

## Gouvernance et transparence en droit des sociétés de l'espace OHADA : perspectives de droit dur (*hard law*) et de droit souple (*soft law*)

Moussa Samb\*

*La transparence n'est pas une vertu.  
 Elle est une mécanique  
 au service de la vertu autant que le secret.*  
 D. Soulez-Larivière

### Table des matières

#### Introduction

1. Gouvernance et transparence en droit dur
  - 1.1 Dispositif commun aux sociétés commerciales
    - 1.1.1 La gouvernance d'entreprise
    - 1.1.2 La clarification des responsabilités
    - 1.1.3 Le contrôle de la gestion sociétaire
    - 1.1.4 La protection des tiers
    - 1.1.5 La gestion des situations de crise
  - 1.2 Dispositif spécifique aux sociétés faisant appel public à l'épargne
    - 1.2.1 L'information du public : le document d'information
    - 1.2.2 L'obligation de fournir des informations périodiques ou occasionnelles
    - 1.2.3 La régulation institutionnelle dans l'espace OHADA
2. Gouvernance et transparence en droit souple
  - 2.1 Qualification juridique du droit souple
  - 2.2 Expériences normatives dans et autour de l'espace OHADA

#### Conclusion

### Résumé

La transparence renvoie à la bonne gestion qui garantit la sécurité aux actionnaires et aux créanciers de la société, témoignant d'un esprit d'ouverture et d'un désir de communication qui doit conférer une forme de légitimité aux actes et décisions. Quant à la bonne gouvernance, elle veut que les actionnaires ou associés aient un accès gratuit et en temps opportun à de informations exactes, précises, fiables et complètes sur tous les aspects significatifs concernant l'entreprise; que les organes de direction et d'administration de la société respectent l'obligation de transparence vis-à-vis des actionnaires et associés pour leur permettre de prendre les meilleures décisions et d'exercer en connaissance de cause leurs droits. L'information doit être complète, c'est-à-dire porter sur les données importantes et significatives de l'entreprise, et doit être diffusée simultanément à tous les actionnaires ou associés pour garantir leur traitement équitable. L'information financière et comptable doit être fiable et répondre strictement aux normes comptables nationales et communautaires. Cette contribution montre l'importance que le droit des sociétés commerciales de l'espace OHADA accorde à la gouvernance et à la transparence, tant dans le dispositif de droit dur posé par l'Acte uniforme de l'OHADA régissant les sociétés et groupement commerciaux que dans les normes de droit mou, dont l'émergence constitue une tendance contemporaine de l'évolution du droit des entreprises.

---

\* Professeur agrégé de droit, Université Cheikh Anta Diop, Dakar.

## Introduction

Une recherche documentaire sommaire montrerait que la thématique de la gouvernance et de la transparence dans la vie des entreprises a fait l'objet d'une attention accrue dans la littérature juridique d'expression francophone empruntant ainsi, après coup, un des thèmes plutôt discuté dans la littérature juridique anglo-saxonne (*corporate governance*). La gouvernance peut être définie, *lato sensu*, comme l'organisation et la répartition des pouvoirs entre les différentes instances d'une entreprise. *Stricto sensu*, il s'agit de l'ensemble des procédures et structures mises en place pour diriger et gérer les affaires d'une entreprise de façon à assurer transparence et l'équilibre des pouvoirs entre la direction, les administrateurs, les organes de contrôle et les propriétaires de l'entreprise<sup>1</sup>.

Si les situations de crise ont été partout à l'origine des réflexions sur la gouvernance d'entreprise, il reste comme l'a si bien montré Nicole Decoopman, que les conclusions tirées au sein des différents pays ne sont pas forcément identiques et que la réflexion est marquée par le prisme de la relativité historique et géographique<sup>2</sup>.

Notre démarche ici consistera donc à « acclimater » au droit des affaires africain de l'OHADA, une problématique qui a

suscité, ailleurs, de nombreuses questions et réponses. Il ne s'agira pas seulement de reprendre la distribution des pouvoirs au sein des sociétés et groupements commerciaux et la protection des tiers, mais aussi de voir comment les impératifs de gouvernance et de transparence ont été pris en compte par le droit souple élaboré dans l'espace OHADA.<sup>3</sup>

De prime abord, une précision conceptuelle nous oblige à bien circonscrire les termes de cette étude, notamment les contours des concepts de gouvernance et de transparence et les perspectives de notre analyse. Nous penserons la gouvernance comme recouvrant tous les mécanismes par lesquels les dirigeants d'entreprise répondent de la conduite et des performances de l'entreprise. Quant à la transparence, elle renvoie à la bonne gestion qui garantit la sécurité aux actionnaires et aux créanciers de la société, témoignant d'un esprit d'ouverture et d'un désir de communication qui doit conférer une forme de légitimité aux actes et décisions<sup>4</sup>. Il s'agira aussi d'aborder ces problématiques dans la perspective d'une analyse des règles de droit dur et du droit souple que l'on retrouve dans l'espace africain. Le droit dur (*hard law*) désigne l'ensemble des règles de droit générales, obligatoires et coercitives, émanant principalement des pouvoirs publics. Quant au droit souple (*soft law*), il se

---

<sup>1</sup> Gérard CHARREAUX, « Les théories de la gouvernance : de la gouvernance des entreprises à la gouvernance des systèmes nationaux », *FARGO - Centre de recherche en Finance, Architecture et Gouvernance des Organisations*, Université de Bourgogne, n° 1040101, décembre 2004. L'auteur montre qu'historiquement les recherches sur la gouvernance des entreprises ont été consacrées aux firmes anglo-saxonnes.

<sup>2</sup> Nicole DECOOPMAN, « Du gouvernement des entreprises à la gouvernance », en ligne : [https://www.upicardie.fr/Nicole\\_Decoopman](https://www.upicardie.fr/Nicole_Decoopman) (consulté le 09 mai 2017).

---

<sup>3</sup> Patrice Samuel Aristide BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », (mars 2013) 2 *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique professionnelle*, en ligne : <http://revue.ersuma.org/no-2-mars-2013/doctrine-20/Ohada-et-bonne-gouvernance> (consulté le 09 mai 2017).

<sup>4</sup> Yves DE GAEDD, Gaëtane Schaecken WILLEMAARS, *La transparence en droit des sociétés et en droit financier*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2008, p.3 n° 2.

présente comme l'ensemble des normes réunissant deux particularités significatives: elles ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant leur adhésion; elles ne créent pas des droits et obligations mais présentent un degré de normalisation et de structuration qui s'apparente aux règles de droit, l'absence d'obligation n'impliquant pas l'absence de tout effet de droit<sup>5</sup>.

Cette double perspective fait que nous envisagerons, successivement, la gouvernance et la transparence, d'abord, dans la perspective du droit dur (1), et ensuite, dans celle du droit souple (2).

