

FORMALISATION DES ENTREPRISES ET LE RÉGIME DE LA NULLITÉ DES SOCIÉTÉS EN DROIT OHADA

BUSINESS FORMALIZATION AND THE REGIME OF CORPORATE NULLITY UNDER OHADA LAW

Mayatta Ndiaye MBAYE

Maître de Conférences, Agrégé des facultés de droit

Secrétaire Permanent de l'OHADA

Université Cheikh Anta Diop-Dakar

Sénégal

RAMARDE Nedoumbaïel

Maître – Assistant

Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Moundou

Tchad

Date de soumission : 03/07/2026

Date d'acceptation : 27/09/2026

Digital Object Identifier (DOI) : www.doi.org/10.5281/zenodo.23250194

Résumé :

La formalisation des entreprises est une préoccupation majeure du législateur dans la perspective d'assainir le climat des affaires. Elle vise à intégrer les activités économiques dans un cadre légal permettant la sécurité des transactions, l'élargissement de l'assiette fiscale et la protection des acteurs économiques. Dans cette dynamique, l'efficacité de cette formalisation dépend également du régime de la nullité, applicable aux irrégularités affectant la constitution des sociétés. La présente étude a pour objectif de faire montre l'adéquation entre le régime de la nullité et les objectifs de la formalisation des entreprises. Le régime des nullités en droit OHADA a été conçu pour éviter les dérives formalistes, par un encadrement légal. Seules les irrégularités graves peuvent entraîner la nullité, par exemple, l'absence d'objet, défaut d'apport. L'objectif est de protéger la continuité des affaires, les droits des tiers et de prévenir l'insécurité juridique. L'OHADA fait le choix d'un formalisme raisonné, au service de la stabilité des affaires et de l'attractivité juridique et économique de la région. Il s'agit essentiellement d'une étude juridique doctrinale et jurisprudentielle fondée principalement sur l'AUSCGIE et la jurisprudence de la CCJA.

Mots clés : formalisation – entreprises – nullités- sécurité – développement – économie.

Summary :

The formalization of businesses is a major concern for legislators seeking to improve the business climate. It aims to integrate economic activities into a legal framework that ensures the security of transactions, broadens the tax base, and protects economic actors. In this context, the effectiveness of this formalization also depends on the rules governing the nullity of companies, which apply to irregularities affecting their formation. This study aims to demonstrate the alignment between the rules governing the nullity of companies and the objectives of business formalization. The rules governing nullity in OHADA law were designed to prevent excessive formalism through a legal framework. Only serious irregularities can lead to nullity, such as the absence of a defined purpose or a lack of capital contributions. The objective is to protect business continuity, the rights of third parties, and prevent legal uncertainty. OHADA has opted for a rational approach to formalism, serving business stability and the region's legal and economic attractiveness. It is essentially a doctrinal and case-law-based legal study, grounded primarily in the AUSCGIE and the case law of the CCJA.

Keywords : formalization – businesses – nullities – security – development – economy.

Introduction

1. Il est un principe que la dynamique de l'économie moderne repose en grande partie sur la structuration, la reconnaissance juridique et la protection des acteurs économiques. En ce sens, le développement socio-économique nécessite la participation active des acteurs du monde des affaires, qui sont essentiellement les personnes physiques et morales. Les unes sont actives dans le secteur formel, les autres, essentiellement plus dominants, sont dans le secteur informel.

L'économie informelle désigne l'ensemble des activités économiques exercées en marge de la couverture légale. Il faut noter par ailleurs qu'implicitement, le législateur accorde une place au secteur informel dans l'AUSCGIE au travers les articles 854 et 864, consacrant les sociétés en participation et les sociétés de fait¹. Selon l'OIT², le terme « *économie informelle* » désigne³ toutes les activités économiques des travailleurs et des unités économiques qui – en droit ou en pratique – ne sont pas couvertes ou insuffisamment couvertes par des dispositions formelles³. Dans son livre « *Le Mystère du capital* », HERNANDO DE SOTO soutient que l'informalité est un frein majeur à la croissance économique. Il explique que les personnes vivant dans l'informalité possèdent des biens⁴ qui ne sont pas reconnus juridiquement, ce qui les empêche de les utiliser comme capital pour obtenir des prêts, investir ou développer leurs activités⁵. En d'autres termes, ces biens, bien que réels, ne peuvent être transformés en capital productif en raison de l'absence de titres de propriété reconnus et de systèmes juridiques adaptés. Selon FALL, « *l'économie informelle est juridiquement invisible mais socialement omniprésente. Elle oblige à penser un droit adaptable, incitatif et non uniquement répressif* »⁶.

Des études effectuées ont montré la nécessité de la transition de l'économie informelle vers l'économie formelle pour une bonne croissance économique et de meilleures conditions de travail. C'est dans cette optique que s'inscrit la formalisation des entreprises. Dans ce cadre, la formalisation des entreprises représente un axe essentiel de gouvernance économique, tandis que le régime de nullité en droit des sociétés permet de garantir la validité des actes sociaux tout en préservant la stabilité juridique. Comment le droit peut-il imposer un formalisme

¹ Des entreprises du secteur informel sont reconnues par l'administration fiscale sans pour autant être formalisées.

² Organisation Internationale du Travail.

³ Organisation International du Travail (OIT), La théorie du changement : Formalisation des entreprises pour le travail décent, septembre 2021. Disponible sur : https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/briefingnote/wcms_854278.pdf

⁴ Terres, habitations, et entreprises.

⁵ <https://www.foncier-developpement.fr>, consulté le 24/06/2025 à 15H02mn.

⁶ <https://biblio.ohada.org>, consulté le 24/06/2025 à 15H14mn.

suffisamment rigoureux pour assurer la sécurité juridique tout en évitant que les irrégularités formelles ne provoquent la disparition d'entreprises et ne découragent la formalisation ?

2. La formalisation de l'entreprise désigne le processus par lequel une activité économique, initialement exercée de manière informelle, acquiert une existence juridique et administrative reconnue par l'État. Elle permet notamment l'identification de l'entreprise, son immatriculation, son inscription fiscale et sociale, ainsi que son assujettissement aux règles applicables aux activités commerciales. Selon la doctrine, « *la formalisation est un outil de transition du secteur informel vers l'économie moderne* »⁷. Un autre auteur affirme que « *le passage à la formalité transforme une initiative privée en entité juridique reconnue, dotée de droits et d'obligations* »⁸.

Abordant dans la même vision, un autre auteur souligne que « *la formalisation n'est pas une option administrative, mais un levier structurant pour la gouvernance économique et la sécurité juridique* »⁹. En d'autres termes, « *la formalisation constitue l'acte de naissance juridique de l'entreprise* »¹⁰. Selon la Banque mondiale, « *les Etats qui simplifient la formalisation des entreprises constatent une augmentation significative des inscriptions au registre et des recettes fiscales* »¹¹. C'est dire que la formalisation est un outil de développement durable.

Le but affiché des initiatives de formalisation de l'entreprise consiste à créer des emplois en plus grand nombre et de meilleure qualité, à réduire la pauvreté et à remédier à la marginalisation de ceux qui sont, tout particulièrement, exposés aux plus graves déficits de travail décent dans l'économie informelle¹². Autrement dit, la formalisation garantit la cohérence, une communication claire, la responsabilité, l'efficacité et la conformité, facilitant le bon fonctionnement des opérations et aidant l'organisation à atteindre ses objectifs. Qu'il s'agisse d'accéder à des pools de financement plus larges, de protéger le nom de marque, de bénéficier d'allègements fiscaux, d'une crédibilité renforcée ou d'un accès à d'énormes contrats publics, les avantages potentiels de la formalisation sont indéniables.

3. Historiquement, la formalisation des entreprises s'est développée avec la nécessité pour les États de contrôler les activités économiques, sécuriser les transactions, protéger les créanciers

⁷ R. SIEWE, « Le statut juridique de l'entrepreneur dans l'espace OHADA », <https://www.biblio.ohada.org>, consulté le 23/06/2025 à 22H03mn.

⁸ S. MBAYE, Droit de l'entreprise en Afrique francophone (2019), <https://www.biblio.ohada.com>, consulté le 23/06/2025 à 22H23mn.

⁹ D. MAKOUZA, La formalisation des entreprises en Afrique francophone », <https://www.lieuse.harmattan>, consulté le 23/06/2025 à 22H31mn.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Banque Mondiale – Doing Business Afrique (2020).

¹² Il s'agit notamment des femmes, les jeunes, les migrants, les personnes âgées, les peuples indigènes et tribus, les personnes vivant avec le VIH ou affectées par le VIH ou le SIDA et les personnes handicapées.

et organiser la fiscalité. Dans les systèmes juridiques inspirés du droit français, l'immatriculation au registre du commerce a progressivement constitué un mécanisme essentiel de reconnaissance et de publicité des commerçants et des sociétés.

En Afrique, et particulièrement dans les États francophones, la formalisation a longtemps été marquée par la coexistence d'un secteur formel relativement réglementé et d'un important secteur informel. Les procédures complexes, les coûts administratifs, la fiscalité et la faiblesse des structures d'accompagnement ont souvent constitué des obstacles à la formalisation des petites entreprises.

La création de l'OHADA en 1993 a constitué une étape majeure dans l'évolution de la formalisation des entreprises en Afrique. L'objectif était notamment d'harmoniser le droit des affaires et de faciliter la création et l'exercice des activités économiques dans les États membres. Le droit commercial général a progressivement organisé les conditions d'accès à l'activité commerciale, l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) et, plus récemment, le statut de l'entrepreneur.

Une évolution importante est intervenue avec l'Acte uniforme relatif au droit commercial général révisé du 15 décembre 2010, qui a consacré le statut de l'entrepreneur. Celui-ci vise à offrir aux personnes exerçant une activité professionnelle indépendante un régime juridique simplifié favorisant leur passage de l'informel vers le secteur formel.

Parallèlement, les États membres de l'OHADA ont engagé des réformes institutionnelles destinées à simplifier les formalités de création d'entreprises, notamment à travers les guichets uniques, la réduction des délais et des coûts de création et, de plus en plus, la dématérialisation des procédures.

Ainsi, l'histoire récente de la formalisation des entreprises peut être comprise comme le passage d'une logique essentiellement administrative et fiscale à une logique davantage orientée vers la facilitation de l'entrepreneuriat, la sécurité juridique et l'inclusion économique. Dans l'espace OHADA, cette évolution demeure toutefois confrontée au poids du secteur informel et à la nécessité de rendre les mécanismes de formalisation réellement accessibles aux très petites entreprises.

4. Le législateur OHADA, de par sa vision de la relance des activités économiques est favorable à la formalisation des entreprises, en adoptant des textes relativement flexibles assurant la sécurité juridique, favorables au passage du secteur informel vers le secteur formel au travers les actes uniformes.

Parmi ces actes, l'AUSCGIE¹³ propose plusieurs formes de société au choix des entrepreneurs¹⁴, consacre un régime de nullité qui vise à assainir le climat des affaires et les relations contractuelles de la constitution à la liquidation des sociétés.

La nullité est l'une des sanctions prévues par le législateur en droit des sociétés commerciales. Il s'agit d'une sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond, qui consiste dans l'anéantissement de l'acte. Elle se distingue de l'annulation qui proclame la nullité¹⁵.

