respect des principes qui prévalent en droit des sociétés pourrait alors consister à envisager la nullité de la décision d'exclusion. Cependant, la Cour de cassation française considère que l'inobservation du principe du contradictoire ne peut entraîner la nullité de la décision d'exclusion, car il aurait fallu qu'il y ait « violation d'une disposition impérative du droit des sociétés ou des lois qui régissent les contrats »[877]. Qui plus est, « la violation d'une clause statutaire ne saurait imposer au juge de prononcer la nullité »[878], attribuant ainsi au juge un pouvoir d'appréciation de l'opportunité de cette sanction, caractérisant ainsi une nullité facultative[879]. Mais, pour contrôler ce pouvoir, la Cour de cassation française pose un critère exigeant que la nullité soit encourue lorsque la violation des statuts « est de nature à influer sur le résultat du processus de décision »[880]. Cette nullité est alors tributaire de l'influence sur le processus de décision, par exemple en cas de non-respect de la procédure fixée par les statuts, la perte de la qualité d'associé constituant un grief pour l'associé visé par la mesure d'exclusion.

En revanche, certaines dispositions prévoient une nullité expresse. Il en est ainsi de l'alinéa 2 de l'article 269-6 de l'Acte uniforme dont la deuxième phrase prévoit la nullité des décisions ou délibérations prises en violation des règles de majorité fixées par les statuts. L'article 129-1 de l'Acte uniforme prévoit également une nullité expresse pour toute décision prise en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux titres sociaux ; contrairement au législateur français qui prévoit à l'article L. 235-2-1 du Code de commerce une nullité facultative. En tout état de cause, il revient à l'associé concerné de contester la décision d'exclusion devant le juge, c'est-à-dire de solliciter sa nullité, laquelle aura pour effet d'aboutir à sa réintégration au sein de la société[881] et, en conséquence, la réinstauration de ses droits et obligations d'associé, de telle sorte que ladite décision est censée n'avoir jamais existée.

---

[875] S. TOE, *op. cit.*, n° 29, p. 237.

[876] Cette disposition sanctionne la décision prise en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux titres sociaux. Il en sera ainsi pour la délibération prise par l'assemblée générale au cours de laquelle l'associé visé par la mesure d'exclure a été empêché d'exercer son droit de vote.

[877] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 844, p. 513. A l'appui de son affirmation, l'auteur invoque la décision suivante : Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+R+I : JurisData n° 2010-006635.

[878] J. DELVALLEE, « Arrêt Larzul 2 : dans les SAS, une décision collective prise en violation des clauses statutaires peut être annulée », *op. cit.*, n° 27.

[879] La nullité facultative résulte même des termes des articles L. 235-1 al. 2 du Code de commerce français et 244 de l'Acte uniforme, lorsqu'ils prévoient que « la nullité… ne peut résulter que… ».

[880] J. DELVALLEE, « Arrêt Larzul 2 : dans les SAS, une décision collective prise en violation des clauses statutaires peut être annulée », *op. cit.*, n° 27.

[881] A. PLENT, *op. cit.*, n° 793, p. 377.

A défaut de la nullité, l'inobservation du principe du contradictoire pourrait être sanctionnée sur le fondement de la responsabilité civile. De même, en cas d'abus dans la mise en œuvre de la clause d'exclusion sur la base d'un motif inexact ou infondé, le fondement de la responsabilité civile délictuelle s'imposerait[882]. En conséquence, la sanction de la mesure d'exclusion pourrait être fondée sur le fondement de la responsabilité civile résultant de l'article 1382 du Code civil burkinabè et de l'article 1240 du Code civil français[883], écartant du même coup la nullité de la décision querellée.

457. En outre, le législateur permet au tribunal de commerce saisi d'une action en nullité d'envisager la régularisation de la décision d'exclusion entachée d'irrégularité. En effet, la juridiction compétente dispose de la possibilité de fixer, même d'office, un délai afin de régulariser la décision querellée ; cette décision bénéficiant même d'un sursis dans la mesure où le tribunal « ne peut prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance »[884]. Mieux encore, le juge peut accorder le délai nécessaire pour convoquer et tenir l'assemblée générale aux fins de cette régularisation[885]. Cette régularisation ne pourrait être envisager qu'en cas de violation de la procédure fixée par les clauses statutaires. Cependant, elle serait possible en cas d'exclusion fondée sur un motif abusif, parce qu'en toute circonstance il serait difficile de convoquer une assemblée générale en vue d'y substituer un motif légitime. Dans une telle circonstance, à défaut d'un motif légitime d'exclusion, « la délibération conserverait son caractère attentatoire, et l'associé ayant pu être exclu pour des motifs impropres se trouverait, nonobstant un contrôle judiciaire, toujours exclu »[886].

[882] B. SAINTOURENS, « Clause statutaire d'exclusion et abus de droit », *op. cit.*, p. 2.
[883] *Ibid.*
[884] Voir art. 247 al. 1 AUDSC et art. L. 235-4 al. 1 C. com.
[885] Voir art. 247 al. 2 AUDSC et art. L. 235-4 al. 2 C. com.
[886] A. PLENT, *op. cit.*, n° 794, p. 378.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

458. L'article 269-6 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-6 du Code de commerce français constituent le cadre légal de la sortie ou de la mobilité des associés dans les sociétés à capital variable. L'alinéa 1 de ces dispositions consacre l'exercice du droit de retrait, tandis que l'alinéa 2 octroie la faculté d'exclusion d'associé à la société ; l'associé sortant étant tenu de toutes les obligations existant au montant de sa sortie, tel qu'il ressort de l'alinéa 3 de ces dispositions. L'exercice du droit de retrait et l'exclusion d'associé entraînent à l'égard de l'associé la perte de sa qualité et à l'égard de la société la réduction du capital. Cependant, ces modalités peuvent être entravées par la limite fixée aux articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français. Cette limite consiste au respect non seulement du seuil minimum déterminé pour chaque forme, mais aussi du seuil minimum fixé dans les statuts. Une telle limite à la réduction du capital social serait destinée à protéger le gage des créanciers sociaux, lesquels pourraient se prévaloir d'un capital minimum souscrit[887].

459. L'exercice du droit de retrait facilite la sortie des associés, particulièrement des investisseurs intéressés par la liquidité de leurs apports. Cette modalité de sortie est plus avantageuse que celle de la cession ou du rachat des titres sociaux, laquelle est lourde, contraignante et dont l'issue est incertaine. L'exercice du droit de retrait « constitue une technique de *cash out* remarquable » permettant à l'associé d'obtenir le remboursement partiel ou intégral de son investissement à de meilleures conditions[888]. Mais, les modalités d'évaluation de la valeur des droits sociaux et de calcul du prix dû à l'associé doivent être fixées par les statuts, en raison du silence de la loi sur ces éléments, laissant ainsi prévaloir l'approche contractuelle de la société. L'intérêt de la détermination de ces modalités est lié à l'éventuelle dépréciation ou valorisation de la valeur des titres sociaux en cours de vie sociale.

La justification de l'exclusion ne saurait méconnaître les droits des associés, au regard de l'encadrement de sa procédure. Elle fait l'objet d'un encadrement consistant en la prohibition des exclusions *ad nutum*, en la nécessité de motiver l'exclusion, au respect du contradictoire, au contrôle judiciaire du caractère non abusif de l'exclusion[889]. En effet, pour produire ses effets, l'exclusion doit non seulement être prononcée par un organe compétent, mais aussi

[887] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 18.
[888] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 725, p. 438.
[889] *Ibid.*, n° 831, p. 503. Voir Cass. com., 6 mai 2014, *BJS* 2014, p. 506.

respecter les droits de la défense de l'associé ; la procédure pouvant être contrôlée par un juge en raison de l'existence d'un recours judiciaire[890].

460. La clause d'exclusion ne sera valide que si elle détermine l'organe compétent pour prononcer l'exclusion. C'est dans ce sens que l'alinéa 2 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français attribue cette compétence à l'assemblée générale. Seulement, à la différence du Code de commerce français qui précise que la décision est prise à la majorité fixée pour la modification des statuts, l'Acte uniforme laisse la latitude aux associés de fixer la majorité. Les termes des dispositions relatives à l'exclusion dans les sociétés à capital variable ne permettent pas d'affirmer si la décision est prise en assemblée générale ordinaire ou en assemblée générale extraordinaire ; mais s'agissant d'une modification statutaire lorsqu'une clause le prévoit expressément, « l'assemblée générale extraordinaire est seule compétente »[891]. C'est donc à cet organe qu'il revient de respecter les droits de la défense de l'associé. Cependant, bien que l'alinéa 2 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français ne l'exige pas expressément, le respect de ce principe constitue une garantie procédurale que toute assemblée générale doit observer avant la prise de décision[892].

[890] S. TOE, *op. cit.*, n° 26, p. 234.
[891] *Ibid.*, n° 27, p. 234.
[892] *Ibid.*, n° 29, p. 236.

CHAPITRE 2. LA DILUTION DES DROITS SOCIAUX

461. Une des particularités des sociétés à capital variable résulte de la fréquence de la mobilité des associés qui se traduit par l'entrée et la sortie récurrentes d'associés induites par l'allègement des formalités y relatives. En effet, les modalités de la variabilité de capital comportent des particularités liées à l'augmentation et à la réduction de capital. Mais, les particularités de l'augmentation de capital se matérialisent par les versements successifs d'associés et l'admission d'associés nouveaux. L'augmentation de capital résultant de l'entrée d'associés nouveaux présentent plusieurs avantages, à savoir notamment les apports financiers, l'expérience et le conseil, les réseaux et carnets d'adresses nécessaires au développement de la société[893]. Cependant, l'augmentation de capital est susceptible d'engendrer la dilution des droits sociaux. Celle-ci désigne une réduction du pourcentage de participation des associés existants au capital de la société[894]. Elle n'entraîne pas une réduction du nombre de titres sociaux détenus par les associés anciens. En outre, elle ne se traduit pas systématiquement par de faibles dividendes pour les associés anciens[895].

462. Toutefois, la récurrence des augmentations de capital dans les sociétés à capital incite à appréhender les effets de la dilution des droits sociaux et les moyens d'y faire face. Ainsi, comment concilier le renforcement des capitaux propres de la société par l'entrée d'associés nouveaux tout en limitant ou en contrôlant la dilution de la participation au capital des associés ? L'atteinte intentionnelle aux droits sociaux que réalise la dilution des droits sociaux (**Section 1**) commande la nécessité d'envisager une efficace protection contre les effets négatifs de cette conséquence de l'augmentation de capital (**Section 2**).

Section 1. Une atteinte intentionnelle aux droits sociaux

463. Toute augmentation du capital engendre une dilution des droits sociaux des associés qui n'y ont pas contribué. Ces associés verront leur participation au capital se réduire en fonction du niveau d'augmentation du capital social. Or, les sociétés à capital variable sont caractérisées notamment par la fréquence de la réalisation de l'augmentation du capital. Le montant du

[893] https://www.useyourlaw.com/la-dilution-du-capital-social/, consulté le 10 mai 2023, à 19h47.
[894] https://www.leblogdudirigeant.com/clause-anti-dilution/, consulté le 10 mai 2023, à 19h52.
[895] https://www.useyourlaw.com/la-dilution-du-capital-social/, consulté le 10 mai 2023, à 19h47.

capital social de ces sociétés est sujet à une augmentation récurrente, grâce aux versements successifs des associés et l'admission d'associés nouveaux ; cette récurrence étant, entre autres, liée à l'allègement des formalités requises en pareil cas. Pour ce faire, il est nécessaire de démontrer que la dilution des droits sociaux constitue une atteinte intentionnelle aux droits sociaux dans le cadre des sociétés à capital variable. En d'autres termes, comment la variabilité du capital occasionne-t-elle une atteinte à la participation au capital social des associés anciens ? Cette atteinte aux droits sociaux des associés anciens résulterait de l'impact de la dilution des droits sociaux (**Paragraphe 2**), en lien avec les particularités des sociétés à capital variable (**Paragraphe 1**).

Paragraphe 1. La particularité de la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable

464. La dilution des droits sociaux n'est pas propre aux sociétés à capital variable. Cependant, les caractéristiques de ces sociétés produisent des effets particuliers en lien avec la dilution des droits sociaux. Il convient alors d'examiner les particularités de la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable. L'examen des particularités de cette dilution nécessite d'envisager ses origines (A) et ses enjeux (B) dans les sociétés à capital variable.

A. L'origine de la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable

465. La dilution des droits sociaux se manifeste par la diminution de la quote-part des associés dans constitution du capital social à l'issue d'une augmentation de capital. Dans les sociétés à capital fixe, l'augmentation de capital est soumise aux formalités exigées pour la modification des statuts, lesquelles sont lourdes, contraignantes et onéreuses ; ce qui se traduit par la rareté d'une telle opération au cours d'un même exercice social. Pourtant, les sociétés à capital variable comportent un potentiel de dilution des droits sociaux assez élevé, en raison de la forte probabilité et la permanence de réalisation d'une augmentation du capital ; celle-ci pouvant intervenir à tout moment et à plusieurs reprises au cours d'un exercice social, dans la mesure où la loi permet une augmentation de capital de ces sociétés par versements successifs réalisés par les associés et l'admission d'associés nouveaux, lesquelles opérations bénéficient d'allègement de mise en œuvre, car n'entraînant pas la modification du capital social. Ainsi, comment se produit la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable ? La démonstration de l'accentuation de la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable incite à appréhender ses origines. A l'analyse, cette dilution résulte d'une part, à l'occasion de toute augmentation de capital (1) et, d'autre part, de l'attribution d'actions gratuites au profit de nouveaux associés (2).

1. La dilution des droits sociaux résultant de l'augmentation de capital

466. L'augmentation de capital désigne l'opération consistant à modifier à la hausse le montant du capital social. Elle peut se justifier par la volonté de la société d'« assurer un financement complémentaire grâce au renforcement des fonds propres » ou à d'assainir sa situation financière en rétablissant « l'équilibre entre le capital statutaire originaire et le montant des sommes mentionnées au passif du bilan »[896]. En droit commun des sociétés, l'augmentation de capital « a pour conséquence nécessaire la modification des statuts, car ceux-ci mentionnent le montant du capital social »[897]. Mais, dans les sociétés à capital variable, la modification des statuts n'est nécessaire qu'en cas de dépassement du montant du capital maximum autorisé fixé par les associés. En dehors de cette hypothèse, les augmentations successives favorisées par le mécanisme de la variabilité se réalisent sans modification du capital et, en conséquence, sans accomplissement des formalités subséquentes.

467. De manière générale, l'augmentation de capital consiste pour la société en l'accroissement de ses capitaux propres à l'aide d'apports nouveaux ou de majoration du montant nominal des titres sociaux existants. Cette opération sur le capital résultera soit de l'émission d'actions nouvelles, soit de la majoration du montant nominal des titres sociaux[898]. L'analyse de ces deux modalités d'augmentation de capital à la lumière de l'alinéa 1 des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français permettra d'envisager leur compatibilité avec la variabilité du capital et leurs conséquences sur les droits sociaux.

Selon les termes des dispositions précitées, l'augmentation de capital dans les sociétés à capital variable se réalise par des versements successifs d'associés ou l'admission de nouveaux associés. L'augmentation de capital par majoration du montant nominal des titres sociaux existants n'est pas compatible avec la variabilité du capital social, dans la mesure où elle nécessite systématiquement la modification des statuts et la réalisation des formalités subséquentes. A défaut de cette modalité, la société qui procède à l'augmentation de son capital est tenue d'émettre de nouveaux titres en contrepartie des apports effectués par les associés. L'émission de titres sociaux nouveaux comporte des spécificités dont certaines ne sont pas compatibles avec la variabilité du capital social. En effet, les augmentations de capital par incorporation de réserves, primes ou bénéfices sont exclues de la variabilité de capital, en raison de la nécessité d'accomplir des formalités lourdes et contraignantes, notamment la réunion

[896] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 137, p. 116
[897] *Ibid*.
[898] Art. 562 al. 1 AUDSC et art. L. 225-127 al. 1 C. com.

préalable de l'assemblée générale des associés et la modification des statuts. De même, l'augmentation de capital en nature, quoique contribuant au financement de la société, requiert la réunion de l'assemblée des associés en vue de statuer sur l'évaluation des apports nouveaux[899] et la modification des statuts. Ces augmentations de capital « requièrent les mêmes formalités que celles applicables dans les sociétés à capital fixe »[900]. Elles ne sont donc pas compatibles avec la variabilité du capital. Seule l'augmentation de capital par apports en numéraire bénéficie de la procédure simplifiée de modification du capital, c'est-à-dire sans modification des statuts et, en conséquence, sans les formalités y afférentes, lourdes, contraignantes et onéreuses, dans la mesure où elle se réalisera permanemment suite aux versements supplémentaires d'anciens associés et à l'admission d'associés nouveaux ; ce qui est conforme à la lettre et à l'esprit des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français[901]. Les apports en numéraire procéderont ainsi de l'émission d'actions de numéraire en vue de réaliser l'augmentation de capital.

468. L'augmentation de capital par émission d'actions de numéraire permettra à la société « de trouver de l'argent frais pour redynamiser son activité »[902]. Cette facilité de renforcement des capitaux propres résultant de la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital n'est pas sans inconvénient. L'augmentation de capital « implique une émission d'actions nouvelles qui risque de nuire aux anciens actionnaires »[903]. Grâce à cette émission la société vise à créer de nouveaux titres sociaux augmentant le nombre total de titres sociaux composant le capital social ainsi augmenté. La création de nouveaux titres sociaux aura pour conséquence la dilution des droits sociaux des associés anciens du fait de la souscription des titres sociaux émis. La dilution des droits sociaux désigne la réduction du pourcentage de détention du capital des associés, particulièrement des fondateurs, lors d'une augmentation du capital[904]. L'entrée de nouveaux associés entraîne la diminution de la part du capital des associés anciens. Cette dilution entraîne une diminution de la valeur des titres sociaux et de la quote-part du capital détenue par chaque associé. Plus le nombre d'associés augmente, plus la quote-part du capital détenue par chaque associé se réduit.

Par exemple, un associé X dispose de 40.000 actions, soit une quote-part de 40%, d'une société au capital social de 100.000 euros, représenté par 100.000 actions. Les associés décident une

[899] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 147, p. 124.
[900] A. PLENT, *op. cit.*, n° 109, p. 55.
[901] *Ibid.*, n° 337, p. 167.
[902] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 1073, p. 486.
[903] *Ibid.*, n° 511, p. 291.
[904] https://the-big-win.com/dilution-de-capital, consulté le 10 mai 2023, à 19h48.

augmentation de capital pour le porter à 200.000 euros par la création de 100.000 actions. Si l'associé X ne souscrit pas une partie de ces actions, il possédera à l'issue de cette augmentation 40.000 actions sur les 200.000 ; ce qui signifie qu'il n'a plus 40% du capital, mais 20% seulement. Il subit alors une dilution de ses droits sociaux, c'est-à-dire une diminution de sa quote-part du capital et de la valeur de ses droits sociaux, dans la mesure où il aura moins de pouvoir qu'avant l'augmentation du capital[905]. De la sorte, la dilution des droits sociaux ne concerne que les associés qui n'ont pas participé à l'augmentation de capital. La dilution des droits sociaux n'est pas propre aux sociétés à capital variable. Elle apparaît à l'occasion de toute augmentation de capital. Cependant, elle est plus accentuée dans les sociétés à capital variable, en raison de leur vocation à une augmentation de capital permanente. Les associés de ces sociétés seront confrontés à une réduction constante de leur quote-part du capital à chaque versement réalisé par les associés anciens et à chaque admission d'un associé nouveau.

2. La dilution des droits sociaux résultant de l'attribution d'actions gratuites au profit de nouveaux associés

469. L'attribution d'actions gratuites est régie en droit OHADA par les articles 626-1 à 626-6 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et en droit français par les articles L. 225-197-1 à L. 225-197-6 pour les sociétés anonymes et L. 227-1 alinéa 3 du Code de commerce pour les sociétés par actions simplifiées. Elle confère aux bénéficiaires « un avantage pécuniaire réel du montant de la valeur des actions attribuées »[906]. Sa qualification de « gratuite » se justifie par l'absence de l'exigence d'apport en contrepartie des actions reçues, de sorte qu'elle résultera de l'incorporation « de bénéfices, réserves et primes d'émission »[907]. L'attribution d'actions gratuites est un mécanisme visant à récompenser et à stimuler les salariés ou certains d'entre eux et les dirigeants sociaux de sociétés anonymes et de sociétés par actions simplifiées[908]. De la sorte, elle a un caractère rémunératoire et ne constitue pas un acte à titre gratuit[909].

470. Les salariés ou certains d'entre eux et les dirigeants sociaux des sociétés de capitaux sont les bénéficiaires de l'attribution d'actions gratuites. Certains salariés peuvent, en effet, être attributaires d'actions gratuites « en considération de leur statut (par exemple cadres), de leur ancienneté (par exemple dix ans), de leurs fonctions (par exemple commerciales), ou encore de

[905] https://brunodondero.com/tag/dilution/, consulté le 10 mai 2023, à 20h07.
[906] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2561, p. 703.
[907] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 117, p. 95.
[908] *Ibid.*, n° 116, p. 94. Voir art. 626-1 al. 1 AUDSC et art. 626-1-2 al. 1 AUDSC.
[909] *Ibid.*, n° 117, p. 95.

plusieurs de ces critères combinés »[910]. De même, certains dirigeants sociaux peuvent être attributaires d'actions gratuites selon des critères de performance déterminés par le conseil d'administration, selon les recommandations de l'Autorité des marchés financiers (AMF) française[911].

471. L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour autoriser l'attribution d'actions gratuites existantes ou à émettre dans un délai qui ne peut excéder 38 mois en droit français et 36 mois en droit OHADA[912]. Elle fixe pour ce faire deux périodes, à savoir une période d'acquisition d'une durée minimale qui ne peut être inférieure à deux ans et une période de conservation qui ne peut être inférieure à deux ans[913]. L'attribution d'actions gratuites autorisée par l'assemblée générale extraordinaire crée des droits sociaux nouveaux au profit des bénéficiaires, ouvrant droit au vote et au partage des bénéfices et de l'actif net de la société. Autrement, ce mécanisme permet d'attribuer des droits sociaux gratuitement aux salariés et aux dirigeants des sociétés de capitaux. Or, ce sont ces sociétés qui sont seulement éligibles à la variabilité du capital social en droit OHADA, lesquelles d'ailleurs sont peu nombreuses que les sociétés à responsabilité limitée exclues de ces deux mécanismes.

L'attribution d'actions gratuites comporte deux modalités. Elle procède d'une part, de l'augmentation du capital par incorporation de bénéfices, de réserves ou de primes d'émission et, d'autre part, de l'achat par la société des actions à cet effet. Ces deux modalités peuvent être combinées, dans la mesure où elles produisent le même effet, à savoir l'acquisition d'actions gratuites existantes ou à émettre[914]. L'attribution gratuite d'actions existantes requiert la détention par la société de ses propres actions ; tandis que l'attribution gratuite d'actions à émettre exige une augmentation de capital par incorporation de bénéfices, réserves ou primes d'émission. Il ne s'agit donc pas d'une augmentation par apport de ressources nouvelles[915]. Cependant, elle obéit au droit commun des augmentations de capital, avec accomplissement des mesures de publicité[916].

Pourtant, l'attribution d'actions gratuites retrouve un intérêt particulier avec la variabilité du capital.

---

[910] *Ibid.*, n° 120, p. 98.
[911] *Ibid.*, n° 126, p. 105.
[912] Voir art. 626-1 al. 3 AUDSC.
[913] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2562, p. 704.
[914] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 117, p. 95.
[915] *Ibid.*, n° 118, p. 96.
[916] *Ibid.*, n° 119, p. 97.

472. Les dispositions régissant ce mécanisme autorisent l'augmentation du capital par admission d'associés nouveaux sans préciser les modalités de réalisation, particulièrement avec ou sans apport. La variabilité du capital est alors adaptée à l'attribution d'actions gratuites aux salariés et aux dirigeants sociaux. Ceux-ci pourraient ainsi intégrer l'actionnariat de la société sans fournir un apport et sans accomplissement de formalités exigées pour la modification des statuts, notamment la convocation d'une assemblée générale extraordinaire. C'est cette instance qui autorise l'attribution d'actions gratuites aux salariés et aux dirigeants sociaux dans les sociétés à capital fixe. La variabilité du capital permet, de ce fait, l'intéressement des salariés dans les activités de la société. Mieux, la combinaison de la variabilité du capital et de l'attribution d'actions gratuites favorisera davantage le développement de la culture de l'actionnariat salarié, surtout dans les pays membres de l'espace OHADA. Qui plus est, l'actionnariat des salariés permet « de créer un système adéquat offrant la possibilité aux salariés de s'associer à la destinée économique de leur entreprise. A cette fin, ces derniers seront assurément surmotivés en ce que la valeur des titres sociaux qu'ils détiendraient, serait corrélativement liée à la croissance économique de la société »[917]. Toutefois, la combinaison de ces deux modalités accentuerait la dilution des droits sociaux des associés anciens. En effet, l'augmentation du capital par attribution d'actions gratuites entraîne une dilution des droits sociaux, notamment par réduction des bénéfices des associés. Combinée avec la variabilité du capital, elle aura une forte capacité d'augmentation du capital et donc de dilution permanente des droits sociaux. Cette dilution semble être limitée par le législateur OHADA interdisant à chacun des bénéficiaires de détenir directement plus de 10% du capital ou d'être attributaire d'actions gratuites entraînant un dépassement de ce seuil[918]. En fixant ce seuil, le législateur n'a fait que limiter la proportion des titres sociaux que chaque bénéficiaire peut détenir, mais pas l'étendue de la dilution des droits sociaux.

B. Les enjeux de la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable

473. La qualité d'associé confère certains droits quelle que soit la forme de la société, au titre desquels les droits politiques et les droits financiers. Ces droits démontrent l'intérêt à intégrer une société en qualité d'associé, notamment du point de vue financier. Ils démontrent également l'importance de l'associé dans une société, dans la mesure où il sera amené à se prononcer sur son fonctionnement en exerçant les prérogatives liées à la qualité d'associé. Il y a alors des enjeux liés à la qualité d'associé dans une société. Ces enjeux s'accentuent particulièrement

[917] A. PLENT, *op. cit.*, n° 202, p. 102.
[918] Voir art. 626-1 al. 2 AUDSC.

dans les sociétés à capital variable, en raison du niveau de dilution des droits sociaux résultant de leur potentielle augmentation récurrente de capital. On pourrait dès lors s'interroger sur l'étendue de la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable ; d'où l'intérêt d'envisager l'examen des enjeux de la dilution sur les droits financiers (1) et les droits politiques (2) des associés dans les sociétés à capital variable.

1. Les enjeux de la dilution sur les droits financiers des associés

474. Les sociétés à capital variable sont caractérisées par la récurrence des opérations d'augmentation de capital, à savoir les versements successifs d'associés et l'admission d'associés nouveaux, qui peuvent s'effectuer à toute époque et à plusieurs reprises au cours d'un exercice social. La réalisation de ces opérations est marquée par l'allègement des formalités relatives à l'augmentation de capital, se manifestant par la célérité desdites opérations, tel qu'il ressort des articles 269-3 de l'Acte uniforme et L. 231-3 du Code de commerce français. Ces opérations se traduisent par la diminution permanente de la quote-part des associés anciens dans le capital social, en raison de leur récurrence. La récurrence de l'augmentation du capital dans les sociétés à capital variable ne prive-t-elle pas les associés anciens d'une partie de leurs droits financiers à la suite de la dilution de la participation au capital de la société ?

475. L'entrée d'associés nouveaux et les apports nouveaux réalisés par les associés anciens conformément aux dispositions régissant la variabilité du capital n'impactent pas le nombre des titres sociaux détenus par les associés qui n'ont pas contribué à l'augmentation du capital. Ainsi, la dilution n'entraîne pas une réduction du nombre de titres sociaux détenus par chaque associé. Cependant, elle comporterait des risques sur les droits financiers des associés. En effet, l'article 1832 du Code civil et l'alinéa 1 de l'article 4 de l'Acte uniforme traduisent la vocation économique de la société, mettant en exergue son objectif qui est de réaliser des bénéfices ou de l'économie ; cet objectif est concrétisé par des droits financiers pour chaque associé[919]. En intégrant la société, chaque associé reçoit des titres sociaux proportionnellement à la valeur de son apport. La souscription des titres sociaux confère aux associés plusieurs droits financiers, à savoir « le droit aux dividendes, le droit aux réserves et, le cas échéant, le droit au boni de liquidation »[920], lesquels sont susceptibles d'être impactés par la dilution qu'occasionne l'augmentation récurrente du capital dans le cadre de la variabilité du capital.

[919] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 417, p. 156.
[920] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 1012, p. 468.

476. Les dividendes sont distribués par la société aux associés dans les conditions fixées par les statuts ou, à défaut, proportionnellement au montant des apports des associés[921] effectués lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale. De la sorte, le droit aux dividendes est « en principe proportionnel à la quotité du capital que représente chaque action » [922]. Il s'agit de payer à celui qui est associé au jour de la décision de distribution des dividendes[923], sa quote-part des bénéfices correspondant à celle des titres sociaux qu'il détient dans le capital social. Il en résulte que les bénéfices distribuables seront répartis à ceux qui sont associés au jour de la décision de distribution des bénéfices, l'effectif des associés étant appelé à évoluer constamment. Dans une espèce soumise à sa censure, la Cour de cassation française rejetait un pourvoi en énonçant que le droit aux dividendes appartient à celui qui est associé au jour de la décision de l'assemblée générale de distribuer tout ou partie des bénéfices réalisés au cours de l'exercice ; ledit pourvoi invoquait, notamment, qu'en cas de cession en cours d'année, les dividendes devaient être attribués à l'acquéreur et au vendeur au prorata de la durée de leur propriété[924].

477. D'emblée, il y a lieu de préciser que « la dilution ne signifie pas systématiquement avoir de faibles dividendes »[925]. Cependant, la dilution occasionnée par l'augmentation fréquente du nombre des titres sociaux par l'entrée d'associés nouveaux, conformément aux articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français, réduit la part des bénéfices que chaque associé devrait initialement percevoir. On assistera alors à une réduction du montant du bénéfice par action[926]. Cette réduction est la conséquence de la réduction de la quote-part du capital social détenue par chaque associé. De ce fait, la dilution entraîne une réduction de la valeur des droits sociaux des associés initiaux dans le capital. Il ne s'agit pas de la valeur nominale des titres sociaux, mais de leur valeur résultant de la distribution des dividendes.

478. En outre, les associés bénéficient d'un droit sur les bénéfices mis en réserve, c'est-à-dire d'un droit à l'attribution gratuite d'actions en cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves[927]. De même, au jour de la liquidation de la société, tous les associés ont également droit au boni de liquidation qui désigne l'actif net de la liquidation. Cet actif net constitué de la « somme restante, après désintéressement de tous les créanciers sociaux et remboursement des

[921] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 662, p. 505.
[922] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 1013, p. 468.
[923] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 418, p. 156.
[924] Cass. com., 9 juin 2004, n° 01-02.356.
[925] https://www.useyourlaw.com/la-dilution-di-capital-social/, consulté le 10 mai 2023, à 19h47.
[926] https://www.lecoindesentrepreneurs.fr/dilution-capital/, consulté le 10 mai 2023, à 19h45.
[927] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 662, p. 505.

apports »[928], est ainsi réparti entre les associés, en principe proportionnellement à leur participation dans le capital social. En d'autres termes, le boni de liquidation bénéficie à tous ceux qui sont titulaires de titres sociaux au jour de la liquidation de la société, peu importe qu'ils aient contribué à la constitution de la société ou qu'ils aient intégré la société en cours de vie sociale. Ainsi, l'augmentation récurrente du nombre des associés réduira la proportion du boni de liquidation que chaque associé aura à l'issue des opérations de liquidation.

En somme, la dilution des droits sociaux engendre des conséquences sur les droits financiers des associés. Qu'en est-il de leurs droits politiques ?

2. Les enjeux de la dilution sur les droits politiques des associés

479. En dehors des droits financiers, les enjeux de la dilution des droits sociaux sur les associés intéressent l'étendue droits politiques conférés aux associés. L'intervention des associés dans la vie de la société est liée à leur qualité de membre de l'assemblée générale[929]. Celle-ci est dotée « d'un pouvoir suprême de délibération sur les décisions les plus importantes », dans la mesure où c'est elle qui nomme, remplace et révoque les dirigeants sociaux, fixe la répartition des bénéfices, modifie les statuts et prononce la dissolution de la société[930]. La détention des titres sociaux confère aux associés le droit de participer aux décisions collectives, autrement dit aux assemblées générales[931], tel que cela ressort des articles 53 et 125 de l'Acte uniforme et de l'article 1844 alinéa 1 du Code civil français. Il s'agit ici d'une des manifestations de l'*affectio societatis* caractérisant « une obligation de collaborer à la charge des associés », à travers notamment la participation à la réalisation de l'objet social et « la gestion de l'entreprise sociale en prenant part aux décisions collectives »[932]. Le droit de participer aux assemblées générales comporte deux aspects constituant les droits politiques, à savoir le droit à l'information et le droit au vote[933]. L'exercice de ces droits politiques permet aux associés de participer à la vie de la société.

En effet, « le droit à l'information se manifeste de deux manières : par un droit périodique et un droit permanent à l'information » [934]; ce qui facilite l'exercice du droit de vote. De la sorte,

---

[928] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 419, p. 157.
[929] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2093, p. 377.
[930] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 677, p. 512.
[931] Il y a deux types d'assemblées générales : l'assemblée générale ordinaire et l'assemblée générale extraordinaire. La première se tient chaque année et est notamment chargée d'examiner et d'approuver les comptes annuels et de la répartition des bénéfices. La seconde se réunit à l'occasion de décisions extraordinaires, particulièrement les modifications des statuts.
[932] M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit*., n°258, p. 91.
[933] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 397, p. 147.
[934] *Ibid.*, n° 398, p. 147.

les droits de l'associés se réduisent essentiellement à l'exercice du droit de vote. L'exercice de ce droit permet à l'associé de se prononcer sur le fonctionnement de la société.

480. L'article 129 de l'Acte uniforme et l'article L. 225-122, I, du Code de commerce français énoncent un principe d'égalité entre les associés en liant l'exercice du droit de vote à la quotité des titres détenus par chaque associé dans le capital social. De la sorte, en principe, un titre social donne droit à une voix et le vote de chaque associé est proportionnel au nombre de titre social qu'il détient. « C'est la manifestation du principe d'égalité entre les associés »[935]. Or, dans les sociétés à capital variable, l'effectif des associés est appelé à évoluer de façon récurrente à l'occasion des augmentations récurrentes de capital résultant des versements successifs effectués par les associés et l'admission d'associés nouveaux. Dès lors, la préoccupation suivante pourrait en résulter : la récurrence de l'augmentation du capital de la société à capital variable est-elle susceptible de priver l'associé ancien d'une partie de ses droits politiques en raison de la dilution de sa participation au capital ? La question de la privation des droits politiques de l'associé résultant de la dilution des droits sociaux pourrait être analysée à l'aune du principe d'égalité en lien avec l'*affectio societatis* et des caractéristiques de l'augmentation du capital dans le cadre de la variabilité du capital.

481. Bien qu'il « ne figure pas expressément dans la définition de [la société donnée à] l'article 1832 du Code civil », l'*affectio societatis* s'assimile au consentement et constitue un élément essentiel de l'existence du contrat de société[936]. En effet, l'acquisition de la qualité d'associé s'opère soit lors de la constitution de la société par la signature des statuts concomitamment à la souscription des titres sociaux, soit ultérieurement à la constitution de la société par l'acquisition de titres sociaux ou par la souscription de titres sociaux à l'occasion d'une augmentation de capital. A cet effet, il convient de préciser que l'obligation d'apport, laquelle confère cette qualité d'associé, constitue l'une des manifestations de l'*affectio societatis*[937]. De ce fait, l'acquisition de cette qualité consacre « la volonté des associés de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune »[938], peu importe la période d'entrée dans la société ; ce d'autant plus que la qualification du contrat de société tient compte des intentions initiales des parties au moment de la signature des statuts ou de l'entrée d'un nouvel associé et de leur comportement ultérieur[939]. Or, l'analyse des articles 1832 et 1833 des Codes

[935] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 115, p. 75.
[936] M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit*., n°255, p. 90.
[937] M. NDIAYE., *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, Thèse, Droit, Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2017, n°161, p. 92.
[938] M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit*., n°258, p. 91.
[939] J. MESTRE, « Comportement et qualification des contrats », RTD Civ. 1994, p. 595.

civils burkinabè et français permet de retrouver l'*affectio societatis* dans la définition du contrat de société, en y rattachant les termes « mettre quelque chose en commun » de l'article 1832 du Code civil burkinabè, « entreprise commune » de l'article 1832 du Code civil français, « l'intérêt commun » de l'article 1833 des Codes civils burkinabè et français[940]. C'est ce qui a permis à la jurisprudence de la Cour de cassation française de consacrer plusieurs définitions à l'*affectio societatis* : « volonté de collaborer, sur un pied d'égalité, à la réalisation d'un projet commun », « volonté d'union et acceptation d'aléas communs », « volonté de s'associer et de participer aux bénéfices et aux pertes d'une entreprise commune »[941]. Pourtant, l'utilité de l'*affectio societatis* dans la définition du contrat de société a été remise en cause par certains auteurs, alors que cet élément constitue aux yeux de la doctrine majoritaire et de la jurisprudence une condition de validité du contrat de société, un élément auquel d'ailleurs se rattache le principe d'égalité des associés[942]. Ce principe sera mis à rude épreuve à partir de l'immatriculation de la société au registre du commerce, laquelle confèrera à celle-ci la personnalité morale. Avec cette dernière, le principe d'égalité fera place au principe majoritaire et à l'intérêt social, en raison du mode d'adoption des décisions collectives, à savoir la majorité, dénotant ainsi la nature institutionnelle de la société ; d'où un affaiblissement de l'égalité entre les associés[943]. En effet, si les associés manifestent tous la volonté de collaborer à l'atteinte des objectifs de la société, il arrive souvent qu'ils n'aient pas les mêmes pouvoirs au sein de la société. Cette différence entre les associés résultera de l'application du principe majoritaire en droit des sociétés. L'application de ce principe permet aux associés majoritaires d'imposer leur volonté aux associés minoritaires lors de l'adoption des décisions majeures de la société, telles que les décisions relatives aux grandes orientations et au choix des organes de direction[944]. Dans ce cas, le rôle des associés minoritaires consiste à assister seulement à la prise de ces décisions. On assiste alors à une rupture d'égalité entre les associés du fait de l'application du principe majoritaire en droit des sociétés. Cette situation se trouve accentuée avec l'augmentation récurrente du capital social, caractérisant ainsi une dilution possible de leurs droits politiques.

482. L'augmentation récurrente du capital se traduira par un accroissement du nombre de titres sociaux et, en conséquence, par une réduction du pourcentage de détention du capital des associés anciens, particulièrement des fondateurs[945] ; ce qui produira une réduction de leurs

[940] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n°101, p. 98.
[941] *Ibid.*
[942] M. NDIAYE, *op. cit.,* n°182, p. 102.
[943] *Ibid*., n°213, p. 117.
[944] *Ibid*., n°235, p. 129.
[945] https://the-big-win.com/dilution-de-capital, consulté le 10 mai 2023, à 19h48.

pouvoirs dans la société. Le changement fréquent dans l'actionnariat de la société affectera cette répartition du pouvoir, non seulement à l'égard des associés n'ayant pas contribué aux fréquentes augmentations du capital, mais aussi au regard de la proportion des diverses augmentations. Ainsi, même en participant à l'augmentation du capital, la proportion des nouveaux apports peut affecter l'étendue des pouvoirs des associés anciens. Le principal enjeu de la dilution des droits sociaux résultant des augmentations récurrentes de capital est alors la répartition des pouvoirs des associés au sein des assemblées générales. Pourtant, cette répartition du pouvoir est déterminée par la quotité des titres détenus par chaque associé.

483. Dans les sociétés de capital, constituées en droit OHADA des sociétés anonymes et des sociétés par actions simplifiées, les décisions collectives sont prises en assemblée générale ordinaire statuant à la majorité des voix exprimées et en assemblée générale extraordinaire à la majorité des deux tiers des voix exprimées[946]. Ainsi, l'associé qui possède plus de la moitié du capital social, c'est-à-dire qui détient plus de 50% des titres sociaux, détiendra le pouvoir de désigner les dirigeants sociaux et de contrôler la société. La dilution des droits sociaux qui viendra réduire sa quotité du capital lui fera perdre le pouvoir de faire adopter à lui seul ce type de décision. De même, l'associé qui possède plus d'un tiers des titres sociaux d'une société empêchera l'adoption de certaines décisions telles que la modification des statuts, en se prévalant d'une minorité de blocage ; s'il venait à perdre cette proportion de titres sociaux en raison de la réduction de sa participation au capital, il perd tout pouvoir au sein de la société. L'étendue des conséquences de la dilution des droits sociaux est telle qu'elle pourrait avoir des conséquences sur la gouvernance de la société.

Paragraphe 2. L'impact de la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable

484. La dilution des droits sociaux se produit à l'occasion de chaque augmentation du capital. Elle entraîne plusieurs conséquences, notamment, la réduction de la quotité de capital détenue par chaque associé n'ayant pas participé à cette opération, la modification de la répartition des pouvoirs au sein de la société. Cependant, en raison d'une des caractéristiques principales de la société à capital variable, à savoir la potentielle récurrence de l'augmentation du capital par les versements successifs d'associés et l'entrée d'associés nouveaux, il y a lieu d'appréhender l'impact de la dilution des droits sociaux dans ce type de société. Autrement dit, quel est l'impact de la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable ? La réponse à cette interrogation pourrait être envisagée en analysant d'une part les risques sur la gouvernance de

[946] Voir art. 550 et 554 AUDSC.

la société (A) et d'autre part la réduction du pouvoir des associés lors des assemblées générales (B).

A. Les risques sur la gouvernance de la société

485. L'augmentation récurrente du capital induite par la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital engendre la dilution des droits sociaux des associés qui n'ont pas contribué à cette opération. Cette dilution aura un impact sur la répartition du capital entre les associés et, en conséquence, sur la répartition du pouvoir. L'incidence de la dilution des droits sociaux sur la répartition du pouvoir est susceptible de se déporter sur la gouvernance de la société. Ainsi, convient-il d'appréhender les effets de la dilution des droits sociaux sur les organes chargés de la gouvernance. Dès lors, quels sont les risques de la dilution des droits sociaux résultant de l'augmentation récurrente du capital sur la gouvernance de la société ? L'analyse des effets de la dilution des droits sociaux sur la gouvernance de la société nécessite l'examen des modalités de changement de contrôle (1) et de direction de la société (2).

1. Le changement de contrôle de la société

486. Au sens de l'article 174 de l'Acte uniforme, le contrôle d'une société désigne la détention du pouvoir de décision au sein de cette société. L'exercice du pouvoir de décision vise à disposer d'une influence sur le fonctionnement de la société à l'occasion des décisions collectives en fonction des droits de vote. Le contrôle d'une société peut résulter non seulement de liens capitalistiques, mais aussi de liens contractuels[947]. A cet effet, sur le plan capitalistique, le contrôle de la société résultera de la détention par une personne physique ou morale, directement ou indirectement, de plus de la moitié des droits de vote ; alors que sur le plan contractuel, le contrôle de la société résultera de la détention par une personne physique ou morale, à la suite du ou des contrats conclus avec d'autres associés de la société, de plus de la moitié des droits de vote[948]. Dans la première hypothèse, il s'agit d'un contrôle exclusif, dans la mesure où la détention de la majorité des droits de vote lui donnera le pouvoir de désigner la majorité des membres des organes d'administration et de direction[949]. Dans la seconde hypothèse, il s'agit d'un contrôle conjoint, c'est-à-dire d'un partage du contrôle de la société par un groupe d'associés[950] qui, par les décisions qu'ils prennent ensemble, déterminent le fonctionnement de la société. Une autre hypothèse de contrôle apparaît à l'article L. 233-3, II,

[947] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 876, p. 287.
[948] Voir art. 175 AUDSC.
[949] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 876, p. 287.
[950] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 280, p. 190.

du Code de commerce français. Il s'agit de la présomption de contrôle résultant de la détention par une personne physique ou morale, « directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne »[951].

487. Les critères de détention du contrôle d'une société sont liés au pouvoir de vote, lequel s'exerce proportionnellement aux titres sociaux détenus[952]. Or, le pouvoir de vote est déterminé selon le niveau de participation des associés au capital de la société. De la sorte, « celui qui justifie d'une participation importante lui conférant plus de la moitié des droits de vote de la société s'assure le contrôle de celle-ci »[953]. Ainsi, à titre d'exemple, dans une société au capital social de 100.000 euros, représenté par 100.000 actions, l'associé qui disposera de 51.000 actions, soit une quote-part de 51% du capital, détiendra le contrôle de la société. L'associé qui disposera de 75.000 actions, soit une quote-part 75% du capital, détiendra le contrôle de la société avec une majorité qualifiée. Dès lors, la récurrence de l'augmentation du capital de la société à capital variable est-elle susceptible de produire un changement de contrôle ou une réduction de l'influence d'un associé à la suite de la dilution de sa participation au capital ?

488. L'augmentation récurrente du capital se produit dans les sociétés à capital variable par les versements successifs des associés et l'admission d'associés nouveaux, avec pour conséquence la dilution des droits sociaux. Les associés qui n'ont pas contribué à l'augmentation du capital subiront cette dilution ; ceux-ci constateront la diminution de leur part de détention du capital. Dans ce cas, l'associé majoritaire court le risque de perdre le contrôle de la société s'il ne contribue pas constamment à l'augmentation du capital. De plus, même en y contribuant constamment, il se pourrait tout de même qu'il perde le contrôle de la société en fonction du niveau de dilution. La dilution n'impactera pas le nombre des titres sociaux détenus par les associés majoritaires initiaux, mais plutôt le niveau de leur participation dans le capital qui s'en trouvera réduit. De ce fait, l'augmentation récurrente du capital est susceptible de déclencher un changement de contrôle ou l'octroi d'une minorité de blocage[954] empêchant la prise de certaines décisions, notamment la modification des statuts exigeant une majorité qualifiée.

489. L'entrée d'associés nouveaux dans les sociétés à capital variable mérite une attention particulière. Il est évident qu'elle entraînera la diminution de la part de capital détenue par les associés anciens comme dans les sociétés à capital fixe. Mais, elle pourrait facilement aboutir

[951] Art. L. 233-3 II du C. com.
[952] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 270, p. 184.
[953] *Ibid.*
[954] https://www.bm.legal/2019/07/29/dilution-et-levee-de-fonds/, consulté le 10 mai 2023, à 19h52.

à une prise de contrôle de la société à capital variable, dans la mesure où elle ne nécessiterait pas l'accord préalable des associés, contrairement aux sociétés à capital fixe qui prévoient généralement une clause d'agrément. En effet, « la prise de contrôle est l'opération par laquelle une société souscrit une part du capital d'une autre société qui lui confère le contrôle »[955]. La prise de contrôle d'une société peut se réaliser soit à l'occasion d'une augmentation de capital intégralement souscrite par la personne qui envisage une telle opération, soit au moyen d'une cession majoritaire de titres sociaux[956]. Le second moyen ne convient pas au mécanisme de la variabilité du capital, en raison de ses modalités de mise en œuvre qui sont soumises au droit commun des sociétés. Alors que le premier moyen pourrait bénéficier de l'allègement des formalités que confère le mécanisme de la variabilité du capital. Ce moyen peut donc être mis en œuvre dans le cadre de la variabilité du capital pour une prise de contrôle de la société par l'admission d'un associé nouveau qui procédera à une souscription conséquente de titres sociaux lui conférant la majorité des droits de vote ; d'où un risque potentiel de changement de contrôle de la société.

2. Le changement de la direction de la société

490. La direction de la société désigne l'ensemble des organes sociaux chargés d'administrer et de gérer la société, à savoir les dirigeants sociaux. Les règles de désignation des dirigeants étant très variables d'une société à l'autre[957], il ne sera question que des règles applicables aux sociétés anonymes, celles des sociétés par actions simplifiées étant proches de ces dernières, ce d'autant plus que la variabilité du capital social en droit OHADA ne concerne que ces sociétés par actions. En effet, l'article 414 de l'Acte uniforme permet le choix entre deux modes d'administration et de direction de la société anonyme, à savoir la société anonyme avec conseil d'administration et la société anonyme avec administrateur général. Comme son nom l'indique, la société anonyme avec administrateur général est dirigée par un administrateur général. Celui-ci « cumule, sous sa responsabilité, les fonctions d'administration et de direction de la société »[958]. Quant à la société anonyme avec conseil d'administration, une alternative lui est offerte, consistant à faire assurer la direction soit par un président-directeur général[959], soit par un président du conseil d'administration et un directeur général[960]. Toute comme le président-

[955] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 244, p. 181.
[956] Ibid., n° 245, p. 182.
[957] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 342, p. 124.
[958] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 919, p. 430.
[959] Le président-directeur général cumule deux fonctions en même temps, celle de président du conseil d'administration et celle de directeur général.
[960] Voir art. 415 AUDSC.

directeur général, le directeur général assure la direction générale de la société et la représente dans ses rapports avec les tiers[961]. Les dirigeants sociaux de la société anonyme sont nommés et révoqués à tout moment par le conseil d'administration[962]. Alors, la récurrence de l'augmentation du capital dans les sociétés à capital variable comporte-t-elle des risques de changement potentiel de la direction de la société ?

491. La répartition du capital social reflète le pouvoir des associés dans le fonctionnement de la société. « L'augmentation de capital […] influe sur les pouvoirs dont disposent les dirigeants. En effet, [elle] a tendance à diluer les pouvoirs des actionnaires initiaux »[963]. Cette augmentation du capital engendre la dilution des droits sociaux des associés qui n'y ont pas contribué. La dilution produite par l'augmentation de capital ayant entraîné un changement de contrôle pourrait, entre autres, produire des effets sur la gouvernance de la société. Ces effets apparaîtraient notamment en cas de différence de vision entre les fondateurs ou les associés anciens de la société et les associés nouveaux disposant d'une majorité nécessaire pour contrôler la société. Il en est ainsi lorsqu'une part importante du capital est absorbée par des investisseurs disposant dès lors de la majorité des droits de vote[964]. Or, dans une telle hypothèse, il n'est pas exclu que la dilution des droits de vote générée par l'entrée de tels investisseurs dans la société à capital variable n'engendre des conséquences sur la gestion de l'entreprise. Le changement de la direction apparaîtrait de ce fait comme une conséquence éventuelle de la réduction du pouvoir des associés anciens ; constituant ainsi comme un des enjeux de la dilution des droits sociaux.

