

OHADA ET BONNE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE

par
Patrice S.A. Badji

Assistant à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Avant l'avènement de l'OHADA, le droit des Etats Partie à cette institution était balkanisé. Cette situation était préjudiciable aux investisseurs étrangers. Ayant conscience que le droit est un moyen de développement, les Etats africains ont institué le traité OHADA en 1993. Plus qu'une harmonisation, l'OHADA est une uniformisation. Cette œuvre législative a pour objectif d'éliminer les divergences législatives entre les Etats membres qu'avait accentuées depuis leurs indépendances la balkanisation de leurs droits issue de la colonisation, et de faciliter ainsi les échanges économiques. Son domaine d'application est prévu à l'article 2 dudit Traité.

Dans le sujet soumis à notre réflexion, deux notions retiennent le plus l'attention : entreprise et bonne gouvernance.

A l'interrogation : qu'est-ce que l'entreprise ? Le juriste répond, avec raison, qu'elle n'est pas une notion juridique. Seulement, l'entreprise, cette notion depuis longtemps familière aux économistes est passée dans le langage juridique. Pour J. Paillusseau, l'entreprise est une organisation économique et humaine, alors que la société n'est qu'un cadre juridique. Seulement dans le cadre de cette étude, entreprise et société seront considérées comme des synonymes.

Dans le dictionnaire le nouveau Petit Robert, l'expression gouvernance signifie manière de gouverner, méthode de gestion. La Banque mondiale est le principal diffuseur de la bonne gouvernance. La définition donnée est vague : « manière dont le pouvoir est exercé dans la gestion des ressources économiques et sociales d'un pays ». Le contexte est celui de l'échec des plans d'ajustements structurels dans les pays en voie de développement face à une pauvreté croissante, à une stagnation de la croissance et à une succession de crises, en particuliers en Asie et en Russie. Pour J. Chevalier, la gouvernance est devenue depuis les années 1990, le mot-clé, le mot fétiche. L'auteur admet que c'est une notion polysémique. Le concept de bonne gouvernance a étendu ses tentacules jusqu'à l'entreprise.

C'est à partir des années 1990 que s'est propagée, d'abord en Europe, puis dans tous les pays industrialisés, l'illustration de la notion de corporate governance. Celle-ci peut-être définie comme une doctrine tendant à « s'assurer que les sociétés sont gérées dans l'intérêt commun de tous les actionnaires et non dans celui particuliers des majoritaires ou des dirigeants ». Comme le rappellent plusieurs auteurs, la promotion de nouvelles méthodes de gouvernement d'entreprise a été d'abord une réponse à de multiples abus relevés aux USA dans les années 80 : la faible information donnée par les dirigeants aux actionnaires, la multiplication des défenses anti-OPA, les stratégies d'enracinement, etc. Il s'agit donc moins au départ d'une idéologie que de solutions recherchées pour contrer des abus flagrants et pour répondre à des exigences de compétitivité.

La corporate governance est une réponse aux scandales financiers qui ont fait les manchettes des journaux américains. On peut citer l'affaire Enron. Il fallait donc redonner confiance aux actionnaires, créanciers et employés lésés par lesdits scandales.

Pour pertinente qu'elle soit, la définition de la corporate governance proposée par M. Y. Guyon n'occulte pas le fait que les définitions soient nombreuses et variées et qu'il soit impossible de les recenser dans la présente étude. On se contentera de citer la définition large du gouvernement d'entreprise donnée par Gérard Charreaux. Selon cet auteur, au sens large, le champ du gouvernement de l'entreprise dépasse l'étude des seules relations entre les actionnaires et les dirigeants et recouvre les questions liées à la répartition des pouvoirs dans l'entreprise. Il a pour objet l'étude des systèmes qui délimitent les pouvoirs décisionnels des dirigeants. Cette définition conduit à étudier l'ensemble des relations qu'entretient une entreprise avec ses différents stakeholders, c'est-à-dire l'ensemble des

agents détenant une créance « légitime », sur l'entreprise, liée à l'existence d'un échange. Les stakeholders incluent ainsi les salariés, les clients, les fournisseurs, les créanciers financiers . Nous retiendrons ici la définition de M. Yves Guyon ; et partant, une définition restrictive de la corporate governance. De même, l'accent sera mis sur la société anonyme parce que selon certains, elle est la traduction de la démocratie ; notamment celle avec conseil d'administration, organe ayant fait l'objet de critiques et dont la réforme est souhaitée .