Le plus souvent, il n'est pas besoin de recourir à la sanction pour assurer l'application des lois. Les hommes les respectent par conscience, tradition ou intérêt. La soumission est volontaire. On a le sentiment que l'on agirait mal si on n'observait pas la règle. À tout le moins on n'ose pas se singulariser. À défaut du devoir moral la force de l'habitude assure la rectitude de l'action. D'ailleurs, dès lors que l'homme sait que l'acte contraire à la loi ne produira pas de résultats utiles, il s'abstient donc de l'accomplir¹⁶. Cette soumission volontaire assure le bon fonctionnement de l'économie dans un régime de libertés contractuelles. Les conventions sont le plus souvent volontairement exécutées. Tout a changé sous un régime d'économie dirigée¹⁷. Les règles du contrat sont désormais imposées par la loi et le prix des prestations n'a plus été librement fixé. Le caractère volontaire de l'accord assurait autrefois son exécution. On ne peut plus compter sur cette bonne volonté puisqu'il n'y a pas dès le début accord parfait dans les cœurs des contractants. Il s'agit de faire respecter des règles qui dominent les volontés privées. La sanction devient indispensable. Le législateur ne peut plus faire crédit à la conscience et à la bonne foi, car la morale ne paraît pas engagée dans l'observation de la loi. La violation de la règle n'est plus considérée par les particuliers comme une faute. La désobéissance à la loi n'est pas considérée comme coupable¹⁸. Il faut donc, pour faire respecter les règles légales de direction de l'économie, créer des sanctions efficaces¹⁹.

Procédant à la reconstruction d'une théorie des nullités autour de l'idée de sanction, JAPIOT énonce le principe que la nullité se traduit par l'ouverture d'un droit de critique dirigé contre les effets de l'acte²⁰. Dans la théorie générale de l'acte juridique, le problème de sanction de

¹³ Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

¹⁴ L'alinéa 2 de l'article 6 « sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées ».

¹⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd. 2017, p.696.

¹⁶ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd. LGDJ, 1951, p.242.

¹⁷ *Ibid.*, p.242.

¹⁸ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n°31, p.95.

¹⁹ G. RIPERT, *op. cit.*, p.243.

²⁰ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse Dijon, 13 juillet 1909, p. 284.

l'inobservation des règles de droit occupe une place importante. Certes, le droit n'est pas exclusivement, comme la médecine, une science des situations pathologiques. Il est bien au contraire, un principe d'organisation du monde juridique.

5. La théorie de la nullité est aujourd'hui composite, ce qui la rend difficile à saisir. PLANIOL considérait la théorie des nullités comme l'une des plus obscures du droit civil²¹. Il a été justement relevé qu'il existe « *une opposition saisissante entre une volonté de systématisation théorique de la doctrine et un pragmatisme dominant de la jurisprudence, opposition due à la distorsion entre la vue générale a priori du législateur et la vue a posteriori cas par cas des tribunaux* »²². L'acte juridique est inefficace si, au moment de sa formation, l'une des conditions requises fait défaut²³. Selon un auteur, la nullité demeure, en droit civil, la sanction normale car spécifique et première de l'invalidité du contrat²⁴. Elle serait « la sanction de référence »²⁵, la mesure qui, quoique « la plus complexe », est aussi « la plus logique ».

La nullité est vécue par le droit contemporain comme un mal nécessaire, altérant la force du contrat ou de l'acte concerné et facilitant parfois les comportements opportunistes²⁶. C'est la raison pour laquelle tant le législateur moderne que la jurisprudence tentent de l'éviter ou d'en limiter les effets perturbateurs ; ainsi, la lésion de plus du quart en matière de partage n'est plus sanctionnée, depuis la loi n°2006-728 du 23 juin 2006, en France, que par l'action en complément de part²⁷. Mais, parmi les sanctions susceptibles d'affecter un acte juridique irrégulier²⁸, la nullité reste sans doute la plus importante et la plus utilisée.

Suivant l'alinéa 1^{er} de l'article 242 de l'AUSCGIE, « *la nullité d'une société ne peut résulter que d'une disposition du présent Acte uniforme la prévoyant expressément ou, sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, des textes régissant la nullité des contrats* ». Il résulte de cette disposition que le législateur a opté pour la nullité textuelle²⁹.

Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 247 de l'AUSCGIE, « *la juridiction compétente saisie d'une action en nullité peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité. Elle ne peut*

²¹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., t.1, Paris LGDJ 1922, n°328 et suiv. p.122.

²² A. BÉNABENT, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, coll. Domat, 13 éd. 2012 n°200, cité par J. GHESTIN, in *Traité de droit civil, la formation du contrat* T.2, LGDJ 2013, n°2003, p.701.

²³ La nullité se présente comme l'anéantissement rétroactif de l'acte juridique irrégulier : elle est la sanction judiciaire des conditions de formation de l'acte juridique.

²⁴ J. GHESTIN, op. cit, n°2005, P.703.

²⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, coll. Domat, 13 éd. 2012, n°200, cité par J. GHESTIN, op. cit, n°2005.

²⁶ MALAURIE, AYNÈS et STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5^e éd., 2011, Defrénois, n° 666.

²⁷ C. civ., art. 889 s (ancien code civil français, c'est-à-dire, avant la réforme de février 2016).

²⁸ Caducité, inopposabilité, réduction, réfaction, amende civile, etc.

²⁹ La nullité textuelle est celle qui est prévue par un texte. Autrement, la nullité ne peut être prononcée que si un texte la prévoit de façon formelle.

pas prononcer la nullité moins de deux (2) mois après la date de l'exploit introductif d'instance ». Le souci de préservation des activités économiques a conduit le législateur à choisir le principe de la régularisation et que le prononcé de la nullité serait une exception.

Conformément à l'article 253 de l'AUSCGIE, « lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. Il est procédé à sa dissolution et, pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, à leur liquidation ». Il est clair que le législateur africain n'admet pas la rétroactivité de la nullité de la société³⁰.

La nullité des sociétés est une notion large. Elle peut englober aussi bien la nullité des actes sociaux que celle de la société elle-même. La présente étude ne portera que sur la nullité qui frappe les sociétés commerciales.

6. La question essentielle qu'il conviendrait de se poser est de savoir : le régime des nullités des sociétés commerciales en droit OHADA contribue-t-il à la formalisation des entreprises tout en conciliant exigence de légalité, sécurité juridique et continuité des affaires ?

Le sujet est d'actualité et intéressant, en ce qu'il nous permet de mettre en exergue, les enjeux de l'articulation entre le régime de la nullité et l'objectif de la formalisation pour la sécurisation juridique et économique, facteurs de la stabilité de l'environnement des affaires.

Il en résulte les hypothèses suivantes :

- La limitation des causes de nullité réduit le risque juridique attaché à la constitution des sociétés ;
- Les mécanismes de régularisation constituent un instrument de sécurisation et peuvent faciliter le passage vers le secteur formel ;
- La non-rétroactivité de la nullité protège la continuité des relations économiques et les tiers, renforçant ainsi la sécurité juridique.

7. La présente étude repose sur une analyse doctrinale et exégétique des dispositions de l'AUSCGIE relatives à la constitution, à la régularisation et à la nullité des sociétés, complétée par l'examen de la jurisprudence de la CCJA et des principales contributions doctrinales relatives au droit des sociétés OHADA. L'analyse vise à identifier la fonction du régime des nullités dans la conciliation entre exigence de conformité juridique et continuité des activités économiques.

Dans l'espace OHADA, la formalisation revêt une importance particulière puisqu'elle participe à la sécurisation de l'environnement des affaires et à l'amélioration de l'attractivité économique

³⁰ La nullité qui est une sanction d'une irrégularité de fond ou de forme de la constitution d'un acte juridique produit les effets non-rétroactifs comme la résiliation du contrat.

des États membres. Elle constitue donc un instrument à la fois de sécurité juridique, d'inclusion économique et de développement.

Cependant, son efficacité dépend de la capacité des États africains à simplifier les procédures, réduire les coûts et accompagner les petites entreprises, afin que la formalisation ne soit pas perçue comme une simple charge administrative ou fiscale.

8. Si la nullité est une sanction des anomalies de fond ou de forme dans la constitution des actes juridiques, l'option aisance du régime de la nullité en droit des sociétés participe à la réalisation des objectifs de la formalisation des entreprises, c'est-à-dire, le régime de nullité est un indicateur de la rigueur du formalisme des sociétés commerciales (I). Par ailleurs, suivant l'esprit de l'article 253 de l'AUSCGIE, consacrant le refus de la rétroactivité de la nullité des sociétés, il apparaît une attractivité des objectifs de la formalisation au régime de la nullité (II).

I- Le régime des nullités : l'indicateur de la rigueur du formalisme du droit des sociétés commerciales

9. Le terme rigueur a un sens beaucoup plus fort dans le langage du droit que dans la langue générale, où elle signifie qui est exigé, imposé par l'usage, les convenances³¹. En droit, elle s'emploie dans les cas où le caractère obligatoire d'un acte devient une condition essentielle de sa validité³².

Il est un principe à l'article 242 de l'AUSCGIE que la nullité de la société ne peut résulter que d'une disposition de l'Acte uniforme la prévoyant expressément, ou des textes régissant la nullité des contrats. En effet, selon l'esprit de l'article 4 de l'AUSCGIE, la société est un contrat³³ dont la conclusion doit être conforme aux règles de fond et de forme applicables à tous les contrats. En outre, la constitution de la société est soumise aux règles particulières qui régissent le contrat de société. Par ailleurs, la constitution de la société doit répondre aux exigences requises en fonction de la forme sociale choisie³⁴.

10. Dans un système juridique dit formaliste, l'échange des consentements ne saurait être considéré comme satisfaisant. Le formalisme s'analyse comme l'obligation de respecter des formes, prévues préalablement à la conclusion d'actes juridiques, et ce sous peine de sanction. Le formalisme peut revêtir différents caractères de solennité, de preuve, de publicité ou

³¹ Le port de la cravate est de la rigueur.

³² <https://www.noslangues-ourlanguages.gc.ca>, consulté le 14.11.2024 à 14h05mn.

³³ Toutefois, en doctrine cette nature est discutée. Certains auteurs soutiennent que la société est un acte juridique (article 5), une institution et pour d'autres, elle est un contrat (Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA, «La notion de société commerciale en droit OHADA », REVUE DE L'ERSUMA 2019 - 1 / N°10, p.13 et s.).

³⁴ A. FENEON, Droit des sociétés, LGDJ 2015, n°1593, p.624.

administratif. Le formalisme est donc une condition essentielle de la validité et de l'opposabilité des actes. Pour autant, nous assistons, en pratique, à une augmentation exponentielle de la réglementation en vigueur, alors que les praticiens recherchent davantage de souplesse et de liberté. En effet, en dépit de son utilité certaine, on considère généralement que le formalisme en droit des sociétés commerciales est contraire au développement des affaires sociales. Le formalisme est apparu complexe, rigide et lourd c'est-à-dire, son omniprésence est devenue envahissante. Par ailleurs, ses manquements font automatiquement l'objet de sanctions³⁵. En conséquence, il convient désormais de simplifier et d'assouplir le droit des sociétés commerciales en supprimant les formalités superflues et en veillant à ce que le formalisme soit appliqué à l'avenir à bon escient. Le législateur doit vérifier s'il est indispensable et mesurer les effets qu'il peut contenir, il conviendrait également de rechercher les sanctions appropriées. Les manquements au formalisme ne doivent plus être punis ou réprimés. Il conviendrait d'envisager une réparation, sans la punition³⁶. C'est dans cette perspective que s'inscrit le formalisme issu de la réforme intervenue en droit des sociétés commerciales de l'espace OHADA, en 2014. En ce sens, le formalisme reste l'instrument de la protection des intérêts des associés, des tiers ainsi que de l'ordre public. C'est dire que la rigueur du formalisme concourt à la sauvegarde de l'ordre public économique de direction (A) et de protection (B).