492. Le changement de la direction de la société concerne les dirigeants sociaux, lesquels sont nommés et révoqués par le conseil d'administration. Il convient dès lors d'envisager l'impact de la récurrence de l'augmentation du capital sur la composition de cet organe[965]. La configuration de cet organe peut évoluer en fonction du changement fréquent qui intervient dans la composition de l'actionnariat de la société dans le cadre de la variabilité du capital, particulièrement en ce qui concerne les droits de vote. En effet, lors de la constitution de la société, les administrateurs sont désignés par l'assemblée générale constitutive ; en cours de vie

[961] F. ANOUKAHA *et al.*, *op. cit.*, n° 916, p. 428.
[962] Voir art. 462, 469, 477, 480, 484, 485 et 492 AUDSC.
[963] https://www.captaincontrat.com/modification/augmentation-du-capital/impact-augmentation-capital-actionnaires, consulté le 10 mai 2023, à 19h56.
[964] https://the-big-win.com/dilution-de-capital, consulté le 10 mai 2023, à 19h48.
[965] L'article 435 de l'Acte uniforme fixe l'étendue des pouvoirs du conseil d'administration. Cet organe « détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre […], se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société… ».

sociale, ils sont désignés par l'assemblée générale ordinaire[966]. En principe, les fonctions des administrateurs prennent fin à la fin de l'assemblée générale statuant sur les comptes de l'exercice au cours de laquelle expire leur mandat[967]. Cependant, ceux-ci « peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire »[968]. Ainsi, les investisseurs disposant de la majorité des droits de vote peuvent attendre la fin du mandat des administrateurs pour procéder au changement ou le faire dès la prise de contrôle. Les changements opérés au sein du conseil d'administration pourraient se répercuter sur la direction de la société, notamment la révocation des dirigeants sociaux. De la sorte, la récurrence de l'augmentation du capital des sociétés à capital variable engendrerait à chaque fois qu'il y a changement de contrôle un potentiel risque de révocation des dirigeants sociaux, en dehors de la fin de mandat ou de la démission des intéressés.

B. La réduction du pouvoir des associés lors des assemblées générales

493. La répartition du capital social reflète le pouvoir de chaque associé dans le fonctionnement de la société. L'augmentation du capital est susceptible de modifier la répartition des pouvoirs dont disposent les associés, particulièrement les associés fondateurs ou associés initiaux. Ces derniers subiront une réduction du pourcentage de détention du capital à chaque augmentation du capital, surtout lorsqu'ils n'y contribuent pas. Cette réduction est la conséquence de la dilution des droits sociaux qui se produit à chaque augmentation du capital, laquelle est récurrente dans les sociétés à capital variable. Il convient alors d'apprécier les effets de la dilution des droits sociaux sur l'influence qu'exercent les associés lors des assemblées générales en exerçant leur droit de vote. En d'autres termes, quel est l'impact de la dilution sur la répartition du pouvoir dans les sociétés à capital variable ? Les effets de la dilution des droits sociaux sur la répartition du pouvoir des associés seront analysés sous le prisme de la perte de la majorité (1) et de la minorité de blocage (2) dans les assemblées générales.

1. La perte de la majorité des associés

494. Les associés interviennent dans le fonctionnement de la société par des décisions collectives prises lors des assemblées générales ordinaires et extraordinaires. L'assemblée générale ordinaire a compétence pour prendre toutes les décisions qui ne relèvent pas expressément de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire et des assemblées spéciales. Elle est notamment compétente pour statuer sur les états financiers, décider de

[966] Voir art. 419 al. 1 et 2 AUDSC.
[967] Voir art. 433 al. 1 AUDSC.
[968] Voir art. 433 al. 2 AUDSC.

l'affectation du résultat, nommer les membres du conseil d'administration et le commissaire aux comptes[969]. Elle statue à la majorité des voix exprimées[970]. Quant à l'assemblée générale extraordinaire, elle est la seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions[971]. Elle statue à la majorité des deux tiers des voix exprimées, sauf en cas de transfert du siège sur le territoire d'un autre Etat où la décision est prise à l'unanimité[972].

495. Les articles 129 de l'Acte uniforme et L. 225-122 I du Code de commerce français énoncent un principe d'égalité entre les associés liant l'exercice du droit de vote à la quotité des titres détenus par chaque associé dans le capital social. Or, dans les sociétés à capital variable, l'effectif des associés est censé évoluer en permanence, à l'occasion des augmentations récurrentes de capital résultant des versements successifs effectués par les associés et l'admission d'associés nouveaux. Dès lors, la préoccupation suivante pourrait en résulter : comment la dilution des droits sociaux résultant de la récurrence de l'augmentation du capital des sociétés à capital conduit-elle à priver les associés anciens de leur majorité dans les assemblées générales ?

496. En principe, conformément au principe d'égalité entre les associés qui prévaut en droit des sociétés, le vote de chaque associé est proportionnel au nombre de titre social qu'il détient ; ce qui signifie qu'un titre social donne droit à une voix[973]. A titre illustratif, un associé X dispose de 60.000 actions, soit une quote-part de 60%, d'une société au capital social de 100.000 euros, représenté par 100.000 actions. La détention de cette quote-part du capital social lui confère 60% des droits de vote. Il dispose alors à lui seul de la majorité des voix nécessaires pour prendre des décisions lors des assemblées générales ordinaires. En cas d'augmentation du capital par versements successifs ou admission d'associés nouveaux portant le capital de la société à capital variable à 200.000 euros par la création de 100.000 actions, l'associé X qui n'a pas souscrit une partie de ces actions possédera 60.000 actions sur les 200.000 à l'issue de cette augmentation ; ce qui signifie qu'il n'a plus 60% du capital, mais 30% seulement. Il subit alors une dilution de ses droits sociaux, c'est-à-dire une diminution de sa quote-part du capital et de la valeur de ses droits sociaux, dans la mesure où il aura moins de pouvoir qu'avant

[969] Art. 546 AUDSC.
[970] Art. 550 AUDSC.
[971] art. 551 al. 1 AUDSC.
[972] art. 554 AUDSC.
[973] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 115, p. 75.

l'augmentation du capital[974]. Ainsi, il perd la majorité qu'il détenait à lui seul pour influencer la prise des décisions en assemblée générale ordinaire.

De même, poursuivant avec cette illustration, si l'associé X possédait 75.000 actions, soit une quote-part de 75%, d'une société au capital social de 100.000 euros, représenté par 100.000 actions, il disposerait de la majorité requise, soit deux tiers des droits de vote, pour décider de la modification des statuts. En cas d'augmentation du capital par versements successifs ou admission d'associés nouveaux portant le capital de la société à capital variable à 200.000 euros par la création de 100.000 actions, l'associé X qui n'a pas souscrit une partie de ces actions possédera 60.000 actions sur les 200.000 à l'issue de cette augmentation ; ce qui signifie qu'il n'a plus 75% du capital, mais 37,5% seulement. Il subit alors une dilution de ses droits sociaux, entraînant ainsi une perte de la majorité requise pour imposer sa décision en assemblée générale extraordinaire.

De la sorte, la dilution des droits sociaux produit des effets à l'égard des associés qui ne participent pas à l'augmentation de capital. Même en y participant, il n'est pas évident qu'ils conservent la majorité des droits de vote. La dilution des droits sociaux est alors plus accentuée dans les sociétés à capital variable, en raison de leur vocation à une augmentation de capital permanente. Les associés de ces sociétés seront confrontés à une réduction constante de leurs droits de vote, avec une éventuelle perte de leur majorité et, en conséquence de leurs pouvoirs, lors des assemblées générales.

2. La perte de la minorité de blocage des associés

497. Les associés qui dominent dans les assemblées sont ceux qui disposent de la majorité requise pour adopter les décisions collectives. Ces associés majoritaires sont censés représentés la collectivité des associés, mais l'analyse théorique ne correspond pas toujours à la réalité[975]. En effet, l'adoption de certaines décisions nécessite le recours à certains associés figurant dans la minorité, particulièrement ceux disposant d'une minorité de blocage. Cette minorité s'exerce essentiellement lors des assemblées générales extraordinaires. Ces dernières sont celles qui ont compétence pour modifier les statuts. Elles statuent à la majorité des deux tiers des voix exprimées[976]. La décision ne peut être prise tant que ce seuil n'est pas atteint ; dès lors, « un associé ou un groupe d'associés possédant la minorité de blocage, [34% des droits de vote],

[974] https://brunodondero.com/tag/dilution/, consulté le 10 mai 2023, à 20h07.
[975] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2094, p. 378.
[976] art. 554 AUDSC.

peut paralyser un projet de modification des statuts »[977]. Un associé dispose d'une minorité de blocage lorsqu'il dispose de plus du tiers des droits de vote et peut ainsi s'opposer à une modification statutaire qu'il n'approuve pas[978]. L'associé qui dispose d'une minorité de blocage jouit d'une influence au sein de la société.

498. Les sociétés à capital variable sont caractérisées par la variation potentielle de l'actionnariat au gré des versements successifs effectués par les associés et de l'admission d'associés nouveaux. Dans ce cas, comment la dilution des droits sociaux résultant de la récurrence de l'augmentation du capital des sociétés à capital conduit-elle à priver les associés anciens de leur minorité de blocage ?

En application du principe d'égalité entre les associés qui prévaut en droit des sociétés, les droits de vote de chaque associé sont proportionnels au nombre de titres qu'il détient ; ce qui signifie qu'un titre social donne droit à une voix[979]. La dilution des droits sociaux résultant de l'augmentation récurrente du capital des sociétés à capital variable entraîne la réduction du pourcentage des droits de vote détenu par chaque associé ancien, sans impacter le nombre des titres sociaux qu'ils possèdent. Il en est ainsi lorsque ces derniers ne participent pas à cette augmentation de capital. De la sorte, l'associé qui dispose d'une minorité de blocage verra son influence au sein de la société être remise en cause à l'occasion de toute augmentation de capital réalisé par versements successifs d'associés ou l'entrée d'associés nouveaux. Par exemple, si l'associé X possédait de 35.000 actions, soit une quote-part de 35%, d'une société au capital social de 100.000 euros, représenté par 100.000 actions, il disposera d'une minorité de blocage, soit plus du tiers des droits de vote, et pourra ainsi s'opposer à une modification statutaire. En cas d'augmentation du capital par versements successifs ou admission d'associés nouveaux portant le capital de la société à capital variable à 200.000 euros par la création de 100.000 actions, l'associé X qui n'a pas souscrit une partie de ces actions possédera 35.000 actions sur les 200.000 à l'issue de cette augmentation ; ce qui signifie qu'il n'a plus 35% du capital, mais 17,5% seulement. Il subit alors une dilution de ses droits sociaux, entraînant ainsi une perte de la minorité de blocage et, en conséquence, une réduction de son influence au sein de la société.

Section 2. L'efficace protection contre la dilution des droits sociaux

499. La variabilité du capital social est caractérisée par la récurrence de l'augmentation de capital par la souscription de titres sociaux réalisée par des versements successifs d'associés et

[977] François ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 819, p. 392.
[978] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2138, p. 414.
[979] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 115, p. 75.

l'entrée d'associés nouveaux. La récurrence de l'augmentation de capital engendre plusieurs conséquences dont la principale est la dilution des droits sociaux. Celle-ci n'est pas propre aux sociétés à capital variable, mais ses effets sont plus accentués dans ces sociétés. Bien qu'elle n'entraîne pas une diminution du nombre des titres sociaux détenus par les associés, elle engendre notamment une réduction du montant du bénéfice par action, une diminution du pouvoir de décision des associés dans les assemblées générales, caractérisant ainsi une atteinte intentionnelle aux droits sociaux.

Pour réduire les effets de la dilution des droits sociaux, il s'avère nécessaire d'envisager des mécanismes de protection des associés contre la dilution de leurs droits sociaux. Cette protection est tributaire de la maîtrise du niveau de dilution. Dès lors, comment maîtriser le niveau de dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable ? L'analyse des différents mécanismes de protection laisse entrevoir d'une part, l'inadaptation des mécanismes prévus par la loi pour faire face à la dilution des droits sociaux (**Paragraphe 1**) et, d'autre part, la nécessaire fixation des mécanismes de maîtrise de cette dilution par les statuts de la société (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'inadaptation des mécanismes légaux de maîtrise de la dilution des droits sociaux

500. L'entrée d'associés nouveaux dans la société est susceptible de produire une diminution du niveau de participation des associés anciens dans le capital et, en conséquence, la réduction de leurs droits de vote et de leurs pouvoirs au sein de la société. Au regard de ces conséquences pour les associés anciens, il convient d'envisager des mécanismes légaux de maîtrise de la dilution de leurs droits sociaux en leur permettant de conserver leur niveau de participation au capital de la société. Autrement dit, quels sont les mécanismes juridiques prévus par la loi en vue de la maîtrise du niveau de dilution des droits sociaux ?

Plusieurs mécanismes prévus par la loi pourraient être envisagés dans le cadre de la protection des intérêts des associés anciens en situation de dilution des droits sociaux. Il s'agit particulièrement du droit préférentiel de souscription (A) et de la clause d'agrément consacrée par la loi (B).

A. Le droit préférentiel de souscription

501. Le droit préférentiel de souscription est consacré aussi bien dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, que dans le Code de commerce français. Il vise à protéger les associés anciens contre la dilution de leurs droits

sociaux résultant de l'augmentation de capital. Cependant, l'exercice du droit préférentiel de souscription comporte des limites dans les sociétés à capital variable. Cette limite est marquée par son incompatibilité avec le mécanisme de la variabilité du capital (2) en dépit de son objectif de préservation des droits des associés (1).

1. Un mécanisme visant la préservation des droits des associés

502. L'augmentation du capital des sociétés à capital variable se réalise par une souscription supplémentaire d'actionnaires ou l'admission d'associés nouveaux. En raison de la récurrence de cette opération dans ces types de société, elle requiert la protection des associés en place, en raison de la dilution de leurs droits sociaux marquée par la réduction de leur participation au capital et la diminution de la valeur réelle de leurs titres sociaux[980]. En effet, en droit OHADA des sociétés commerciales, la faculté d'insérer une clause de variabilité n'est ouverte qu'aux sociétés anonymes ordinaires et aux sociétés par actions simplifiées, donc aux sociétés de capitaux. Dans ces sociétés, chaque action confère aux actionnaires un droit préférentiel de souscription[981]. Il s'agit d'un droit reconnu à tout actionnaire de souscrire en priorité des actions nouvelles émises par la société lors d'une augmentation de capital. Ce droit constitue l'un des manifestations du principe d'égalité entre les associés dans la mise en œuvre de l'opération d'augmentation du capital. Il ne s'exerce que lors de l'augmentation du capital social par apports en numéraire[982]. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 573 de l'Acte uniforme et de l'article L. 225-132 du Code de commerce français.

A l'issue de l'augmentation du capital, les associés nouveaux acquerront les mêmes droits que les associés anciens sur les réserves légales, statutaires et facultatives de la société. Or, celles-ci ont été constituées par les prélèvements volontaires ou imposées appliqués sur les bénéfices non distribués, créant ainsi un déséquilibre entre les associés anciens et nouveaux ; d'où l'institution du droit préférentiel de souscription pour préserver les intérêts des associés anciens[983]. A titre illustratif, une société dont le capital est constitué de 600.000 actions au nominal de 100 euros, soit 60.000.000 euros, décide d'augmenter son capital de 20.000.000 euros en émettant 200.000 actions nouvelles au nominal de 100 euros. Le droit préférentiel de souscription s'exercera à raison d'une action nouvelle pour trois anciennes, soit 200.000 actions nouvelles à répartir entre 600.000 actions anciennes[984].

---

[980] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 142, p. 119.
[981] Art. 573 al. 1 AUDSC et art. L. 225-132 C. com.
[982] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 448, p. 165.
[983] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 142, p. 119.
[984] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2515, p. 677.

503. Les sociétés à capital variable étant caractérisées par la récurrence de l'augmentation du capital, l'attribution par la loi du droit préférentiel de souscription vise à maintenir un équilibre entre les associés anciens et les associés nouveaux, nonobstant toute stipulation contraire des statuts[985]. Par ce droit, la loi permet à chaque associé de « souscrire par préférence les actions nouvelles proportionnellement au montant de ses actions afin de ne pas voir sa participation diluer »[986]. Qui plus est, l'exercice de ce droit par tous les associés permet de préserver leurs droits sur les réserves[987], de même que la répartition de leurs pouvoirs dans la société. Il permet de ce fait aux associés de conserver leur position au sein de l'actionnariat de la société. Cependant, il présente l'inconvénient de faire obstacle à l'entrée d'associés nouveaux dans la société, dans la mesure où il est possible que toutes les actions nouvelles émises soient souscrites à la suite de l'exercice de ce droit ; ce qui n'est pas compatible avec les objectifs de la variabilité du capital.

2. Un mécanisme incompatible avec la variabilité du capital social

504. La variabilité du capital constitue une technique de mobilisation de financement pour la société grâce à une modification simplifiée du montant de son capital social. Cette modification simplifiée s'opère par les versements successifs d'associés ou l'admission d'associés nouveaux, en l'absence des formalités de dépôt et de publication exigées pour la modification des statuts. L'augmentation du capital par ce mécanisme a pour conséquence la dilution constante de la participation des associés anciens au capital de la société. Or, le droit commun des sociétés commerciales a prévu le droit préférentiel de souscription pour protéger les associés anciens contre la dilution de leurs droits sociaux. Cependant, à l'analyse, l'exercice du droit préférentiel paraît incompatible avec la célérité prônée par la variabilité du capital social. Mais, qu'est-ce qui justifierait cette incompatibilité ?

505. La célérité dans la réalisation des opérations prônée par la variabilité du capital est incompatible avec une quelconque formalité comportant notamment des délais à respecter. Il en est ainsi de l'exercice du droit préférentiel de souscription institué par le cadre de l'augmentation du capital dans les sociétés par actions. En effet, l'augmentation du capital peut se réaliser avec maintien ou suppression du droit préférentiel de souscription selon les modalités décidées par l'assemblée générale extraordinaire. Ainsi, lors de la procédure d'augmentation de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription, l'assemblée générale

[985] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 143, p. 119.
[986] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 448, p. 165.
[987] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 143, p. 120.

extraordinaire qui l'a décidée ou autorisée est tenue d'accorder un délai aux actionnaires pour l'exercice de leur droit préférentiel de souscription. Ce délai ne saurait être inférieur à vingt jours, à compter de la date d'ouverture de la souscription en droit OHADA et cinq jours de bourse à dater de l'ouverture de la souscription en droit français[988]. Les actionnaires pourront pendant ce délai souscrire par préférence les actions nouvelles proportionnellement au montant de leur participation dans le capital. C'est seulement dans l'hypothèse où l'exercice du droit préférentiel de souscription n'a pas permis de souscrire l'intégralité de l'augmentation du capital que les tiers pourront être admis en qualité d'associé.

506. Cependant, il est possible pour les associés de « renoncer à leur droit préférentiel de souscription, soit au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires dénommés, soit sans indication de bénéficiaires. En outre, le droit préférentiel de souscription peut être cédé en respectant les éventuelles clauses d'agrément et sans que le cédant perde sa qualité d'associé pour les actions anciennes qu'il possède »[989]. Par ailleurs, l'assemblée générale extraordinaire qui décide ou autorise une augmentation de capital peut supprimer le droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'augmentation de capital pour une ou plusieurs tranches seulement[990]. Celle-ci a pour avantage de faciliter l'entrée d'associés nouveaux ; ce qui participe à la diversification de l'actionnariat de la société[991]. Cependant, cette suppression peut être faite avec ou sans désignation des bénéficiaires. En effet, l'assemblée générale extraordinaire peut supprimer le droit préférentiel de souscription au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires nommément désignés, soit pour la totalité de l'augmentation du capital, soit pour une ou plusieurs tranches de cette augmentation[992]. Ainsi, l'assemblée générale extraordinaire est tenue d'indiquer les bénéficiaires de la suppression du droit préférentiel de souscription lors de l'augmentation du capital. Cette suppression permettra de réserver la souscription de nouvelles actions à des personnes déjà identifiées[993]. Pourtant, la suppression du droit préférentiel de souscription ne permettra pas aux associés d'assurer le maintien de leur niveau de participation dans le capital social qui s'en trouvera alors dilué. Seul le maintien et l'exercice de ce droit permet d'obtenir un tel résultat. Or, l'exercice du droit préférentiel de souscription par tous les associés ne permet pas à un tiers de souscrire à l'augmentation du capital. Qui plus est, la suppression du droit préférentiel de souscription sans indication des bénéficiaires est réservée aux sociétés procédant

[988] Voir art. 577 AUDSC et art. L. 225-141 C. com.
[989] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 144, p. 121.
[990] *Ibid.*
[991] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2518, p. 678.
[992] Voir art. 586 AUDSC.
[993] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 461, p. 168.

à une offre au public, c'est-à-dire aux sociétés cotées[994] et, en conséquence, à l'exclusion des sociétés non cotées dont les sociétés à capital variable. En outre, la suppression du droit préférentiel de souscription ne permet pas d'accueillir indéfiniment un nombre important de personnes, dans la mesure où l'identification des bénéficiaires de la suppression de ce droit procède comme la clause d'agrément, laquelle est destinée à contrôler l'entrée d'associés nouveaux dans la société. Pour toutes ces raisons, le droit préférentiel de souscription apparaît, de ce fait, incompatible avec la variabilité du capital social, laquelle favorise l'entrée d'associés nouveaux, de même que la souscription supplémentaire d'actions nouvelles par les actionnaires anciens, seulement dans la limite du capital maximum autorisé. La variabilité du capital devrait permettre d'écarter ou de paralyser l'exercice du droit préférentiel de souscription attaché aux actions ; cette modalité faciliterait, non seulement la souscription de titres sociaux supplémentaires par les associés, mais aussi l'entrée d'associés nouveaux.

B. La clause d'agrément

507. La loi a prévu plusieurs clauses statutaires au titre desquelles la clause d'inaliénabilité, la clause d'agrément, la clause d'exclusion[995]. Parmi ces clauses, seule la clause d'agrément est plus appropriée pour assurer la protection des intérêts des associés anciens, à l'instar du droit préférentiel de souscription. « La clause d'agrément peut être définie comme la stipulation statutaire ou la convention extra-statutaire qui subordonne la cession de titres sociaux […] à l'accord de tout ou partie des membres de la société qui les émet »[996]. Quelle pourrait être la contribution de la clause d'agrément dans le fonctionnement de la société ?

En effet, la clause d'agrément est consacrée par l'Acte uniforme et le Code de commerce français. Il s'agit, par cette clause, de soumettre la transmission de titres sociaux à l'agrément d'un organe désigné par les statuts. Cette clause prévue par les statuts a pour effet de restreindre la libre transmissibilité des titres sociaux[997]. Cette clause pourrait intéresser les sociétés de capitaux caractérisées par la stabilité de l'actionnariat[998], en vue de protéger les associés anciens contre la dilution de leurs droits sociaux. Il convient toutefois de s'assurer de l'efficacité de la clause d'agrément dans une société à capital variable, particulièrement en tant que mécanisme de maîtrise du niveau de dilution des droits sociaux. L'analyse de la clause d'agrément dans le cadre du fonctionnement de la société conduit à l'envisager comme un mécanisme destiné au

[994] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2519, p. 679.
[995] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2621, p. 745.
[996] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *op. cit.*, n°25, p. 33.
[997] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 92, p. 59.
[998] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 720, p. 544.

contrôle de l'entrée de nouveaux associés dans la société (1), lequel mécanisme paraît incompatible avec la variabilité du capital (2).

1. Un mécanisme destiné au contrôle de l'entrée de nouveaux associés dans la société

508. La clause d'agrément est susceptible de s'appliquer principalement non seulement « à toutes les opérations de cession à titre onéreux comme à titre gratuit » de titres sociaux, mais aussi aux opérations de cession isolée de parts sociales ou d'actions, ainsi qu'à celles de cession de contrôle, laquelle est déterminante pour l'avenir de la société[999]. En droit OHADA, le domaine de la variabilité du capital ne couvrant que les sociétés par actions, il y a lieu de s'intéresser uniquement aux actions. En effet, les actions désignent les titres émis par une société par actions, pouvant être une société anonyme ou une société par actions simplifiée, et « représentant une fraction du capital social […]. Elles sont attribuées à l'actionnaire en contrepartie d'un apport »[1000]. Les actions des sociétés de capitaux sont en principe librement cessibles. Pour ce faire, l'actionnaire n'a pas besoin d'« obtenir l'agrément de ses coassociés pour céder ses titres »[1001]. Cependant, « la libre négociabilité des actions peut être paralysée par des clauses d'agrément »[1002]. Ce principe de libre cessibilité peut, en effet, être limité par les statuts, tel qu'il ressort des dispositions des articles 765-3 et 853-18 de l'Acte uniforme et des articles L. 227-14, L. 228-23 et suivants du Code de commerce français. Pourtant, contrairement aux sociétés de personnes où l'agrément est en principe admis, dans les sociétés de capitaux, il est en principe exclu[1003]. Il doit, de ce fait, être prévu par une clause statutaire, avec précision de ses modalités et conditions d'application. De la sorte, comment la clause d'agrément permettrait-elle de maintenir le niveau de dilution des droits sociaux ?

509. La clause d'agrément peut figurer dans les statuts ou dans un pacte extra-statutaire. Mais, dans le cas des sociétés à capital variable en droit OHADA constituées uniquement de sociétés par actions, il conviendrait qu'elle figure dans les statuts, dans la mesure où elle apportera une limite au principe de libre négociabilité des actions[1004]. Qui plus est, l'existence de cette clause dans les statuts est déterminante pour la protection de la société, aussi bien en ce qui concerne la composition du capital social telle qu'elle était au moment de sa constitution, qu'en ce qui concerne ses perspectives de développement[1005]. Il y a lieu de faire remarquer le rôle crucial et

[999] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *op. cit.* n°37, p. 39.
[1000] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 823, p. 275.
[1001] *Ibid.*, n° 801, p. 270.
[1002] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 1009, p. 466.
[1003] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 832, p. 277.
[1004] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *op. cit.* n°27, p. 33
[1005] *Ibid*., n°26, p. 33.

déterminant de la clause d'agrément dans le fonctionnement de la société ; elle permet à la société ou à ses associés de maîtriser la composition de l'actionnariat[1006]. Cette clause produit ses effets que le cessionnaire soit un actionnaire ou un tiers[1007]. Son application permet aux actionnaires de contrôler l'entrée d'actionnaires nouveaux, traduisant ainsi l'*intuitu personae* propre aux sociétés de personnes[1008]. En effet, il s'agit grâce à ladite clause de soumettre la cession des titres sociaux à l'accord préalable à un organe déterminé par les statuts, le plus souvent l'assemblée générale ordinaire, l'assemblée générale extraordinaire, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance ; ce qui permet à l'organe désigné par les statuts, en application de l'*intuitu personae,* de s'opposer à l'entrée de personnes ne présentant pas certaines qualités ou garanties[1009]. Le capital social étant réparti entre les actionnaires proportionnellement à leurs participations, la mise en œuvre de la clause d'agrément leur permet ainsi de maintenir l'équilibre existant entre eux ; lequel équilibre peut être mis à rude épreuve en cas dilution des droits sociaux provoquée par l'entrée d'actionnaires nouveaux. A considérer que l'entrée de nouveaux actionnaires serait de nature à perturber cet équilibre, la mise en œuvre de la clause d'agrément permettrait de maîtriser le niveau de dilution des droits sociaux par le contrôle qui en résulte ; ce contrôle pouvant aboutir à l'agrément ou au rejet de l'entrée d'un actionnaire nouveau. Dès lors, la clause d'agrément prévue dans les statuts permet de requérir l'accord préalable des autres actionnaires avant toute cession ou transmission de titres sociaux, de même qu'en cas d'absorption d'une société associée ; ce qui permet à la société de contrôler les entrées au capital et de se préserver contre une quelconque intrusion. Elle fermera ainsi l'accès à la société de personnes désireuse d'y intégrer[1010].

2. Un mécanisme incompatible avec la variabilité du capital

510. La clause d'agrément et la clause de variabilité du capital n'ont pas les mêmes effets. La première instaure une procédure particulière avant l'entrée d'un nouvel associé alors que la seconde vise à faciliter l'entrée d'associés nouveaux. L'insertion de la clause d'agrément dans une société de capitaux vise à soumettre la cession de titres sociaux à l'accord préalable des autres associés ; lesquels pourront ainsi accepter ou refuser l'entrée d'un nouvel associé dans la société. Il en est de même du renforcement de la position d'un associé grâce à la souscription supplémentaire de titres sociaux. Pourtant, la clause de variabilité, si elle est insérée dans les

[1006] *Ibid.*, n°26, p. 33.
[1007] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2165, p. 432.
[1008] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 422, p. 159.
[1009] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 671, p. 508.
[1010] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 35, p. 22.

statuts de cette société, facilitera l'augmentation du capital social, non seulement par l'admission d'associés nouveaux, mais aussi par l'accroissement de la participation d'associés déjà présents par la souscription supplémentaire de nouveaux titres sociaux ; favorisant ainsi à la dilution des droits sociaux. Dès lors, la question qui mériterait d'être posée est celle de la compatibilité de la clause d'agrément avec la variabilité du capital.

511. La lecture combinée des dispositions des articles 317, 319 et 321 de l'Acte uniforme permet d'affirmer que la clause d'agrément ne concerne que la cession ou la transmission de titres sociaux. De ce fait, la clause d'agrément porte sur l'entrée d'un nouvel associé par cession de titres sociaux. Le terme « cession » doit être entendu au sens large à tout acte de transmission de titres sociaux, recouvrant aussi bien la vente, l'échange, la donation, que l'apport isolé[1011]. Sauf dispositions statutaires, la clause d'agrément ne concerne pas l'entrée d'un nouvel associé par souscription de titres sociaux ; ce qui est bien évidemment facilitée par la clause de variabilité. De la sorte, à l'analyse des articles 269-1 et 269-3 de l'Acte uniforme et des articles L. 231-1 et L. 231-3 du Code de commerce français, il semblerait difficile d'affirmer l'existence d'une compatibilité entre ces deux clauses, en raison de leurs effets contradictoires. De fait, la clause d'agrément, en tant que formalité statutaire, n'est pas spécifiquement concernée par l'allègement des formalités d'augmentation du capital ; lequel allègement porte sur la dispense des formalités de dépôt et de publicité des actes constatant l'augmentation du capital.

L'incompatibilité entre ces deux clauses est également liée à la procédure de la cession d'actions, celle-ci étant lourde et contraignante. Cette procédure exige effectivement la notification à la société d'une demande d'agrément comportant les nom, prénom et adresse du cessionnaire, le nombre d'actions à céder et le prix offert[1012]. La notification peut être faite par plusieurs moyens, dont par acte extra-judiciaire, par lettre au porteur, par télécopie ou par lettre recommandée avec une demande d'avis de réception. « L'agrément peut être exprès ou tacite. Il est tacite à défaut de réponse dans un délai de trois mois. En cas de refus d'agrément, la société est tenue de trouver un acquéreur (un tiers ou un acquéreur) »[1013], tel qu'il ressort des dispositions des articles 767 de l'Acte uniforme et L. 228-24 du Code de commerce français. La procédure décrite par ces dispositions apparaît lourde et contraignante, en raison de la célérité des opérations prônée par le mécanisme de la variabilité du capital. Conformément à l'alinéa 4 de l'article L. 228-23 du Code de commerce français, « l'inobservation d'une clause

[1011] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2166, p. 432.
[1012] Art. 767 AUDSC et art. L. 228-24 C. com.
[1013] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 833, p. 277.

d'agrément rend nulle la cession »[1014] ; cette nullité pouvant être sollicitée par la société et les autres associés, à l'exclusion du cédant et du cessionnaire[1015]. Il en est de même en droit OHADA où selon l'article 771-1-1 de l'Acte uniforme, « toute cession d'actions réalisée en violation d'une clause d'agrément est nulle ». Le caractère impératif de cette disposition justifie une telle sanction. C'est dans ce sens que la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'OHADA a jugé nulle la cession d'actions faite par les associés initiaux au profit de deux sociétés représentées par l'un des actionnaires qui a signé l'acte de cession en double qualité de cédant et cessionnaire, en méconnaissance d'une stipulation des statuts qui prévoyait la soumission d'une telle cession à l'agrément de l'administrateur général ou à celui de l'assemblée générale ordinaire[1016].

512. En raison de son incompatibilité avec la clause de la variabilité du capital, l'efficacité de la clause d'agrément est mise à rude épreuve, en tant que mécanisme de maîtrise de la dilution des droits sociaux assuré par le contrôle des entrées d'associés nouveaux. L'insertion d'une clause d'agrément pourrait contrarier l'objectif du mécanisme de la variabilité du capital qui est de favoriser le financement des sociétés sans forcément porter atteinte aux droits des actionnaires anciens, tout en assurant la célérité et la simplicité de l'augmentation du capital ; d'où la nécessité d'envisager des mécanismes statutaires de maîtrise du niveau de dilution des droits sociaux.

Paragraphe 2. Les mécanismes statutaires de maîtrise du niveau de dilution des droits sociaux

513. Dans les sociétés à capital variable, les augmentations de capital se réalisent par les versements successifs d'associés anciens et l'entrée d'associés nouveaux. Ces sociétés sont caractérisées par la récurrence des augmentations entraînant potentiellement une dilution des droits sociaux des associés n'ayant pas contribué à ces opérations. Cette dilution se matérialise par la diminution de la quotité de capital détenue par les associés anciens, avec pour corollaire, entre autres, la réduction du pouvoir desdits associés, la modification de la répartition du pouvoir au sein des assemblées générales, la perte du contrôle de la société. Face à l'inadaptation des mécanismes légaux de maîtrise de la dilution des droits sociaux, il revient aux statuts d'envisager des mécanismes destinés à limiter le niveau de dilution des droits sociaux. Quels sont alors les mécanismes statutaires efficaces à envisager pour faire face à la

[1014] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 674, p. 510.
[1015] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 749, p. 250.
[1016] CCJA, 1e ch., arrêt n° 127/2019, 25 avril 2019, pourvoi n° 337/2017/PC.

dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable ? Ces mécanismes statutaires pourraient reposer d'une part, sur la garantie d'une stabilité du pouvoir des associés au sein des assemblées générales (A) et, d'autre part, sur l'attribution de droits particuliers aux associés en lien avec la dilution des droits sociaux (B).

A. La garantie statutaire d'une stabilité du pouvoir des associés au sein des assemblées générales

514. Le changement fréquent dans l'actionnariat de la société est susceptible d'affecter la répartition du pouvoir au sein de la société, notamment à l'égard des associés n'ayant pas contribué aux fréquentes augmentations du capital. Même en y participant, il n'est pas exclu que ces associés subissent une réduction de leur pouvoir, en raison de la proportion des diverses augmentations. Le principal enjeu de la dilution des droits sociaux résultant des augmentations récurrentes de capital est alors la répartition des pouvoirs des associés au sein des assemblées générales. Pourtant, cette répartition du pouvoir est déterminée par la quotité des titres détenus par chaque associé. Alors que l'incidence de la dilution des droits sociaux sur la répartition du pouvoir est susceptible de se déporter sur la gouvernance de la société. Dès lors, il s'avère nécessaire de garantir la stabilité du pouvoir des associés au sein des assemblées générales. On pourrait s'interroger sur la possibilité pour la société de prévoir des dispositions dans les statuts au profit des associés anciens pour garantir la stabilité de leurs pouvoirs au sein des assemblées générales malgré la récurrence de l'augmentation de capital dans les sociétés à capital variable. Autrement dit, comment la société pourrait-elle procéder pour assurer la conservation des pouvoirs des associés initiaux au sein de la société en dépit de l'augmentation récurrente du capital dans les sociétés à capital variable ? Pour ce faire, il y a lieu d'envisager les modalités statutaires de consécration ou de conservation de la majorité de contrôle (1) et de la minorité de blocage (2).

1. La conservation ou la consécration statutaire de la majorité de contrôle

515. Le contrôle d'une société peut résulter non seulement de liens capitalistiques, mais aussi de liens contractuels[1017]. Sur le plan capitalistique, le contrôle de la société résultera de la détention par une personne physique ou morale de plus de la moitié des droits de vote. Sur le plan contractuel, le contrôle de la société résultera de la détention par une personne physique ou morale, à la suite du ou des contrats conclus avec d'autres associés de la société, de plus de

[1017] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 876, p. 287.

la moitié des droits de vote[1018]. Or, l'une des conséquences de la dilution des droits sociaux est la modification de la répartition du pouvoir au sein de la société, particulièrement le risque de perte de la majorité de contrôle[1019]. En effet, la principale crainte résultant de la dilution des droits sociaux est la perte du contrôle de la société, surtout lorsqu'une part importante du capital est absorbée par des investisseurs entrants[1020]. Dès lors, comment la société pourrait-elle procéder pour consacrer ou conserver une majorité de contrôle en dépit de l'augmentation récurrente du capital dans les sociétés à capital variable ?

516. L'insertion d'une clause anti-dilution ou de non-dilution des droits sociaux permettrait aux associés majoritaires de conserver leurs pouvoirs à l'occasion de toute augmentation de capital. C'est une clause « par laquelle un actionnaire (ou groupe d'actionnaires) majoritaire s'engage à garantir, contractuellement, ou parfois statutairement, à un actionnaire minoritaire ne détenant pas de minorité de blocage le maintien de son niveau de participation de capital et/ou en droit de vote au sein de la société »[1021]. Cette clause trouve généralement application dans tous les cas où apparaît un risque de dilution du niveau de participation d'un actionnaire d'un tiers dans le cadre d'une émission de titres sociaux donnant accès au capital[1022]. Ainsi, dans le cadre de la variabilité du capital social, cette clause pourrait avoir pour objectif d'assurer aux associés anciens le maintien de leur participation au capital de la société en cas d'augmentation de capital et de les préserver contre toute dilution de leurs droits sociaux[1023]. Cette clause pourrait interdire à la société l'émission de nouveaux titres sociaux « sans donner préalablement l'opportunité aux actionnaires actuels de les acquérir »[1024]. Une telle stipulation aurait la même configuration que le droit préférentiel de souscription. Elle constituerait une contrainte retardant les opérations d'augmentation de capital et serait ainsi incompatible avec la célérité prônée par le mécanisme de la variabilité du capital. Cette clause comporterait alors des limites dans sa mise en œuvre. Dès lors, il y a lieu d'y procéder autrement.

517. Pour éviter que la clause de non-dilution n'ait la même configuration que le droit préférentiel de souscription, elle pourrait conférer aux associés majoritaires une souscription automatique de titres sociaux, proportionnellement au montant de leurs titres sociaux, à l'occasion de toute opération engendrant une augmentation de capital, notamment lors de

[1018] Voir art. 175 AUDSC.
[1019] https://www.useyourlaw.com/la-dilution-du-capital-social/, consulté le 10 mai 2023, à 19h47.
[1020] https://the-big-win.com/dilution-de-capital, consulté le 10 mai 2023, à 19h48.
[1021] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *op. cit.* n°62, p. 47.
[1022] *Ibid.*, n°63, p. 47.
[1023] https://www.leblogdudirigeant.com/clause-anti-dilution/, consulté le 10 mai 2023, à 19h52.
[1024] https://www.legalplace.fr/guides/clause-anti-dilution/, consulté le 10 mai 2023, à 19h54.

l'entrée d'associés nouveaux dans le capital ; ce qui permettrait de maintenir leur niveau de participation au capital et, en conséquence, de conserver leur majorité au sein de la société. Cependant, on pourrait s'interroger sur la capacité financière des associés bénéficiaires de cette clause à s'acquitter du prix des titres sociaux acquis. Cette préoccupation pourrait être réglée par les statuts, notamment la clause de non-dilution pouvant contenir plusieurs stipulations. Pour ce faire, les associés pourraient se référer aux dispositions de droit commun régissant la souscription de titres sociaux dans le cadre de l'augmentation du capital dans une société anonyme. Ces dispositions autorisent effectivement la libération d'une partie du montant des actions souscrites en numéraire, le restant devant être libéré en une ou plusieurs fois dans un délai qui ne saurait excéder trois ans en droit OHADA[1025] et cinq ans en droit français[1026]. Mais, en raison de la variabilité du capital, les associés peuvent fixer librement dans les statuts les modalités de souscription et de libération des apports en numéraire[1027] dans le cadre de l'augmentation du capital. A cet effet, les statuts pourraient fixer les modalités de libération des titres souscrits automatiquement de sorte à faciliter la conservation ou la consécration de la majorité de contrôle. Il s'agira par exemple d'étaler la libération desdits titres sociaux sur plusieurs années après l'augmentation du capital. Une autre modalité de libération desdits titres pourrait consister à déduire progressivement le montant de ces titres à l'occasion du paiement des dividendes aux associés concernés jusqu'à l'échéance du délai fixé dans les statuts pour les souscriptions conférées au titre d'un exercice social.

518. La conservation ou la consécration de la majorité de contrôle de la société à l'occasion de toute augmentation de capital pourrait ainsi consister à attribuer automatiquement des titres sociaux à titre onéreux aux associés bénéficiaires de la clause de non-dilution ; ce qui sera considéré comme des versements successifs réalisés par ces associés et se traduisant par une augmentation du nombre de leurs titres sociaux. Cette modalité permettrait de protéger les associés majoritaires contre une dilution de leurs droits financiers et politiques lors de l'entrée d'associés nouveaux résultant de la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital social.

[1025] Les articles 604 et 605 de l'AUDSC permettent la libération des actions des sociétés anonymes et des sociétés par actions simplifiées souscrites en numéraire d'un quart au moins de leur montant lors de la souscription ; la libération du surplus devant intervenir en une ou plusieurs fois dans un délai maximum de trois ans, à compter du jour de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ou de la réalisation de l'augmentation du capital.

[1026] En ce qui concerne les sociétés anonymes et aux sociétés par actions simplifiées en droit français, l'alinéa 1 de l'article L. 225-144 du Code de commerce français exige la libération d'un quart au moins du montant des actions souscrites en numéraire, le reste devant intervenir en une ou plusieurs fois, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter du jour où l'augmentation du capital est devenue définitive.

[1027] Voir art. 269-2-1 AUDSC.

2. La conservation d'une minorité de blocage

519. Un associé dispose d'une minorité de blocage lorsqu'il dispose de plus du tiers des droits de vote et peut ainsi s'opposer à une modification statutaire qu'il n'approuve pas[1028]. Cette minorité de blocage lui accordera une influence au sein de la société. En effet, il pourra empêcher l'adoption de certaines décisions telles que la modification des statuts, en se prévalant d'une minorité de blocage. Cependant, une augmentation récurrente du capital pourrait bouleverser cette minorité de blocage si la dilution qui en résultera se manifestait par une diminution de la participation de l'associé concerné au capital ; ce qui se traduira par une réduction de l'influence de l'associé concerné lors des assemblées générales. Ainsi, l'associé concerné perdra sa minorité de blocage si sa participation devient inférieure au tiers du capital social à la suite d'une ou de plusieurs augmentations consécutives de capital. Or, l'existence d'une minorité de blocage est souvent déterminante pour une gouvernance vertueuse et respectueuse de toutes les sensibilités présentes dans l'actionnariat de la société. Dans un tel contexte, comment la société pourrait-elle s'assurer de la conservation d'une minorité de blocage en dépit de l'augmentation récurrente du capital dans les sociétés à capital variable ?

520. La modification de la répartition du pouvoir entrainant la perte de la minorité de blocage à l'égard par exemple d'un associé fondateur pourrait avoir des répercussions sur la gouvernance de la société. Pour ce faire, il y a lieu d'adopter des mesures visant à consacrer cette minorité de blocage à l'occasion de toute opération d'augmentation de capital. La consécration de la minorité de blocage pourrait se traduire par l'insertion d'une clause anti-dilution ou de non dilution au profit du ou des associés disposant d'une telle minorité. La mise en œuvre de cette clause assurerait aux associés concernés le maintien de leur participation au capital de la société en cas d'augmentation de capital et la préservation de leurs droits à l'abri de toute dilution[1029]. Cependant, l'atteinte de cet objectif est tributaire des aménagements figurant dans la clause de non dilution. Ces aménagements pourraient consister soit à attribuer aux associés concernés des actions gratuites, soit à les conférer automatiquement des titres sociaux à titre onéreux, le tout proportionnellement à leur participation au capital lors de toute souscription de titres sociaux. La libéralité contractuelle que confère la variabilité du capital ne serait pas contraire à de tels aménagements. En effet, la variabilité du capital autorise les

[1028] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2138, p. 414.
[1029] https://www.leblogdudirigeant.com/clause-anti-dilution/, consulté le 10 mai 2023, à 19h52.

associés à déterminer librement dans les statuts les modalités de souscription et de libération des apports en numéraire[1030] dans le cadre d'une augmentation du capital.

521. L'attribution gratuite d'actions permettrait d'assurer la conservation de la position des associés disposant d'une minorité de blocage. Ce mécanisme se réalisera en l'absence d'apport en contrepartie des titres sociaux reçus. Il pourrait par exemple résulter de l'incorporation de bénéfices qui devaient être distribués aux associés bénéficiaires de la mesure[1031]. Cette attribution gratuite d'actions bénéficiera dès lors de l'allègement des formalités d'augmentation de capital. Cependant, les bénéficiaires de cette mesure ne devraient pas être des salariés ou des dirigeants sociaux. Le législateur OHADA interdit à ces derniers de détenir chacun directement plus de 10% du capital ou d'être attributaire d'actions gratuites entraînant un dépassement de ce seuil[1032]. A défaut de l'attribution d'actions gratuites, la clause de non-dilution pourrait conférer aux associés disposant d'une minorité de blocage une souscription automatique de titres sociaux, proportionnellement au montant de leurs titres sociaux, à l'occasion de toute opération engendrant une augmentation de capital, notamment lors de l'entrée d'associés nouveaux dans le capital ; ce qui permettrait de maintenir leur niveau de participation au capital et, en conséquence, de conserver leur position au sein de la société. En ce qui concerne la libération de ces titres sociaux, elle pourrait se faire progressivement en une ou plusieurs fois dans un délai qui, en application du droit commun, ne saurait excéder trois ans en droit OHADA[1033] et cinq ans en droit français[1034]. Mais, en raison de la variabilité du capital, les associés peuvent fixer librement dans les statuts les modalités de souscription et de libération des apports en numéraire[1035] dans le cadre de l'augmentation du capital. Il s'agira par exemple d'étaler la libération desdits titres sociaux sur plusieurs années après l'augmentation du capital. Une autre modalité de libération desdits titres pourrait consister à déduire progressivement le montant de ces titres à l'occasion du paiement des dividendes aux associés concernés jusqu'à

[1030] Voir art. 269-2-1 AUDSC.
[1031] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 117, p. 95.
[1032] Voir art. 626-1 al. 2 AUDSC.
[1033] Les articles 604 et 605 de l'AUDSC permettent la libération des actions des sociétés anonymes et des sociétés par actions simplifiées souscrites en numéraire d'un quart au moins de leur montant lors de la souscription ; la libération du surplus devant intervenir en une ou plusieurs fois dans un délai maximum de trois ans, à compter du jour de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ou de la réalisation de l'augmentation du capital.
[1034] En ce qui concerne les sociétés anonymes et aux sociétés par actions simplifiées en droit français, l'alinéa 1 de l'article L. 225-144 du Code de commerce français exige la libération d'un quart au moins du montant des actions souscrites en numéraire, le reste devant intervenir en une ou plusieurs fois, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter du jour où l'augmentation du capital est devenue définitive.
[1035] Voir art. 269-2-1 AUDSC.

l'échéance du délai fixé dans les statuts pour les souscriptions conférées au titre d'un exercice social.

522. La conservation de la minorité de blocage à l'occasion de toute augmentation de capital pourrait consister à attribuer automatiquement des titres sociaux à titre onéreux aux associés bénéficiaires de la clause de non-dilution ; ce qui sera considéré comme des versements successifs réalisés par ces associés et se traduisant par une augmentation du nombre de leurs titres sociaux. Cette modalité permettrait de protéger les associés disposant d'une minorité de blocage contre une dilution de leurs droits financiers et politiques lors de l'entrée d'associés nouveaux résultant de la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital social.

B. L'attribution de droits particuliers aux associés en lien avec la dilution des droits sociaux

523. La liberté contractuelle consacrée par le régime juridique de la variabilité du capital permet aux statuts d'envisager des mécanismes pour combler les limites de la garantie statutaire d'une stabilité du pouvoir des associés au sein des assemblées générales. Ces mécanismes pourraient résulter notamment de la distinction entre actions ordinaires et actions de préférence. Cette distinction « repose sur l'étendue des avantages qui peuvent être conférés à chaque action », de telle sorte que les actions ordinaires sont celles qui comportent les avantages communs à toutes les actions et les actions de préférence sont celles qui sont « investies d'avantages particuliers, soit pécuniaires, soit politiques »[1036]. Les actions de préférence consacreraient une rupture avec le principe d'égalité qui prévaut en droit des sociétés, mais leur institution serait liée à des besoins particuliers, tels que la protection des associés anciens contre la dilution des droits sociaux résultant d'augmentations récurrente de capital.

524. Les actions de préférence sont des titres de capital, « assortis de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent »[1037], émis par des sociétés par actions lors de leur constitution ou en cours de vie sociale[1038]. Généralement, elles sont émises en cours de vie sociale dans le cadre d'une augmentation du capital social pour attirer les souscripteurs[1039]. Les actions de préférence peuvent être créées avec ou sans droit de vote. Leur institution dans la société permettrait de clarifier la situation de gouvernance en présence d'augmentations

[1036] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 992, p. 460.
[1037] Art. 778-1 al. 1 AUDSC et L. 228-11 al. 1 C. com. français.
[1038] N. RONTCHEVSKY, « Un renouvellement des acquis, le lien capital-pouvoir : la réforme des actions de préférence », *Revue des sociétés* 2019, n° 1, p. 605
[1039] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2279, p. 368.

récurrentes de capital[1040]. Cette clarification pourrait résulter de la création d'actions de préférence comportant soit des droits particuliers de nature politique aux associés anciens (1), soit des droits particuliers de nature pécuniaire aux associés nouveaux (2).

1. L'attribution de droits particuliers de nature politique aux associés anciens

525. Aux termes des articles 129 de l'Acte uniforme et L. 225-122 du Code de commerce français, chaque associé dispose d'un droit de vote proportionnel à sa participation au capital de la société[1041]. Selon ce principe, une action donne droit à une voix, permettant à l'associé de s'exprimer lors des assemblées générales ; c'est ce qui ressort expressément de l'article 751 de l'Acte uniforme. Ce principe connaît toutefois des exceptions figurant notamment aux articles 752 de l'Acte uniforme et L. 225-123 du Code de commerce français. Ces dispositions autorisent les statuts d'une société anonyme à conférer un droit de vote double à certaines actions. Il en est de même de l'alinéa 2 de l'article 778-1 de l'Acte uniforme qui autorise la société à conférer aux actions de préférence un droit de vote double de celui des actions ordinaires. En application de ces dispositions, les sociétés peuvent créer des actions de préférence à droit de vote double, sans qu'aucune limite ne soit fixée au nombre des titres concernés. Cette possibilité est étendue dans les sociétés par actions simplifiées, dans la mesure où l'article 853-12 permettrait d'envisager la création d'actions à droit de vote multiple. En effet, selon cette disposition, « chaque action donne droit à une voix au moins ». En conséquence, ces sociétés peuvent créer « des actions de préférence à droit de vote multiple, sans qu'aucune limite ne soit fixée au nombre des droits de vote »[1042]. Ainsi, comparativement aux sociétés anonymes ne pouvant créer que des actions à droit de vote double, les sociétés par actions simplifiées peuvent attribuer un droit de vote plural aux titulaires d'actions de préférence dès leur création[1043]. Il revient dès lors aux statuts de limiter le nombre de voix à la disposition de chaque associé titulaire d'actions de préférence[1044].

526. La possibilité ouverte aux sociétés anonymes et aux sociétés par actions simplifiées de créer des actions de préférence auxquelles elles vont conférer à leurs titulaires respectivement un droit de vote double et un droit de vote multiple consacre l'existence d'un droit politique élevé au profit des associés titulaires desdites actions par opposition aux titulaires d'actions

[1040] https://beaubourg-avocats.fr/dilution-capital/, consulté le 10 mai 2023, à 19h53.
[1041] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 120, p. 76.
[1042] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2614, p. 742.
[1043] *Ibid.*, n° 2602, p. 734.
[1044] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 841, p. 280.

ordinaires[1045]. Cette solution pourrait être envisagée par la société pour faire face à la dilution des droits sociaux résultant de la récurrence des augmentations de capital en lien avec la mise en œuvre de la clause de variabilité de capital. Il s'agit pour la société de conférer aux associés anciens des actions de préférence à droit de vote double ou multiple selon les cas dès la création de la société ou dès l'insertion de la clause de variabilité de capital en cours de vie sociale. De la sorte, les multiples augmentations de capital ne porteront que sur les actions ordinaires, conférant à leurs titulaires un droit de vote proportionnel seulement à la quotité acquise du capital.