Plus qu'un simple domaine d'études, dédié aux interactions entre dirigeants et actionnaires pour la direction et le contrôle d'une société, (la corporate governance) est une doctrine d'origine anglo-américaine, prônant un système de solutions et de procédures vouées à la création actionnariale et donc conçues pour garantir au mieux la responsabilité des organes de gestion vis-à-vis de la collectivité des actionnaires . Le sujet qui est soumis à notre analyse présente un intérêt d'autant qu'il met en évidence la question de pouvoir en droit privé ; lequel bien sûr n'est pas un bien que l'on s'approprie , celle de la protection des intérêts catégoriels, de l'opposition entre capital et travail, de la finalité de la société et des types de direction de celle-ci. La corporate governance permet de se poser les questions suivantes : à qui appartient l'entreprise ? Qui a le pouvoir de décision ? Comment s'exerce le pouvoir ? Comment les décisions sont-elles prises ? Comment les pouvoirs et les responsabilités sont-ils répartis ? Pour cet auteur, le gouvernement d'entreprise rencontre des difficultés à cause entre autres, des pesanteurs culturelles, des détournements de fonds et de la patrimonialisation de l'entreprise.

Au-delà de l'examen de l'intérêt du sujet, la question qui mérite d'être posée est celle de savoir quel est l'impact du concept de bonne gouvernance d'entreprise en droit OHADA ?

Pour répondre à la question qu'on s'est posée, il convient de préciser que le système OHADA prend en compte le principe de bonne gouvernance d'entreprise certes (I), mais de façon insuffisante (II).

I/ UNE PRISE EN COMPTE CERTAINE DE LA BONNE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE PAR L'OHADA : L'instauration de règles permettant un meilleur fonctionnement des sociétés.

La bonne gouvernance s'apprécie par la gestion transparente de l'entreprise (A) et l'équilibre des pouvoirs et des responsabilités au sein de l'entreprise (B).

A/ Les règles garantissant une gestion transparente de l'entreprise

La transparence est d'une importance capitale en droit des affaires même si en la matière il y a la prévalence du secret . Ainsi, la gestion du dirigeant doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle . C'est dire que ce dernier doit rendre des comptes . Ce contrôle est le fait d'actionnaires qui ont un droit de communication des documents , un droit de poser des questions écrites au dirigeant . Il y a également le droit d'alerte qui vise à provoquer une discussion interne à l'entreprise, dont l'objet est à la fois de prendre la mesure la plus exacte des difficultés rencontrées ou sur le point de survenir et de proposer, à la suite de cette discussion, les solutions les plus appropriées à résoudre les difficultés . Comme le dit R. Granger, La nature même du contrat de société implique que l'on reconnaisse un droit de contrôle étendu à tout associé qui ne participe pas directement à la gestion sociale . Mais en droit des sociétés, l'obligation d'information est plus présente dans les sociétés cotées en bourse . Cette obligation d'information est assez spéciale comme le soutiennent MM. H. De Vaulplane et J.J. Daigre : « le droit boursier ne peut devenir l'égal du droit de la consommation car nul ne peut ignorer qu'une négociation en bourse est moins anodine qu'un achat dans un supermarché et nul n'est tenu de spéculer, si chacun est obligé de se nourrir et doit pouvoir le faire en toute sécurité ». Leur régime juridique, au-delà bien sûr du règlement général de l'épargne publique et des marchés financiers, est prévu les articles 81 et suivants complété par les articles 847 à 852 AUSCGIE.

Aux termes de l'article 86 AUSCGIE, toute société qui fait publiquement appel à l'épargne pour offrir des titres doit, au préalable, publier dans l'Etat partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, dans les autres Etats parties dont le public est sollicité, un document destiné à l'information du public et portant sur l'organisation, la situation financière, l'activité et les perspectives de l'émetteur ainsi que les droits attachés aux titres offerts au public . L'information exigée des émetteurs concerne aussi bien leur propre situation financière et managériale que l'objet de l'opération projetée et les caractéristiques des titres qu'ils proposent . Le document d'information est soumis au visa de l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs de l'Etat partie du siège social de l'émetteur sauf si l'émission se fait dans un Etat partie autre que celui du siège social de la société qui fait appel public à l'épargne. Si

l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs n'existe pas dans le siège social de l'Etat partie, le document d'information est soumis au visa du ministre chargé des finances. Faisons observer que le document d'informations doit être publié dans des journaux habilités à recevoir les annonces légales.

