

## LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION DANS L'ESPACE OHADA À L'ÉPREUVE DE LA LUTTE CONTRE L'ÉCONOMIE INFORMELLE EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Par

**Freddy BONZEKE ILIKI**

*Chef de Travaux et Apprenant en D.E.S/D.E.A en Droit économique et social  
Faculté de Droit, Université de Kinshasa*

### RÉSUMÉ

*De toute évidence, la lutte contre le secteur informel en RDC constitue l'un des facteurs de la dynamisation de l'économie nationale.*

*Cette lutte nécessite que les mesures idoines soient prises, entre autres l'engorgement de tous les canaux de facilitation des activités économiques informelles, à travers les règles claires dont la violence est sévèrement sanctionnée de manière à dissuader tous les récalcitrants.*

*En effet, parmi les mesures juridiques prises par le législateur de l'OHADA figure la consécration des sociétés commerciales pouvant fonctionner sans personnalité juridique, c'est-à-dire de façon informelle, dont la société en participation. Et plusieurs se cachent derrière ces formes de sociétés pour légitimer leurs activités informelles, tout en se soustrayant du contrôle étatique. Cette étude vient apporter la lumière quant à ce.*

*Elle précise que la consécration de la société en participation, comme pour les autres sociétés sans personnalité juridique, n'est pas à concevoir comme un moyen d'encourager les opérateurs économiques à y recourir, mais une sanction à l'encontre de ceux qui auraient donné l'impression d'avoir constitué une société commerciale et voudraient se soustraire des obligations qui en découlent, en évoquant l'absence de la personnalité juridique.*

*Ainsi, il est important que le législateur renforce les sanctions contre tous ceux qui s'y livrent de manière à ne pas permettre la dénaturation de sa réforme.*

**Mots-clés :** *Société, participation, économie informelle, acte uniforme, OHADA, immatriculation, contrat*

## ABSTRACT

*Clearly, the fight against the informal sector in the DRC is one of the factors for the dynamization of the national economy.*

*This fight requires that appropriate measures be taken, including the clogging of all channels for facilitating informal economic activities, through clear rules whose violence is severely sanctioned so as to dissuade all recalcitrant.*

*Indeed, among the legal measures taken by the OHADA legislator is the consecration of commercial companies that can operate without legal personality, i.e. in an informal manner, including the joint venture. Many companies hide behind these forms of companies to legitimize their informal activities, while evading state control. This study sheds light on this.*

*It specifies that the consecration of the joint venture, as for the other companies without legal personality, is not to be conceived as a means of encouraging the economic operators to resort to it, but a sanction against those which would have given the impression to have constituted a commercial company and would like to evade the obligations which ensue from it, by evoking the absence of the legal personality.*

*Thus, it is important that the legislator reinforce the sanctions against all those who engage in this practice so as not to allow the distortion of its reform.*

**Keywords:** *Company, participation, informal economy, uniform act, OHADA, registration, contract*

## INTRODUCTION

La législation et la réglementation économiques et commerciales en vigueur en République Démocratique du Congo édictent un certain nombre de conditions et obligations consécutives à l'exercice du commerce, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale.

Les personnes physiques sont tenues d'avoir la capacité, ne pas exercer une profession incompatible avec l'exercice du commerce, n'avoir pas été déchues et s'immatriculer au registre du commerce et du crédit mobilier. Quant aux personnes morales et à l'instar des conditions de validité spécifiques à chaque type de société commerciale, les conditions suivantes doivent être scrupuleusement observées :

- Au plan du fond, la capacité, le consentement, l'objet, la cause<sup>1</sup>, la mise en commun des apports, l'affectio societatis, le partage de bénéfice ou la contribution aux pertes de la société<sup>2</sup> ;

---

<sup>1</sup> Article 8 du Code civil congolais, livre II.

<sup>2</sup> Article 4 de l'Acte uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

- Au plan de la forme, la rédaction des statuts et l'immatriculation au Registre du Commerce et du crédit mobilier, octroyant à la société la personnalité juridique avec des attributs correspondants tels que la dénomination sociale, le siège social, la nationalité, le patrimoine propre et la capacité juridique.

Il se dégage de ce qui précède que le respect de ces conditions légales place l'opérateur économique dans une relation régulière vis-à-vis des formes édictées par le législateur. C'est pourquoi une telle entreprise est dans le secteur formel.

Ainsi, le secteur formel peut être considéré, selon le professeur BWABWA WA KAYEMBE comme le secteur officiel de l'économie, en regroupant les entreprises constituées et fonctionnant conformément à la loi. Ces entreprises sont, de ce fait, répertoriées, s'acquittent de leur obligation fiscale et leurs activités sont reprises dans les statistiques de la nation<sup>3</sup>.

Selon le même auteur, le secteur informel comme toute activité économique entreprise en dehors des exigences légales et qui échappe aux mécanismes de contrôle de l'Etat<sup>4</sup>.

Par ailleurs, comme le dit le professeur GUY VERHAEGEN, le secteur informel est toute activité économique spontanée, échappant en grande partie à l'administration, en marge souvent des obligations légales, non recensée dans les statistiques officielles et bénéficiant rarement des activités promotionnelles de l'Etat<sup>5</sup>. L'informalité est avant tout une question de gouvernance qui concerne également les cadres institutionnels et juridiques fragiles et la mise en place fragmentaire et inefficace des lois et politiques.