527. La création des actions de préférence à droit de vote double ou multiple au profit des associés anciens est de nature à limiter les conséquences négatives de la dilution des droits sociaux, notamment les risques de perte du contrôle de la société et de la minorité de blocage. Cependant, le niveau de dilution des droits sociaux pourrait être de nature à annihiler les droits de vote double ou multiple des associés anciens. Il en serait ainsi au regard de l'importance des augmentations récurrentes du capital de la société à capital variable. En outre, plusieurs conditions entourent la création d'actions à droit de vote double ou multiple. Celles-ci doivent, en effet, être nominatives, entièrement libérées et inscrites au nom d'un même titulaire depuis au moins deux ans[1046]. Ces exigences sont susceptibles de limiter l'efficacité de la solution de création de telles actions. Il ne reste plus qu'à envisager l'attribution de droits particuliers exclusivement de nature pécuniaire aux associés nouveaux.

2. L'attribution de droits particuliers de nature pécuniaire aux associés nouveaux

528. Chaque associé a le droit de participer aux assemblées générales et d'y voter[1047]. C'est ce qui ressort des articles 129 de l'Acte uniforme et L. 225-122 du Code de commerce français qui énoncent que chaque actionnaire a droit à une voix proportionnellement à la quotité de capital qu'il détient. Dès lors, dans quelles conditions la société à capital variable peut-elle accorder des droits de nature pécuniaire aux associés nouveaux ? La réponse à cette préoccupation peut résulter de l'existence d'une clause de garanties de dividendes. Il s'agit d'une clause « par laquelle une société ou ses associés garantissent à un ou plusieurs associés une rémunération minimale de leur investissement »[1048]. Une telle clause peut être prévue à l'occasion de l'émission d'actions de préférence, en vue de garantir aux actionnaires concernés

[1045] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 992, p. 460.
[1046] Voir al. 1 des art. 752 AUDSC et L. 225-123 C. com.
[1047] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 120, p. 77.
[1048] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *op. cit.* n°762, p. 365.

« la distribution annuelle d'un dividende correspondant à un certain pourcentage du bénéfice distribuable »[1049].

529. L'alinéa 1 des articles 778-1 de l'Acte uniforme et L. 228-11 du Code de commerce français accorde la possibilité aux sociétés de créer des actions de préférence sans droit de vote. Il s'est agi pour les législateurs de l'OHADA et français d'une part, de faciliter le financement des entreprises et, d'autre part, de « mettre à la disposition des fonds d'investissement et autres investisseurs des titres plus rentables ou des droits financiers particuliers par rapport aux actions ordinaires […] adaptés à leurs exigences propres, tout en contournant les difficultés de la dilution ou la perte de contrôle »[1050]. Ainsi, leur création traduirait la volonté de la société à capital variable d'attirer les investisseurs, comme c'est le cas de l'insertion de la clause de variabilité du capital. En effet, en France, la création des actions de préférence visait, entre autres, la simplification du droit des titres grâce à la suppression des différents titres hybrides et l'amélioration du financement des sociétés[1051]. Les actions de préférence contribueraient ainsi à améliorer le financement des sociétés, tout comme le recours à la variabilité du capital, sous son aspect augmentation du capital. Ainsi, le recours aux actions de préférence sans droit de vote viserait à renforcer les fonds propres des sociétés, sans mettre en danger le contrôle de ces sociétés par leurs fondateurs.

530. Qui plus est, généralement les investisseurs sont le plus souvent intéressés par les avantages financiers. De la sorte, la souscription d'actions de préférence sans droit de vote par les associés nouveaux permet de minimiser le risque de dilution des droits sociaux des associés anciens. La création d'actions de préférence sans droit de vote permet d'accorder aux associés nouveaux des droits sur les dividendes plus intéressants, mais sans droit de vote ; ce qui garantira aux associés initiaux la conservation de leur pouvoir de décision[1052]. Les actions préférentielles sans droit de vote comporteront un droit de nature pécuniaire. Il revient aux statuts de fixer la nature pécuniaire des actions de préférence, lesquelles peuvent « à dividende majoré, à dividende prioritaire (ou préciputaire), à dividende cumulatif », avec également la possibilité que ces actions fassent bénéficier à leurs porteurs « un pourcentage du résultat distribuable ou [leur] conférer un droit prioritaire sur le boni de liquidation »[1053]. La souscription de telles actions devrait susciter plus d'intérêt à l'égard des associés nouveaux qui

[1049] *Ibid.*
[1050] L. A. O. M. TOURE., *op. cit*., p. 316.
[1051] N. RONTCHEVSKY, « Un renouvellement des acquis, le lien capital-pouvoir : la réforme des actions de préférence », *op. cit.*, n° 2, p. 605.
[1052] https://the-big-win.com/dilution-de-capital, consulté le 10 mai 2023, à 19h48.
[1053] N. BLANC *et al., op. cit.*, n° 837, p. 279.

n'auront aucun droit de vote, mais bénéficieront des dividendes au même titre que les actionnaires titulaires de droit de vote ; la répartition des dividendes étant proportionnelle à la quotité de capital détenue par chaque actionnaire, ancien et nouveau. En conséquence, la création d'actions de préférence de nature pécuniaire constituerait une solution contre la dilution des droits sociaux résultant des augmentations récurrentes de capital dans les sociétés à capital variable. Ces augmentations se réaliseront dès lors par souscription d'actions de préférence sans droit de vote et à nature pécuniaire à l'égard d'associés nouveaux et de versements supplémentaires d'associés anciens. Ainsi, la création des actions de préférence permet à la société d'être plus attractive à l'égard des investisseurs en contrepartie d'une rémunération spécifique ; l'objectif étant à travers la création de ces titres de faciliter le financement de la société[1054].

531. Cependant, la souscription d'actions de préférence sans droit de vote et à nature pécuniaire est soumise à des limites. En effet, la souscription à ces actions ne doit pas être contraire aux dispositions impératives. Ainsi, par exemple, « l'interdiction des clauses léonines exclut la création d'actions de préférence qui conduirait à réserver tous les bénéfices à un actionnaire, à l'en faire exclure ou encore à lui faire supporter toutes les pertes ou à l'en exonérer totalement »[1055]. De même, l'alinéa 4 de l'article 778-1 de l'Acte uniforme et l'alinéa 3 de l'article L. 228-11 du Code de commerce français fixent un seuil maximum pour les actions de préférence sans droit de vote. Au sens de ces dispositions, les actions de préférence sans droit de vote, donc de nature pécuniaire, ne saurait dépasser plus de la moitié du capital social. La quotité du capital représentant les actions de préférence sans droit de vote étant limitée ; ce qui constitue une limite à la protection des associés anciens contre la dilution des droits sociaux et à la mise en œuvre de la clause de variabilité exclusivement réservée à ces actions.

[1054] L. A. O. M. TOURE, *op. cit.*, p. 315.
[1055] *Ibid.*, n° 838, p. 279.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

532. En somme, la variabilité du capital occasionne une atteinte à la participation au capital social des associés anciens. Cette atteinte résulterait de l'impact de la dilution des droits sociaux, en lien avec les particularités des sociétés à capital variable. La dilution des droits sociaux n'est pas propre aux sociétés à capital, dans la mesure où elle apparaît à l'occasion de toute augmentation de capital. Toutefois, la récurrence des augmentations de capital dans les sociétés à capital incite à appréhender les effets de la dilution des droits sociaux et les moyens d'y faire face. Or, la variabilité du capital favorise le renforcement des capitaux propres de la société par l'entrée d'associés nouveaux ; d'où l'intérêt d'envisager des mécanismes pour limiter ou contrôler la dilution de la participation au capital des associés, dont les effets portent sur les droits financiers et les droits politiques des associés.

533. De l'analyse des différents mécanismes de protection, il ressort d'une part, une inadaptation des mécanismes prévus par la loi pour faire face à la dilution des droits sociaux et, d'autre part, la nécessaire fixation des mécanismes de maîtrise de cette dilution par les statuts de la société. Les mécanismes prévus par la loi, à savoir le droit préférentiel de souscription et la clause d'agrément, se sont avérés inefficaces. La liberté contractuelle consacrée dans le cadre de la variabilité du capital permettrait d'envisager des solutions dans les statuts. Ceux-ci pourraient prévoir des clauses destinées à consacrer ou conserver la majorité et la minorité de blocage des associés initiaux ; ce qui garantirait une stabilité de leur pouvoir au sein des assemblées générales en dépit des augmentations récurrentes. Les statuts pourraient également prévoir des clauses attribuant des droits particuliers aux associés en lien avec la dilution des droits sociaux. Ces clauses statutaires pourraient créer des actions de préférence comportant soit des droits particuliers de nature politique aux associés anciens, soit des droits particuliers de nature pécuniaire aux associés nouveaux. Leur institution dans la société permettrait de clarifier la situation de la gouvernance de la société en présence d'augmentations récurrentes de capital[1056].

[1056] https://beaubourg-avocats.fr/dilution-capital/, consulté le 10 mai 2023, à 19h53.

CONCLUSION DU TITRE 1

534. Suivant l'alinéa 1 des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce, la variabilité du capital comporte deux modalités que sont l'augmentation et la réduction du capital. La réduction du capital s'opère par le retrait et l'exclusion d'associés, dont l'allègement des formalités facilite la mobilité des associés. Le cadre légal de la sortie ou de la mobilité des associés dans les sociétés à capital variable est fixé par l'article 269-6 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-6 du Code de commerce français. L'alinéa 1 de ces dispositions consacre l'exercice du droit de retrait, tandis que l'alinéa 2 octroie la faculté d'exclusion d'associé à la société. L'exercice du droit de retrait et l'exclusion d'associé entraînent à l'égard de l'associé la perte de sa qualité et à l'égard de la société la réduction du capital. L'exercice du droit de retrait facilite la sortie des associés, particulièrement des investisseurs intéressés par la liquidité de leurs apports. Cette modalité de sortie est plus avantageuse que celle de la cession ou du rachat des titres sociaux, laquelle est lourde, contraignante et dont l'issue est incertaine. Quant à l'exclusion, elle ne saurait méconnaître les droits des associés, au regard de l'encadrement de sa procédure. Elle fait l'objet d'un encadrement consistant en la prohibition des exclusions *ad nutum*, en la nécessité de motiver l'exclusion, au respect du contradictoire, au contrôle judiciaire du caractère non abusif de l'exclusion[1057]. En ce qui concerne l'augmentation du capital dans les sociétés à capital variable, elle entraîne une conséquence particulière. Elle occasionne une atteinte à la participation au capital social des associés anciens. Cette atteinte résulterait de l'impact de la dilution des droits sociaux, en lien avec les particularités des sociétés à capital variable, dont la récurrence des augmentations de capital. Or, la variabilité du capital favorise le renforcement des capitaux propres de la société par l'entrée d'associés nouveaux.

535. Plusieurs solutions sont à envisager pour la protection des associés anciens. Les mécanismes prévus par la loi, à savoir le droit préférentiel de souscription et la clause d'agrément, se sont avérés inefficaces ; d'où le recours à des solutions à envisager dans les statuts. Il s'est agi de prévoir d'une part, des clauses destinées à consacrer ou conserver la majorité et la minorité de blocage des associés initiaux et d'autre part, des clauses attribuant

[1057] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 831, p. 503. Voir Cass. com., 6 mai 2014, *BJS* 2014, p. 506.

des droits particuliers aux associés en lien avec la dilution des droits sociaux. Dès lors, la mise en œuvre de la clause de variabilité de capital comporte des facteurs de risque marqués par la fréquence de la mobilité des associés et la dilution des droits sociaux des associés ne contribuant pas aux augmentations successives du capital.

TITRE 2. L'ATTENUATION POSSIBLE DES RISQUES DE LA VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL

536. La variabilité du capital social est caractérisée notamment par une potentielle récurrence de l'instabilité des associés et une potentielle fréquence de la reprise des apports. Ces caractéristiques de la variabilité du capital exposent la société et les tiers à des risques. Ces risques découlent d'une part, de l'exercice du droit de retrait par les associés et, d'autre part, par l'adoption de la décision d'exclusion d'associé par l'assemblée générale ou la collectivité des associés ; lesquels entraînent le remboursement des apports des associés sortants et, en conséquence, la réduction de capital à toute époque de la vie sociale et en l'absence de toute formalité de publicité destinée aux tiers. Les risques évoqués se manifestent à l'égard de la société par une réduction des capitaux propres, en raison du remboursement des apports ; or ceux-ci devraient servir à financer son exploitation courante et son développement. A l'égard des tiers, ces risques se traduisent par une diminution des actifs de la société ; ceux-ci constituant l'assiette de la garantie du paiement des créances.

Au regard de ce qui précède, il s'avère nécessaire d'envisager des mécanismes juridiques destinés à atténuer les risques de la variabilité du capital, c'est-à-dire des mécanismes susceptibles de réduire les risques ou leurs impacts. En d'autres termes, quels sont alors les mécanismes juridiques susceptibles d'atténuer les risques de la variabilité du capital ? Répondre à cette question doit permettre d'identifier les mécanismes juridiques qui permettront de protéger la société (**Chapitre 1**) et les tiers (**Chapitre 2**) contre les risques de la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital.

CHAPITRE 1. L'ATTENUATION DES RISQUES DE LA VARIABILITE DU CAPITAL PAR LA PROTECTION DE LA SOCIETE

537. La variabilité du capital social est une modalité de fonctionnement de la société permettant la modification du capital, soit par une augmentation, soit par une réduction, sans l'accomplissement des formalités exigées pour la modification des statuts. La souplesse de fonctionnement pourrait constituer un facteur attractif auprès des acteurs économiques, au regard de l'allègement non seulement des formalités d'augmentation de capital par des versements successifs d'associés et l'admission d'associés nouveaux, mais aussi des formalités de réduction de capital par exclusion et retrait d'associés. Cependant, ce facteur attractif de la variabilité constituerait un inconvénient pour les acteurs concernés car « certains opérateurs pourraient effectivement craindre les risques auxquels les expose l'instabilité des associés »[1058]. Cette instabilité est particulièrement marquée par la possibilité offerte aux associés de se retirer volontairement de la société à toute époque de la vie sociale. Or, l'effectivité de ce retrait entraînera la réduction du montant du capital de la société, privant ainsi celle-ci des fonds nécessaires à son exploitation et à son développement ; toute chose étant susceptible de fragiliser la structure financière la société[1059]. Il conviendrait dès lors d'envisager des mesures visant à atténuer les risques constitués par le retrait[1060]. Quels sont alors les mécanismes juridiques susceptibles d'atténuer à l'égard de la société les risques de la variabilité du capital constitués par le retrait d'associés ? L'atténuation des risques du droit de retrait des associés pourrait résulter d'une part, de l'instauration d'une durée minimale de participation par une clause d'inaliénabilité (**Section 1**) et, d'autre part, de la mise en œuvre des mécanismes de protection de la société en lien avec la qualité d'associé (**Section 2**).

[1058] A. PLENT, *op. cit.*, n° 182, p. 92.
[1059] *Ibid.*, n° 211, p. 107.
[1060] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 18.

Section 1. L'instauration d'une durée minimale de participation par une clause d'inaliénabilité

538. Le retrait d'un associé entraîne l'annulation de droits sociaux et, en conséquence, la réduction du capital social, c'est-à-dire la modification de son montant. Le retrait désigne, en effet, la faculté reconnue à un associé de quitter une société[1061]. Il traduit sa volonté de se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable. Il entraîne la perte de la qualité d'associé en cas de reprise totale des apports[1062] ; laquelle reprise conduit au remboursement des droits sociaux, donc à la réduction du capital social. Le retrait d'un ou de plusieurs investisseurs du capital d'une société à leur convenance « pourrait considérablement fragiliser la structure sociale dans son ensemble », dans la mesure où il entraînerait une réduction du capital privant ainsi à court terme la société de fonds nécessaires pour faire face à ses besoins[1063]. Dès lors, comment la société pourrait-elle aménager l'exercice du droit de retrait pour se prémunir contre l'atteinte à sa structure financière ?

539. Le droit de retrait inhérent à la variabilité du capital social déroge aux dispositions de droit commun des sociétés et son exercice peut faire l'objet d'aménagements conventionnels, notamment l'instauration d'une durée minimale de participation au sein de la société[1064]. Cet aménagement conventionnel résulte des dispositions de l'article 269-2-1 de l'Acte uniforme qui autorise les statuts à définir les modalités de reprise des apports ; lesquelles peuvent prévoir une inaliénabilité des titres sociaux au moyen d'une clause déterminée et ce, en vertu de la liberté contractuelle qui prévaut en droit des sociétés. L'inaliénabilité désigne « l'impossibilité de transmettre volontairement une chose ou un droit à titre onéreux ou à titre gratuit »[1065]. Par l'effet de l'inaliénabilité, un bien ou un bien « ne peut valablement être l'objet d'une aliénation » suite à une interdiction légale, une décision de justice ou à un contrat[1066].

Il s'agit par une clause qui lui est dédiée « d'interdire au propriétaire d'un bien, ou au titulaire d'un droit, de le transférer volontairement à un tiers, à titre gratuit ou à titre onéreux », caractérisant ainsi une restriction conventionnelle au droit de disposer[1067]. Il convient, de ce fait, d'envisager d'une part, la nécessaire insertion d'une clause d'inaliénabilité dans les statuts

---

[1061] S. SCHILLER, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *op. cit.*, n° 141, p. 4.
[1062] La reprise partielle des apports n'entraîne pas la sortie de l'associé, mais seulement la réduction du capital social.
[1063] A. PLENT, *op. cit.*, n° 211, p. 107.
[1064] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 849, p. 515.
[1065] R-N. SCHÜTZ, « Inaliénabilité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2021, n° 90, p. 40, *op. cit*., n°6, p. 7.
[1066] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *op. cit.* n°929, p. 437.
[1067] R-N. SCHÜTZ, *« Inaliénabilité », op. cit*., n° 89, p. 39.

de la société à capital variable (**Paragraphe 1**) et, d'autre part, les conditions de validité de la clause d'inaliénabilité (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La nécessaire insertion d'une clause d'inaliénabilité dans les statuts de la société à capital variable

540. Le droit commun des sociétés de capitaux consacre le principe de libre transmissibilité des actions[1068]. Alors que la stabilité et la confiance des associés constituent des gages de réussite d'une entreprise ; toute chose dont l'atteinte exige la limitation de l'entrée et de la sortie du capital de la société[1069]. La limitation de la sortie du capital ne peut être garantie que par « différentes clauses affectant la libre cessibilité des droits sociaux » au moyen d'interdiction de mouvement de capital par une clause d'inaliénabilité[1070]. Il ne s'agit pas de constituer une entrave à la libre négociabilité dont bénéficient les actions[1071], mais de limiter, c'est-à-dire encadrer, la sortie des associés. Qui plus est, en droit des sociétés, l'inaliénation temporaire des droits sociaux peut être stipulée à travers une clause figurant dans les statuts ou dans un pacte extra-statutaire[1072]. A cet effet, il est revenu à la loi de permettre aux statuts de stipuler des clauses limitant la transmission des actions[1073] ; ce qui favoriserait le renforcement de la stabilité du capital. Il apparaît dès lors nécessaire de démontrer l'efficacité de clause d'inaliénabilité (B). Mais, il faudrait au préalable s'assurer de l'applicabilité de cette clause aux sociétés à capital variable (A).

A. L'applicabilité de la clause d'inaliénabilité aux sociétés à capital variable

541. Les sociétés à capital variable sont soumises à deux corps de règles, à savoir le droit commun des sociétés et les règles spécifiques à la variabilité du capital. Le droit commun des sociétés consacre le principe fondamental de négociabilité des titres sociaux, consacrant ainsi la libre cessibilité des actions applicable particulièrement aux sociétés de capitaux. Les règles spécifiques à la variabilité du capital favorisent la mobilité des associés et, en conséquence, la fluctuation permanente du capital notamment à la baisse. Cette mobilité des associés s'opère grâce à l'exercice du droit de retrait, lequel se traduit par une la réduction récurrente du capital. Pourtant, la clause d'inaliénabilité prévue dans le régime juridique des sociétés de capitaux a pour effet de geler les transferts d'actions, violant ainsi le principe de libre cessibilité des

[1068] Art. 764 AUDSC.
[1069] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *Droit des sociétés*, Joly Editions, Paris, 2e éd., 2013, n° 339, p. 295
[1070] *Ibid*., n° 339, p. 296.
[1071] Art. L. 228-10 C. com.
[1072] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *op. cit.* n°938, p. 440.
[1073] Art. 765 al. 1 AUDSC.

actions[1074]. Appliquée à la société à capital variable, cette clause permettrait de renforcer la stabilité du capital. Il convient dès lors de s'interroger sur l'applicabilité de la clause d'inaliénabilité dans les sociétés à capital variable. A cet effet, il y a lieu d'envisager d'une part, la reconnaissance de la validité de la clause d'inaliénabilité en droit des sociétés (1) et, d'autre part, les modalités d'insertion de la clause d'inaliénabilité dans les sociétés à capital variable (2).

1. La reconnaissance de la validité de la clause d'inaliénabilité en droit des sociétés

542. L'idée avec la clause d'inaliénabilité consiste à « conserver durablement un associé, de stabiliser l'actionnariat […] pour figer durablement les pouvoirs des uns et des autres ou, indirectement de disposer d'un droit de veto sur la cession des participations »[1075]. *A priori*, l'insertion d'une clause d'inaliénabilité dans les statuts d'une société ne devrait pas être confrontée à des difficultés particulières, en raison de la liberté contractuelle qui prévaut en droit des sociétés, particulièrement pour les sociétés à capital variable. Cependant, à l'origine, cette clause a été confrontée à deux limites. La première découle des impératifs de l'ordre public, tandis que le second est lié aux prérogatives du droit de propriété[1076].

En effet, en application de l'article 6 des Codes civils burkinabè et français et de l'article 1162 du Code civil français, le contrat ne peut contenir des clauses contraires aux lois qui intéressent l'ordre public, ni par leur contenu, ni par leur but connu ou non par les parties. De même, conformément à l'article 544 des Codes civils français et burkinabè, ces clauses, dont la clause d'inaliénabilité, ne devraient pas être contraires « à la libre disposition des biens qui constitue une prérogative essentielle du propriétaire [et méconnaître] la règle selon laquelle les restrictions à cette liberté de disposer ne peuvent être établies que par la loi », en application de l'alinéa 1 de l'article 537 du Code précité[1077]. Ainsi, les restrictions au droit de disposer ne doivent être autorisées que par la loi ; c'est d'ailleurs ce que prévoient les articles 765-1 et 853-17 de l'Acte uniforme et l'article L. 227-13 du Code de commerce français. Selon la Cour de cassation française, « ces dispositions légales étaient justifiées par l'intérêt général et, en conséquence, pas contraires […] à l'article 544 du Code civil »[1078].

[1074] S. SCHILLER, « La Cour de cassation a-t-elle révolutionné les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés ? », note sous Cass. civ. 1e, 31 octobre 2007, *Revue des sociétés* 2008, p. 321, n° 3, p. 3.
[1075] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *op. cit.* n°938, p. 440.
[1076] R-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 90, p. 40.
[1077] *Ibid.*
[1078] S. SCHILLER, « La Cour de cassation a-t-elle révolutionné les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés ? », *op. cit.*, n° 1, p. 3.

543. Cependant, les restrictions légales ne feraient pas obstacles à l'exercice de la liberté contractuelle qui retrouve un plein sens, dans la mesure où elle permettrait aux parties d'apporter volontairement des limitations à leur droit de disposer ; d'où l'existence de restrictions conventionnelles, particulièrement dans deux domaines, à savoir la vente à plus ou moins long terme d'immeuble ou de fonds de commerce et le droit des sociétés[1079]. De la sorte, une convention peut comporter une clause d'inaliénabilité à condition qu'elle soit limitée dans le temps et soit justifiée par un intérêt sérieux et légitime ; c'est le sens de l'alinéa 1 de l'article 900-1 du Code civil français fixant le régime des clauses d'inaliénabilité dans le cadre des actes à titre gratuit. Ce régime sera étendu aux actes à titre onéreux par la Cour de cassation française par un arrêt du 31 octobre 2007, posant à cette occasion « le principe de validité des clauses d'inaliénabilité dans les actes à titre onéreux »[1080]. Est-ce à dire que la clause d'inaliénabilité est possible dans les sociétés ?

544. De prime abord, les textes consacrent triplement le rejet des clauses statutaires d'inaliénabilité[1081]. D'abord, *a priori*, les règles régissant les sociétés cotées excluent la possibilité de prévoir des clauses statutaires d'inaliénabilité[1082]. Ensuite, en ne validant les clauses d'inaliénabilité que dans les sociétés par actions simplifiées[1083], le législateur français semblerait les exclure dans les sociétés anonymes. Enfin, l'impossibilité de prévoir une clause d'inaliénabilité dans les statuts d'une société anonyme découlerait également de l'existence d'un article, en l'occurrence l'article L. 229-11 du Code de commerce français, prévoyant de telles clauses dans les statuts d'une société européenne[1084]. Cependant, il n'est pas exclu de prévoir une clause d'inaliénabilité dans les statuts d'une société anonyme bien que le Code de commerce français soit muet sur cette possibilité et ce, en se fondant sur l'arrêt du 31 octobre 2007 qui permettrait de « conférer une validité certaine aux nombreuses stipulations d'inaliénabilité conclues »[1085]. Ainsi, les statuts d'une société anonyme peuvent comporter une clause d'inaliénabilité, à condition qu'elle soit temporaire et soit fondé sur un intérêt sérieux et légitime. Tenant compte du domaine de la variabilité du capital en droit OHADA limité aux sociétés anonymes et aux sociétés par actions simplifiées, les sociétés à capital variable sont

[1079] R.-N. SCHÜTZ, n° 16, p. 10.
[1080] R.-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 95, p. 43.
[1081] S. SCHILLER, « La Cour de cassation a-t-elle révolutionné les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés ? », n° 7, p. 4.
[1082] *Ibid*.
[1083] Art. L. 227-13 C. com.
[1084] S. SCHILLER, « La Cour de cassation a-t-elle révolutionné les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés ? », *op. cit.*, n° 8, p. 4.
[1085] *Ibid.*, n° 2, p. 3.

admises à insérer une clause d'inaliénabilité dans leurs statuts en vue de renforcer l'encadrement de l'exercice du droit de retrait ; les sociétés anonymes étant exclues du domaine de variabilité du capital en droit français.

2. Les modalités d'insertion de la clause d'inaliénabilité dans les sociétés à capital variable

545. En droit des sociétés, il est courant de retrouver des clauses d'inaliénabilité dans plusieurs types de support, dont les pactes d'associés et les statuts. La fréquente insertion des clauses d'inaliénabilité dans les pactes d'associés vise le plus souvent « à retenir certains associés dans un but de stabilité, soit du capital, soit de la direction »[1086]. Ces pactes sont conclus par les associés en vue d'organiser le pouvoir et les modalités de cession de titres ; ce qui leur confère l'avantage de la confidentialité, la soumission à un formalisme limité, dans la mesure où ils n'engagent que les parties qui les ont conclus[1087]. Quant aux clauses d'inaliénabilité insérées dans les statuts, elles s'imposent à tous les associés, présents et futurs, et jouissent d'une bonne pérennité, puisque « leur modification sera soumise à un formalisme lourd et à des règles [d'adoption] strictes »[1088]. En effet, tandis que l'inexécution d'une clause extrastatutaire donne lieu à des dommages et intérêts, l'inexécution d'une clause statutaire pourra parfois être sanctionnée par une exécution forcée ; ce qui lui confère une certaine efficacité liée au régime juridique qui lui est applicable, restreignant de ce fait les cessions de titres mieux que si elle figurait dans un pacte d'associés[1089]. En conséquence, par préférence, il conviendrait d'insérer la clause d'inaliénabilité dans les statuts, en vue de renforcer son efficacité et de parvenir la stabilité du capital[1090].

546. La clause d'inaliénabilité peut être insérée dans les statuts lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale. L'insertion de ladite clause au moment de la constitution de la société ne pose pas de difficulté particulière. Il revient aux rédacteurs des statuts de s'assurer au préalable de sa compatibilité avec la forme sociale choisie, avant de l'insérer dans le projet de statuts. La signature des statuts matérialisera l'acceptation par les associés de toutes les clauses statutaires, y compris la clause d'inaliénabilité ; ce qui correspond à l'unanimité des associés. En d'autres termes, tous les associés sont censés avoir donné leur consentement au

---

[1086] *Ibid.*, n° 4, p. 3.
[1087] S. SCHILLER « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, octobre 2020, n° 17, p. 15.
[1088] *Ibid.*, n° 15, p. 14.
[1089] S. SCHILLER, « La Cour de cassation a-t-elle révolutionné les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés ? », *op. cit.*, n° 7, p. 4.
[1090] *Ibid.*, n° 3, p. 3.

moment de la constitution de la société à toutes les clauses figurant dans les statuts, lequel consentement s'est matérialisé par la signature des statuts par chaque associé ; étant donné qu'à défaut de cette signature, donc de l'acceptation de toutes les clauses statutaires au moment de la constitution de la société, ils ne pourront avoir cette qualité. En cours de vie sociale, l'insertion de la clause d'inaliénabilité nécessite la modification des statuts avec des règles d'adoption ou de modification strictes. Les articles 359 et 853-22 de l'Acte uniforme et l'article L. 227-19 du Code de commerce français exigent l'unanimité pour l'adoption ou la modification de la clause statutaire d'inaliénabilité. Il s'agit ici de recueillir le consentement de l'ensemble des associés qui sera ainsi matérialisé par leur signature dans les statuts modifiés.

547. Que ce soit au moment de la constitution ou en cours de vie sociale, il convient d'apporter un soin particulier à la rédaction de la clause d'inaliénabilité. Celle-ci doit être aussi précise que possible et comporter une énumération des opérations interdites aux associés concernés. « En effet, une clause d'inaliénabilité défend les cessions volontaires à titre gratuit et à titre onéreux » ; ce qui inclut la prohibition de toute forme d'échange ou d'apport des titres sociaux[1091]. Dans ces circonstances, des opérations telles que le démembrement de propriété d'une action ou le nantissement des titres sociaux n'entrent pas dans le champ d'application *stricto sensu* de l'inaliénabilité ; mais si tel est l'intention des rédacteurs, « il est préférable […] de prévoir une clause d'indisponibilité[1092].

548. A l'analyse, l'insertion d'une clause d'inaliénabilité dans les statuts requiert l'unanimité de l'ensemble des associés, aussi bien au moment de la constitution de la société, qu'en cours de vie sociale. Qui plus est, l'article 269-2-1 de l'Acte uniforme autorise les statuts des sociétés à capital variable à organiser les modalités de reprise des apports, lesquelles modalités pourront comporter une clause d'inaliénabilité, on considère que l'insertion de cette clause est acquise à l'égard de ces sociétés. Cependant, il convient de s'assurer de l'efficacité de la clause d'inaliénabilité.

B. L'efficacité de clause d'inaliénabilité

549. La stabilité du capital de la société nécessite la limitation de la sortie d'associé ; c'est ce qu'a cherché à garantir le législateur au moyen de mécanismes qui, en raison de leurs insuffisances, ont été comblés par les associés[1093]. « Ils y parviendront par différentes clauses affectant la libre cessibilité des droits sociaux » au moyen d'interdiction de mouvement de

[1091] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *op. cit.* n°956, p. 446.
[1092] *Ibid.*
[1093] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, n° 339, p. 295.

capital au moyen notamment d'une clause d'inaliénabilité[1094]. La stabilité du capital apparaît alors tributaire de l'efficacité de la clause d'inaliénabilité. Or, l'efficacité de cette clause est subordonnée à la détermination de son objet (1), à la connaissance de ses termes par les parties (2) et à la sanction de sa violation (3).

1. La détermination de l'objet de la clause d'inaliénabilité

550. En droit commun, l'aliénabilité désigne la caractéristique d'un bien dont la propriété est susceptible d'être transmise à autrui à titre onéreux ou à titre gratuit[1095]. Cette propriété est affirmée par l'article 544 du Code civil comme « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue » ; cette disposition n'admettant l'inaliénabilité que dans des cas exceptionnels[1096]. L'inaliénabilité est la « qualité (juridique) d'un bien (ou d'un droit) qui ne peut valablement être l'objet d'une aliénation, soit par l'effet d'une interdiction légale […], soit […] en vertu de la volonté de l'homme »[1097]. Ce terme est souvent considéré comme synonyme ou très proche de l'incessibilité, dans la mesure où ils consacrent tous les deux « l'impossibilité de transmettre volontairement une chose ou un droit à titre onéreux ou à titre gratuit » ; la différence entre les deux termes pouvant résulter entre la chose sur laquelle porte le droit, à savoir l'inaliénabilité, et le droit lui-même, l'incessibilité[1098]. Qu'à cela ne tienne, ils produisent le même effet. En droit des sociétés, l'inaliénabilité est prévue par loi, mais il revient aux statuts de préciser son objet dans une clause. De manière générale, cette clause interdit la cession des titres sociaux sur lesquels elle porte[1099], sans en entraver la libre négociabilité dont ils bénéficient[1100]. La clause d'inaliénabilité vise alors à limiter la sortie des associés.

Un tel objectif pourrait bien intéresser les sociétés à capital variable confrontées à la libre mobilité des associés, particulièrement avec l'exercice du droit de retrait se matérialisant par la sortie d'associé, avec pour corollaire la réduction du capital. Or, ces sociétés ont besoin d'une certaine stabilité de l'actionnariat et, donc, du capital, afin d'assurer le financement de leur exploitation et de leurs projets. On pourrait alors s'interroger sur la possibilité d'insérer une clause d'inaliénabilité dans les statuts d'une société à capital variable en lien avec la variabilité

[1094] *Ibid.*, n° 339, p. 296.
[1095] R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Litec, Paris, 3e éd., 2008.
[1096] R-N. SCHÜTZ, *op. cit.,* n° 5, p. 6.
[1097] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Assoc. Capitant, PUF, 13e éd., 2020, cité par Rose-Noëlle SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 2, p. 5.
[1098] R-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 6, p. 6.
[1099] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2174, p. 443.
[1100] Art. 764 AUDSC et art. L. 228-10 al. 1 C. com.

du capital. Dans l'affirmative, quelle pourrait être l'étendue de l'objet de la clause d'inaliénabilité dans une société à capital variable ?

551. La cession d'action est différente du retrait d'associé, la première procédant à un changement de titulaire d'action et n'ayant aucun impact sur le montant du capital social, tandis que le second entraîne le remboursement des titres à l'associé sortant et, en conséquence, la réduction du montant du capital social. Cependant, ils ont un point de ressemblance, à savoir la sortie d'associé et, de ce fait, l'interdiction de mouvement de capital. La clause consacrant l'inaliénabilité des actions est relative à la sortie d'associé. Elle résulte de l'ingéniosité des parties au contrat de société et de leurs conseils soucieux de s'adapter permanemment aux besoins et évolutions économiques[1101]. Dans ce sens, cette nécessité d'assurer la stabilité des capitaux propres de la société pourrait conduire les parties à insérer une clause d'inaliénabilité en lien avec une clause de variabilité du capital, encadrant particulièrement le retrait d'associé. En droit OHADA, la liberté contractuelle consacrée expressément par l'article 269-2-1 de l'Acte uniforme permet à la société à capital variable d'organiser les modalités de reprise des apports. A cet effet, en vertu de cette liberté contractuelle, les parties au contrat de société sont libres de déterminer le contenu de leur contrat et de définir ce à quoi ils s'obligent[1102]. Ils sont donc libres d'aménager le contenu des clauses statutaires conformément à leur volonté. Dès lors, ils sont admis à prévoir une clause d'inaliénabilité en lien avec la variabilité du capital ; ce qui aurait pour effet d'entraver le retrait volontaire d'associé. Pourtant, dans un arrêt du 26 septembre 2013, la Cour d'appel d'Amiens affirmait qu'« une clause d'inaliénabilité ne peut entraver le retrait de plein droit »[1103]. Pour cette juridiction, une clause d'inaliénabilité ne saurait entraver le retrait de plein droit d'un associé mis en liquidation judiciaire, puisqu'en l'espèce, il ne s'agissait pas d'une « cession de parts », mais d'un « remboursement de la valeur de ses droits sociaux » à l'associé ayant perdu sa qualité d'associé à la suite de sa mise en liquidation judiciaire[1104]. La portée de cet arrêt devrait être relativisée, dans la mesure où il s'agit d'un retrait involontaire de l'associé ; lequel retrait s'imposait à l'associé ayant perdu sa qualité à la suite d'une mise en liquidation judiciaire. De ce fait, rien ne devrait s'opposer à ce qu'une clause d'inaliénabilité soit stipulée dans les statuts d'une société à capital variable, dans la mesure où elle pourrait concerner les cessions et toutes les opérations de transmission

[1101] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2174, p. 441.
[1102] F. TERRE *et al., Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 10e éd., 2009, n° 24, p. 31.
[1103] CA Amiens, ch. éco., 26 septembre 2013, n° 12/05835 : JurisData n° 2013-025283, *Dr. Sociétés* 2014, Comm. 42, note R. MORTIER.
[1104] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 857, p. 520

d'actions ; il suffirait seulement, pour éviter toute ambiguïté, de préciser l'objet de la clause[1105] en prenant le soin d'y inclure le retrait d'associé. En conséquence, la clause d'inaliénabilité stipulée dans les statuts d'une société à capital variable pourrait utilement concerner la cession d'actions, toute opération de transmission d'actions et le retrait volontaire d'associé ; ce qui serait conforme à la liberté contractuelle prônée par les dispositions régissant la variabilité du capital.

2. La connaissance des termes de la clause d'inaliénabilité par les parties

552. L'efficacité de la clause d'inaliénabilité est tributaire de la connaissance et de l'appropriation des termes de ladite clause par les parties concernées. La détermination des parties concernées dépend de l'objet de la clause d'inaliénabilité. Dans une société à capital variable, l'objet de cette clause peut porter aussi bien sur la cession d'actions que sur le retrait volontaire d'associé. Même s'ils se manifestent par la sortie d'associé, les parties concernées par la cession d'actions et le retrait volontaire sont différentes, laquelle différence se répercute sur les modalités d'appropriation de la clause d'inaliénabilité. Quelles sont alors les modalités d'appropriation de la clause d'inaliénabilité dans une société à capital variable ?

553. Les modalités d'appropriation de la clause d'inaliénabilité diffèrent selon les parties concernées par la cession et le retrait volontaire d'associé. La cession, c'est-à-dire la vente, d'actions met en relation deux parties, à savoir le cédant qui est un associé et le cessionnaire qui est un tiers à la société, mais son opposabilité à la société résulte de la connaissance et de l'acception de l'opération par cette dernière ; elle est donc concernée par la cession d'actions. Quant au retrait volontaire, elle met en présence deux parties que sont d'une part, l'associé qui manifeste sa volonté de se retirer de la société et, d'autre part, la société qui verra son capital se réduire à la suite de ce retrait. Les modalités d'appropriation de la clause d'inaliénabilité dépendent également du support de ladite clause. En effet, celle-ci peut figurer dans un pacte d'associés ou dans les statuts, établissant ainsi la différence respectivement entre clause extrastatutaire et clause statutaire. Comme tel, en tant que clause extrastatutaire, elle n'aura de force obligatoire qu'à l'égard des parties qui ont conclu le pacte d'associés, c'est-à-dire la convention signée par les associés en vue d'organiser le pouvoir et les cessions de titres sociaux[1106]. De la sorte, le pacte comportant la clause d'inaliénabilité, présentant l'avantage de la confidentialité, « n'engage que les associés signataires, bien que certains tiers puissent

[1105] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2624, p. 745.
[1106] S. SCHILLER « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *op. cit.*, n° 17, p. 15.

l'invoquer à leur profit »[1107]. Ainsi, seuls les signataires du pacte sont engagés ; ce qui n'est pas toujours le cas des tiers, comme celui des futurs associés. Autrement dit, la rédaction des termes de la clause permettrait de clarifier la situation des futurs associés, dans la mesure où ils ne sont pas signataires du pacte et ne devraient donc pas se sentir engagés par la clause d'inaliénabilité figurant dans le pacte. En revanche, les clauses statutaires « engagent tous les associés présents et futurs, même s'ils ne les ont pas expressément acceptées »[1108]. Ce faisant, la clause statutaire d'inaliénabilité s'impose aux associés futurs, entrées postérieurement à la signature des statuts. Cependant, l'appropriation de la clause statutaire d'inaliénabilité comporte une particularité en raison de son effet, la privation d'un droit fondamental de l'associé, selon le moment de l'insertion de ladite clause. La signature des statuts par les associés au moment de la constitution de la société matérialise leur acceptation de toutes les clauses y figurant dont la clause d'inaliénabilité. Mais, son insertion dans les statuts en cours de vie sociale requiert l'unanimité des associés[1109]. En outre, contrairement au pacte d'associés qui sont confidentielles, les statuts sont publiés au registre du commerce, puisqu'ils constituent une pièce du dossier de demande d'immatriculation ; ce qui permet aux tiers d'en prendre connaissance. Cette publication ne confère pas une opposabilité systématique aux tiers ; elle renforce seulement leur opposabilité à l'égard des associés et dans une certaine mesure à l'égard des tiers[1110].

554. Dans les sociétés à capital variable, l'efficacité de la clause statutaire d'inaliénabilité ne souffre pas de difficulté particulière, dans la mesure où seul l'associé est concerné par cette clause en raison du lien avec l'exercice du droit de retrait. La connaissance de ladite clause résultera soit de la signature des statuts par les associés initiaux, soit de la prise de connaissance d'un exemplaire des statuts lors de l'admission au sein de la société pour les associés nouveaux ; ce d'autant plus qu'elle leur sera opposable même s'ils n'y ont pas consenti au moment de son insertion dans les statuts. Dès lors, au regard de sa force résultant de sa source, statutaire ou extrastatutaire, la clause d'inaliénabilité produit un effet directement sur les droits sociaux et indirectement sur les associés ; ceux-ci « ne pourront pas transférer les droits grevés d'inaliénabilité », les rendant ainsi insaisissables par les tiers à condition qu'ils aient été informés[1111]. Qu'en sera-t-il de la violation de la clause d'inaliénabilité ?

[1107] *Ibid.*
[1108] *Ibid.*, n° 14, p. 13.
[1109] Art. L. 227-19 C. com.
[1110] S. SCHILLER « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *op. cit.*, n° 15, p. 14.
[1111] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, n° 341, p. 296.

3. La sanction de la violation de la clause d'inaliénabilité

555. Le terme violation désigne, entre autres, la transgression ou la méconnaissance d'une règle ou d'une obligation. Or, la clause d'inaliénabilité traduit une obligation de ne pas faire à l'égard des associés. Cette obligation de ne pas faire « consiste en une abstention du débiteur »[1112], en l'occurrence ici l'associé. Par exemple, l'associé s'engage à ne pas transférer ses droits sociaux ou à ne pas se retirer de la société pendant un certain temps, c'est le sens de la clause d'inaliénabilité. Il s'agit alors d'une obligation de résultat, car elle « consiste dans l'interdiction d'un fait précis » : l'associé s'engageant à ne pas accomplir un acte déterminé, par exemple la cession de ses titres sociaux, le retrait de la société et, en conséquence, promet un résultat[1113]. De la sorte, la violation de la clause d'inaliénabilité se réalise lorsque le titulaire des droits sociaux accomplit sur ceux-ci un acte qui lui est interdit[1114]. Dans une telle circonstance, l'efficacité de cette clause est subordonnée non seulement au régime applicable en cas d'inexécution, mais aussi à l'opposabilité de la sanction aux tiers. La détermination de la sanction résulte du régime applicable en cas d'inexécution de la clause d'inaliénabilité ; lequel régime varie d'une part, en fonction du type de société et, d'autre part, en fonction du support statutaire ou extrastatutaire de la clause d'inaliénabilité[1115].

556. Que ce soit en droit français ou en droit OHADA, la clause d'inaliénabilité est expressément autorisée dans les sociétés par actions simplifiées, respectivement aux articles 853-17 de l'Acte uniforme et L. 227-13 du Code de commerce français. La situation est différente pour les sociétés anonymes. En outre, contrairement au droit français, le droit OHADA autorise expressément la clause d'inaliénabilité dans les sociétés anonymes, tel qu'il ressort de l'article 765-1 de l'Acte uniforme. Autrement dit, le Code de commerce français ne prévoit pas expressément de clause d'inaliénabilité portant sur les actions d'une société anonyme ; mais, « la Cour de cassation [française] n'a jamais condamné expressément les clauses d'inaliénabilité portant sur des actions »[1116]. Dans les types de sociétés où la clause d'inaliénabilité est expressément autorisée, la loi prévoit également la sanction en cas d'inexécution de ladite clause. En droit OHADA, conformément aux articles 853-19-1 et 765-2 alinéa 1 de l'Acte uniforme, relatifs respectivement à la société par actions simplifiée et à la société anonyme, la violation de la clause d'inaliénabilité est sanctionnée par la nullité. Il en est

[1112] F. TERRE *et al., Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 267, p. 283.
[1113] *Ibid.*, n° 588, p. 595.
[1114] R-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 124, p. 53.
[1115] S. SCHILLER, « La Cour de cassation a-t-elle révolutionné les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés ? », note sous Cass. civ. 1°, 31 octobre 2007, *Revue des sociétés* 2008, p. 321, n° 13, p. 6.
[1116] R-N. SCHÜTZ, *op. cit*., n° 95, p. 43.

de même en droit français où l'article L. 227-15 du Code de commerce consacre la nullité en tant que sanction de la violation de la clause d'inaliénabilité insérée dans les statuts d'une société par actions simplifiée.

La sanction de l'inexécution de la clause d'inaliénabilité dépend également de la nature du support de ladite clause, qui peut être statutaire ou extrastatutaire. Lorsque la clause d'inaliénabilité est insérée dans les statuts, la sanction de son inexécution est la nullité de la cession[1117]. En revanche, le pacte comportant la clause d'inaliénabilité, présentant l'avantage de la confidentialité, « n'engage que les associés signataires, bien que certains tiers puissent l'invoquer à leur profit » ; de la sorte, l'inexécution la clause extrastatutaire d'inaliénabilité devrait en principe être sanctionnée par des dommages et intérêts[1118], conformément au droit commun des obligations[1119]. Cette sanction purement pécuniaire paraît insuffisante et son efficacité semble limitée, dans la mesure où non seulement, elle ne remet pas en cause la cession, mais aussi elle est seulement limitée à la perception de dommages-intérêts par la victime de la violation de la clause d'exclusion ; d'où sa qualification de « tare congénitale des conventions extrastatutaires »[1120]. En raison de cette insuffisance, on devrait s'acheminer vers la nullité d'une cession d'actions réalisée en violation d'une clause extrastatutaire d'inaliénabilité. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation française par un arrêt rendu le 27 juin 2018. Selon cette juridiction, la révocation unilatérale d'une promesse de cession de droits sociaux et, par suite, leur cession litigieuse constituaient une violation du pacte d'associés entraînant la nullité de la cession en application des statuts de la société[1121]. Dès lors, la sanction de l'inexécution d'une clause extrastatutaire d'inaliénabilité est la nullité de la cession. Cette sanction est opposable à tous, dont le cessionnaire et ses ayants cause[1122]. Toutefois, le droit d'agir est réservé « non seulement à la société, mais aussi aux actionnaires eux-mêmes, directement perturbés par la transgression de la clause »[1123]. Mais, s'agissant du retrait d'associé, la clause d'inaliénabilité devrait empêcher l'exercice du droit de retrait de l'associé. De la sorte, l'organe social chargé de donner suite à la demande de retrait est fondé à la rejeter

[1117] C'est ce qui ressort expressément des articles L. 227-15 du Code de commerce, 853-19-1 et 765-2 al. 1 de l'Acte uniforme.
[1118] S. SCHILLER « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *op. cit.*, n° 17, p. 15.
[1119] L'article 1142 du Code civil burkinabè dispose que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur » ; la clause d'inaliénabilité consistant en une obligation de ne pas faire.
[1120] S. SCHILLER, « La Cour de cassation a-t-elle révolutionné les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés ? », *op. cit.*, n° 13, p. 6.
[1121] Cass. com., 27 juin 2018, n° 16-14097.
[1122] R.-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 96, p. 43
[1123] P. LE CANNU *et al.*, « Société par actions simplifiée » *Répertoire des sociétés*, Dalloz, octobre 2020, n° 203, p. 70.

au motif qu'elle n'est pas conforme aux clauses statutaires. La juridiction compétente saisie par l'associé contestant cette décision de l'organe social ne saurait méconnaître l'effet de la clause d'inaliénabilité consentie par l'associé au moment de son entrée dans la société. En conséquence, le rejet de la demande de retrait sera la sanction de la méconnaissance de la clause d'inaliénabilité ayant pour objet notamment le retrait d'associé.

Paragraphe 2. Les conditions de validité de la clause d'inaliénabilité

557. La mise en œuvre de la clause d'inaliénabilité a pour effet de déroger à la libre disposition des biens édictée par l'article 537 du Code civil[1124]. Elle est expressément autorisée par certaines dispositions légales, en l'occurrence les articles 765-1 et 853-17 de l'Acte uniforme et l'article L. 227-13 du Code de commerce français. En raison du caractère d'ordre public du droit de négociation, l'on ne saurait « admettre que l'actionnaire soit privé du droit de négocier son titre », exception faite d'une limite par analogie à l'image de ce qu'autorise l'article 900-1 du Code civil français exigeant une clause temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime[1125]. Il y a lieu de s'interroger sur les conditions de validité d'une telle clause dans le cadre de la variabilité du capital. Quelles sont alors les conditions de validité de la clause d'inaliénabilité dans les sociétés à capital variable ?

Deux conditions cumulatives dégagées par la jurisprudence française ont été consacrées par la loi dans les domaines d'applicabilité de la clause d'inaliénabilité ; laquelle doit être temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime[1126]. Pour ce faire, l'examen des conditions de validité de la clause d'inaliénabilité s'avère nécessaire ; d'où la nécessité d'appréhender le caractère temporaire de la clause d'inaliénabilité (A) et l'existence d'un intérêt sérieux et légitime (B).

A. Le caractère temporaire de la clause d'inaliénabilité

558. La clause d'inaliénabilité vise à limiter la sortie des associés, en l'occurrence la libre transmissibilité des actions. Appliquée à la société à capital variable, elle contribuerait à l'encadrement de l'exercice du droit de retrait. La consécration de cette clause par le législateur a pour objectif d'assurer la stabilité de l'actionnariat en permettant aux statuts de prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée déterminée n'excédant pas dix ans[1127]. Qu'est-ce qui justifie la limitation de la durée de l'inaliénabilité par le législateur ? A l'analyse, il apparaît

[1124] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, n° 341, p. 296
[1125] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2163, p. 430.
[1126] R-N. SCHÜTZ, *op. cit*., n° 99, p. 44.
[1127] P. LE CANNU *et al.,* « Société par actions simplifiée », *op. cit.*, n° 198, p. 68.

nécessaire de limiter l'atteinte au principe de libre négociabilité des titres (1), le caractère temporaire de l'inaliénabilité pouvant faire l'objet d'une appréciation particulière (2).