## **1. Gouvernance et transparence en droit dur**

Le droit positif de l'OHADA s'inscrit dans la logique contemporaine de promotion de la bonne gouvernance et de la transparence en droit des sociétés. D'ailleurs dans plusieurs dispositions, il s'est employé, nettement dans l'Acte uniforme sur les sociétés et groupements commerciaux d'aménager des règles et procédures prenant en considération non seulement les conflits et les convergences d'intérêt, mais aussi le droit applicable aux sociétés faisant appel public à l'épargne, comme le droit boursier, contribuant ainsi à renforcer l'exigence de transparence.

À ce titre, l'Acte uniforme OHADA a connu une révision en 2014, afin de mieux clarifier le rôle des différents acteurs de la gouvernance (actionnaires, dirigeants, tiers) et renforcer le contrôle du fonctionnement des organes sociaux tout en réduisant les risques de conflits

---

<sup>5</sup> CONSEIL D'ÉTAT DE FRANCE, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, en ligne : [www.conseil-état.fr](http://www.conseil-état.fr) (consulté le 09 mai 2017).

d'intérêts. Cette révision visait à renforcer le contrôle, à clarifier les droits des actionnaires et à renforcer l'exigence de transparence dans les sociétés.

Ainsi, il sera présenté les différentes règles prévues dans le cadre de la bonne gouvernance et de la transparence en distinguant le dispositif commun aux sociétés commerciales et les règles particulières aux sociétés faisant appel public à l'épargne.

### **1.1 Dispositif commun aux sociétés commerciales**

Parmi les différentes règles ayant un rapport plus ou moins direct avec la gouvernance et la transparence des sociétés commerciales, nous retiendrons celles qui régissent la gouvernance et clarifient les responsabilités, celles qui renforcent le contrôle et protègent particulièrement les tiers et enfin, celles qui gèrent les situations de crise.

#### **1.1.1 La gouvernance d'entreprise**

Plusieurs définitions de la gouvernance d'entreprise ont été proposées dans la littérature qui, de façon générique est présentée comme : « l'ensemble des mécanismes organisationnels qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui « gouvernent » leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire » <sup>6</sup>. De manière plus concise et plus pragmatique, Yves Chaput retient plutôt l'art de gouverner en recherchant une solution impartiale aux conflits d'intérêt<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Gérard CHARREAUX, (dir), *Le gouvernement des entreprises*, Paris, Economica, 1997, p. 1.

<sup>7</sup> Yves CHAPUT, « Le monde idéal : les principes de la gouvernance d'entreprise », (2005) 5 *Cahiers du droit de l'entreprise*, supplément à la *Semaine juridique* (nos 44-45) 25-26.

La définition plus large de l'OCDE fournit plus de détails sur l'organisation de la gouvernance : « Le gouvernement d'entreprise fait référence aux relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes. Il détermine également la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes. Il détermine également la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise, ainsi que le moyen de les atteindre et d'assurer une surveillance des résultats obtenus. L'existence d'un système de gouvernement d'entreprise efficace, au sein de chaque entreprise et dans l'économie considérée dans sa globalité, contribue à assurer la confiance nécessaire au bon fonctionnement d'une économie de marché. Il en résulte une diminution du coût du capital et un encouragement pour les entreprises à employer plus efficacement leurs ressources, et ce faisant, à alimenter la croissance. »<sup>8</sup>

Concernant précisément l'Afrique, cette définition a peut-être inspiré celle de la Banque africaine de Développement (BAD), selon laquelle la gouvernance « peut se définir comme le cadre institutionnel, juridique et réglementaire qui régit la relation entre les dirigeants et les investisseurs au sein d'une entreprise, que celle-ci soit privée, cotée en Bourse ou publique. Elle sous-entend que le conseil d'administration et la direction poursuivent des objectifs représentant les intérêts de l'entreprise et de ses actionnaires, et veillent en outre aux

résultats et à l'efficacité de l'utilisation des ressources de l'entreprise. »<sup>9</sup>

À l'instar du droit d'inspiration français, le droit OHADA des sociétés retient une conception institutionnelle des sociétés commerciales, en particulier les plus grandes d'entre elles que sont les sociétés anonymes. On sait que de nos jours, la conception contractuelle qui se manifeste par l'élection des dirigeants en assemblée générale par les actionnaires est devenue artificielle avec l'absentéisme des actionnaires causé par la subordination de leurs intérêts individuels à l'intérêt social et représenté avec la prééminence que l'on sait par les dirigeants sociaux. L'intervention du législateur vise donc à encadrer la gouvernance en organisant l'attribution et l'exercice des pouvoirs laissant une place résiduelle aux statuts.<sup>10</sup> L'aspect institutionnel prévaut donc largement sur la conception contractuelle. Le droit OHADA s'inscrit aussi dans la trajectoire du législateur français en laissant une certaine liberté de choix aux sociétés anonymes (SA) concernant leur mode de gouvernance ou plutôt de gouvernement. La SA peut ainsi opter soit pour un conseil d'administration dirigé par un président directeur général. Elle peut choisir plutôt d'être administrée par une direction duale avec un président du conseil d'administration et un directeur général parfois assisté par un adjoint ou par un conseil d'administration avec administrateur général assumant les fonctions d'administration et de direction lorsque le nombre d'actionnaires est égal ou inférieur à trois. La forme de gouvernement est donc choisie parmi ces

---

<sup>8</sup> « Principes de gouvernement de l'entreprise de l'OCDE 2004 », en ligne : [www.ocde.org](http://www.ocde.org) (consulté le 09 mai 2017).

---

<sup>9</sup> BANQUE AFRICAINE DE DÉVELOPPEMENT, « Rapport sur le développement de l'Afrique », 2011, ch. 7, p. 149-150, en ligne : [www.afdb.org](http://www.afdb.org) (consulté le 09 mai 2017).

<sup>10</sup> N. DECOOPMAN, préc., note 2, p. 107.

options selon la taille et les particularités de l'entreprise.

À raison, le rapport de la Banque africaine de Développement (BAD) sur la gouvernance corporative rappelle que l'Afrique compte de nombreuses entreprises familiales. Dans certains cas, si le directeur général est chef d'une famille, le conseil d'administration est dominé par les autres membres- plus ou moins proches- de la famille. Il arrive également que le Conseil d'administration ne soit ni distinct ni indépendant de la direction générale de l'entreprise. Dans ce cas, il est peu probable que les intérêts des actionnaires, en particulier des actionnaires minoritaires, soient pris en compte<sup>11</sup>. Cette analyse de la BAD est confirmée par une étude sur le Cameroun « selon laquelle ce sont les communautés d'appartenance (traditionnelle et religieuse), la famille et l'inféodation des administrateurs et commissaires aux comptes à la direction générale, qui expliquent les scandales financiers au regard des exigences implicites de redistribution que doit assurer le promu. »<sup>12</sup>

Les réflexions sur la gouvernance des sociétés doivent donc prendre en compte ces aspects culturels et contextuels et envisager les voies plus efficaces du point de vue organisationnel pour accroître l'efficacité des mécanismes sociaux de contrôle de la direction. Il s'agit ainsi de tenir compte de la spécificité des sociétés et de donner au Conseil d'administration les véritables moyens d'exercer

réellement son rôle de contrôle de la direction. En droit OHADA, comme en droit français, l'efficacité du Conseil d'administration est renforcée par les moyens de contrôle qui lui sont donnés : droit à l'information des administrateurs, contrôle des commissaires aux comptes, utilisation du pouvoir de révocation des dirigeants et mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs.