Les articles 847 et 849 mettent l'action sur l'information périodique c'est-à-dire des informations que les acteurs du marché financier sont tenus de fournir selon des échéances précises. Ces échéances peuvent être semestrielles ou annuelles .

Il ne faudrait pas non plus ignorer l'expertise de gestion prévue à l'article 159 AUSGIE. En effet, l'expertise de gestion répond à une préoccupation classique explicitement formulé dans l'AUSCGIE, à savoir informer les associés au sujet de la gestion de l'entreprise à un moment déterminé, le but à atteindre étant de renforcer leur droit de regard sur la gestion pendant chaque exercice comptable et ainsi, de rendre concrète leur intervention dans la vie sociale . C'est le cas par exemple si les associés soupçonnent le dirigeant d'avoir subrepticement poursuivi un intérêt personnel. L'enjeu sera d'en avoir le cœur net .

Le contrôle peut également provenir du Conseil d'administration qui est le point de jonction entre actionnaires et gestionnaires . Ce qu'on peut dire, c'est que la composition du Conseil a été démocratisée par la suppression des dispositions subordonnant la qualité d'administrateur à celle d'actionnaire et la représentation de catégories spécifiques d'actionnaires au sein du Conseil d'administration . Le législateur OHADA a entendu limiter le nombre de mandat. Cette question du nombre maximum de mandats que peut détenir un administrateur est évidemment importante puisqu'elle conditionne le temps disponible que chaque administrateur est en mesure de consacrer aux sociétés dont il est administrateur .

Enfin, le contrôle de la gestion du dirigeant peut se faire par le Commissaire aux comptes . Celui doit être indépendant des dirigeants de la société et des associés, n'avoir aucun lien de subordination, de parenté ou de proximité avec ces derniers qui pourrait faire douter de son impartialité. C'est ainsi que l'article 697 AUSCGIE précise par exemple que les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance, avec tout emploi salarié. En outre, à l'article 698 dudit Acte, certaines personnes ne peuvent exercer la fonction de commissaires aux comptes. L'importance de cette fonction ne se discutant plus, le législateur OHADA a non seulement étendu la portée de leurs droits, mais également de leur responsabilité. De même l'article 900 AUSCGIE sanctionne pénalement les dirigeants sociaux ou toute personne au service de la société qui auront sciemment mis obstacle aux vérifications ou au contrôle des commissaires aux comptes.

Pour éviter le conflit d'intérêt, le législateur OHADA a pris le soin d'organiser les conventions réglementées et les prises de participation croisées, forme d'endogamie entrepreneuriale .

La transparence n'est pas le seul élément constitutif de la bonne gouvernance d'entreprise. Au-delà, il y a la recherche d'équilibre entre détenteurs de capital, et entre eux et ceux qui s'en occupent.

B/ Les règles promouvant un équilibre des pouvoirs et des responsabilités au sein de l'entreprise

Le législateur OHADA a non seulement amélioré les droits des actionnaires, mais opéré une séparation des fonctions d'administration et de directeur général. De même, il a accru la responsabilité des dirigeants sociaux. L'amélioration des droits des actionnaires et la dissociation de la présidence du conseil d'administration et de la direction générale de la société.

La réflexion sur le rôle des actionnaires est ancienne. Comme le rappelle Sophie L'Hélias , le premier actionnaire individuel « activiste » fut l'avocat américain Lewis Gilbert qui commença à intervenir dans les assemblées générales en 1932. L'article 125 AUSCGIE prévoit le droit pour tout associé de participer aux assemblées générales. Ce droit est tellement important au point où aucune clause statutaire ne peut l'éluider. De même, toute personne qui empêche un associé d'exercer son droit peut être sanctionné pénalement . Les actionnaires représentant au moins le dixième du capital social s'il s'agit d'une assemblée générale ou le dixième des actions de la catégorie intéressée s'il s'agit d'une assemblée spéciale peuvent demander la désignation d'un mandataire si le Conseil d'administration ou l'administrateur général ne le fait pas . Le contexte de la désignation de l'administration provisoire est celui de