1. La nécessaire limitation de l'atteinte au principe de libre négociabilité des titres

559. Les articles 853-17 de l'Acte uniforme et L. 227-13 du Code de commerce français limitent la durée de l'interdiction affectant les actions des sociétés par actions simplifiées à une durée inférieure ou égale à dix ans. De même, l'article 765-1 de l'Acte uniforme fixe une même limite pour les actions des sociétés anonymes. Au sens de ces dispositions, l'interdiction de l'exercice du droit de retrait ou de la cession des actions ne saurait excéder dix ans. En revanche, en droit français, aucune disposition légale ne traite de la clause d'inaliénabilité dans les sociétés anonymes, encore moins sa durée. Mais, au regard de la durée maximale fixée pour les sociétés par actions simplifiées, une durée supérieure à celle-ci devrait être accordée aux sociétés anonymes ; en cas de contestation, il reviendra au juge, au vu des circonstances, d'apprécier si cette durée est conforme à la condition de validité fixée par la loi dans des conditions similaires[1128]. Dès lors, les clauses d'inaliénabilité fixant une interdiction d'une durée supérieure à dix ans ne sont pas valables et ne peuvent produire effet ; c'est ce qui ressort expressément des dispositions de l'article 765-1 de l'Acte uniforme relatives aux sociétés anonymes. En revanche, en ce qui concerne les sociétés par actions simplifiées, les articles 853-17 de l'Acte uniforme et L. 227-13 du Code de commerce français ne prévoient pas de sanction pour les clauses d'inaliénabilité fixant une durée supérieure à dix ans. Toutefois, une doctrine majoritaire considère que de telles clauses ne seraient pas nulles, mais réduites à leur juste proportion, dans la mesure où elles ne pourraient produire leurs effets au-delà des dix ans[1129].

600. En fixant une durée maximale de l'interdiction de la sortie de l'associé, le législateur attribue un caractère temporaire à l'inaliénabilité, interdisant de fait les clauses d'inaliénabilité perpétuelle. De fait, l'interdiction d'aliénation ne doit pas avoir un effet indéfini, mais elle doit empêcher le titulaire des titres sociaux d'en disposer durant la période fixée par la clause statutaire[1130]. Quel est alors le point de départ du délai d'inaliénabilité ?

Les différentes modalités d'entrée des associés dans une société permettent de dégager des points de départ différents selon les dates d'entrée ou d'acquisition des actions[1131]. Dès lors, la détermination du point de départ du délai d'inaliénabilité devrait tenir compte des périodes

[1128] R-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 103, p. 46.
[1129] P. LE CANNU *et al.*, « Société par actions simplifiée », *op. cit.*, n° 202, p. 69.
[1130] R-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 100, p. 45.
[1131] Paul LE CANNU *et al.*, « Société par actions simplifiée », *op. cit.*, n° 202, p. 70.

suivantes : la date d'entrée en vigueur des statuts de la société, la date d'admission des associés et la date d'acquisition des titres sociaux. La date d'entrée en vigueur des statuts de la société concerne les associés initiaux, c'est-à-dire les associés signataires des statuts au moment de la constitution de la société. A leur égard, le délai d'inaliénabilité court à compter de la date d'entrée en vigueur des statuts. La date d'admission concerne les associés ayant intégré la société en cours de vie sociale. La date d'acquisition des titres supplémentaires concerne les associés qui ont procédé à des versements successifs, c'est-à-dire qui ont acquis des titres supplémentaires après leur entrée dans la société. Sur ce dernier point, il conviendrait de faire une distinction entre les titres acquis au moment de la constitution de la société ou de l'entrée de l'associé dans la société et les titres supplémentaires acquis par un même associé. Dans le premier cas, le point de départ du délai d'inaliénabilité sera la date d'entrée en vigueur ou la date d'admission dans la société selon les cas. Dans le second cas, le point départ sera la date d'acquisition des titres supplémentaires. De ce fait, il est possible de considérer plusieurs points de départ du délai d'inaliénabilité concernant un seul associé, dans la mesure où l'inaliénabilité affecte les titres sociaux et non la personne de l'associé lui-même. En tout état de cause, il revient aux statuts de fixer expressément le point de départ du délai d'inaliénabilité, de même que la durée d'inaliénabilité pour chaque catégorie d'actions[1132] ; ce qui aura l'avantage d'éviter un éventuel contentieux résultant de l'application de la clause d'inaliénabilité et à l'occasion duquel le juge appréciera le caractère temporaire de celle-ci.

2. L'appréciation du caractère temporaire de l'inaliénabilité

601. L'interdiction d'exercer un droit de retrait vise à permettre à la société de stabiliser ou de renforcer son actionnariat et, en conséquence, sa situation financière ; ce qui lui permettra de financer son exploitation et son développement. La durée de cette interdiction ne doit pas être longue pour ne pas enlever le sens de la variabilité du capital social. Il suffira qu'elle soit prévue et acceptée par les associés, soit lors de la constitution de la société, soit en cours de vie sociale. Dans ce cas, elle doit être acceptée à l'unanimité parce qu'elle vient restreindre un droit fondamental de l'associé.

602. Les articles 765-1 et 853-17 de l'Acte uniforme et l'article L. 227-13 du Code de commerce français introduisent une atteinte au principe de libre négociabilité des actions en autorisant l'insertion dans les statuts d'une clause prévoyant l'inaliénabilité pour une durée n'excédant pas dix ans ; l'objectif étant « d'assurer la stabilité de l'actionnariat »[1133]. Cette

[1132] *Ibid*.
[1133] *Ibid.*, n° 198, p. 68.

stabilité recherchée vise à permettre à la société de disposer des capitaux nécessaires pour le financement de ses projets. Il s'agit également d'empêcher la fragilisation de la situation de la société en limitant la sortie des associés pendant une période déterminée, laquelle ne saurait excéder dix ans. Il s'agit, au moyen de la fixation de cette durée maximale, de ne pas restreindre indéfiniment la volonté de l'associé de se retirer de la société[1134]. Quels sont alors les éléments d'appréciation du caractère temporaire de l'inaliénabilité ?

603. Les éléments d'appréciation du caractère temporaire de l'inaliénabilité peuvent porter aussi bien sur l'étendue de l'inaliénabilité, que sur la nature de l'intérêt justifiant cette inaliénabilité. De manière générale, la clause d'inaliénabilité interdit la cession des titres sociaux sur lesquels elle porte[1135], sans en entraver la libre négociabilité dont ils bénéficient[1136]. Elle vise alors à limiter la sortie des associés ; le retrait d'associé constituant une modalité de sortie dans une société. De la sorte, la clause d'inaliénabilité stipulée dans les statuts d'une société à capital variable pourrait utilement concerner la cession d'actions, toute opération de transmission d'actions et le retrait volontaire d'associé ; ce qui serait conforme à la liberté contractuelle prônée par les dispositions régissant la variabilité du capital. Cette clause ne vise pas à entraver indéfiniment l'exercice du droit de retrait d'un associé, mais à favoriser la stabilité du capital de la société en limitant la sortie de l'associé pendant un délai déterminé. L'atteinte de cet objectif est donc tributaire de l'étendue et de la portée de l'inaliénabilité. Pour ce faire, la stabilisation de la structure financière de la société nécessite la limitation momentanée de l'exercice du droit de retrait ; lequel ne pourra pas intervenir à toute époque de la vie sociale afin de ne pas freiner les ambitions économiques et financières de la société. De ce fait, la société aurait intérêt à insérer dans la clause d'inaliénabilité stipulée dans les statuts la cession d'actions, toute opération de transmission d'actions et le retrait volontaire d'associé ; ce qui serait conforme à la liberté contractuelle prônée par les dispositions régissant la variabilité du capital.

604. De même, « la nature de l'intérêt influence l'appréciation de la durée de la clause – comme à l'inverse une clause de durée excessive peut faire douter du sérieux ou de la légitimité de l'intérêt »[1137]. De la sorte, à l'évidence, il n'y a pas un critère objectif d'appréciation du caractère temporaire de l'interdiction consacrée par la clause d'inaliénabilité. Dans ce sens, cette nécessité d'assurer la stabilité des capitaux propres de la société pourrait conduire les

[1134] *Ibid.*, n° 201, p. 69.
[1135] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2174, p. 443.
[1136] Art. 764 AUDSC et art. L. 228-10 al. 1 C. com.
[1137] R-N. SCHÜTZ, *op. cit*., n° 102, p. 45.

parties à insérer une clause d'inaliénabilité en lien avec une clause de variabilité du capital, encadrant particulièrement le retrait d'associé qui s'en trouvera limité pendant une période déterminée. Cependant, le caractère temporaire de l'inaliénabilité doit être fondé sur un intérêt légitime et sérieux.

B. L'existence d'un intérêt sérieux et légitime

605. L'exercice du droit de retrait aboutit à la résiliation unilatérale du contrat de société à l'égard de l'associé concerné et est susceptible de bouleverser la structure financière de la société, c'est-à-dire le capital social, les capitaux, puisqu'il enduit le remboursement des droits sociaux, c'est-à-dire la reprise des apports. L'encadrement statutaire de l'exercice du droit de retrait peut résulter d'une clause d'inaliénabilité ; celle-ci prévoyant une inaliénabilité des titres sociaux pendant une durée ne pouvant excéder dix ans, son objectif étant d'assurer la stabilité de l'actionnariat[1138]. Dans ce sens, « aucun motif légitime n'est nécessaire pour justifier la clause […]. Le fait d'être en société […] est en soi une justification légale suffisante »[1139]. Cependant, il est exigé généralement l'existence d'un intérêt sérieux et légitime à l'égard des clauses d'inaliénabilité affectant des actes à titre onéreux ; la vérification de cette condition relevant du pouvoir souverain des juges du fond[1140]. Il apparaît donc « important de rappeler dans l'acte le contexte et l'intérêt qui s'attache à l'interdiction d'aliéner et de lui fixer un terme »[1141] pour permettre aux juges du fond de trancher souverainement. Or, l'appréciation de l'intérêt sérieux et légitime d'une clause d'inaliénabilité de titres sociaux est tributaire d'une part, de la nature de l'intérêt protégé (1) et, d'autre part, de la preuve de l'intérêt protégé (2).

1. La nature de l'intérêt protégé

606. L'article 544 du Code civil affirme que la propriété « est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue », de sorte que l'inaliénabilité n'est admise que dans des cas exceptionnels[1142]. En raison de son caractère exceptionnel, l'inaliénabilité doit être justifiée par un intérêt particulier, tel que la préservation de l'intérêt de l'entreprise. A cet effet, l'inaliénabilité aura pour effet d'affecter durablement à la société « les biens ou les moyens nécessaires à son développement à long terme »[1143] ; ce qui pourrait aboutir à l'immobilisation soit des biens de l'entrepreneur dans son patrimoine, soit des titres sociaux dans le patrimoine

[1138] P. LE CANNU *et al.*, « Société par actions simplifiée », *op. cit.*, n° 198, p. 68.
[1139] *Ibid.*, n° 199, p. 68.
[1140] R-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 105, p. 47.
[1141] F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J-C. RODA, *op. cit.* n°955, p. 446.
[1142] R-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 5, p. 6.
[1143] Y. GUYON, « L'inaliénabilité en droit commercial », *in Etudes à la mémoire de Sayag*, Litec, 1997, n° 5, cité par R-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 79, p. 36.

de leurs titulaires[1144]. Mais, quelle pourrait être la nature de l'intérêt susceptible de justifier l'inaliénabilité des titres sociaux ? Le fonctionnement des sociétés affecte indifféremment plusieurs intérêts, dont l'intérêt social, l'intérêt de chaque associé, l'intérêt commun des associés et l'intérêt de tiers à la société[1145].

607. De prime abord, l'intérêt à protéger par l'inaliénabilité des titres sociaux pourrait être l'intérêt social. Ni le législateur OHADA, ni le législateur français ne donnent une définition de l'intérêt social. En revanche, contrairement au législateur OHADA, le législateur français a contextualisé la notion de l'intérêt social. Cette contextualisation résulte de la loi PACTE[1146] qui a apporté des modifications au droit des sociétés, notamment des dispositions du Code civil et du Code de commerce. A titre illustratif, l'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil affirme que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Quant à l'alinéa 1 de l'article L. 225-35 du Code de commerce, il prévoit que « le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en considérant les enjeux sociaux, environnementaux, culturels et sportifs de son activité… ».

En l'absence d'une définition légale de l'intérêt social, leurs auteurs sont partagés entre une conception stricte et une conception large de la notion d'intérêt social[1147]. Au sens strict, l'intérêt social désigne l'intérêt propre de la société, laquelle « est constituée dans l'intérêt des associés qui attendent une création de richesse et, tout particulièrement dans les sociétés par actions, une optimisation de la valeur de leurs titres »[1148]. Plus spécifiquement, il coïncide avec « l'objectif poursuivi par la société [qui est le plus souvent] la réalisation des profits les plus importants »[1149]. Au sens large, « l'intérêt social est l'intérêt de l'entreprise » ; lequel intègre aussi bien l'intérêt des associés, que celui des tiers comme les créanciers, les clients et l'Etat[1150]. En dehors de cette conception doctrinale de l'intérêt social, la jurisprudence française consacre une conception institutionnelle. Selon cette conception, « l'intérêt social ne se confond pas avec celui des associés : il est l'intérêt de la personne morale prise en tant qu'entité autonome »[1151]. Au regard des différentes conceptions de l'intérêt social, il apparaît nécessaire d'assurer la

[1144] R-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 79, p. 36.
[1145] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, n° 265, p. 226.
[1146] La loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, dite loi PACTE, comporte 221 articles apportant de nombreuses modifications du droit français des sociétés.
[1147] Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 70, p. 92.
[1148] Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 70, p. 93.
[1149] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, n° 265, p. 226.
[1150] Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 70, p. 92.
[1151] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 321, p. 117.

pérennité de la société, en raison de son impact sur les parties concernées que sont les associés et les tiers. De la sorte, la clause d'inaliénabilité affectant les actions doit être conforme à l'intérêt social pour pouvoir produire effet[1152].

608. En plus de l'intérêt social, le fonctionnement des sociétés affecte l'intérêt des associés, individuellement ou collectivement. Au sens de l'alinéa 1 de l'article 1833 du Code civil, c'est l'intérêt qui a prévalu à la constitution de la société ; ce qui implique une égalité de participation des associés à l'enrichissement de la société, proportionnellement aux droits sociaux détenus par chaque associé[1153]. Dès lors, l'intérêt de chaque associé dans une société se déduit généralement en fonction de son statut de majoritaire ou de minoritaire ; ce qui traduit une variété d'intérêt d'un associé à un autre[1154]. Mais, l'intérêt partagé par tous les associés constitue l'intérêt commun, lequel « correspond à la part d'objectif que tous les associés ont en commun, à leur commun dénominateur. Plus insaisissable, cet intérêt comprend habituellement la volonté des associés d'assurer la pérennité de la société »[1155]. Dès lors, il apparaît logique que la pérennité de la société constitue l'intérêt à protéger par une clause d'inaliénabilité affectant le retrait d'associé.

609. L'intérêt de certains tiers, affecté par le fonctionnement de la société, gagnerait également à être protégé par une clause d'inaliénabilité. Ces tiers concernés regroupent notamment les créanciers. En effet, l'encadrement du droit de retrait au moyen d'une clause d'inaliénabilité limitée dans le temps participerait à la préservation et à la protection des créanciers, le risque constitué par le retrait étant atténué[1156]. Au-delà des créanciers, l'insertion d'une clause d'inaliénabilité en lien avec la variabilité du capital serait justifiée par l'intérêt général[1157], dans la mesure où plusieurs acteurs, internes et externes à la société sont susceptibles d'être concernés directement ou indirectement par le fonctionnement de la société qui peut être impacté par la réduction du capital provoquée par le retrait d'un associé.

Au regard des différents intérêts concernés, il convient d'accorder un intérêt particulier à la préservation de la pérennité de la société qui en profitera à tous les acteurs concernés ; laquelle préservation nécessite l'insertion d'une clause d'inaliénabilité pour contribuer à l'encadrement de l'exercice du droit de retrait. Un tel encadrement serait indispensable pour assurer la

[1152] R-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 106, p. 47.
[1153] Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 70, p. 96.
[1154] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, n° 265, p. 226.
[1155] *Ibid*.
[1156] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 18.
[1157] S. SCHILLER, « La Cour de cassation a-t-elle révolutionné les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés ? », *op. cit.*, n° 1, p. 3.

pérennité de la société, puisque la sortie d'un ou de plusieurs investisseurs du capital à leur convenance « pourrait considérablement fragiliser la structure sociale dans son ensemble »[1158] ; cette fragilisation étant induite par la réduction du capital privant ainsi à court terme la société de fonds nécessaires pour faire face à ses besoins. En ce sens, la pérennité de la société constituerait un intérêt légitime et sérieux à protéger, car il serait tributaire de la stabilité du capital et, en conséquence, d'une inaliénabilité temporaire des titres sociaux.

2. L'établissement de la preuve de l'intérêt protégé

610. La négociabilité des clauses d'un contrat constitue un enjeu majeur pour les parties, puisqu'elle « détermine l'applicabilité des dispositifs légaux de lutte contre les clauses abusives, que ce soit l'article 1171 du Code civil, applicable aux seuls contrats d'adhésion, ou l'article L. 442-1 du Code de commerce »[1159]. La preuve de l'intérêt à protéger résulterait de « la démonstration d'une soumission ou d'une tentative de soumission de la part d'un contractant, déduite en pratique de l'absence de négociation effective des termes du contrat »[1160]. Dans une espèce qui lui a été soumise, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a, le du 20 novembre 2019, affirmé qu'il revient au demandeur « d'apporter la preuve de l'absence de négociation « effective » d'une clause ou d'un ensemble de clauses »[1161]. Ainsi, en droit commun, au sens de l'article 1110 du Code civil français, l'existence d'un contrat d'adhésion doit être établie par le demandeur, lequel est tenu de faire la preuve de l'absence de négociabilité des clauses litigieuses ; le co-contractant n'aura qu'à « démontrer que l'insertion d'autres clauses a permis le rééquilibrage du contrat au regard de son économie générale »[1162]. Autrement dit, en droit commun, c'est au demandeur, en l'occurrence l'associé, qui conteste la validité d'une clause d'inaliénabilité qu'il revient de démontrer l'insuffisance des conditions exigées, à savoir la durée de l'inaliénabilité et l'intérêt sérieux et légitime. En revanche, en droit des sociétés, la charge de la preuve d'un intérêt sérieux et légitime est inversée. C'est ce qui ressort d'un arrêt de principe rendu le 15 juin 1994 par la première chambre civile de la Cour de cassation française. Selon cet arrêt de principe, « la clause d'inaliénabilité dérog[eant] au principe de la libre disposition des biens […], il appartient à celui qui se prévaut d'une telle clause de justifier de l'intérêt sérieux et légitime qu'il

[1158] A. PLENT, *op. cit.*, n° 211, p. 107.
[1159] H. BARBIER, « Le point sur la charge et les modes de preuve de l'absence de négociabilité des clauses d'un contrat », note sous Com. 20 novembre 2019, n° 18-12.823), *RTD Civ*. 2020, p. 109, p. 1.
[1160] *Ibid.*
[1161] H. BARBIER, *op. cit.*, p. 2.
[1162] *Ibid.*

allègue »[1163]. En d'autres termes, il revient à la société qui tient à l'application de la clause d'inaliénabilité de justifier de l'intérêt sérieux et légitime de l'inaliénabilité, c'est-à-dire d'établir la preuve de l'intérêt à protéger. A quel moment doit-on se placer pour apprécier l'existence d'un intérêt sérieux et légitime de l'inaliénabilité de titres sociaux dans le cadre de l'encadrement de l'exercice du droit de retrait ?

611. L'article 1832 du Code civil et l'alinéa 1 de l'article 4 de l'Acte uniforme définissent la société comme un groupement de deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter des biens ou des services à une activité en vue de partager le bénéfice distribuable ou de profiter de l'économie qui en résultera. Au sens de ces dispositions, la société résulte d'un contrat conclu par les associés. Dès lors, l'existence d'un intérêt sérieux et légitime de l'inaliénabilité de titres sociaux pourrait s'apprécier soit au moment de la constitution de la société, c'est-à-dire au moment de la formation du contrat de société, soit au moment de l'entrée de l'associé dans la société.

612. « L'existence d'un intérêt sérieux et légitime doit s'apprécier au moment de la formation de l'acte. Sa disparition ultérieure ne saurait entraîner la nullité de la clause d'inaliénabilité »[1164]. En effet, au moment de la constitution de la société, c'est-à-dire au moment de la formation du contrat de société, les associés ont la possibilité de négocier librement les termes de chaque clause statutaire, dont la clause d'inaliénabilité, et d'en apprécier la portée avant d'apposer leur signature qui matérialisera leur consentement ; ce qui leur conférera la qualité d'associé. C'est également à ce moment que la structure financière de la société est déterminée et ce, avant l'étape de la signature des statuts. C'est donc à ce moment qu'il faut se placer pour apprécier l'existence d'un intérêt sérieux et légitime de l'inaliénabilité. Or, un tel intérêt s'apprécie généralement par la portée de l'inaliénabilité des titres sociaux déterminée par les statuts ; cette inaliénabilité interdit toute sortie d'associé pendant une durée déterminée. En cas de litige, « il appartient aux juges du fond de rechercher dans les circonstances de la cause et l'intention des parties quels sont les actes interdits »[1165]. En conséquence, c'est au jour de la formation du contrat de société qu'il faut se placer pour apprécier l'existence d'un intérêt sérieux et légitime à l'égard de tous les associés présents au moment de la constitution de la société, de même que les associés ultérieurs.

[1163] R-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 108, p. 48.
[1164] *Ibid.*, n° 109, p. 48.
[1165] R-N. SCHÜTZ, *op. cit.*, n° 119, p. 51.

Les associés ultérieurs sont ceux qui intègrent une société en cours de vie sociale. Ils se comportent comme dans un contrat d'adhésion, dans la mesure où ils n'auront pas la possibilité de discuter des termes de chaque clause statutaire. Dans ce cas, ils n'auront donc pas la possibilité de négocier les termes de la clause l'inaliénabilité. En vertu de la liberté contractuelle, ils ont le choix entre adhérer ou ne pas adhérer aux statuts sans aucun moyen de négociation, les statuts ayant déjà été signés ; à moins que la négociation aboutisse à la modification des statuts par une assemblée générale extraordinaire convoquée à cet effet. Dans cette hypothèse, c'est à ce moment, c'est-à-dire au jour de la modification des statuts, qu'il faut se placer pour apprécier l'existence d'un intérêt sérieux et légitime.

Section 2. Les mécanismes de protection de la société en lien avec la qualité d'associé

613. La qualité d'associé s'acquiert par la souscription de titres sociaux émis par la société. Par cette souscription, le souscripteur s'engage à mettre à la disposition de la société l'apport promis. C'est donc en contrepartie de l'apport que l'apporteur reçoit de la société des droits sociaux qui lui confèreront la qualité d'associé[1166]. L'acquisition de cette qualité résulte d'une initiative volontaire de l'associé. De la sorte, en faisant référence au principe du parallélisme des formes, la perte de la qualité d'associé peut également résulter d'une initiative volontaire dudit associé soit par la cession de ses titres, soit par l'exercice du droit de retrait. La cession désigne l'acte par lequel un associé transfère la propriété de ses titres sociaux à une personne faisant d'elle un nouvel associé de la société. Elle n'entraîne pas la réduction du capital et ne peut donc pas être mise en œuvre par le mécanisme de la variabilité du capital. Quant au retrait, il désigne la faculté reconnue à un associé de quitter une société[1167]. Il traduit, en effet, sa volonté de se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable. Il entraîne la perte de la qualité d'associé en cas de reprise totale des apports[1168] ; laquelle reprise conduit au remboursement des droits sociaux, donc à la réduction du capital social. Il serait alors la manifestation de la volonté d'investisseurs souhaitant récupérer leurs investissements.

614. L'exercice volontaire du droit de retrait par un ou plusieurs associés pourrait contrarier les perspectives et les ambitions financières de la société ; toute chose étant susceptible de mettre en péril le devenir de la société. Il s'avère dès lors nécessaire pour la société de préserver ses intérêts en cas d'exercice par un associé de son droit de retrait. Pour ce faire, quels sont les moyens qui permettent à la société à capital variable de préserver ses intérêts face à la mobilité

[1166] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 216, p. 145.
[1167] S. SCHILLER, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *op. cit.*, n° 141, p. 4.
[1168] La reprise partielle des apports n'entraîne pas la sortie de l'associé, mais seulement la réduction du capital social.

des associés ? La réponse à cette interrogation exige l'examen d'une part, de la protection de la société contre les risques liés à la mobilité de l'actionnariat (**Paragraphe 1**) et, d'autre part, de la persistance du lien contractuel entre l'ancien associé et la société à capital variable (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La protection de la société contre les risques liés à la mobilité de l'actionnariat

615. La société à capital variable a pour principale caractéristique un capital social mouvant et non figé[1169]. Cette modalité de fonctionnement vise à faciliter la circulation des capitaux par la mobilité des associés. Celle-ci se réalise notamment par l'exercice du droit de retrait par les associés, constituant ainsi une alternative à la cession des titres sociaux[1170]. Elle présente alors un intérêt pour les sociétés ayant vocation à attirer des investisseurs professionnels ou non. Ceux-ci seraient intéressés par la facilité qu'offre le mécanisme de la variabilité du capital pour l'entrée et la sortie du capital de la société. En effet, le mécanisme de la variabilité du capital consacre deux autres modalités de sortie d'associé, à savoir le retrait et l'exclusion d'associé.

616. Contrairement à l'exclusion qui est une décision émanant de la société, le retrait est la manifestation de la volonté d'un associé de quitter la société de sa propre initiative à toute époque de la vie sociale. La sortie d'un ou de plusieurs investisseurs du capital d'une société à leur convenance « pourrait considérablement fragiliser la structure sociale dans son ensemble », dans la mesure où elle entraînerait une réduction du capital privant ainsi à court terme la société de fonds nécessaires pour faire face à ses besoins[1171]. Il est donc nécessaire de déterminer les mesures permettant à la société de faire face aux risques liés à la mobilité de l'actionnariat. Pour ce faire, quelles mesures la société dispose-t-elle pour sauvegarder ses intérêts dans le cadre de la mobilité de l'actionnariat ? Il convient dès lors d'envisager les modalités de protection de la société contre les risques liés d'une part, à l'entrée de tiers dans la société (A) et, d'autre part, à la sortie de l'associé (B).

A. La protection de la société contre les risques liés à l'entrée de tiers dans la société

617. A la lumière des dispositions des articles 269-1 de l'Acte uniforme et L. 231-1 du Code de commerce français, le capital des sociétés à capital variable est susceptible d'augmentation par des versements successifs réalisés par des associés ou l'admission d'associés nouveaux. Cependant, les dispositions fixant le régime juridique n'ont pas précisé les modalités de ces

[1169] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 4.
[1170] P. LE CANNU, « SARL à capital variable et libération des apports », *op. cit.*, p. 3.
[1171] A. PLENT, *op. cit.*, n° 211, p. 107.

types d'augmentation de capital. Conformément à la liberté contractuelle conférée particulièrement dans le cadre de la variabilité du capital, tel qu'il ressort expressément de l'article 269-2-1 de l'Acte uniforme, il revient aux associés de préciser ces modalités dans les statuts.

618. Les associés étant déjà membres de la société, les versements successifs qu'ils réaliseront posent moins de difficultés que l'admission d'associés nouveaux. Ceux-ci doivent, avant d'être accepté au sein de l'actionnariat de la société, être considérés comme des tiers à la société. Il est donc nécessaire d'appréhender les particularités des modalités d'augmentation de capital par des tiers à la société. Dès lors, quelles sont les modalités d'augmentation de capital par des tiers à la société dans une société à capital variable ? L'entrée de tiers en qualité d'associé dans une société à capital variable se traduira par une augmentation de capital. Pour ce faire, il convient d'une part, de fixer les modalités d'admission d'associés nouveaux (1) et, d'autre part, de déterminer l'organe social compétent pour la mise en œuvre desdites modalités (2).

1. La fixation des modalités d'admission d'associés nouveaux

619. En droit commun des sociétés, l'augmentation du capital des sociétés procède soit de l'émission d'actions nouvelles, actions ordinaires ou d'actions de préférence, soit de la majoration du montant nominal des actions existantes[1172]. Mais dans le cadre de la variabilité du capital social, seule l'émission d'actions ordinaires et d'actions de préférence peut être envisagée, l'augmentation de capital par majoration du montant nominal des actions existantes nécessitant la modification des statuts et, en conséquence, la tenue d'une assemblée générale extraordinaire pour requérir le consentement des actionnaires. Ces actions nouvelles peuvent être des actions de numéraire ou des actions d'apport.

620. L'augmentation du capital en nature constitue un instrument de financement pour la société, dans la mesure où elle permettra à la société d'acquérir des droits sur le ou les biens objet de l'apport en nature[1173]. Cependant, ce type d'apport pose généralement une difficulté liée à leur nature : il s'agit de leur évaluation ; laquelle est assurée en droit OHADA par les associés, sous le contrôle d'un commissaire aux apports[1174]. L'intervention de ce dernier est obligatoire dans les sociétés anonymes ordinaires, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés coopératives, peu importe la valeur du bien apporté. En droit français, l'article L. 225-147 du Code de commerce oblige les sociétés par actions à désigner un ou plusieurs

[1172] Art. 562 al. 1 AUDSC.
[1173] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 147, p. 123.
[1174] Voir art. 49 et 400 al. 2 AUDSC et art. 41 et 279 AUDSCOOP.

commissaires aux apports dans le cadre de tout projet d'augmentation de capital par apports en nature. L'intervention des associés et du commissaire aux apports dans la procédure d'évaluation des apports en nature contrarierait la célérité prônée par les dispositions de l'article 269-1 de l'Acte uniforme et de l'article L. 231-1 du Code de commerce français. Cette modalité d'augmentation du capital apparait en effet lourde et onéreuse. En d'autres termes, les augmentations de capital par apports en nature dans les sociétés à capital variable requièrent les mêmes formalités que celles applicables dans les sociétés à capital fixe[1175] ; d'où un intérêt particulier à accorder aux apports en numéraire par l'émission d'actions de numéraire.

L'émission d'actions de numéraire devrait plus retenir l'attention de la société, parce qu'elle lui permettrait de bénéficier de fonds propres supplémentaires pour réaliser les investissements nécessaires pour redynamiser ses activités[1176]. Or, la société à capital variable est caractérisée par la récurrence des augmentations de capital ; ce qui signifie qu'elle peut recevoir permanemment des souscriptions d'actions, non seulement pour les versements successifs d'associés, mais aussi pour l'admission d'associés nouveaux dans la société à capital variable.

621. Les dispositions relatives à la variabilité du capital ne déterminent pas spécifiquement les modalités d'admission des associés nouveaux dans les sociétés à capital variable. Le législateur a préféré faire prévaloir la liberté contractuelle des associés pour la détermination desdites modalités ; la variabilité du capital résultant seulement de l'insertion d'une clause y relative dans les statuts. C'est ce qui ressort expressément de l'analyse des termes de l'alinéa 1 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français. Qui plus est, comparativement au Code de commerce français, l'Acte uniforme de l'OHADA renforce davantage cette analyse avec plus de clarté lorsqu'il prévoit à l'article 269-2-1 l'organisation des modalités de souscription et de libération des apports par les statuts. Ainsi, il revient aux statuts de fixer les modalités d'admission des associés nouveaux dans les sociétés à capital variable. Quelles peuvent être alors les modalités d'entrée d'associés nouveaux dans le cadre de la variabilité du capital ?

622. L'admission d'associés nouveaux dans les sociétés se traduit par une augmentation de capital. Dans les sociétés anonymes à capital fixe, les modalités d'augmentation du capital par apports en numéraire « sont presque identiques à celles déjà décrites lors de la constitution de la société »[1177]. Lors de la constitution de ces sociétés, la souscription d'actions est constatée

[1175] A. PLENT, *op. cit.*, n° 109, p. 55.
[1176] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 1073, p. 486.
[1177] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 1076, p. 488.

par un bulletin de souscription établi par les fondateurs ou l'un d'entre eux, daté et signé par le souscripteur[1178]. De même, en droit commun des sociétés, l'initiative de l'augmentation du capital revient à l'assemblée générale extraordinaire[1179]. Cependant, dans le cadre de la variabilité du capital, cette initiative revient au tiers qui manifeste l'intention d'intégrer l'actionnariat de la société. Or, la matérialisation de son admission dans la société dépend du respect des modalités édictées par les statuts de la société. Ces modalités peuvent comporter notamment la soumission d'une demande d'admission, l'indication de l'organe social destinataire de la demande d'admission, la signature d'un bulletin de souscription, la libération totale ou partielle des apports, l'indication de la banque ou du notaire chargé de recevoir les fonds, la délivrance de la déclaration notariée de souscription et de versement[1180].

623. L'admission étant à l'initiative du tiers, celui-ci est tenu de manifester sa volonté d'intégrer l'actionnariat de la société, par une requête adressée à l'organe déterminé par les statuts ; lequel organe lui communiquera les formalités administratives à satisfaire. Il s'agit en premier lieu de la signature d'un bulletin de souscription en deux exemplaires, l'un pour la société et l'autre pour le notaire chargé de dresser la déclaration notariée de souscription et de versement ; le souscripteur devant recevoir une copie simple dudit bulletin[1181]. En deuxième lieu, les statuts devraient préciser les modalités de libération des actions souscrites en numéraire, avec indication du délai maximum pour la libération du surplus en cas d'autorisation de libération partielle, laquelle ne saurait excéder le délai de trois ans à compter du jour de la réalisation de l'augmentation du capital[1182]. Or, celle-ci est réputée réalisée à compter du jour de l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement[1183]. Cette déclaration vise à constater les souscriptions et les versements ; elle est dressée par le notaire sur présentation du bulletin de souscription et du certificat attestant le dépôt des fonds[1184]. L'information sur ces modalités doit être fournie au futur associé à la suite de sa demande d'admission par l'organe désigné dans les statuts. Il doit en être de même pour les versements supplémentaires réalisés par les associés.

[1178] Art. 390 AUDSC.
[1179] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 147, p. 124.
[1180] Il s'est agi ici de s'inspirer notamment des éléments figurant à l'article 598 de l'AUDSC, relatif à la publicité préalable à la souscription, pour fixer les modalités d'admission des associés dans le cadre de la variabilité du capital.
[1181] Voir art. 601 et 602 AUDSC.
[1182] Voir art. 605 AUDSC.
[1183] Art. 571 al. 2 AUDSC.
[1184] Art. 612 et 613 AUDSC.

2. La détermination de l'organe social chargé de la mise en œuvre des modalités d'admission d'associés nouveaux

624. Conformément aux articles 269-1 alinéa 1 de l'Acte uniforme, L. 231-1 alinéa 1 du Code de commerce et 269-2-1 de l'Acte uniforme, les statuts des sociétés à capital variable peuvent déterminer les modalités de souscription des titres sociaux, caractérisant ainsi le choix par le législateur de l'approche contractuelle de la société. Il revient dès lors aux statuts de déterminer l'organe social chargé de la mise en œuvre des modalités de souscription des titres sociaux et de constater l'augmentation subséquente du capital. Quelle peut être la nature de cet organe ?

Le droit commun des sociétés commerciales donne des indications sur l'organe social devant décider, contrôler ou réaliser l'augmentation du capital. En effet, l'alinéa 1 de l'article 567-1 de l'Acte uniforme permet à l'assemblée générale de déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon les cas, la compétence pour décider de l'augmentation du capital. L'alinéa 2 du même article accorde le pouvoir à ces organes pour fixer les modalités d'émission, constater la réalisation des augmentations de capital et procéder à la modification des statuts. Cependant, l'article 569 de l'Acte uniforme répute non écrite toute clause contraire conférant le pouvoir de l'augmentation de capital au conseil d'administration ou à l'administrateur général. Mais, s'agissant d'une société à capital variable, à la lumière de l'article 269-2-1 de l'Acte uniforme, les statuts peuvent conférer à ces organes le pouvoir de recevoir les manifestations d'intérêt, de faire signer les bulletins de souscription et de constater les augmentations de capital. Ainsi, en se fondant sur les dispositions de droit commun, on pourrait s'en tenir au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon les cas, pour la mise en œuvre des modalités de souscription des titres sociaux. L'analyse des attributions légales de ces organes permettrait de s'assurer de leur aptitude à prendre en charge un tel pouvoir.

625. L'administrateur général est un dirigeant social qui assume à la fois l'administration et la direction générale de la société anonyme dont le nombre d'actionnaires est inférieur ou égal à trois et ayant décidé de ne pas constituer un conseil d'administration[1185]. Or, dans le cadre de la variabilité du capital, la société anonyme a vocation à recevoir autant d'actionnaires que possible, de tel sorte qu'elle sera obligée à terme de constituer un conseil d'administration, consacrant en conséquence la disparition de cette fonction. Dès lors, il ne serait pas indiqué de désigner l'administrateur général en tant qu'organe chargé de la mise en œuvre des modalités de souscription des titres sociaux. Quant au conseil d'administration, c'est un organe délibérant

[1185] Art. 494 et 498 AUDSC.

qui a essentiellement pour attributions de déterminer les orientations de l'activité de la société et de veiller à leur mise en œuvre, de procéder aux contrôles et vérifications nécessaires[1186]. Il se réunit régulièrement sur convocation de son président[1187] et ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres est présente[1188]. Les règles relatives à la convocation et aux délibérations du conseil d'administration sont déterminées par les statuts, sous réserve de dispositions légales contraires[1189]. De la sorte, la régularité de la tenue de ses réunions permettrait de prendre en charge l'examen des demandes d'admission de tiers à la société. Toutefois, l'exigence du quorum pour la tenue de la réunion pourrait contrarier la célérité des opérations prônée par la variabilité du capital. Ainsi, on pourrait émettre des doutes sur l'efficacité du conseil d'administration à assurer un tel pouvoir. Pour ce faire, le choix pourrait être porté sur les dirigeants sociaux, à savoir, selon les cas, le président-directeur général, le directeur général adjoint, le Directeur général ou le Président du conseil d'administration. Ce choix pourrait être conforté par le fait qu'il ne s'agit pas de recueillir leur accord préalable dans le cadre du traitement de la demande d'admission. Ils seront en réalité chargés d'accomplir une tâche administrative. Dans le cas contraire, il s'agirait d'une clause d'agrément, laquelle paraît incompatible avec la célérité prônée par le mécanisme de la variabilité du capital.

B. La protection de la société contre les risques liés à la sortie d'associé

626. L'intérêt d'un investisseur qui engage son capital dans un cycle de production est généralement guidé par le profit espéré d'une aventure entrepreneuriale[1190]. En dehors de cet avantage, les modalités de sortie des investisseurs pourraient être déterminantes dans la décision d'investissement[1191] ; « l'incitation à investir pour l'entrepreneur est d'autant plus forte que son coût du capital est plus faible »[1192]. Or, avec la variabilité du capital, les investisseurs pourront planifier la durée de leur présence dans l'actionnariat d'une société, dans la mesure où ils disposeront de la possibilité de reprendre leurs apports sans difficulté particulière et avec célérité ; cette modalité de fonctionnement se traduisant par l'absence d'obstacle à la sortie des

[1186] Art. 435 al. 1 et 2, AUDSC.
[1187] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 704, p. 232.
[1188] Art. 452 al. 1 AUDSC.
[1189] Art. 453 al. 1 AUDSC.
[1190] F. POULON, *Economie générale*, *op. cit.*, p. 200.
[1191] En émettant permanemment de nouveaux titres sociaux, sans frais d'émission et sans frais de dépôt et de publication des actes modificatifs, l'accroissement du capital qui en résulte est bénéfique aussi bien pour la société à capital variable que pour les investisseurs, nouveaux actionnaires, qui bénéficieront des dividendes en contrepartie et de la possibilité de se retirer à tout moment. Ainsi, doublé avec la variabilité du capital, le niveau d'incitation devrait s'accroître avec les avantages accordés de cette modalité de fonctionnement, intégrant du même coup les critères de choix d'investissement.
[1192] F. POULON, *Economie générale*, *op. cit.*, p. 204. Selon l'auteur, la valeur actualisée nette (VAN) et le taux de rendement interne (TRI) font partie des critères fondamentaux du choix d'investissement.

associés de manière générale et des investisseurs de manière particulière. Ce faisant, comment prémunir la société contre une atteinte à sa pérennité en cas de sortie d'associé réalisée dans le cadre de la variabilité du capital ? L'analyse des modalités de sortie d'associés permet d'établir une mise en péril de la pérennité de la société (1) ; ce qui devrait inciter à envisager des mécanismes de stabilisation du capital pour assurer sa pérennité (2).

1. La sortie de l'associé, une mise en péril de la pérennité de la société

627. La sortie d'un associé dans une société à capital variable fait référence à son départ de ladite société ; lequel départ pouvant s'opérer par cession de titres, retrait ou exclusion. Le départ d'un associé avec cession de titres sociaux à un tiers ou un coassocié[1193] n'a aucun effet sur le capital social, lequel ne connaîtra pas de modification dans son montant. Une telle sortie ne comporte pas de risque pour la société qui ne subira aucun effet sur le montant de son capital, donc sur sa structure financière. En revanche, le départ de l'associé sans cession de droits sociaux entraîne leur annulation et, en conséquence, la réduction du capital social, c'est-à-dire la modification de son montant. C'est ce type de sortie de l'associé qui correspond aux termes « retrait » et « exclusion »[1194], le premier résultant de la volonté de l'associé et le second résultant de la décision d'un organe social déterminé. Dans ce cas, comment la sortie d'un associé est-elle susceptible d'entraver la pérennité d'une société à capital variable ?

628. L'exclusion résulte d'une décision prononcée par un organe de la société se traduisant par la sortie forcée d'un associé et le remboursement de ses droits sociaux et, en conséquence, la réduction du capital social. En effet, elle se traduit par le retrait forcé de l'associé aboutissant ainsi au remboursement de ses droits sociaux. Elle entraîne la perte de la qualité d'associé et, en conséquence, des droits qui y sont attachés. A la suite de son exclusion, l'associé bénéficiera d'une indemnité correspondant à la valeur de ses droits sociaux au moment de son exclusion[1195]. A l'égard de la société, elle conduit à la réduction de capital non motivée par des pertes, dans la mesure où la société procédera au rachat forcé des droits de l'associé, avec leur annulation consécutive[1196]. L'exclusion résultant d'une décision rendue par un organe social déterminé par les statuts, il est évident que cet organe appréciera l'opportunité d'une telle décision en lien avec la situation financière de la société et des projets en cours. Cet organe ne saurait alors adopter une décision qui entamerait la pérennité de la société.

[1193] La cession de droits sociaux entraîne le changement d'associé et non, en principe, la réduction du capital.
[1194] B. SAINTOURENS, « Société civile », *op. cit.*, n° 156, p. 46.
[1195] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 831, p. 503.
[1196] *Ibid.*, n° 826 et 830, p. 503.

629. Quant au retrait, il désigne la faculté reconnue à un associé de quitter une société[1197]. Il traduit sa volonté de se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable, occasionnant un remboursement des droits sociaux retirés et, en conséquence, la réduction du capital social. Face à la complexité de la cession de titres sociaux et à l'incertitude de la réussite d'une telle opération, le recours au retrait apparaît comme une alternative notamment pour les investisseurs qui pourraient dès lors planifier leur sortie sans risquer de se confronter à d'éventuels obstacles ou à des incertitudes quant aux conditions juridiques et financières de leur sortie, notamment la réduction du montant de leurs investissements[1198]. La variabilité du capital présente ainsi une attractivité avérée dans la pratique, dans la mesure où elle permet aux investisseurs de disposer d'une liquidité certaine à leur convenance en décidant de se retirer de la société[1199] ; ce qui n'est pas perceptible dans une société à capital fixe. La variabilité du capital offre ainsi la possibilité aux investisseurs de juger de l'opportunité de retirer partiellement ou totalement leurs apports de la société en faisant valoir le droit de retrait. Cependant, les dispositions régissant la variabilité du capital ne semblent pas avoir prévu un contrôle préalable de l'exercice du droit de retrait. Or, l'exercice de ce droit est susceptible d'entamer la pérennité de la société, en raison de ses conséquences sur le montant du capital social. En effet, la sortie d'un ou de plusieurs investisseurs du capital d'une société à leur convenance « pourrait considérablement fragiliser la structure sociale dans son ensemble », dans la mesure où elle entraînerait une réduction du capital privant ainsi à court terme la société de fonds nécessaires pour faire face à ses besoins[1200].

2. La stabilisation du capital, une assurance de la pérennité de la société

630. L'absence d'un contrôle préalable de l'exercice du droit de retrait devrait inciter une attention particulière dans la rédaction des clauses de retrait d'associé, afin de ne pas annihiler les prévisions financières et économiques de la société, dans l'hypothèse d'une insuffisante maîtrise desdites opérations[1201]. Cet aspect a d'ailleurs été pris en compte par le législateur qui, non seulement a encadré lui-même le droit de retrait, mais a également autorisé la société à fixer des limites dans les statuts, en vue de préserver la situation financière de la société[1202] ; c'est ce qui ressort des termes de l'alinéa 1 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6

[1197] S. SCHILLER, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *op. cit.*, n° 141, p. 4.
[1198] Dans les sociétés à capital variable, la sortie d'un associé se traduira par le remboursement du montant de leurs apports.
[1199] A. PLENT, *op. cit.*, n° 46, p. 22.
[1200] A. PLENT, *op. cit.*, n° 211, p. 107.
[1201] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 11.
[1202] A. PLENT, *op. cit.*, n° 591, p. 279.

du Code de commerce français. La rédaction de ces dispositions n'autoriserait pas la suppression par la société du droit de chaque associé de se retirer, mais seulement l'opportunité d'y apporter des limites, lesquelles sont encadrées par la loi et la jurisprudence[1203]. Il est donc permis que les statuts règlementent l'exercice du droit de retrait, sans pour autant enfreindre les dispositions légales et les principes dégagés par la jurisprudence. Dans ces conditions, comment la société à capital variable peut-elle aménager l'exercice du droit de retrait des associés ?

631. L'analyse des termes de l'alinéa 1 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français permet d'envisager l'aménagement statutaire de l'exercice du droit de retrait. Selon ces dispositions, l'exercice de ce droit est permis « à moins de conventions contraires » ; ce qui indique qu'il est possible que son exercice soit limité par des clauses statutaires. En d'autres termes, ces dispositions légales autorisent l'aménagement par les statuts de l'exercice du droit de retrait des associés ; l'objectif étant de protéger les intérêts de la société au regard de l'impact non négligeable sur la stabilité financière de retrait d'un associé entraînant le remboursement de ses titres sociaux et, en conséquence, la réduction du capital[1204]. Dans ce sens, comparativement au Code de commerce français, l'Acte uniforme de l'OHADA renforce davantage cette vision avec plus de clarté lorsqu'il prévoit à l'article 269-2-1 l'organisation des modalités de reprise des apports par les statuts, par dérogation aux dispositions de droit commun. Dès lors, il apparait clairement la possibilité d'aménager statutairement l'exercice du droit de retrait en définissant ses conditions de forme et de fond.

632. Les conditions d'exercice du droit de retrait pourraient être fixées par une clause statutaire, laquelle devrait déterminer l'organe social compétent pour examiner les demandes de retrait des associés. Il reviendra alors à cet organe social, par exemple le conseil d'administration, d'apprécier « si la demande de retrait a bien été effectuée conformément aux dispositions tant statutaires que légales » ; la décision de refus devant être impérativement motivée et pouvant être soumise au contrôle de la juridiction compétente[1205].

Les conditions de fond pourraient par exemple porter sur la nécessité de respecter la limite fixée aux articles 269-5 de l'Acte uniforme et L. 231-5 du Code de commerce français, à savoir les seuils légaux et statutaires de réduction du capital, la motivation du retrait de l'associé en lien avec les objectifs de développement de la société. Quant aux conditions de forme, elles pourraient porter sur l'obligation de respecter un délai de préavis. Dans ce sens, en France, une

[1203] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 54, p. 18.
[1204] A. PLENT, *op. cit.*, n° 569, p. 270.
[1205] *Ibid*., n° 437, p. 215.

Cour d'appel a jugé qu'en l'absence d'un délai de préavis déterminé par la loi, les juges peuvent fixer un délai de préavis raisonnable ; ce délai pouvant, le cas échéant, être différent selon la nature des espèces soumises aux juges[1206]. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a jugé raisonnable un délai de six mois[1207]. Les statuts pourraient imposer des pénalités à l'effet de sanctionner le non-respect du préavis se traduisant par le retrait anticipé de l'associé ; il s'agit ici d'assurer la pérennité de la société en subordonnant le maintien des engagements des associés à un délai de préavis[1208]. Cependant, il ne devrait pas s'agir d'interdire aux associés de se retirer pendant un certain temps ; la validité d'une telle clause étant douteuse[1209]. En effet, la clause qui interdirait aux associés de se retirer avant le remboursement des emprunts contractés par la société doit être validée, tandis que celle qui prévoit le maintien dans la société, sans possibilité de retrait, pendant quatre-vingt-dix-neuf ans, serait nulle[1210].

En tout état de cause, la légitimité des clauses statutaires visant la stabilité du capital social repose sur la liberté contractuelle conférée par le régime juridique de la variabilité du capital. L'objectif étant d'assurer la pérennité de la société, ces clauses restreignent le libre exercice du droit de retrait en favorisant la société au détriment des associés[1211].

Paragraphe 2. La persistance du lien contractuel entre l'ancien associé et la société à capital variable

633. L'*affectio societatis* constitue un des éléments constitutifs de l'existence de toute société. Bien qu'étant un élément de nature psychologique, l'*affectio societatis* dépasse le cadre de la volonté de contracter et se manifeste tout au long de la vie sociale ; ce concept participe donc à la naissance et à la vie de la société, dans la mesure où il « ne saurait avoir de société sans une volonté de s'associer, c'est-à-dire l'*affectio societatis* »[1212]. Le concept n'est pas défini par le législateur qui se contente d'y faire quelques allusions dans certaines dispositions légales en employant des expressions telles que « une entreprise commune », « l'intérêt commun des associés », « la mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société »[1213]. La sortie de l'associé de la société, que ce soit par retrait ou par exclusion, entraîne la reprise des apports et, en conséquence, la perte de la qualité d'associé et la réduction du capital de la

[1206] *Ibid*., n° 570, p. 271.
[1207] CA Paris, 27 avril 1989, *RTD Com.* 1990, p. 221, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN.
[1208] A. PLENT, *op. cit.*, n° 606, p. 285.
[1209] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 57, p. 18.
[1210] *Ibid*.
[1211] A. PLENT, *op. cit.*, n° 425, p. 210.
[1212] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 81, p. 73.
[1213] *Ibid.*, n° 82, p. 73.

société. Elle met fin à l'*affectio societatis* « entendu comme la volonté de participer à l'entreprise sociale sur un pied d'égalité »[1214]. Cependant, le lien n'est pas systématiquement brisé entre l'ancien associé et la société, lorsque subsistent certaines obligations à l'égard de l'ancien associé. Dès lors, il subsisterait à l'égard de l'ancien associé un lien avec la société après la sortie opérée par retrait ou exclusion, particulièrement dans le cadre de la variabilité du capital. Quelles sont alors les obligations qui subsistent après la sortie de l'associé de la société à capital variable ? L'analyse des obligations de l'associé sortant fait apparaître d'une part, une obligation prévue par la loi, à savoir l'obligation aux dettes (A) et, d'autre part, une obligation non prévue par la loi, mais nécessaire au regard de certaines spécificités de la société à capital variable, à savoir l'obligation de non-concurrence (B).

