



Octobre 2015

**L'UNIVERSALITE DE LA CULTURE JURIDIQUE CIVILISTE A TRAVERS
LA PRESENTATION DES SIMILITUDES EN DROIT DES SOCIETES
COMMERCIALES DE L'OHADA ET POLONAIS**

Par

Marcin GOLEC

Avocat au Barreau de Paris



REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par



L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Octobre 2015

Sommaire

- Résumé en français et en anglais
- Article
- Note biographique de l'auteur

Avec le soutien de



KING&WOOD
MALLESONS



Orabank





Octobre 2015

Résumé

L'analyse des législations polonaise et celle de l'OHADA, toutes les deux de culture juridique civiliste, révèle de nombreuses similitudes qui témoignent de son universalité. Les conclusions de l'examen des dispositions légales relatives aux sociétés commerciales de ces deux régions du monde, s'inscrivent dans cette tendance et confirment qu'en dépit de différences culturelles, les pays de l'OHADA et la Pologne ne sont pas si éloignés juridiquement. Ainsi, nous pouvons constater à travers les textes portant sur la formation, le fonctionnement et la liquidation des sociétés commerciales que des pays d'Afrique et un pays d'Europe de l'Est, tiennent le même raisonnement et leurs législations sont proches dans ce domaine de droit également.

Abstract

Analysis of the Polish legislation and that of OHADA both of civil legal culture, which reveals many similarities whose demonstrate its universality. The results or the review for this two regions of the legal rules for Commercial companies offices, fall in this trend and confirm that despite of cultural differences, the OHADA countries and Poland are not so far apart legally. So, we can see through the texts on the formation, operation and liquidation of Commercial Companies that African Countries and one Eastern Europe country have the same reasoning and their laws are also close in this law area.

Bien qu'il soit difficile de déterminer à l'avance le résultat d'une comparaison de la législation polonaise et de celle de l'OHADA, il faut se rendre à l'évidence et admettre qu'aussi éloignées qu'elles soient, culturellement et géographiquement, elles sont bien plus que similaires. L'exercice de comparaison de ces deux législations met en exergue l'universalité de la culture juridique civiliste. Car plus l'analyse des similitudes des textes de lois de ces deux cultures progresse, plus sont frappantes les ressemblances constatées. A l'appui de cette opinion, le droit des sociétés commerciales constitue un exemple probant.



Octobre 2015

1. Les similitudes des législations dans l'encadrement de la formation des sociétés commerciales

Ainsi, en commençant par les dispositions relatives à la naissance des sociétés, nous pouvons trouver à l'article 4 du Code IDEF annoté de l'OHADA¹, la disposition relative à l'*affectio societatis*, condition sine qua non de validité d'une convention de création de société. Rappelons, juste pour mémoire, qu'il s'agit d'une convention par laquelle une ou plusieurs personnes « *conviennent par un contrat, d'affecter à une activité des biens, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». La même formule figure à l'article 3 du Code (polonais) des sociétés commerciales.

Nous pouvons retrouver la même similitude en ce qui concerne l'obligation de contribuer aux pertes sociales proportionnellement aux apports. Selon les dispositions des articles 53, 3°) et 54 du Code de l'OHADA, les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans la proportion de leurs apports. Les dispositions de l'article 867 du Code civil polonais², relatif aux sociétés commerciales, confirmé par la jurisprudence³, sont quasiment identiques, à ceci près qu'elles

¹ Ci-après Code de l'OHADA

² Selon les dispositions de l'article 867 § 1 du Code civil, dans sa dernière version du 27 septembre 2013, « *chaque associé a droit à la même cote part des bénéfices que celle des pertes engendrées par la société* ».

³ Il est intéressant de relever que la Cour suprême polonaise a cependant décidé, que l'obligation de contribuer aux pertes d'une société peut être limitée voir exclue, dans l'hypothèse où elle viserait un associé personne morale de droit public et plus précisément le Trésor Public qui jouit d'un statut particulier dans le droit polonais. Dans le cadre de sa jurisprudence du 27 mars 2013 (I CSK 412/12), 20 avril 2011 (I CSK 391/10) et 8 septembre 2004 (IV CSK 631/03) la haute juridiction polonaise a précisé que lorsque l'Etat, actionnaire d'une société nouvellement créée, a réalisé un apport d'une autre société publique, cet actionnaire peut exclure dans la convention de constitution de la société nouvellement créée, l'application à son encontre de la clause pénale si cela risque de toucher à la société publique apportée à la société nouvellement créée. Il convient de noter cependant, même si cette solution a été réitérée à trois reprises, que la portée de cette jurisprudence est limitée. D'abord, la solution de ces arrêts ne vise que l'hypothèse où l'un des associés (autre que



Octobre 2015

excluent également la possibilité pour les associés d'insérer dans le contrat de société une clause léonine et de priver l'un d'entre eux de son droit aux bénéfices. A l'instar de la législation polonaise, le législateur de l'OHADA a décidé aussi d'apporter la précision relative à l'engagement léonin des associés. Nous pouvons la retrouver à l'alinéa 2 de l'article 54 du Code de l'OHADA⁴.