De toutes ces définitions, il résulte que les activités du secteur informel ne sont pas réglementées. Les opérations économiques de ce secteur évoluent en marge des normes légales. C'est le cas des sociétés commerciales sans personnalité juridique, dont la société en participation qui nous concerne dans le cas d'espèce, avec une telle particularité que le législateur de l'OHADA a officiellement prévu leur existence, sans malheureusement édicter les normes propres devant les régir, sous réserve de l'application des règles régissant la Société en Nom Collectif, ou toute autre forme choisie par les associés, lors d'un litige devant le juge.

En effet, la société en participation est celle dans laquelle les associés conviennent qu'elle n'est pas immatriculée au Registre du commerce et du

---

<sup>3</sup> Mathias BWABWA WA KAYEMBE, *La fiscalisation de l'économie informelle au Zaïre*, P.U.Z, Kinshasa, 1995, pp. 11-12.

<sup>4</sup> *Idem*, p.17.

<sup>5</sup> GUY VERHAEGEN, « Rôle du secteur informel dans le développement économique du Zaïre », in *Revue cadice-inso*, n°44, 4<sup>ème</sup> trimestre, 1985, p.37.

crédit mobilier. Elle n'a pas de personnalité morale, n'est pas soumise à publicité et son existence peut être prouvée par tous moyens<sup>6</sup>. Selon Jean-Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, « *la société en participation constitue la forme la plus ancienne de la société. Véritable contrat de société, ne donnant pas naissance à une personnalité morale* »<sup>7</sup>. Au nombre des caractéristiques qui lui sont propres, ces auteurs notent l'absence de la personnalité morale et le caractère occulte ou ostensible, selon que les associés la révèlent aux tiers ou pas<sup>8</sup>.

Il va s'en dire qu'une société en participation n'a pas d'existence juridique, peu importe la reconnaissance juridique de son existence de fait. Par conséquent, elle ne peut être considérée comme sujet de droit et ne répond juridiquement d'aucune obligation. Cet état de choses la place dans une situation informelle, de même que toutes les activités qu'elle exerce, en ce sens qu'il n'est pas aisé pour l'Etat de garder efficacement sous son contrôle les activités exercées par des personnes qu'il n'a jamais répertoriées et ne sait recenser faute d'existence juridique.

Cependant, le fait pour l'Acte uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique de reconnaître l'existence de ce type de société se perçoit, non sans raison, comme un moyen de légitimation des activités économiques informelles. La raison fondamentale est que cette société ne sait répondre, seule, des engagements qu'elle prend ni accomplir les devoirs légaux consécutifs aux activités qu'elle exerce dans la mesure où elle n'est pas sujet de droit. Le débat qui en découle demeure tout aussi houleux que fascinant : certains peuvent se fonder sur la reconnaissance juridique de l'existence de cette société pour conclure à sa nature formelle et s'encourager à rester dans cette situation malgré des divers problèmes qu'elle engendre, tandis que d'autres peuvent mettre en avant son inexistence juridique pour revigorer la thèse de l'informalité.

C'est, sans doute, un nouveau problème que cette réforme du législateur de l'OHADA a engendré, alors qu'elle a été imaginée afin d'assurer efficacement la sécurité juridique et judiciaire des créanciers des opérateurs économiques évoluant dans l'informel sous forme des sociétés commerciales et leur appliquer les règles qui les auraient régies si elles avaient choisi d'évoluer dans le secteur formel de l'économie.

---

<sup>6</sup> Article 854 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

<sup>7</sup> Jean-Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, *Droit commercial. Notions générales*, 14<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2008, p.73.

<sup>8</sup> *Idem*.

Quelles sont les normes de fonctionnement d'une société en participation en Droit de l'OHADA et à quel moment de son existence peut-elle exactement être qualifiée telle ?

À la lumière de l'importance actuelle de l'informel dans l'économie de la RDC, qui ne cesse de multiplier des stratégies pour résorber considérablement ce secteur, l'avènement de la Société en participation en Droit de l'OHADA lui permet-il effectivement de renforcer cette lutte ou lui a rendu la tâche encore plus difficile ?

Notre réflexion dans les lignes qui suivent tournera autour des réponses à ces questions, en s'articulant autour de deux points focaux, à savoir :

- La société en participation est au fond une société régulière (I) ;
- La société en participation est une société informelle malgré son organisation par la loi (II).

## **I. LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION EST AU FOND UNE SOCIÉTÉ RÉGULIÈRE**

Il convient au départ de préciser que la société en participation est le modèle légal de société sans personnalité juridique qui soit bien légalement réglementé. Très facile à constituer, elle est surtout utilisée pour des raisons fiscales, parce que, paradoxalement, le droit fiscal lui accorde certains des avantages habituellement liés à la personnalité juridique. Mais sur le terrain de droit privé, cette personnalité est réellement absente. Elle est également une formule très appréciée dans certains secteurs d'activité, en raison de sa souplesse et de sa discrétion. Par exemple, on l'utilise dans le commerce international, afin que les contractants de telle firme ne sachent pas que cette firme a des rapports avec telle ou telle autre société ; elle sert aussi à divers pools bancaires<sup>9</sup>. La société en participation est aussi utilisée pour assurer l'harmonie des comportements entre actionnaires d'une même société anonyme, éventuellement cotée, ou pour compléter les obligations des associés d'une société d'une autre forme. C'est, entre autres, le cas de deux personnes qui veulent partager les profits issus d'un même lot de parts ou d'actions dans une convention de croupier, dont la validité est justifiée par le recours à la société en participation. Elle peut alors servir à des associés qui, dans la société ostensible, n'ont qu'une responsabilité limitée, mais qui, entre eux, consentent une participation aux pertes plus importante<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Joseph-Marie TERRAY, « L'octroi conjoint de crédit syndicat et sous-participation », *JCP*, éd. E., p. 510.