A. L'obligation aux dettes sociales

634. La mise en œuvre du droit de retrait et de la faculté d'exclusion entraîne la perte de la qualité d'associé. *A priori*, la perte de cette qualité sous-entend la fin des relations de l'associé avec la société et les tiers. Le retrait et l'exclusion devraient en principe consacrer la fin du lien qui lie l'associé à la société. Cependant, le régime de responsabilité de l'associé d'une société à capital variable fait survivre un des aspects de la qualité d'associé après le retrait et l'exclusion, à savoir l'obligation aux dettes. « Cette obligation consiste pour l'associé à assumer les dettes de la société, c'est-à-dire les engagements de la société vis-à-vis des tiers »[1215]. L'associé sortant ou exclu conserverait cette obligation même après son départ de la société. En effet, l'associé qui cesse de faire partie de la société reste « tenu de toutes ses obligations existant au moment de son retrait, soit au jour de son remboursement effectif de ses droits par la société, et non au jour de la manifestation de sa volonté »[1216]. Dès lors, quelle est l'étendue de l'obligation aux dettes de l'associé retrayant ou exclu de la société à capital variable ? L'obligation aux dettes sociales est liée à la qualité d'associé (1), laquelle qualité permet de déterminer le niveau de responsabilité de l'associé retrayant ou exclu (2).

1. Une obligation liée à la qualité d'associé

635. L'obligation aux dettes désigne l'obligation de payer la dette de la société en cas d'insolvabilité de celle-ci ; elle est supportée uniquement par les associés des sociétés à risque illimité[1217], à savoir les associés en nom et les commandités. En effet, en raison de sa forme, la

[1214] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, n° 26, p. 29.
[1215] P. MOUSSERON et L. CHATAIN-AUTAJON, *op. cit.*, n° 176, p. 419.
[1216] A. PLENT, *op. cit.*, n° 491, p. 238.
[1217] *Ibid*.

société peut soumettre les associés à l'obligation de répondre des dettes sociales, selon les cas, indéfiniment et solidairement[1218] ou à concurrence de leurs apports[1219]. La logique voudrait que n'étant plus lié à la société, l'associé ne réponde aucunement aux dettes sociales. Mais, à l'égard des associés en nom et des commandités, « la perte de la qualité d'associé n'a d'effet que pour l'avenir » ; ces derniers étant seulement protéger contre les dettes postérieures à leur retrait de la société. Ils devront supporter les dettes antérieures à leur sortie[1220]. « L'obligation aux dettes sociales s'attache [de ce fait] à la qualité d'associé en nom collectif »[1221]. De la sorte, l'obligation aux dettes sociales constitue une obligation légale à laquelle les associés en nom collectif ne peuvent se soustraire[1222].

636. La situation de ces associés semblerait également identique à celle des associés des sociétés à capital variable, tel qu'il ressort de l'alinéa 3 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français. Ces dispositions prévoient que l'associé sortant reste tenu de toutes les obligations qui existaient au moment de son retrait. On a l'impression que ces dispositions opèrent un rapprochement entre les associés en nom, les commandités et les associés des sociétés à capital variable. De ce fait, l'obligation aux dettes ne disparaît pas à la perte de la qualité d'associé. Dès lors, la perte de la qualité d'associé ne serait pas en mesure d'éteindre ou d'anéantir l'obligation aux dettes, laquelle survit à la perte de la qualité d'associé. L'exercice du droit de retrait de l'associé d'une société à capital variable se réalise dès lors sans rétroactivité, sauf dans l'hypothèse d'une « annulation de l'acte par lequel la qualité d'associé a été acquise », à condition qu'elle soit opposable aux tiers[1223]. En tout état de cause, l'obligation aux dettes sociales est indissociable à la qualité d'associé, peu importe que l'associé ait perdu sa qualité à la suite de l'exercice de son droit de retrait.

2. La responsabilité de l'associé retrayant ou exclu

637. La situation de l'associé retrayant varie en fonction du moment d'apparition du passif social, à savoir soit pendant que l'associé faisait partie de la société, soit après son retrait de la société ; à cet effet, seule est prise en considération la date de l'apparition, c'est-à-dire naissance, de la dette sociale et non de sa constatation judiciaire[1224]. Pour ce faire, il y a lieu de

[1218] Art. 270 AUDSC pour les sociétés en nom collectif et art. 293 AUDSC pour les associés commandités.
[1219] Art. 293 AUDSC pour les associés commanditaires ; art. 309 et 385 AUDSC pour les sociétés anonymes et 853-1 al. 1 AUDSC pour les sociétés par actions simplifiées.
[1220] S. HAREL, « Perte de la qualité d'associé en nom et obligations aux dettes sociales », *BJS*, 1er juin 2010, n° 6, p. 551 (p. 2).
[1221] D. GIBIRILA, « Société en nom collectif », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, janvier 2020, n° 366, p. 98.
[1222] *Ibid.*, n° 370, p. 100.
[1223] S. HAREL, *op. cit.*, p. 4.
[1224] D. GIBIRILA, « Société en nom collectif », *op. cit.*, n° 374, p. 101.

considérer le moment de la naissance du passif social avec celui du départ de l'associé de la société. L'antériorité ou la concomitance de la dette au retrait de l'associé est compatible avec le mécanisme de l'obligation des associés, peu importe donc que l'exigibilité de la dette intervienne antérieurement ou ultérieurement au retrait[1225]. Le critère retenu par le Code de commerce français et l'Acte uniforme est donc celui de la naissance de la dette et non l'exigibilité comme c'est le cas pour les sociétés civiles en droit français au sens de l'alinéa 1 de l'article 1857 du Code civil. Il en est de même pour les sociétés en nom collectif où « l'associé qui se retire de la société demeure tenu à l'égard des tiers, de l'ensemble des dettes sociales antérieures à son départ »[1226]. Par conséquent, l'obligation aux dettes de l'associé sortant d'une société à capital variable n'est pas absolue, dans la mesure où elle comporte des limites[1227].

638. L'analyse du régime des obligations fait apparaître l'inopposabilité des dettes postérieures à son départ, à l'instar des associés en nom collectif qui ne sont pas en principe tenus des dettes sociales contractées postérieurement à leur départ de la société[1228]. Les associés retrayant d'une société à capital variable ne peuvent donc se voir opposer une dette sociale contractée après leur départ de la société. Cette analyse résulte des termes de l'alinéa 3 des articles 269-6 de l'Acte uniforme et L. 231-6 du Code de commerce français. Cette disposition prévoit, en effet, un délai de prescription de cinq ans à compter de la fin de la participation de l'associé à la société qui ne coïncide pas toujours avec la date de la manifestation de volonté du retrait ou de la décision d'exclusion. Cette prescription quinquennale semble avoir été établie pour protéger l'associé « en abrégeant le spectre temporel » de l'obligation aux dettes sociales, obligeant ainsi les créanciers sociaux à « prendre garde au délai de prescription »[1229]. L'arrivée de ce délai a pour effet d'éteindre l'obligation aux dettes sociales de l'associé sortant d'une société à capital variable. De plus, ce délai a un caractère impératif de telle sorte qu'aucune clause statutaire ne serait en mesure de le supprimer ou de le réduire, sous peine de nullité[1230].

B. L'obligation de non-concurrence

639. La facilité d'entrée et de sortie dans une société à capital variable ne présente pas que des avantages. La facilité des modalités de sortie, particulièrement l'exercice du droit de retrait,

[1225] S. HAREL, « Perte de la qualité d'associé en nom et obligations aux dettes sociales », *op. cit.*, p. 5.
[1226] D. GIBIRILA, « Société en nom collectif », *op. cit.*, n° 376, p. 101.
[1227] A. PLENT, *op. cit.*, n° 198, p. 100.
[1228] D. GIBIRILA, « Société en nom collectif », *op. cit.*, n° 380, p. 103.
[1229] Th. de RAVEL D'ESCLAPON, « Obligations aux dettes sociales et liquidation judiciaire : modalités de la prescription », *op. cit.*, n° 1, p. 28.
[1230] A. PLENT, *op. cit.*, n° 507, p. 243.

pourrait engendrer la fuite des informations capitales sur le fonctionnement de la société par le fait d'un ancien associé ; d'où la nécessité de prendre des précautions pour préserver les informations sensibles et les intérêts de la société. A cet effet, les parties et leurs conseils font toujours preuve d'ingéniosité pour s'adapter en permanence aux besoins et aux évolutions économiques dans la rédaction des clauses statutaires ; en la matière, trois types de clauses peuvent être envisagées, à savoir les clauses relatives à l'organisation du pouvoir, les clauses relatives à l'entrée d'associés dans la société et les clauses relatives à la sortie d'associé de la société[1231]. Parmi les clauses relatives à la sortie de la société figure la clause de non-concurrence.

En l'absence d'une clause de non-concurrence dans les statuts, l'associé n'est pas, selon la jurisprudence française, « tenu de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyale »[1232] ; cependant, sa loyauté lui imposerait de porter à la connaissance de la société l'exercice de toute activité concurrente[1233]. Cependant, en présence d'une clause de non-concurrence, l'associé verra ses droits limités ; cette limitation justifierait son adoption en cours de vie sociale par une décision prise à l'unanimité des associés[1234]. Quelle est alors l'opportunité de l'insertion d'une clause de non-concurrence dans les statuts d'une société à capital variable ? L'opportunité de cette clause résulte de la nécessaire protection des intérêts légitimes de la société (1), même si cette clause ne pourra produire effet qu'à certaines conditions (2).

1. La nécessaire protection des intérêts légitimes de la société

640. De prime abord, on pourrait penser que les associés n'ont aucun intérêt à concurrencer leur société, si fait que la clause de non-concurrence serait d'une faible portée, sauf en cas de retrait d'un de ses associés en place[1235]. Pourtant, les sociétés ont intérêt à protéger leurs intérêts en stipulant une telle clause, en vue de régir notamment leurs relations post-contractuelles avec les associés sortants ; l'objectif étant de faciliter sa mise en œuvre et l'établissement de la preuve de son inexécution[1236]. L'objectif de l'insertion de la clause de non-concurrence dans les statuts est donc la protection de la société contre la concurrence d'un de ses anciens actionnaires[1237].

[1231] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2174, p. 441.
[1232] Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-23888, *Bull. Joly* 2013, 724, note BARBIERI.
[1233] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1534, p. 33.
[1234] *Ibid.*, n° 1534, p. 34.
[1235] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 232, p. 155.
[1236] A. PLENT, *op. cit.*, n° 523, p. 250.
[1237] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2174, p. 444.

641. L'obligation de non-concurrence est consacrée dans une clause stipulant l'interdiction aux associés d'exercer une activité concurrente à celle de la société, en cours de vie sociale et/ou après leur sortie de la société[1238]. Une telle clause permet de protéger les intérêts d'une société à l'égard de ses associés, actuels et anciens, lesquels sont susceptibles d'exploiter les informations stratégiques auxquelles ils ont eu accès ; puisqu'en raison du droit à l'information conféré à chaque associé, ils ont accès aux informations relatives à la vie économique en général et à la société en particulier dont ils sont associés. De la sorte, ils ont l'occasion de consulter, entre autres, le rapport de gestion, les comptes annuels et, le cas échéant, du rapport du commissaire aux comptes[1239] ; ce qui leur permettra d'obtenir des informations stratégiques telles que la liste des fournisseurs, la liste des clients, les stratégies commerciales, les projets de recherche technologique[1240].

En définitive, l'insertion d'une clause de non-concurrence dans les statuts vise à préserver la société à capital variable contre toute activité concurrentielle d'associés et d'anciens associés, lesquels pourraient tirer profit des relations nouées avec les clients et des informations stratégiques acquises en leur qualité d'associé ; dès lors l'obligation de non-concurrence est proportionnée aux intérêts légitimes de la société au regard de son objet[1241]. Dans ce sens, les sociétés à capital variable auront intérêt à prévoir une clause de non-concurrence pour se prémunir contre les inconvénients résultant de la sortie d'associé, dans la mesure où il y va de leur survie ; à condition de respecter les conditions de validité.

2. La validité de la clause de non-concurrence

642. La clause de non-concurrence peut être insérée dans les statuts lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale. L'insertion de ladite clause au moment de la constitution de la société ne pose pas de difficulté particulière. La signature des statuts matérialisera l'acceptation par les associés de toutes les clauses statutaires, y compris la clause de non-concurrence ; ce qui correspond à l'unanimité des associés. En d'autres termes, tous les associés sont censés avoir donné leur consentement au moment de la constitution de la société à toutes les clauses figurant dans les statuts, lequel consentement s'est matérialisé par la signature des statuts par chaque associé ; étant donné qu'à défaut de cette signature, donc de l'acceptation de toutes les clauses statutaires au moment de la constitution de la société, ils ne pourront avoir cette qualité. En cours de vie sociale, l'insertion de la clause de non-concurrence nécessite la

[1238] Voir https://www.vd-avocat.fr/clause-non-concurrence-avocat-paris, consulté le 12 juillet 2023, à 10h30, p. 1.
[1239] Voir art. 525 AUDSC.
[1240] Voir https://www.vd-avocat.fr/clause-non-concurrence-avocat-paris, consulté le 12 juillet 2023, à 10h30, p. 1.
[1241] Cass. com., 26 juin 2012, n° 11-20538 (F-D), *BJS*, 1er septembre 2012, n° 09, p. 630.

modification des statuts avec des règles d'adoption ou de modification strictes. L'article 359 de l'Acte uniforme exige l'unanimité pour l'adoption ou la modification de la clause statutaire de non concurrence. Il s'agit ici de recueillir le consentement de l'ensemble des associés qui sera ainsi matérialisé par leur signature dans les statuts modifiés. A l'analyse, l'insertion d'une clause de non-concurrence dans les statuts requiert l'unanimité de l'ensemble des associés, aussi bien au moment de la constitution de la société, qu'en cours de vie sociale. On considère dès lors, dans ces circonstances, que les associés ont expressément accepté les termes de la clause comportant une interdiction d'exercer une activité concurrençant la société. Ainsi, à défaut de cette unanimité, c'est-à-dire de l'acceptation de cette clause par l'ensemble des associés, la clause de non-concurrence ne saurait être valable[1242].

643. En plus de l'acceptation par les associés, la clause de non-concurrence est soumise aux conditions élaborées par la jurisprudence en vue de ne pas restreindre la liberté d'entreprise des actionnaires, fussent-ils anciens. La validation de cette clause requiert qu'elle soit « limitée dans le temps, dans l'espace et proportionnée à l'objet du contrat »[1243], lequel objet est lié à la nature de l'activité et aux intérêts de la société ; mais l'existence d'une contrepartie financière n'est pas une condition de validité. En effet, la Cour de cassation française a indiqué dans un arrêt rendu le 23 juin 2021 que la validité de la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de cession de titres sociaux n'est pas soumise à l'existence d'une contrepartie financière, lorsque l'associé n'a pas la qualité de salarié de la société en cause au jour de la conclusion du contrat de cession[1244]. *A contrario*, si l'actionnaire était salarié au moment de la conclusion du contrat, l'existence d'une contrepartie financière constituerait une condition de validité de la clause de non-concurrence[1245]. Cette solution pourrait être étendue au retrait d'associé, dans la mesure où il produit le même effet que la cession de titres sociaux, à savoir la sortie d'associé.

644. En dehors de la question de l'exigence d'une contrepartie financière, la clause de non-concurrence est donc soumise à trois conditions cumulatives à satisfaire. Il s'agit de la limitation de la nature de l'activité interdite, de la limitation de l'interdiction dans le temps et dans l'espace et de la limitation légitime et proportionnée de l'interdiction aux intérêts de la société[1246]. En vertu de la liberté du commerce et de l'industrie, l'on ne saurait interdire à un associé d'exercer toute activité commerciale ou professionnelle ; l'activité interdite à l'associé par la clause de

[1242] https://www.vd-avocat.fr/clause-non-concurrence-avocat-paris, consulté le 12 juillet 2023, à 10h30, p. 1.
[1243] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1608, p. 107.
[1244] Cass. com., 23 juin 2021 n° 19-24.488 F-D.
[1245] https://www.vd-avocat.fr/clause-non-concurrence-avocat-paris, consulté le 12 juillet 2023, p. 3.
[1246] *Ibid*.

non-concurrence doit correspondre à l'une des activités exercées par la société. Cette interdiction doit être limitée non seulement pour une durée déterminée sans être excessive, mais aussi dans un espace géographique en lien avec l'étendue de la clientèle de la société[1247]. Quant à la limitation légitime et proportionnée de l'interdiction aux intérêts de la société, elle doit viser la préservation des intérêts de la société de sorte à assurer sa survie, particulièrement en interdisant aux associés, actuels et anciens, l'exploitation d'informations stratégiques par l'exercice d'une activité concurrente à celle de la société. A cet effet, la Cour de cassation française, dans une affaire sociale, a considéré que la clause de non-concurrence est « licite si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise »[1248]. Même si la décision en rendue en matière sociale, elle peut être utilement invoquée en droit des sociétés, au regard de la nature des intérêts à protéger par la société à l'égard des salariés et des associés. Le non-respect de ces conditions empêchera la clause de non-concurrence se produire ses effets, dans la mesure où elle sera réputée non écrite[1249]. Aussi la clause de non-concurrence ne produira effet que lorsqu'elle sera conforme aux exigences de validité édictées par la jurisprudence. Dans ce cas, la violation de la clause caractérisera un comportement fautif et déloyal de l'associé, donnant ainsi lieu à des sanctions telles que l'allocation de dommages-intérêts, l'interdiction de l'activité illégitimement exercée ou toute autre sanction prévue par la clause statutaire de non-concurrence[1250]. En tout état de cause, il revient au juge, gardien des principes fondamentaux de la société, d'opérer un contrôle et d'apprécier cette clause en lien avec l'ordre public et de tirer les conséquences juridiques qui s'imposent.

[1247] *Ibid.*
[1248] Cass. soc., 14 mai 1992, *D.* 1992, Jur. p. 350, note Y. SERRA ; *RJS* 1992, n° 735, citée par P. FADEUILHE, « Un serpent de mer : la validité d'une clause de non-concurrence en l'absence d'une contrepartie pécuniaire », *Recueil Dalloz* 2002, p. 1269.
[1249] https://www.vd-avocat.fr/clause-non-concurrence-avocat-paris, consulté le 12 juillet 2023, p. 2.
[1250] *Ibid*., p. 3.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

645. L'instauration d'une durée minimale de participation des associés au capital social par une clause d'inaliénabilité des titres sociaux contribuerait à atténuer les facteurs de risque de la variabilité du capital, en l'occurrence la mobilité des associés. La clause d'inaliénabilité favorise le renforcement de la stabilité du capital ; laquelle stabilité permettra à la société d'assurer le financement de son exploitation et de ses projets. Cette clause participe alors à l'encadrement de l'exercice du droit de retrait des associés. Elle vise à interdire l'exercice du droit de retrait pendant une durée n'excédant pas dix ans et en sus la réduction du capital qui en découlera ; l'objectif étant d'assurer la stabilité de l'actionnariat et, en conséquence, la disponibilité des fonds mis à la disposition de la société par les associés.

646. Qui plus est, en dépit de l'échéance du délai fixé par la clause d'inaliénabilité, plusieurs mesures peuvent permettre à la société de faire face aux risques liés à la mobilité de l'actionnariat. Ces mesures assurent la protection de la société contre les risques liés à l'entrée de tiers dans la société et à la sortie d'associés. Dans le cadre de la protection contre les risques liés à l'entrée de tiers dans la société, la société peut fixer des modalités d'associés nouveaux ; toute chose étant autorisée notamment par l'article 269-2-1 de l'Acte uniforme. Cette disposition permet, en effet, à la société d'organiser librement les modalités de souscription et de libération des apports. En ce qui concerne les risques liés à la sortie d'associés, la société peut envisager l'aménagement statutaire de l'exercice du droit de retrait en définissant ses conditions de fond et de forme. L'effectivité de l'exercice du droit de retrait exige le respect des conditions de fond, telles que le respect des seuils légaux et statutaires de réduction du capital, la motivation du retrait en lien avec les objectifs financiers de la société. Quant aux conditions de forme, l'associé qui désire se retirer de la société devra respecter le délai de préavis fixé par les statuts.

647. En dépit de l'effectivité du retrait, le lien contractuel entre la société et l'associé survit à la perte de la qualité d'associé. En effet, l'obligation aux dettes prévue par la loi et l'obligation de non-concurrence consacrée par les statuts. L'obligation aux dettes sociales se prescrit à l'échéance d'un délai de cinq ans à compter de la perte de la qualité d'associé. En ce qui concerne l'obligation de non-concurrence prévue par une clause statutaire, elle astreint l'associé

sortant à une abstention d'exercice d'une activité concurrente à celle de la société pendant un délai déterminé et dans un espace déterminé.

648. En somme, plusieurs mécanismes juridiques permettent d'atténuer les risques liés à la mobilité des associés dans le cadre de la variabilité du capital. En dehors de l'obligation aux dettes qui est prévue par les dispositions légales spécifiques à la variabilité du capital, les autres mécanismes juridiques, à savoir l'inaliénabilité des titres sociaux et l'obligation de non-concurrence doivent être prévus par les statuts. On assiste alors à la prééminence de la liberté contractuelle dans les sociétés à capital variable par rapport aux sociétés de droit commun. La consécration de ces mesures dans les statuts participera à l'encadrement de l'exercice du droit de retrait, c'est-à-dire de la mobilité des associés, un des facteurs de risque de la variabilité du capital ; toute chose qui vise la protection de la société. Pourtant, des mesures doivent également être adoptées pour la protection des créanciers et des tiers.

CHAPITRE 2. L'ATTENUATION DES RISQUES DE LA VARIABILITE DU CAPITAL PAR LA PROTECTION DES TIERS

649. En droit commun des sociétés commerciales, la procédure de la réduction de capital non motivée par des pertes prévoit l'opposition des créanciers dont la créance est antérieure à la date de publication de la délibération y relative dans un journal d'annonces légales ; ces créanciers disposent d'un délai de trente jours, à compter de la publication de l'avis, pour s'opposer à cette réduction de capital[1251]. Comment comprendre que des personnes qui n'ont pas la qualité d'associés, donc des tiers, puissent s'opposer à une décision prise par l'assemblée générale extraordinaire d'une société ? La publication de la délibération relative à cette réduction constitue en fait un préalable à l'effectivité et à la mise en œuvre de la décision prise par l'assemblée générale extraordinaire. Cette publication permet ainsi aux créanciers de préserver leurs intérêts. Pourtant, les sociétés à capital variable sont soumises non seulement aux formalités classiques de publicité, mais aussi aux formalités qui leur sont spécifiques.

650. Spécifiquement en ce qui concerne les sociétés à capital variable, l'accomplissement des formalités classiques est exigé notamment pour l'obtention de l'immatriculation au registre du commerce et la modification des statuts[1252]. Quant aux formalités spécifiques, elles portent sur la mention de la variabilité du capital notamment dans l'avis à insérer dans un journal d'annonces légales, ainsi que le montant du capital minimum irréductible[1253]. En revanche, « les dispositions relatives au droit d'opposition des créanciers en cas de réduction de capital non motivée par des pertes sont inapplicables »[1254] ; en la matière la reprise des apports entraîne une réduction de capital non motivée par des pertes. De même, les actes constatant ces modalités de réduction de capital, à savoir l'exercice du droit de retrait et la décision d'exclusion d'associé, sont dispensés de toute formalité de dépôt et de publication[1255]. De ce fait, est-ce à dire que les dispositions spécifiques à la variabilité du capital ne prennent pas en compte les intérêts tiers au même titre que les dispositions de droit commun ?

[1251] Art. 370 al. 1 AUDSC.
[1252] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à capital variable », *op. cit.*, n° 23, p. 9.
[1253] *Ibid.*, n° 24, p. 9.
[1254] Art. 269-3 al. 2 AUDSC. Le Code de commerce français ne prévoit pas une telle disposition.
[1255] Art. 269-3 al. 1 AUDSC et art. L. 231-3 C. com.

En effet, la société est un contrat. En matière contractuelle, le tiers est toute personne étrangère à un acte juridique[1256], c'est-à-dire une personne qui n'est pas partie à un contrat, en l'occurrence à une société. Il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale. Pour les tiers, le capital social constitue l'une des meilleures garanties, en raison du respect du formalisme qui entoure sa modification par augmentation ou réduction ; lequel formalisme a pour objectif « de parvenir au maintien et à la conservation des intérêts des créanciers »[1257]. Le respect de ce formalisme doit permettre d'assurer la protection des intérêts des tiers. Dès lors, il s'avère nécessaire de préserver et de protéger les intérêts des créanciers susceptibles d'être entamés par l'exercice du droit de retrait et l'adoption d'une décision d'exclusion d'associés, lesquels se traduisent par la réduction de capital et, en conséquence, le remboursement des apports des associés sortants.

La protection des tiers suggère de disposer des moyens destinés à s'assurer de la solvabilité de la société[1258] ; ce qui permettra d'établir un lien entre la protection des intérêts des tiers et la survie de la société[1259]. Ces moyens devraient contribuer à l'atténuation des facteurs de risque de la variabilité du capital. A cet effet, quels mécanismes juridiques permettraient d'atténuer à l'égard des tiers les risques de la variabilité du capital social constitués par le retrait d'associés ? A l'analyse, deux moyens permettraient de protéger davantage les tiers dans leurs relations avec les sociétés à capital variable. Il s'agit d'une part, de l'instauration d'un régime de publicité légale renforcé pour les sociétés à capital variable (**Section 1**) et, d'autre part, de l'appréciation de la solvabilité de la société (**Section 2**).

Section 1. La protection des tiers par l'instauration d'un régime de publicité légale renforcé pour les sociétés à capital variable

651. En insérant une clause de variabilité du capital dans ses statuts, la société adopte une modalité de fonctionnement qui lui permettra d'assurer la fluctuation de son capital et, de *facto*, la variation des associés composant son actionnariat et ce, en l'absence de toutes formalités de publication des actes constatant ces variations[1260]. L'absence de ces formalités simplifie la réalisation des opérations sur le capital et, par ricochet, réduit le coût de ces opérations ; ce qui constitue un avantage considérable pour la société à capital variable[1261].

[1256] *Le Petit Larousse illustré 2016*, *op. cit.*, p. 1149.
[1257] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 16.
[1258] G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *BJS*, n° 7, juillet 2004, n° 1, p. 9.
[1259] *Ibid.*, n° 1, p. 10.
[1260] A. PLENT, *op. cit.*, n° 16, p. 8.
[1261] *Ibid.*, n° 46, p. 21.

« La publicité pourrait être définie comme étant tout ce qui peut être porté à la connaissance du public dont le caractère n'est pas secret »[1262]. Cette information qui doit être portée à la connaissance des tiers est désignée par les termes « annonces légales », car elle est diffusée sous la responsabilité des représentants légaux de la société et est non seulement exempte de toute interprétation, de tout apport de quelque nature que ce soit, mais est également susceptible de contrôle[1263]. Il s'agit alors d'un concept, appelé publicité légale, « basé sur une information à haute valeur juridique faisant foi à l'égard des tiers, sur le caractère obligatoire de sa diffusion, sur le mode spécifique de mise à disposition de cette information, à savoir son support »[1264]. Le concept de publicité légale caractérise un dispositif exigeant la mention de certaines informations sur la société dans les journaux d'annonces légales, la demande d'immatriculation au registre de commerce, ainsi que dans les actes et documents de la société destinés aux tiers. Ce dispositif confère à la publicité légale deux rôles, à savoir un rôle d'information à caractère général et un rôle déclaratif[1265]. C'est la raison pour laquelle il est exigé pour la constitution de toute société et les modifications ultérieures la transmission au public des informations selon une forme et un support déterminés[1266].

652. Le respect des formalités de publicité édictées par le législateur vise ici à assurer la protection des associés et des tiers, notamment, les créanciers sociaux. Ces informations ne sont opposables aux tiers qu'après accomplissement des formalités de publicité[1267]. Elles permettent, en effet, aux tiers, en l'occurrence les partenaires économiques, « de déterminer la position à adopter vis-à-vis de la société » et donc d'agir en connaissance de cause ; d'où l'importance déterminante de la publicité légale[1268].

Au regard de l'importance de la publicité légale, il y a lieu de s'interroger sur les moyens qui permettraient aux tiers, notamment les créanciers sociaux, d'avoir connaissance sur l'étendue de la modification du capital des sociétés à capital variable. Cette préoccupation se justifie par le fait que ces sociétés sont dispensées de l'accomplissement des formalités de publicité portant sur les actes constatant la variation du montant du capital social. Autrement dit, comment s'opère la protection des tiers dans les sociétés à capital variable caractérisées par l'absence de formalités de publicité des actes constatant la modification du capital opérées conformément au

[1262] P. BEDER, « Publicité légale », *op. cit.*, n° 1, p. 8.
[1263] P. BEDER, « Publicité légale », *op. cit.*, n° 2, p. 8.
[1264] *Ibid.*
[1265] F-J. PANSIER, « Utilité de la publication dans un journal d'annonces légales (JAL) », Les Cahiers Sociaux, n° 173, septembre 2005, p. 365 (p. 3).
[1266] A. PLENT, *op. cit.*, n° 121, p. 60.
[1267] Voir art. L. 123-9 C. com. et art. 61 AUDCG.
[1268] A. PLENT, *op. cit.*, n° 121, p. 61.

mécanisme de variabilité du capital ? La protection des tiers pourrait être assurée d'une part, par l'accomplissement des formalités de publicité légale prévues par le droit commun des sociétés (**Paragraphe 1**) et, d'autre part, par l'existence de formalités de publicité légale spécifiques aux sociétés à capital variable (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'accomplissement des formalités de publicité légale prévues par le droit commun des sociétés

653. En droit commun des sociétés, la modification du capital social entraîne la modification des statuts, dans les conditions prévues pour chaque forme de société[1269]. Or, la modification des statuts donne lieu à une publication dans un journal d'annonces légales[1270]. Ainsi, l'augmentation ou la réduction du capital social est soumise aux des formalités de publicité, à savoir la publication d'un avis dans un journal d'annonces légales et d'un dépôt au greffe de la juridiction compétente ou de l'organe compétent[1271]. En droit OHADA, la variabilité du capital n'étant ouverte qu'aux sociétés de capitaux, constituées des sociétés anonymes et des sociétés par actions simplifiées, les dispositions spécifiques relatives à la modification de leur capital font un renvoi aux règles de droit commun[1272] ; ce qui consacre un régime unique de publicité pour les sociétés à capital fixe. Au regard notamment des objectifs de célérité des opérations prônés par la variabilité du capital, il y a lieu d'envisager l'adéquation du régime général de publicité légale prévu par le droit commun des sociétés avec les modalités de fonctionnement des sociétés à capital variable. Pour ce faire, il convient d'examiner d'une part, les modalités de la publicité dans un journal d'annonces légales (A) et, d'autre part, l'efficacité de la publicité dans un journal d'annonces légales (B).

A. Les modalités de la publicité dans un journal d'annonces légales

654. La constitution d'une société commerciale requiert la publication d'un avis de constitution dans un journal habilité à recevoir les annonces légales[1273]. Outre cette formalité, la société doit faire l'objet d'une immatriculation au registre du commerce ; celle-ci devant être accompagnée ou précédée par le dépôt de plusieurs pièces dont les statuts. Cette publicité vise à « faire connaître aux tiers l'existence de la personne morale qui va se livrer à l'exploitation commerciale » et constitue, de ce fait, une règle constitutive de la société[1274]. De même, en

[1269] Art. 72 AUDSC.
[1270] Art. 263 AUDSC.
[1271] Art. 263 et 264 AUDSC.
[1272] Art. 618 et 638 AUDSC.
[1273] Art. 261 AUDSC.
[1274] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1575, p. 69.

cours de vie sociale, toute modification des statuts, qu'il s'agisse notamment d'une augmentation ou d'une réduction du capital, doit faire l'objet d'une publication au greffe du tribunal compétent[1275] et dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. Il apparaît donc nécessaire d'identifier les modalités de la publicité légale dans ces journaux. Ces modalités sont déterminées par le législateur qui a pris le soin d'identifier les journaux d'annonces légales (1) et de déterminer les mentions des différentes publications, de même que les acteurs concernés (2).

1. L'identification des journaux d'annonces légales

655. Les différentes formalités de publication dans un journal habilité à recevoir les annonces légales sont exigées pour la constitution aussi bien des sociétés à capital fixe, que des sociétés à capital variable. Mais, pour ces dernières, les formalités exigées comportent des particularités pour la modification des statuts, notamment en ce qui concerne les mentions relatives au capital social. Quels sont alors les journaux habilités à recevoir les annonces légales ?

656. En droit OHADA, l'article 257 de l'Acte uniforme détermine les journaux habilités à recevoir les annonces légales. Il s'agit d'une part, du journal officiel, des journaux habilités à cet effet par les autorités compétentes, du bulletin national des registres du commerce et du crédit mobilier et, d'autre part, des quotidiens nationaux d'information générale de l'Etat partie du siège social[1276]. En droit français, c'est la loi n° 55-4 du 4 janvier 1955 concernant les annonces judiciaires et légales qui détermine les journaux habilités à recevoir les annonces légales. Au sens de l'article 1er de cette loi, en dehors des annonces qui doivent être publiées au Journal officiel ou à ses annexes, les annonces légales doivent être publiées dans une publication de presse ou un service de presse en ligne dans le département du siège social[1277].

A l'analyse, ces dispositions prévoient trois niveaux de publicité légale, à savoir les journaux locaux, les registres et les journaux officiels. En effet, en France, le dispositif de la publicité légale prévoit la mise à disposition de l'information légale aux tiers au plan géographique local ; ce qui permet de qualifier la publication dans les journaux locaux de publicité légale de « proximité », les qualifiant ainsi de premier niveau de publicité[1278], dans la mesure où les journaux identifiés sont ceux paraissant dans le département du lieu du siège social. Or, dans

[1275] P. BEDER, « Publicité légale », *op. cit.*, n° 42, p. 19.
[1276] L'article 257 de l'Acte uniforme exige que ces quotidiens d'information générale justifient d'une vente effective, d'une existence de plus de six mois et d'une diffusion à l'échelle nationale.
[1277] L'article 2 de la loi précitée exige notamment que ces journaux n'aient pas pour objet principal la diffusion de messages publicitaires ou d'annonces, qu'ils aient été édités depuis plus de six mois, qu'ils aient un volume substantiel d'informations dédiées au département.
[1278] P. BEDER, « Publicité légale », *op. cit.*, n° 3, p. 9.

les Etats parties de l'OHADA, la publication à ce niveau s'effectue dans les quotidiens nationaux d'information générale paraissant au lieu du siège social. Les registres locaux et officiels comme le registre du commerce et des sociétés constituent un autre niveau de publicité légale. En France, le registre du commerce et des sociétés constitue « le répertoire officiel des personnes physiques exerçant une activité commerciale et des personnes morales exerçant une activité commerciale ou civile »[1279]. Il en est de même dans les Etats parties de l'OHADA pour le registre du commerce et du crédit mobilier[1280].

657. Que ce soit en France ou dans les Etats parties de l'OHADA, le registre du commerce est tenu sous la responsabilité du greffe du tribunal compétent. En plus de la publication par la voie de presse et du registre du commerce, la loi impose la publication dans le journal officiel. Il s'agit d'une publication officielle dans laquelle sont consignés les textes juridiques officiels et les annonces légales. En France, il comporte plusieurs annexes dont le Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC). Il reçoit les avis prévus par les textes législatifs et règlementaires et, à cet effet, « complète le dispositif de diffusion aux tiers et d'informations légales en leur donnant une dimension nationale »[1281]. Dans l'ensemble, il apparaît en France deux types de journaux d'annonces légales, à savoir d'une part, les journaux à vocation locale regroupant notamment les journaux paraissant dans le département du lieu du siège social et, d'autre part, les journaux à vocation nationale constitués du registre du commerce et des sociétés et du BODACC. En revanche, une telle distinction ne saurait prévaloir dans les Etats parties de l'OHADA. En exigeant que les quotidiens d'information générale justifient d'une diffusion à l'échelle nationale, l'Acte uniforme semble exclure une publication de proximité, c'est-à-dire une publication dans un journal paraissant au plus près du lieu du siège social, comme l'exige le droit français au moyen d'une publication dans le département du lieu du siège social.

2. La fixation des mentions de la publication par des acteurs déterminés

658. La publicité légale exigée pour la constitution des sociétés et la modification de leurs actes constitutifs requiert la transmission au public d'informations légales par des personnes

[1279] P. BEDER, « Publicité légale », *op. cit.*, n° 31, p. 17.
[1280] En droit OHADA, sont tenus de s'immatriculer au registre du commerce et du crédit mobilier, en premier lieu, les personnes physiques ayant la qualité de commerçant, au sens de l'article 2 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général, incluant ainsi l'acquéreur d'un fonds de commerce, le locataire-gérant, l'agent commercial, en deuxième lieu, les personnes morales, à savoir les sociétés commerciales, les groupements d'intérêt économiques, les sociétés d'Etat, les sociétés d'économie mixte et en troisième lieu les succursales.
[1281] P. BEDER, « Publicité légale », *op. cit.*, n° 82, p. 29.

déterminées[1282]. Ainsi, en phase de constitution, il revient au notaire qui a reçu le contrat de société ou aux fondateurs d'insérer un avis dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social[1283]. Les mentions devant figurer dans cet avis sont énumérées à l'article 262 de l'Acte uniforme et à l'article R. 210-4 du Code de commerce français. En cas de modification du capital, mention essentielle des statuts, un avis est inséré dans un journal d'annonces légales dans le département du siège social[1284]. « Cet avis est signé par le notaire qui a reçu l'acte ou au rang des minutes duquel il a été déposé ; dans les autres cas, il est signé par les représentants légaux de la société »[1285]. Les mentions devant figurer dans l'avis dont il s'agit sont déterminées par l'article 263 de l'Acte uniforme et l'article R. 210-9 du Code de commerce français. Ces mentions comportent, entre autres, les éléments d'identification de la société, les références du journal d'annonces légales dans lequel ont été publiés les actes constitutifs de la société, l'indication des modifications intervenues en présentant l'ancienne mention à côté de la nouvelle. En outre, s'agissant de la modification du capital, l'Acte uniforme exige un dépôt au greffe de la juridiction compétente de la copie certifiée conforme de la délibération ou de la décision et de la copie certifiée conforme de la déclaration notariée de souscription et de versement[1286]. En ce qui concerne l'insertion au BODACC, elle est effectuée par les soins du greffier du tribunal de commerce[1287].

659. Les modalités de publicité dans les journaux d'annonces légales pourraient être qualifiées de lourdes, au regard notamment de la diversité des journaux, de l'intervention de plusieurs acteurs et des mentions devant figurer dans les avis. Ces modalités constitueraient des contraintes pour les sociétés à capital variable dont la principale caractéristique est la variation permanente du capital social. C'est ainsi qu'elles ont été dispensées par le législateur de l'accomplissement des formalités de dépôt et de publication des actes constatant les augmentations et réductions de capital réalisées dans le cadre de la variabilité du capital[1288].

B. L'efficacité de la publicité dans un journal d'annonces légales

660. Selon le dictionnaire Le Petit Larousse illustré, l'efficacité désigne la qualité d'une chose qui produit l'effet attendu. Dans le cadre de la publicité légale, il s'agit de chercher à savoir si le dispositif prévu par le législateur donne entièrement satisfaction aux acteurs concernés, en

[1282] A. PLENT, *op. cit.*, n° 121, p. 60.
[1283] Art. 262 AUDSC.
[1284] Art. R. 210-3 C. com.
[1285] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 521, p. 338.
[1286] Art. 264 AUDSC.
[1287] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 175, p. 123.
[1288] Art. 231-3 C. com. et art. 269-3 al. 1 AUDSC.

l'occurrence, les tiers, tel que souhaité par le législateur. L'examen de l'efficacité de la publicité légale permettrait de comprendre les modalités de sa publication dans les journaux d'annonces légales. Pour ce faire, il convient de démontrer l'efficacité de ce mécanisme consacré par le législateur en tant que formalité. La démonstration de cette efficacité est tributaire de la détermination de ses objectifs et de ses critères d'efficacité. Dès lors, quels sont les aspects qui permettent de s'assurer que la publicité légale est susceptible d'atteindre les objectifs que le législateur lui a assignés ? Avant de procéder à l'appréciation de l'efficacité de la publicité légale (2), il est nécessaire de déterminer ses objectifs (1).

1. Les objectifs de la publicité légale

661. La détermination des effets attendus d'un mécanisme conditionne l'appréciation de son efficacité. En instituant la publicité légale, il apparaît évident que le législateur lui a assigné des objectifs. Or, la publicité légale comporte plusieurs supports que sont notamment les quotidiens d'information générale, le journal officiel, le registre du commerce. Il convient, de ce fait, d'analyser les manifestations de la publicité légale afin de déterminer ses objectifs. Quels sont alors les objectifs de la publicité légale en droit OHADA et en droit français ?

662. Certaines décisions prises par la collectivité des associés entraînent des changements au sein de la société et singulièrement des mentions figurant dans les statuts de la société. Ces changements doivent, de ce fait, être portés à la connaissance des tiers grâce à la publicité légale. L'importance juridique de la publicité légale est sans conteste. Elle constitue un dispositif prévu par le législateur destiné à porter à la connaissance des tiers tous les évènements inhérents à la vie juridique et commerciale des sociétés, de la naissance à la disparition de la personnalité morale ; ce qui contribue à la transparence de la vie des sociétés[1289]. De la sorte, la publicité légale constitue « un gage de sécurité et de fiabilité » dans la réalisation des transactions des acteurs économiques[1290].

En effet, en dehors des enjeux scientifiques et économiques motivant les décisions stratégiques des acteurs économiques, la publicité légale présente un enjeu juridique. Cet enjeu « permet de sécuriser les relations entre les différents partenaires »[1291]. Dans ce sens, la publicité légale peut être considérée comme un des dispositifs visant une sécurisation juridique des transactions entre les acteurs économiques[1292]. Dès lors, le caractère obligatoire de la publication des actes

[1289] P. BEDER, « Publicité légale », *op. cit.*, n° 2, p. 8.
[1290] *Ibid.*
[1291] A. PLENT, *op. cit.*, n° 121, p. 61.
[1292] *Ibid.*

constitutifs et des actes modificatifs des sociétés vise à assurer l'information et, en conséquence, la protection des tiers. Il apparaît alors que « l'objectif de la publicité légale est de faire connaître, de porter à la connaissance des tiers des informations juridiques fiables et qualifiées « informations légales », par nature non sécrètes »[1293]. A titre illustratif, le législateur exige que la réduction du capital non motivée par des pertes[1294] fasse l'objet d'une publicité légale, en vue de permettre aux créanciers de sauvegarder leurs intérêts en s'y opposant lorsqu'elle n'est pas motivée par des pertes. En somme, il apparaît que le législateur a choisi la publicité légale comme un des moyens de protection des tiers. Il convient donc de s'attacher à son objectif, à savoir la protection des tiers, en vue d'apprécier l'efficacité de la publicité légale.

2. L'appréciation de l'efficacité de la publicité légale

663. Pour être efficace, la publicité de la société doit être claire, disponible, contrôlée et présenter une image fidèle de la réalité[1295]. Cette publicité « ne peut être efficace que si elle est faite dans un journal répandu dans le public »[1296]. Ces critères peuvent alors être utilisés pour apprécier l'efficacité de la publicité légale telle que prévue par le législateur.

Pour assurer la publicité légale, le législateur a prévu la publication des annonces légales dans plusieurs supports tels que la presse, le journal officiel, le registre de commerce. L'appréciation de l'efficacité de la publicité légale devrait alors se faire à l'aune de ses différents supports. A ce sujet, un auteur affirmait que « la publication par la voie de presse est moins efficace qu'on pourrait le croire, car certains journaux d'annonces légales sont peu lus », mettant ainsi en exergue la dispersion des annonces dans toute la France ; ce qui aurait, selon lui, conduit le législateur français à imposer la publication au BODACC[1297]. Or, sans épiloguer sur la dispersion des annonces légales, la publication par la voie de presse se singularise par sa pluralité, dans la mesure où elle peut se faire sur support papier ou en ligne. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la loi n° 55-4 du 4 janvier 1955 concernant les annonces judiciaires et légales dont les articles 1 et 2 évoquent les deux aspects de la presse, à savoir la presse écrite et la presse en ligne. De même l'article 257 de l'Acte uniforme identifie les quotidiens d'information générale dans la liste des journaux d'annonces légales sans indiquer s'il s'agit de la presse écrite et/ou de la presse en ligne. Le développement des technologies de l'information et de la communication, ainsi que des métiers de la communication, ne devrait pas permettre d'exclure

[1293] P. BEDER, « Publicité légale », *op. cit.*, n° 2, p. 8.
[1294] Voir. Art. 639 AUDSC
[1295] F. TERRE, « Sécurité juridique et annonces légales », *LPA*, n° 198, 2 octobre 2008, p. 3.
[1296] *Ibid.*
[1297] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1576, p. 70.

la publication par la voie de la presse en ligne, sous réserve de la précision par voie règlementaire des conditions d'admission des organes de presse en ligne parmi les journaux d'annonces légales.

664. Par ailleurs, dans un monde en perpétuelle mutation, la presse en ligne favoriserait une disponibilité constante et permanente de l'information légale à l'égard des tiers, à condition que les avis qui y sont insérés comportent toutes les mentions exigées par le législateur ; ce qui garantirait la clarté de la publicité légale. Cependant, ce moyen, bien qu'accessible à tous, n'a pas un caractère authentique et officiel, car ne provenant pas d'une autorité administrative compétente de l'Etat ou n'étant pas placé sous la responsabilité d'une autorité judiciaire, comme c'est le cas respectivement du journal officiel et du registre du commerce. En effet, la publication dans ces journaux confère à l'information légale un caractère authentique et officiel ; ce qui permettra de donner aux tiers un sentiment de disposer d'une information contrôlée et réelle. Toutefois, les acteurs économiques ne s'intéresseraient à ces journaux qu'à certaines occasions. Ces derniers ne manifesteraient l'intérêt de consulter ces journaux que lorsqu'ils recherchent des informations sur un partenaire actuel ou potentiel. On pourrait alors considérer le journal officiel et le registre du commerce comme étant des journaux répandus, c'est-à-dire habituellement consultés et courant. Ils auraient, de ce fait, un caractère occasionnel.

665. Chacun des journaux d'annonces légales comporte des avantages et des insuffisances ; c'est ainsi qu'il est apparu nécessaire pour le législateur d'envisager leur complémentarité pour garantir la disponibilité de l'information légale aux tiers, en vue de la protection de leurs intérêts. De même, pour garantir l'accessibilité de la publicité légale, les différentes réformes opérées par le législateur ont conduit à une dématérialisation du journal officiel et du registre du commerce. C'est ainsi que le législateur OHADA a consacré la tenue et l'exploitation du registre du commerce et du crédit mobilier sur support papier et sous forme électronique[1298]. En France, « la version papier du Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) a été récemment supprimée au profit d'une publication sous forme électronique »[1299], tel qu'il ressort de l'alinéa 2 de l'article R. 123-209 du Code de commerce français[1300]. Il s'agit donc à travers ces réformes opérées par le législateur OHADA et le

[1298] Art. 80 AUDCG. Cette consécration résulte de la révision de l'AUDCG le 15 décembre 2010.
[1299] P. BEDER, « Publicité légale », *op. cit.*, n° 5, p. 9.
[1300] L'alinéa 2 de l'article R. 123-209 du Code de commerce français dispose que « le Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales est publié sous forme électronique, dans des conditions de nature à garantir son authenticité et son accessibilité permanente et gratuite ». La dématérialisation du BODACC résulte de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron ; laquelle

législateur français de rendre l'information légale accessible et permanente à l'égard de tous les tiers. De plus, la complémentarité des différents journaux d'annonces légales et la dématérialisation des registres du commerce et du journal officiel renforcent l'accessibilité de la publicité légale et l'équité entre les différents acteurs, procurant ainsi une transparence juridique efficace et indispensable à la réalisation des transactions économiques et financières[1301]. En conséquence, la publicité légale prévue par le législateur comporte tous les éléments d'efficacité, à savoir qu'elle est claire, disponible, contrôlée et présente une image fidèle de la réalité des sociétés concernées.

Paragraphe 2. Les formalités de publicité légale spécifiques aux sociétés à capital variable

666. La société à capital variable ne constitue pas une forme sociale à l'instar de la société anonyme, de la société par actions simplifiée ou de la société à responsabilité limitée. C'est l'insertion de la clause de variabilité dans les statuts qui confère à la société la qualification de société à capital variable. Il s'agit en fait d'une modalité de fonctionnement qui est adoptée par une société. Ce faisant, la société à capital variable est soumise aussi bien aux règles qui lui sont propres en fonction de sa forme juridique, y compris aux règles de droit commun, qu'aux règles spécifiques à la variabilité du capital[1302]. De ce fait, les sociétés à capital variable sont tenues d'accomplir non seulement les formalités de publicité légale prévues par le droit commun des sociétés, mais aussi les formalités de publicité légale spécifiques à la variabilité du capital. L'examen de ces formalités devrait permettre de s'assurer de leur efficacité, en dépit de la célérité des opérations prônée par le régime juridique de la variabilité du capital, mais également de la crédibilité de ces sociétés à l'égard des tiers. La préoccupation qui en résulte est alors la suivante : le régime de publicité prévu par le législateur pour les sociétés à capital variable garantit-il la crédibilité de ces sociétés à l'égard des tiers sans compromettre les objectifs de célérité des opérations sur le capital ? L'analyse du régime de la publicité légale des sociétés à capital variable commande l'examen d'une part, de l'étendue des formalités de publicité de ces sociétés (A) et, d'autre part, au regard de certaines insuffisances, du renforcement de leurs mesures de publicité (B).

dématérialisation a été actée par le décret n° 2016-296 du 11 mars 2016 relatif à la simplification de formalités en matière de droit commercial, aboutissant ainsi à la modification de l'article précité.

[1301] P. BEDER, « Publicité légale », *op. cit.*, n° 2, p. 8.

[1302] Art. 269-1 al. 2 AUDSC et art. L. 231-1 al. 1 C. com.

A. L'étendue des formalités de publicité des sociétés à capital variable

667. En plus des formalités de droit commun, les sociétés à capital variable sont soumises à des formalités spécifiques de publicité légale. Ces formalités sont destinées à assurer la protection des tiers, notamment ceux qui seraient amenés à réaliser des transactions avec de telles sociétés. Malgré les craintes que pourrait susciter le caractère variable de leur capital social, ces sociétés comportent des spécificités susceptibles de leur conférer une certaine crédibilité. Au regard de leur particularité, on pourrait se poser la question suivante : quelle est l'étendue des formalités de publicité légale spécifiques aux sociétés à capital variable ? L'analyse des dispositions de droit commun et des dispositions spécifiques aux sociétés à capital variable permet de déterminer d'une part, l'exigence de la mention des mots « à capital variable » (1) et, d'autre part, celle du capital social minimum irréductible (2) dans les actes et documents sociaux destinés aux tiers.

1. L'exigence de la mention des mots « à capital variable »

668. La société à capital variable constitue une modalité de fonctionnement que certaines formes juridiques déterminées peuvent adopter, à savoir les sociétés anonymes ordinaires et les sociétés par actions simplifiées en droit OHADA et toutes les sociétés n'ayant pas la forme de société anonyme en droit français[1303]. L'adoption de cette modalité de fonctionnement implique le respect de certaines formalités de publicité que ce soit au moment de la constitution de la société qu'en cours de vie sociale, non seulement par des dispositions de droit commun des sociétés, mais aussi par des dispositions spécifiques aux sociétés à capital variable.