A - La rigueur du formalisme préservant l'ordre public économique de direction

11. L'ordre public économique est une notion juridique à géométrie variable que l'on peut définir comme l'ensemble des normes qui s'imposent à la volonté des parties afin de faire prévaloir des impératifs d'intérêt général ayant pour objectif « d'assurer le bon fonctionnement du marché »³⁷. L'ordre public économique s'occupe de la réglementation directe des échanges de richesses et de services³⁸. Contrairement à l'ordre public politique qui vise l'interdiction des contrats, l'ordre public économique tend davantage à déterminer le contenu des contrats³⁹.

Pour le doyen CARBONNIER, « *les lois sont nécessaires à la société parce que la condition humaine est essentiellement pécheresse. Le Droit est indispensable parce qu'il porte le glaive*

³⁵ Pénales, mesures répressive par nature qui s'avèrent être inflexibles et inadaptées.

³⁶ Au sens strict du terme.

³⁷ Conseil Const. Décision n°2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale Nationale et autres : première fois évoquée par le Conseil Const ; Conseil const. Décision n°2012-280 QPC, 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autres, cons. 11. ; Conseil Const. Décision n°2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013.

Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, cons. 5. : CE Ass., 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et Vivendi Universal, n°353856, cons. 48 et 49.

³⁸ V. KARIM, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation », Les cahiers de Droit, vol. 40, n°2, juin 1999, p.412.

³⁹ J. GHESTIN, « Les obligations : le contrat : formation », dans traité de droit civil, 2^e éd., L.G.D.J, 1988, p.122.

et que c'est seulement par le glaive que peut être domptée l'agressivité inhérente aux êtres humains, que peut être établi un ordre, un compromis, fût-il précaire, entre l'activité des uns et la convoitise des autres ». Et c'est en cela que la loi apparaît comme un mal : « *non point parce qu'elle fait mal ou qu'elle fait du mal, mais parce qu'elle est liée à l'existence du mal* »⁴⁰, « *Appelée par les hommes et venue des hommes, elle reflète le mal qui est dans ses sujets et porte en elle le mal qui est dans ses auteurs* »⁴¹. Dans cette optique, l'effectivité de la règle de droit nécessite une sanction comme la nullité. La sanction selon un auteur, est comme un instrument de mesure, comme règle du jeu des rapports sociaux⁴². La sanction servirait à désigner une caractéristique structurelle des normes juridiques. En ce sens, le régime des nullités est un indicateur de la rigueur du formalisme, assurant l'ordre public économique dans l'élaboration des statuts (1) et le choix de la forme de la société (2).

1- L'obligation au respect des formes des statuts ou des mentions obligatoires, sous peine de la transformation en société de fait ou d'inopposabilité

12. L'ordre public s'entend des normes plus ou moins impératives considérées comme essentielles au fonctionnement d'un service public, à la protection du marché et des personnes. L'ordre public de direction est un ensemble des normes essentielles au maintien de la sécurité, à la recherche de l'économie⁴³. Le nouvel article 74-1 de l'AUSCGIE dispose que « *Les sociétés constituées en violation des articles 7, 8, 9, 20, 37 alinéa 1^{er} et 40 ci-dessus sont nulles* ». Cette disposition institue donc une sanction particulièrement grave des irrégularités affectant la constitution de la société. En effet, les articles visés concernent notamment des conditions substantielles de constitution de la société, ce qui explique que le législateur OHADA ait retenu la nullité plutôt qu'une simple possibilité de régularisation. L'article 74-1 doit ainsi être distingué de l'article 75 : pour les irrégularités ordinaires relatives aux mentions statutaires ou aux formalités de constitution, l'article 75 privilégie la régularisation judiciaire plutôt que la disparition immédiate de la société.

Il conviendrait de souligner que l'intérêt de cette disposition réside donc dans la recherche d'un équilibre entre deux impératifs : d'une part, assurer le respect des règles fondamentales de constitution des sociétés et la protection des associés, créanciers et tiers ; d'autre part, éviter que toute irrégularité formelle entraîne automatiquement la disparition de la personne morale.

⁴⁰J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979, p.331.

⁴¹*Ibid*, p.331.

⁴²M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, 1982, p.105.

⁴³G. CORNU, *op. cit.* p. 721.

La distinction opérée entre l'article 74-1 et l'article 75 traduit ainsi une volonté de proportionner la sanction à la gravité de l'irrégularité.

Sur le plan critique, l'article 74-1 peut néanmoins susciter une interrogation : la formulation « *sont nulles* » paraît particulièrement rigoureuse alors que le droit contemporain des sociétés tend généralement à favoriser la régularisation plutôt que la disparition de l'entreprise. Cette rigueur doit donc être interprétée de manière restrictive : la nullité ne devrait concerner que les violations expressément visées par le texte, tandis que les autres irrégularités relèvent prioritairement du mécanisme de régularisation prévu par l'article 75.

En clair, l'article 74-1 constitue un mécanisme de police juridique de la constitution des sociétés dans l'espace OHADA. Il protège la sécurité juridique des sociétés, mais son efficacité doit être conciliée avec le principe de conservation de l'entreprise et avec les mécanismes de régularisation prévus par l'AUSCGIE. Autrement, cette disposition concerne la consécration des causes de nullité relatives à la constitution de la société. Cette limitation résulte aussi de l'interprétation de l'esprit de l'article 2 de l'AUSCGIE qui pose le principe d'impérativité des dispositions dudit Acte, interdisant à l'associé unique ou aux associés d'y déroger hormis toute autorisation expresse. Par conséquent, l'autonomie de leur volonté se trouve entravée.

Selon POUGOUE, la nullité est une conséquence logique du formalisme dans un système juridique moderne. Cela signifie que lorsqu'un acte juridique ne respecte pas les formes prescrites par la loi, il peut être déclaré nul par un tribunal⁴⁴.

Selon l'article 10 de l'AUSCGIE « *sauf dispositions nationales contraires, les statuts sont établis par acte notarié ou par tout acte offrant des garanties d'authenticité dans l'Etat du siège de la société déposés avec reconnaissance d'écritures et de signatures par toutes les parties au rang des minutes d'un notaire. Ils ne peuvent être modifiés qu'en la même forme* ».

Il en résulte que par principe, les statuts sont établis soit par acte notarié, soit par acte sous seing privé. Dans ce dernier cas, ils doivent être enregistrés chez un notaire.

L'article 11 ajoute, « *lorsque les statuts sont établis par acte sous seing privé, il en est dressé autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et l'exécution des diverses formalités requises par les textes en vigueur*.

En outre, il est remis un exemplaire original :

- 1) *Pour les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés à responsabilité limitée, à chaque associé ;*

⁴⁴ <https://www.ohada.com>, consulté le 24/06/2025 à 10H51mn.

2) *Pour les autres sociétés, à ceux des associés qui en ont fait la demande à la signature des statuts ou le cas échéant, lors de l'assemblée générale constitutive.*

Une copie des statuts est tenue à la disposition des associés par la société ».

Il faut noter que l'inobservation de ces dispositions n'entraîne pas la nullité. Le greffier peut cependant refuser l'immatriculation de la société au Registre du commerce et du crédit mobilier⁴⁵. En effet, le greffier peut refuser l'immatriculation lorsque les pièces sont incomplètes, les mentions obligatoires font défaut, l'objet social est manifestement illicite ou contraire à l'ordre public. Par exemple, une société créée pour exercer une activité interdite ou frauduleuse peut faire l'objet d'un refus d'immatriculation. Dans cette perspective, le greffier participe indirectement à la lutte contre la fraude, à la transparence des activités économiques et à la protection des tiers⁴⁶.

Dans ce cas, la société non immatriculée devient ou peut devenir une société de fait⁴⁷. L'AUSCGIE reconnaît certaines situations dans lesquelles une activité sociétaire peut fonctionner sans immatriculation ou malgré une irrégularité de constitution. La société non immatriculée est une société qui exerce son activité sans avoir accompli la formalité d'immatriculation au RCCM. Il convient cependant de distinguer plusieurs situations.

La société en participation, par exemple, est expressément conçue comme une société dans laquelle les associés conviennent de ne pas procéder à l'immatriculation. Elle ne possède donc pas la personnalité morale et n'est pas soumise à publicité.

La société non immatriculée révèle ainsi une tension entre la liberté contractuelle et l'exigence de formalisation⁴⁸.

Du point de vue de la formalisation, cette situation présente donc un avantage de simplicité, mais aussi une faiblesse importante : l'absence d'immatriculation prive l'entreprise de la pleine visibilité institutionnelle normalement attachée au RCCM.

La société de fait est expressément définie par l'article 865 de l'AUSCGIE. Elle existe lorsque plusieurs personnes ont constitué une société reconnue par l'AUSCGIE mais entachée d'un vice de formation non régularisé, ou lorsqu'elles ont constitué une société sous une forme qui n'est pas reconnue par l'Acte uniforme⁴⁹.

⁴⁵ A. FENEON, op. cit., n°1611, p. 629.

⁴⁶ La doctrine considère alors que le greffier agit comme un « gardien de la régularité apparente » du commerce.

⁴⁷ Article 865 de l'AUSCGIE.

⁴⁸ Elle permet aux associés d'organiser une activité économique avec une certaine souplesse, mais elle limite la transparence et la sécurité juridique à l'égard des tiers.

⁴⁹ Elle doit être distinguée de la société créée de fait, visée par l'article 864 : dans cette dernière hypothèse, deux ou plusieurs personnes se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par l'AUSCGIE.

L'existence de ces sociétés peut être prouvée par tout moyen conformément à l'article 867. Le juge peut donc rechercher, à partir des comportements des intéressés, les éléments démontrant l'existence d'une véritable entreprise commune⁵⁰.

Enfin, lorsque le juge reconnaît l'existence d'une société créée de fait ou d'une société de fait, les règles de la société en nom collectif sont applicables aux associés, conformément à l'article 868 AUSCGIE.

La reconnaissance des sociétés non immatriculées et des sociétés de fait constitue une souplesse du droit OHADA : le droit ne ferme pas les yeux sur une activité économique réellement exercée au seul motif que les formalités n'ont pas été correctement accomplies.

Mais cette souplesse possède une limite : elle ne doit pas devenir un substitut à la formalisation. L'absence d'immatriculation fragilise notamment l'identification de l'entreprise, sa transparence et la sécurité des tiers. La formalisation demeure donc le principe, tandis que la société de fait constitue essentiellement une technique juridique de prise en compte d'une situation irrégulière ou informelle.

La société non immatriculée traduit une certaine liberté d'organisation, alors que la société de fait constitue davantage une réponse juridique à l'irrégularité. Leur existence montre que le droit OHADA cherche à concilier la rigueur des formalités avec la réalité économique des entreprises qui fonctionnent parfois en dehors du cadre formel.