Il est également intéressant de relever que pour diverses raisons d'ordre pratique et contrairement au législateur de l'OHADA qui a choisi de placer dans le corps du texte relatif au droit des sociétés commerciales les dispositions relatives à la capacité des personnes pouvant constituer une société⁵, le Code polonais des sociétés commerciales, pour toutes les situations qui ne sont pas régies par ses dispositions renvoie⁶ aux dispositions du Code civil⁷. Il convient de souligner cependant que cette différence est purement circonstancielle : le régime des incapacités en zone OHADA n'étant pas unique, afin d'assurer l'application uniforme du droit des sociétés, ces dispositions doivent figurer dans le corps du Code de l'OHADA.

l'Etat lui-même) de la société nouvellement créée dont la responsabilité est mise en cause, s'était porté garant de l'exécution d'une obligation incombant à cette dernière. Ensuite, l'obligation dont il est question doit avoir été bien déterminée dans la convention de création de cette société.

⁴ Selon les dispositions dudit texte : « (...) sont réputées non écrites les clauses attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, ainsi que celles excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes ».

⁵ Il s'agit des textes de l'article 7 du Code de l'OHADA qui dispose que « Toute personne physique ou morale peut être associée dans une société commerciale lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune interdiction, incapacité ou incompatibilité visée notamment par l'acte uniforme sur le droit commercial général » et de l'article 8 du même Code qui dispose que « Les mineurs et incapables ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales au-delà de leurs apports ».

⁶ Il s'agit de l'article 2 du Code (polonais) des sociétés commerciales, dans sa version du 12 septembre 2012, actuellement en vigueur.

⁷ Les articles 11 et suivants du Code civil, dans sa version du 27 septembre 2013, relatifs à l'état et à la capacité des personnes.



Octobre 2015

Un autre volet concernant la naissance des sociétés reflète des similitudes entre les deux législations - il s'agit des dispositions relatives à la détermination du moment à partir duquel les sociétés commerciales commencent à jouir d'une personnalité juridique. Qu'il s'agisse de droit de l'OHADA⁸, de droit polonais⁹, de droit français,¹⁰ ou plus généralement du droit de tous les pays de l'Union européenne,¹¹ nous pouvons relever avec assurance qu'une société commerciale ne jouit d'une personnalité juridique qu'à compter du moment de son immatriculation au registre du commerce.

2. Les similitudes des législations dans l'encadrement de la vie sociale des sociétés commerciales

Les deux législations ont également formulé de la même manière les dispositions légales relatives au capital et aux bénéfices pouvant être partagés entre associés. Ainsi, en droit de l'OHADA, l'article 143, 1^o du Code, dispose que « *le bénéfice distribuable est le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieurs ainsi que des sommes portées en réserve (...)* ». Une définition identique du bénéfice distribuable est dans l'article 192 du Code (polonais) des sociétés commerciales. Les deux législations, celle de

⁸ L'article 98 du Code de l'OHADA dispose que « Toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit immobilier, (...) ».

⁹ On retrouve la même disposition en droit polonais, en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, à l'article 12 du Code des sociétés commerciales, et à l'article 25, 1^o du même Code en ce qui concerne les sociétés par actions.

¹⁰ Article 1842 du Code civil français, créé par la Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 dispose clairement à son alinéa 1^{er} que les sociétés jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation.

¹¹ Directive 1968/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968 ; voir aussi à ce propos M. HAMIAUT, « La réforme des sociétés commerciales », tome 3, Dalloz 1966, p. 21 et s. également E. DORATS DES MONTS, « Vers un droit européen des sociétés commerciales », JCP 1965, I, 1896.



Octobre 2015

l'OHADA à l'article 143 al. 2 et 3¹², et polonaise à l'article 192 du Code (polonais) des sociétés commerciales¹³, définissent également de la même manière le régime de la réserve distribuable et de la réserve indisponible.