669. En droit français, lors de l'accomplissement des formalités classiques de publicité exigées lors de la constitution des sociétés, « des prescriptions propres aux sociétés à capital variable sont imposées par les textes afin d'informer les tiers de cette modalité de fonctionnement de la personne morale »[1304]. Ce fut le cas de l'alinéa 3 de l'article 285 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales qui exigeait l'indication de la mention « capital variable » dans l'avis à insérer dans le journal d'annonces légales. Ce texte sera abrogé par le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 et cette exigence sera reprise par l'alinéa 2 de l'article R. 210-4 du Code de commerce français. En d'autres termes, il est fait obligation aux sociétés qui adoptent la variabilité du capital d'en faire mention dans l'avis à insérer dans le journal d'annonces légales. Cette mention est également requise dans la demande d'immatriculation au

[1303] Voir art. L. 231-1 C. com. et 269-1 AUDSC.
[1304] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à Capital variable », *op. cit.*, n° 24, p. 9.

registre du commerce et des sociétés. Ce qu'avait prévu l'article 15 du décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés ; ce décret ayant été abrogé par le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007, cette obligation se reprise par l'article R. 123-53 du Code de commerce français.

670. Cependant, en droit OHADA, les textes ne semblent pas à première vue exiger expressément une telle mention. L'article 262 de l'Acte uniforme qui donne la liste des mentions devant figurer dans l'avis qui doit être inséré dans le journal d'annonces légales a omis la mention « capital variable ». De même, l'article 46 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général n'exige pas expressément la mention « capital variable » dans la demande d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. Mais, le point 11 de cette disposition prévoit dans les mentions devant figurer dans la demande d'immatriculation « tout autre indication prévue par une disposition légale particulière ». Or, cette indication pourrait être celle prévue par l'article 269-2 de l'Acte uniforme. Selon cette disposition, la société qui adopte la variabilité du capital est tenue d'ajouter à la forme sociale les mots « à capital variable » dans tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers. Il s'agit notamment des publications, des factures, des bons de commandes, des tarifs et documents commerciaux et plus généralement de toute correspondance à caractère commercial. Est-ce à dire que les mots « à capital variable » doivent figurer dans l'avis à publier dans le journal d'annonces légales et dans la demande d'immatriculation ? Ces actes émanent de la société et sont destinés aux tiers. De la sorte, ils doivent comporter la mention « capital variable ». En conséquence, cette exigence, prévue également en droit français à l'article L. 231-2 du Code de commerce, constitue une formalité de publicité obligatoire et permanente[1305] imposée aux sociétés à capital variable. Qui plus est, lorsque les mentions figurant dans l'avis de constitution de la société connaissent une modification ou lorsque la société vient à adopter la variabilité du capital, cette modification doit être publiée dans un journal d'annonces légales par un avis comportant les mentions nécessaires, en l'occurrence, la mention « à capital variable »[1306]. Quel est alors l'intérêt d'une telle publicité par l'indication de la mention « à capital variable » ?

671. La mention « à capital variable » vise à permettre aux tiers, notamment les créanciers, de connaître en amont la nature de la personne morale avec laquelle ils envisagent de traiter[1307].

[1305] A. PLENT, *op. cit.*, n° 124, p. 62.
[1306] Art. 263 AUDSC et art. R. 210-9 C. com.
[1307] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 16.

Dès lors, cette mention assure la protection des tiers, lesquels détermineront les modalités de leurs relations avec la société à capital variable en toute connaissance de cause. Ils pourraient ainsi juger de la nécessité de contracter des sûretés pour garantir le recouvrement de leurs créances. Au regard de l'intérêt de cette mention pour les tiers, son absence dans les actes et documents de la société devrait permettre d'invoquer à l'égard de la société les règles de droit commun au profit des tiers, « sauf si ceux-ci ont fait preuve de mauvaise foi, du fait qu'ils savaient à l'avance ou étaient en mesure de savoir la variabilité du capital de la société »[1308]. Les tiers seraient ainsi fondés à s'opposer à la réduction du capital de la société à capital variable par retrait ou exclusion d'associés, car n'étant pas motivée par des pertes ; ce qui serait plus protecteur pour les tiers, avec l'inconvénient d'entraver la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital. En conséquence, la société n'a pas intérêt à omettre la mention « à capital variable » dans les actes et documents destinés aux tiers. De plus, elle doit faire figurer le montant du capital minimum irréductible dans lesdits actes et documents.

2. L'exigence de la mention du capital social minimum irréductible

672. Le capital minimum irréductible désigne le seuil minimum du capital à ne pas franchir à l'occasion de la reprise des apports à la suite de l'exercice du droit de retrait et à l'exclusion d'associés. Ce seuil correspond à un montant qui ne peut être inférieur ni au dixième du capital social statutaire ni au capital social minimum légal. Après les différentes réductions opérées, le capital réel de la société devra au moins être égal à ce montant minimum. A titre illustratif, en droit OHADA, ce capital ne saurait être inférieur à 10.000.000 de francs CFA si la société à capital variable est une société anonyme, dans la mesure où ce montant constitue le montant minimum du capital de ce type de société[1309] ; le droit OHADA n'ayant pas fixé un capital social minimum pour la société par actions simplifiée. Les réductions du capital qui franchiront ce seuil ne bénéficieront pas de l'allègement des formalités de modification de capital tel que prévu par les dispositions spécifiques à la variabilité du capital. Ainsi, le capital minimum irréductible désigne le montant en dessous duquel le capital social de la société à capital variable ne peut être réduit.

673. Les sociétés à capital variable sont tenues de mentionner le capital minimum irréductible dans le journal d'annonces légales et la demande d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés[1310]. C'est ce qui apparaît à l'alinéa 2 de l'article R. 210-4 et à l'article R. 123-53

[1308] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 17.
[1309] L'alinéa 1 de l'article 387 de l'AUDSC fixe le capital social minimum de la société anonyme à 10.000.000 de francs CFA. En droit français, la société anonyme a été exclue du domaine de la variabilité du capital.
[1310] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à Capital variable », *op. cit.*, n° 24, p. 9.

du Code de commerce français dans la liste des mentions devant figurer dans l'avis à publier dans le journal d'annonces légales et la demande d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. L'article 262 de l'Acte uniforme ne comporte pas, cependant, une telle mention. Il exige seulement en ce qui concerne le capital social l'indication du nombre des apports en numéraire et des apports en nature, le nombre de titres sociaux émis, le montant de la partie libérée si le capital n'est pas entièrement libéré. Quant à l'article 46 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, lequel est relatif à la demande d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, il ne fait pas non plus exigence de préciser le montant du capital minimum irréductible. Mais, en exigeant la précision du montant du capital social avec l'indication du montant des apports en numéraire et l'évaluation des apports en nature, l'on se demande quel montant du capital la société à capital variable est tenue d'indiquer. S'agit-il du capital souscrit ou du capital minimum irréductible ? Cette interrogation apparaît malgré la lecture combinée des deux dispositions précitées. Il s'avère donc nécessaire d'explorer au niveau des dispositions spécifiques à la variabilité du capital pour envisager une réponse acceptable. En effet, il se trouve que l'alinéa 1 de l'article 269-5 de l'Acte uniforme oblige les sociétés à capital variable à fixer dans les statuts le montant du capital minimum irréductible, tout comme l'alinéa 1 de l'article L. 231-5 du Code de commerce français. Ce montant constitue alors une mention obligatoire figurant dans les statuts des sociétés à capital variable. De la sorte, c'est cette mention qui devrait figurer dans l'avis à publier dans le journal d'annonces légales et la demande d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. Ainsi, à l'analyse, il apparaît obligatoire pour les sociétés à capital variable de préciser le capital minimum irréductible dans les différents documents sociaux destinés aux tiers, dans le journal d'annonces légales et dans la demande d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier.

674. La mention du capital minimum irréductible dans ces différents actes et documents vise à permettre aux tiers d'avoir à l'avance une idée sur le capital minimum de la société à capital variable ; ce qui pourrait constituer un indicateur sur l'appréciation de la nécessité pour tiers de contracter des sûretés pour garantir le recouvrement de leurs créances. Dès lors, la présence de cette mention devrait être de nature à conférer une certaine crédibilité aux sociétés à capital variable qui ne peuvent malgré tout être constituées sans un capital social minimal irréductible, surtout s'il s'agit d'une société anonyme dont le capital social minimum légal est de 10.000.000 de francs CFA. Dans ce sens, le manque de crédibilité des tiers à l'égard des sociétés à capital variable ne saurait être justifié, en raison de l'exigence de ces mentions dans les actes et

documents qui leurs sont destinés. Toutefois, ces mesures de publicité semblent insuffisantes pour une protection efficace des intérêts des tiers, en raison de l'absence de certaines mentions, telles que le capital maximum autorisé ; d'où la nécessité de renforcer les mesures de publicité des sociétés à capital variable.

B. Le nécessaire renforcement des mesures de publicité des sociétés à capital variable

675. Les mesures de publicité légale prévues par le législateur comportent des insuffisances susceptibles d'entamer la crédibilité des sociétés à capital variable. Ces insuffisances se caractériseraient, malgré une consécration par la jurisprudence, par le défaut de l'exigence de la mention du capital maximum autorisé dans les statuts, la demande d'immatriculation au registre du commerce, les journaux d'annonces légales, les actes et documents de la société destinés aux tiers. L'appréciation de cette insuffisance serait tributaire de l'importance de la mention du capital maximum autorisé pour les sociétés à capital variable. Dès lors, l'exigence de cette mention pourrait-elle contribuer au renforcement des mesures de publicité des sociétés à capital variable afin de renforcer leur crédibilité à l'égard des tiers ? Il conviendrait dès lors d'examiner d'une part, la nécessité de préciser le montant du capital autorisé dans les différents actes et documents de la société (1) et, d'autre part, l'intérêt de cette mention pour les sociétés à capital variable (2).

1. La nécessaire précision du capital maximum autorisé

676. Le capital maximum autorisé correspond à la valeur théorique constituant la limite supérieure de la variation du capital à ne pas dépasser[1311]. Il s'agit d'un seuil maximum du capital correspondant au plafond fixé par les statuts[1312]. La détermination de cette valeur consacre la limite des augmentations de capital dans le cadre de la variabilité du capital. Aucune disposition du Code de commerce français n'exige la stipulation du capital autorisé par la société à capital variable. Or, c'est tout le contraire de ce qui est prévu pour le capital minimum irréductible[1313]. En effet, les sociétés à capital variable sont tenues de mentionner le montant en dessous duquel le capital ne peut être réduit dans le journal d'annonces légales et la demande d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés[1314]. L'alinéa 2 de l'article R. 210-4 et l'article R. 123-53 du Code de commerce français exigent la mention du capital minimum irréductible dans l'avis à publier dans le journal d'annonces légales et la demande

[1311] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à Capital variable », *op. cit.*, n° 30, p. 10.
[1312] A. PLENT, *op. cit.*, n° 110, p. 55.
[1313] Voir *supra* n°23, p. 17.
[1314] M-H. MONSÈRIÉ-BON, « Sociétés à Capital variable », *op. cit.*, n° 24, p. 9.

d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Tout comme le législateur français, le législateur de l'OHADA est resté silencieux dans la fixation des conditions de détermination du montant supérieur du capital à ne pas franchir dans le cadre de la variabilité du capital[1315]. De la sorte, on pourrait conclure à une augmentation sans limite du capital des sociétés à capital variable et, en conséquence, sans modification des statuts et accomplissement des formalités inhérentes.

677. Ainsi, à première vue, aucune disposition légale n'exigeant la stipulation dans les statuts d'un plafond limitant les variations en augmentation du capital, rien n'interdirait à une société d'augmenter à volonté son capital social sur le fondement de la variabilité du capital. C'est ce que réfute la Chambre commerciale de la Cour de cassation française dans un arrêt du 6 février 2007. En effet, un associé d'une société à capital variable demandait en justice l'annulation d'une décision d'augmentation du capital prise par le conseil d'administration. Cette demande sera rejetée par la Cour d'appel de Pau qui, par un arrêt du 28 juin 2005, se fondera sur l'absence d'une disposition légale limitant les variations en augmentation du capital, validant ainsi l'émission d'actions nouvelles en vue de l'augmentation du capital de cette société. Soumis à l'examen de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, cet arrêt sera censuré en raison de l'absence de la mention du capital maximal autorisé dans la clause de variabilité. La Cour de cassation considère dès lors que la décision d'augmentation du capital doit respecter les procédures de droit commun d'augmentation de capital, en l'absence de la mention du capital maximal autorisé dans les statuts de la société à capital variable. Ainsi, selon cette juridiction, l'absence de cette mention oblige la société à appliquer les procédures de droit commun, en lieu et place de celles spécifiques aux sociétés à capital variable, sous peine de nullité. Cette décision de la Cour de cassation française vient ici combler une insuffisance du législateur. Curieusement, depuis cette décision rendue en 2007, le législateur français n'a pas cru bon jusqu'à nos jours de consacrer cette obligation dans les dispositions spécifiques aux sociétés à capital variable et dans les dispositions relatives aux journaux d'annonces légales et au registre du commerce et des sociétés ; ce qui aurait permis d'aboutir à une évolution et à un renforcement du dispositif légal des sociétés à capital variable. Se fondant sur cette jurisprudence, il apparaît évident que l'absence de la mention du capital maximum autorisé « rend ineffectives toutes formes de variations du capital social et la structure sociale ne pourrait donc prétendre détenir le caractère de société à capital variable »[1316].

[1315] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 14.
[1316] A. PLENT, *op. cit.*, n° 110, p. 55.

678. L'insuffisance légale ayant été comblée par la jurisprudence française, le législateur de l'OHADA aurait pu intégrer la mention du capital maximum dans le régime juridique applicable aux sociétés à capital variable. Il a plutôt choisi d'ignorer cette obligation jurisprudentielle, alors qu'il s'agit d'une mention essentielle à la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital. Pour ce faire, au même titre que le capital minimum irréductible, cette mention devrait figurer aussi bien dans les statuts que dans les actes et documents destinés aux tiers, notamment, l'avis à publier dans le journal d'annonces légales, la demande d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, les factures et correspondances commerciales.

2. L'intérêt de l'indication du capital maximum autorisé

679. Bien que la mention du capital maximum autorisé ne soit pas exigée par les dispositions légales, son indication dans les statuts et les actes et documents sociaux présente des intérêts aussi bien pour la société que pour les tiers. En effet, la fixation dans les statuts de la valeur supérieure du capital à ne pas franchir permet avec celle du capital minimum irréductible de mettre en œuvre la clause de variabilité du capital. Il s'agit ici de déterminer le cadre la variabilité du capital en fixant les deux bornes de la variation, à savoir un seuil maximum et un seuil minimum à ne pas franchir lors des différentes opérations de variation du capital[1317]. La détermination des deux bornes de la variabilité du capital facilitera l'établissement ou la clarification des opérations de modification du capital à travers la distinction entre celles relevant de la procédure de droit commun et celles bénéficiant de l'allègement des formalités dans le cadre de la variabilité du capital. Ainsi, l'augmentation ou la réduction du capital maximum autorisé de la société à capital variable relèvera toujours de la procédure de droit commun des sociétés commerciales. Dans ce sens, les modifications du capital maximum autorisé ne sauraient être opposables aux tiers sans l'accomplissement préalable des formalités de publicité requises à cet effet, « à la diligence et sous la responsabilité des représentants légaux de la société »[1318]. Il en est de même pour l'augmentation et la réduction du capital minimum irréductible.

680. La modification du montant du capital maximum autorisé et du capital minimum irréductible entraînera la modification des statuts. En dehors de cette modification, soumise aux procédures de droit commun des sociétés, les modifications successives du montant du capital relèveront des procédures édictées dans le cadre de la variabilité du capital. Elles n'auront aucun

[1317] *Ibid.*, n° 131, p. 65.
[1318] *Ibid.*, n° 300, p. 164. ; Art. R. 210-18 al. 1 C. com.

impact sur les statuts et bénéficieront de l'allègement des formalités prévu à cet effet, à condition qu'elles ne franchissent ni le seuil maximum, ni le seuil minimum du capital de la société à capital variable déterminés dans les statuts.

681. L'absence de la mention du capital maximum autorisé ne permet pas de déterminer la procédure applicable en cas d'augmentation de capital. Qui plus est, elle entraînera la nullité des opérations réalisées sous le couvert de la variabilité du capital, alors que celles-ci devraient l'être selon la procédure de droit commun. Or, cette procédure requiert, entre autres, la tenue d'une assemblée générale extraordinaire, avec toute la lourdeur que cela comporte, sans oublier les formalités de publication à accomplir, lesquelles sont onéreuses. Pourtant, la clause de variabilité du capital est censée autorisée l'augmentation et la réduction permanentes du capital en dehors de toute formalité de publicité destinée aux tiers. En outre, l'absence de la mention du capital maximum autorisé ne permet pas de rendre suffisamment compte du caractère variable du capital social. Elle ne permet pas non plus de présenter les potentialités de la société quant à la mobilisation de fonds pour le financement de son exploitation et de ses projets.

682. A l'égard des tiers, l'indication de la mention du capital maximum autorisé dans les actes et documents sociaux leur permet d'avoir une idée sur l'étendue de la variation du capital de la société avec laquelle ils contracteront ou avec laquelle ils sont déjà en relation d'affaires. Cette mention renseigne alors les tiers sur les capacités de mobilisation de fonds ; ce qui est susceptible de susciter à leur égard une certaine assurance dans la réalisation de leurs opérations avec la société à capital variable. Ainsi, la présence de la mention du capital maximum autorisé contribue au renforcement de la crédibilité de la société à capital variable à l'égard des tiers. C'est là tout l'intérêt de mentionner le capital maximum autorisé dans les statuts et les actes et documents destinés aux tiers. En conséquence, il conviendrait que le législateur OHADA prenne en compte cette nécessité d'exiger la mention du capital maximum dans les différents actes et documents destinés aux tiers et à la demande d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ; ce qui renforcera les mesures de publicité et, en conséquence, le régime juridique applicable aux sociétés à capital variable. Il s'agit dès lors de soumettre les sociétés à capital variable à ces mesures de publicité permanentes destinées à assurer une sécurité juridique dans leurs relations avec les tiers[1319].

[1319] Voir A. PLENT, *op. cit.*, n° 124, p. 63.

Section 2. La protection des tiers par l'appréciation de la solvabilité de la société

683. Les garanties accordées d'office aux créanciers sont tributaires de la consistance des biens en numéraire et des biens en nature apportés par les associés, ainsi que des biens acquis par la société en cours de vie sociale. Or, la reprise des apports entraîne la réduction du capital de la société à capital variable et, en conséquence, les garanties accordées aux créanciers, lesquels « pourraient donc être réticents à contracter avec celle-ci » [1320]. Leur réticence se justifierait par la réduction de l'assiette de leurs garanties et des risques d'insolvabilité que présente la société à capital variable ; le capital de celle-ci pouvant connaître diverses réductions sans qu'ils en soient informés. Il convient alors, en plus de l'instauration d'un régime de publicité spécifique aux sociétés à capital variable, de déterminer des mécanismes destinés à rassurer les créanciers sur la préservation de leurs intérêts dans le cadre des relations avec les sociétés à capital variable. Ces mécanismes pourraient être de deux ordres. En premier lieu, il pourrait s'agir d'assurer un encadrement de la fluctuation du capital, particulièrement en ce qui concerne la reprise des apports, car comportant des risques pour les tiers à la société. La maîtrise des opérations de réduction de capital de la société à capital pourrait garantir les créanciers sur la solvabilité des sociétés à capital variable. En second lieu, il pourrait s'agir pour les créanciers à recourir aux sûretés, afin « de gérer, par anticipation, le risque d'insolvabilité [d'une société à capital variable], ou tout au moins de renforcer [leurs] chances d'être payés »[1321] ; ce qui aurait l'avantage de susciter ou de renforcer leur confiance à l'égard des sociétés à capital variable. Dès lors, l'analyse qui en résulte permet d'envisager d'une part, la protection des tiers par l'encadrement de la fluctuation du capital (**Paragraphe 1**) et, d'autre part, le renforcement de la protection des tiers par le recours aux sûretés (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La protection des tiers par l'encadrement de la fluctuation du capital

684. La fluctuation du capital désigne la variation constante du montant du capital s'opérant par augmentation et réduction. Les sociétés à capital variable constituent le domaine privilégié de cette fluctuation en raison de ses modalités de mise en œuvre. Si l'augmentation du capital accroît les capacités financières de la société, tel n'est pas le cas de la réduction du capital. Celle-ci entraîne la reprise des apports, dans la mesure où elle se traduit par le remboursement des apports aux associés sortants et, de ce fait, par la réduction de l'actif de la société. Or, la réduction s'opérant dans le cadre de la variabilité du capital se réalise à l'insu des tiers, puisqu'elle est dispensée de l'accomplissement des formalités de dépôt et de publication. De la

[1320] *Ibid.*, n° 20, p. 10.
[1321] Ch. ALBIGES et M-P DUMONT, *Droit des sûretés*, Dalloz, Paris, 8e éd., 2022, n° 3, p. 5.

sorte, les tiers, notamment les créanciers, feraient face à la réduction de la consistance de leur gage commun. Ceux-ci ne seraient pas en mesure d'apprécier la solvabilité de la société avec laquelle ils traitent déjà ou envisagent de traiter.

Au regard des conséquences de cette modification du capital, le législateur s'est senti obligé de réguler la fluctuation du capital social grâce, entre autres, à l'encadrement de la reprise des apports. En effet, l'encadrement constitue une modalité de régulation de la modification du capital social. L'encadrement de la reprise des apports a consisté pour le législateur à fixer des limites à la réduction du capital consacrées aussi bien par des dispositions de droit commun, que par des dispositions spécifiques à la variabilité du capital. L'objectif visé ici est de contribuer à assurer la protection des tiers dans le cadre de la variabilité du capital, particulièrement de la réduction du capital. Dès lors, l'encadrement de la reprise des apports, constituera un gage de la protection des tiers (A). De même, le législateur a requis l'intervention d'un professionnel, en l'occurrence le notaire, dans l'accomplissement des formalités de constitution et de modification de la société (B). L'analyse de ce dispositif permettra de s'assurer de l'efficacité des mesures prévues pour la protection des tiers dans le cadre de la variabilité du capital.

A. L'encadrement de la reprise des apports, gage de la protection des tiers

685. La réduction de capital social dans le cadre de la variabilité du capital se traduit par la reprise totale ou partielle des apports effectués. Or, en droit commun des sociétés, la réduction du capital est soumise à une série de formalités, dont la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, le dépôt et la publication des actes modificatifs, sans oublier l'exercice du droit d'opposition des créanciers. Les associés ne peuvent alors librement réduire leur participation ou se retirer de la société sans se soumettre à ces formalités. En revanche, avec la variabilité du capital, les associés disposent d'une liberté pour procéder à ces opérations conduisant à la réduction du capital. Pourtant, tout en fixant des limites à la réduction du capital social, le législateur permet également de fixer librement dans les statuts les modalités de reprise des apports[1322] ; déterminant ainsi un cadre d'encadrement de la reprise des apports. Il convient alors de déterminer l'existence d'un lien entre l'encadrement de la reprise des apports dans les sociétés à capital variable et la protection des tiers. Autrement dit, quel lien pourrait-on établir entre l'encadrement de la reprise des apports et la protection des tiers ? A l'analyse, il apparaîtra

[1322] Art. 269-2-1 AUDSC.

que la détermination des modalités de l'encadrement de la reprise des apports (1) préfigurera la préservation de la capacité financière de la société (2).

1. Les modalités de l'encadrement de la reprise des apports

686. L'une des modalités de mise en œuvre de la clause de variabilité du capital est la réduction du capital par la reprise totale ou partielle des apports effectués[1323]. La reprise des apports se traduit par le remboursement des droits sociaux correspondants et, en conséquence, de la réduction du montant du capital social. Elle s'opère soit par le retrait, soit par l'exclusion d'associés. Le retrait désigne, en effet, la faculté reconnue à un associé de quitter une société[1324]. Il traduit sa volonté de se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable. Quant à l'exclusion d'un associé, elle constitue une mesure résultant d'une décision prononcée par un organe de la société se traduisant par la sortie forcée de l'intéressé et le remboursement ou le rachat de ses droits sociaux. Elle constitue la contrepartie du droit reconnu à chaque associé de se retirer de la société à tout moment. Même si en droit OHADA, l'article 269-2-1 de l'Acte uniforme permet aux associés de fixer librement les modalités de reprise des apports, celles-ci sont soumises aussi bien aux règles de droit commun des sociétés, qu'aux règles spécifiques à la variabilité du capital. Ces règles établissement un encadrement de la reprise des apports. Comment s'opère alors l'encadrement de la reprise des apports dans les sociétés à capital variable ?

687. Diverses dispositions du droit commun des sociétés apportent des restrictions à la réduction du capital et donc à la reprise des apports dans les sociétés à capital variable. En effet, la loi a fixé un capital social minimum de certaines sociétés en raison de la forme ou de l'objet de la société[1325]. Il en est ainsi pour la société anonyme dont le capital social minimum ne saurait être inférieur à 10.000.000 de francs CFA en droit OHADA et à 37.000 euros en droit français[1326]. Le respect de ce minimum requis pour le capital social constitue une condition de validité de la constitution de la société anonyme[1327]. Dès lors, il s'est agi pour la loi de déterminer expressément un capital social minimum irréductible ou incompressible pour toute société anonyme. Il s'agit d'un seuil en dessous duquel la réduction du capital, autrement dit la reprise d'apport, ne sera pas autorisée. Dès lors, les sociétés à capital variable sont astreintes au respect du minimum légal déterminé par la loi. Ainsi, la réduction du capital social par la reprise

[1323] Art. L. 231-1 al. 1 C. com. et art. 269-1 al. 1 AUDSC.
[1324] S. SCHILLER, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *op. cit.*, n° 141, p. 4.
[1325] Voir art. 65 AUDSC.
[1326] Voir art. 387 al. 1 AUDSC et art. L. 224-1 C. com.
[1327] Voir art. 66 al. 1 AUDSC.

d'apports entraînant le capital à s'établir en dessous du montant minimum fixé par la loi se traduira par la dissolution de la société[1328]. Autrement dit, une société anonyme en droit OHADA ne saurait voir son capital social descendre en dessous de 10.000.000 de francs CFA. On se rend alors compte que la reprise des apports dans les sociétés à capital variable est soumise à une limite, à savoir le minimum légal de la forme sociale considérée. Cependant, cela n'est valable que pour la société anonyme en droit OHADA. En effet, dans le domaine de la variabilité du capital en droit OHADA, seule la société anonyme a vu son capital social minimum fixer par l'Acte uniforme. En outre, la société anonyme est exclue du domaine de la variabilité du capital en droit français. Qu'à cela ne tienne, le retrait ou l'exclusion d'un associé est confronté à cette limite, dans la mesure où il ne pourrait avoir pour effet de réduire le capital au-dessous du seuil légal, c'est-à-dire du capital social minimum[1329]. De ce fait, ce seuil légal constitue un obstacle à la réalisation du retrait et de l'exclusion d'un associé.

688. En plus des dispositions de droit commun, certaines dispositions spécifiques à la variabilité du capital renforcent l'encadrement de la reprise des apports. C'est le cas des articles L. 231-5 du Code de commerce français et 269-5 de l'Acte uniforme. L'alinéa 1 de ces deux articles exige la détermination dans les statuts du capital minimum irréductible. L'alinéa 2, quant à lui, détermine le niveau du capital minimum irréductible ; lequel ne saurait être inférieur d'une part, au dixième du capital social statutaire et, d'autre part, au capital social minimum légal. De la sorte, l'alinéa 2 des articles L. 231-5 du Code de commerce français et 269-5 de l'Acte uniforme encadre la réduction du capital résultant de la reprise des apports. Selon ces dispositions, les retraits et les exclusions opérés dans le cadre de la variabilité du capital, entraînant la réduction du capital, ne devront amener le montant du capital social à un montant inférieur ni au dixième du capital social stipulé dans les statuts, ni au minimal légal fixé pour la forme sociale considérée. Ces dispositions instaurent ainsi un double seuil à ne pas franchir lors des retraits ou des exclusions d'associés. L'inobservation de ces dispositions fixant le niveau du capital minimum irréductible est sanctionnée par la nullité de la réduction opérée[1330]. En d'autres termes, la reprise des apports résultant de l'exercice du droit de retrait et l'exclusion d'associés se trouve paralyser par le seuil minimum irréductible déterminé dans les statuts. Quel est alors l'objectif d'un tel encadrement ?

[1328] Voir art. 66 al. 2 AUDSC et art. L. 224-2 al. 2 C. com.
[1329] A. PLENT, *op. cit.*, n° 453, p. 221.
[1330] Art. 269-5 al. 3 AUDSC.

2. La préservation de la capacité financière de la société par l'encadrement de la reprise des apports

689. La reprise des apports par un ou plusieurs associés d'une société à leur convenance « pourrait considérablement fragiliser la structure sociale dans son ensemble », dans la mesure où elle entraînerait une réduction du capital privant ainsi à court terme la société de fonds nécessaires pour faire face à ses besoins, financer son exploitation et réaliser des investissements structurants[1331]. Il apparaît alors nécessaire d'envisager l'encadrement de la reprise des apports comme un mécanisme visant la préservation de la situation financière de la société à capital variable ; ce qui permettrait également aux tiers d'apprécier le niveau de solvabilité de ladite société. Mais, comment l'encadrement de la reprise des apports peut-il servir à la préservation de la situation financière et à l'appréciation du niveau de solvabilité de la société à capital variable ?

690. L'encadrement de la reprise des apports a consisté à fixer des limites à la reprise des apports en déterminant un capital minimum incompressible, lequel ne saurait être inférieur ni au dixième du capital statutaire, ni au capital minimum légal fixé pour la forme sociale considérée[1332]. Un tel encadrement ne vise pas à interdire définitivement l'exercice du droit de retrait ou l'exclusion d'un associé, mais à retarder son opérationnalisation ou son effectivité. De la sorte, l'encadrement de la reprise des apports permettra d'établir un lien entre l'obligation de rembourser les apports de l'associé sortant et la santé financière de la société, c'est-à-dire l'équilibre financier de la société. L'objectif de cet encadrement est donc d'empêcher ou de retarder la reprise des apports qui amènerait le capital social à un montant inférieur au seuil minimum irréductible ; ce qui entamerait les capacités financières de la société. Il apparaît ainsi un lien entre le capital social minimum irréductible et les capacités financières de la société.

691. Traditionnellement, le capital social sert à protéger les capitaux propres de la société contre d'éventuels agissements des associés visant notamment à distribuer des dividendes en l'absence de bénéfices et à exercer un droit de retrait ou à exclure un ou des associés. Ce faisant, le capital minimum irréductible constituerait la référence à la détermination de l'existence de dividendes distribuables ou de l'effectivité de l'exercice du droit de retrait ou de l'exclusion d'associé. Dans ce sens, l'encadrement de la reprise des apports vise à préserver la consistance des

[1331] A. PLENT, *op. cit.*, n° 211, p. 107.
[1332] Voir art. 269-5 al. 2 AUDSC et art. L. 231-5 al. 2 C. com.

capitaux propres. Cet objectif illustre l'intérêt de la fixation d'un capital minimum irréductible dans les statuts de la société à capital variable.

692. De même, lorsqu'en cours de vie sociale, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, il s'avère nécessaire de procéder à sa recapitalisation ; ce qui oblige les dirigeants sociaux à convoquer les associés en vue d'une décision dans ce sens[1333]. Dans un tel contexte, il devient impossible de faire droit à la reprise des apports ; la situation financière de la société étant compromise. De ce fait, le capital minimum irréductible servant de référence pour l'encadrement de la reprise des apports apparaît ici comme un indicateur de l'appréciation de la solvabilité[1334] de la société à capital variable. En effet, lorsque l'actif de la société est supérieur à son passif, on considère que la société est solvable. Il apparaît ici un lien entre l'actif social et les capitaux propres de la société, de même que le capital social minimum irréductible. Ce dernier sert d'élément d'appréciation du niveau des capitaux propres acceptable. Or, les capitaux propres traduisent « la véritable situation financière de la société et son aptitude à faire face à ses engagements »[1335]. En d'autres termes, les capitaux propres révèlent la richesse de la société, dans la mesure où leur détermination résulte de la différence entre l'actif brut et le passif dû aux tiers[1336].

Ainsi, en établissant un lien entre le capital social et les capitaux propres, on se rend compte que l'encadrement de la reprise des apports contribue à la préservation de la capacité financière de la société. Dans ce sens, cet encadrement serait destiné à protéger le gage des créanciers sociaux ; lesquels pourraient se prévaloir d'un capital minimum souscrit[1337] qui, d'ailleurs, est porté à la connaissance des tiers[1338].

B. L'intervention du notaire dans la fluctuation du capital

693. Le notaire est un officier public chargé d'un service public de la preuve ; à cet effet, il est habilité à recevoir « tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire

[1333] Thibaut MASSART, « Constitution d'une société sous-capitalisée », *op. cit.*, n° 71, p. 115.
[1334] Selon le dictionnaire *Le Petit Larousse illustré*, la solvabilité désigne le fait d'être en mesure ou d'avoir les moyens de payer ses créanciers.
[1335] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 2456, p. 651.
[1336] R. MORTIER, *Opérations sur capital social, op. cit.*, n° 8, p. 5.
[1337] M. A. DIENG et A. M. SALL, *op. cit.*, p. 18.
[1338] Le capital social minimum incompressible figure dans les statuts et constitue une mention obligatoire à publier dans le registre de commerce, les journaux d'annonces légales, de même que les actes et documents sociaux destinés aux tiers. De même, conformément aux dispositions des articles 269 et suivants de l'Acte uniforme et des articles L. 232-21 et suivants du Code de commerce français, les sociétés commerciales sont tenues déposer au registre de commerce les états financiers de synthèse ou comptes annuels dans le mois qui suit leur approbation par l'organe compétent. Il est alors possible d'avoir connaissance de la situation financière des sociétés suivant ces dispositions.

donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique »[1339]. Son intervention est requise par le législateur dans certains actes inhérents à la vie des sociétés commerciales, notamment lors de la constitution des sociétés, la modification des statuts, particulièrement du capital social. Dans ce sens, il intervient dans les actes consacrant la fluctuation du capital social, c'est-à-dire l'augmentation et la réduction du capital social. Ainsi, de manière générale, son domaine d'intervention dans la fluctuation du capital est déterminé par le législateur. De ce fait, il pourrait être amené à intervenir dans la fluctuation du capital des sociétés à capital variable. Il convient dès lors de déterminer le domaine d'intervention du notaire dans la fluctuation du capital social des sociétés à capital variable. Or, ces sociétés sont non seulement caractérisées par la célérité des opérations sur le capital, mais aussi confrontées à une éventuelle crise de crédibilité des tiers en raison des craintes que suscitent les modalités de réduction de leur capital social qui ne font pas l'objet de publicité légale.

De la sorte, comment s'assurer que l'intervention du notaire dans les opérations sur le capital des sociétés à capital variable garantisse la sécurité juridique des associés et des tiers ? Cette question pose le problème de l'appréciation du domaine d'intervention du notaire dans le cadre de la variabilité du capital. De cette appréciation, il ressort une insuffisante intervention du notaire, selon les prévisions du législateur (1) ; laquelle intervention mériterait d'être renforcée par le législateur pour garantir une meilleure sécurité juridique des acteurs économiques (2).

1. Une insuffisante intervention du notaire consacrée par le législateur

694. En droit commun des sociétés, le législateur a consacré l'intervention du notaire dans l'accomplissement des formalités de constitution et de modification des sociétés. A ce titre, dans le cadre des démarches de constitution des sociétés, le notaire peut être amené à établir les statuts, conférant à ceux-ci le caractère d'acte notarié[1340]. Il peut être également habilité à signer l'avis de constitution qui doit être publié dans un journal d'annonces légales, au même titre que les fondateurs de la société[1341]. En outre, la libération et le dépôt des fonds sont en principe constatés par une déclaration notariée de souscription et de versement (DNSV) indiquant la liste des souscripteurs et le montant des sommes versées par chacun d'eux[1342]. La DNSV, qui doit être tenue à la disposition des souscripteurs qui peuvent en prendre connaissance[1343], est dressée

[1339] Art. 1 Ord. n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat et art. 4 al. 1 loi n° 021-2019/AN portant statut des notaires au Burkina Faso.
[1340] Art. 10 AUDSC.
[1341] Art. 262 AUDSC et art. R. 210-3 al. 2 C. com.
[1342] Art. 314 al. 1 313 et 393 al. 1 AUDSC et art. R. 223-3 al. 1 C. com.
[1343] Art. 394 al. 2 AUDSC.

par le notaire sur la base des éléments figurant sur l'exemplaire des bulletins de souscription lorsqu'il s'agit d'une société anonyme[1344]. Le notaire y affirmera la conformité d'une part, entre le montant des souscriptions déclarées et le montant figurant sur les bulletins de souscription et, d'autre part, entre le montant du versement et le montant des sommes déposées en son étude ou celui figurant au certificat du dépositaire attestant le dépôt des fonds[1345]. Dans le cadre de l'accomplissement des formalités de modification du capital, le notaire recevra ou dressera l'acte modifiant les statuts et signera l'avis à publier dans les journaux d'annonces légales[1346]. Particulièrement, en cas d'augmentation de capital, il pourrait recevoir les fonds provenant de la souscription de nouveaux titres sociaux[1347], les bulletins de souscription[1348] en vue de dresser la DNSV qu'il tiendra à la disposition des souscripteurs[1349].

695. En revanche, aucune disposition relative à la variabilité du capital ne prévoit expressément l'intervention du notaire lors de la modification du capital. Il faut alors se reporter aux dispositions de droit commun pour déterminer l'étendue de l'intervention du notaire à l'occasion de toute opération engendrant la fluctuation du capital, c'est-à-dire les opérations d'augmentation et de réduction du capital. Les sociétés à capital variable étant soumises non seulement aux dispositions spécifiques à la variabilité du capital, mais aussi aux dispositions de droit commun, l'intervention du notaire apparaîtra à l'occasion de toute opération entraînant une augmentation du capital, à savoir les versements successifs d'associés anciens et l'admission d'associés nouveaux. Ces opérations donneront lieu à la signature de bulletins de souscription par les associés concernés, dont un exemplaire permettra au notaire de dresser la DNSV. En revanche, aucune disposition spécifique ou de droit commun ne prévoit une quelconque intervention du notaire à l'occasion d'opération entraînant la reprise partielle ou totale d'apports effectués et, en conséquence, la réduction du capital des sociétés à capital variable, à savoir le retrait et l'exclusion d'associés. Dès lors, l'intervention du notaire apparaît insuffisante pour une meilleure protection des tiers, notamment les créanciers.

En effet, les retraits et les exclusions d'associés, entraînant la réduction du capital, n'étant pas portées à la connaissance des tiers, puisqu'étant dispensées des formalités de dépôt et de publication, elles susciteraient des craintes à leur égard, dans la mesure où elles réduiront leur gage commun, à savoir le capital social. En effet, le capital social est traditionnellement

[1344] Art. 391 AUDSC.
[1345] Art. 394 al. 1 AUDSC.
[1346] Art. 263 AUDSC et art. R. 210-9 C. com.
[1347] Art. 361 al. 1 et 607 al. 1 AUDSC.
[1348] Art. 601 AUDSC.
[1349] Art. 613 al. 2 AUDSC.

considéré comme le gage des créanciers sociaux. C'est la raison pour laquelle, en droit commun des sociétés, ceux-ci disposent d'un droit d'opposition contre toute réduction du capital non motivée par des pertes[1350]. Il s'agit alors pour les créanciers de s'opposer à toute réduction de capital qui entamerait la consistance des actifs de la société ; ce qui permet d'assurer la protection de leurs intérêts. Toutefois, dans les sociétés à capital variable, les créanciers ne disposent pas d'un droit d'opposition en cas de retrait et d'exclusion d'associés, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas motivés par des pertes[1351]. Or, au regard de la potentielle récurrence de telles opérations, des dispositions auraient dû prévoir l'intervention du notaire pour conférer une crédibilité conséquente de la société à capital variable à l'égard des tiers ; d'où la nécessité de renforcer l'intervention du notaire particulièrement lors des opérations de réduction du capital, en l'absence des formalités de dépôt et de publication destinées à informer les tiers.

2. Le nécessaire renforcement de l'intervention du notaire

696. Le retrait d'un associé traduit la volonté de celui-ci de se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable. Quant à l'exclusion, elle manifeste la décision de l'assemblée générale ou de la collectivité des associés de mettre un terme à la participation d'un associé. Le retrait et l'exclusion ne seront admis et effectifs qu'à la condition de se conformer aux conditions édictées par la loi et les statuts[1352]. Leur effectivité se manifestera par le remboursement des apports, c'est-à-dire la reprise des apports, aboutissant ainsi à la réduction du capital. Sous réserve des limites fixées par la loi et les statuts, la volonté des associés est prépondérante dans la réduction du capital des sociétés à capital variable. Cette réduction se réalise d'ailleurs à l'insu des tiers, puisqu'elle ne fera pas l'objet de publicité légale en raison de la dispense des formalités de dépôt et de publication des actes y relatifs. Pourtant, de par leurs effets, le retrait et l'exclusion d'associés entameront la consistance de l'actif social constituant le gage des créanciers sociaux. En réalité, ceux-ci verraient dans ces opérations une atteinte à leurs intérêts ; d'où la nécessité d'envisager une certaine protection pour conférer plus de confiance dans leurs relations avec les sociétés à capital variable. Une des solutions à envisager serait l'intervention du notaire dans ces opérations entraînant la réduction du capital. Dans ce cas, pourquoi pourrait-on considérer que l'intervention du notaire dans le cadre de la réalisation des opérations de réduction de capital des sociétés à capital variable participerait à la protection des contractants et des tiers ?

[1350] Voir art. 632 et s. AUDSC et art. L. 225-205 C. com.
[1351] Art. 269-3 al. 2 AUDSC. Le Code de commerce français ne comporte pas une telle précision.
[1352] Il s'agit ici du respect des limites à la réduction du capital, à savoir les seuils légaux et statutaires minimum à ne pas franchir.

697. La publicité légale attachée aux actes constitutifs et modificatifs des sociétés prévue par le législateur consacre un formalisme que l'on pourrait qualifier « d'informations » ou « d'informatif ». Ce formalisme est destiné à informer les tiers sur les évènements inhérents à la vie des sociétés, à savoir la constitution, la modification, la dissolution et la liquidation de la société. A ce formalisme, on pourrait ajouter un formalisme d'authenticité du fait de l'intervention du notaire en vue d'assurer davantage la protection des contractants et des tiers[1353], en l'occurrence lors des opérations entraînant la réduction du capital. L'intervention du notaire ne consistera pas à remplacer la volonté des parties, mais plutôt à la consolider pour répondre à plusieurs préoccupations, telles que la sécurité des transactions et la constitution de la preuve des opérations sur le capital[1354]. Mais, comment s'opérerait l'intervention du notaire sans contrarier la célérité des opérations ?

698. Après avoir pris les dispositions pour conformer l'exercice du droit de retrait et la décision d'exclusion aux conditions fixées par la loi et les statuts en matière de réduction du capital, la société pourrait consacrer les conséquences de la reprise des apports qui en résulte dans un acte authentique, en l'occurrence un acte notarié. « L'acte notarié est un acte authentique établi par un notaire avec les solennités requises »[1355]. Il bénéficie « de la double présomption de légalité et d'exactitude de son contenu et ne peut être contesté que par la procédure de l'inscription en faux »[1356]. Il s'agira d'un acte délivré par le notaire constatant la réalisation de l'opération et confirmant le montant actualisé du capital social. Les dirigeants sociaux pourraient présenter cet acte notarié aux partenaires économiques de la société en vue de les rassurer sur le niveau réel du capital social. De la sorte, la délivrance d'un acte notarié constatant la réalisation de l'opération et consacrant le capital social contribuerait à renforcer la crédibilité de la société à capital variable à l'égard des tiers. De fait, le recours au notaire vise ici à assurer la constatation officielle de l'opération ayant entraîné la réduction du capital.

699. L'intervention du notaire, officier public, assurerait la protection des droits des tiers. En effet, cette protection découle des missions à lui assignées par la loi et liées à son statut, notamment un devoir de conseil et une mission d'authentification[1357]. Cette seconde mission « qui pèse sur le notaire [consiste] à garantir la véracité du contenu de l'acte et assurer la fiabilité

[1353] C. FARENC et J. SEVE, « La protection des droits : le notaire au cœur de cette mission », Defrénois, 17 septembre 2020, n° 162, p. 63.
[1354] C. FARENC et J. SEVE, *op. cit.*, p. 2.
[1355] Art. 52 al. 1 loi n° 021-2019/AN portant statut des notaires au Burkina Faso.
[1356] Art. 53 al. 1 loi précitée.
[1357] *Ibid.*

de ce qui est énoncé »[1358]. Dans ces circonstances, il s'agira de faire en sorte que l'opération, le retrait ou l'exclusion selon les cas, soit matérialisée, voire authentifiée, dans un acte doté de la foi publique, c'est-à-dire « un acte sur lequel le public peut s'appuyer car ce qu'il relate a été vérifié et correspond à la réalité »[1359]. C'est d'ailleurs ce que les tiers recherchent dans le cadre de la réalisation de leurs transactions, parce qu'ils auront en face d'eux un acte dressé par un « tiers de confiance », un professionnel garantissant la meilleure preuve[1360]. C'est là tout l'intérêt de faire intervenir le notaire dans la réduction du capital. Il sera seulement chargé de constater la réalisation de l'opération sans suppléer la volonté des acteurs. Autrement dit, il interviendra *a posteriori*, c'est-à-dire après l'exercice du droit de retrait et l'adoption de la décision d'exclusion. De ce fait, il n'interfèrera pas dans l'effectivité de la reprise des apports. Pour ce faire, il conviendrait de consacrer l'intervention du notaire dans les modalités de reprise des apports, en tant que formalité intervenant *a posteriori* à l'exercice du droit de retrait ou à l'adoption de la décision d'exclusion, selon les cas. Outre la liberté contractuelle conférée aux sociétés à capital variable pour la détermination de leurs modalités de fonctionnement, cette intervention du notaire pourrait avoir pour fondement l'article 269-2-1 de l'Acte uniforme. Cette disposition a, en effet, conféré aux sociétés à capital variable la faculté d'organiser dans leurs statuts les modalités de reprise des apports. Par ailleurs, cette intervention pourrait être consacrée par le législateur dans les dispositions régissant la variabilité du capital social ; ce qui contribuerait à renforcer la protection des acteurs économiques. A titre illustratif, au Burkina Faso, les émoluments du notaire pour l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement s'élèveraient à 50 000 francs CFA, soit 75 Euro environ, correspondant à l'émolument fixe de la minute lorsque l'acte de société a été reçu par le même notaire[1361]. Ces frais pourraient être pris en charge par l'associé concerné. En plus de l'intervention du notaire visant la protection des tiers, ceux-ci peuvent faire recours aux sûretés dans la réalisation des transactions avec les sociétés à capital variable.

Paragraphe 2. Le renforcement de la protection des tiers par le recours aux sûretés

700. Selon l'article 1 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, la sûreté désigne « l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine

[1358] C. FARENC et J. SEVE, *op. cit.*, p. 3.
[1359] *Ibid.*
[1360] B. REYNIS, « L'acte authentique n'est que l'aboutissement du rôle de conseil du notaire », *LPA*, 24 avril 2021, n° 81, p. 3.
[1361] Voir arrêté conjoint n°2020-040/MJ/MINEFID du 26 mai 2020 portant tarification des émoluments, droits et honoraires des notaires.

afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations […] »[1362]. Elle vise la protection du créancier « soit contre toute perte pécuniaire, soit contre les risques d'insolvabilité du débiteur »[1363]. Pour ce faire, le créancier peut requérir du débiteur la constitution d'une sûreté personnelle ou d'une sûreté réelle, consistant respectivement en l'affectation d'un bien et d'un garant.

L'intervention de la sûreté procède de la nécessité de garantir le créancier contre un éventuel risque d'insolvabilité du débiteur[1364]. L'objectif du recours aux sûretés est d'envisager le renforcement de la protection des tiers, en plus de celle conférée par l'encadrement de la fluctuation du capital. Il convient alors de démontrer les capacités des sûretés à assurer une protection efficace des créanciers dans leurs relations avec les sociétés à capital variable. L'analyse des capacités des sûretés à assurer la protection des créanciers suggère d'une part, de justifier le nécessaire recours aux sûretés (A) et, d'autre part, d'envisager les implications de la prise systématique des sûretés en raison de la fluctuation permanente du capital des sociétés à capital variable (B).

A. Le nécessaire recours aux sûretés

701. Les sûretés visent à fournir aux créanciers une garantie fiable sans contrainte pour le débiteur, ici la société à capital variable, de sorte à instaurer une confiance et une sérénité dans la conclusion et l'exécution des relations contractuelles entre les parties. Il apparaît nécessaire, au regard des insuffisances constatées dans la capacité du capital social à assurer une protection des créanciers, à savoir garantir le remboursement de leurs créances, de démontrer la nécessité de recourir aux sûretés dans le cadre de leurs relations contractuelles avec les sociétés à capital variable. A cet effet, la relativité de la fonction de protection du capital (1) et l'insuffisance de la valeur des apports formant le capital (2) pourraient notamment justifier le recours aux sûretés.

1. La relativité de la fonction de protection du capital

702. Le capital social mentionné dans les statuts représente la somme des valeurs d'une part, des apports effectués par les associés lors de la constitution de la société et, d'autre part, des apports effectués lors des augmentations de capital[1365]. Dans ce sens, il correspond à la valeur chiffrée des moyens mis à la disposition de la société lors de la constitution de la société et en

[1362] Acte uniforme adopté le 15 décembre 2010 à Lomé, République togolaise et abrogeant celui adopté le 17 avril 1997.
[1363] Ch. ALBIGES et M-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 1, p. 3.
[1364] *Ibid.*
[1365] G. R. LANOU, « L'utilité juridique du capital social en droit OHADA des sociétés commerciales », *Revue Africaine et Malgache de Recherche Scientifique*, juillet 2019, p. 260.

cours de vie sociale. Il remplit plusieurs fonctions, dont la fonction de répartition des pouvoirs entre les associés, la fonction de financement de la société et la fonction de protection des créanciers ; c'est cette dernière fonction qui apparaît aux yeux des tiers comme la première fonction du capital social[1366]. En effet, « du point de vue juridique, le capital social se caractérise par la fixité et son intangibilité »[1367].

La fixité du capital postule son invariabilité, c'est-à-dire son caractère invariable. Quant à son intangibilité, il consacre l'impossibilité pour les associés « de reprendre leurs apports avant la dissolution et la liquidation de la société et avant le désintéressement des autres créanciers sociaux »[1368]. Ces principes ont tous le même objectif, à savoir « faire du capital social le gage des créanciers »[1369]. A leur égard, les apports effectués par les associés constituent les actifs saisissables de la société dès sa création[1370] ; d'où la justification de sa consécration par le législateur OHADA dans l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière qui considère que le capital social constitue le gage des créanciers sociaux, c'est-à-dire la garantie du remboursement des dettes sociales. Or, au sens du Code civil, le gage commun des créanciers est constitué de l'ensemble des « biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir »[1371]. Ce sont ces biens, constitués des apports en numéraire et des apports en nature, apportés par les associés au profit de la société « qui constituent le gage réel et direct des créanciers qu'il convient de protéger » ; ce qui justifie l'exigence d'un montant minimum et l'intangibilité du capital[1372].