La tendance contemporaine, suivie par le législateur OHADA, est de veiller scrupuleusement sur les conventions conclues par les dirigeants. Ainsi, certaines conventions sont réglementées et elles doivent être soumises au préalable au conseil d'administration (art.438). Alors que pour d'autres, elles sont conclues avec des proches des dirigeants (art. 450).

Par ailleurs, il est obligatoire pour les conseils d'administration de motiver les décisions autorisant la conclusion des conventions extrastatutaires, notamment en précisant les conditions financières qui y sont attachées. La motivation devrait permettre aux actionnaires d'approuver ou non, les conventions en connaissance de cause.

Par ailleurs, les administrateurs qui n'exercent aucune fonction de direction peuvent être impliqués dans les structures *ad hoc* comme le comité d'audit qui ont pour mission essentielle de contrôler la gestion de la société, notamment en vérifiant les principes et systèmes comptables, l'information financière, l'efficacité du système de contrôle interne et de gestion des risques ainsi que de donner leurs avis sur les commissaires aux comptes proposés à la désignation de l'assemblée générale. Le comité d'audit rend également compte régulièrement au Conseil d'administration et l'informe sans délai de toute difficulté rencontrée (art. 829).

---

<sup>11</sup> BANQUE AFRICAINE DE DEVELOPPEMENT, préc., note 9.

<sup>12</sup> Robert SANGUE FOTSO, *L'efficacité de la structure de contrôle des entreprises camerounaises*, thèse de doctorat, Besançon, Institut d'Administration des Entreprises, Université de Franche Comté, 2011, en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr>, (consulté le 6 nov. 2015).

Une question très sensible dans la gestion des sociétés commerciales est celle des rémunérations perçues par les dirigeants (PDG, DG, PCA, DGA ou Administrateur). Le rapport du PCA fait à l'assemblée générale doit donner en détail les éléments de fixation de la rémunération et des avantages de toute nature octroyés aux dirigeants et, ainsi, lutter de manière efficace contre la pratique de « golden shares » (parachutes dorées) attribués aux dirigeants (art.831-3). L'avenir dira si le législateur OHADA ira plus loin dans la mouvance internationale du « say on pay » (dévoiler les rémunérations) qui, on le sait, est consacré dans le droit des groupes dans plusieurs pays occidentaux. Dans le cadre de l'Union européenne, la tendance récente est d'aller plus loin vers ce contrôle de la rémunération des directeurs de sociétés et vers une plus grande transparence à ce niveau obligeant les sociétés à lier les salaires des dirigeants aux performances réalisées. C'est ainsi que la Commission des Affaires juridiques du Parlement européen a adopté, le 7 mai 2015, un projet législatif autorisant les actionnaires à se prononcer sur la rémunération des directeurs, pour garantir une plus grande transparence et lier davantage les salaires aux performances. Par ailleurs, les actionnaires auraient ainsi le droit de voter, tous les trois ans, sur la politique de rémunération des directeurs de sociétés avec un droit de regard sur les bonus et bénéfices ainsi que sur les principales clauses contractuelles<sup>13</sup>.

On ne saurait terminer sur ce point, sans évoquer la répression éventuelle des fautes de gouvernance. Les difficultés de

la caractérisation de telles fautes sont relevées par la doctrine. Ainsi, selon André Reygrobelle, ces difficultés qu'il nomme « boucliers » sont nombreuses<sup>14</sup>.

D'abord, le premier bouclier, soit celui de la personnalité morale, doit être percé (« piercing the corporate veil »). Il touche à la distinction entre faute interne à l'égard de la société et faute externe à l'égard des tiers. La jurisprudence n'est pas très claire au fait que le manquement à une règle impérative ou même la commission d'une infraction doit impliquer nécessairement l'existence d'une faute détachable. On sait que la distinction reste confuse entre la faute de gestion et l'erreur de gestion.

Ensuite, la mise en œuvre de la règle « comply or explain » en droit positif se heurte à des sérieuses difficultés, d'autant plus que la société peut déclarer ne se conformer que sur quelques points au Code de gouvernance. Les difficultés de mise en œuvre de la responsabilité peuvent tenir aussi à la détermination des dirigeants responsables. On pourrait, dans une large perspective, considérer que sont responsables, *lato sensu* tous les dirigeants qui participent à la gouvernance de l'entreprise ou, *stricto sensu*, ceux qui ont un rôle direct dans la prise des décisions au nom et pour le compte de la société.

Mais les difficultés apparaissent dans les hypothèses de délégation de responsabilité (par exemple du directeur général au directeur général adjoint) ou de dilution de la responsabilité dans la collégialité de l'organe de supervision que constitue le Conseil d'administration. On

---

<sup>13</sup> Arnaud LECOURT, « Directive sur les droits des actionnaires : vers plus de transparence », *Dalloz Actualité*, 22 mai 2015, en ligne : [www.dalloz.actualite.fr](http://www.dalloz.actualite.fr) (consulté le 10 mai 2017).

---

<sup>14</sup> Arnaud REYGROBELLET, « La gouvernance des sociétés anonymes en France : l'exemple du régime de responsabilité des dirigeants », colloque du CREDA, 12 mai 2009, en ligne <http://www.creda.ccip.fr>, (consulté le 8 novembre 2017).

sait que dans ce cas, la responsabilité des membres du Conseil d'administration est une responsabilité solidaire et collective à moins qu'elle ne soit engagée dans le cadre d'une fonction réservée à un ou plusieurs administrateurs<sup>15</sup>.

### 1.1.2 La clarification des responsabilités

Nous envisagerons les responsabilités encourues aussi bien par les dirigeants que par les associés, qui toutes participent de la bonne ou mauvaise gouvernance de la société commerciale.

Si les questions classiques qui tournent autour de la responsabilité des dirigeants sociaux sont presque toutes résolues dans la loi et dans la jurisprudence, il reste que l'articulation des responsabilités des différents organes sociaux que sont d'une part les dirigeants (gérant, directeur général, administrateur) et les organes collégiaux, et d'autre part (assemblée générale, conseil d'administration) qu'elles soulèvent de réelles difficultés<sup>16</sup>.

Comme la responsabilité de l'assemblée générale ne saurait se concevoir, la jurisprudence s'attache plutôt à dégager les contours de la responsabilité des dirigeants sociaux qui assument les conséquences préjudiciables de délibérations relevant des attributions exclusives de d'autres organes sociaux. C'est ainsi que le dirigeant assume la responsabilité de certaines décisions collectives, comme la fixation de rémunérations excessives octroyées au

gérant qui relève normalement de la compétence exclusive de l'assemblée des associés. Si la fixation de la rémunération du gérant relève de la responsabilité de l'assemblée des associés, il reste que l'adoption de cette rémunération se révèle excessive au regard des capacités financières de la société et préjudiciable pour sa gestion. La responsabilité dudit gérant pourra être recherchée<sup>17</sup>. Pourtant, il serait de bonne logique de considérer que les conséquences dommageables des décisions collectives doivent être assumées personnellement par leurs auteurs, à savoir les associés.