Les statuts d'une société commerciale constituent un document juridique essentiel pour toute entreprise. Certaines mentions sont obligatoires pour assurer la validité des statuts et encadrer les relations entre les associés, ainsi qu'avec les tiers.

13. L'article 13 de l'AUSCGIE⁵¹ impose un ensemble de mentions obligatoires devant figurer dans les statuts de toute société commerciale. Il exige notamment la forme sociale, la

⁵⁰ La jurisprudence illustre cette souplesse probatoire : dans un arrêt du 23 décembre 2015, la CCJA a admis que des éléments tels qu'un apport consistant dans la mise à disposition d'un terrain et le partage des bénéfices pouvaient contribuer à caractériser une société de fait.

⁵¹ Suivant l'article 13 de l'AUSCGIE, « les statuts mentionnent :

- 1) La forme de la société ;
- 2) Sa dénomination suivie, le cas échéant, de son sigle ;
- 3) La nature et le domaine de son activité, qui forment son social ;
- 4) Son siège social ;
- 5) Sa durée ;
- 6) L'identité des apporteurs en numéraire avec, pour chacun d'eux, le montant des apports, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;
- 7) L'identité des apporteurs en nature, la nature et l'évaluation de l'apport effectué par chacun d'eux, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;
- 8) L'identité des apporteurs en industrie, la nature et la durée des prestations fournies par chacun d'eux, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;
- 9) L'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci ;
- 10) Le montant du capital social ;

dénomination, l'objet social, le siège, la durée, l'identité des apporteurs, le montant du capital, les titres sociaux, la répartition des résultats et les modalités de fonctionnement de la société.

À la lumière de la formalisation des entreprises, cette disposition présente un intérêt essentiel. L'article 13 est visiblement un instrument d'identification juridique de l'entreprise. L'obligation d'indiquer la forme, la dénomination, l'objet et le siège social permet de donner à l'entreprise une identité juridique précise. Elle distingue ainsi la société de ses associés et facilite son identification par les administrations, les partenaires commerciaux, les créanciers et les tiers. Cet article 13 est un instrument de transparence, car les mentions relatives aux apports, au capital social, aux titres et aux modalités de fonctionnement permettent de connaître la structure économique et juridique de la société. Les statuts deviennent ainsi un véritable instrument de transparence et de sécurité des relations entre associés et à l'égard des tiers.

La formalisation ne se limite pas à l'enregistrement administratif de l'entreprise. Elle suppose également la matérialisation de son organisation juridique. L'article 13 participe précisément à cette formalisation en imposant un contenu minimal aux statuts. L'AUSCGIE organise d'ailleurs de manière générale les règles de constitution, de publicité et les formalités applicables aux sociétés commerciales.

Toutefois, l'exigence de nombreuses mentions statutaires peut constituer une contrainte pour les petites entreprises, particulièrement lorsque les entrepreneurs disposent de moyens juridiques et financiers limités. La formalisation ne sera réellement efficace que si ces exigences sont accompagnées de procédures simples, accessibles et peu coûteuses. Le droit OHADA a d'ailleurs progressivement recherché la simplification de certaines formalités et l'utilisation des technologies numériques dans les procédures sociétaires.

Autrement, l'article 13 constitue un pilier de la formalisation juridique des entreprises dans l'espace OHADA. En imposant un contenu obligatoire aux statuts, il transforme l'activité économique en une organisation juridiquement identifiable, transparente et sécurisée. Son efficacité dépend néanmoins de la capacité des États à rendre les formalités de constitution suffisamment simples et accessibles aux entrepreneurs.

11) Le nombre et la valeur des titres sociaux émis, en distinguant, le cas échéant, les différentes catégories des titres créés ;

12) Les clauses relatives à la répartition du résultat, à la constitution des réserves et à la répartition du boni de liquidation ;

13) Les modalités de son fonctionnement ».

En effet, la forme juridique d'une société détermine son cadre légal et ses règles de fonctionnement⁵². Le choix de la forme juridique d'une société a des implications en termes de responsabilité des associés, de régime fiscal, d'organisation et de gestion.

La dénomination doit être unique et ne pas prêter à confusion avec d'autres sociétés déjà existantes. Il est essentiel de préciser l'objet social avec clarté, car les actes effectués en dehors de cet objet peuvent être invalidés. Les mentions obligatoires dans les statuts sont un socle essentiel pour la bonne gestion et la transparence de l'entreprise. En veillant à respecter ces exigences légales, les dirigeants se prémunissent contre de nombreux litiges potentiels et facilitent le fonctionnement dynamique de la société.

Conformément à l'esprit de l'article 242 de l'AUSCGIE, l'énonciation incomplète des mentions obligatoires devant figurer dans les statuts n'entraîne pas la nullité de la société. Cette absence de nullité se justifie par la vision restrictive du législateur sur les nullités de la société. Cette même souplesse est remarquable en ce qui concerne l'exigence du choix de la forme de la société.

2- L'exigence du choix de la forme sociétaire

14. L'entrepreneur est conscient que ses activités sont en décalage avec les règles que l'Etat a mises en place. Pour éviter de mauvaises surprises avec les autorités publiques, l'entrepreneur décide alors de formaliser ses activités.

Il ressort de l'article 6 de l'AUSCGIE que « *le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés par action simplifiées* ». À la lumière de la formalisation des entreprises, cette disposition présente un double intérêt.

Premièrement, l'article 6 contribue à la sécurisation juridique de l'entreprise. En déterminant clairement les formes sociales reconnues par le droit OHADA, il permet à l'entrepreneur de choisir un cadre juridique adapté à son activité. La formalisation ne consiste donc pas seulement à déclarer une activité à l'administration : elle implique également de donner à l'entreprise une forme juridique légalement reconnue.

Deuxièmement, l'article 6 facilite l'identification et l'intégration de l'entreprise dans le secteur formel. Une fois constituée sous l'une des formes prévues par l'AUSCGIE, la société doit accomplir les formalités de publicité et d'immatriculation au RCCM, qui constitue un

⁵² Il peut s'agir d'une SA, SARL, SNC, SCS, SAS ou d'un GIE.

instrument essentiel d'identification des entreprises dans l'espace OHADA. L'immatriculation permet notamment de rendre accessibles des informations relatives à la dénomination, à la forme sociale, au siège et aux activités de l'entreprise.

L'article 6 présente également un intérêt économique : en offrant plusieurs formes sociales, notamment la SARL et la SAS, le droit OHADA permet d'adapter la structure juridique aux besoins et aux capacités des entrepreneurs. Cette diversification peut encourager le passage de l'activité informelle vers une activité juridiquement organisée. L'OHADA présente d'ailleurs l'AUSCGIE comme un texte ayant introduit des innovations importantes dans la constitution et la vie des sociétés commerciales. L'article 6 ne suffit cependant pas, à lui seul, à assurer la formalisation effective des entreprises. Il détermine les formes juridiques des sociétés, mais la formalisation suppose également l'accomplissement de plusieurs autres démarches : constitution des statuts, immatriculation au RCCM, obligations fiscales et, selon les cas, obligations sociales et comptables. L'enjeu est donc de rendre ces formalités suffisamment simples, rapides et accessibles, particulièrement pour les petites entreprises.

En termes clairs, l'article 6 constitue une base juridique de la formalisation sociétaire dans l'espace OHADA : en identifiant les formes de sociétés commerciales légalement reconnues, il offre à l'entrepreneur un cadre juridique sécurisé et facilite son intégration dans l'économie formelle. Il doit toutefois être combiné avec les mécanismes de simplification et d'immatriculation prévus par le droit OHADA pour produire pleinement ses effets.

Le législateur ne semble pas imposer une forme aux associés. Toutefois, il soumet à leur choix une des formes qui conviendrait à leur option en toute liberté. Il faut noter que le choix doit se faire en tenant compte des conséquences fiscales ou juridiques éventuelles. À la lecture combinée de l'article 2 de l'AUSCGIE consacrant le principe d'impérativité et cette disposition de l'alinéa 2 de l'article 6, l'on peut noter que les associés ont un choix sur la forme sociétaire. Ils peuvent choisir librement pour une société à risque limité⁵³ ou une société à risque illimité⁵⁴. C'est dire que la liberté contractuelle des associés est bien encadré pour garantir l'ordre public sociétaire.

Mais il se pose la question de savoir si les associés sont obligés de choisir parmi les formes exigées par le législateur. Il semble que le caractère institutionnel exige le choix entre une de ces formes. Cependant, les associés peuvent opter soit pour une société de fait⁵⁵ soit pour une

⁵³ SA, SARL, SAS.

⁵⁴ SNC, SCS.

⁵⁵ Article 864 et 865 de l'AUSCGIE.

société en participation⁵⁶. Dans cette perspective, l'encadrement du choix de la forme est à relativiser.

B- La rigueur du formalisme garantissant l'ordre public de protection

15. L'ordre public économique de protection concerne les dispositions impératives favorables aux intérêts des parties et des tiers. Il s'agit ici d'examiner essentiellement l'exigence de la régularité de la convocation de l'assemblée constitutive (1) et de la formalité de publicité (2).

1- L'exigence de la régularité de la convocation de l'assemblée constitutive, une rigueur protégeant les associés

16. Il est un principe que l'ordre public soumet l'individu au respect de certaines règles supérieures visant le maintien de l'organisation sociale au détriment de sa liberté contractuelle et de l'autonomie de sa volonté, un principe pourtant cher au droit contractuel. Cependant, dans certains cas, l'ordre public vise précisément à protéger les intérêts de l'individu. Bien que les intérêts de la société ne soient pas remis en question, le législateur édicte des règles pour régir les relations juridiques des contractants dont la force économique est inégale afin d'assurer une certaine protection à la partie économiquement la plus faible⁵⁷. L'ordre public est assimilé au « *caractère des règles juridiques qui s'imposent pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives dans les rapports sociaux* »⁵⁸. Dans cette vision, l'assemblée générale constitutive doit respecter une formalité sans laquelle, elle en cours une nullité.

Seules les SA sont concernées par l'exigence d'une assemblée générale constitutive. Celle-ci doit être convoquée à la diligence des fondateurs après l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement des fonds par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception portant mention de l'ordre du jour, du lieu, de la date et l'heure de l'assemblée. La convocation est adressée à chaque souscripteur quinze jours au moins avant la date de l'assemblée⁵⁹. Le législateur OHADA est soucieux pour la protection des intérêts des associés en exigeant la régularité de la convocation de l'assemblée générale constitutive. En ce sens, toute assemblée générale constitutive irrégulièrement convoquée peut être annulée dans les conditions prévues aux articles 242 et suivants du présent

⁵⁶ Article 97 et 854 de l'AUSCGIE.

⁵⁷ V. KARIM, *op. cit.*, p.405.

⁵⁸ CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVE ET COMPARE DU QUEBEC, Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues, 2^e éd. Yvon Blais, 1991, p.63.

⁵⁹ Article 404 de l'AUSCGIE.

acte uniforme⁶⁰. Il faut souligner que cette nullité est renforcée par la mise en responsabilité des fondateurs, les administrateurs ou administrateur général auxquels la nullité est imputable⁶¹.

