

Protection des intérêts des actionnaires et des créanciers de la société anonyme dans la législation burundaise et le droit communautaire OHADA

Anaclet Nzohabonayo

Volume 32, Number 2, 2019

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1075172ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1075172ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Nzohabonayo, A. (2019). Protection des intérêts des actionnaires et des créanciers de la société anonyme dans la législation burundaise et le droit communautaire OHADA. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 32(2), 127–145. <https://doi.org/10.7202/1075172ar>

Article abstract

The creditors and shareholders' interests vested in public limited company are less opposed than they appear despite the differences that characterize them. The first does not exist without the second and inversely. This reflection argues that only their competing protection constitutes the bedrock of their fruitful cohabitation. This analysis examines how the legislation studied ensure "peaceful" coexistence of the main actors' interests of the public limited company. It examines the legislation under study in order to contribute to the ongoing doctrinal debate whose comments may cause their rereading by decision makers. In turn, the study clarifies the principles whose understanding helps to guarantee the survival and the financial performance of the public limited company. To illustrate these developments, the analysis uses a comparison of the provisions of the *OHADA Uniform Act* relating to the law of commercial companies and the economic interest grouping and of the *Burundian Code of Private and Public Participation Companies*.

PROTECTION DES INTÉRÊTS DES ACTIONNAIRES ET DES CRÉANCIERS DE LA SOCIÉTÉ ANONYME DANS LA LÉGISLATION BURUNDAISE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE OHADA

*Anaclet Nzohabonayo**

Les intérêts des actionnaires et des créanciers sont moins antagonistes qu'ils ne le paraissent en dépit des différences qui les caractérisent. Les premiers n'existent pas sans les seconds et vice-versa. Cette réflexion démontre que seule leur protection concurrente constitue le soubassement de leur cohabitation fructueuse. Cette analyse explicite les mécanismes juridiques qui permettent d'assurer une cohabitation « pacifique » des intérêts des acteurs principaux de la société anonyme. Elle décortique les textes sous étude et nourrit la critique doctrinale aux riches commentaires pouvant provoquer leur relecture par les décideurs. Par ricochet, l'étude contribue à éclaircir des principes dont la compréhension garantit le maintien de l'exploitation et la viabilité financière de la société anonyme. Pour illustrer ces développements, l'analyse se sert d'une comparaison des dispositions de l'*Acte uniforme de l'OHADA* portant sur le droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique et du *Code burundais des sociétés privées et à participation publique*.

The creditors and shareholders' interests vested in public limited company are less opposed than they appear despite the differences that characterize them. The first does not exist without the second and inversely. This reflection argues that only their competing protection constitutes the bedrock of their fruitful cohabitation. This analysis examines how the legislation studied ensure "peaceful" coexistence of the main actors' interests of the public limited company. It examines the legislation under study in order to contribute to the ongoing doctrinal debate whose comments may cause their rereading by decision makers. In turn, the study clarifies the principles whose understanding helps to guarantee the survival and the financial performance of the public limited company. To illustrate these developments, the analysis uses a comparison of the provisions of the *OHADA Uniform Act* relating to the law of commercial companies and the economic interest grouping and of the *Burundian Code of Private and Public Participation Companies*.

A pesar de sus diferencias, los intereses de accionistas y acreedores son menos antagónicos de lo que parecen. Los primeros no existen sin los segundos y viceversa. Esta reflexión muestra que su protección concurrente constituye la base de una convivencia fructífera. Este análisis explica los mecanismos legales que permiten asegurar una convivencia "pacífica" de los intereses de los principales actores de la sociedad limitada. Analiza los textos en estudio para suscitar comentarios que puedan provocar su relectura por parte de los decisores. A su vez, el estudio ayuda a dilucidar principios cuya comprensión garantiza el funcionamiento continuo y viable financieramente de la sociedad limitada. Para ilustrar estos desarrollos, el análisis utiliza una comparación de las disposiciones de la *Ley Uniforme de OHADA* relacionadas con el derecho de empresas comerciales y grupos de interés económico y el *Código de Empresas de Participación Pública y Privada de Burundi*.

* Professeur Associé ; enseignant-chercheur et chef de département Administration à l'École nationale d'administration/ Bujumbura-Burundi, professeur visiteur à l'Université Officielle, à l'Université Libre des Grands lacs et à l'Institut Supérieur pédagogique de Bukavu en République démocratique du Congo.

L'intensification de la mondialisation a créé des facilités d'accès aux opportunités d'investissement dans des destinations autrefois inaccessibles et parfois méconnues. Cette ouverture bienveillante a permis la solidification des liens économiques entre les pays et opérateurs économiques des divers horizons. Pour tirer profit de cet environnement désormais favorable aux affaires, les pays ont développé des législations pour non seulement attirer les investisseurs et renforcer leur compétitivité, mais aussi encadrer les relations économiques entre les divers partenaires. Certes, les investisseurs cherchent des destinations fiscalement attrayantes pour générer des profits, mais leur décision d'investissement dépend aussi de l'existence des mécanismes de protection de leurs activités économiques et partant, des intérêts qui y sont liés. De ce fait, les législateurs se sont préoccupés de mettre en place un cadre légal qui assure la rentabilité et la sécurité des affaires.

Les sociétés commerciales étant les canaux naturels pour la conduite des opérations d'investissement, elles constituent un centre autour duquel cohabitent plusieurs partenaires aux intérêts multiples. Toutefois, en dépit des différences caractérisant lesdits intérêts, sur lesquels cette réflexion reviendra, ils sont moins antagonistes qu'ils ne le paraissent. Sans doute en est-il ainsi, car les intérêts des créanciers seraient en péril si ceux des actionnaires bénéficiaient peu ou plus de protection et inversement. Seule alors une protection concurrente de ces intérêts constitue le soubassement de la viabilité financière de la société. À travers une démarche comparative, cette analyse examine les aménagements mis en place¹ en vue d'assurer une cohabitation fructueuse des intérêts des partenaires de la société. L'étude concerne la législation burundaise sur les sociétés et le droit de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) relatif aux sociétés commerciales. Comme instrument d'analyse, nous nous servons de *l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique* (l'*AUSCGIE*)² et du *Code burundais des sociétés privées et à participation publique* (*CSP&PP*)³. Dans l'espace OHADA, la communautarisation du droit des sociétés a suppléé la mosaïque de textes disparates et souvent anciens qui étaient d'application dans les pays membres. En réalisant cette intégration juridique régionale, l'OHADA a créé un climat d'investissement prévisible et a affermi son statut d'outil de promotion du développement économique. Telle était par ailleurs la visée du *CSP&PP* burundais

¹ Le *Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires* de l'OHADA a été signé le 17 octobre 1993, en marge du Ve Sommet de la Francophonie, par les chefs d'États et de délégations de pays essentiellement francophones. Le *Traité* est entré en vigueur le 18 septembre 1995 après avoir réuni 7 ratifications. Ce *Traité* a été révisé à Québec au Canada le 17 octobre 2008. Jusqu'en mars 2020, l'OHADA comptait 17 pays membres qui sont : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la République centrafricaine, le Tchad, les Comores, le Congo, la République démocratique du Congo, la Guinée équatoriale, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo, en ligne : OHADA, « États-Membres » (2018), en ligne : *Le portail du droit des affaires en Afrique* <www.ohada.com/etats-membres.html>.