703. Pourtant, si l'on se réfère à la distinction entre les sociétés à risque illimité et les sociétés à risque limité, aucun capital minimum n'est exigé pour les premières[1373], tandis que les secondes comportent relativement une telle exigence. Pour ces dernières, un capital minimum est exigé pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes en droit OHADA et seulement pour les sociétés anonymes en droit français, alors que les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées constituent toutes deux des sociétés de capitaux ; celles-ci étant les seules admises à stipuler une clause de variabilité du capital en droit OHADA. Ainsi, en droit OHADA, les sociétés anonymes se retrouvent être les seules éligibles à la variabilité du

[1366] Voir A. PLENT, *op. cit.*, n° 48, p. 27.
[1367] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 96, p. 64.
[1368] G. R. LANOU, *op. cit.*, p. 267.
[1369] *Ibid.*
[1370] *Ibid*., p. 261.
[1371] Voir art. 2092 et 2093 C. civ. burkinabè.
[1372] G. R. LANOU, *op. cit.*, p. 263.
[1373] Pour les créanciers des sociétés à risque illimité, la responsabilité indéfinie et solidaire offre une meilleure garantie que le capital social.

capital à être pourvues d'un capital minimum légal qui est fixé à 10.000.000 de francs CFA. De même, la consistance des apports effectués par les associés peut évoluer en cours de vie sociale ; ceux-ci étant susceptibles d'être aliénés par la société. Dans ce sens, le capital social ne saurait être juridiquement considéré, au sens du Code civil, comme un véritable gage pour les créanciers sociaux, dans la mesure où non seulement il n'est pas toujours exigé un niveau minimum légal, mais aussi il ne représente que la valeur des biens apportés ; lesquels peuvent avoir été aliénés en cours de vie sociale sans entraîner une réduction du montant du capital. Dans cette hypothèse, le gage des créanciers sociaux ne porte pas sur le capital social qui ne représente que la valeur des apports effectués par les associés, mais sur les biens mobiliers et immobiliers, présents et futurs[1374]. Ces biens constituent l'assiette du gage des créanciers en lieu et place du capital social. Formant l'actif social, c'est-à-dire le patrimoine saisissable de la société, ils constitueraient donc la garantie du remboursement des créances, autrement dit des dettes sociales[1375]. Mais, l'existence et le maintien de l'actif social seraient garantis par le capital social en application des principes de fixité et d'intangibilité qui le régissent et qui visent la protection de l'actif social ; dès lors, « le capital social servirait bien de garantie pour les créanciers sociaux, en effectuant une protection active des capitaux propres », faisant ainsi de lui une garantie de second degré[1376].

704. Cependant, les principes de fixité et d'intangibilité du capital qui visent à permettre au capital de jouer pleinement son rôle de protection des créanciers se trouve remis en cause, notamment, par l'autorisation à titre dérogatoire de la variabilité du capital ; laquelle permet aux associés de reprendre leurs apports à toute époque de la vie sociale et non après la dissolution et la liquidation de la société, encore moins avant le désintéressement des créanciers sociaux. De ce fait, le capital social « n'est qu'une garantie toute relative » à l'égard des créanciers sociaux[1377]. « Bien que la fixité du capital ne constitue qu'une garantie très relative, chacune des modifications du capital appelle de nombreuses précautions [destinées] surtout à défendre les intérêts des porteurs de titres lorsqu'il s'agit d'une augmentation, qui peut « diluer » la participation des actionnaires préexistants, et les intérêts des créanciers, en cas de réduction, qui diminue la surface financière de la société »[1378]. C'est lors de la constitution de la société que le capital constitue la richesse de celle-ci ; en cours de vie sociale, la richesse de

[1374] G. R. LANOU, *op. cit.*, p. 265.
[1375] A. PLENT, *op. cit.*, n° 38, p. 17.
[1376] *Ibid.*, n° 39, p. 18.
[1377] G. R. LANOU, *op. cit.*, p. 274.
[1378] P. Le CANNU et B. DONDERO, *op. cit.,* n°1206, p. 859.

la société est formée par l'actif net[1379]. Celui-ci combiné avec les apports en nature et les biens acquis en cours de vie sociale et figurant au patrimoine de la société constituent les garanties des créanciers sociaux. De la sorte, la reprise des apports, entraînant le remboursement des apports et, en conséquence, la réduction du capital social, « affecte les garanties accordées aux tiers » [1380], de sorte que ceux-ci seraient fondés à se réserver à contracter avec une société à capital variable, en raison de la diminution de l'assiette de leur gage s'opérant en leur insu ; d'où la nécessité de recourir aux sûretés pour garantir le paiement de sa créance.

2. L'insuffisance de la valeur des apports formant le capital social

705. Le capital social désigne la « somme des valeurs d'origine apportées par les associés à la société. Ces valeurs sont mises à la disposition de la société par les associés sous forme d'apports en numéraire ou en nature »[1381]. En effet, l'apport en société désigne « un bien dont l'associé transfère la propriété ou la jouissance à la société et en contrepartie duquel il reçoit des parts ou des actions »[1382]. Il peut prendre plusieurs formes, à savoir l'apport en numéraire, l'apport en nature et l'apport en industrie. En droit des sociétés commerciales, seul l'apport en industrie ne contribue pas à la formation du capital social[1383] ; celui-ci étant formé d'apports en numéraire et d'apports en nature. Les apports en numéraire ont pour objet une somme d'argent dont la propriété est transférée à la société[1384]. Quant aux apports en nature, ils désignent les apports de biens autres que du numéraire, à savoir des biens corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, qu'un associé s'engage à mettre à la disposition de la société[1385]. C'est donc l'ensemble des biens, constitués des apports en numéraire et des apports en nature, mis en commun par les associés lors de la constitution de la société ou lors des augmentations de capital qui constitue le capital social.

706. La protection des intérêts des créanciers sociaux est tributaire de la survie de l'entreprise[1386]. Pour ce faire, la société ne doit pas avoir été créée sur des bases fictives. Elle doit disposer d'apports minimums nécessaires au financement de son exploitation, c'est-à-dire

---

[1379] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 326, p. 120. Selon ces auteurs, l'actif net est une « notion comptable calculée approximativement en soustrayant du montant du capital social toutes les dettes de la société et en y ajoutant les éventuelles réserves.
[1380] A. PLENT, *op. cit.*, n° 20, p. 10.
[1381] A. LECOURT, « Capital social (Sociétés) », *op. cit.*, n° 1, p. 7.
[1382] Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 38, p. 54.
[1383] Art. 50-3 al. 1 AUDSC. L'apport en industrie se traduit par l'engagement d'une personne de travailler pour la société ; le terme industrie étant pris au sens latin. Il consiste à exécuter un travail en qualité d'associé et non en qualité d'employé. Voir M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1550, p. 47.
[1384] Art. 41 al. 1 AUDSC.
[1385] B. HESS-FALLON et A-M. SIMON, *Droit des affaires*, *op. cit.*, p. 181.
[1386] G. SERRA, « *Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? »*, *op. cit.*, n° 1, p. 10.

à la satisfaction de ses besoins en fonds de roulement[1387]. Or, le capital social est parfois confronté aux variations des capitaux propres. Qui plus est, la loi n'exige pas un capital social minimum pour plusieurs formes juridiques et la variabilité du capital n'est admise que pour certaines d'entre elles ; ce qui fait que la consistance de l'actif social est sujette à des variations permanentes. Pourtant, c'est cet actif social qui constitue le gage des créanciers sociaux. De même, la société n'est pas tenue de maintenir les biens apportés par les associés lors de la constitution de la société et en cours de vie sociale à la suite d'augmentations de capital. En effet, qu'un capital social minimum ait été imposé ou non à une société, celle-ci est juridiquement fondée, après son immatriculation, à aliéner les biens qui lui ont été apportés par les associés[1388]. Si fait qu'en réalité le capital ne sert qu'à constater la valeur des biens qui lui ont été apportés par les associés. Dès lors, « les sommes inscrites au capital social peuvent être dépensées mais pas en les distribuant sous la forme de dividendes »[1389].

707. Le capital constitue le premier moyen de financement des activités de la société ; d'où sa fonction de financement. Ce sont les apports mis à la disposition de la société, en l'occurrence, les apports en numéraire qui serviront à assurer la prise en charge des charges d'exploitation et à financer les investissements de la société. Cependant, les apports peuvent s'avérer insuffisants pour assurer les charges courantes et amorcer le développement de la société ; ce qui caractériserait la sous-capitalisation de la société. Il en est ainsi lorsqu'il apparaît une inadéquation entre les apports consentis par les associés et les besoins financiers de la société. La caractérisation du niveau des apports constituant le capital est tributaire des besoins de la société dès sa constitution ou en cours de vie sociale ; peu importe que le capital social ait été supérieur ou égal au capital minimum légal. Dans ces circonstances, la société ne disposerait pas des capacités financières suffisantes pour faire face aux charges courantes de fonctionnement ; ce qui ne permet pas au capital social de jouer pleinement sa fonction de financement de la société. Dans cette hypothèse, au regard de l'insuffisance des apports formant le capital social, la prise de sûretés s'impose aux créanciers pour garantir le remboursement de leurs créances. Toutefois, la prise systématique des sûretés n'est pas relativement sans conséquence.

[1387] *Ibid.*
[1388] G. R. LANOU, *op. cit.*, p. 265.
[1389] *Ibid.*, p. 275.

B. Les implications de la prise systématique des sûretés

708. La fluctuation permanente du capital de la société à capital variable, particulièrement la diminution du capital par la reprise des apports, suggère la prise de sûreté pour garantir l'exécution de ses obligations ; cette fluctuation s'opérant en l'insu des partenaires de la société, en raison de la dispense de l'accomplissement des formalités de publication dont bénéficie la société à capital variable. Ce faisant, il importe de démontrer les implications de la prise systématique des sûretés aussi bien pour la société à capital variable que pour ses créanciers. L'analyse qui en résultera fera ressortir que la prise systématique des sûretés constitue un facteur de sécurisation des intérêts du créancier (1) avec, toutefois, un relatif affaiblissement de la personnalité juridique de la société à capital variable (2).

1. Un facteur de sécurisation des intérêts du créancier

709. Dérivé du nom latin *securitas*, le terme sûreté a plusieurs acceptions dont l'une d'elle est la suivante : garantie fournie à un créancier par une personne, établie par une loi ou résultant d'une convention ou d'une décision de justice[1390]. On retiendra ici comme définition de la sûreté la garantie fournie par une personne, en l'occurrence une société à capital variable, et résultant d'une convention, donc une sûreté conventionnelle. La multiplication des mécanismes destinés à garantir le paiement des créances a conduit la doctrine à approfondir la notion de sûreté ; lequel approfondissement ferait apparaître une distinction avec la notion de garantie[1391]. Celle-ci constitue un mécanisme ayant pour fondement une technique résultant de la théorie générale des obligations ou du droit des biens, dont l'effet, non exclusif, est de faciliter le recouvrement des créances[1392]. Or, les sûretés constituent « au sens strict, un sous-ensemble des [garanties]. Les garanties correspondent à l'ensemble des avantages particuliers conférés à un créancier dans le but de faire face à l'insolvabilité du débiteur »[1393]. La distinction qui pourrait en résulter ferait ressortir que « la sûreté constituerait une notion conceptuelle, la garantie serait une notion fonctionnelle, de sorte qu'il était habituel d'affirmer que si toute sûreté constituait une garantie, l'inverse n'était pas vrai »[1394]. Mais, en pratique, la distinction entre sûreté et garantie « ne présente guère d'intérêt, dans la mesure où non seulement elles ont un effet commun, améliorer la situation du créancier, mais également en raison de la tendance de la jurisprudence à

[1390] M. BOURASSIN et V. BREMOND, *Droit des sûretés*, Sirey, Paris, 7e éd., 2020, n° 1, p. 1.
[1391] *Ibid.*, n° 7, p. 5.
[1392] *Ibid.*, n° 9, p. 6.
[1393] Ch. ALBIGES et M-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 7, p. 7.
[1394] M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 7, p. 5.

confondre les deux termes »[1395]. L'intérêt de cette distinction n'étant pas opportune, il convient de s'en tenir au terme sûreté et de dégager l'intérêt d'y recourir.

710. Dans certaines circonstances, le créancier qui ne dispose pas d'une sûreté se retrouverait dans l'impossibilité matérielle de recouvrer sa créance[1396]. En effet, dans le cadre de l'exercice des droits qu'il a sur son patrimoine, le débiteur est en mesure de souscrire plusieurs dettes ; illustrant ainsi l'adage « une dette n'empêche point l'autre », source d'un surendettement du débiteur[1397]. De la sorte, il n'est pas exclu que le passif du débiteur vienne à excéder son actif[1398], mettant ainsi le créancier dans une situation inconfortable, à savoir le risque de non-remboursement de sa créance ; d'où l'intérêt de prendre des mesures destinées à garantir le paiement de sa créance au moyen notamment de sûretés. Ces dernières sont, effectivement, des mécanismes visant à conforter le créancier lorsque le débiteur ne présente pas une solvabilité et une honorabilité sans faille[1399]. Elles sont destinées à « prémunir le créancier contre l'insolvabilité ou, le cas échéant, le refus de payer du débiteur »[1400]. Le recours aux sûretés doit permettre d'assurer ou de garantir le paiement d'une créance[1401]. Ainsi, en constituant la sûreté, la société fournit une garantie au créancier en vue de susciter ou de renforcer sa confiance. Or, il y a deux types de sûretés, à savoir les sûretés personnelles et les sûretés réelles.

711. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés définit les sûretés personnelles comme celles consistant en « l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie »[1402]. Quant aux sûretés réelles, il s'agit de celles consistant dans le droit du créancier de la société de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation du ou des biens affectés à la garantie de l'obligation de la société débitrice[1403]. S'agissant de ces types de sûreté, le débiteur aurait plus intérêt à constituer une sûreté réelle. La sûreté personnelle ne conviendrait pas à toutes les situations, car un débiteur ne pourrait se porter garant personnel de sa propre dette, en raison du principe d'unicité du patrimoine ; lequel principe postule qu'une même personne étant à la tête d'un seul patrimoine, le droit de poursuite doit pouvoir s'exercer sur un second patrimoine[1404]. Le choix de la sûreté réelle permettrait de « remédier aux conséquences

[1395] *Ibid*., n° 11, p. 8.
[1396] Ch. ALBIGES et M-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 3, p. 5.
[1397] M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 6, p. 5.
[1398] *Ibid.*
[1399] *Ibid*., n° 3, p. 3.
[1400] *Ibid*., n° 3, p. 8.
[1401] Ch. ALBIGES et M-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 7, p. 7.
[1402] Art. 4 al. 1 AUOS.
[1403] Art. 4 al. 2 AUOS.
[1404] M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 20, p. 14.

de l'augmentation du passif du débiteur par l'octroi d'un droit de préférence sur un, plusieurs, voire la totalité des biens appartenant au débiteur »[1405]. La sûreté réelle confère plus de sécurité au créancier en raison de la préférence qu'elle lui attribue par rapport aux autres créanciers. Elle est sécurisante non seulement à l'égard des intérêts du créancier, mais aussi bénéfique au débiteur, si l'on considère que c'est sa présence qui lui a permis d'obtenir ce qu'il souhaite[1406]. A titre illustratif, le créancier peut exiger que le débiteur souscrive une sûreté réelle sur un bien déterminé, en concluant par exemple un contrat d'hypothèque, afin d'anticiper une éventuelle défaillance du débiteur[1407]. Il suffit pour le débiteur de fournir par exemple, « une garantie suffisante portant sur les biens affectés à l'exploitation »[1408], le tout laissé à l'appréciation du créancier qui, en cas d'insuffisance de la garantie, pourrait refuser d'octroyer le concours sollicité par le débiteur.

712. Si le débiteur s'acquitte de son obligation, en l'occurrence, le paiement de la créance, la dette s'éteint, de même que la sûreté constituée à cet effet ; la sûreté étant l'accessoire de la dette. Cependant, cette sûreté ne couvre pas à elle seule le débiteur contre le risque de diminution de l'actif du débiteur, par exemple le transfert, la destruction ou la disparition du bien constituant l'assiette de la sûreté ; d'où la nécessité de compléter le droit de préférence que confère la sûreté réelle par la technique de dépossession du propriétaire[1409]. Cette technique vise à « empêcher le débiteur de rendre la sûreté inefficace [en le contraignant] à remettre le bien grevé de la sûreté entre les mains de son créancier »[1410]. Cette dépossession facilitera la réalisation des biens du débiteur en cas d'inexécution de ses obligations. Cela permettra au créancier d'obtenir une entière satisfaction[1411], à condition également de disposer d'un titre exécutoire. Dans ces circonstances, la société à capital variable qui constitue une sûreté réelle sur un élément de son patrimoine perd la possession de la chose, mais pas la propriété. Cela ne l'empêche pas de la céder, mais ne lui garantit pas un prix convenable ; ce qui suggèrerait un relatif affaiblissement de sa personnalité juridique.

[1405] *Ibid.*, n° 12, p. 9.
[1406] Ch. ALBIGES et M-P. DUMONT, *op. cit.*, n° 1, p. 3.
[1407] *Ibid.*
[1408] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et S. MOREIL, *Droit bancaire*, *op. cit.*, p. 204.
[1409] M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 12, p. 9.
[1410] *Ibid*., n° 12, p. 9.
[1411] A-M. H. ASSI-HESSO et N. DIOUF, *OHADA – recouvrement des créances*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 4, p. 2.

2. Le relatif affaiblissement de la personnalité juridique de la société

713. D'une manière générale, la personnalité juridique désigne l'aptitude d'une personne à être sujet actif et passif de droit. Les personnes physiques et les personnes morales constituent les deux catégories de sujets de droit. « A la différence des personnes physiques qui sont des êtres de chair et de sang, les personnes morales sont des êtres artificiels ou des entités abstraites créées par le droit. Les personnes morales sont dotées d'une personnalité juridique dénommée la personnalité morale, c'est-à-dire la capacité à être titulaire de droits et assujettis à des obligations »[1412]. A l'instar d'une personne physique, la jurisprudence française attribuera la personnalité juridique ou morale à la société sur le fondement notamment de l'article 1842 du Code civil[1413]. L'admission de la personnalité morale à la société vise plusieurs objectifs, dont l'individualisation de la société, l'attribution d'un patrimoine distinct de celui des associés, la limitation des risques, la facilité de financement[1414].

714. Deux théories ont été élaborées par la doctrine pour déterminer la nature de la personne morale, à savoir la théorie de la fiction et la théorie de la réalité. La théorie de la fiction énonce que l'existence de la personne morale découle de sa reconnaissance par le législateur ; tandis que la théorie de la réalité technique prône la reconnaissance de la personnalité morale à tout « groupement ayant un intérêt collectif distinct de celui de ses membres et s'exprimant dans un minimum d'organisation » en dehors de toute intervention du législateur[1415]. En droit des sociétés, le législateur consacrera la théorie de la fiction et, en conséquence, déterminera les conditions d'obtention de la personnalité juridique. A cet effet, l'immatriculation au registre du commerce sera identifiée par le législateur comme étant la condition à satisfaire pour obtenir la personnalité juridique. C'est ce qui ressort de l''article 98 de l'Acte uniforme, de l'alinéa 1 de l'article 1842 du Code civil français et de l'alinéa 1 de l'article L. 210-6 du Code de commerce français. Selon ces dispositions, les sociétés jouissent de la personnalité juridique à compter de la date d'immatriculation au registre du commerce. Les sociétés conserveront leur personnalité morale pour les besoins de la liquidation et ce jusqu'à la clôture de celle-ci[1416]. De même, il est prévu à l'article 205 de l'Acte uniforme que « la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation et jusqu'à la clôture de celle-ci ». Cependant, « par plusieurs

[1412] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 291, p. 107.
[1413] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 190, p. 123. Selon les auteurs, l'article 529 du Code civil, actuel article 1842 du Code civil français, confère au droit de l'associé un caractère mobilier, même si la société possède des immeubles.
[1414] *Ibid.*, n° 194, p. 128.
[1415] N. BLANC *et al., Droit des affaires*, *op. cit.*, n° 292, p. 107.
[1416] Art. 237-2 al. 2 C. com. et art. 201 al. 3 et art. 205 AUDSC.

décisions, la jurisprudence [française] a opté pour la théorie de la réalité reconnaissant la personnalité morale à des groupements qui n'en avaient pas été pourvus par le législateur »[1417].

715. A la suite de son immatriculation au registre du commerce, la société acquiert la personnalité morale faisant ainsi d'elle un sujet de droit autonome, doté de certains attributs et juridiquement responsable[1418]. Deux catégories d'attributs son reconnus aux sociétés dotées de la personnalité morale, à savoir des attributs extrapatrimoniaux et des attributs patrimoniaux. Les attributs extrapatrimoniaux regroupent, entre autres, la dénomination sociale, l'identification d'un siège social, une nationalité, des droits fondamentaux tels que le droit au respect des biens, le droit à un procès équitable, le droit au respect de la vie privée et à la protection des secrets d'affaires[1419]. En ce qui concerne les attributs patrimoniaux, ils confèrent à la société un patrimoine propre distinct de celui de ses associés. A cet effet, « elle a donc l'aptitude de faire des actes juridiques, notamment tous les actes de disposition, acheter, et vendre tous meubles et immeubles, recevoir des donations et des legs »[1420]. De ce fait, en tant que propriétaire des biens apportés par les associés lors de la constitution et en cours de vie sociale, de même que des biens acquis après sa constitution[1421], la société dispose de tous les pouvoirs pour constituer des sûretés portant sur des éléments de son patrimoine. Dans cette hypothèse, il s'agira de constituer une sûreté réelle consistant ici en l'affectation d'un ou de plusieurs biens mobiliers ou immobiliers à la garantie d'une obligation, en l'occurrence une dette sociale. De la sorte, la sûreté réelle consistera dans le droit du créancier de la société de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation du ou des biens affectés à la garantie de l'obligation de la société débitrice[1422].

716. De plus, la sûreté pouvant être constituée avec dépossession, c'est-à-dire lorsque le bien objet de la garantie est remis au créancier ou à un tiers, la société n'a plus la maîtrise absolue sur le bien concerné jusqu'au paiement complet de la créance garantie. En effet, bien qu'étant toujours propriétaire des éléments de son patrimoine donnés en garantie, la société court le risque de voir lesdits éléments faire l'objet d'une saisie et d'une vente en justice en cas de défaillance de sa part ; ce qui affaiblirait la consistance de son patrimoine en raison des risques d'exploitation. Il s'agira alors pour le créancier impayé d'engager une véritable procédure pour saisir « les biens de son débiteur afin de les faire vendre et se payer sur le prix de vente ou de

[1417] N. BLANC *et al., op. cit.*, n° 292, p. 107.
[1418] *Ibid.*, n° 320, p. 116.
[1419] *Ibid.*, n° 322, p. 118.
[1420] F. ANOUKAHA *et al., op. cit.*, n° 198, p. 129.
[1421] M. GERMAIN et V. MAGNIER, *op. cit.*, n° 1665, p. 148.
[1422] Art. 4 al. 2 AUOS.

se faire attribuer lesdits biens »[1423] ; cette procédure consistant en une voie d'exécution forcée lorsque les biens en question sont mis sous-main de justice. Dès lors, l'exécution forcée sur les biens de la société caractérise un potentiel affaiblissement de la personnalité morale par la prise systématique de sûreté, en raison des risques pesant sur son patrimoine, lequel constitue un des attributs de la personnalité morale.

[1423] A-M. H. ASSI-HESSO et N. DIOUF, *op. cit.*, n° 2, p. 1.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

717. Le mécanisme de la variabilité du capital est caractérisé par de fortes variations des capitaux propres de la société, par augmentation ou par réduction du montant du capital social, et est susceptible de porter atteinte aux intérêts des tiers en relation d'affaires avec les sociétés à capital variable. L'atteinte à ces intérêts se manifeste par la reprise des apports effectués par les associés, réduisant ainsi l'assiette du gage commun des créanciers sociaux, en l'absence de toute publicité destinée à les informer de la réduction de capital qui s'opère.

Pour ce faire, il apparaît nécessaire de renforcer le régime de publicité des sociétés à capital variable en exigeant l'indication du montant du capital maximum autorisé, aussi bien dans les statuts que dans les différents actes et documents de la société destinés aux tiers, à savoir notamment la demande d'immatriculation, l'avis publié dans un journal d'annonces légales, les correspondances commerciales. Qui plus est, l'encadrement de la fluctuation du capital constitue également un mécanisme de protection des intérêts des tiers. Ce mécanisme consiste à limiter les opérations de réduction du capital portant atteinte à la consistance du capital social, c'est-à-dire des apports effectués par les associés ; ce qui a également pour objectif de permettre au capital social de remplir sa fonction de financement de la société. En outre, l'intervention du notaire dans les opérations sur le capital des sociétés à capital variable, en l'occurrence le retrait des apports, garantirait la sécurité juridique des associés et des tiers. Le notaire pourrait délivrer un acte authentique constatant officiellement la réalisation de l'opération ayant abouti à la réduction du capital et confirmant le montant actualisé du capital social ; toute chose qui contribuerait à renforcer la crédibilité de la société à capital variable à l'égard des tiers. Enfin, l'un des moyens pour s'assurer de la solvabilité de la société est de fournir aux créanciers une sûreté en vue de garantir le paiement de leurs créances ; toute chose qui participera au renforcement de la confiance des tiers à l'égard des sociétés à capital variable. Dès lors, il y a lieu de confirmer l'existence de mécanismes permettant d'atténuer les risques de la variabilité du capital social et, en conséquence, de protéger les intérêts des tiers. Par conséquent, le manque de crédibilité des tiers à l'égard des sociétés à capital ne serait pas suffisamment fondé, en raison de l'existence de moyens destinés à protéger leurs intérêts.

Ces mécanismes ne sont pas expressément consacrés par les dispositions régissant la variabilité du capital. Ils démontrent ainsi d'une part, l'insuffisance de l'approche institutionnelle de la société et, d'autre part, la nécessité de recourir à l'approche contractuelle de la société pour suppléer l'insuffisance des dispositions légales relatives à la variabilité du capital.

CONCLUSION DU TITRE 2

718. Plusieurs mécanismes juridiques permettent d'atténuer les risques de la variabilité du capital aussi bien à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers. A l'égard de la société, l'atténuation des risques de la variabilité du capital à l'égard de la société pourrait se réaliser par l'instauration d'une durée minimale de présence des associés dans l'actionnariat de la société par l'insertion d'une clause d'inaliénabilité dans les statuts. En outre, des mécanismes en lien avec la qualité d'associés permettent de réduire les risques de la variabilité à l'égard de la société. Il s'agit d'une part, de la fixation dans les statuts des modalités d'adhésion d'associés nouveaux et, d'autre part, de la fixation des conditions d'exercice du droit de retrait, à savoir notamment le respect du seuil minimum irréductible du capital social et l'obligation de respecter le délai de préavis pour éviter le retrait anticipé d'un associé à toute époque de la vie sociale.

719. A l'égard des tiers, l'atténuation des risques de la variabilité du capital nécessiterait le renforcement du régime de publicité spécifique aux sociétés à capital variable et l'appréciation de la solvabilité de la société. En ce qui concerne le régime de publicité, il s'agit, en plus des mesures de publicité prévues par le droit commun des sociétés et des dispositions spécifiques au capital variable, de prévoir l'indication du capital maximum autorisé dans les statuts, le registre de commerce, ainsi que dans les actes et documents destinés aux tiers. Cette précision permettra à la société de déterminer aisément la procédure applicable en cas d'augmentation de capital, autrement dit savoir à quel moment appliquer les règles de la variabilité du capital ou de droit commun en cas d'augmentation de capital. Elle permettra également aux tiers d'avoir une idée de l'étendue de la variation du capital de la société à capital variable, à savoir le capital plafond et le capital plancher, même s'il est évident que les risques pour les tiers se situent au niveau des opérations qui entraînent la réduction de capital à leur insu. Pour ce faire, leur protection passe nécessairement par l'encadrement de la réduction de capital et le recours aux sûretés. L'encadrement de la réduction de capital consiste à fixer des limites à la reprise des apports ; toute chose qui participe à la protection des intérêts des tiers. Quant au recours aux sûretés, il permet l'affectation au créancier d'un bien ou d'un ensemble de biens afin de garantir l'exécution des obligations du débiteur ou, le cas échéant, le remboursement des créances en

cas de défaillance du débiteur. En somme, il existe bien des mécanismes juridiques susceptibles d'atténuer les risques de la variabilité du capital aussi bien à l'égard de la société que des tiers. Dès lors, les risques résultant de la reprise des apports ne devraient pas ébranler la confiance des tiers à l'égard des sociétés à capital variable, encore moins crédibilité de celles-ci.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

720. Les facteurs de risque de la variabilité du capital sont essentiellement la fréquence de la mobilité des associés et la dilution des droits sociaux. Ces facteurs résultent principalement des modalités de sortie des associés dans les sociétés à capital variable que sont le retrait et l'exclusion. Ces modalités ont la particularité de se manifester à toute époque de la vie sociale et en l'absence des formalités de dépôt et de publicité, donc s'opérant avec célérité, sans contrainte particulière et à l'insu des tiers ; ce qui caractérise une potentielle mobilité de l'actionnariat de la société à capital variable. Cette instabilité se traduit par les entrées et les sorties permanentes facilitées par l'allègement des formalités de modification de capital dont bénéficient les sociétés à capital variable. Bien que contribuant au renforcement des capitaux propres, l'augmentation récurrente est susceptible d'engendrer une dilution des droits sociaux, c'est-à-dire une diminution du pourcentage des titres sociaux des associés n'ayant pas contribué aux différentes opérations d'augmentation de capital. Il est évident que la dilution des droits sociaux n'entraîne pas une réduction du nombre des titres sociaux, mais elle procède notamment à une réduction du montant du bénéfice par action, une diminution du pouvoir de décision des associés lors des assemblées générales. Pour faire à ces conséquences, il s'avère nécessaire de prévoir dans les statuts des mécanismes de maîtrise de la dilution des droits sociaux. Ces mécanismes pourraient consister par exemple à prévoir dans les statuts la stabilité du pouvoir des associés par la consécration ou la conservation d'une majorité de contrôle et d'une minorité de blocage au profit des associés anciens. Ils pourraient également consister en l'attribution de droits particuliers aux associés, à savoir notamment des actions de préférence double, voire multiple, au profit des actionnaires anciens ou des actions de préférence sans droit de vote mais à dividende majoré, prioritaire ou cumulatif au profit des associés nouveaux, particulièrement des investisseurs.

721. En outre, la société et les tiers pourraient être exposés à des risques liés à la réduction de capital résultant du retrait et de l'exclusion. L'atténuation de ces risques peut consister à envisager des mécanismes juridiques appropriés destinés à les protéger. A l'égard de la société, ces mécanismes porteront, entre autres, sur l'instauration dans les statuts d'une durée minimale de présence dans l'actionnariat de la société par une clause d'inaliénabilité, la fixation des

modalités d'admission d'associés nouveaux, la fixation des modalités de l'exercice du droit de retrait et la consécration d'une clause de non concurrence. En ce qui concerne les tiers, le renforcement des mesures de publicité des sociétés à capital variable et des modalités d'appréciation de la solvabilité de la société grâce à l'intervention du notaire lors des opérations de réduction de capital et le recours aux sûretés pourrait renforcer leur protection dans leurs relations avec les sociétés à capital variable.

En somme, la mise en œuvre de certains mécanismes prévus par le législateur permettrait de maîtriser les risques de la variabilité du capital. Mais, face à l'insuffisance de la loi à assurer intégralement la protection de la société et des tiers, il revient d'une part, aux associés d'insérer des clauses dans les statuts pour préserver la société et les tiers des inconvénients de la variabilité du capital et, d'autre part aux tiers de recourir à des techniques visant à garantir l'exécution des obligations de la société à capital variable. Ainsi, la société et les tiers sont tenus de recourir à des techniques contractuelles pour se prémunir contre les risques de la variabilité du capital afin de préserver leurs intérêts. Dès lors, le recours aux techniques contractuelles assurerait la perfectibilité du dispositif légal de la variabilité du capital ; toute chose qui renforcerait son attractivité.

CONCLUSION GENERALE

722. Le législateur OHADA s'est inspiré du droit français pour fixer le cadre juridique de la variabilité du capital social ; d'où l'étude orientée vers une approche comparatiste. Cette approche a permis une confrontation entre deux systèmes juridiques, en vue de dégager les problèmes de droit et d'envisager une amélioration du cadre juridique de la variabilité du capital en droit OHADA ; l'objectif étant de dégager une contribution à l'amélioration du droit OHADA grâce au droit comparé, c'est-à-dire la comparaison entre ces systèmes juridiques. Pour ce faire, cette étude a consisté à s'interroger principalement sur les motivations du manque de succès de la variabilité du capital auprès des acteurs économiques et des praticiens du droit et, subsidiairement, sur l'apport d'un tel mécanisme à l'attractivité et à la sécurité juridique en droit OHADA. Autrement dit, il s'est agi de démontrer l'insuffisance de la justification ou du fondement du désintérêt des acteurs économiques et des praticiens du droit à l'égard de la variabilité du capital social qui comporte pourtant des facteurs susceptibles de les intéresser.

723. La variabilité du capital social constitue un mécanisme de financement des sociétés, en raison d'une part, de sa capacité à renforcer les capitaux propres sans charge financière et, d'autre part, de sa capacité à constituer un actionnariat spécifiquement orienté sur la rentabilité des sociétés. En effet, la variabilité du capital favorise le renforcement des capitaux propres d'une société sans charge financière à supporter dans la mesure où ses modalités d'augmentation du capital sont allégées comparativement aux modalités de droit commun. En raison de la variabilité du capital, les modalités d'augmentation du capital que sont les versements supplémentaires des associés et l'admission d'associés nouveaux ne nécessitent pas l'accomplissement des formalités exigées pour la modification des statuts. Bien qu'elles aboutissent à la modification du capital social, elles se réaliseront sans une convocation de l'assemblée générale extraordinaire, sans intervention d'un commissaire aux apports, sans le recours à un notaire et sans publicité à l'égard des tiers, en l'occurrence, la publication d'un avis dans un journal d'annonces légales. De même, les dispositions régissant la variabilité du capital privilégient les apports en numéraire lors des versements supplémentaires d'associés et l'admission d'associés nouveaux, lesquels apports ne nécessitant pas d'évaluation financière, contrairement aux apports en nature. Qui plus est, la société à capital variable n'aura pas à

engager des frais financiers pour bénéficier des apports des associés, contrairement à l'emprunt qui génère nécessairement des charges financières pendant une durée déterminée. Dès lors, la variabilité du capital social constitue un mécanisme attractif de financement, puisqu'elle facilitera l'intervention d'investisseurs et même des salariés dans l'actionnariat de la société, lesquels seront intéressés par les performances économiques et financières de la société. La variabilité du capital favorise effectivement la constitution d'un actionnariat spécifiquement orienté sur la rentabilité des activités de la société. Ceci s'explique par le fait que les versements successifs effectués par certains associés seront liés à la performance financière de la société. En outre, les associés nouveaux qui intègrent l'actionnariat de la société en cours de vie sociale seraient, en effet, attirés par les perspectives positives de l'évolution de la situation financière de la société. En conséquence, les actionnaires qui renforcent leur position au sein de l'actionnariat et les investisseurs qui intègrent la société sont intéressés par la rentabilité ; ce qui justifie leur intérêt à l'égard des projets de la société.

En somme, la variabilité du capital social est un mécanisme de mobilisation des fonds qui ne génère pas de charge financière pour le financement de l'exploitation courante et des projets de la société ; c'est tout l'intérêt de l'introduction de la variabilité du capital en droit OHADA des sociétés commerciales.

724. L'introduction de la variabilité du capital social en droit OHADA susciterait un intérêt pour les investisseurs intéressés par la célérité et l'efficacité dans les opérations de financement des entreprises. La mise en œuvre de la clause de variabilité permet, en effet, un renforcement des capitaux propres de la société. Celle-ci accédera ainsi à un financement complémentaire de manière permanente grâce à cette possibilité que lui offre la variabilité du capital de recevoir des apports en numéraire effectués par les associés anciens et les associés nouveaux à toute époque de la vie sociale et sans les formalités exigées pour la modification des statuts ; caractérisant ainsi une augmentation permanente du capital par la souscription de titres sociaux nouveaux. De la sorte, c'est l'émission permanente de titres sociaux nouveaux qui assure le renforcement des capitaux propres et, en conséquence, le financement adéquat de la société. L'efficacité du financement de la société par la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital est tributaire, entre autres, de son attractivité auprès des acteurs économiques de manière générale, des investissements et des professionnels du droit en particulier. Cette attractivité résulterait de la facilité conférée par la législation aux sociétés à capital variable d'accueillir et de permettre la sortie des investisseurs à toute époque de la vie sociale, en procédant à la

modification du montant du capital social sans procéder à la modification des statuts et, de ce fait, en l'absence des formalités de dépôt et de publication des actes subséquents.

725. La règlementation de la variabilité du capital, telle qu'il ressort des dispositions de l'Acte uniforme et du Code de commerce français, participerait ainsi à l'accroissement du niveau de l'attractivité des activités économiques auprès des investisseurs, en facilitant l'entrée et la sortie des investisseurs du capital de la société. Ceux-ci pourraient être attirés par la possibilité de profiter de la rentabilité de leurs placements, non seulement grâce aux dividendes qu'ils percevraient, mais aussi au retrait facilité desdits placements à leur convenance.

L'un des facteurs attractifs de la variabilité du capital est la sortie des investisseurs sans contrainte particulière ; ce qui favorise leur intervention et, de ce fait, le financement des sociétés grâce à cette modalité de fonctionnement. Cet intérêt s'illustre par les modalités de mise en œuvre de la réduction de capital qui se manifestent par la reprise totale ou partielle des apports effectués.

726. Tel que prévu en droit OHADA et en droit français, il apparaît que la variabilité du capital social facilite le financement des sociétés commerciales. Cet avantage devrait, en principe, inciter les acteurs économiques et les praticiens du droit à recourir le plus souvent à cette modalité de fonctionnement dans les statuts des sociétés qu'ils créent ou envisagent de créer. Cependant, plusieurs facteurs ne militent pas en faveur du recours à la variabilité du capital. Parmi ces facteurs figurent les risques découlant de la réduction du capital de la société à capital variable. Or, ces risques ne sont pas irrémédiables, dans la mesure où il existe des mécanismes juridiques appropriés pour y faire face. Il en est ainsi notamment de l'encadrement de la reprise des apports et du recours aux sûretés. En présence de ces solutions, l'on ne saurait valablement justifier le désintérêt de la variabilité du capital fondé sur ses risques. Un autre facteur résulte de la méconnaissance des acteurs économiques et des praticiens du droit de l'existence et/ou du fonctionnement du mécanisme de la variabilité du capital. Ce facteur pose le problème de la vulgarisation de la variabilité du capital social. En effet, l'on n'applique que les lois que l'on a comprises. Seule la vulgarisation de la loi facilite la compréhension des dispositions et du fonctionnement des mécanismes et des institutions consacrés par la loi. Elle permet également de recueillir et de prendre en charge les préoccupations des acteurs concernés. La vulgarisation revient en premier lieu aux pouvoirs publics chargés de promulguer et de publier la loi, de même qu'à l'organisme communautaire ou international concerné. En deuxième lieu, elle revient aux acteurs impliqués dans la constitution des sociétés que sont notamment le centre de formalités des entreprises et les praticiens du droit. En dernier lieu, elle revient aux chercheurs

et aux spécialistes de la matière. Dans ces circonstances, le désintérêt de la variabilité du capital fondé sur l'insuffisance ou l'absence de vulgarisation n'est pas insurmontable. Ce faisant, la première hypothèse qui suggérait que le mécanisme de la variabilité du capital social comporte des facteurs attractifs est confirmée. La variabilité du capital contribue effectivement, entre autres, à un fonctionnement optimum de la société commerciale pour ce qui intéresse la mobilisation du financement, la recapitalisation de la société, la mobilité des associés et la restructuration de la société. Quant à la seconde hypothèse qui postulait que le mécanisme de la variabilité du capital social comporte des risques, elle doit être relativisée en raison de l'existence de remèdes appropriés. En premier lieu, l'encadrement de la reprise des apports est non seulement prévu par le législateur, mais également peut résulter de la volonté des associés d'assurer la pérennité de la société. En second lieu, le recours aux sûretés pour protéger les intérêts des tiers ne constitue pas un effort insurmontable, dans la mesure où il n'est pas propre à la variabilité du capital, mais découle de la pratique normale des relations professionnelles dans le monde des affaires. En plus, les risques évoqués peuvent ne pas se réaliser. De ce fait, les risques découlant du recours à la variabilité du capital doivent être relativisés. Dès lors, la compétitivité des sociétés devrait privilégier l'insertion de la clause de variabilité dans les statuts.

En tout état de cause, il revient à la société d'envisager un management stratégique de ces risques afin de parer à toute éventualité. Le management stratégique des risques permet à la société d'« appréhender rationnellement son environnement, en particulier concurrentiel, ainsi qu'à lui permettre d'identifier et de construire ses ressources et compétences fondamentales, ses facteurs clés de succès, indispensables à l'atteinte et à la préservation de l'avantage concurrentiel »[1424]. En effet, la société peut être confrontée à des évènements ou des comportements d'origine externe ou interne susceptibles de porter atteinte à son existence et à la pérennité de ses facteurs clés de succès[1425]. Pour ce faire, la société devrait mettre en place un mécanisme d'analyse des risques résultant de la modification récurrente de son capital, particulièrement du retrait des associés qui entame la consistance des capitaux propres par le remboursement des apports qu'il entraîne.

727. L'insertion de la clause de variabilité du capital permet d'établir une série de différences entre les sociétés à capital fixe et les sociétés à capital variable.

[1424] F. VERDUN, *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, Paris, 2013, n°46, p. 61.
[1425] Ibid., op. cit., n°46, p. 62.

Dans les sociétés à capital fixe, la modification du montant du capital entraîne la modification des statuts et est donc soumise aux formalités requises à cet effet. Alors que dans les sociétés à capital variable, la modification du montant du capital n'entraîne pas *a priori* la modification des statuts. Dans ces sociétés, la modification du capital, par augmentation ou réduction, est permanente et ne nécessite pas une autorisation préalable de l'assemblée générale ou du conseil d'administration. En conséquence, la variabilité du capital favorise l'augmentation récurrente du montant du capital ; ce qui a pour corollaire un renforcement permanent des capitaux propres de la société. Ainsi, contrairement aux sociétés à capital fixe, les sociétés à capital variable sont dispensées de la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, sauf lorsque le seuil maximum ou minimum du capital est franchi. De même, dans les sociétés à capital variable, le retrait constitue une modalité de réduction de capital qui a pour seule limite le capital minimum irréductible. Or, dans les sociétés à capital fixe, elle n'est admise qu'exceptionnellement.

728. L'étude de la variabilité du capital en droit OHADA à la lumière du droit français a permis de dégager des points de convergence et des points de différence.

Au titre des points de convergence, le Code de commerce et l'Acte uniforme prévoient tous les deux la dispense des sociétés à capital variable aux formalités de dépôt et de publication des actes constatant les augmentations et réductions de capital[1426] ; ce qui constitue un avantage de la variabilité du capital social. L'Acte uniforme étant antérieur au Code de commerce français, l'analyse du régime juridique de la variabilité du capital en droit OHADA laisse apparaître que le législateur OHADA s'est largement inspiré du droit français. Par ailleurs, l'Acte uniforme et le Code de commerce français admettent que les sociétés à capital variable sont soumises aussi bien aux règles qui sont propres à chaque forme juridique, mais aussi aux règles régissant la variabilité du capital[1427]. Les sociétés qui adoptent la variabilité du capital doivent faire figurer les mots « à capital variable » dans tous les actes et documents de la société destinés aux tiers[1428], notamment les factures, les correspondances commerciales. L'article 269-5 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-5 du Code de commerce français fixent la limite de la réduction du capital. Tandis que l'article 269-6 de l'Acte uniforme et l'article L. 231-6 du Code de commerce français consacrent le retrait et l'exclusion comme modalités de réduction de capital, de même que l'obligation aux dettes des associés sortants.

[1426] Art. L. 231-3 C. com. et art. 269-3 al. 1 AUDSC.
[1427] Art. 269-1 al. 2 AUDSC et art. L. 231-1 al. 2 C. com.
[1428] Art. L. 231-2 C. com. et art. 269-2 AUDSC.

729. Il existe plusieurs divergences entre le droit français et le droit OHADA en matière de variabilité du capital. D'abord, en ce qui concerne le domaine de la variabilité du capital, il se trouve une différence entre ces deux systèmes juridiques. En effet, le droit français permet à toutes les sociétés de stipuler une clause de variabilité du capital dans leurs statuts, à l'exception des sociétés anonymes. En revanche, en dehors de la société coopérative qui est d'office est une société à capital variable, le droit OHADA n'autorise que les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées à stipuler une telle clause. Dans ce sens, le domaine de la variabilité du capital est plus large en droit français qu'en droit OHADA. Celui-ci limite le domaine de la variabilité du capital aux seules sociétés de capitaux. De même, le droit OHADA exclut la société à responsabilité limitée du domaine de la variabilité du capital, contrairement au droit français, alors qu'elle constitue la forme sociale la plus usitée. A l'analyse, le domaine de la variabilité du capital en droit OHADA ne comporte que des sociétés de capitaux, qui sont des sociétés à risque limité. Or, le domaine de la variabilité du capital en droit français comporte aussi bien des sociétés à risque limité que des sociétés à risque illimité. En outre, au niveau du seuil maximum de la société à capital variable, en droit français, la jurisprudence exige la mention du capital maximum autorisé dans la clause de variabilité ; le droit OHADA ne comportant pas formellement une telle exigence. Qui plus est, le droit OHADA autorise expressément les associés à déterminer librement les modalités de souscription et de libération des apports[1429] ; d'où un accroissement de la liberté contractuelle en droit OHADA. Cette prescription n'existe pas expressément dans les dispositions régissant la variabilité du capital en droit français. Puis, quant à la sanction du franchissement du seuil minimum du capital, le droit OHADA est plus explicite que le droit français. L'Acte uniforme sanctionne le franchissement du seuil minimum irréductible par la nullité de l'acte y relatif[1430]. Quant au Code de commerce français, il ne prévoit pas expressément une telle sanction dans les dispositions spécifiques à la variabilité du capital. Par ailleurs, l'étendue de la dette de l'associé sortant n'est pas identique dans les deux systèmes juridiques. Pendant que l'Acte uniforme limite les dettes de l'associé sortant aux sommes qui lui ont été restituées, le Code de commerce français les étend à toutes les obligations existant au moment de sa sortie[1431]. Enfin, l'article L. 231-7 du Code de commerce français prévoit la représentation en justice de la société par ses administrateurs ; l'Acte uniforme n'indique pas pareille possibilité.

[1429] Art. 269-2-1 AUDSC.
[1430] Art. 269-5 al. 3 AUDSC.
[1431] Art. 269-6 al. 3 AUDSC et art. L. 231-6 al. 3 C. com.

730. L'analyse du cadre juridique de la variabilité du capital a permis de dégager les insuffisances législatives et les solutions appropriées. L'absence de détermination des modalités d'admission d'associés nouveaux constitue une insuffisance du Code de commerce français et de l'Acte uniforme. Le premier étant antérieur au second, celui-ci aurait pu prévoir expressément lesdites modalités ; ce qui aurait eu l'avantage de conforter le cadre juridique des sociétés à capital variable et de limiter les éventuelles incertitudes qui pourraient résulter du recours à la variabilité et qui seraient susceptibles de faire hésiter certains usagers à cet effet. Pour ce faire, il conviendrait pour le législateur de définir lesdites modalités pour plus de clarification et de simplification du cadre juridique de la société à capital variable. La définition de ces modalités contribuerait à simplifier davantage la modification du capital social ; toute chose qui favoriserait un intérêt des usagers de l'espace OHADA.

731. Contrairement au Code de commerce, l'Acte uniforme a prévu la sanction du franchissement du seuil minimum statutaire dans les dispositions régissant les sociétés à capital variable. Cependant, l'alinéa 3 de l'article 269-5 de l'Acte uniforme mériterait d'être complété par les modalités de mise en œuvre de cette sanction, en indiquant par exemple que toute personne intéressée pourrait demander en justice la nullité du retrait. On se doute bien que les associés seront certainement ceux qui pourraient relever cette transgression du seuil minimum statutaire, puisque la réduction résultant de la reprise des apports n'est pas soumise aux formalités de dépôt et de publication. Pourtant, la nécessité de renforcer la crédibilité de la société à capital variable à l'égard des tiers devrait inciter à permettre à ces derniers de constater ou de faire constater le franchissement du seuil minimum statutaire par la reprise des apports[1432].

732. Une des insuffisances remarquables du dispositif légal de la variabilité du capital est l'absence de l'exigence du capital maximum autorisé dans les dispositions spécifiques à la variabilité du capital. Il aurait dû être prévu par le législateur au même titre que le capital minimum irréductible consacré à l'article 269-5 de l'Acte uniforme et à l'article L. 231-5 du Code de commerce français. Or, la jurisprudence française a expressément exigé qu'il soit mentionné dans la clause de variabilité du capital[1433]. L'absence de l'exigence du capital maximum autorisé dans les statuts, la demande d'immatriculation au registre de commerce, les journaux d'annonces légales, les actes et documents de la société destinés aux tiers n'est pas également de nature à garantir la crédibilité des sociétés à capital variable à l'égard des tiers.

[1432] Art. 269-3 al. 1 AUDSC et art. L. 231-3 C. com.
[1433] Cass. Com. 6 février 2007, n° 05-19.237.

733. Qu'à cela ne tienne, l'analyse du cadre juridique de la variabilité établit la mise en œuvre des approches contractuelle et institutionnelle de la société. En effet, de nombreuses dispositions du Code de commerce français et de l'Acte uniforme renvoient à la volonté des associés pour le choix ou la détermination de certaines modalités. Il en est ainsi du choix de l'adoption de la variabilité, la détermination des modalités de souscription, de libération et de reprise des apports, l'adoption de la décision d'exclusion. Cette approche permet aux associés d'aménager conventionnellement l'organisation et le fonctionnement de leur société. C'est l'une des consécrations de l'aménagement conventionnel ; lequel désigne « la faculté pour les associés de suppléer l'organisation légale de la société commerciale par des règles qu'ils ont eux-mêmes adoptées »[1434]. Il s'agit ici pour les associés de compléter le dispositif juridique établi par le législateur qui, d'ailleurs, a requis la manifestation de leur volonté dans ce sens. Cependant, certaines dispositions régissant la variabilité du capital consacrent une approche institutionnelle de la société, caractérisant ainsi une règlementation stricte dont la méconnaissance est sanctionnée. Il en est ainsi de la détermination du seuil minimum irréductible du capital, la fixation de l'étendue des obligations de l'associé sortant. Dès lors, il apparaît que la variabilité du capital fait recours aux différentes approches de la société, de telle sorte qu'on pourrait lui reconnaître une nature hybride, en raison de la coexistence « des règles d'ordre contractuel et des règles de type institutionnel »[1435]. Cependant, au regard des antagonismes de certains intérêts[1436] qui se dégagent dans le cadre de la mise en œuvre des modalités de la variabilité du capital, particulièrement celles entraînant la reprise des apports, il aurait été convenable de faire prévaloir la prééminence de l'approche institutionnelle de la société, notamment en ce qui concerne la détermination des modalités de reprise des apports. Dans cette circonstance, chaque acteur serait fixé sur ses attentes en lien avec la mise en œuvre de la clause de variabilité. De plus, la réduction de l'intervention de la volonté contractuelle aurait eu pour avantage de renforcer le cadre juridique de la variabilité du capital et garantir les droits de chaque acteur ; car comme le stipule la célèbre formule d'Henri LACORDAIRE[1437], « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre […], c'est la liberté qui opprime et la loi

[1434] W. J. DJIGUEMDE, *L'aménagement conventionnel de la société commerciale en droit français et en droit OHADA*, thèse, Université de Bordeaux, 2015, n° 7, p. 8.
[1435] D. GIBIRILA, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 5, p. 18.
[1436] La reprise des apports en cours de vie sociale oppose les intérêts de plusieurs acteurs, savoir les associés sortants, la société et les créanciers sociaux. Leurs intérêts ne sont pas forcément conciliables dans la réalisation de l'opération entraînant la réduction du capital de la société.
[1437] Célèbre prédicateur dominicain, il fut le premier religieux élu à l'Académie. Catholique libéral, il fut rédacteur à *l'Avenir* de Lamennais et fit rétablir les Dominicains en France : il eut des procès de presse, fut blâmé par Rome, député de la Constituante en 1848. Voir https://www.academie-francaise.fr/les-immortels/henri-lacordaire, consulté le 22 septembre 2023, à 13h39.

qui affranchit ». Il s'agit ici de renforcer le régime juridique de la variabilité du capital afin de garantir la partie la plus faible contre la dictature et l'arbitraire de la partie la plus forte économiquement ; cette partie pouvant être indifféremment selon les cas, un associé, la société ou l'assemblée générale de la société.