<sup>10</sup> LUKOMBE NGHENDA, *Droit OHADA des sociétés applicable en RDC*, PFCUD, Kinshasa, 2018, p. 277.

Pour qu'elle soit considérée telle, cette société doit répondre à des conditions strictes, tant sur le plan du fond que de la forme, qui la rapproche de plus en plus des sociétés régulièrement constituées.

Au fond, sa validité est soumise aux règles générales applicables à tous les contrats et à celles spécifiques au contrat de société commerciale, tandis qu'au niveau de la forme, elle doit être constituée par écrit ou tout autre moyen susceptible de révéler la volonté délibérée des associés de ne pas procéder à l'immatriculation de leur société. Il s'en dégage que les conditions de forme requises pour la validité d'une société en participation ne fait pas d'elle une société parfaite, nous y reviendrons dans la deuxième partie, mais les conditions de fond, si. D'où la nécessité de passer en revue les conditions générales applicables à tous les contrats (a) et les conditions spécifiques au contrat de société commerciale (b).

#### **a. Conditions de fond applicables à tous les contrats**

Quatre conditions sont essentielles pour la validité de tout contrat, y compris celui de société en participation. Il s'agit du consentement, de la capacité de contracter, d'un objet certain qui forme la matière de l'engagement et d'une cause licite dans l'obligation<sup>11</sup>. Le défaut de l'une d'entre elles entraîne la nullité de la société, sous réserve des dispositions des articles 8 et 242, alinéa 3 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Alors que le premier article reconnaît aux mineurs et majeurs incapables le droit de devenir associé d'une société dans laquelle ils sont tenus des dettes sociales à la limite de leurs apports<sup>12</sup>, le second exclut le vice de consentement et l'incapacité d'un associé, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs, des causes de nullité du contrat de société commerciale lorsqu'il s'agit des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions<sup>13</sup>.

#### **b. Conditions spécifiques au contrat de société commerciale**

Hormis les conditions générales telles que développées ci-dessus, la réunion de trois conditions supplémentaires est requise pour la validité d'un contrat de société commerciale : la mise en commun des apports (b.1), l'affectio societatis (b.2) et la participation aux résultats (b.3). Ce qui vaut également pour la société en participation.

---

<sup>11</sup> Lire l'article 8 du Code civil congolais livre III.

<sup>12</sup> Article 8 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

<sup>13</sup> *Idem*, article 242, alinéa 3.

### *b.1. La mise en commun des apports*

Chaque associé doit obligatoirement faire un apport, même si la société à laquelle il appartient n'est pas dotée de la personnalité juridique. L'apport dont question ci-haut peut porter sur l'argent – apport en numéraire – sur les droits portant sur des biens en nature, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels – apport en nature – et sur les connaissances techniques ou professionnelles ou des services – apport en industrie<sup>14</sup>. Il manifeste ainsi son affectio societatis et permet à la société d'exercer son activité. L'apport est le bien dont l'associé transfère la propriété ou la jouissance à la société et en contrepartie duquel il reçoit des parts ou des actions<sup>15</sup>. C'est ainsi que Jean-Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN soutiennent que « l'apport donne droit à une fraction des droits sociaux (parts ou actions) normalement proportionnelle à la valeur de cet apport ; l'ensemble des apports constitue le capital social, porté au passif du bilan (puisque'il est dû en retour aux associés) »<sup>16</sup>. Les apports, qui constituent le patrimoine initial de la société, peuvent être d'inégale importance et de nature différente. Ils doivent être effectifs. Leur absence ou leur fictivité peut entraîner la nullité de la société, peu importe qu'elle soit sans personnalité juridique.

Il faut le préciser, les apports sociaux faits au profit d'une société en participation n'entraînent pas transfert de propriété des biens apportés des associés vers la société. La société n'aura que la jouissance de ces biens pour le besoin de l'activité commune, leur propriété devant rester acquise aux associés apporteurs. L'article 857 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose : « les biens nécessaires à l'activité sociale sont mis à la disposition du gérant de la société. Toutefois, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société »<sup>17</sup>. Il a été jugé que lorsque les parties sont, par acte sous seing privé, convenues de réaliser en commun des travaux de construction et ont décidé d'exercer les activités sous le label d'une société responsable vis-à-vis des tiers, que chaque partie a apporté seulement la jouissance de ses biens et que la société n'a aucun patrimoine propre et n'a pas été immatriculée, les règles relatives à la société en participation doivent être appliquées à la société créée<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Lire à ce propos l'article 40 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

<sup>15</sup> Philippe MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 17<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2014, p. 52.

<sup>16</sup> Jean-Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, *Op.cit.*, p. 55.

<sup>17</sup> Article 857 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

<sup>18</sup> CA Ouagadougou, Ch. Civ. Et com., n°57, 20-5-2005 : Sté togolaise de travaux publics (STTP) c/ SAS SA et Jean de Dieu, Ohadata J-09-17.