² *Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, le 30 janvier 2014, Journal Officiel de l'OHADA (entrée en vigueur le 5 mai 2014) [*AUSCGIE*].

³ *Loi no 1/09 du 30 mai 2011 portant Code des Sociétés Privées et à Participation Publique*, 30 mai 2011, Bulletin Officiel du Burundi N° 5/2011 [*CSP&PP*].

dont le souci était de moderniser un droit des affaires qui était devenu obsolète. Le droit des sociétés OHADA est issu d'une construction juridique dont la logique était de fédérer les droits applicables dans les pays membres. C'est un droit qui s'est enrichi au travers de multiples travaux scientifiques que son accessibilité a générés⁴. Ses principes, largement commentés⁵, offrent un bon cadre de comparaison avec ceux développés dans les législations nationales comme le *CSP&PP*⁶. Ainsi, les principes de l'*AUSCGIE* sur lesquels est articulée la cohabitation des intérêts des créanciers et des actionnaires peuvent susciter des pistes de réflexion pour améliorer continuellement la qualité des textes juridiques nationaux moins accessibles.

La forme juridique qui sert de cadre d'analyse est la société anonyme (SA). Celle-ci se conçoit comme celle « dans laquelle les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits des actionnaires sont représentés par des actions »⁷. Avec cette responsabilité au passif limitée au prorata de la contribution au capital social, la SA se range parmi les sociétés de capitaux. La qualification d'« anonyme » renvoie à l'idée de la dénomination sociale qui ne révèle pas le nom des actionnaires de ladite société. Celle-ci peut même ignorer leur identité si les titres sont au porteur,⁸ car ces derniers ne portent aucune mention de nom du titulaire. Par ailleurs, la connaissance des principes de protection du capital social et des intérêts de ceux qui participent à sa formation se veut un ingrédient indispensable pour maintenir la performance financière de la SA et rassurer ceux qui y investissent.

La SA est une structure sociétale dont l'enjeu financier est capital aussi bien pour les actionnaires que pour les créanciers. Par sa nature, la SA est une entité économique conçue pour mobiliser des capitaux de grande envergure⁹. Dans la législation burundaise, elle est la seule autorisée à émettre des valeurs mobilières sur

⁴ *AUSCGIE*, *supra* note 2.

⁵ Dorothé Cossi Sossa et al, *Code vert OHADA 2016 : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Poitiers, Juriscope, 2016.

⁶ *CSP&PP*, *supra* note 3.

⁷ *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 385.

⁸ *Ibid* art 745. Il est prévu que les titres peuvent être nominatifs ou au porteur. Selon Anoukaha et al, « [l']action est dite nominative lorsqu'elle est représentée par un titre sur lequel se trouve inscrit le nom de son titulaire » (François Anoukaha et al, *Ohada : Sociétés commerciales et GIE*, Bruxelles, Bruylant, 2002, no 990 à la p 460). Le nom de l'actionnaire figure dans les registres de la société émettrice, ce qui facilite la communication entre la société et ses actionnaires. Voir en ligne : *Natixis* <www.natixis.com/natixis/jcms/lpaz5_43445/fr/le-nominatif>. Les actions au porteur sont gérées par un intermédiaire financier au choix de l'actionnaire, qui seul connaît l'identité de ses clients. La société n'a donc pas connaissance de l'actionnaire. Voir en ligne : *Zonebourse* <www.zonebourse.com/SUEZ-3729241/actualite/Suez-Guide-actionnaire-au-nominatif-pur-28981060/>.

⁹ François Ndjamono Onguila, « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit de l'OHADA » (2012) 53:1 C de D 49 à la p 52; Paul Didier, *Les sociétés commerciales*, 6e éd., coll. Que sais-je?, Paris, Presses universitaires de France, 1988 à la p 22. À cet effet, Didier soutient que « la société anonyme a été instituée dans le but de réunir des capitaux importants, en faisant appel à plusieurs actionnaires. Si elle avait fait courir aux actionnaires un risque illimité et interdit leur mobilité, elle ne les aurait jamais obtenus ».

le marché financier à travers la procédure d'appel public à l'épargne¹⁰, mais c'est aussi le type de structure qui est densément réglementé en raison de l'importance des investissements qu'il peut drainer¹¹.

Le contrôle de la SA combiné avec la possibilité d'entrer sur le marché financier de même que son importance dans le tissu économique et social justifie la densité de la réglementation de cette structure.

À travers l'examen des mécanismes juridiques de protection des intérêts des créanciers et des actionnaires, cette analyse contribue à éclairer les uns et les autres sur la protection que la loi leur accorde. Les développements de cette analyse sont organisés autour de trois axes. D'une part, l'examen porte sur l'identification des intérêts des créanciers de la SA sous l'angle de la protection du capital social et de la pénalisation des dividendes fictifs. D'autre part, l'analyse aborde les mécanismes de protection des intérêts des actionnaires en se penchant sur les mécanismes de protection générale et sur la protection particulière des actionnaires minoritaires. Enfin, l'étude termine par une conclusion.

I. Intérêts des créanciers

Dans une SA, les intérêts des créanciers et des actionnaires coexistent et la présence des premiers justifie l'existence des seconds. Les créanciers de la SA regroupent principalement les fournisseurs, les banques et autres tierces personnes qui font affaire avec elle. La protection de leurs intérêts est consécutive à celle offerte au capital social¹². Celui-ci doit être entièrement souscrit avant de constituer la société dont il est destiné à assurer l'exploitation¹³. Dans le prolongement de cette protection, les législations sur les sociétés commerciales consacrent le principe de fixité du capital social pour préserver les intérêts des créanciers.

A. Protection du capital social

Depuis la nuit des temps, le capital d'une SA est considéré comme le gage de ses créanciers¹⁴. Le principe directeur du gage repose sur le maintien du capital, tel

¹⁰ *CSP&PP*, *supra* note 3, art 334.

¹¹ Les banques burundaises constituent des exemples de sociétés anonymes où la législation est abondante. Banque de la République du Burundi, « Textes légaux régissant le secteur bancaire » (2019), en ligne : *Banque de la République du Burundi* <www.brb.bi/fr/content/textes-légaux-régissant-le-secteur-bancaire>.

¹² Bien évidemment, les créanciers peuvent aussi avoir recours, afin de protéger leurs intérêts à d'autres mécanismes tels que les sûretés réelles (gage/hypothèques) ou personnelles (cautionnement).

¹³ *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 388.

¹⁴ Deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital,

que constitué, dans le patrimoine de la société dans laquelle les créanciers investissent. De ce statut gagiste, il en découle que ce capital devrait rester indisponible pour les associés pour toute la durée de la SA¹⁵. Cependant, il serait irréaliste de priver les actionnaires de jouir des fruits de leurs investissements afin de répondre à leurs impératifs financiers. Sous cet angle, la rémunération de l'investissement des actionnaires sous forme de dividende est tout à fait légale et légitime à la condition qu'il existe des bénéfices distribuables et que la société n'empiète pas sur son capital social.