734. L'analyse du fonctionnement du mécanisme de la variabilité du capital social a mis en évidence ses capacités de mobilisation de financement, de recapitalisation de la société, de restructuration de la société. Dans cette perspective, il n'est pas exclu que la variabilité du capital puisse servir d'instrument ou de technique pour la restructuration des sociétés ; celle-ci désignant « toutes les techniques juridiques offertes par le législateur pour modifier la structure d'une entreprise ou la réorganiser en vue de l'adapter aux nécessités de l'environnement dans lequel elle évolue »[1438]. Elle peut aussi être utilisée pour assainir la gestion d'une société. De même, la variabilité du capital peut être envisagée pour la création et le développement des *start-up*, en raison de ses capacités de mobilisation de fonds et de ses modalités de fonctionnement. Ce sont là des illustrations de pistes à explorer pour dégager les domaines d'application par excellence de la variabilité du capital ; l'objectif étant de tirer profit de toutes ses potentialités pour améliorer la compétitivité des sociétés commerciales.

[1438] D. AHOUA, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaison avec le Droit français*, thèse, Université de Bordeaux, 2015, n° 28, p. 17.

INDEX ALPHABETIQUE

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

actif:13, 14, 16, 31, 70, 98, 132, 167, 178, 209, 212, 250, 253, 350, 355, 358, 363, 364, 365, 367, 368, 369
actions de numéraire: 46, 248, 313, 314
actions de préférence avec droit de vote double:.. 68
actions de préférence sans droit de vote:68, 283, 284, 375
actions de préférence:67, 68, 69, 70, 71, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 313, 375, 393
actions gratuites: 246, 249, 250, 251, 278, 279
actions nouvelles:99, 101, 103, 148, 165, 166, 167, 169, 195, 247, 248, 267, 268, 269, 270, 313, 347
appel public à l'épargne:19, 22, 29, 118, 119, 120, 132, 136, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 153
apport: 170, 172, 173, 174, 391
apports en industrie:12, 13, 30, 42, 45, 47, 48, 82, 98, 131, 132, 161, 169, 172, 173, 174, 391
apports en nature:30, 42, 43, 44, 47, 48, 59, 99, 100, 130, 131, 134, 157, 161, 162, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 196, 198, 314, 345, 362, 364, 377
apports en numéraire:13, 14, 30, 31, 35, 38, 40, 41, 42, 43, 46, 47, 48, 53, 56, 59, 61, 62, 66, 78, 79, 85, 87, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 115, 120, 128, 131, 157, 161, 165, 169, 172, 174, 196, 197, 198, 200, 248, 267, 277, 279, 314, 345, 362, 364, 365, 377, 378
augmentation de capital:10, 14, 43, 60, 61, 74, 75, 89, 134, 151, 165, 166, 167, 171, 200, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 252, 253, 255, 260, 261, 264, 265, 267, 268, 269, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 285, 289, 313, 314, 316, 347, 349, 357, 373, 375
BODACC:.....V, 103, 336, 337, 339, 340
bulletins de souscription:..... 160, 316, 357
capital social dérisoire:..... 63, 64, 138
capitaux propres:14, 15, 16, 30, 39, 40, 42, 44, 46, 48, 49, 64, 66, 67, 70, 71, 74, 76, 77, 78, 79, 88, 90, 95, 97, 102, 103, 113, 115, 122, 143, 148, 153, 178, 196, 197, 200, 202, 212, 245, 247, 248, 285, 286, 288, 297, 305, 354, 355, 363, 365, 372, 375, 377, 378, 380, 381, 407
clause anti-dilution:..... 276, 278
clause d'agrément:127, 137, 139, 140, 141, 168, 260, 266, 270, 271, 272, 273, 274, 285, 286, 317
clause d'exclusion:127, 183, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 232, 233, 234, 236, 237, 242, 244, 270, 301
clause d'inaliénabilité:270, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 308, 309, 310, 329, 373, 375
clause de non-concurrence:.325, 326, 327, 328, 391
clause de non-dilution:.....276, 277, 279, 280
commissaire aux apports:43, 44, 98, 100, 115, 161, 164, 170, 171, 173, 197, 313, 377
commissaire aux comptes:26, 99, 100, 105, 106, 112, 114, 117, 119, 155, 159, 162, 175, 176, 177, 191, 195, 199, 200, 263, 326, 391
compte courant d'associé:39, 47, 58, 72, 75, 76, 77, 78, 393
contribution aux pertes:.....178, 218
créanciers sociaux:14, 15, 31, 107, 108, 109, 112, 174, 218, 220, 253, 324, 333, 362, 363, 364, 372, 384
dettes sociales:141, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 322, 323, 324, 329, 362, 363, 391, 392
dirigeants sociaux:13, 23, 39, 41, 64, 65, 73, 83, 99, 101, 102, 103, 106, 111, 113, 198, 208, 249, 251, 254, 257, 260, 261, 279, 317, 355, 359
dividendes:16, 28, 38, 54, 68, 70, 75, 88, 89, 113, 233, 245, 252, 253, 277, 279, 282, 283, 317, 354, 365, 379
droit préférentiel de souscription:71, 101, 122, 126, 164, 165, 166, 167, 168, 266, 267, 268, 269, 270, 276, 285, 286, 393
émission de droits sociaux: 47
émission de titres sociaux: 159, 247, 276
emprunt bancaire:.....39, 56, 59, 72, 233
évaluation de l'apport: 43, 161, 170
fonction de financement:14, 28, 39, 56, 57, 63, 66, 77, 78, 170, 362, 365, 372
fonds propres:14, 31, 38, 39, 40, 41, 44, 45, 47, 49, 53, 54, 56, 58, 64, 65, 68, 72, 74, 75, 78, 82, 90, 91, 97, 131, 144, 158, 167, 197, 198, 247, 283, 314
gage commun des créanciers:14, 43, 71, 111, 112, 171, 201, 243, 355, 358, 362, 363, 365
greffe:23, 65, 66, 95, 102, 104, 106, 107, 108, 109, 334, 335, 336, 337
incorporation de réserves:13, 24, 47, 48, 59, 157, 198, 247, 253

intangibilité:15, 17, 20, 22, 85, 133, 155, 163, 209, 362, 363
investissement:19, 26, 27, 28, 66, 70, 72, 79, 89, 90, 93, 94, 95, 97, 117, 141, 142, 143, 144, 146, 159, 179, 187, 243, 282, 283, 317, 390, 394
libre réduction du capital:.....106, 109, 110, 111
modification du capital:16, 20, 22, 25, 26, 29, 35, 38, 47, 48, 49, 52, 56, 78, 80, 87, 97, 99, 102, 103, 114, 115, 117, 134, 154, 156, 163, 195, 196, 199, 202, 227, 246, 247, 248, 289, 333, 334, 337, 348, 351, 357, 377, 381, 383, 407
notaire:26, 60, 95, 105, 114, 117, 155, 159, 175, 177, 191, 195, 199, 200, 315, 337, 351, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 372, 376, 377, 391, 393
nullité:20, 61, 68, 70, 111, 150, 167, 177, 184, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 208, 216, 220, 225, 228, 237, 239, 240, 241, 242, 274, 300, 301, 310, 324, 347, 349, 353, 382, 383
opposition:69, 96, 106, 107, 108, 109, 113, 177, 179, 281, 331, 351, 358
organe:55, 68, 69, 92, 95, 99, 104, 106, 150, 151, 160, 163, 178, 179, 181, 206, 207, 208, 210, 243, 244, 261, 270, 272, 301, 313, 315, 316, 318, 320, 334, 352, 355
pacte:.....58, 59, 271, 291, 294, 298, 301
pérennité:.....127, 204, 294, 308, 318, 319, 321, 380
personnalité juridique:.....12, 366, 368, 369
personnalité morale:.....87, 256, 338, 369, 370, 371
prêt: 58, 66, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 98, 233
publicité légale:103, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 346, 356, 358, 359
rachat:68, 69, 92, 180, 183, 184, 203, 204, 243, 286, 318, 352, 390
réduction du capital non motivée par des pertes: 109, 113, 339, 358
registre du commerce et des sociétés:71, 157, 176, 336, 343, 344, 346, 347
registre du commerce et du crédit mobilier:26, 71, 104, 157, 176, 204, 277, 279, 336, 340, 343, 345, 348, 349
restructuration: 12, 31, 32, 91, 380, 385, 389, 407
retrait forcé:.....182, 187, 188, 318
retrait volontaire:.....69, 188, 297, 298, 305
risque:VII, 12, 15, 20, 22, 27, 28, 73, 90, 91, 119, 127, 142, 159, 182, 190, 200, 201, 202, 205, 221, 233, 240, 248, 259, 260, 262, 276, 283, 287, 308, 318, 322, 329, 330, 332, 350, 361, 362, 367, 368, 370, 375, 382, 392
salariés:20, 41, 143, 167, 198, 249, 250, 251, 279, 328, 378
seuil légal:29, 54, 185, 186, 187, 188, 192, 193, 194, 207, 353
seuil statutaire: 185, 188, 192, 193
société à responsabilité limitée:9, 11, 24, 57, 64, 81, 82, 83, 87, 88, 108, 125, 130, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 165, 171, 214, 341, 382
société anonyme:9, 11, 22, 24, 50, 60, 81, 82, 84, 87, 94, 95, 96, 101, 106, 107, 110, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 128, 130, 132, 133, 136, 141, 144, 147, 151, 153, 154, 165, 170, 185, 186, 192, 196, 214, 216, 222, 227, 260, 271, 277, 281, 293, 300, 316, 341,342, 344, 345, 352, 357, 392, 393
société coopérative:16, 42, 45, 51, 54, 55, 56, 74, 80, 81, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 142, 160, 161, 162, 163, 210, 382
société de capitaux:.....75, 174, 272
société par actions simplifiée:11, 45, 57, 81, 82, 87, 95, 110, 119, 121, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 132, 141, 143, 145, 165, 170, 172, 174, 185, 192, 214, 216, 222, 224, 225, 226, 228, 229, 271, 300, 341, 344
société par actions:11, 45, 57, 81, 82, 87, 95, 108, 110, 119, 121, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 132, 141, 143, 145, 165, 170, 172, 174, 185, 192, 214, 216, 222, 224, 225, 226, 228, 229, 271, 300, 341, 344
sortie de l'associé:26, 92, 205, 290, 303, 305, 311, 312, 318, 321
sous-capitalisation:....62, 64, 66, 137, 139, 141, 365
transposition:.....18, 51, 232
valeur nominale:37, 38, 47, 48, 71, 96, 97, 98, 101, 106, 109, 125, 132, 134, 138, 147, 163, 164, 166, 174, 175, 176, 177, 197, 218, 253
variation du capital:18, 21, 22, 25, 26, 51, 52, 62, 80, 86, 134, 135, 160, 164, 346, 348, 349, 373

BIBLIOGRAPHIE ET SOURCES

I. Ouvrages généraux

ALBIGES Ch. et DUMONT M-P., *Droit des sûretés*, Dalloz, Paris, 8e éd., 2022.

ANOUKAHA F. *et al*., *OHADA – Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

BERGEL J-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2012.

BLANC N. *et al*., *Droit des affaires*, LGDJ, Paris, 5e éd., 2022.

BOURASSIN M. et BREMOND V., *Droit des sûretés*, Sirey, Paris, 7e éd., 2020.

COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY Fl., *Droit des sociétés*, LexisNexis, Paris, 36e éd., 2023.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F. et MOREIL S., *Droit bancaire*, Dalloz, coll. « Mémentos », Paris, 12e éd., 2022.

FÉNÉON A., *Le droit des sociétés en Afrique OHADA*, LGDJ, Paris, 3e éd., 2022.

GERMAIN M. et MAGNIER V., *Traité de droit des affaires*, *Les sociétés commerciales,* t. 2, LGDJ, Paris, 21e éd., 2014.

GIBIRILA D., *Droit des sociétés*, Ellipses, Paris, 6e éd., 2020.

HESS-FALLON B. et SIMON A-M., *Droit des affaires*, aide-mémoire, Sirey, Paris, 20e éd., 2017.

LASSERRE CAPDEVILLE J. *et al*., *Droit bancaire*, Dalloz, Paris, 3e éd., 2021.

Le CANNU P. et DONDERO B., *Droit des sociétés*, LGDJ, Paris, 10e éd., 2023.

Le Petit Larousse illustré 2016, Larousse, Paris, 2015.

MAGNIER V., *Droit des sociétés*, Dalloz, Paris, 10e éd., 2022.

MERCADAL B., *Mémento pratique des sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 46e éd., 2015.

MERLE Ph. et FAUCHON A., *Droit commercial. Sociétés commerciales* (édition 2022-2023), Dalloz, coll. « Droit privé », Paris, 26e éd., 2022.

MOUSSERON P. et CHATAIN-AUTAJON L., *Droit des sociétés*, Joly Editions, Paris, 2e éd., 2013.

NEAU-LEDUC Ph. *et al*., *Droit bancaire*, Dalloz, Paris, 6e éd., 2018.

POULON F., *Economie générale*, Dunod, « Eco Sup », Paris, 2015.

TERRE F. *et al*., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 10e éd., 2009.

TOE J. Y., *Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (dans l'espace OHADA)*, Ouagadougou, Collection « Précis de droit burkinabè », 2007.

II. Ouvrages spéciaux

ASSI-HESSO A-M. H. et DIOUF N., *OHADA – recouvrement des créances*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

BUY F., LAMOUREUX M., MESTRE J. et RODA J-C., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, Paris, 2e éd. refondue, 2018.

CABRILLAC R., *Dictionnaire du vocabulaire juridique,* Litec, Paris, 3e éd., 2008.

GATSI J., *Le droit OHADA des sociétés coopératives*, L'Harmattan, Paris, 2011.

HAGUENAU-MOIZARD C., *Introduction au droit comparé*, Dalloz, Paris, 2018.

MARTOR B. *et al.*, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, Paris, 2009.

MORTIER R., *Opérations sur capital social*, LexisNexis, Paris, 2010.

MOUSSERON J. M., *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 1988.

VERDUN F., *Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, Paris, 2013.

III. Thèses

AHOUA D., *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, Thèse, Droit privé, Bordeaux, 2015.

DJIGUEMDE W. J., *L'aménagement conventionnel de la société commerciale en droit français et en droit OHADA*, Thèse, Droit, Bordeaux, 2015.

GRUNDELER G., *L'investissement (étude juridique)*, Thèse, Droit, Aix-Marseille, PUAM, 2017.

LANNEAU R., *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*. Thèse, Droit, Paris X, 2009.

MABIKA N. E. I., *L'utilité du capital social : étude de droit français*, Thèse, Droit privé, Clermont-Ferrand I, 2010.

MAO C., *Les opérations de capital social en droit français et chinois*, Thèse, Droit, Paris-Panthéon-Assas, 2016.

MORTIER R., *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Thèse, Droit, Rennes 1, 2001.

NDIAYE M., *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, Thèse, Droit, Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2017.

PLENT A., *Le capital variable*, Thèse, Droit, Aix-Marseille, 2016.

SAUGET I., *Le droit de retrait de l'associé*, Thèse, Droit, Paris X, 1991.

TOURE L. A. O. M., *L'entrepreneuriat en droit OHADA : analyse comparative à la lumière du système français*, Thèse, Droit, Perpignan, 2019.

IV. Articles, chroniques, monographies, études

ARAKELIAN R., « Loi PACTE : aspect de droit des sociétés », *AJ Contrat* 2019 ;

BARBIER H., « Le point sur la charge et les modes de preuve de l'absence de négociabilité des clauses d'un contrat », note sous Com. 20 novembre 2019, n° 18-12.823), *RTD Civ.* 2020 ;

BEDER P., « Publicité légale », *Répertoire des sociétés*, octobre 2016 ;

BERTREL J-P., « La reprise des apports dans les montages sociétaires et la variabilité du capital social », *BJS*, n° thématique, décembre 2009, p. 1191 ;

BILONG BILONG A., « L'apport en industrie en droit OHADA : une nouvelle approche », *Revue de l'ERSUMA*, *Revue semestrielle d'Etudes, de Législation, de Jurisprudence et de Pratique Professionnelle en Droit des Affaires*, n° 4, septembre 2014 ;

BOURGEOIS-BERTREL M., « Le portage de droits sociaux », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, novembre 2015 ;

CHAMPAUD C. et DANET D., « Réduction de capital. Informations des associés. Rapport du commissaire aux comptes », (Paris, 3e ch. A, 21 mars 2000, Douchez c/ SA Francomet et autres, *D.* 2000. 322), *RTD Com*. 2000 ;

COURET A., « L'apport en société entre permanence et précarité », *BJS*, décembre 2009 ;

DAIGRE J-J., « La financiarisation des sociétés », *in Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, Collection « thèmes et commentaires », Paris, 2018 ;

DELVALLEE J., « Conformité à la Constitution du dispositif d'exclusion statutaire dans les SAS », *Dalloz Actualité*, 12 janvier 2023 ;

DELVALLEE J., « Arrêt Larzul 2 : dans les SAS, une décision collective prise en violation des clauses statutaires peut être annulée », sous Cass. 15 mars 2023, FS-B, n° 21-18.324, *Dalloz actualité*, 28 mars 2023 ;

DE RAVEL D'ESCLAPON Th., « Obligations aux dettes sociales et liquidation judiciaire : modalités de la prescription », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, juillet-août 2019 ;

DIENG M. et SALL A. M., « La variabilité du capital social en droit OHADA », Ohadata D-20-01 ;

FADEUILHE P., « Un serpent de mer : la validité d'une clause de non-concurrence en l'absence d'une contrepartie pécuniaire », *Recueil Dalloz* 2002, p. 1269 ;

FALL A., « *La problématique des apports en industrie en droit OHADA* », OHADATA D-18-08 ;

FARENC C. et SEVE J., « La protection des droits : le notaire au cœur de cette mission », Defrénois, 17 septembre 2020 ;

FERNANDEZ J-M., « Capital social manifestement insuffisant lors de la constitution de la société : une initiative économique contrôlée en droit belge », *LPA*, n° 4, 6 janvier 2004, p. 4 ;

GIBIRILA D., « Société à responsabilité limitée », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2019 ;

GIBIRILA D., « Société en nom collectif », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, janvier 2020 ;

GIBIRILA D., « Les conditions et modalités d'exclusion d'un associé d'une société à capital variable », *LPA*, février 2023 ;

GOFFAUX-CALLEBAUT G., « Apport », *Revue des Sociétés*, Dalloz, juin 2011 ;

HALLOUIN J-C., « Exclusion d'un associé d'une SARL : le juge saisi doit vérifier si l'exclusion n'est abusive », *Recueil Dalloz*, 1998 ;

HAREL S., « La perte de la qualité d'associé en nom et obligation aux dettes sociales », *BJS*, n° 6, juin 2010, p. 551 ;

KABRE W. D., Communication sur la Révision de l'AUDSC, Université OHADA 2014, Ouagadougou, 22-24 décembre 2014 ;

KETTANI G. et VILLEMEUR A., « Le capital-risque : un financement efficace de l'innovation sur le long terme », *Revue d'économie financière*, vol. 108, n° 4, 2012 ;

LANOU G. R., « L'utilité juridique du capital social en droit OHADA des sociétés commerciales », *Revue Africaine et Malgache de Recherche Scientifique*, juillet 2019 ;

Le BARS B. et MARTOR B., « Management et financement de la société anonyme de droit OHADA », n° 5 supplément de la *Semaine juridique* (JCP) n° 4, octobre 2004 ;

LE CANNU P., « SARL à capital variable et libération des apports », *BJS*, n° 12, décembre 1995 ;

LE CANNU P., « Nullité des actes ou délibérations des organes sociaux : un important arrêt d'étape », note sous Cass. com., 18 mai 2010, Société française de gastronomie c/ Société Larzul, *Revue des sociétés* 2010, p. 374 ;

LE CANNU P. *et al.*, « Société par actions simplifiée », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, octobre 2020 ;

LECOURT A., « Capital social (Sociétés) », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2020 ;

LECOURT A., « Obligations », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2022 ;

LEGRAND M-N., « Obligation de libérer la totalité du capital d'une SARL à capital variable », *BJS*, n° 2, février 2001 ;

MASSART Th., « Constitution d'une société sous-capitalisée », note sous Cass. com., 17 juin 2020, *Revue des sociétés* 2020 ;

MESTRE J., « Comportement et qualification des contrats », RTD Civ. 1994, p. 595.

MONSÈRIÉ-BON M-H., « Sociétés à Capital variable », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, février 2001 ;

MONSÈRIÉ-BON M-H., « Nullités des actes et délibérations : *bis repetita placent* », *RTD Com*. 2013 ;

NABARRO J., « Société par actions simplifiée à capital variable et droit préférentiel de souscription », *BJS*, n° 2, février 2011 ;

ONGUILA F. N., « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit de l'OHADA », *Les Cahiers de droit*, volume 53, n° 1, mars 2012 ;

PAILLUSSEAU J., « Le droit OHADA, un droit très important et original, Pratique et actualités du droit OHADA »*, Journées d'études Juriscope Poitiers*, p. 101, OHADATA D-12-74 ;

PANSIER F.-J., « Utilité de la publication dans un journal d'annonces légales (JAL) », *Les Cahiers Sociaux*, n° 173, septembre 2005, p. 365

PARLEANI G., « Le financement du capital, Réflexions sur l'utilité de la notion et son devenir », *Revue des Sociétés* 2005 ;

PISONI P., « Preuve d'une avance en compte courant d'associé », note sous Cass. com., 3 mars 2021, *Revue des sociétés* 2021 ;

PORACCHIA D., MERLAND L. et LAMOUREUX M., « Commissaire aux comptes », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, septembre 2008 ;

REYNIS B., « L'acte authentique n'est que l'aboutissement du rôle de conseil du notaire », *LPA*, 24 avril 2021 ;

RONTCHEVSKY N., « Un renouvellement des acquis, le lien capital-pouvoir : la réforme des actions de préférence », *Revue des sociétés* 2019 ;

SAINTOURENS B., « Sociétés coopératives et sociétés de droit commun », *Revue des sociétés*, 1996 ;

SAINTOURENS B., « Clause statutaire d'exclusion et abus de droit », *Revue des sociétés*, 1998, p. 99 ;

SAINTOURENS B., « Société civile », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2012 ;

SCHILLER S., « La Cour de cassation a-t-elle révolutionné les conventions d'inaliénabilité en droit des sociétés ? », note sous Cass. civ. 1e, 31 octobre 2007, *Revue des sociétés* 2008, p. 321 ;

SCHILLER S., « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, octobre 2020 ;

SCHÜTZ R-N., « Inaliénabilité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2021 ;

SERRA G., « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *BJS*, n° 7, juillet 2004 ;

TERRE F., « Sécurité juridique et annonces légales », *LPA*, n° 198, 2 octobre 2008 ;

TESTU F-X., « Manière dont le contrat s'inscrit dans le temps », *Dalloz référence Contrats d'affaires*, n° 103.47 ;

TOE S., « L'exclusion d'un associé en droit OHADA des sociétés commerciales », *Revue Africaine et Malgache de Recherche Scientifique*, numéro spécial avril 2019 ;

TROUSSET J-L., « De l'utilisation de la société à capital variable », *JCP E* 1999, n° 1.

WRIGHT M., « Le capital-investissement », *Revue française de gestion*, vol. n° 141, n° 5, 2002.

V. Webographie

https://www.bceao.int/fr/content/presentation-de-lumoa, consulté le 6 octobre 2022, à 08h21 ;

http://www.crepmf.org/Wwwcrepmf/CREPMF/historique.aspx, consulté le 27 octobre 2022, à 8h25 ;

https://www.cemac.int/Institutions_organes, consulté le 27 octobre 2022, à 08h40 ;

https://www.leconomistedufaso.bf/2016/11/21/finances-coris-bank-bourse-brio/, consulté le 30 octobre 2022, à 12h10 ;

http://www.corisbank.ci/coris_CorisBank_ses_ambitions_en_Afrique.php, consulté le 30 octobre 2022, à 13h07 ;

https://coris.bank, consulté le 30 octobre 2022, à 13h13 ;

https://sgibenin.com/fr/note-dinformation-nsia-banque/, consulté le 30 octobre 2022, à 15h30 ;

https://www.lecoindesentrepreneurs.fr/dilution-capital/, consulté le 10 mai 2023, à 19h45 ;

https://www.useyourlaw.com/la-dilution-di-capital-social/, consulté le 10 mai 2023, à 19h47 ;

https://the-big-win.com/dilution-de-capital, consulté le 10 mai 2023, à 19h48 ;

https://www.bm.legal/2019/07/29/dilution-et-levee-de-fonds/, consulté le 10 mai 2023, à 19h52 ;

https://www.leblogdudirigeant.com/clause-anti-dilution/, consulté le 10 mai 2023, à 19h52 ;

https://beaubourg-avocats.fr/dilution-capital/, consulté le 10 mai 2023, à 19h53 ;

https://www.legalplace.fr/guides/clause-anti-dilution/, consulté le 10 mai 2023, à 19h54 ;

https://www.bm.legal/2019/07/29/dilution-et-levee-de-fonds/, consulté le 10 mai 2023, à 19h55 ;

https://www.captaincontrat.com/modification/augmentation-du-capital/impact-augmentation-capital-actionnaires, consulté le 10 mai 2023, à 19h57 ;

https://brunodondero.com/tag/dilution/, consulté le 10 mai 2023, à 20h07 ;

https://www.vd-avocat.fr/clause-non-concurrence-avocat-paris, consulté le 12 juillet 2023, à 10h30

https://www.ohada.com/textes-ohada/actes-uniformes.html, consulté le 20 septembre 2023, à 17h41 ;

https://abc-economie.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/fiche_zone-franc.pdf, consulté le 21 septembre 2023, 18h15 ;

https://www.academie-francaise.fr/les-immortels/henri-lacordaire, consulté le 22 septembre 2023, à 13h39.

VI. Législation

Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, adopté le 15 décembre 2010 ;

Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés, adopté le 15 décembre 2010 ;

Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, adopté le 30 janvier 2014 ;

Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière, adopté le 26 janvier 2017 ;

Annexe portant composition, organisation, fonctionnement et attributions du CREPMF ;

Code des assurances annexé au Traité instituant la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA) ;

Code des assurances français ;

Code civil burkinabè ;

Code de commerce français ;

Code monétaire et financier français ;

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ;

Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA ;

Règlement n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique Centrale.

VII. Jurisprudence

CA Paris, 27 avril 1989, *RTD Com*. 1990, p. 221, obs. Elie ALFANDARI et Michel JEANTIN ;

CA Montpellier, 21 août 1991, *Dr. sociétés* 1991, n° 485 ;

CA Amiens, ch. éco., 26 septembre 2013, n° 12/05835 : JurisData n° 2013-025283, *Dr. Sociétés* 2014, Comm. ;

Cass. soc., 14 mai 1992, *D*. 1992, Jur. p. 350, note Yves SERRA ; *RJS* 1992, n° 735 ;

Cass. civ. 3, 9 décembre 1998, *BJS* 1999, p. 385 ;

Cass. com., 10 octobre 2000, Demenois c. Société des entreprises Demenois et Compagnie (SEDEC), Jurisdata n° 2000-006420 ;

Cass. com., 18 juin 2002, Association Adam et autres c. SA L'Amy, Jurisdata n° 2002-014876 ;

Cass. com., 9 juin 2004, n° 01-02.356 ;

Cass. com., 6 février 2007, n° 05-19.237 ;

Cass. com., 6 février 2007, *D*. 2007, *AJ* 587 ;

Cass. com., 17 juin 2008, *D*. 2008, p. 1818 ;

Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+R+I : JurisData n° 2010-006635 ;

Cass. com., 26 juin 2012, n° 11-20538 (F-D), *BJS,* 1er septembre 2012, n° 9, p. 630 ;

Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-23888, *Bull. Joly* 2013, 724, note BARBIERI ;

Cass. com., 6 mai 2014, *BJS* 2014, p. 506 ;

Cass. com., 27 juin 2018, n° 16-14097 ;

Cass. com., 28 novembre 2018, n° 16-28.358 ;

Cass. civ. 1e, 3 février 2021, 16-19.691 (arrêt n° 108) ;

Cass. com., 12 mai 2021- n° 20-12.670 ;

Cass. com., 23 juin 2021 n° 19-24.488 F-D ;

Cass. com., 9 novembre 2022, n° 21-10.540. FSB, *Dalloz actualité*, 16 décembre 2022 ;

Cass., 15 mars 2023, FS-B, n° 21-18.324, *Dalloz actualité*, 28 mars 2023, n° 6 ;

CCJA, 1e ch., arr. n° 127/2019, 25 avril 2019, Pourvoi n° 337/2017/PC.

TABLE DES MATIERES

AVERTISSEMENT ..... **II**
DEDICACES ..... **III**
REMERCIEMENTS ..... **IV**
ABREVIATIONS ET SIGLES ..... **V**
SOMMAIRE ..... **VII**
INTRODUCTION GENERALE **1**
PREMIERE PARTIE. LA RELATIVE PERCEPTIBILITE DE L'ATTRACTIVITE DE LA VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL **28**
TITRE 1. LA VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL, UNE TECHNIQUE SOCIETAIRE FAVORABLE AU FINANCEMENT DE LA SOCIETE **30**
CHAPITRE 1. LE FINANCEMENT POSSIBLE PAR LA NATURE DE LA TECHNIQUE DE VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL 31
Section 1. Une technique favorable à une ouverture souple au financement de la société 32
Paragraphe 1. Un financement complémentaire renforçant les fonds propres de la société 32
A. Le financement de la société par les associés nouveaux 33
1. Le financement de la société par les apports en numéraire 33
2. Le financement par les apports autres qu'en numéraire 35
B. Le financement de la société par les associés anciens 39
1. L'augmentation du capital par les apports en numéraire des associés anciens 39
2. Les autres modalités d'augmentation du capital des associés anciens 40
Paragraphe 2. Une technique de financement favorisée par la modification simplifiée du capital social 42
A. Le bénéfice de la modification simplifiée du capital social 42
1. L'éligibilité à la variabilité du capital social 43
2. La nécessaire insertion d'une clause de variabilité du capital dans les statuts de la société 44
B. Le mécanisme de mise en œuvre de la modification simplifiée du capital social 45
1. Les versements successifs des associés 46
2. L'admission d'associés nouveaux 48
Section 2. Une technique renforçant la fonction de financement du capital social 49

Paragraphe 1. Le renforcement de la fonction de financement du capital social 50
A. Un instrument de financement de la société par l'augmentation du capital 50
1. L'augmentation facilitée du capital, un mode de financement peu coûteux et moins contraignant 51
2. L'augmentation facilitée du capital, un mode de financement permanent 53
B. L'adéquation entre le capital et les besoins financiers de la société 55
1. La question du capital social dérisoire 56
2. La variabilité du capital, une alternative à la sous-capitalisation des sociétés 57
Paragraphe 2. Le capital social, un instrument privilégié de financement de la société 59
A. Un instrument de financement alternatif aux autres modes aboutissant aux mêmes résultats 60
1. Les actions de préférence et la variabilité du capital 60
2. L'incorporation des réserves et la variabilité du capital 63
B. La variabilité du capital social, une alternative à l'intermédiation financière 65
1. Une alternative au financement par l'intermédiation bancaire 65
2. L'avance en compte courant d'associé 68
CHAPITRE 2. LE FINANCEMENT PROPICE DE LA SOCIETE PAR LE REGIME DE LA TECHNIQUE DE VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL 72
Section 1. Un usage règlementé de la technique de variabilité du capital social 73
Paragraphe 1. Une adoption encadrée du statut de société à capital variable 73
A. L'impérative insertion de la clause de variabilité du capital lors de la constitution de la société 74
1. L'assurance de l'éligibilité de la société à la variabilité du capital 74
2. L'assurance de la compatibilité des activités de la société à la variabilité du capital ... 76
B. Le recours possible à la variabilité du capital en cours de vie sociale 78
1. La nécessaire modification des statuts de la société en cours de vie sociale 78
2. Les modalités de la modification des statuts de la société 79
Paragraphe 2. Une règlementation de la technique de variabilité du capital attractive 81
A. Une prise en compte des problématiques juridiques de l'activité d'investisseur 82
1. Une prise de participation des investisseurs facilitée par la variabilité du capital 83
2. Une procédure souple de sortie de l'investisseur par la variabilité du capital 85
B. Une flexibilité accrue dans la constitution des sociétés par la variabilité du capital 87
1. La possible création de la société avec un investissement minimal 87
2. Le fractionnement de la libération du capital 89
Section 2. L'allègement des formalités de modification du capital par la mise en œuvre de la technique de variabilité 90
Paragraphe 1. L'allègement des formalités d'augmentation du capital social 91
A. La dispense des procédures préalables à l'augmentation du capital 92
1. L'absence d'intervention de l'assemblée générale 92

2. L'absence de formalités préalables à la souscription de nouveaux titres sociaux 94
B. La dispense des formalités postérieures à l'augmentation du capital 95
1. La dispense de publication d'un avis dans un journal d'annonces légales 95
2. La dispense de dépôt au greffe des actes modificatifs 97
Paragraphe 2. L'allègement des formalités de réduction du capital social 98
A. Le principe de la libre réduction du capital social 99
1. La dispense des formalités postérieures à la réduction du capital 99
2. L'absence de droit d'opposition des créanciers sociaux 100
B. Les entraves à la libre réduction du capital social 102
1. La consécration des entraves à la libre réduction du capital social 103
2. Les fondements des entraves à la libre réduction du capital social 104
TITRE 2. UN AMENAGEMENT DU CAPITAL SOCIAL FACILITE PAR LA CLAUSE DE VARIABILITE 110
CHAPITRE 1. LE DOMAINE LEGAL DE LA VARIABILITE EN LIEN AVEC L'AMENAGEMENT DU CAPITAL SOCIAL 111
Section 1. Les sociétés incluses dans le domaine de la variabilité du capital 111
Paragraphe 1. Les sociétés de capitaux admises à la variabilité du capital 112
A. L'admission de la société anonyme ordinaire dans le domaine de la variabilité du capital ……..112
1. L'octroi du bénéfice de la clause de variabilité à la société anonyme ordinaire 113
2. La libéralité statutaire accordée par la variabilité du capital à la société anonyme ordinaire 115
B. L'admission de la société par actions simplifiée dans le domaine de la variabilité du capital 117
1. Le renforcement du caractère libéral de la société par actions simplifiée par la variabilité du capital 117
2. La relativité des avantages de la variabilité du capital dans la société par actions simplifiée 119
Paragraphe 2. La société coopérative, symbole de la variabilité du capital 121
A. Des particularités de la société coopérative 122
1. La catégorisation des sociétés coopératives 122
2. La participation de l'apport en industrie dans la formation du capital social 124
B. La variabilité du capital, caractéristique principale de la société coopérative 125
1. La consécration de la variabilité du capital social de la société coopérative 126
2. Les modalités de variation du capital de la société coopérative 127
Section 2. Les sociétés exclues du domaine de la variabilité du capital social 129
Paragraphe 1. L'exclusion discutable des sociétés à responsabilité limitée du domaine de la variabilité du capital 129
A. La difficile justification de l'exclusion de la société à responsabilité limitée 130

1. L'accentuation de la sous-capitalisation de la société à responsabilité limitée 130
2. L'existence de la clause d'agrément 132
B. La nécessaire inclusion de la société à responsabilité limitée dans le domaine de la variabilité du capital 134
1. L'existence de similitudes entre la société à responsabilité limitée et les sociétés de capitaux admises à la variabilité du capital 134
2. La possible création d'une société avec un investissement minimal 135
Paragraphe 2. L'exclusion des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne du domaine de la variabilité du capital 137
A. Une relative ressemblance avec la variabilité du capital social 138
1. Une détermination légale des sociétés et des opérations admises à l'appel public à l'épargne et à la variabilité du capital social 138
2. Un mécanisme de sollicitation d'investisseurs au même titre que la variabilité du capital social 140
B. L'appel public à l'épargne, une modalité incompatible avec la variabilité du capital social ……..142
1. L'existence de formalités de publicité 142
2. La longueur de la procédure du fait de la multiplicité des acteurs 144
CHAPITRE 2. LES MODALITES DE MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE DE VARIABILITE DANS L'AMENAGEMENT DU CAPITAL SOCIAL 148
Section 1. La mise en œuvre de la clause de variabilité par l'augmentation du capital 149
Paragraphe 1. Les particularités des modalités d'augmentation des sociétés à capital variable.. 149
A. Les modalités d'augmentation du capital issues de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales 149
1. Les versements successifs des associés 149
2. L'admission d'associés nouveaux 151
B. Les modalités d'augmentation du capital issues de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives 153
1. La souscription de parts sociales 154
2. L'augmentation du capital de la société coopérative par d'autres moyens que la souscription de parts sociales 156
Paragraphe 2. Les difficultés liées à l'augmentation du capital des sociétés à capital variable .. 157
A. La nécessaire renonciation au droit préférentiel de souscription 157
1. Les modalités d'exercice du droit préférentiel de souscription 158
2. L'incompatibilité du droit préférentiel de souscription avec la variabilité du capital social 160
B. La situation des apports autres qu'en numéraire 162
1. Le rejet de l'apport en nature des associés de sociétés commerciales 162
2. Le rejet de l'apport en industrie en raison de ses particularités 165
Section 2. La mise en œuvre de la clause de variabilité par la réduction du capital 167

Paragraphe 1. Le particularisme de la réduction du capital induit par la clause de variabilité.... 168
A. Un domaine réduit de la réduction du capital en raison de la clause de variabilité..... 168
1. Le rejet de la réduction de capital par diminution de la valeur nominale des titres sociaux..... 169
2. L'admission de la réduction de capital par diminution du nombre de titres sociaux .. 170
B. Une réduction de capital facilitant la sortie d'associés en raison de la clause de variabilité ……..173
1. L'exercice du droit de retrait d'associé 173
2. La faculté d'exclusion d'associé reconnue aux sociétés à capital variable 175
Paragraphe 2. L'étendue limitée de la réduction du capital social dans le cadre de la variabilité du capital 178
A. La consécration d'un double seuil de réduction du capital 178
1. L'existence d'un seuil légal de réduction de capital..... 178
2. L'existence d'un seuil statutaire de réduction de capital..... 181
B. L'intervention possible des recours judiciaires à l'issue des opérations de réduction de capital 182
1. La nullité des opérations de réduction de capital 182
2. La dissolution de la société, conséquence de la nullité des opérations de réduction de capital 184
SECONDE PARTIE. L'ATTRACTIVITE PERFECTIBLE DE LA VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL..... 193
TITRE 1. LA REALITE DES FACTEURS DE RISQUE DE LA VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL..... 195
CHAPITRE 1. LA FREQUENCE DE LA MOBILITE DES ASSOCIES DANS LES SOCIETES A CAPITAL VARIABLE..... 196
Section 1. Une relative mobilité des associés facilitée par l'exercice du droit de retrait 196
Paragraphe 1. Les conditions de mise en œuvre du droit de retrait..... 197
A. Les conditions de forme de l'exercice du droit de retrait..... 198
1. L'exigence de l'accomplissement d'une formalité de demande de retrait 198
2. La nécessaire fixation d'un délai de préavis d'exercice du droit de retrait 200
B. Les conditions financières de l'exercice du droit de retrait..... 202
1. La nécessaire détermination statutaire du prix des titres sociaux suite au retrait de l'associé..... 202
2. L'appréciation de la situation financière de la société..... 205
Paragraphe 2. La neutralisation du droit de retrait 206
A. Le franchissement du seuil du capital minimum 207
1. Le seuil minimum légal..... 207
2. Le seuil minimum statutaire 208
B. L'étendue de la responsabilité de l'associé retrayant 210
1. L'obligation aux dettes sociales de l'associé sortant..... 210

2. La détermination du montant de la dette de l'associé sortant 213
Section 2. La nécessaire reconnaissance de l'exclusion de l'associé par la société 216
Paragraphe 1. Les conditions de validité de la clause d'exclusion 217
A. Les conditions d'adoption de la clause d'exclusion 217
1. Les exigences de l'adoption de la clause d'exclusion 218
2. Les mécanismes de détermination des conditions d'adoption de la clause d'exclusion 219
B. Le contenu de la clause d'exclusion 221
1. La nécessaire précision des motifs d'exclusion 221
2. La détermination de la procédure d'exclusion 224
Paragraphe 2. La neutralisation de l'exclusion 225
A. Les contraintes de la mise en œuvre de la clause d'exclusion 226
1. La prohibition des exclusions *ad nutum* 226
2. Le respect du seuil du capital minimum de la société 228
B. L'encadrement judiciaire de la mise en œuvre de la clause d'exclusion 230
1. L'étendue du contrôle judiciaire du pouvoir d'exclusion 230
2. La sanction de la décision d'exclusion 232
CHAPITRE 2. LA DILUTION DES DROITS SOCIAUX 238
Section 1. Une atteinte intentionnelle aux droits sociaux 238
Paragraphe 1. La particularité de la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable 239
A. L'origine de la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable 239
1. La dilution des droits sociaux résultant de l'augmentation de capital 240
2. La dilution des droits sociaux résultant de l'attribution d'actions gratuites au profit de nouveaux associés 242
B. Les enjeux de la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable 244
1. Les enjeux de la dilution sur les droits financiers des associés 245
2. Les enjeux de la dilution sur les droits politiques des associés 247
Paragraphe 2. L'impact de la dilution des droits sociaux dans les sociétés à capital variable 250
A. Les risques sur la gouvernance de la société 251
1. Le changement de contrôle de la société 251
2. Le changement de la direction de la société 253
B. La réduction du pouvoir des associés lors des assemblées générales 255
1. La perte de la majorité des associés 255
2. La perte de la minorité de blocage des associés 257
Section 2. L'efficace protection contre la dilution des droits sociaux 258
Paragraphe 1. L'inadaptation des mécanismes légaux de maîtrise de la dilution des droits sociaux 259

A. Le droit préférentiel de souscription 259
1. Un mécanisme visant la préservation des droits des associés 260
2. Un mécanisme incompatible avec la variabilité du capital social 261
B. La clause d'agrément 263
1. Un mécanisme destiné au contrôle de l'entrée de nouveaux associés dans la société. 264
2. Un mécanisme incompatible avec la variabilité du capital 265
Paragraphe 2. Les mécanismes statutaires de maîtrise du niveau de dilution des droits sociaux 267
A. La garantie statutaire d'une stabilité du pouvoir des associés au sein des assemblées générales 268
1. La conservation ou la consécration statutaire de la majorité de contrôle 268
2. La conservation d'une minorité de blocage 271
B. L'attribution de droits particuliers aux associés en lien avec la dilution des droits sociaux ……273
1. L'attribution de droits particuliers de nature politique aux associés anciens 274
2. L'attribution de droits particuliers de nature pécuniaire aux associés nouveaux 275
TITRE 2. L'ATTENUATION POSSIBLE DES RISQUES DE LA VARIABILITE DU CAPITAL SOCIAL 281
CHAPITRE 1. L'ATTENUATION DES RISQUES DE LA VARIABILITE DU CAPITAL PAR LA PROTECTION DE LA SOCIETE 282
Section 1. L'instauration d'une durée minimale de participation par une clause d'inaliénabilité... 283
Paragraphe 1. La nécessaire insertion d'une clause d'inaliénabilité dans les statuts de la société à capital variable 284
A. L'applicabilité de la clause d'inaliénabilité aux sociétés à capital variable 284
1. La reconnaissance de la validité de la clause d'inaliénabilité en droit des sociétés 285
2. Les modalités d'insertion de la clause d'inaliénabilité dans les sociétés à capital variable 287
B. L'efficacité de clause d'inaliénabilité 288
1. La détermination de l'objet de la clause d'inaliénabilité 289
2. La connaissance des termes de la clause d'inaliénabilité par les parties 291
3. La sanction de la violation de la clause d'inaliénabilité 293
Paragraphe 2. Les conditions de validité de la clause d'inaliénabilité 295
A. Le caractère temporaire de la clause d'inaliénabilité 295
1. La nécessaire limitation de l'atteinte au principe de libre négociabilité des titres 296
2. L'appréciation du caractère temporaire de l'inaliénabilité 297
B. L'existence d'un intérêt sérieux et légitime 299
1. La nature de l'intérêt protégé 299
2. L'établissement de la preuve de l'intérêt protégé 302
Section 2. Les mécanismes de protection de la société en lien avec la qualité d'associé 304
Paragraphe 1. La protection de la société contre les risques liés à la mobilité de l'actionnariat. 305

A. La protection de la société contre les risques liés à l'entrée de tiers dans la société 305
1. La fixation des modalités d'admission d'associés nouveaux 306
2. La détermination de l'organe social chargé de la mise en œuvre des modalités d'admission d'associés nouveaux 309
B. La protection de la société contre les risques liés à la sortie d'associé 310
1. La sortie de l'associé, une mise en péril de la pérennité de la société 311
2. La stabilisation du capital, une assurance de la pérennité de la société 312
Paragraphe 2. La persistance du lien contractuel entre l'ancien associé et la société à capital variable 314
A. L'obligation aux dettes sociales 315
1. Une obligation liée à la qualité d'associé 315
2. La responsabilité de l'associé retrayant ou exclu 316
B. L'obligation de non-concurrence 317
1. La nécessaire protection des intérêts légitimes de la société 318
2. La validité de la clause de non-concurrence 319
CHAPITRE 2. L'ATTENUATION DES RISQUES DE LA VARIABILITE DU CAPITAL PAR LA PROTECTION DES TIERS 324
Section 1. La protection des tiers par l'instauration d'un régime de publicité légale renforcé pour les sociétés à capital variable 325
Paragraphe 1. L'accomplissement des formalités de publicité légale prévues par le droit commun des sociétés 327
A. Les modalités de la publicité dans un journal d'annonces légales 327
1. L'identification des journaux d'annonces légales 328
2. La fixation des mentions de la publication par des acteurs déterminés 329
B. L'efficacité de la publicité dans un journal d'annonces légales 330
1. Les objectifs de la publicité légale 331
2. L'appréciation de l'efficacité de la publicité légale 332
Paragraphe 2. Les formalités de publicité légale spécifiques aux sociétés à capital variable 334
A. L'étendue des formalités de publicité des sociétés à capital variable 335
1. L'exigence de la mention des mots « à capital variable » 335
2. L'exigence de la mention du capital social minimum irréductible 337
B. Le nécessaire renforcement des mesures de publicité des sociétés à capital variable 339
1. La nécessaire précision du capital maximum autorisé 339
2. L'intérêt de l'indication du capital maximum autorisé 341
Section 2. La protection des tiers par l'appréciation de la solvabilité de la société 343
Paragraphe 1. La protection des tiers par l'encadrement de la fluctuation du capital 343
A. L'encadrement de la reprise des apports, gage de la protection des tiers 344
1. Les modalités de l'encadrement de la reprise des apports 345

2. La préservation de la capacité financière de la société par l'encadrement de la reprise des apports 347
B. L'intervention du notaire dans la fluctuation du capital 348
1. Une insuffisante intervention du notaire consacrée par le législateur 349
2. Le nécessaire renforcement de l'intervention du notaire 351
Paragraphe 2. Le renforcement de la protection des tiers par le recours aux sûretés 353
A. Le nécessaire recours aux sûretés 354
1. La relativité de la fonction de protection du capital 354
2. L'insuffisance de la valeur des apports formant le capital social 357
B. Les implications de la prise systématique des sûretés 359
1. Un facteur de sécurisation des intérêts du créancier 359
2. Le relatif affaiblissement de la personnalité juridique de la société 362
CONCLUSION GENERALE 370
INDEX ALPHABETIQUE 379
BIBLIOGRAPHIE ET SOURCES 381
RESUME 400

RESUME

Le législateur OHADA s'est inspiré du droit français pour fixer le cadre juridique de la variabilité du capital social ; d'où l'étude orientée vers une approche comparatiste. Cette approche a permis une confrontation entre deux systèmes juridiques, en vue de dégager les problèmes de droit et d'envisager une amélioration du cadre juridique de la variabilité du capital en droit OHADA ; l'objectif étant de dégager une contribution à l'amélioration du droit OHADA grâce au droit comparé. A l'analyse, il ressort que la variabilité du capital social comporte des facteurs attractifs pour les acteurs économiques. En effet, elle constitue un mécanisme de financement des sociétés, en raison d'une part, de sa capacité à renforcer les capitaux propres sans charge financière et, d'une part, de sa capacité à constituer un actionnariat spécifiquement orienté sur la rentabilité des sociétés. De même, elle pourrait susciter un intérêt pour les investisseurs intéressés par la célérité et l'efficacité dans les opérations de financement des entreprises. L'efficacité du financement de la société par la mise en œuvre de la clause de variabilité du capital est tributaire, entre autres, de son attractivité auprès des acteurs économiques de manière générale, des investissements et des professionnels du droit en particulier. Cependant, plusieurs facteurs ne militeraient pas en faveur du recours à la variabilité du capital. Parmi ces facteurs figurent les risques découlant de la réduction du capital et la méconnaissance des acteurs économiques et des praticiens du droit de l'existence et/ou du fonctionnement du mécanisme de la variabilité du capital. Or, ces risques ne sont pas irrémédiables, dans la mesure où il existe des mécanismes juridiques appropriés pour y faire face. En somme, l'analyse du fonctionnement du mécanisme de la variabilité du capital social a mis en évidence ses capacités de mobilisation de financement, de recapitalisation de la société, de restructuration de la société et d'apporter une contribution à l'amélioration du cadre juridique des sociétés à capital variable. Elle a également permis de démontrer l'insuffisance de la justification ou du fondement du désintérêt des acteurs économiques et des praticiens du droit à l'égard de la variabilité du capital social.

Mots clés : capital social, variabilité, augmentation du capital, réduction du capital, formalités de modification du capital.

ABSTRACT

The OHADA legislator was inspired by French law to establish the legal framework for the variability of share capital; hence the study oriented towards a comparative approach. This approach allowed a confrontation between two legal systems, with a view to identifying legal problems and considering an improvement of the legal framework of capital variability in OHADA law; the objective being to make a contribution to the improvement of OHADA law through comparative law. The analysis reveals that the variability of social capital includes attractive factors for economic actors. Indeed, it constitutes a mechanism for financing companies, due on the one hand, to its capacity to strengthen equity without financial burden and, on the other hand, to its capacity to constitute a shareholder base specifically oriented towards the profitability of the companies. companies. Likewise, it could arouse interest for investors interested in speed and efficiency in corporate financing operations. The effectiveness of the company's financing through the implementation of the capital variability clause depends, among other things, on its attractiveness to economic players in general, investments and legal professionals in particular. However, several factors would not militate in favor of using capital variability. Among these factors are the risks arising from the reduction of capital and the ignorance of economic actors and practitioners of the law of existence and/or the functioning of the mechanism of capital variability. However, these risks are not irremediable, to the extent that there are appropriate legal mechanisms to deal with them. In short, the analysis of the functioning of the mechanism of variability of social capital highlighted its capacities for mobilizing financing, recapitalizing the company, restructuring the company and making a contribution to improving the framework. legality of companies with variable capital. It also made it possible to demonstrate the insufficiency of the justification or basis for the disinterest of economic actors and legal practitioners with regard to the variability of social capital.

Key words : share capital, variability, capital increase, capital reduction, capital modification formalities.