conflits entre associés, dissension, bloquant la gestion normale de la société, entraînant couramment sa paralysie et, finalement, mettant en péril son existence . C'est dire donc que l'actionnaire laisse son costume de spectateur pour endosser celui d'acteur . Le droit OHADA a instauré une égalité entre actionnaires et le commissaire aux comptes doit s'assurer que l'égalité entre les associés est respectée, notamment que toutes les actions d'une même catégorie bénéficient des mêmes droits . Le législateur OHADA engage également la responsabilité civile de ceux qui sont coupables d'abus de majorité et de minorité, sur laquelle un auteur s'est interrogé . La dissociation de fonctions de président du Conseil d'administration et de directeur général est l'une des composantes de la bonne gouvernance d'entreprise. Le législateur OHADA n'a pas dérogé à cette règle comme en témoigne l'article 477 AUSGIE.

La responsabilité des dirigeants sociaux

Une fois constituée, la société doit entretenir une activité pour réaliser son objet social. Il est alors « essentiel d'assurer son fonctionnement normal ; et les règles pénales vont avoir pour objet de protéger tous ceux qu'une gestion frauduleuse, voire simplement trop imprudente, mettrait en péril ». Ces sanctions pénales sont prévues aussi bien par l'AUSGIE que par l'AUPCAP.

Les infractions relatives à la gérance, à l'administration et à la direction des sociétés prévues par l'AUSGIE, au-delà de la répartition de dividendes fictifs, sont la publication ou présentation par le dirigeant aux actionnaires des états financiers de synthèse ne donnant pas une image fidèle des opérations de l'exercice, de la situation financière et de celle du patrimoine de la société. Si le dirigeant se comporte ainsi, c'est dans le but de dissimuler la véritable situation de la société. On peut également citer l'abus de biens sociaux, lorsqu'un dirigeant fait des biens ou du crédit de la société, un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles. Ce dirigeant doit être de mauvaise foi. Au-delà de la responsabilité pénale, il y a la responsabilité civile. En la matière, les associés peuvent saisir le juge pour réparer un préjudice personnel ou social

Quant à l'Acte uniforme portant procédures collectives et apurement du passif, il sanctionne le dirigeant d'une société commerciale qui par sa faute de gestion a contribué à rendre insuffisant l'actif de la celle-ci par l'action en comblement de passif. Le législateur OHADA sanctionne par la faillite personnelle, une personne physique dirigeante de personnes morales assujetties aux procédures collectives qui ont usé du crédit ou des biens d'une personne morale comme des leurs propres. La sanction des dirigeants dans le cadre des procédures collectives a pu être possible par la séparation de l'homme de l'entreprise. Ce faisant, le droit OHADA s'inspire du droit français . La responsabilité des dirigeants n'est pas la seule marque de la bonne gouvernance d'entreprise ; il y a également la révocation de ceux-ci ad nutum, traduction de l'instabilité de leur statut.

Les développements qui précèdent sont la parfaite illustration de la prise en compte par l'OHADA de la bonne gouvernance d'entreprise. Toutefois, il n'y a pas de quoi pavoiser du fait de l'existence de nombreuses imperfections.

II/ UNE PRISE EN COMPTE LIMITEE DE LA BONNE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE PAR L'OHADA.

L'insuffisance se manifeste par la faible implication des parties prenantes dans le gouvernement de l'entreprise (A) et le faible niveau d'application des textes existants (B).

A/ La faible implication des parties prenantes dans le gouvernement de l'entreprise

Elle s'apprécie par le fait qu'une pièce du puzzle de la bonne gouvernance d'entreprise manque (1) ou ne fonctionne pas bien (2 et 3).

L'absence d'exigence de la création de comités spéciaux et d'administrateurs indépendants

Les comités spécialisés issus du conseil d'administration des sociétés cotées sont une composition essentielle du gouvernement d'entreprise dans les « pays à bourse », selon l'expression de Michel Albert . En France, le développement des comités spécialisés s'est fait de façon empirique, sans se fonder sur une définition légale. Ceci

témoigne des progrès du gouvernement d'entreprise au sein des sociétés françaises réalisés sans recours au formalisme de la loi . Le législateur OHADA n'a pas été en reste au travers des dispositions de l'article 437 AUSCGIE qui prévoient la création de comités chargés d'étudier des questions déterminées. Mais il faut préciser qu'il ne s'agit que d'une possibilité et non une obligation. Or, les partisans de la corporate governance font remarquer que les conseils d'administration seraient plus efficaces si leurs délibérations en séance plénière étaient préparées par des comités spécialisés. L'institution de comités n'étant pas une obligation pour le Conseil peut rendre inefficace son rôle dans les sociétés de l'espace OHADA.