L'exploitation financière d'une SA, à l'instar des autres sociétés commerciales, peut se solder sur des pertes qui amputent une partie du capital. Ce résultat déficitaire appelle l'interposition de la loi qui prohibe la distribution des dividendes. À ce titre, le *CSP&PP* tout comme l'*AUSCGIE* prévoient des seuils de perte des capitaux afin de provoquer la dissolution de la société. Ces seuils sont des indicateurs dont le rôle est de protéger ce qui reste du capital social.

1. ENCADREMENT DE LA LIBÉRATION DU CAPITAL SOCIAL

La souscription du capital précède sa libération. Cette logique est perceptible dans les deux législations sous analyse qui exigent la souscription entière du capital de la SA avant la date de la signature des statuts¹⁶. Dans le cadre de l'OHADA, cette souscription est accompagnée d'un engagement financier de chacun des actionnaires à mettre à la disposition de la société le ¼ de ses apports en numéraire au moment de la souscription ; le reste pouvant l'être dans trois (3) ans à compter de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier¹⁷. Cette exigence se justifie par le souci d'éviter de frauder les droits des créanciers, mais c'est aussi une question de bon sens, car la société ne peut fonctionner sur des engagements sans consistance. Le *Code burundais* propose à son tour la libération des apports en numéraire du 1/3 de leur montant à la souscription. Le reste peut être libellé à compter de l'immatriculation de la Société au Registre du Commerce et des Sociétés¹⁸, mais étant donné que les pays en développement ont besoin de capitaux, la libération entière du capital est décalée de quelques années par rapport à la date de souscription. De l'analyse de ces deux textes il appert que le code burundais est plus exigeant que l'*AUSCGIE* dans la libération des apports avant l'immatriculation. Alors que l'*AUSCGIE* donne un délai de trois ans pour la libération du reste des apports, le code burundais prévoit deux ans

J.O.C.E., L026, 30 janvier 1977 aux pp. 1-13. Henri Culot, « La prime d'émission » (2006) 105:4 Revue pratique des sociétés 455 à la p 455, en ligne (pdf):

<dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:69328/datastream/PDF_01/view>.

¹⁵ Gilbert Fellus, *Étude sur la notion de capital social et sa fixité*, Thèse de droit, Paris, 1950, à la p 8 tel que cité dans Nany Elodie Mabika Itsimbou, *L'utilité du capital social (étude de droit français)*, thèse de doctorat en droit privé, Université Clermont 1 - Université d'Auvergne, 2010, en ligne :

<<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00719452/document>>.

¹⁶ *CSP&PP*, supra note 3, arts 337 et 349; *AUSCGIE*, supra note 2, art 389.

¹⁷ *AUSCGIE*, supra note 2, art 389.

¹⁸ *CSP&PP*, supra note 3, art 338.

et prive la société d'augmenter le capital autrement que par des actions en nature et d'émettre des obligations tant que le capital n'est pas libellé¹⁹. Les actions ne peuvent représenter des apports en industrie²⁰. Après analyse, on voit que cette exigence de libération du capital social est tempérée par le souci de prendre en compte les difficultés de mobiliser le capital et la préoccupation des pouvoirs publics de retenir le maximum d'investisseurs étrangers.

2. SURVEILLANCE FINANCIÈRE

La gestion de l'entité économique est encadrée par des principes permettant de tirer la sonnette d'alarme si les pertes financières dépassent. Les seuils sont des clignotants qui indiquent le niveau de grignotage du capital social afin de déclencher sa protection par voie de dissolution de la société. Dans l'espace OHADA, l'*AUSCGIE* indique que :

si du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, est tenu, dans les quatre (4) mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider si la dissolution anticipée de la société a lieu²¹.

L'inaction du dirigeant social qui, tout en ayant connaissance que les capitaux propres de la SA sont devenus inférieurs à la moitié du capital social, poursuit l'exploitation commet une faute qui contribue à aggraver le passif social et engage par conséquent sa responsabilité pénale²². Cependant, cette sanction n'est encourue que lorsque le dirigeant social n'a pas convoqué l'assemblée générale extraordinaire dans les 4 mois suivant la constatation des pertes ou s'il y a eu dissolution, mais que cette dernière n'a pas été publiée au journal d'annonces légales²³.

Dans la logique de son homologue de l'OHADA, le *CSP&PP* prévoit en son article 485 :

Si, du fait de pertes constatées dans des documents comptables, l'actif net de la Société devient inférieur au tiers du capital initial, les Associés décident au cours de l'Assemblée d'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, s'il y a lieu à dissolution anticipée de la Société, ou à augmentation du capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves²⁴.

¹⁹ *Ibid*, art 334.

²⁰ *Ibid*.

²¹ *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 664.

²² *Ibid*, art 901 al 1&2.

²³ *Ibid*.

²⁴ *CSP&PP*, *supra* note 3, art 485.

Dans les deux cas, la résolution des Associés est affichée au panneau du Tribunal de Commerce ou, à défaut, du Tribunal de Grande Instance. Elle est également inscrite au Registre du Commerce et des Sociétés²⁵. Les deux législations prévoient des seuils de perte différents pour déclencher des consultations en vue d'une dissolution éventuelle. L'assiette sur laquelle portent ces seuils reste toutefois identique et est désignée par des concepts de capitaux propres pour l'OHADA et de l'actif net pour le code burundais. Il s'agit des vocables qui sont presque synonymes. Pour l'*AUSCGIE*, la perte de 1/2 est calculée sur les capitaux propres alors que pour le *CSP&PP*, la perte du 1/3 est calculée sur l'actif net. Puisque le capital d'une société, rappelons-le, constitue le gage de ses créanciers, l'identification de la législation qui protège le mieux le capital aura leurs faveurs. Prenons deux sociétés immatriculées respectivement sous l'empire de l'*AUSCGIE* et du *CSP&PP* dont le capital social s'élève à 240 000 000 \$ US avec un actif net 360 000 000 \$ US. Dans le cas du *CSP&PP*, le 1/3 du capital social représente un montant de 80 000 000 \$ US. Pour que l'actif net devienne inférieur à ce tiers, il faudra faire la différence entre 360 000 000 et 80 000 000 \$ US. La dépréciation du capital social exigée serait au moins de 280 000 001 \$ US pour provoquer une éventuelle dissolution. Dans le cas de l'*AUSCGIE*, la perte de la 1/2 du capital social équivaut à 120 000 000 \$ US. Pour que de 360 000 000 \$ US de capitaux propres on en arrive à moins de 120 000 000 \$ US, il faut une dépréciation d'au moins de 240 000 001 \$ US pour provoquer une éventuelle dissolution. Plus le montant de la dépréciation des capitaux propres exigé est élevé moins la législation est protectrice du capital social. C'est le cas du *CSP&PP* qui exige des pertes de 280 000 001 \$ US dans le cas d'espèce tandis que l'*AUSCGIE* en exige 240 000 001 \$ US. Le *CSP&PP* nivelle par le bas les possibilités de survie de la société. Les consultations risquent d'être déclenchées à un stade où la situation financière de l'entreprise expose les droits des créanciers à un péril irrésistible en raison de l'intensité des pertes. Nous en déduisons que l'*AUSCGIE* offre plus de protection aux droits des créanciers que le *CSP&PP*. Sur ce point, nous estimons que le *CSP&PP* devrait imiter son homologue de l'OHADA.