### *b.2. L'affectio societatis*

Autrement appelée la volonté de s'associer, l'affectio societatis désigne le lien de confiance et d'affaire liant les parties au contrat de société. Autrement dit, c'est l'intention de collaborer activement et de façon égalitaire. Ce critère est une condition essentielle qui a fait l'objet de plusieurs décisions judiciaires dans l'espace OHADA. Ainsi, dans l'affaire Léopold FAYE contre Abdou NIANG au Sénégal, ils s'étaient convenus aux fins de créer un magasin d'alimentation générale. Par la suite, NIANG créa le magasin en son nom. C'est ce que M. FAYE a contesté en saisissant le Tribunal. Le juge devait résoudre la question de la détermination de l'affectio societatis. Dès lors, le juge s'est référé à l'article 864 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui dispose : « *Il y a société de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par le présent Acte Uniforme* », pour en déduire l'absence de la volonté. C'est dans cette logique que le juge s'est prononcé dans l'affaire Mamadou NDIAYE / Ousseynou TOURE (N°2337 du 10/12/2008). En l'espèce, Mamadou NDIAYE soutenait être associé de Ousseynou TOURE dans la réalisation de la société en ce sens qu'il avait apporté des apports en numéraire et des apports en industrie. Mais cette qualité lui avait été refusée par Ousseynou TOURE le considérant comme un employé. Ainsi, le juge était donc appelé à résoudre la question de savoir s'ils sont associés ? A cette question, le juge par application de l'article 864 AUSCGIE ci-dessus, a considéré que l'existence de la qualité d'associé est subordonnée à trois conditions parmi lesquelles, l'intention nette des parties de s'associer en vue d'une opération commerciale. Ce critère faisant donc défaut, le juge a débouté Mamadou NDIAYE de sa demande.

En effet, il convient de relever que l'affectio societatis n'est pas formellement exigée par l'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui définit la société commerciale. Mais il ne fait aucun doute qu'en son absence, il ne saurait y avoir de société, même en participation. Faute de précision légale, la doctrine s'est efforcée de cerner la notion, chacun des meilleurs auteurs y allant de sa propre définition, certains mettant en doute sa nécessité<sup>19</sup>. Cette diversité d'opinions est révélatrice de l'absence d'unité de la notion d'affectio societatis. Qu'y a-t-il de commun en effet entre deux artisans maçons qui engagent la totalité de leurs économies et doivent consentir une hypothèque sur leur maison pour créer une SARL et obtenir un concours bancaire indispensable, et l'épargnant qui souscrit

---

<sup>19</sup> Paul DIDIER, « le consentement doit se colorer d'une intention particulière que l'on dénomme traditionnellement affectio societatis, ce qui ne veut sans doute pas dire grand-chose », première éd., 1970, p. 311. Voir aussi A. VINDIER pour qui l'affectio societatis est plus un sentiment qu'un concept juridique, in La notion d'associé, préf. F. TERRE, LGDJ, Paris, 1978, n°75.

cent actions de la Régideso en cas d'ouverture de son capital, car tous les journaux l'ont assuré d'une confortable pluie-value à très court terme ? L'affectio societatis, souvent très forte chez les associés de société de petite taille, est inexistante chez l'immense majorité des actionnaires des sociétés cotées en bourse. C'est une notion multiforme dont le plus petit commun dénominateur englobe la volonté des associés de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune<sup>20</sup> ; cette volonté commune devant exister non seulement au moment de la création de la société, mais aussi se prolonger pendant toute la vie sociale.

En droit français, la chambre commerciale de la haute cour s'est prononcée nettement sur le contenu de l'affectio societatis en cassant l'arrêt de la Cour d'appel qui n'avait pas recherché si en s'intéressant à la gestion du fonds une partie avait collaboré de façon effective à l'exploitation de ce fonds dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité avec son associé pour participer aux bénéfices comme aux pertes<sup>21</sup>.

L'employé qui est rémunéré par une participation aux bénéfices n'est pas un associé qui fait un apport en industrie, dès lors qu'il est sous un lien de subordination. Il est lié à la société par un contrat de travail ; l'affectio societatis impliquant l'égalité entre associés exclut toute subordination. Il a été jugé qu'il n'y a pas société en participation, lorsqu'un accord considéré telle, liant une société en nom collectif et l'un des salariés de celle-ci, est exclusivement destiné à répartir les bénéfices sociaux à l'exclusion de toute activité susceptible d'engendrer des pertes ; ce contrat constitue un intéressement aux bénéfices accessoire au contrat de travail du salarié<sup>22</sup>.

### *b.3. La participation aux résultats ou à l'économie de la société*

En plus de la volonté de s'associer, le contrat de société se caractérise aussi par la volonté de partager les bénéfices. Il est utile de signaler que le contrat de société est caractérisé par la recherche des profits qui doivent être partagés entre les parties au contrat. En effet, l'intention de partager les bénéfices a fait l'objet de plusieurs décisions. Ainsi dans l'affaire opposant CFAO Sénégal à Samba CODOU détenteur de dix actions dans la société AFRICAUTO, devenue CFAO Sénégal, le Directeur Général de la CFAO adressant une correspondance à Samba, l'informa de ce que ses actions sont réduites à deux sans aucune motivation. Voulant en savoir plus, il s'est heurté au mépris de la CFAO qui a refusé de lui rétribuer ses dividendes. La question principale qui se posait dans cette affaire était celle de savoir si un associé peut se voir refuser ses droits aux dividendes. Le juge par application de l'article 53 de l'Acte uniforme relatif au

---

<sup>20</sup> Philippe MERLE, *Op.cit.*, p.76.

<sup>21</sup> Com. 3 juin 1986, *Rév. Sociétés*, 1986, 585, Yves GUYON.