Le législateur a mis en place un régime juridique de responsabilité de tous les dirigeants⁶² d'une part et un régime spécial pour les dirigeants des Sociétés Anonymes⁶³. Ce régime concerne à la fois la responsabilité civile individuelle qui peut être mise en œuvre par un associé ou un tiers⁶⁴ est soumise au droit commun de la responsabilité civile à l'exception du délai de prescription fixée par l'article 164 de l'AUSCGIE. La responsabilité collective des dirigeants sociaux⁶⁵ est mise en œuvre par les organes sociaux⁶⁶. Autrement, cette exigence de la régularité de la convocation de l'assemblée constitutive favorise la confidentialité entre les parties, facteur de la sécurité juridique du formalisme. C'est dans la même perspective que se justifie l'exigence de la formalité de publicité.

2- /L'exigence de la formalité de publicité, une rigueur favorable aux intérêts des tiers

17. Les unes concernent l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier et les autres, l'insertion dans un registre d'annonce légale. Dans les sociétés en commandite simple, ou en nom collectif, l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité de la société sans que les associés et la société puissent se prévaloir à l'égard des tiers de cette cause de nullité⁶⁷.

La responsabilité civile solidaire des fondateurs et des premiers membres des organes de gestion, de direction ou d'administration de la société peut également être engagée en cas d'inobservation des formalités de publicité. Le législateur est obligé d'intervenir dans l'organisation de la société. Cette immixtion se justifie, semble-t-il, par la logique organisationnelle en fonction de laquelle de telles structures ont été conçues. Au-delà, elle s'explique par l'affirmation de l'intérêt propre de la société comme personne morale distinct de celui de ses différentes composantes. On aboutit à l'application à la société commerciale de la théorie publiciste de l'institution systématisée par le doyen HAURIOU d'après laquelle la société serait moins un contrat qu'une institution⁶⁸. L'application de cette théorie à la matière

⁶⁰ Alinéa 1^{er} de l'article 412.

⁶¹ Article 413 de l'AUSCGIE.

⁶² Les articles 161 à 172 de l'AUSCGIE.

⁶³ Les articles 738 à 743 de l'AUSCGIE.

⁶⁴ Action individuelle.

⁶⁵ Action sociale.

⁶⁶ <https://www.lebase-lextenso.fr>, consulté le 7.12.2024 à 11h35mn.

<https://www.lebase-lextenso.fr>

⁶⁷ Article 245 de l'AUSCGIE.

⁶⁸ M. HAURIOU, *Théorie de l'institution*, cité par P. N. KANTE, *op. cit.* p.6.

semble intéressante dans la mesure où elle permet d'expliquer les contraintes impératives qui en résultent.

L'article 261 de l'AUSCGIE exige la publication d'un avis de constitution de la société dans un journal d'annonce légale. Cet avis contient plusieurs renseignements sur la société et ses dirigeants⁶⁹. Sont réputés journaux d'annonces légales, le journal officiel des Etats parties et les quotidiens d'information générale justifiant d'une vente par abonnement et paraissant depuis plus de 6 mois à l'échelle nationale⁷⁰.

18. L'immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier tenu au greffe de chaque tribunal de grande instance consacre la naissance de la société. Pour les sociétés commerciales, l'exigence de l'immatriculation est confirmée à l'article 27 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général qui dispose : *« les sociétés et autres personnes morales visées à l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique, doivent requérir leur immatriculation dans le mois de leur constitution auprès du registre du commerce et du crédit mobilier de la juridiction dans le ressort de laquelle est situé son siège social »*. Il conviendrait de noter que l'immatriculation tient lieu de publicité car elle permet à toute personne intéressée, de prendre connaissance des statuts ainsi que certains renseignements sur les associés mais également des résultats financiers⁷¹. Les résultats financiers doivent être déposés en fin de chaque exercice au greffe ou est tenu le registre du commerce et du crédit mobilier⁷².

Il faut souligner que l'immatriculation a pour effet de présumer la qualité de commerçant. Le défaut d'immatriculation ne peut être invoqué par celui qui s'en est abstenu, pour se soustraire des obligations auxquelles sont soumis les commerçants. L'immatriculation confère également à la société la personnalité juridique. À ce titre, la société a un nom, un domicile et un patrimoine propre. Elle peut accomplir des actes juridiques par l'intermédiaire de ses représentants et notamment agir en justice. Dans un arrêt du 12 mars 2020, la CCJA a clairement affirmé qu' *« une société non immatriculée ne peut valablement agir en justice, faute de la personnalité juridique »*⁷³. En effet, la personnalité juridique étant la capacité reconnue par le droit à une entité (personne morale) d'être titulaire de droits et assujettie à des obligations⁷⁴; elle permet par exemple, d'agir en justice, de conclure des contrats, d'être propriétaire. Dans cette

⁶⁹ Article 262 de l'AUSCGIE.

⁷⁰ Article 257 de l'AUSCGIE.

⁷¹ Notamment le bilan et compte d'exploitation.

⁷² <https://www.legavox.fr>, consulté le 19.11.2024 à 15H35mn.

⁷³ CCJA, n°073 du 12 mars 2020, <https://www.jurisafrica.com>, consulté le 23/06/2025 à 16H47mn.

⁷⁴ G. CORNU, *op. cit.*, p.762.

perspective, le doyen CARBONNIER affirme que « *la personnalité juridique est le passeport juridique de l'existence sociale* »⁷⁵. Autrement, la personnalité juridique n'est pas simplement une notion abstraite du droit, mais elle est essentielle pour qu'une personne puisse exister et agir dans la société.

Il résulte de cette analyse que le régime de nullité s'inscrit dans la logique de la rigueur du droit, condition *sine qua non* à la garantie des objectifs du formalisme des entreprises.

Autrement, le régime des nullités est à la fois une mesure de rigueur juridique et un mécanisme d'ajustement fonctionnel conçu pour éviter que le droit ne devienne un frein au développement économique africain. En d'autres termes, au-delà de cette garantie, le régime des nullités est un facteur d'adaptation du droit des sociétés aux économies africaines.

II- Le régime des nullités : un facteur d'adaptation du droit des sociétés commerciales aux économies africaines

19. Un facteur d'adaptation est une caractéristique ou un processus qui permet à quelque chose de s'intégrer à un nouvel environnement ou une nouvelle situation. Ramené à notre contexte, le facteur d'adaptation se présente comme un cadre juridique qui tente de concilier les exigences de la sécurité juridique et de protection des tiers avec les réalités économiques et sociales du continent. Ainsi, soucieux d'adapter le droit des sociétés commerciales aux économies africaines, le législateur a instauré le Livre III intitulé « *Nullité de la société et des actes sociaux* » à travers les articles 242 à 256 de l'AUSCGIE. Il en ressort à la lecture de ces articles que le législateur est plutôt hostile à la nullité des sociétés. L'esprit général qui anime ces textes est d'éviter autant que possible la nullité des sociétés. D'abord parce que, la nullité des sociétés peut engendrer une instabilité dans les relations commerciales, en évitant la nullité, le législateur vise à garantir une certaine sécurité juridique⁷⁶ ; ensuite, si le juge parvenait à prononcer la nullité, les conséquences qui pourront en résulter seraient désastreuses pour les tiers⁷⁷. Le régime des nullités des sociétés commerciales en droit OHADA constitue un mécanisme particulièrement révélateur de l'adaptation du droit des affaires aux réalités économiques africaines. Le Traité OHADA lui-même impose l'élaboration de règles communes « simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies ». L'AUSCGIE,

⁷⁵ <https://www.doc-dujuriste.com>, consulté le 23/06/2025 à 16H57 mn.

⁷⁶ Ce qui est fondamental pour encourager les investissements et le développement économique.

⁷⁷ Les tiers, tels que les créanciers et les partenaires commerciaux, ont besoin de compter sur la validité des sociétés avec lesquelles ils traitent. En principe la nullité n'a pas d'effet à l'égard des tiers de bonne foi, mais une société déclarée nulle, pourrait entraîner des pertes financières.

révisé en 2014, a précisément renforcé et clarifié le régime des nullités. Le droit OHADA ne fait pas de la nullité une sanction automatique de toute irrégularité. L'article 74-1 prévoit certes la nullité pour certaines violations graves, mais l'article 75 privilégie, pour les irrégularités de constitution, la régularisation plutôt que la disparition de la société.

Le souci du développement économique du continent justifie l'adaptation du droit des sociétés dans la vision de la réduction des causes de nullités (A) et l'atténuation de ses effets (B).

A- L'adaptation du droit aux économies africaines par la réduction des causes de nullités

20. La réduction des causes de la nullité est une mesure astucieuse du législateur communautaire de rendre exceptionnelle cette sanction en matière de société. Pour preuve, l'application du principe « pas de nullité sans texte » consacré par l'article 242 alinéa 1 de l'AUSCGIE aux termes duquel « *la nullité de la société ne peut résulter que d'une disposition du présent Acte uniforme la prévoyant expressément ou, sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, des textes régissant la nullité des contrats* ». Il ressort de ce texte que la nullité de la société ne peut être prononcée qu'en présence d'un texte de l'Acte uniforme ou du droit général des contrats. Ce qui exclut donc la nullité virtuelle⁷⁸.

En outre, la neutralisation de certaines causes de nullité, notamment dans les SARL et les sociétés par actions, pas de nullité pour vice de consentement ou pour incapacité d'un associé, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés (art. 242 alinéa 3)⁷⁹. Ces sociétés ne pourraient être annulées que pour non-respect des dispositions sur la cause ou l'objet⁸⁰. Nous pouvons aussi souligner la brièveté de la prescription de l'action en nullité qui est de trois ans⁸¹ en droit des sociétés au lieu de cinq ans en droit commun des contrats. Le délai de prescription est raccourci de 3 ans à compter de l'immatriculation de la société⁸². Cette mesure s'inscrit dans la logique de limitation de la durée pendant laquelle les actions en nullité peuvent être engagées, ce qui est important pour la continuité des affaires et la confiance des partenaires commerciaux. Les rouages de l'adaptation du droit par la réduction des cas de nullité s'observent par l'option de la nullité textuelle de la société, une garantie à l'objectif de la formalisation des entreprises

⁷⁸ Nullité qui peut être prononcée alors qu'aucun texte ne la prévoit expressément.

⁷⁹ Il faut souligner que dans l'ancienne version, l'article 242 alinéa 2 précisait que l'énonciation incomplète des mentions devant figurer dans les statuts n'entraînait pas la nullité de la société.

⁸⁰ P. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 20^{ème} éd., Dalloz, 2017, p. 105.

⁸¹ Art. 251 de l'AUSCGIE.

⁸² L'action en nullité de la société fondée sur l'illicéité de l'objet social est imprescriptible.

(1) et le principe de la régulation de la nullité, un avantage à la formalisation des entreprises (2).