B. La pénalisation des dividendes fictifs

Selon Bensadon et al, « [L]e dividende consiste en un prélèvement sur le résultat annuel de l'exercice, sur les résultats précédemment reportés à nouveau ou sur les réserves distribuables de la société »²⁶. Pour ces auteurs, « [L]es dividendes sont considérés comme fictifs lorsqu'ils sont distribués alors que les résultats et les réserves sont insuffisants ou lorsque l'assemblée approuvant les comptes sociaux n'a pas été tenue »²⁷.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Didier Bensadon, Nicolas Praquin, Béatrice Touchelay, dir, *Dictionnaire historique de comptabilité des entreprises*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2016, *sub verbo* « dividende fictif » [Bensadon et al].

²⁷ *Ibid* à la p 216. À cet effet, l'art 75 du *CSP&P*, supra note 3 se lit : « Après approbation des comptes et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'Assemblée générale détermine la part attribuée aux Associés sous forme de Dividendes ainsi que, éventuellement, le montant du Report à nouveau ».

Pour assurer le maintien du capital social dans le portefeuille de la société, les deux législateurs ont édicté la règle de fixité du capital social. Cette dernière pose le principe cardinal de non-remboursement des contributions (des apports) des actionnaires au capital social.

Le contrôle du respect de cette règle se manifeste lors des opérations d'amortissement du capital. Celui-ci est l'opération par laquelle les dirigeants sociaux ou les organes habilités procèdent au remboursement du nominal des actions au moyen des bénéfices engrangés sans toucher au capital. C'est donc le principe d'intangibilité du capital qui n'est ni remboursé aux actionnaires ni partagé tant que la société demeure en exploitation. On voit donc se déployer l'idée selon laquelle la fixité est la contrepartie de la limitation de la responsabilité dans la SA.

Les règles qui président à la détermination du bénéfice distribuable assurent aussi la sauvegarde du capital social pour mieux préserver les intérêts des créanciers de la SA. Le législateur note avec attention que «[T]out Dividende distribué en violation des règles édictées aux articles précédents constitue un Dividende fictif»²⁸. Le *CSP&PP* dans ses dispositions sur le fonctionnement des sociétés punit de tromperie les associées qui, «en l'absence de comptes ou au moyen de comptes frauduleux, auront sciemment opéré entre les Associés la répartition de dividendes fictifs»²⁹. Mais tout comme le *CSP&PP*, la législation communautaire OHADA empêche «la distribution du dividende qui diminuerait le capital social augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer»³⁰. L'*AUSCGIE* prévoit une sanction pénale contre le dirigeant social qui en l'absence d'inventaire ou au moyen d'un inventaire frauduleux a, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition des dividendes fictifs³¹.

À travers son article 77, le code burundais range parmi les dividendes fictifs «les acomptes à valoir sur des exercices clos ou en cours, versés avant que les Comptes de ces Exercices aient été approuvés sous condition [...]»³². Il soumet la distribution des dividendes en violation des règles y relatives à la même rigueur de pénalisation sauf si «un rapport de certification émanant d'un Commissaire aux Comptes fasse connaître un bénéfice net supérieur au montant des Acomptes»³³.

Dans la quête de la protection du capital social contre les dividendes fictifs, le code burundais exige la répétition des dividendes aux bénéficiaires qui en ont indument acquis³⁴. Il enferme cette action dans un délai de trois ans qui commencent à courir à partir de la date de la mise en distribution³⁵. Pour engager des poursuites en

²⁸ *CSP&PP*, *supra* note 3, art 76.

²⁹ *Ibid*, art 157 al 2.

³⁰ *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 143.

³¹ *Ibid*, art 889.

³² *CSP&PP*, *supra* note 3, art 77.

³³ *Ibid*, art 76.

³⁴ *Ibid*, art 81.

³⁵ *Ibid*, art 78.

répétition des dividendes, l'on doit justifier une affectation faite au mépris des dispositions légales et établir que les bénéficiaires étaient au courant du caractère irrégulier de ladite distribution³⁶.

II. Intérêts des actionnaires

Les premiers à doter la SA de ses moyens d'existence sont les actionnaires. Ceux-ci sont les propriétaires de la société. Leur intérêt consiste dans la continuité de l'exploitation de l'entreprise commune pour générer des profits qui serviront à rémunérer leurs investissements. La réalité sociétale est telle que tous les actionnaires ne participent pas à la gestion quotidienne de la société³⁷. Mais, des mécanismes de protection de leurs capitaux existent afin de leur permettre d'avoir l'œil sur l'entité commune. Le législateur traite la sauvegarde de leurs intérêts à travers la protection des droits attachés aux actions, aux droits sociaux, aux droits financiers et patrimoniaux. Cette protection est d'abord générale avant d'être particulière pour les actionnaires minoritaires.

A. Protection générale

1. PROTECTION DES DROITS ATTACHÉS AUX ACTIONS

Les actions sont des titres qui matérialisent la contribution d'un actionnaire au capital social de la société. Le contributeur dispose ainsi des droits pouvant lui permettre de participer à la gestion de la société et de brandir la protection de ses intérêts chaque fois qu'il redoute leur péril. Certains de ces droits ont un caractère social. C'est le cas de la participation à la prise des décisions par le biais des votes dans les assemblées d'occuper les fonctions sociales dans l'entreprise ou le droit d'agir en justice. D'autres droits sont d'ordre financier et concernent essentiellement le droit à la participation au partage des dividendes, du boni de liquidation, du droit de souscription aux augmentations du capital et du droit de négocier ses actions. Sous cette rubrique, l'étude développe la protection du droit de vote, du droit au dividende et du droit préférentiel en raison de leur rôle prépondérant dans le maintien de l'exploitation de la société.

a) *Droit de vote*

L'actionnaire, quelle que soit la nature de ces titres (nominatif ou au porteur), sa quotité dans le capital, dispose d'un droit de participer à la prise des décisions concernant la gestion de la société. C'est d'ailleurs ce droit qui sous-tend

³⁶ *Ibid*, art 81.

³⁷ Les titulaires d'actions au porteur ne sont pas connus de la société anonyme. Ce qui les intéresse au premier plan ce sont les avantages financiers qu'ils retirent de leur actionariat.

la primauté de l'assemblée générale sur les autres organes de la SA. Les délibérations, c'est-à-dire les décisions prises par l'assemblée générale, s'imposent au conseil d'administration qui supervise leur mise en œuvre par les instances exécutives de la SA. Tout actionnaire bénéficie donc de l'opportunité de participer à la définition des grandes orientations stratégiques qui doivent guider l'utilisation du capital investi³⁸. Cette place dans le concert de ses cotitulaires constitue une tribune d'expression pour l'actionnaire afin de contribuer à la qualité des décisions. Elle lui offre l'opportunité de se liquer avec les autres pour faire échec aux délibérations fantaisistes qui nuiraient à ses intérêts. Le processus décisionnel dans les assemblées générales fait l'objet d'organisation à travers la réglementation du droit de vote dans l'*AUSCGIE*. Celui-ci prescrit qu'à « [c]haque action, est attaché un droit de vote proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente et chaque action donne droit à une voix au moins »³⁹. C'est cette même logique qui transcende le *CSP&PP*. Celui-ci prévoit cette proportionnalité en ces termes : « [...] le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité du capital qu'elles représentent [...] »⁴⁰.