Cette responsabilité personnelle des associés est justifiée, dans certains cas, comme répondant à la finalité même de la responsabilité civile qui veut qu'une personne ait à réparer un préjudice subi par une autre et dans la réalisation duquel elle se retrouve impliquée. On devrait en tirer la conséquence que l'associé participant au processus de prise de décision et votant à l'adoption de la délibération devrait supporter les conséquences préjudiciables des délibérations qu'il adopte. Cette solution pourrait simplement découler des règles de la responsabilité civile, même si les réticences à l'avènement d'une responsabilité personnelle des associés sont nombreuses<sup>18</sup>. En revanche, rien ne s'oppose à ce que l'associé écarte sa responsabilité en établissant qu'il s'est par exemple comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en

---

<sup>15</sup> Cf. DIRECTIVE DE LA COMMISSION EUROPEENNE 2006/46/CE DU 14 JUILLET 2006, art. 50 « les membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance d'une société devraient au minimum assurer une responsabilité collective envers ladite société pour ce qui concerne l'établissement et la publication des comptes annuels et du rapport de gestion. »

<sup>16</sup> Serge VINCENTE, « Quelles responsabilités pour les dirigeants et les associés ? », (2013) 2 *Cahiers de droit de l'entreprise* 52 et suiv.

---

<sup>17</sup> CA BORDEAUX, 23 avril 2007, *Droit des sociétés*, comm. 182, obs. J. Monnet.

<sup>18</sup> *Contra*. Voir : S. VICENTE, préc., note 16, p. 57 qui démontre la possibilité et le fondement de cette responsabilité en s'appuyant sur les règles de la responsabilité civile et une certaine jurisprudence ; Cass.com 13 mars 2001, (2001) *Dalloz* 1175, obs. A. Lienhard.

s'opposant à la décision prise par le conseil<sup>19</sup>.

### 1.1.3 Le contrôle de la gestion sociétaire

Le contrôle de la gestion sociétaire est assuré par plusieurs mécanismes qui peuvent notamment porter sur le droit à l'information, sur la transparence et la réglementation de certains actes ou conventions.

C'est ainsi que les dispositions de l'Acte OHADA, confèrent à tout associé non gérant des sociétés autres de que les sociétés par actions (art.157), le droit de s'informer auprès du ou des dirigeants sociaux, deux fois par exercice, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Ce droit d'information est consacré également dans les sociétés par actions (art.158) s'appliquant au président du conseil d'administration, au président-directeur général ou à l'administrateur général. Dans les deux cas, le gérant ou le dirigeant de SA dispose d'un délai de quinze jours pour communiquer la question et la réponse au commissaire aux comptes.

Ces textes ne donnent aucune définition ou exemple des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Par contre, on peut penser que ces faits concernent la situation financière et l'exploitation de l'entreprise et ceux-ci sont constitutifs d'événements de natures objectives susceptibles d'affecter la poursuite de l'activité dans un avenir prévisible. Autrement dit, il doit s'agir de faits constitutifs d'un ensemble d'événements convergents suffisamment préoccupants compte tenu du contexte particulier de la société. La communication au commissaire aux

comptes s'explique aussi par le fait qu'une obligation similaire est imputable à ce dernier dans l'exercice de ses fonctions (art. 150 et suiv.).

Par ailleurs, la possibilité de désigner une expertise de gestion entre aussi dans le cadre du renforcement du contrôle. L'expertise de gestion permet à la majorité de gouverner l'entreprise tout en protégeant la minorité et en lui permettant de contribuer au bon fonctionnement de la société en s'opposant au besoin aux dérives de la majorité sans toutefois en abuser<sup>20</sup>.

Cette procédure permet qu'un associé, ou plusieurs associés regroupés représentant au moins un dixième du capital social<sup>21</sup>, puisse demander à la juridiction compétente du siège social de statuer à bref délai (juge des référés ou Président du tribunal), la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de contrôler et de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Il appartiendra à la juridiction saisie de faire droit à la demande et de déterminer l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts qui seront rémunérés par la société (art. 159). La juridiction saisie apprécie l'opportunité de saisir l'expertise et peut dans certains cas ne pas accéder à la demande des associés. Ainsi, la demande n'est pas recevable si le demandeur n'a fait que s'interroger de façon générale sur la politique de gestion de la société sans demander de façon précise des explications sur des actes de gestion clairement identifiés. A fortiori, lorsqu'un associé, fut-il l'État, estime qu'il

---

<sup>19</sup> Cass. Com., 30 mars 2010, JCP E 2010, 1416, note A. Couret.

---

<sup>20</sup> Bérenger MEURKE, « De l'expertise de gestion en droit Ohada », (juillet-août 2009) 4 *Jurifis Info* 12.

<sup>21</sup> Dans la rédaction antérieure, l'Acte uniforme exigeait que l'associé détienne un cinquième du capital.



y a urgence à ainsi procéder constatant des mouvements suspects de fonds<sup>22</sup>.

Enfin, la désignation d'un administrateur provisoire peut être sollicitée lorsque le fonctionnement normal de la société est rendu impossible du fait des organes de gestion, de direction, d'administration ou du fait des associés (art. 160-1). Dans ce cas, la saisine de la juridiction compétente s'impose et elle désigne soit un mandataire judiciaire ou une personne qualifiée pour connaître du litige. L'administrateur provisoire désigné doit représenter la société tout en restant dans la limite de la mission qui lui est assignée, sauf à encourir l'inopposabilité des actes outrepassant sa mission. Avant la fin de sa mission, il doit dresser un rapport qu'il soumettra à l'assemblée des associés et engage sa responsabilité à l'égard des fautes commises dans l'exercice de sa mission, tant à l'égard des associés que des tiers.

#### 1.1.4 La protection des tiers

Sans entrer dans une discussion sur la notion de tiers, on retiendra simplement que les tiers sont les personnes qui ne sont pas membres de la société en ce sens qu'ils ne détiennent ni parts sociales, ni actions. Ils regroupent donc aussi bien les personnes ayant des relations avec la société (comme les créanciers, les fournisseurs) que celles dépourvues de tout lien avec elle<sup>23</sup>.

Face à une société commerciale, on peut retrouver deux catégories de tiers : les tierces personnes physiques ou morales

qui ne sont pas en relation d'affaires avec la société (il s'agit du public au sens large), et les tiers créanciers (les cocontractants en général). À tous ces tiers, le droit des sociétés accorde des droits et les fait bénéficier de mécanismes de protection face à la société.