L'analyse des législations polonaise et de l'OHADA, en ce qui concerne les bénéfices distribuables, révèle d'autres points sur lesquels elles sont quasiment identiques. Il s'agit du régime juridique relatif au versement d'acomptes aux associés. Rappelons, qu'un acompte n'est qu'un paiement partiel imputé sur le montant dû au titre de dividendes¹⁴. En droit de l'OHADA, bien qu'une controverse existe sur le sujet¹⁵, l'article 145 dispose que les statuts peuvent prévoir l'attribution d'un acompte, mais seulement « *dans la mesure où l'assemblée constate l'existence de bénéfices distribuables et à la condition que ces bénéfices soient suffisants pour en permettre le paiement* ». Le Code (polonais) des sociétés commerciales, met en place un régime identique applicable aux sociétés par actions dans l'article 349¹⁶ et aux sociétés anonymes à responsabilité limitée dans les articles 194 et 195 du même Code¹⁷.

¹² Selon les dispositions dudit texte « Le bénéfice distribuable est le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué (...) des sommes portées en réserve (...) ». L'alinéa suivant dudit texte précise cependant qu'une partie des réserves peut être distribuée, mais « (...) à la condition qu'il ne s'agisse pas de réserves stipulées indisponibles par les statuts (...) »

¹³ L'article 192 du Code (polonais) des sociétés commerciales, version du 01 février 2013, actuellement en vigueur, précise, à l'instar du texte de l'OHADA, que « (...) le bénéfice distribuable peut être augmenté des sommes portées en réserve (...), diminué de réserve stipulée indisponible par les statuts (...) ».

¹⁴ Cour suprême polonaise, 5 septembre 2012 (IV CSK 76/12).

¹⁵ Voir à ce propos, RDAA avril 2015, J. B. DORKENOO, « Pour une opinion dissidente : validité de l'acompte sur dividendes en droit OHADA ».

¹⁶ Dans sa rédaction du 01 février 2013, actuellement en vigueur, le contenu de l'article 349 du Code des sociétés commerciales applicable aux sociétés par actions est identique au contenu de l'article 145 du Code de l'OHADA en ce qu'il prévoit la possibilité pour les dirigeants, dans la mesure où les statuts les y autorisent et la société dispose de bénéfices



Octobre 2015

En outre, l'article 198 du Code (polonais) des sociétés commerciales définit le régime de responsabilité en ce qui concerne le paiement d'acomptes indus ou ceux dont le montant dépasse les prévisions de bénéfices distribuables. Selon le paragraphe premier dudit texte, les membres de la direction ou les associés d'une société à responsabilité limitée, ne peuvent être exonérés de leur responsabilité à cet égard même dans l'hypothèse où ils auraient agi de bonne foi. En outre, la prescription triennale, prévue à l'article 198 § 4 du Code (polonais) des sociétés commerciales, est portée à dix ans en ce qui les concerne¹⁸. Cette approche est partagée par le législateur de l'OHADA qui a interdit, dans le cadre de l'article 889 du Code Idef annoté de l'OHADA la distribution des dividendes fictifs¹⁹.

3. Les similitudes des législations dans l'encadrement de la dissolution des sociétés commerciales

Les ressemblances se retrouvent dans le régime de la dissolution des sociétés commerciales en droit de l'OHADA et en droit polonais. L'alinéa 3 de l'article 201 du Code de l'OHADA précise que « *la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation et jusqu'à la clôture de celle-ci* ». Nous pouvons trouver, dans le droit polonais, le même dispositif applicable aux sociétés anonymes à responsabilité limitée à l'article 274 § 3 du

suffisants pour en permettre le paiement, de décider de verser un acompte au titre de bénéfices pour l'année en cours.

¹⁷ Les articles 194 et 195 du Code (polonais) des sociétés commerciales, actuellement en vigueur, est également identique en tous point aux dispositions de l'article 145 du Code de l'OHADA en ce qui concerne le versement d'un acompte aux associés d'une société anonyme à responsabilité limitée, au titre de bénéfices pour l'année en cours, si les statuts et le bénéfice distribuable en permettent le paiement.

¹⁸ Cour suprême polonaise, 5 septembre 2012 (IV CSK 76/12).

¹⁹ Selon les dispositions dudit texte « *Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition de dividendes fictifs* ».