<sup>22</sup> CA Paris, 25-3-1994 : D. 1994 IR p. 133.

droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, disposant que les titres sociaux confèrent à l'associé un droit sur les bénéfices réalisés par la société, conclut dès lors que Samba CODOU est bien fondé à réclamer les dividendes. Il va de soi que le droit au bénéfice a pour corollaire l'obligation de supporter les pertes. Il permet aussi à l'associé de profiter de toute économie réalisée par la société.

## **II. LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION EST UNE SOCIÉTÉ INFORMELLE EN DÉPIT DE SON ORGANISATION PAR LA LOI**

Au plan de fond, la société en participation répond, pour sa validité, à toutes les conditions applicables aux sociétés commerciales régulièrement constituées. La particularité que l'on observe du point de vue de la forme, consistant en la non immatriculation de cette société, la rend ainsi imparfaite et, par conséquent, informelle.

Cependant, elle est organisée aux articles 854 et suivants de l'Acte uniforme relatif au Droit des Sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, ce qui donne à ceux qui y recourent une apparence légitime et légale, apparaissant ainsi comme moyen de légitimation des activités économiques informelles et frein à la lutte engagée par les Etats africains, dont la RDC, contre ces activités. Il convient de clarifier davantage cette approche et rechercher, dans les buts poursuivis par l'organisation de cette forme de société dans l'espace OHADA et la lutte contre les activités informelles en RDC, le moyen de prédominance de l'intérêt général.

En effet, il faut le noter, la société en participation est la seule société commerciale non immatriculée soumise à la condition de production, par tous moyens, d'un acte pour sa validité. Cet acte peut être les statuts, un accord de coopération ou tout autre accord verbal ou écrit laissant les traces d'une volonté délibérée des associés de ne pas immatriculer leur société, ce qui la dépourvoit, comme toute autre société non immatriculée, de personnalité juridique et, le cas échéant, des attributs qui en découlent<sup>23</sup>. La présence de cet

---

<sup>23</sup> Une fois immatriculée, la société acquiert la personnalité juridique qui lui confère des attributs ci-après : la capacité, le patrimoine, le nom, la nationalité et le siège social. S'agissant de la capacité, allusion est faite à la capacité de jouissance et celle d'exercice. Toute société immatriculée a la capacité entière d'acquiescer, de contracter et d'ester en justice. Pendant longtemps, cette capacité fut purement civile. Désormais, la société peut être responsable pénalement dans les cas spécifiques prévus par la loi. Le patrimoine social est l'ensemble des biens et des dettes de la société. Il est en principe le seul gage des créanciers sociaux, sauf exceptions : les associés en nom collectif et les commandités sont tenus personnellement envers ceux-ci en cas de défaillance de la société. Inversement, les créanciers personnels des associés n'ont pas de droits sur le patrimoine social. Le nom est, quant à lui, une appellation à travers laquelle on identifie la société. Il peut être désigné par dénomination sociale ou raison sociale. Lire Jean-Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, *Op.cit.*, p. 58. Alors que la dénomination

acte ne met pas fin à l'absence de publicité présente dans toutes les sociétés commerciales non immatriculées. La société en participation ne fait l'objet d'aucune publicité prévue aux articles 256-1 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Elle reste donc, en principe, inconnue des tiers.

Il y a lieu d'analyser, dans un premier temps, l'absence de la personnalité juridique comme facteur de l'informalité de la société en participation (a) et l'absence des attributs de personnalité juridique comme facteur de l'informalité de la société en participation (b).

#### **a. Absence de personnalité juridique, facteur de l'informalité de la société en participation**

A côté des conditions de fond requises pour la validité des sociétés commerciales, il existe des conditions de forme tendant, pour la société concernée, à obtenir la personnalité juridique à travers son immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier.

En effet, il ressort de l'article 98 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique que « *toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au RCCM, à moins que ce présent AU en dispose autrement* »<sup>24</sup>. La nécessité de l'immatriculation de la société commerciale en vue de l'obtention de sa personnalité juridique a conduit le législateur de l'OHADA, comme d'ailleurs, à soumettre l'existence d'une société à la rédaction des statuts ou, le cas échéant, d'un acte écrit. Les statuts sont prévus à l'article 10 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui dispose : « *les statuts sont établis par acte notarié ou tout autre acte offrant des garanties d'authenticité dans l'Etat du siège de la société* ». C'est un acte

---

sociale comprend le nom d'un associé ou décrivant l'objet de l'activité de la société ou une dénomination de fantaisie, la raison sociale est le nom propre de tous ou de certains associés suivi de « et Cie ». Mais actuellement, la tendance c'est d'employer indistinctement l'expression « dénomination sociale » pour toutes les sociétés. Ce qui a entraîné une quasi inutilisation de l'expression « raison sociale ». Ceci a été même consacré par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique quand il dispose, en son article 14, que « *toute société est désignée par une dénomination sociale qui est mentionnée dans ses statuts* ». Lire l'article 14 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. L'article 15 du même Acte uniforme ajoute : « *sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, le nom d'un ou plusieurs associés ou anciens associés peut être inclus dans la dénomination sociale* ». La nationalité, notion technique juridique, marque la soumission de la société à la loi d'un pays déterminé, pendant que le siège social est considéré comme le domicile de la société, le lieu où se situe son centre d'intérêt. Toute société doit avoir un siège social qui est mentionné dans les statuts. L'intérêt de ce siège social se situe notamment au plan procédural, car la société est en principe assignée au lieu de son siège social.