La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers ne peut être engagée que si ces derniers ont commis une faute séparable de leurs fonctions et qui leur soit imputable personnellement<sup>24</sup>. La notion de faute séparable des fonctions vise à protéger les dirigeants des actions en responsabilité des tiers derrière l'écran de la personne morale de la société qu'ils représentent. On rappellera ici la célèbre construction jurisprudentielle française affirmant que « la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales. »<sup>25</sup>

En principe, le dirigeant qui n'a commis aucune faute séparable de ses fonctions ne peut pas voir sa responsabilité personnelle engagée par un tiers. De même en l'absence de faute séparable des fonctions, le tiers lésé ne peut engager la responsabilité personnelle du dirigeant et doit engager la responsabilité de la société ; à charge pour la société, ou ses actionnaires de se retourner éventuellement contre le dirigeant. La responsabilité retenue ici est une responsabilité objective. Le dirigeant ne peut invoquer son incompétence ou son

---

<sup>22</sup> COUR D'APPEL DE COTONOU, arrêt n° 256/2000 du 17 août 2000, dans l'affaire *Société Continentale des Pétroles et d'Investissements et autres c. État Béninois*, Ohadata J. 06 101.

<sup>23</sup> Sur la notion de tiers, voir : André AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA. », (2007) 2 *Revue internationale de droit économique* 211-243.

---

<sup>24</sup> Issiaka CISSE, *La responsabilité des dirigeants sociaux en droit Ohada : un modèle controversé dans sa mise en œuvre*, Sarrebruck, Éditions Universitaires européennes, 2012.

<sup>25</sup> Cass. com. 20 mai 2003.

inexpérience ni son manque d'indépendance.

### 1.1.5 La gestion des situations de crise

Toute organisation sociale peut être confrontée à une situation de crise et la société commerciale n'échappe pas à cette règle. Les exemples sont nombreux où le fonctionnement normal de la société est perturbé par des situations telles que les suivantes : blocage par un groupe d'actionnaires du fonctionnement normal des organes sociaux comme le Conseil d'administration, opposition systématique par un associé bénéficiant d'une minorité de blocage à toute modification statutaire, refus par les dirigeants de distribuer les dividendes, etc.

Les situations de crise peuvent découler de privilèges indus ou de marchés attribués indûment à une société tierce qui détient une part importante dans la société. Ainsi le législateur OHADA veille particulièrement à la réduction des conflits d'intérêts en exigeant l'autorisation préalable de conventions conclues avec les sociétés détenant au moins dix pour cent de l'entreprise et un rapport spécial du commissaire aux comptes.

Les situations de crise peuvent aussi découler de pratiques abusives qui peuvent être le fait aussi bien de la majorité que d'une minorité d'actionnaires<sup>26</sup>.

L'abus de majorité est caractérisé par le fait que les associés majoritaires prennent une décision à laquelle la minorité est opposée parce que contraire à ses intérêts et non justifiée par l'intérêt social (art. 130). Une telle décision encourt la nullité et peut même engager la responsabilité

des associés votants si les minoritaires ont subi, de ce fait, un préjudice. La jurisprudence apprécie le caractère abusif d'une décision de la majorité en examinant les circonstances de la décision et les conséquences qu'elle emporte à l'égard des minoritaires. On citera comme exemple, à titre illustratif, celle de prendre en charge le passif d'une autre société et n'ayant été votée que pour couvrir la gestion d'un actionnaire majoritaire, gérant de cette société, alors que les deux sociétés sont toujours demeurées distinctes.

L'abus de minorité ou d'égalité consiste à l'opposition à l'adoption d'une décision, sans justifier d'un intérêt légitime, alors que celle-ci est nécessitée par l'intérêt social (art. 131). La jurisprudence retient les cas d'abus de minorité en s'intéressant aux circonstances et aux conséquences du blocage minoritaire : par exemple, lorsqu'il est établi que l'opposition de la minorité n'est dictée que par des considérations purement personnelles comme par exemple le refus par un actionnaire minoritaire de voter une augmentation de capital indispensable à la survie de la société uniquement afin d'entraver le fonctionnement de celle-ci.

### 1.2 Dispositif spécifique aux sociétés faisant appel public à l'épargne

De manière générale, la transparence est requise comme manifestation de la bonne gouvernance de toute société commerciale. C'est ainsi qu'il est de règle générale qu'avant la réunion de l'assemblée générale des actionnaires, un avis doit être publié dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. Cet avis doit notamment contenir des informations sur la société, sur l'ordre du jour de l'assemblée, sur les projets de résolutions présentés à l'assemblée, etc.

---

<sup>26</sup> Mamadou KONATE, Bakary DIALLO, Berenger MEUKE, « La gestion des crises en Ohada », (juill-août 2009) 4 *Revue Juris Info* 2 et suiv.

Mais l'exigence de transparence est renforcée lorsque la société sollicite le public en faisant appel public à l'épargne. Une société est considérée comme faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne lorsqu'elle a procédé à une offre publique (en souscription, en vente ou d'échange) ou à une inscription à la cote d'une bourse de valeurs mobilières (ou autre marché réglementé) d'obligations ou de titres quelconques. Les trois situations visées ici sont celles de sociétés qui diffusent leurs titres à la cote officielle d'une bourse de valeurs mobilières<sup>27</sup>, ou offrent des titres au public en ayant recours à des établissements de crédit, à des agents de change ou par recours à des procédés de publicité ou de démarchage, ou diffusent simplement des titres auprès de plus de cent personnes.

La transparence des sociétés qui font appel public à l'épargne est essentielle pour la protection des tiers et des actionnaires. Elle permet aux tiers, en particulier, de prendre en toute connaissance de cause leur décision d'investissement. On comprend dès lors qu'elle occupe une place très importante dans le droit que l'OHADA qui consacre des obligations précises aux sociétés faisant appel public de l'épargne, suscitant l'intérêt des juristes d'affaires<sup>28</sup>. Ces dispositions concernent uniquement les sociétés anonymes qui, en plus, ont leur siège social dans un État-partie de

l'OHADA<sup>29</sup>. Parmi ces obligations nous retiendrons ici l'information du public par un document d'information et l'obligation de fournir des informations périodiques ou occasionnelles.

### **1.2.1 L'information du public : le document d'information**

Toute société faisant appel public à l'épargne doit tenir un document d'information, quel que soit le type d'opération faisant appel public à l'épargne qu'il compte lancer auprès de tiers. C'est une obligation essentielle, considérée tantôt comme « un principe général » que consacre donc l'Acte uniforme de l'OHADA<sup>30</sup>, dont l'article 86 dispose que : « Toute société qui fait appel public à l'épargne doit, au préalable, publier dans l'État partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, dans les autres États parties dont le public est sollicité, un document destiné à l'information du public. »<sup>31</sup>.

Le document d'information, qui participe à l'exigence de transparence, doit contenir toutes les informations qui sont nécessaires pour permettre aux investisseurs, personnes physiques ou morales, d'évaluer en toute connaissance de cause le patrimoine, la situation financière, les résultats et les perspectives de l'émetteur et des garants éventuels ainsi que les droits attachés à ces valeurs mobilières. Le législateur OHADA tient et

---

<sup>27</sup> Les trois bourses de valeurs mobilières dans l'espace Ohada sont la Bourse régionale de Valeurs mobilières dont le siège est à Abidjan en Côte d'Ivoire, la Bourse des Valeurs mobilières de l'Afrique centrale dont le siège est à Libreville au Gabon et la Bourse de Douala au Cameroun.