1- L'option de la nullité textuelle de la société, une garantie à l'objectif de la formalisation des entreprises

21. Pour formaliser l'économie informelle, il faut que l'économie formelle soit capable de créer des emplois décents ou stables pour la main-d'œuvre disponible. La disparition de l'économie informelle se fera tout naturellement avec le développement de l'économie formelle. Les institutionnalistes estiment que si cette économie informelle existe, c'est à cause de la faiblesse des institutions. La formalisation doit alors passer par le renforcement des institutions, la création d'un environnement favorable aux entreprises formelles et la lutte contre la corruption. Enfin, les légalistes pensent que c'est plutôt le cadre légal qu'il faut adapter à la réalité locale⁸³. La formalisation consiste à assouplir la loi, mais aussi à mettre tout le monde dans un climat harmonieux. En ce sens, l'option des nullités textuelles participe à la réalisation de cette vision. Il faut rappeler que, dès le XIX^e siècle, disait un auteur, les nullités sont odieuses⁸⁴. Cette hypothèse est particulièrement vraie pour ce qui concerne le droit des sociétés vu ses effets qui sont la dissolution de la société et les pertes de temps relativement aux actes et délibérations des organes sociaux. La nullité n'a donc pas la faveur du législateur OHADA⁸⁵. On reproche aujourd'hui à la nullité d'altérer la force obligatoire des contrats en encourageant les comportements opportunistes et de créer, par son effet rétroactif, « *une énorme perturbation que le droit parvient mal à maîtriser* »⁸⁶.

Selon GHESTIN, si le reflux de la nullité est déjà ancien et si ses palliatifs sont connus de longue date, il n'est pas sûr pour autant que se dessine, aujourd'hui, un véritable renouveau des sanctions de la formation du contrat⁸⁷.

Le droit des sociétés commerciales au sein de l'OHADA a été conçu pour favoriser un environnement juridique propice à la création et à la gestion des entreprises. Parmi les dispositifs mis en place à cette fin, l'option de la nullité textuelle de la société se révèle être un outil crucial pour garantir une conformité des entreprises aux exigences légales. La nullité textuelle en tant que principe, dénote qu'aucune société ne peut être annulée si aucune

⁸³ <https://www.annales.org>, consulté le 16.12.2024 à 11h15mn.

⁸⁴ SOLON, Théorie sur les nullités des conventions et des actes de tout genre en matière civile, Paris, 1836, cité par BADJI (Patrice Samuel Aristide), in Réforme du droit des sociétés commerciales OHADA, L'Harmattan Sénégal 2016, P.159, n°157.

⁸⁵ BADJI (Patrice Samuel Aristide), op. cit. n°157.

⁸⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES, et Ph. STOFFEL-MUNCK, Droit civil, les obligations, n°666, cité par J.GHESTIN, op. cit, n°2005.

⁸⁷ J.GHESTIN, op. cit, P.704.

disposition de l'AUSCGIE ou du droit des contrats n'a pas prévu expressément cette sanction (art. 242 et 244)⁸⁸. Mais la loi n'a prévu qu'une hypothèse en ce qui concerne les constitutions de sociétés : dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité (art. 245 alinéa 1). En effet, cette nullité dans la pratique sera toujours exceptionnelle étant donné la possibilité de régulation et le tribunal a toujours la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue, si aucune fraude n'est constatée⁸⁹.

La nullité de la société peut également résulter de la violation des dispositions régissant le droit commun des contrats. Il en est ainsi de la fictivité de la société. Une société fictive (on parle aussi de société de façade, de société-écran) n'est qu'une apparence de société, manipulée par un personnage, personne physique ou morale, qui est le seul maître de l'affaire⁹⁰. Une telle société est annulable car les apports sont inexistantes ou fictifs et les associés n'ont pas *l'affectio societatis*. De même, est également nulle la société qui aurait un objet illicite ou immoral ou qui aurait été constituée dans l'intérêt commun des associés⁹¹.

Enfin, nous pouvons affirmer sans risque de nous tromper que la nullité de la société peut être prononcée s'il y avait fraude, conformément à la maxime *fraus omnia corrumpit* (la fraude corrompt tout).

22. Soucieux de la formalisation des entreprises, le législateur a voulu faire du principe de nullité textuelle une garantie pouvant permettre aux entreprises de se conformer aux exigences de la loi. En ce sens, le principe « *pas de nullité sans texte* » doit être perçu comme une incitation à la régularisation, pouvant favoriser l'attractivité des investissements dans l'espace OHADA.

Selon TERRE, « *le droit des sociétés doit équilibrer sécurité et efficacité : trop de nullité tue l'entreprise ; trop peu nuit à la légalité* »⁹². En d'autres termes, la nullité est un outil juridique puissant qui doit être manié avec précaution. Trop de nullités pourraient nuire à la sécurité juridique et paralyser l'activité des entreprises, tandis que trop peu de nullités pourraient favoriser l'illégalité et l'instabilité. L'équilibre entre ces deux aspects est donc essentiel pour le bon fonctionnement du droit des sociétés.

⁸⁸ Il convient néanmoins de signaler que la marge d'appréciation du juge a été considérablement accrue depuis la réforme, car la violation d'une disposition impérative de l'Acte uniforme ou des textes régissant les contrats et celle d'une clause des statuts jugée essentielle par la juridiction compétente peut désormais entraîner l'annulation.

⁸⁹ Art. 245 alinéa 2.

⁹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 29^{ème} éd., p. 84

⁹¹ P. MERLE, op. cit., p. 104.

⁹² <https://www.labase-lextenso.fr>, consulté le 24/06/2025 à 12H05mn.

Pour Kéba MBAYE, « *le droit en Afrique doit être un outil d'inclusion et non un instrument de marginalisation juridique* »⁹³. Il souligne l'importance d'un droit qui sert l'inclusion sociale et non la discrimination dans la communauté. Il appelle à un droit qui profite à tous, en particulier aux groupes marginalisés, plutôt qu'à un outil qui exacerbe les inégalités. Cette vision met l'accent sur un droit juste et équitable, accessible à chacun, et qui favorise la cohésion sociale. Cette orientation est particulièrement adaptée aux économies africaines dans lesquelles les entreprises, notamment les PME, constituent des instruments essentiels de création d'emplois et de revenus. Une application excessive de la nullité pourrait entraîner la disparition d'activités économiquement viables pour de simples irrégularités formelles.

Le système OHADA cherche ainsi à établir un équilibre entre le respect de la légalité et la préservation de l'activité économique. La jurisprudence de la CCJA illustre cette philosophie : dans son arrêt n°080/2014 du 25 avril 2014, elle a rappelé que les mécanismes des articles 75 et suivants permettent de privilégier la régularisation et que certaines irrégularités ne justifient pas nécessairement l'annulation de la société.

La doctrine récente va dans le même sens. Ibrahim NDAM relève que le législateur OHADA est « *particulièrement hostile à la nullité des sociétés* », en ayant restreint son domaine et complexifié sa mise en œuvre afin de protéger les intérêts menacés.

Cette souplesse présente néanmoins une limite. En cherchant à éviter les nullités, le droit OHADA peut parfois donner une place insuffisante au contrôle préventif de la régularité des sociétés. La doctrine suggère notamment de renforcer les pouvoirs de contrôle du greffier et de l'autorité administrative lors de l'immatriculation.

Si l'objectif affiché des initiatives de formalisation de l'entreprise consiste à créer des emplois en plus grand nombre et de meilleure qualité, à réduire la pauvreté et remédier à la marginalisation de ceux qui sont tout particulièrement exposés aux plus graves déficits de travail décent dans l'économie informelle, l'option des nullités textuelles semble favorable à cette vision de formalisation, au même titre que la consécration du principe de la régularisation des nullités.

2- Le choix du principe de la régularisation de la nullité, un avantage à la formalisation des entreprises

23. Dans les relations d'affaires, il arrive que des personnes exercent une activité sous une forme qui ressemble à une société, mais sans respecter les conditions légales, notamment,

⁹³ <https://www.wathi.org>, consulté le 24/06/2025 à 15H28mn.

l'absence d'immatriculation, le défaut de statuts, ou forme juridique affichée différente de la réalité. Ces entités sont qualifiées de formes sociales déguisées, et bien que juridiquement imparfaites, elles existent souvent par nécessité économique dans les contextes informels ou précaire notamment en Afrique.

Face à cette situation, le droit ne cherche pas toujours à les anéantir, mais tend à les intégrer par la régularisation, pour leur conférer une existence légale, protéger les tiers, et favoriser l'intégration dans l'économie formelle.

Selon CORNU, la régularisation est « *l'action de rendre un acte ou une situation conforme à la règle* »⁹⁴. Plus spécifiquement, action de purger un acte ou une situation du vice formel qui l'entache en préparant celui-ci par une initiative positive qui consiste en la suppression de l'imperfection qui l'affecte, ou en l'accomplissement de la formalité adéquate⁹⁵.

Pour POUGOUE, « *la régularisation est un moyen de faire coïncider l'économie de fait avec le droit formel* »⁹⁶. En d'autres termes, il s'agit de mettre en conformité les pratiques économiques non reconnues par le droit avec les lois et réglementations en vigueur. Dans la même vision, TCHAKOUTE PATIE affirme que « *la régularisation est un outil de formalisation progressive de l'économie informelle* »⁹⁷. Autrement, il ne s'agit pas d'une transformation soudaine, mais d'une approche progressive qui permet aux acteurs de l'économie informelle de s'adapter aux règles et normes du secteur formel.

Il faut appeler que la formalisation des entreprises est devenue une priorité pour de nombreux pays car elle améliore les conditions de travail, renforce l'environnement des affaires et favorise la croissance économique⁹⁸. De nombreuses approches tentent de promouvoir la formalisation en réduisant les coûts associés, les subventions incitatives et les campagnes de diffusion de l'information. Les gouvernements cherchent par fois à encourager la formalisation des entreprises à travers l'application des mesures punitives sur les entreprises informelles⁹⁹. Cela peut être approprié dans le cas de grandes entreprises qui ont la capacité de se mettre en conformité avec la loi, mais qui choisissent de ne pas faire pour éviter les charges fiscales ou réduire leurs coûts de manière illégale.

⁹⁴ G. CORNU, *op. cit.*, p.888.

⁹⁵ Immatriculation, complément d'information, mentions apportées à un acte, versement d'une somme d'argent, fourniture de caution, tenue d'une nouvelle assemblée.

⁹⁶ <https://www.labase.lextenso.fr>, consulté le 24/06/2025 à 16H15mn.

⁹⁷ <https://www.ilo.org>, consulté le 24/06/2025 à 16H24mn.

⁹⁸ <https://fr.poverty-action.org>, consulté le 15.12. 2024 à 20h53mn.

⁹⁹ Amendes, confiscation, fermeture forcée.

L'effectivité de cette politique de la formalisation a besoin d'être accompagnée par le législateur OHADA. L'option de la régularisation des nullités participe à ce renforcement.

La nullité est une sanction qui ne peut être prononcée que par le juge. Elle n'existe pas de plein droit. En effet, en matière de société, la régularisation de la nullité est possible. La régularisation est un mécanisme juridique permettant la mise en conformité d'un acte juridique ou d'un acte de procédure avec les prescriptions légales, opérant validation de l'acte originairement entaché de nullité¹⁰⁰. En d'autres termes, cette « *purge* » emporte suppression de la cause de nullité et fait donc obstacle à l'action en annulation. Le législateur a multiplié les dispositions tendant à faciliter la régularisation de la société entachée de nullité. Ainsi il ressort de ces dispositions que toutes les nullités peuvent être couvertes à l'exception de celles fondées sur l'illicéité de l'objet social¹⁰¹. L'Acte uniforme interdit à la juridiction compétence de prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif de l'instance et la juridiction « *peut même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité* »¹⁰². L'arrêt de la CCJA n°007/2020 du 23 janvier 2020, précise en ce sens qu'une société de fait peut-être régularisée en société de droit si elle remplit les conditions essentielles d'une société, à savoir l'affectio societatis, les apports et le partage des bénéfices¹⁰³. Autrement, si une entité se comporte comme une société¹⁰⁴, effectue des apports et partage les bénéfices, mais n'a pas été formellement constituée en société de droit, elle peut être régularisée si ces éléments sont avérés.