<sup>24</sup> *Idem*, article 98.

par lequel les futurs associés scellent leur engagement. On peut donc relever qu'en signant les statuts, chaque associé manifeste son accord à la création de la société et s'engage également à respecter leur contenu. Ainsi, tout acte pris en violation des statuts encourt l'annulation. C'est dans ce sens que le juge sénégalais s'est prononcé dans l'affaire *Éric BIDE*T contre SOGESTEL<sup>25</sup>. Il résulte des faits de cet arrêt, qu'à la suite d'une convention de compte courant conclu entre les parties, BIDET, créancier de la société, l'a assignée devant le tribunal régional et obtenu sa condamnation. La SOGESTEL, non content du jugement, a saisi la Cour d'Appel au motif qu'il y a violation des statuts de la société. BIDET, par contre, a soutenu que c'est en vertu d'une convention conclue avec un autre associé qu'il a sollicité à la SOGESTEL qu'elle lui rembourse les sommes dues. Le juge avait dès lors la charge de se demander si la convention ainsi invoquée était conforme aux statuts. Répondant à cette question par l'affirmative, la Cour d'Appel a décidé que le jugement entrepris a condamné la SOGESTEL à rembourser la somme due à *Éric BIDE*T suivant les modalités fixées par les statuts. Par conséquent, cette condamnation ne comporte aucune violation des dispositions statutaires.

Cependant, quoique dans certaines hypothèses les sociétés non immatriculées sont soumises à un formalisme légal en vue de leur qualification en tant que telles, nul ne peut ignorer qu'elles ne sont, en aucun cas, dotées de personnalité juridique. Ce qui, sans aucun doute, constitue une particularité des sociétés commerciales non immatriculées, les distinguant systématiquement de celles dotées ou appelées à être dotées en bonne et due forme de personnalité juridique. Cette réalité n'épargne pas la société en participation.

En effet, la société en participation n'existe, en réalité, que dans les rapports entre les associés et n'est pas dotée de personnalité juridique. Ce défaut de personnalité juridique découle de ce que celle-ci s'acquiert par l'immatriculation de la société au Registre du commerce et du crédit mobilier, alors que, dans le cas d'espèce, aucune immatriculation n'a lieu. L'article 114, alinéa 1 in fine, de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique nous renseigne que la société en participation n'a pas de personnalité juridique.

Partant de ce qui précède, il sied de noter que la détention de la personnalité juridique par une société suppose que son immatriculation a eu lieu en bonne et due forme, et cela nous renvoie aux sociétés commerciales dont l'existence ne peut ainsi être remise en cause, ce qui n'est pas le cas de la société en participation.

---

<sup>25</sup> CA Dakar, 4 février 2005, inédit.

Le législateur de l'OHADA soutient même qu'à l'égard des tiers, la société en participation n'existe pas du tout et seul l'associé qui s'engage reste responsable vis-à-vis de ces derniers. Même au cas où les associés agissent expressément en leur qualité d'associé auprès des tiers ou l'un d'entre eux a, par son immixtion, laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard et qu'il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit, la société ne saurait, pour autant, être engagée, seuls les associés impliqués sont tenus solidairement et indéfiniment.

Ainsi, la société ne saura être répertoriée par les organes habilités de l'Etat, ni ses activités suivies, de manière à figurer dans les statistiques nationales comme c'est le cas dans le secteur formel. Surtout lorsque les associés décident de la garder occulte, la tâche devient encore plus difficile pour l'Etat dans sa mission de garder sous son contrôle toutes les activités économiques exercées sur toute l'étendue du territoire national.

Néanmoins, le défaut de personnalité juridique dans cette société ne l'empêche pas de se voir appliquer les règles spécifiques aux sociétés commerciales, car la reconnaissance juridique de l'existence de celle-ci est prévue par le législateur de l'OHADA. C'est en cela que l'on trouve leur particularité, leur spécificité et leur originalité : son existence étant confortée par la réunion de l'ensemble des conditions de fond requises pour la validité des sociétés commerciales, elle se démarque d'autres sociétés par l'assouplissement du formalisme de sa validité. Sans avoir besoin de la personnalité juridique, elle suit tout de même le régime des sociétés commerciales, et son existence découle uniquement de l'accord des parties assorti d'une volonté délibérée de ne pas procéder à l'immatriculation.

#### **b. Absence des attributs de personnalité juridique comme facteur de l'informalité de la société en participation**

Etant donné que la dénomination sociale, le siège social, le patrimoine, la nationalité et la capacité juridique sont des attributs de la personnalité juridique d'une personne morale, il paraît, en principe, inconcevable de les reconnaître à une entité dépourvue de personnalité juridique. Néanmoins, dans la mesure où l'existence de la société en participation se trouve essentiellement dans les rapports entre associés, ils peuvent convenir que celle-ci acquiert tel ou tel autre attribut, sans que soit cependant possible d'opposer cela aux tiers.

En effet, LUKOMBE NGHENDA soutient que « *n'étant pas immatriculée, la société en participation ne jouit pas de la personnalité morale. Par conséquent, elle ne*

*peut opposer aux tiers des droits exclusifs sur une dénomination sociale (mais il n'est pas interdit aux coparticipants d'adopter une dénomination sociale pour la société) »<sup>26</sup>.*

Une société en participation n'a pas de siège social, ni de nationalité propres qui soient opposables aux tiers. Elle ne peut non plus ester en justice<sup>27</sup>. Elle ne peut avoir de patrimoine propre. Les apports qui y sont réalisés ne peuvent s'analyser en un transfert de valeur entre le patrimoine de chaque associé et celui de la société. Ils restent la propriété des associés, et sont seulement affectés à l'exploitation sociale, sans que l'on puisse dire que la société en a la jouissance. L'article 857 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose : « *les biens nécessaires à l'activité sociale sont mis à la disposition du gérant de la société. Toutefois, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société* »<sup>28</sup>. A l'article 858, il est prévu que les associés peuvent convenir de mettre certains biens en indivision ou que l'un des associés est, à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'il acquiert en vue de la réalisation de l'objet social.