<sup>28</sup> Didier LOUKALOU, « L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales : aspects de droit des marchés financiers », en ligne : <http://www.afrilex-bordeaux.fr>. (Consulté le 10 mai 2017)

---

<sup>29</sup> Pour les sociétés anonymes étrangères n'ayant pas leur siège social dans l'espace Ohada, Sébastien THOUVENOT et Émile AUBRIOT, « L'appel public à l'épargne au sein de la CEMAC et de l'UEMOA par une société étrangère à l'espace Ohada », (janv.-févr. 2010) 1 *Cahiers de droit de l'entreprise* 37 et suiv.

<sup>30</sup> D. LOUKALOU, préc., note 28, p. 10.

<sup>31</sup> L'Acte uniforme OHADA consacre quatorze dispositions au document d'information en donnant avec précision les informations qu'elle doit contenir et les formes de sa publication.

insiste à ce que ces informations soient présentées sous une forme simple, concise et compréhensible (art. 86 *in fine* et art. 87-1) et accompagnées d'un résumé contenant les informations essentielles.

Une autre condition exige que le projet de document d'information soit soumis au visa de l'autorité de contrôle de la bourse des valeurs ou, à défaut, du ministre chargé des finances de l'État partie (art. 90). L'autorité en question vérifie si le document ne contient pas d'irrégularités ou des actes (informations) contraires aux intérêts des investisseurs de l'État du siège social et des États dont les investisseurs sont sollicités (art. 90). La pratique révèle, cependant, que la plupart des documents d'informations contiennent des informations et des chiffres difficiles à comprendre par la grande majorité du public et de nature à donner une image floue de la société faisant appel public aux investisseurs. On comprend donc que dans le cadre de l'UEMOA comme dans le cadre de la CEMAC que les règlements complètent utilement les exigences relatives au contenu des documents ou notes d'informations et le détail des informations qui doivent y être portées, sous le contrôle de l'autorité de régulation des marchés financiers.

### **1.2.2 L'obligation des fournir des informations périodiques ou occasionnelles**

Le législateur OHADA impose, par ailleurs, la publication d'une notice d'information en cas de constitution d'une société faisant appel public à l'épargne, de modification du capital social ou de placement d'obligations auprès du public (art. 832 et suiv.). La notice doit contenir tous les renseignements juridiques et financiers sur la société ainsi que toutes les informations relatives à la nature des

actions à souscrire et les modalités de la souscription.

Outre le cas de constitution de la société faisant appel public à l'épargne, la publication d'une notice peut intervenir également en cas de modification du capital social d'une société faisant appel public à l'épargne. Dans ce cas, la notice doit comporter des indications d'ordre juridique sur la situation de la société, ainsi que des renseignements se rapportant notamment au montant de l'augmentation de capital, aux dates d'ouverture et de clôture des souscriptions, aux caractéristiques des actions émises, etc. (art. 833).

La publication d'une notice est également requise en cas de placement d'obligations pour répondre au souci de transparence à l'égard du public (art. 842). Elle doit comporter des indications relatives notamment aux caractéristiques des titres obligataires à émettre, au montant de l'émission, au taux et au mode de calcul des intérêts et autres produits ainsi que les modalités de paiement, aux garanties conférées, le cas échéant, aux obligations, aux conditions de remboursement et, éventuellement, aux conditions de rachat des obligations, etc. L'avis de convocation des obligataires à leur assemblée générale doit obéir aux mêmes conditions de publicité et doit préciser, outre les informations sur la société, notamment la dénomination de l'emprunt souscrit par les obligataires dont la masse est convoquée en assemblée.

Enfin, le mouvement vers une plus grande transparence dans la politique de rémunérations accordées aux dirigeants des sociétés anonymes va grandissant. Les dispositions légales imposent de fournir les détails et les bases de calcul de la rémunération octroyée aux dirigeants, pour lutter contre la pratique des « golden shares ».

### 1.2.3 La régulation institutionnelle dans l'espace OHADA

Le marché financier fait l'objet d'une réglementation contraignante dans l'espace OHADA en vue d'assurer la transparence et la protection du public<sup>32</sup>.

En Afrique de l'Ouest, dans la zone UEMOA, le marché financier est structuré autour de deux grands pôles institutionnels principaux. On y trouve, d'une part, un Conseil régional de l'Épargne publique et des Marchés financiers (CREPMF) qui est une structure publique de réglementation et de contrôle de l'appel public à l'épargne et, d'autre part, une bourse régionale des valeurs mobilières (BRVM) accompagnée d'un dépositaire central/banque de règlement (DC/BR), constitués tous deux sous la forme de sociétés anonymes ayant le statut de concessionnaires de service public. À ce dispositif institutionnel régional, s'ajoutent dans chaque État membre de l'UEMOA, des sociétés de gestion et d'intermédiation (SGI) agréées, qui jouent le rôle d'intermédiaire entre l'émetteur de valeurs mobilières et le CREPMF.

Dans la zone CEMAC, en Afrique centrale, la structuration du marché financier est plus récente et toujours en construction. Il est à noter que deux bourses de valeurs mobilières coexistent déjà dans la zone : la BVMAC basée à Libreville et la Bourse de Douala au Cameroun dite « Douala Stock Exchange ». Ces entités locales ont la possibilité de faire appel public à l'épargne sur le marché financier régional par le biais de sociétés de bourse, sans être elles-mêmes cotées à la bourse régionale.

## 2. Gouvernance et transparence en droit souple

Dans leur invite à prendre le droit souple au sérieux, Émeric Nicolas et Matthieu Robineau suggèrent une définition séduisante : « le droit souple apparaît comme une catégorie résiduelle, qui se définit comme l'ensemble des normes (postulées juridiques) ne relevant pas du droit dur, ce dernier étant lui-même défini comme l'ensemble des règles de droit générales, obligatoires et coercitives, émanant principalement des pouvoirs publics. »<sup>33</sup>.

Dans l'espace OHADA, les codes de gouvernement de l'entreprise sont désormais consacrés dans l'Acte uniforme révisé (art. 831-2 al. 2). Cette consécration témoigne d'une volonté du législateur de conférer une force juridique à des dispositions généralement qualifiées de droit souple. Ainsi, le rapport du PCA à l'assemblée générale doit indiquer le lieu où peut être consulté ce code et faire le point sur son état d'application, ainsi que sur les dispositions qui ont été écartées ou n'ont pas été appliquées par la direction de la société. Nous verrons aussi que dans plusieurs pays à l'intérieur ou proches de l'espace OHADA, la tendance est à la consécration de codes de gouvernance des sociétés similaires.

Notre démarche consistera donc d'une part à préciser la qualification juridique du droit souple avant d'évoquer les expériences de consécration de codes de gouvernance dans les pays membres ou voisin de l'espace OHADA.

---

<sup>32</sup> S. THOUVENOT et É. AUBRIOT, préc., note 29.

---

<sup>33</sup> Émeric NICOLAS et Matthieu ROBINEAU, « Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », (21 oct. 2013) *La Semaine juridique*, Édition générale.