Lorsque l'action est fondée sur un vice de consentement ou l'incapacité, la régularisation de la nullité est facilitée par le biais d'une action interrogatoire¹⁰⁵ : celui par qui la nullité risque d'arriver peut-être mis en demeure, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois¹⁰⁶. Les autres associés peuvent encore proposer au juge le rachat de ses droits. C'est une mesure qui poursuit un seul objectif : tenter l'impossible pour que la nullité ne soit pas prononcée¹⁰⁷.

24. En effet, l'importance de la formalisation n'est plus à démontrer pour le promoteur, sur le plan financier, fiscal et social.

¹⁰⁰ Lexique des termes juridiques, 25^{ème} éd., 2017-2018.

¹⁰¹ P. MERLE, op. cit., p. 107.

¹⁰² Art. 247 de l'AUSCGIE.

¹⁰³ <https://www.juriafrica.com>, consulté le 24/06/2025 à 16H41mn.

¹⁰⁴ Affectio societatis.

¹⁰⁵ Selon le Vocabulaire juridique, c'est un nom doctrinal donné à une catégorie d'actions qui aurait pour objet de mettre une personne en demeure soit de déclarer si elle entend ou non user d'un droit ou exercer une action en justice, soit d'opter entre plusieurs partis qui s'offrent à elle.

¹⁰⁶ Art. 248.

¹⁰⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, op. cit., p.91.

Sur le plan financier, la formalisation permet au promoteur d'avoir une bonne rentabilité financière, lui permet de s'intégrer dans le monde du marché national et international où la concurrence fait rude. Une entreprise qui respecte toutes les étapes de formalisation peut avoir accès aux marchés publics et privés et aux marchés internationaux tout en traitant avec d'autres entreprises internationales¹⁰⁸. Le promoteur peut également recevoir des chèques et des virements bancaires pour paiement d'un service qu'il a fourni. Aussi, le promoteur qui formalise son entreprise peut, en cas de difficulté, recevoir de l'aide venant de l'État ou d'une entité financière pour mener à bien ses activités.

Sur le plan fiscal, la formalisation permet au promoteur de connaître son régime d'imposition et l'impôt auquel il est assujéti ; ce qui le mettra à l'abri des forts taux d'imposition illégaux que pourrait lui soumettre l'administration fiscale.

Du point de vue social, la formalisation réduit la concurrence déloyale de la part des entreprises informelles. Les entreprises sont moins susceptibles de fermer leurs portes, et donc plus même de créer davantage d'emplois de nature décente, c'est-à-dire de meilleure qualité et avec de bonnes conditions de travail¹⁰⁹. De toute évidence, la régularisation se positionne comme un véritable tremplin permettant à une société qui fonctionnait dans l'informel de trouver place dans le secteur formel. Le droit OHADA consacre largement la possibilité de régularisation des actes irréguliers. Cette solution reflète une volonté d'adaptation du droit aux réalités économiques africaines. Le régime de nullité participe ainsi aux objectifs de formalisation en réduisant les obstacles juridiques susceptibles de décourager les entrepreneurs.

En droit OHADA, la régularisation des nullités traduit une volonté de ne pas sacrifier une entreprise économiquement viable pour une simple irrégularité juridique. Cette orientation est particulièrement importante dans les économies africaines, où les petites et moyennes entreprises constituent une composante essentielle du tissu économique.

L'article 75 de l'AUSCGIE prévoit que, lorsque les statuts ne comportent pas toutes les mentions exigées ou lorsqu'une formalité de constitution a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé peut demander au juge d'ordonner la régularisation de la constitution. Cette règle marque une évolution importante : l'irrégularité n'entraîne pas nécessairement la disparition de la société. Le droit OHADA privilégie ainsi la conservation de l'entreprise, lorsque sa situation peut être mise en conformité avec la loi¹¹⁰. La régularisation permet de

¹⁰⁸ <https://fr.linkedin.com>, consulté le 15.12.2024 à 21h 13mn.

¹⁰⁹ Contribuant ainsi à réduire la pauvreté et la marginalisation des populations vulnérables.

¹¹⁰ Cette philosophie est confirmée par la CCJA. Dans son arrêt n°080/2014 du 25 avril 2014, la Cour a considéré que, lorsqu'une irrégularité peut être régularisée, l'action appropriée est l'action en régularisation plutôt que l'action en nullité.

concilier sécurité juridique et efficacité économique. Dans un contexte où la fermeture d'une entreprise peut entraîner la perte d'emplois, de contrats, d'investissements et de revenus, une sanction systématique de nullité pourrait être économiquement disproportionnée¹¹¹. Le mécanisme est également présent en matière de nullités des actes sociaux : l'article 247 permet au juge saisi d'une action en nullité de fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité, et interdit en principe de prononcer celle-ci moins de deux mois après l'introduction de l'instance. Cette politique de régularisation constitue donc une adaptation pragmatique du droit des sociétés aux économies africaines. Elle permet de faire prévaloir la continuité de l'activité économique sur un formalisme excessif. Cependant, cette souplesse ne doit pas conduire à banaliser les règles de constitution des sociétés. Certaines violations particulièrement graves demeurent sanctionnées par la nullité, notamment celles expressément visées par l'article 74-1 de l'AUSCGIE. La régularisation des nullités traduit une conception moderne et pragmatique du droit OHADA : sanctionner l'irrégularité sans nécessairement détruire l'entreprise. Elle constitue ainsi un véritable instrument d'adaptation du droit des sociétés aux réalités économiques africaines, en recherchant un équilibre entre légalité, sécurité juridique et préservation de l'activité économique. La réglementation de la nullité par le jeu de la régularisation apparaît peu ou prou comme un atout indéniable à la formalisation des entreprises. Cette souplesse est renforcée par la restriction des effets de nullités.

B- L'adaptation par la restriction des effets de nullité pour préserver la continuité des affaires

25. Dans le droit des sociétés commerciales, la nullité d'un acte ou d'une société constitue un mécanisme juridique de protection de la légalité. Elle permet de sanctionner les irrégularités graves intervenues au cours de la constitution ou du fonctionnement d'une société. Cependant, l'usage rigide de la nullité peut nuire à la stabilité des relations économiques, à la sécurité juridique des parties, et plus encore à la continuité de l'entreprise qui est une exigence fondamentale en droit des affaires. C'est pourquoi les législateurs modernes, dont celui de l'espace OHADA, ont mis en place une adaptation du régime des nullités, en restreignant leurs effets, afin de protéger la continuité des affaires sans compromettre la rigueur du droit.

¹¹¹ Le législateur OHADA a donc instauré différents mécanismes destinés à favoriser la survie de la société. L'action en régularisation prévue par l'article 75 est notamment enfermée dans un délai de trois ans à compter de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modifiant les statuts, conformément à l'article 77.

Dans cette perspective, si malgré tous les efforts en faveur de la régularisation, la nullité est prononcée, ses effets sur la société sont atténués à la différence du droit commun des contrats. La nullité met donc fin sans rétroactivité au contrat de société. En effet, l'une des spécificités de la nullité des sociétés réside dans sa non-rétroactivité. La nullité ne vaut donc que pour l'avenir et produit les mêmes effets que la dissolution¹¹². La nullité ainsi prononcée produit des effets à l'égard de la société, en revanche, il y a une réduction de la portée de l'annulation à l'égard des tiers. En effet, vis-à-vis de ces derniers, en principe l'annulation de la société ne produit pas d'effet à leur égard, du moins les tiers de bonne foi¹¹³, c'est-à-dire, ceux qui ont passé des actes avec la société en se fiant à son apparence de régularité. Toutefois, la nullité résultant de l'incapacité, ou d'un vice de consentement est opposable même aux tiers de bonne foi, par l'incapable et ses représentants légaux, ou par l'associé dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence¹¹⁴. En conséquence, les associés et les dirigeants auxquels la nullité est imputable peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les tiers de l'annulation de la société¹¹⁵. Cette action se prescrit de trois ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée¹¹⁶. Le législateur a oublié de clarifier la notion de non-rétroactivité de la nullité des sociétés (2), mais le refus de la rétroactivité est justifié car il reste un gage à la formalisation (1).

1- Le refus de la rétroactivité de nullité de la société, un gage à la formalisation

26. Il est un principe que la formalisation contribue à la croissance économique nécessaire au bon fonctionnement des services publics. La formalisation des entreprises permet à l'État de financer les besoins des entreprises publiques et parapubliques¹¹⁷.

Le régime de la nullité prononcée traduit un particularisme certain de cette sanction en matière de société. En effet, il y a une neutralisation du caractère rétroactif de la nullité de société. La perspective effrayante d'avoir à annuler tous les contrats conclus par la société en cas d'annulation de cette dernière a amené le législateur à faire agir la nullité ici comme une dissolution. C'est ce qui ressort de la lettre de l'article 253 de l'AUSCGIE qui dispose : *« lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. Il est procédé à sa dissolution et, pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, à leur liquidation »*. C'est dire que les effets de l'annulation de la société sont restreints dans le

¹¹² Art. 253 de l'AUSCGIE.

¹¹³ Art 255 alinéa 1.

¹¹⁴ Art 255 alinéa 2.

¹¹⁵ Art 256 alinéa 1^{er}.

¹¹⁶ La disparition de la cause de nullité ne faisant pas obstacle à l'exercice de cette action.

¹¹⁷ <https://fr.linkedin.com>, consulté le 15.12.2024 à 21h 54mn.

temps¹¹⁸. Donc, après l'annulation de la société, s'ensuit sa dissolution et les sociétés pluripersonnelles sont liquidées. Cette option favorise la stabilité juridique.

Selon POUGOUE, « *la stabilité normative dans l'OHADA est une stratégie de développement économique fondée sur la sécurité collective* »¹¹⁹. Le Doyen CARBONNIER affirme dans la même vision que « *l'instabilité du droit est une source d'insécurité pour le citoyen et de paralysie pour l'économie* »¹²⁰. En d'autres termes, il met en lumière le lien étroit entre la sécurité juridique et le développement économique. Une législation claire et stable permet aux citoyens de connaître leurs droits et obligations, favorisant ainsi la confiance et la prévision dans leurs actions. C'est dire que la stabilité remplit des fonctions essentielles tant sur le plan juridique, économique que social.

En effet, avant d'engager le processus de formalisation, l'entrepreneur cherche à savoir ce qu'il gagne ou perd en se formalisant. Très souvent, il va davantage se fier aux bénéfices que présente le marché par rapport aux avantages promis par les autorités. Les bénéfices qu'offre l'environnement des affaires stimulent les entrepreneurs vers la formalisation. Donc plus l'environnement des affaires semble présenter des opportunités aux entrepreneurs, plus la motivation à se formaliser devient offensive¹²¹.

Il faut noter que dans plusieurs Etats africains, l'économie informelle demeure dominante. De nombreux entrepreneurs hésitent à formaliser leurs activités¹²². Le régime souple de la nullité constitue alors un mécanisme incitatif. En réduisant les risques de disparition de la société pour irrégularité, le droit OHADA cherche à assurer les opérateurs économiques.