Comme pour le défaut de personnalité juridique, celui des attributs de personnalité juridique dans une société en participation témoigne, sans doute, de l'inexistence juridique de celle-ci, malgré la reconnaissance de son existence par la loi. Par conséquent, l'on ne saurait mettre dans le circuit formel une entité économique qui n'existe pas juridiquement, ni les activités réalisées par celles-ci.

---

<sup>26</sup> LUKOMBE NGHENDA, *Op.cit.*, 280.

<sup>27</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 26 mars 1997, LUKOMBE NGHENDA, *Op.cit.*, 280.

<sup>28</sup> Article 857 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

## CONCLUSION

La société en participation est une forme de société informelle organisée par le législateur de l'OHADA. Son informalité découle de l'inexistence même de cette société, qui ne peut être considérée telle que dans les rapports entre associés.

Certes elle est une entité économique informelle, mais ses activités peuvent être formelles en considération de la qualité de l'associé qui les réalise pour son compte, étant donné qu'il est, en principe, le seul responsable à l'égard des tiers.

Pendant, elle est à la base de plusieurs pratiques qui échappent au contrôle de l'administration publique et fiscale, soit de manière totale, soit partiellement en tant qu'activités exercées par une société commerciale. À titre d'exemple, alors que c'est pour le compte d'une société en participation qu'un établissement a conclu un contrat, il va se trouver ainsi soumis au régime des établissements au lieu de celui des sociétés commerciales, surtout lorsque cette société en participation a un caractère non ostensible ou occulte. De même, si l'associé qui agit n'a pas de statut commercial formel, l'activité entreprise sera complètement hors contrôle étatique, donc informelle, mais avec possibilité pour cet associé de se cacher derrière la société en participation, en cas de fraude, pour se soustraire aux sanctions correspondantes.

Loin de nous l'intention de soutenir que la consécration de cette forme de société par le législateur de l'OHADA est un danger pour la lutte contre l'économie informelle en République Démocratique du Congo, relevons qu'il aurait été mieux de prévoir des sanctions sévères pour décourager quiconque à recourir à la société en participation, au-delà de l'application des normes prévues aux articles 854 et suivants de l'Acte uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique en vue de protéger les créanciers et garantir la sécurité juridique et judiciaire de leurs droits.

Il nous convient d'affirmer que la forme de société en participation n'a pas été organisée par le législateur de l'OHADA pour encourager les opérateurs économiques à y recourir à tout vent, mais pour sécuriser les droits des cocontractants qui pensaient avoir en face une société commerciale, alors qu'en réalité non, en leur permettant de bénéficier, devant le juge, de tous les avantages consécutifs aux sociétés commerciales, dans la mesure où ils ont aussi été déterminants dans leur consentement au moment de la conclusion des actes.

Entre autres mesures à prendre pour concilier l'organisation de la société en participation par le droit de l'OHADA avec la nécessité de lutte contre l'économie informelle en République Démocratique du Congo, nous pouvons noter :

- la précision dans l'Acte uniforme, et de façon expresse, que la société en participation, comme toute autre société commerciale sans personnalité juridique, n'est pas une forme de société commerciale ordinaire, mais une qualification donnée par le juge à une organisation de fait, afin d'assurer la sécurité juridique et judiciaire des cocontractants ;
- préciser qu'une fois une société en participation qualifiée par le juge, ses fondateurs sont poursuivables du paiement de tous les droits dus à l'Etat correspondant à la durée de vie de cette société, sans préjudice des sanctions pénales au cas où leurs agissements étaient constitutifs des infractions prévues par la loi.

## NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

### I. TEXTES JURIDIQUES

1. La constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, in *Journal officiel*, n° spécial, 52<sup>ème</sup> année du 5 février 2011.
2. Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général, in *JO OHADA* du 23 février 2011.
3. Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, in *JO OHADA* n° spécial du 4 février 2014.
4. Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, in *JO OHADA* n°10 du 20 novembre 2000.
5. Acte uniforme du 10 avril 1998, portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécutions, in *JO OHADA* n°6 du 1<sup>er</sup> juillet 1998.
6. Décret du 30 juillet 1888 portant code des obligations et des contrats, in *Bulletin officiel*, n° spécial du 30 juillet 1888.
7. Loi n° 73-021 du 21 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés telle que modifiée et complétée par celle n° 80009 du 18 juillet 1980, in *Journal officiel*, n° 15 du 01 août 1980.
8. Loi n° 87/010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant code de la famille, in *Journal officiel*, n° spécial, août 1987.
9. Loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés, in *J.O.Z.*, n°3, du 1<sup>er</sup> février 1974.
10. Ordonnance-loi n° 85/040 autorisant la ratification de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, in *Journal officiel*, n° spécial, avril 1999.