## 2.1 Qualification juridique du droit souple

La première difficulté de qualification est dans la distinction avec le droit dur, car il y a une identité de fonction normative entre le droit dur et le droit souple qui ont tous les deux pour objet d'influencer le comportement ou les pratiques des sociétés commerciales destinataires. On a vu plus haut que par application des dispositions de l'Acte uniforme révisé, un PCA peut être obligé, en vertu de la loi, de faire un rapport sur l'état d'application du code de gouvernance comme si ce dernier s'imposait à la direction de l'entreprise. Il y va alors comme si les dispositions de ce code avaient une valeur impérative.

La deuxième difficulté réside dans l'absence de frontière étanche entre le droit dur et le droit souple. Une disposition de droit souple peut être intégrée, a posteriori dans le droit dur comme il apparaît dans plusieurs dispositions reprises dans les codes de droit souple. Elles sont reprises dans des dispositions légales et sont donc de droit dur incontestable. Cette mutation est parfois le fait d'un juge qui opère lui-même la transformation d'une règle de droit dur en principe applicable où il est de coutume en droit international. Ce qui amenait un auteur à conclure que « la règle n'eût pas été transformée si elle n'avait pas porté en elle les germes de sa propre transformation. »<sup>34</sup>.

Notre démarche de qualification consistera ici à distinguer la nature juridique et les critères juridiques du droit souple.

L'absence de sanction des règles énoncées par le droit souple ne signifie pas pour

autant qu'on puisse les assimiler à de simples règles morales dépourvues de toute juridicité<sup>35</sup>. En réalité ces codes s'intègrent parfaitement dans l'ordre juridique et méritent cette appellation. Un code se définit en effet comme un « corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière et issu soit de travaux législatifs...soit d'une élaboration réglementaire... soit d'une codification formelle de textes préexistants. »<sup>36</sup> Le plus souvent, les entreprises répètent les normes législatives en reprenant dans un écrit l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires applicables à une entité sociétaire. Comme l'a justement affirmé un auteur « il semble que les entreprises cherchent à se placer dans une démarche normative semblable à celle du législateur. »<sup>37</sup>

Dans certains cas, le juge peut recourir à l'usage pour qualifier les codes de gouvernance et ainsi procéder à leur extension au sein du monde des affaires. Rappelons à ce propos que l'usage peut constituer un fondement permettant au juge de consacrer un standard de comportement dont l'inobservation est constitutive d'une faute.<sup>38</sup>

L'absence d'obligation n'empêche pas la pression sociale, morale et politique de se

<sup>34</sup> Jean-Michel JACQUET, « L'émergence du droit souple (ou le droit réel dépassé par son double) », dans *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, LexisNexis, 2010.

<sup>35</sup> Pour Émeric et Robineau, le droit souple bénéficie d'un brevet officiel de juridicité malgré les réserves de certains auteurs, préc., note 33, p. 2 n° 11.

<sup>36</sup> Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2000, p. 154-155.

<sup>37</sup> Marie BRAC, « Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur », en ligne : [www.docplayer.fr/2309035](http://www.docplayer.fr/2309035), (consulté le 4 novembre 2015).

<sup>38</sup> Nicolas CUZACQ, « Le cadre normatif de la RSE, entre soft law et hard law », en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00881860>, (consulté le 9 novembre 2015).

conformer au code, comme le suggère la doctrine de se conformer ou d'expliquer le défaut de la faire (comply or explain).

Pour trouver un fondement à la juridicité des codes de gouvernance, certains auteurs avancent aussi bien la qualification de quasi-contrat que celle d'un engagement unilatéral de volonté<sup>39</sup>. Ainsi, une société commerciale qui publie un code de gouvernance ou un code éthique est tenue d'exécuter les dispositions de ce code qui créent ainsi « une illusion d'engagement » pouvant laisser penser qu'il s'agit de quasi-contrats<sup>40</sup>. La qualification d'engagement unilatéral a été également avancée par une partie de la doctrine car on peut penser que lorsqu'une société commerciale élabore des dispositions originales précises avec des obligations spécifiques, elle manifeste sa volonté de s'engager unilatéralement. L'engagement oblige alors la société vis-à-vis des tiers sans que le bénéficiaire ait besoin d'exprimer une acceptation. Ainsi, la validation de la théorie de l'engagement unilatéral éviterait un dévoiement de la responsabilité sociale de l'entreprise « par certaines entreprises qui utilisent des logiques cosmétiques à des fins commerciales. »<sup>41</sup>.

Les critères d'identification du droit souple que nous retiendrons ici, tels que identifiés par le Conseil d'État français, sont relatifs à la fonction du droit souple et conduisent à accepter ou rejeter l'assimilation au droit positif<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Voir M. BRAC, préc., note 37, p. 15 et suiv. et N. CUZACQ, préc., note 38, p. 25 et suiv.

<sup>40</sup> Voir pour la qualification en message publicitaire assimilable en un quasi-contrat, Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 11 février 1998, J.C.P 1998. II.1156 note G. Garducci.

<sup>41</sup> N. CUZACQ, préc., note 38, p. 26.

<sup>42</sup> N. DECOOPMAN, préc., note 2.

Le premier est relatif à la fonction du droit souple qui est identique à celle du droit dur ; il s'agit d'une norme destinée à régir le comportement des acteurs. La seule différence, s'il en est, réside à ce niveau sur le fait que le droit dur fixe des règles limitant la liberté des acteurs en exposant ceux qui franchissent les limites fixées par la loi à des sanctions, alors que le droit souple vise à influencer leur comportement et à inciter les acteurs à respecter les règles de bonne gouvernance et de transparence.

Le deuxième critère est le critère déterminant de la distinction entre le droit dur et le droit souple. Alors que le droit dur crée des droits et obligations et agit directement sur le comportement des destinataires, le droit souple a une fonction suggestive qui n'oblige pas directement les acteurs, il se caractérise précisément « par le fait qu'il ne donne pas de titre pour exiger quelque chose des personnes auxquelles il s'adresse, et en particulier pour s'adresser au juge afin qu'il ordonne la satisfaction de cette exigence. ». Il convient, cependant, de préciser que la fonction suggestive du droit souple ne signifie pas que le juge ne pourra pas s'en servir pour motiver sa décision, ne serait-ce que comme référence pour justifier la caractérisation d'un comportement fautif des dirigeants.

## **2.2 Expériences normatives dans et autour de l'espace OHADA**

Nos propos consisteront ici à passer en revue la substance des codes de bonne gouvernance adoptés dans certains pays africains. Dans le cadre de l'espace OHADA, il semble que le Sénégal fait œuvre de pionnier alors que dans d'autres pays (comme le Gabon), ces derniers avaient entamé l'exercice d'élaboration d'un code de gouvernance. Il est aussi intéressant de voir les expériences

d'autres pays africains qui ne sont pas membres de l'OHADA comme le Maroc et la Tunisie. Au préalable, il convient de souligner quelques traits communs à ces différents codes.