En effet, Les comités spécialisés tiennent leurs origines des rapports anglais et du rapport de l'American Law Institute . Ainsi, nous avons le comité d'audit qui veille à la clarté et à la sincérité des comptes, il assure la fonction de recrutement essentielle, choisit les auditeurs et d'apprécie avec eux le résultat des opérations de contrôle , le comité de sélection composé de personnalités indépendantes et ayant la compétence requise et qui doivent être sélectionnées pour assurer des fonctions dirigeantes et ce indépendamment de la direction en place, le comité des rémunérations en charge des salaires, des divers avantages annexes et des stock options des principaux dirigeants. Dans le Code belge de la gouvernance d'entreprise, trois comités sont prévus : d'audit, de nomination et de rémunération.

Autant la création de comités spécialisés n'est pas obligatoire dans l'espace OHADA, autant celle des administrateurs indépendants n'est pas exigée. Et pourtant, pour le Comité Cadbury, c'est seulement si le conseil d'administration d'une société est composé d'administrateurs indépendants qu'il peut constituer un contre-pouvoir efficace aux prérogatives d'un président, également directeur général de l'entreprise . Avons-nous dans le droit OHADA des conseils d'administration qui fonctionnent activement ? Faudrait-il instituer des administrateurs indépendants ? Celui-ci est défini par le rapport Viénot comme : « une personne dénuée de tout lien d'intérêt direct ou indirect avec la société ou les sociétés de son groupe et qui peut ainsi être réputée participer en toute objectivité aux travaux du conseil ». M. Guyon est contre ce procédé car selon lui, les administrateurs indépendants augmentent le risque de dérive technocratique . Au Sénégal, seul le Conseil d'administration de la SONATEL compte en son sein deux administrateurs indépendants depuis la privatisation intervenue en 1997 . L'institut sénégalais des administrateurs a mis en place une charte des administrateurs, s'inspirant certainement du rapport Viénot 1. Cet institut a également institué un Code de gouvernance des entreprises, qui loin d'être contraignant certes, peut servir de référentiel aux sociétés anonymes avec Conseil d'administration .

La rupture d'égalité entre associés

Alors qu'on croyait à une unité des actionnaires, l'expérience a révélé une diversité très grande de leur psychologie, de leur comportement, de leur condition, de leur rôle dans la société . Cette opinion traduit l'hétérogénéité de la situation des associés.

En effet, au-delà de l'abus de majorité qui rompt l'égalité des associés et porte un coup d'arrêt à l'affectio societatis, il existe certaines règles qui traduisent cette situation. Un auteur a parlé d'égalité éprouvée . Ainsi, nous avons l'article 548 AUSCGIE qui prévoit que les statuts peuvent exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires. Se basant sur cette disposition, des actionnaires peuvent empêcher les autres d'exercer leurs droits politiques même si cette clause peut être contournée par le groupement de plusieurs actionnaires pour atteindre le nombre minimum d'actions requis. Comme le soutient un auteur, être destinataire d'une convocation n'ouvre pas nécessairement la porte de l'assemblée car un certain nombre de restrictions existent, réglant l'accès et la participation à l'assemblée générale Cette situation est exacerbée par l'absence en droit OHADA non seulement du droit de retrait, c'est-à-dire l'hypothèse où les actionnaires manifestent leur dissidence suite à des changements importants au sein de l'entreprise, mais également de la class action pour les actionnaires minoritaires. La procédure de la class action, mise en place aux Etats-Unis à la suite du Krach boursier de 1929 était destinée à protéger les petits épargnants en leur permettant d'intenter un procès contre les sociétés sans engager de pourcentage (contingency fee), tout actionnaire, même le plus démuné, se trouve en situation d'attaquer l'émetteur pour obtenir des dommages et intérêts. En outre, tout actionnaire peut bénéficier des dommages et intérêts accordés par le juge dans le cadre d'une action exercée par un autre actionnaire. Il suffit pour cela que l'actionnaire qui intente le procès convainque le juge qu'il agit au nom de tous les actionnaires de la société concernée . On peut également citer l'article 520 AUSCGIE qui pose une condition de représentativité financière pour qu'un actionnaire puisse faire inscrire à l'ordre du jour son projet de résolution. C'est dire que l'actionnaire qui n'a pas le pourcentage requis ne peut prétendre à ce droit.