Octobre 2015

Code (polonais) des sociétés commerciales²⁰ et à l'article 461 § 3 applicable aux sociétés par actions²¹. L'idée de ce dispositif, partagé par le droit de l'OHADA et le droit polonais, est de protéger les créanciers d'une société et d'éviter que ses associés puissent la dissoudre sans avoir à éponger d'éventuelles dettes de cette dernière²².

Il est également intéressant de relever que le droit de l'OHADA et le droit polonais accordent un délai aux créanciers des sociétés en liquidation pour se manifester afin de recouvrer les créances qu'ils détiennent sur la société en liquidation. En droit de l'OHADA ce délai d'opposition qui est de 30 jours à compter de la publication de celle-ci, pour faire l'opposition devant un tribunal compétent²³, en droit polonais il est porté à six mois pour les sociétés anonymes à responsabilité limitée²⁴ et à un an pour les sociétés par actions²⁵.

La liquidation d'une société anonyme à responsabilité limitée étant l'étape ultime de la dissolution d'une entité, l'étape première passe toujours par la décision d'ouverture de

²⁰ L'article 274 § 3 du Code (polonais) des sociétés commerciales, dans sa version du 01 février 2013, actuellement en vigueur, dispose que « *pendant la durée de la liquidation, la société garde sa personnalité morale* ».

²¹ Le dispositif applicable aux sociétés par actions de l'article 461 § 3 du même Code, est identique à celui applicable aux sociétés anonyme à responsabilité limitée.

²² C'est la raison pour laquelle, la Cour suprême polonaise prend soin de préciser que la décision de dissoudre une SARL peut bien être arrêtée par les associés, conformément à l'article 270 du Code [polonais] des sociétés commerciales. Néanmoins, précise-t-elle plus loin dans cette même décision, la dissolution de cette société, n'intervient qu'après la liquidation, avec la radiation de la société du registre des sociétés (art. 272 du Code [polonais] des sociétés commerciales) – 27 janvier 2010 (II CSK 301/09).

²³ Selon les dispositions de l'article 201 du Code de l'OHADA.

²⁴ Art. 286 § 1 du Code (polonais) des sociétés commerciales. La durée de 6 mois du délai d'opposition s'explique par certaines dispositions du droit polonais des entreprises en difficultés et celles du droit commercial.

²⁵ Art. 474 § 1 du Code (polonais) des sociétés commerciales.



Octobre 2015

liquidation. Celle-ci, conformément à l'article 274 § 1 du Code (polonais) des sociétés commerciales, est prise soit par un tribunal, soit par les associés. En droit de l'OHADA, même si l'initiative de la demande revient aux associés²⁶, créanciers²⁷ ou encore dans certaines circonstances à la famille ou proches du commerçant²⁸, la décision d'ouverture d'une procédure collective, qu'il s'agisse de redressement ou de liquidation, ne peut être prise que par une juridiction compétente, conformément aux dispositions de l'article 32 de l'AUPCAP²⁹.

Nous pouvons constater à travers cette présentation, qu'en dépit de différences qui séparent la Pologne des pays de l'OHADA, leurs législations étant de tradition juridique civiliste, il est rassurant de constater que l'universalité de celle-ci permet aux praticiens d'avoir les mêmes réflexes et le même raisonnement lorsqu'ils sont amenés à travailler avec ces dispositions.

²⁶ Art. 25 de l'AUPCAP (Page 468 du Code IDEF annoté de l'OHADA)

²⁷ Art. 28 de l'AUPCAP (Page 472 du Code IDEF annoté de l'OHADA)

²⁸ C'est l'hypothèse envisagée par l'article 30 de l'AUPCAP (page 475 du Code IDEF annoté de l'OHADA). Il s'agit de la situation où un commerçant est décédé en état de cessation des paiements. Dans cette hypothèse la juridiction compétente peut être saisie sur déclaration d'un héritier saisi

²⁹ Art. 32 de l'AUPCAP (page 476 du Code IDEF annoté de l'OHADA).



Octobre 2015

Note biographique de l'auteur



Marcin GOLEC

<http://golecavocat.com/>

Docteur en droit privé, Marcin GOLEC est avocat au barreau de Paris. Il est fondateur du Cabinet Golec Avocat. Outre le droit français, Maître GOLEC est spécialisé en droit polonais et en droit OHADA.

Pendant plusieurs années, il a été chargé d'enseignement à l'Université Paris XI. Auteur de nombreux articles portant sur le droit des affaires en Afrique, il a également pris part aux côtés du Professeur Barthélemy MERCADAL, aux travaux d'élaboration du Code IDEF annoté de l'OHADA, dont il est coauteur.