Le premier est que les codes ne sont pas impératifs au sens qu'ils laissent une liberté aux entreprises de s'y conformer ou non. Mais une entreprise qui choisit de rester à l'écart doit expliquer pourquoi elle ne s'y réfère pas et, en cas de litige, les salariés ou les actionnaires pourront toujours l'invoquer comme usages devant le juge. Il appartiendra, dans ce cas, à l'entreprise de justifier la raison pour laquelle elle a choisi de ne pas s'y référer. Le Code du Sénégal, par exemple, dispose qu'il est « un ensemble *de règles de bonne conduite* de l'entreprise qui précise les textes de l'OHADA. Il s'applique en premier lieu au Conseil d'administration. »

Les entreprises qui adhèrent au code de gouvernance doivent expliquer à leurs adhérents, dans leurs rapports annuels, leurs plans de mise en œuvre des principes de bonne gouvernance et les raisons d'une éventuelle défaillance ou non prise en compte d'une ou plusieurs recommandations du Code.

Le Code sénégalais de gouvernance des entreprises définit la gouvernance comme le « système par lequel l'entreprise est dirigée et contrôlée ; sa mise en œuvre fait référence aux relations entre la direction, son Conseil d'administration, ses actionnaires et les autres parties prenantes. » Pour les rédacteurs du code, la bonne gouvernance vise à améliorer la performance de l'entreprise. « Elle apporte la confiance et le respect mutuel entre les différents acteurs de l'entreprise. Si les entreprises suivent les principes et recommandations de gouvernance, les investisseurs et les banques sont

rassurés : l'accès au marché financier est facilité et le coût du capital est réduit. ».

Dans l'introduction au document de présentation du Code, il est souligné que si l'Acte uniforme de l'OHADA organise le fonctionnement des sociétés commerciales, d'importants principes directeurs de la gouvernance des entreprises ne sont pas repris dans l'Acte uniforme. Mais le Code n'est ni un texte de loi, ni une obligation sanctionnée en cas de non-respect de ses dispositions. Il s'agit seulement d'un code de bonne conduite qui s'applique en premier lieu au Conseil d'administration.

Le Code permet aux entreprises d'organiser plus efficacement le fonctionnement et le processus de décision des instances les plus importantes : l'assemblée des actionnaires, le Conseil d'administration et la direction générale. Le Code dispose aussi que le Conseil doit s'assurer de la mise en place d'une procédure clairement définie et transparente pour la nomination, l'élection ou la réélection des Administrateurs en prévoyant, le cas échéant, des règles spécifiques pour les différentes catégories d'Administrateurs.

Du point de vue du contrôle de la gouvernance, des dispositions plus complètes de celles de l'Acte uniforme obligent le Conseil d'administration à porter un jugement objectif et indépendant sur la conduite des affaires de la société. Le conseil doit par ailleurs surveiller et gérer les conflits d'intérêt pouvant survenir entre la direction, les administrateurs et les actionnaires, y compris les abus de biens sociaux ou les abus commis dans le cadre de transactions avec les autres parties liées. Il doit enfin s'assurer de l'intégrité des systèmes de comptabilité et de communication financière de la société, notamment de l'indépendance de la



vérification des comptes. Il doit vérifier également que l'entreprise est dotée de mécanismes adéquats pour la maîtrise des risques, du contrôle interne et du contrôle du respect du droit et des normes applicables aux sociétés.

En Tunisie, le *Guide des bonnes pratiques de gouvernance des entreprises tunisiennes* de 2012 présente les recommandations relatives à la gestion et au contrôle des entreprises (gouvernance d'entreprise) et inclut des normes internationales inspirées notamment des principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE et des règles nationales reconnues comme nécessaires à la bonne conduite et à la gestion responsable des entreprises. Il s'agit cependant, d'un simple « guide » n'ayant aucune valeur impérative. Les entreprises qui y adhèrent doivent expliquer clairement à leurs actionnaires dans un chapitre de leurs rapports annuels leurs plans de mise en œuvre des principes de bonne gouvernance. Elles doivent aussi expliquer les raisons d'un éventuel refus de prendre en compte une ou plusieurs recommandations du guide, afin que les actionnaires aient une idée précise sur les raisons de cette omission.

Le *Code marocain de bonnes pratiques de gouvernance d'entreprise* va plus loin que les autres codes africains. En effet, il préconise la création, dans chaque société, d'un organe de gouvernance en charge du pilotage stratégique et de la surveillance effective de la gestion de l'entreprise. L'évaluation des performances des dirigeants et la prévention des conflits d'intérêt constituent l'une des missions principales de l'organe de gouvernance ; ce qui impose une indépendance tant vis-à-vis de la direction de l'entreprise que de ses actionnaires et associés. Au regard de sa composition, le Code insiste sur la place à accorder aux administrateurs non exécutifs ou externes à la société, à

l'existence de comités spécialisés et à la répartition des pouvoirs entre les dirigeants (président, directeur général, gérant, cogérant, etc.)

L'organe est responsable devant les actionnaires et les associés majoritaires et minoritaires, et doit être animé par un *affectio societatis* réel, dans le respect des autres parties prenantes de l'entreprise (salariés, clients, créanciers, administrations, etc.). L'organe de gouvernance a la mission essentielle de recruter les principaux dirigeants, déterminer leurs rémunérations et veiller à ce qu'elles soient adaptées et transparentes, suivre leurs activités et leurs performances et, le cas échéant, les remplacer et préparer les plans de succession. L'organe de gouvernance joue aussi le rôle d'arbitre, chargé de surveiller et gérer les conflits d'intérêts pouvant survenir entre la Direction, les membres de l'organe de surveillance et les actionnaires ou associés, y compris les abus de biens sociaux ou les abus commis dans le cadre de conventions réglementées. L'organe de gouvernance est, enfin, chargé de s'assurer de l'intégrité des systèmes de comptabilité et de communication financière et non financière de l'entreprise, de veiller notamment au respect des principes comptables et à l'existence de dispositifs de contrôle interne et de maîtrise des risques adéquats et d'organiser l'audit indépendant et les relations avec les auditeurs externes.

### **Conclusion**

Au terme de cette étude, il est permis de mesurer l'importance que le droit des sociétés commerciales accorde à la gouvernance et à la transparence, tant en ce qui concerne le droit dur posé par l'Acte uniforme de l'OHADA régissant les sociétés et groupement commerciaux que

le droit souple, dont l'émergence constitue une tendance contemporaine de leur évolution. La bonne gouvernance veut que les actionnaires ou associés aient un accès gratuit et à des informations exactes, précises, fiables et complètes sur tous les aspects significatifs concernant l'entreprise. Les organes de direction et d'administration de la société ont l'obligation de transparence vis-à-vis des actionnaires et associés pour leur permettre de prendre les meilleures décisions et d'exercer leurs droits en toute connaissance de cause. L'information doit être complète, c'est-à-dire porter sur les données importantes et significatives de l'entreprise, et doit être diffusée simultanément à tous les actionnaires ou associés pour garantir leur traitement équitable. L'information financière et comptable, en particulier, elle doit être fiable et répondre strictement aux normes comptables nationales et communautaires. C'est la meilleure manière de protéger les tiers et le public qui est sollicité à investir dans la société.