Dans cette perspective, le principe de la non-rétroactivité des nullités de la société contribue à l'attractivité vers la formalisation des entreprises. Mais il semble que le législateur n'a pas bien explicité cette option de la non-rétroactivité des effets de nullité.

2- La clarification de la non-rétroactivité de la nullité des sociétés pour l'évitement d'arbitraire juridique

27. L'un des objectifs essentiels de l'Etat de droit est de prévenir l'arbitraire, c'est-à-dire, l'exercice du pouvoir sans règle ni justification. En droit, l'arbitraire se manifeste lorsqu'une décision ou une norme est prise ou appliquée sans fondement objectif, sans transparence, ni

¹¹⁸ B. DONDERO, Droit des sociétés, 8^e éd. Lefebvre Dalloz 2023, Paris, n°190, p ?144.

¹¹⁹ <https://www.ohada.org>, consulté le 25/06/2025 à 9H55mn.

¹²⁰ <https://books.openedition.org>, consulté le 25/06/2025 à 10H07mn.

¹²¹ On observe qu'à côté de ces opportunités, la peur d'être punis par l'Etat constitue aussi un motif de formalisation.

¹²² En raison des lourdeurs administratives, des coûts de constitution ou des risques de sanctions juridiques.

possibilité de contrôle. L'évitement de cet arbitraire est donc fondamental pour garantir la sécurité juridique, la prévisibilité du droit et la protection des libertés fondamentales.

Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. Il est procédé à sa dissolution et pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, à leur liquidation¹²³.

La question essentielle ici serait de savoir si les effets non rétroactifs de la nullité de société ont un caractère général, c'est-à-dire, intégrant aussi les sociétés non encore immatriculées.

Il est un principe en droit des sociétés que lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin à celle-ci, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. Il est procédé à sa dissolution et pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, à sa liquidation¹²⁴. La question qui se pose est celle de savoir, jusqu'où s'étend le champ de la non rétroactivité ?

À la lumière de l'esprit de l'article 2 de l'AUSCGIE, il y a lieu de souligner que cette dérogation est générale pour toutes les sociétés commerciales. Toutefois, il faut remarquer que cette vision nécessite d'être relativisée, car il y a risque de constituer une ouverture aux virus, sources de difficultés pratiques.

Il est certain que l'admission de la non-rétroactivité vise la protection des tiers. Il faut préserver les relations que la société a avec les tiers dans l'exercice de ses activités. Dans l'hypothèse de la nullité d'une société non encore immatriculée, est-il possible d'admettre la non-rétroactivité ? Il ressort de l'article 105 de l'AUSCGIE qu' « *entre la date de constitution de la société et celle de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les règles générales du droit applicable aux contrats et aux obligations* ». Il s'agit ici de l'application des règles du contrat spécial et du droit commun, en cas de non exploitation de l'activité avant l'immatriculation. Dans cette hypothèse, il n'y a pas de contact avec les tiers. Autrement, les causes et les conséquences de la nullité échappent au régime de l'AUSCGIE. Par conséquent, la rétroactivité s'impose, puisqu'il s'agit du retour au *statu quo ante*. Cette rétroactivité permet d'éviter l'arbitraire.

Dans cette perspective, TROPER souligne que « *l'évitement de l'arbitraire est une composante essentielle de la sécurité juridique* »¹²⁵. Selon ISSA-SAYEGH, « *le droit OHADA est né de la nécessité d'un ordre juridique harmonisé, prévisible et sécurisé pour garantir la confiance et l'investissement* »¹²⁶. Hans KELSEN affirmait en ce sens qu'« *il n'y a de justice que dans*

¹²³ Art. 253 AUSCGIE.

¹²⁴ Art. 253 AUSCGIE.

¹²⁵ <https://www.usherbooks.ca>, consulté le 25/06/2025 à 10H43mn.

¹²⁶ <https://www.ohada.com>, consulté le 25/06/2025 à 10H57mn.

l'application non arbitraire du droit »¹²⁷. C'est dire que la justice, selon lui, réside dans l'application impartiale et régulière des règles juridiques, excluant tout jugement subjectif ou favoritisme. Dans cette vision, la CCJA dans son arrêt n°025/2018, du 8 février 2018, dit clairement que « *la nullité d'une assemblée n'est prononcée que si la violation formelle a eu une incidence substantielle* »¹²⁸. La CCJA affirme ici une approche finaliste du formalisme. Ce qui signifie que le non-respect d'une formalité, notamment une irrégularité dans la convocation ou la tenue d'une assemblée générale n'entraîne pas automatiquement la nullité¹²⁹. La Cour refuse un formalisme vide de sens et consacre un droit des sociétés équilibré, soucieux à la fois de rigueur et d'efficacité¹³⁰.

Par contre, si la société a commencé l'exploitation en attendant l'immatriculation et que la nullité est intervenue, dans cette hypothèse, la société doit être requalifiée de société de fait¹³¹. Dans cette perspective, elle serait assujettie au régime de la société en nom collectif¹³². Dans ce cas, la non rétroactivité s'applique pour la protection des tiers, conformément à l'esprit de l'article 253 de l'AUSCGIE.

Il résulte de cette analyse que la formalisation des entreprises vise principalement la sécurité des échanges économiques. Or, une multiplication des nullités pourrait fragiliser la confiance des partenaires économiques. En limitant les hypothèses de nullité, le droit OHADA cherche à garantir la stabilité des engagements contractuels, la prévisibilité des relations commerciales et la protection des tiers de bonne foi. Cette approche contribue à la sécurisation des opérations économiques, notamment dans les Etats africains où les systèmes économiques demeurent fragiles. La nullité devient exceptionnelle afin d'éviter qu'un simple vice de forme ne compromette l'ensemble des rapports juridiques créés par la société.

¹²⁷ <https://books.openedition.org>, consulté le 25/06/2025 à 10H11mn.

¹²⁸ <https://www.juriafrica.com>, consulté le 25/06/2025 à 11H32mn.

¹²⁹ Sauf, si cette irrégularité a privé une partie de ses droits, a altéré le processus de décision, ou a modifié le sens ou l'issue du vote.

¹³⁰ P.G. POUGOUE, <https://www.biblio.ohada.org>, consulté le 25/06/2025 à 12H05mn.

¹³¹ Article 865 de l'AUSCGIE.

¹³² Article 868 de l'AUSCGIE.

Conclusion

28. Il ressort de cette étude que l'adéquation entre le régime de la nullité des sociétés et les objectifs de la formalisation des entreprises révèle une relation harmonieuse. Le régime des nullités apparaît donc comme un instrument d'adaptation du droit OHADA aux économies africaines : il sanctionne les irrégularités les plus graves tout en privilégiant, dans les autres cas, la régularisation et la conservation de l'entreprise. Cette approche évite qu'un formalisme excessif compromette la continuité des activités économiques. Elle participe ainsi à un droit des sociétés davantage orienté vers l'efficacité économique, la sécurité juridique et la pérennité des entreprises. L'économie informelle est un phénomène complexe, multidimensionnel et omniprésent dans les économies africaines. La formalisation des entreprises et le régime de la nullité des sociétés sont deux piliers du droit OHADA qui participent à la sécurisation de l'environnement des affaires. Cependant, leur efficacité réelle dépend de leur adaptation aux réalités économiques africaines. La doctrine reconnaît aujourd'hui que l'encadrement de l'informel ne peut se faire sans compréhension profonde de ses dynamiques sociales et économiques. Elle recommande non pas son élimination, mais sa reconnaissance, sa régulation progressive et sa formalisation incitative et non punitive. Dans cette vision, le régime de nullité en droit des sociétés commerciales incarne la rigueur du droit, facteur de la sécurité juridique, mais aussi garant du formalisme, condition essentielle pour un développement socio-économique. Étant entendu que la formalisation contribue inévitablement à la croissance économique, et au maintien des recettes fiscales saines, nécessaires au bon fonctionnement des services publics¹³³, la rigueur du régime de nullité participe à la réalisation des objectifs de ladite formalisation. Autrement, le régime des nullités est le reflet d'un formalisme exigeant mais aussi la preuve d'une adaptation intelligente aux contraintes économiques africaines.

Le régime OHADA des nullités ne constitue pas, à lui seul, un instrument direct de formalisation des entreprises. Il constitue plutôt un mécanisme de sécurisation du processus de constitution et de fonctionnement des sociétés, dont la limitation des causes de nullité, la régularisation et la non-rétroactivité peuvent indirectement contribuer à rendre la formalisation juridiquement plus attractive.

Néanmoins, une réforme continue, alliant pragmatisme et rigueur juridique, est nécessaire pour que l'OHADA atteigne pleinement son objectif d'un espace économique intégré, sûr et attractif.

¹³³ O.I.T. 2017 a.

Bibliographie

- AKAM AKAM (André) et BAKREO (Voudwe), *Droit des sociétés commerciales OHADA*, l'Harmattan, 2017, 745 pages ;
- ANOUKAHA (François) et autres, *Sociétés commerciales et GIE*, éd. Bruylant, Bruxelles 2002, 589 pages ;
- BADJI (Patrice Samuel Aristide), *Réforme du droit des sociétés commerciales OHADA*, L'Harmattan Sénégal 2016, 211 pages ;
- CHAINAIS (Cécile) et FENOUILLET (Dominique), *Les sanctions en droit contemporain, volume 1, la sanction, entre technique et politique*, Paris, Dalloz 2012, 672 pages ;
- CHAINAIS (Cécile) et FENOUILLET (Dominique), *Les sanctions en droit contemporain, volume 2, la motivation des sanctions prononcées en justice*, Paris, Dalloz 2013, 256 pages ;
- COZIAN (Maurice), VIANDIER (Alain) et DEBOISSY (Florence), *Manuel droit des sociétés*, 38^e éd. 2025 Paris, LexisNexis, 1031 pages ;
- DONDERO (Bruno), *Droit des sociétés*, 8^e éd. Lefebvre Dalloz, 2023, Paris, 747 pages ;
- MERCADAL (Barthélemy), *Mémento pratique, Assemblée générale*, Francis Lefebvre éd. 2012-2013, Paris, 812 pages ;
- MESTRE (Jacques), VELARDOCCHIO (Dominique) et BLANCHARD-SEBASTIEN (Christine), *Lamy Sociétés Commerciales*, éd. 2006, Paris, 2289 pages ;
- MESTRE (Jacques), PANCRAZI (Jean-Noël) et ARNAUD-GROSSI (Isabelle), *Droit commercial*, 29^e éd. LGDJ 2012, 1324 pages ;
- NDIAYE (Cheikh Abdou Wakhab), *Droit des sociétés des capitaux*, Harmattan-Sénégal, 2019, 468 pages ;
- RIPERT (Georges) et ROBLOT (René), par GERMAIN (Michel) et MAGNIER (Véronique), *Traité de Droit Commercial, T.1, volume 2, les sociétés commerciales*, 21^e éd. LGDJ 2014, Paris, 1078 pages ;
- SADI (Damien), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, édition mare et martin 2015, Paris, 669 pages ;
- PLANIOL (Marcel), par Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité élémentaire, Droit civil*, Paris LGDJ éd. 1942, 1292 pages ;
- POUMAREDE (Matthieu), *Droit des obligations*, éd. Montchrestien, 2010, 840 pages ;
- RIPERT (Georges), *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949, 225 pages.