Comparativement à l'*AUSCGIE*, le *CSP&PP* est moins détaillant quant à la détermination du nombre de voix de chaque actionnaire⁴¹. Le principe directeur de proportionnalité est conventionnellement admis en droit des sociétés. Il serait en effet absurde de nantir des droits de vote à un créancier au-delà de son assise financière dans la société. Un droit pareil équivaldrait à lui conférer un chèque en blanc pour se prononcer sur l'utilisation du capital au-delà de sa quotité dans le capital social. L'importance accordée à cette prépondérance dans le capital social n'a pas échappé à la vigilance du législateur burundais et de son homologue de l'OHADA en dépit des divergences sur le quorum. Le *CSP&PP* soumet la validité des délibérations d'une assemblée générale ordinaire sur première convocation à la présence ou représentation des actionnaires possédant au moins la moitié du capital social⁴². Dans l'*AUSCGIE*, le quorum exigé pour la première convocation est la présence ou représentation des actionnaires possédant au moins le quart des actions ayant le droit de vote. Les deux législations sous analyse n'exigent aucun quorum pour la deuxième convocation⁴³. Dans les deux textes, l'assemblée statue à la majorité des voix exprimées sans tenir compte des bulletins ou votes blancs que déposent les actionnaires présents ou représentés⁴⁴. En soumettant le quorum à au moins la présence ou la représentation des actionnaires de la ½ du capital social, le *CSP&PP* assure une plus grande stabilité au capital social que l'*AUSCGIE* qui n'en requiert que le ¼. Les décisions de l'AGO dans le *CSP&PP* ont une grande assise

³⁸ *CSP&PP*, *supra* note 3, art 412 : « Tout Actionnaire peut se faire représenter par un Mandataire de son choix ».

³⁹ *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 751.

⁴⁰ *CSP&PP*, *supra* note 3, art 416.

⁴¹ *Ibid*, art 59.

⁴² *Ibid*, art 419.

⁴³ *AUSCGIE*, *supra* note 2 art 549; *CSP&PP*, *supra* note 3, art 419.

⁴⁴ *Ibid*, art 550; *Ibid*, art 420.

d'acceptabilité. En dépit de ce caractère plus représentatif, l'inconvénient traditionnel d'un quorum élevé et qu'il est toujours difficile à atteindre.

Les deux législations à l'étude entrent en vue la possibilité pour une action d'avoir plus d'une voix⁴⁵. L'*AUSCGIE* déclare que « chaque action donne droit à une voix au moins »⁴⁶. Les hypothèses dans lesquelles les deux textes prévoient plus d'une voix pour une action sont celles des « actions nominatives⁴⁷ entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis au moins deux ans au nom d'un même actionnaire » pour l'*AUSCGIE*⁴⁸. Le texte de l'OHADA attribue aux statuts ou à l'assemblée générale extraordinaire le pouvoir de conférer aux actions nominatives le droit de vote double en tenant compte de leur quotité dans le capital social⁴⁹. Cette prépondérance de positionnement des actions nominatives dans la prise de décision est encouragée pour permettre d'approfondir les relations entre les dirigeants sociaux et les actionnaires. Ces actions permettent aux actionnaires de se connaître et facilitent par conséquent « le contrôle de la mobilité des actionnaires » et partant, la maîtrise sur le capital social »⁵⁰. Du reste, elles favorisent le développement des liens tant professionnels que sociétaires indispensables à l'assise financière de la société. Tisser des relations avec la société et s'investir dans sa gestion quotidienne telle est la motivation première des porteurs des titres nominatifs. À l'opposé, les titulaires des actions au porteur sont intéressés plus par l'investissement que par le désir de ce qui se fait pour mieux gérer la société. Celle-ci ne les connaissant pas, leur participation dans l'assemblée générale est conditionnée. Le *CSP&PP* reste muet à ce sujet ; créant de la sorte des possibilités d'interprétation des autres textes qui augmentent l'imprévisibilité des solutions à retenir.

L'article 753 de l'*AUSCGIE* ajoute que « Toute action convertie au porteur perd le droit de vote double »⁵¹. Le *CSP&PP* est moins explicite à ce sujet. Il renvoie la détermination des actions au droit de vote double à des lois particulières lorsqu'il ne le prévoit pas lui-même⁵².

⁴⁵ *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 752; OHADA, *supra* note 1.

⁴⁶ *Ibid*, art 75; *CSP&PP*, *supra* note 3, art 59.

⁴⁷ « Les actions nominatives sont celles où l'identité du propriétaire n'est pas communiquée à la société, mais seulement aux intermédiaires chargés de la gestion administrative de ses titres. Ce sont des actions au porteur. L'action nominative est établie au nom d'un actionnaire inscrit au registre des actions de la société émettrice. Elle connaît donc l'identité du porteur. Afin d'encourager ce type d'actionariat, certaines sociétés cotées doublent les droits de vote de ces actions si elles sont conservées pendant une certaine durée (sans interruption) », Ooreka, « Titre au porteur ou titre nominatif », en ligne: *Ooreka argent* <epargne.ooreka.fr/astuce/voir/296716/actionnaires-au-porteur-ou-nominatif-quelles-differences>.

⁴⁸ *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 752.

⁴⁹ *Ibid*.

⁵⁰ François Ndjamono Onguila, « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit de l'OHADA » (2012) Les Cahiers de droit 49 à la p 53.

⁵¹ *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 753.

⁵² L'art 59 du *CSP&PP*, *supra* note 3, se lit comme suit : « [I]es droits de vote de chaque Associé sont proportionnels à sa participation au Capital de la Société, à moins qu'il en soit disposé autrement par le présent Code moins qu'il en soit disposé autrement par le présent Code, ou par des lois particulières

Le texte burundais encadre aussi les mouvements de variations du statut juridique des actions. Ainsi prévoit-il qu'en cas de rachat des actions par la société, elles perdent le droit de vote sans possibilité d'en tenir compte dans le calcul du quorum⁵³. En cas de nantissement des actions, le droit de vote reste avec le propriétaire et non le créancier gagiste⁵⁴. En présence d'une action grevée de l'usufruit, le *CSP&PP* concède le droit de vote au nu-propriétaire, mais affecte les bénéfices à l'usufruitier⁵⁵.

b) *Droit au dividende*

Après un exercice financier marqué par un résultat excédentaire, la collectivité des propriétaires peut décider de distribuer aux actionnaires une partie des bénéfices réalisés afin de rémunérer leurs investissements⁵⁶. C'est cette partie de bénéfice qui revient à chacun que l'on désigne par dividende. L'*AUSCGIE* pose d'ailleurs ce principe lorsqu'il énonce que les dividendes perçus par les actionnaires sont proportionnels à leur contribution dans le capital social⁵⁷. Telle est aussi la position du *CSP&PP* en son article 28 (2). Cette règle de proportionnalité constitue un « parechoc » contre le grignotage du capital social. Les principes qui président à la détermination du bénéfice distribuable auquel les actionnaires accèdent proportionnellement constituent des remparts de la protection du capital social.