### II. DOCTRINE

1. ALFANDARI Elie, *Droit des affaires*, Mémento Dalloz, Paris, 1982.
2. ATIAS Christian, *Hypothèse sur la doctrine en droit commercial*, Mélanges ROBLOT, LGDJ, Paris, 1984.
3. AUDIT Bernard, *La vente internationale de marchandises : Convention des Nations unies du 11 avril 1981*, Paris, L.G.D.J., 1990.
4. BAKANDEJA wa MPUNGU Grégoire, *Droit du Commerce International. Les peurs justifiées de l'Afrique face à la mondialisation des marchés*, BruxellesParis, DE BOCK & LARCIER, 2001.
5. BARAUD Alain et MELLET Laurent, *Leçon de droit commercial*, Payot, Lausanne, 1970.

6. BITSAMANA Hilarion Alain, *Dictionnaire de droit OHADA*, inédit, p. 159.
7. BLAISE Jean-Bernard, *Ententes et concentration économiques*, Sirey, Paris, 1983.
8. CAMBASSEDES Marie-Jeanne, « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », in *Revue sociétés*, 1976, spéc., n°27 et ss.
9. CHAMPAUD Claude, *Contribution à la définition du droit économique*, Dalloz, Paris, 1967.
10. CHAMPAUD Claude, *Droit des affaires*, Coll. Que sais-je ? et Chronique au droit, Paris, 1967.
11. DE LAUBADERE André et DELVOLVE Pierre, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 1986.
12. DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise et BLARY-CLEMENT Edith, *Droit commercial. Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, 10<sup>ème</sup> éd., Lextenso, Paris, 2010.
13. FARJAT Gérard, *Droit économique*, 1<sup>ère</sup> édition, Collection Thémis, P.U.F, Paris, 1971.
14. FARJAT Gérard, *Droit économique*, P.U.F, Collection Thémis, édition, Paris, 1982.
15. FARJAT Gérard, *L'ordre public économique*, L.G.D.J., Paris, 1963.
16. GOLDMAN Berthold et LYON-CAEN, *Droit commercial européen*, 4<sup>ème</sup> Ed., Dalloz, Paris, 1963.
17. GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, *Lexique des termes juridiques*, 16<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2010.
18. GUYON Yves, *Droit des affaires*, Economica, Paris, 1980, N° 898.
19. HILAIRE Jean, *Le droit, les affaires et l'histoire*, Economica, Paris, 1995.
20. ISSA-SAYEGH Joseph, *Acte uniforme portant organisation des sûretés*, EDICEF, Kinshasa, 1999.
21. JOUANNEAU, D., *L'Organisation Mondiale du Commerce*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, (Y éd., 2003.
22. KALAMBAY LUMPUNGU, *Droit civil, Régime général des biens*, Vol. 1, PUC, Kinshasa, 1997.
23. KUMBU ki NGIMBI Jean-Michel, *Législation en matière économique*, 2<sup>ème</sup> édition, Galimage, Kinshasa, 2009.
24. LE GALL Jean-Pierre et RUELLAN Caroline, *Droit commercial. Notions générales*, 14<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2008, p. 73.
25. LUKOMBE NGHENDA, *Droit commercial congolais, faillite, concordat et banqueroute*, PFDUC, Kinshasa, 2001.
26. LUKOMBE NGHENDA, *Droit congolais des sociétés*, Tome IV, PUC, Kinshasa, 1999.
27. LUKOMBE NGHENDA, *Droit OHADA des sociétés applicable en RDC*, PFCUD, Kinshasa, 2018, p. 277.

28. LUKOMBE NGHENDA, *Règlement du contentieux commercial, Tome I les tribunaux de commerce*, PFDUC, Kinshasa, 2005, p. 361.
29. MARTOR Boris et Alli, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, 2<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 2009.
30. MARTOR Boris, PILKINGTON Nanette, SESSERS David, THOUVENOT Sébastien, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Jurisclasseur Affaires, finances, LITEC, Paris, 2004.
31. MASAMBA AKELA Roger (Dir.), *Manuel de Droit et Comptabilité OHADA*, Ministère de la Justice et Droits Humains, Commission Nationale OHADA, 2015.
32. MASAMBA MAKELA Roger, « Le régime des nullités issu de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », in *Revue Journal des Sociétés*, Paris, 2014.
33. MASSAMBA MAKELA Roger, *Droit des affaires. Cadre juridique de la vie des affaires au Zaïre*, Cadicec, Kinshasa, 1995.
34. MERLE Philippe, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 17<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2014.
35. MOUSSERON Jean Marc et RAYNARD Jacques, FABRE Régis et, PIERRE Jean Luc, *Droit du Commerce International – Droit International de l'Entreprise*, UTEC, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 2003.
36. NGEBOU, J., *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, 1998.
37. PHILIPPE TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, Paris, 3<sup>ème</sup> édition, PUF, 2001.
38. POUGOUE Paul-Gérard et KALIEU Yvette, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, 1999.
39. POUGOUE Paul-Gérard, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, 1998.
40. POUGOUE Paul-Gérard, *Présentation générale et procédure en OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, 1998.
41. REINHARD Yves, « L'apport en société de droits de propriété industrielle », in *Mélanges offerts à A. CHAVANNE*, Litec, Paris, 1990.
42. ROUHETTE Georges, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Université de Paris, 1965.
43. ROUHETTE Georges, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Mélanges RODIERE, Dalloz, Paris, 1981.
44. SAKATA M. TAWAB Garry, *Droit commercial congolais, jurisprudence, commerçants, actes de commerce, registre de commerce, capacité, fonds de commerce, concurrence déloyale, faillite*, P.U .K, Kinshasa, 2012.
45. STARCK Boris, *Introduction au droit*, 3<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 1991.
46. VAN LIERDE, *Eléments de droit civil zaïrois*, C.R.P, Kinshasa, 1990.