Nous apprenons du *CSP&PP* que le « bénéfice distribuable est constitué par le Bénéfice net de l'Exercice, diminué des Pertes antérieures et des réserves constituées, augmenté des Reports bénéficiaires »⁵⁸. Exceptionnellement, la législation burundaise autorise la distribution des dividendes en l'absence des bénéfices lorsqu'il existe des réserves sur lesquelles la société a la libre disposition⁵⁹.

L'article 755 ajoute que :

Nonobstant les dispositions de l'Article 754 du présent Acte uniforme, lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes les autres actions. Ces avantages peuvent notamment être une part supérieure dans les bénéfices ou le boni de liquidation, un droit de priorité dans les bénéfices, des dividendes cumulatifs⁶⁰.

régissant les Banques, les Institutions Financières, les Microfinances, les Assurances ou toute autre entreprise qui détient ou qui gère des fonds du public ».

⁵³ *Ibid*, art 415.

⁵⁴ *Ibid*, art 413.

⁵⁵ *Ibid*, art 58.

⁵⁶ Bensadon et al, *supra* note 26 à la p 215.

⁵⁷ *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 754.

⁵⁸ *CSP&PP*, *supra* note 3, art 74.

⁵⁹ *Ibid*, art 74 al. 2, qui se lit comme suit : « [l]'Assemblée générale peut décider la mise en distribution des sommes prélevées sur les Réserves dont elle a la disposition ; en ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués ».

⁶⁰ *Ibid*, art 755.

Il faut préciser que

nonobstant toute clause contraire des statuts de la société émettrice, l'ensemble des intérêts, dividendes ou autres produits périodiques revenant aux actions pour un exercice social déterminé devra être payé en une seule fois. La date du paiement unique sera fixée par l'assemblée générale des actionnaires. Cette dernière pourra toutefois charger le conseil d'administration de procéder à cette fixation⁶¹.

Pour le *CSP&PP*, le bénéfice de l'exercice de la société s'obtient en soustrayant des produits nets de l'exercice, les frais généraux, et autres charges de la Société, y compris tous Amortissements et Provisions⁶². Pour dégager le bénéfice distribuable, on déduit du bénéfice de l'exercice les impôts⁶³.

c) *Droit préférentiel de souscription*

Le droit préférentiel de souscription est une prérogative reconnue aux actionnaires existants de souscrire de nouvelles actions en cas d'augmentation du capital social⁶⁴. L'exercice de ce droit est accordé pour la souscription des actions en numéraire émises pour augmenter le capital social dans la société anonyme à l'exclusion d'autres types d'actions⁶⁵.

Ce droit revêt une importance capitale dans la mesure où c'est un instrument de préservation de l'importance financière des anciens actionnaires dans le capital social. Dans la philosophie des deux législations, ce droit permet à son titulaire, si celui-ci l'exerce, d'acquérir de nouvelles actions proportionnellement au nombre d'actions qu'il détenait avant d'envisager l'opération d'augmentation⁶⁶. Cette souscription proportionnelle empêche la dilution du pouvoir, du montant de dividende et du droit de vote des actionnaires « historiques ».

Si on ouvrait l'augmentation du capital social sans égard à cette proportionnalité, on assisterait au bouleversement des équilibres dans les structures statutaires dirigeantes. La stabilité des dirigeants sociaux de la SA, et partant des intérêts des divers partenaires, en prendrait un coup.

Les dispositions qui organisent la mise en œuvre de ce droit prévoient qu'il peut être souscrit à titre irréductible⁶⁷. Dans cette hypothèse, l'auteur exerce son droit

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*, art 72.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, art 431.

⁶⁵ Les actions de numéraire « sont celles dont le montant est libéré en espèce ou par compensation de créances certaines, liquides et exigibles sur la société, celles qui sont émises par suite d'une incorporation au capital de réserves, bénéfices ou primes d'émission, et celles dont le montant résulte pour partie d'une incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission et pour partie d'une libération en espèces », *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 748.

⁶⁶ *CSP&PP*, *supra* note 3, art 43.

⁶⁷ *Ibid.*

en souscrivant en priorité le nombre d'actions nouvelles en fonction du nombre d'actions détenues et nulle personne ne peut le lui en priver ou le réduire au profit d'un tiers. L'autre hypothèse de souscription est celle qui est faite à titre réductible. Dans ce cas, l'actionnaire ancien souscrit à un nombre d'actions nouvelles au-delà de sa quote-part lorsqu'il y a un nombre d'actions nouvelles issues du droit de souscription non exercé. Cette souscription est dite réductible, car « les ordres pourront être réduits en fonction de la demande exprimée par les porteurs de droits »⁶⁸. Toutefois, « un actionnaire existant ne peut souscrire à titre réductible que s'il a préalablement souscrit à titre irréductible »⁶⁹.

La caractéristique du droit préférentiel de souscription est que c'est un droit personnel rattaché à l'action qui ne peut être réduit. Cependant, l'assemblée délibérante peut paralyser ce droit en le supprimant « pour la totalité de l'augmentation du capital ou pour une partie seulement en faveur d'un bénéficiaire nommément désigné »⁷⁰. La situation financière peut être d'une ampleur telle que l'admission de nouveaux investisseurs devient la condition de survie de la société. Ou bien, celle-ci veut s'engager dans de nouveaux projets de grande envergure pour lesquels les actionnaires existants n'ont pas la capacité de mobiliser les fonds nécessaires. Donc, si la société en difficulté veut reconstruire son capital, le législateur ne s'oppose pas à la suppression du droit préférentiel.

Les dispositions des deux textes de loi en examen se singularisent par leur caractère libéral au regard de l'exercice du droit préférentiel de souscription. Elles laissent l'option à leur détenteur de l'exercer ou non au profit des bénéficiaires identifiés ou pas⁷¹. Cette hypothèse se produit lorsque volontairement ou par manque de moyen, le titulaire renonce à l'exercice dudit droit dont la loi enferme l'exercice dans un délai de 20 jours qui courent à partir de l'ouverture de souscription⁷². Les deux textes consacrent la séparabilité entre le droit préférentiel de souscription et les actions auxquelles il est attaché. Il est tout aussi négociable que l'action lui-même lorsqu'il en est détaché⁷³. En fait, le régime juridique de négociabilité et de cessibilité du droit préférentiel de souscription suit celui de l'action qui lui donne naissance.

B. Protection particulière pour les actionnaires minoritaires

La législation de l'OHADA et celle du Burundi prévoient des mécanismes destinés à assurer la protection des intérêts des actionnaires minoritaires. D'une part, ces mécanismes concernent la sanction de l'abus de majorité. D'autre part, cette protection particulière se manifeste dans la mise en œuvre de la procédure d'alerte et enfin sous le mécanisme d'expertise de gestion.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *CSP&PP*, *supra* note 3 art 435; *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 586.

⁷¹ *Ibid.*, art 432; *AUSCGIE*, *Ibid.*, arts 595-597.

⁷² *CSP&PP*, *supra* note 3, art 432; *AUSCGIE* *supra* note 2, art 577.

⁷³ *CSP&PP*, *supra* note 3, art 431 al 2.

1. L'ABUS DE MAJORITÉ

L'abus de majorité découle de l'exercice du droit de vote qui aboutit à des décisions contraires à l'intérêt commun ou qui favorisent exclusivement les intérêts des actionnaires majoritaires. Dans les SA, le vote constitue le canal privilégié de prise de décisions dans toutes les délibérations des assemblées et la majorité constitue la clé de voûte de la validité des délibérations⁷⁴. Le concept de majorité désigne alors ceux des actionnaires qui ont voté pour une décision sujette à contestation et par conséquent constitutive d'abus. Le législateur de l'OHADA assigne à la société un but d'intérêt commun. Il sanctionne dès lors un détournement de pouvoir par les majoritaires qui agissent contre cette philosophie fondement⁷⁵. Qu'alors des associés majoritaires soient exposés à l'invalidation d'une décision qu'ils ont massivement propulsée en usant d'un droit de vote que la loi leur confère, ça peut léser le principe démocratique dans la gouvernance de la SA. D'un autre côté, et c'est aussi une situation plausible, les associés majoritaires peuvent basculer dans « la dictature de la majorité » et compromettre les intérêts des actionnaires minoritaires. Ceux-ci sont ceux parmi les actionnaires qui ont voté contre une décision où qui se sont abstenus de voter une décision qu'ils estiment contraire à leurs intérêts ou à l'intérêt social de la société⁷⁶. Dans une pareille opposition des intérêts, le législateur s'est interposé pour préserver la cohabitation des intérêts des actionnaires. Il a posé ce principe d'abus de majorité pour aménager une protection particulière pour les actionnaires minoritaires⁷⁷. L'*AUSCGIE* considère qu'« il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, et que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société »⁷⁸. Les assemblées constituent le terreau naturel de l'abus de majorité, car c'est dans ces instances que la collectivité des associés s'exprime par vote. Autrement dit, une décision caractéristique « d'abus de majorité » est consécutive à une décision votée par des associés majoritaires, pour promouvoir leurs intérêts en faisant fi de l'intérêt de la société. Pour le *CSP&PP*, « les décisions collectives peuvent être annulées pour abus de majorité et engager la responsabilité des Associés qui les ont votées à l'égard des Associés minoritaires »⁷⁹. Ce texte poursuit en précisant qu'« il y a abus de majorité lorsque les Associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul

⁷⁴ Dans les assemblées générales, le quorum est fixé par l'article 548 de l'*AUSCGIE* et il s'agit d'un quart pour la première convocation et pour la deuxième convocation, la majorité est calculée selon les voix exprimées. Lors des assemblées générales ordinaires, l'article 549 de l'*AUSCGIE* dispose que : « [l']assemblée générale ordinaire statue à la majorité des voix exprimées. Dans les cas où il est procédé à un scrutin, il n'est pas tenu compte des bulletins blancs dont disposent les actionnaires présents ou représentés ». S'agissant des assemblées générales extraordinaires, l'article 554 de l'*AUSCGIE* dispose qu'elles statuent à la majorité des deux tiers des voix exprimées.

⁷⁵ *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 130.

⁷⁶ Yves Guyon, *Droit des affaires : droit commercial général et sociétés*, 8e édition, Paris, Economica, 2003 à la p 408.

⁷⁷ Au même moment, le législateur OHADA sanctionne aussi l'abus de majorité. Voir à ce sujet l'*AUSCGIE*, *supra* note 2, art 131; *CSP&PP*, *supra* note 3 art 61.

⁷⁸ *Ibid*, art 130 al 2.

⁷⁹ *CSP&PP*, *supra* note 3, art 60 al 1.

intérêt, contrairement aux intérêts des Associés minoritaires, et que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la Société »⁸⁰. Les deux textes considérés ont une conception et une formulation identique du concept d'abus de majorité. Ils ouvrent la voie à la mise en responsabilité des associés ayant voté les décisions constitutives d'abus de majorité. L'efficacité de cette protection est soumise à une bonne circonscription des contours de la notion « d'intérêt de la société ». Les actionnaires majoritaires peuvent se dédouaner de leur responsabilité s'ils démontrent qu'ils ont agi dans l'intérêt de la société. Celui-ci est un concept que les deux législations ne définissent pas, laissant ainsi libre cours à la controverse, aux interprétations et à une jurisprudence encore embryonnaire dans l'espace OHADA et au Burundi. Si une action en abus de majorité prospère, elle aboutit à l'annulation des résolutions contraires à l'intérêt social et uniquement pris pour favoriser l'intérêt des majoritaires.

2. LA PROCÉDURE D'ALERTE

L'alerte constitue l'un des signaux utilisés pour attirer l'attention des dirigeants sociaux sur une situation qui risque de compromettre la continuité de l'exploitation. Cette procédure est un outil de prévention des difficultés de la SA qui, une fois non traitées, peuvent conduire à la cessation des paiements.

L'alerte s'analyse aussi comme un dialogue sous encadrement de la loi entre les dirigeants sociaux, les organes d'administration et les actionnaires pour mieux voir à la continuité de l'exploitation et à la sauvegarde des intérêts de la société.

La législation communautaire OHADA confère aux actionnaires minoritaires le droit de déclencher la procédure d'alerte. Aux termes de l'article 158, l'*AUSCGIE* prévoit que :

dans une société anonyme, tout actionnaire peut deux fois par exercice poser des questions au président du Conseil d'Administration, au président directeur général ou à l'administrateur général, selon le cas, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse est communiquée au commissaire aux comptes⁸¹.

De son côté, le *CSP&PP* prévoit en son article 400 « [...] tout Associé peut, deux fois par exercice, poser des questions écrites au Directeur général sur tous faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse est communiquée au Commissaire aux Comptes »⁸². Les deux textes, cadre de notre analyse, sont unanimes quant à la reconnaissance du droit d'alerte. En ne soumettant pas l'exercice de ce droit aux exigences de représentativité en nombre et

⁸⁰ *Ibid*, art 60 al 2.

⁸¹ *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 158 al 1.

⁸² *CSP&PP*, *supra* note 3, art 400.

en capital, les deux textes sous étude reconnaissent que le souci de protection des intérêts est indifférent de leur importance financière. L'expression « tout Associé » offre à l'actionnaire le plus minoritaire une tribune pour agir en protection de ces intérêts. La reconnaissance de ce droit d'alerte constitue une alternative à l'inaction d'un commissaire aux comptes qui n'aurait pas été diligent pour initier la procédure. Le droit burundais limite la communication de la réponse consécutive à la procédure au seul commissaire aux comptes. Si l'alerte révèle des faits caractéristiques de mauvaise gestion et que le commissaire aux comptes a agi en connivence avec les dirigeants sociaux, il peut retarder ou torpiller la suite de la procédure en ne saisissant pas les instances supérieures. L'OHADA minimise les effets de l'inaction, car il confère à l'actionnaire le droit d'adresser la demande aux organes d'administration et aux dirigeants et de réserver une copie de la réponse au commissaire aux comptes. L'associé ne disposant pas du droit de lancer des poursuites judiciaires, l'alerte risque de perdre son effet dissuasif en cas de l'inaction du commissaire aux comptes.

Le déclenchement de la procédure d'alerte s'appuie sur l'existence dans la société de « tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »⁸³. Cette expression est équivoque, car sa généralité complique la limitation des faits pour lesquels on peut initier la procédure. Certes, le législateur a voulu étendre le droit d'exercice de la procédure, mais en même temps, à défaut de doter cette expression d'un contenu précis, il a laissé au juge un pouvoir d'appréciation afin d'éviter la surenchère dans l'interprétation de cette condition.

3. L'EXPERTISE DE GESTION

Selon Pougoué, l'expertise de gestion est « un droit reconnu aux associés détenant une certaine fraction du capital social, de demander l'ouverture d'une enquête sur une ou plusieurs opérations en cause »⁸⁴. En instituant l'expertise de gestion, la volonté du législateur est d'assurer aux actionnaires un droit de contrôle lorsqu'ils soupçonnent la régularité de l'une ou l'autre opération. Cette procédure confère un droit de regard aux actionnaires qui peuvent désormais interroger les pratiques de gestion des dirigeants sociaux. Du reste, l'expertise de gestion permet de pallier un éventuel déficit d'information sur la gestion sociale de l'entité économique⁸⁵. Pour déclencher la procédure de l'expertise de gestion, le législateur a posé des conditions. La première condition est relative à la possession d'une partie du capital social. Aux termes de l'article 159 de l'*AUSCGIE*, « un ou

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ P-G Pougoué et al, *Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, 4e éd, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Poitiers, Juriscope, 2012 à la p 434, tel que cité dans Didier Takafu-Kenfack, « La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit OHADA des sociétés commerciales : une entreprise inachevée ! » (2018) 23:1 Unif L Rev 81 à la p 83 note 20.

⁸⁵ Marcel Williams Tsopbeing, « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés Ohada ? » (2016) 6 Revue de l'ERSUMA 225 à la p 231.

plusieurs associés représentant au moins 1/10 du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander au président de la juridiction compétente du siège social, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion »⁸⁶.

La législation burundaise est calquée sur celle de l'OHADA en exigeant aussi la réunion d'un dixième (1/10) du capital social pour mettre en mouvement la procédure d'expertise de gestion⁸⁷.

Le rapport de l'expertise est adressé « aux demandeurs, ainsi que, selon le cas, au Conseil d'Administration ou au Directoire et au Conseil de Surveillance. Il doit en outre être annexé à celui établi par le Commissaire aux Comptes en vue de la prochaine Assemblée générale et recevoir la même publicité »⁸⁸. Ces personnalités auxquelles le rapport de gestion est adressé disposent d'un réel pouvoir de décision au sein de la société. Si le rapport révèle des manquements qui compromettent l'intérêt social et/ou celui des actionnaires minoritaires, la révocation des dirigeants sociaux ayant commis des fautes de gestion peut être initiée et leur responsabilité engagée. La procédure d'expertise de gestion conforte donc le pouvoir des actionnaires. L'expertise de gestion permet de pallier l'inaction des dirigeants sociaux et des actionnaires majoritaires, car dans l'OHADA, le commissaire aux comptes peut s'en servir pour lancer la procédure d'alerte⁸⁹.

Au seuil de l'analyse, l'enseignement qui se dégage de cette réflexion est que les deux législations comparées assurent une protection du capital en tenant compte des intérêts des actionnaires et des créanciers de SA. Le législateur de l'OHADA et celui du Burundi ont mis l'accent sur des mécanismes de protection dont l'effet transcende les seuls intérêts des actionnaires et des créanciers pour aussi toucher la préservation de l'intérêt commun. Ce dernier, rappelons-le, est l'un des buts que le législateur assigne à la société anonyme. Celle-ci concentre beaucoup de capitaux en son sein. C'est un véhicule d'investissement pour les uns, une source d'emploi pour les autres et un des meilleurs contribuables du trésor public. Cet intérêt que présente la société anonyme justifie les principes d'encadrement de libération du capital social dont l'objectif est de protéger les intérêts des partenaires créanciers de la société. Les deux législations démontrent un certain réalisme mesuré dans la mise en œuvre de ce principe. Elles exigent une libération échelonnée pour tenir compte des capacités

⁸⁶ *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 159.

⁸⁷ *CSP&PP*, *supra* note 3, art 478 al 1.

⁸⁸ *Ibid*, art 478 al 3 et 4; *AUSCGIE*, *supra* note 2, art 160.

⁸⁹ Alain Fénéon, *Droit des sociétés en Afrique - OHADA*, 2e éd, collection Droits africains, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017 à la p 452.

financières parfois limitées de certains des actionnaires. Mais les deux textes empêchent l'augmentation du capital avant la libération totale des sommes promises à la société par les actionnaires. L'*AUSCGIE* tout comme le *CSP&PP* a mis en place des mécanismes de surveillance financière qui s'appuient sur des seuils de capital social en bas desquels la gestion sociale compromet la survie de la société. Au vu de ces seuils, les organes habilités peuvent déclencher des mesures pour relancer l'exploitation ou dissoudre l'entreprise pour limiter les dégâts. Dans la même logique d'assurer la protection du capital qui est l'épicentre des intérêts dans la société anonyme, les deux législations instaurent la pénalisation des dividendes fictifs pour prévenir la diminution du capital social qui est non seulement la garantie de créanciers, mais aussi la source génératrice des intérêts des actionnaires. L'analyse des textes montre le souci des législateurs de protéger les actionnaires de la SA. Certes, ce sont des propriétaires, mais ils ne sont pas dans la plupart des cas des dirigeants sociaux. De plus, parmi les actionnaires il y a des majoritaires et des minoritaires. Les deux législations posent des principes qui assurent concurremment les intérêts des uns et des autres et qui préservent les équilibres entre les sociétaires. Pour les actionnaires majoritaires, l'encadrement de l'exercice du droit au vote, du droit au dividende et du droit préférentiel de souscription permet d'assurer une cohabitation apaisée de leurs intérêts. Mais au regard de l'importance de leur poids financier dans la prise des décisions, l'*AUSCGIE* et le *CSP&PP* accordent un pouvoir aux actionnaires minoritaires d'exercer des actions en justice contre l'abus de majorité. Ces textes leur confèrent aussi un pouvoir de contrôle de gestion par l'entremise du déclenchement de la procédure d'expertise de gestion et d'alerte. De l'ensemble de l'analyse, il s'avère que les principes qui protègent les intérêts des actionnaires préservent aussi par ricochet les intérêts des créanciers et vice-versa. Il y a donc une interdépendance entre ces principes qui convergent vers la protection du capital, centre d'intérêt des partenaires de la SA.