L'éloignement géographique interdit parfois à l'actionnaire de se rendre à l'assemblée . Ce point de vue est d'autant plus vrai que la tenue des réunions par visioconférence n'est pas encore une réalité en l'état actuel du droit OHADA . Supposons que cette possibilité soit envisagée, l'entreprise n'aura pas forcément la logistique nécessaire pour traduire en réalité ce droit.

Mise en échec de la participation des salariés à l'exercice du pouvoir et du rôle du commissaire aux comptes

Dans une société commerciale, il n'y a pas que les associés et les dirigeants. A côté de ces acteurs dont l'importance n'est plus à démontrer, il y a les salariés liés à la société par un contrat de travail. En effet, la situation de subordination dans laquelle se trouvent les salariés ne devrait pas permettre d'envisager l'octroi à ces derniers d'une possibilité de participer à la gestion de la société . Mais aujourd'hui, et ce depuis le XIXe siècle, la participation salariale est apparue comme une réponse aux contradictions de l'économie capitaliste naissante . C'est ainsi que la législation des Etats tels que la France, le Royaume uni et les Etats unis ont fait de la participation des salariés au fonctionnement de la société une priorité . Mais qu'en est-il du droit OHADA ?

Ce que l'on remarque, c'est que le législateur communautaire a permis aux salariés de participer au fonctionnement de la société. A preuve, les articles 417 et 426 AUSCGIE qui font du salarié un potentiel administrateur. Nous pouvons également citer l'article 640 AUSCGIE qui autorise le conseil d'administration d'acquérir un nombre déterminé d'actions pour les attribuer aux salariés . Dans cette optique, la société prélèvera sur les bénéfices non distribuables une part qui sera distribuée aux salariés sous forme d'actions créées à l'occasion de l'augmentation du capital par l'incorporation de réserves au capital ou des actions rachetées sur le marché par la société Mais ces droits sont loin d'être suffisants. En effet, non seulement la participation des salariés laissée au bon vouloir des statuts, mais également, elle est minoritaire au conseil d'administration d'autant que le nombre d'administrateurs non actionnaires ne saurait excéder le 1/3 des membres du Conseil d'administration . Les actions que la société rachète pour le compte des salariés ne donnent pas lieu à prérogatives d'associés puisqu'elles sont dépourvues du droit de vote et aux dividendes.

En outre, les salariés n'ont pas le droit d'alerte. Pour certains acteurs, c'est pour éviter de mettre entre les mains des salariés une arme contre le capital organisé, c'est-à-dire contre la société. L'exclusion des travailleurs de la procédure d'alerte est fondée sur la peur que ceux-ci n'en fassent un usage intempestif pouvant nuire au crédit de la société . D'autres l'expliquent par la difficulté que les représentants du personnel auraient à rencontrer dans l'appréciation des documents leur permettant de mettre en évidence un risque pour la continuité de l'activité qu'ils veulent sauvegarder.

En France, l'attribution d'un droit d'alerte au comité d'entreprise reflète la volonté du législateur d'associer plus étroitement les institutions représentatives du personnel à la surveillance du fonctionnement des entreprises .

Concernant le rôle du commissaire aux comptes, le libellé de certaines dispositions laisse penser que ce dernier dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de sa mission. Ainsi, selon l'article 718 AUSCGIE, le commissaire aux comptes opère toutes vérifications et tous contrôles qu'il juge opportuns. De même, dans l'exercice de ses fonctions de vérifications et de contrôles, il peut, sous sa responsabilité se faire assister ou représenter par des experts ou collaborateurs de son choix. Faisons observer que ce choix n'est contrôlé par aucun organe.

A s'en tenir aux dispositions de l'article 711 AUSGIE, on pourrait conclure à l'effectivité du rôle du commissaire aux comptes. Mais dans la pratique, il arrive que celui-ci, tout en émettant des réserves qui auraient dû aboutir à une non certification, valide quand même souvent de manière fort ingénieuse les comptes mais il s'agit souvent là d'une appréciation souveraine . Cette façon souterraine de procéder peut quand même conduire à des dérives mais bien souvent il s'agit de questions très complexes délicats qui dévoilés de façon abruptes dans le rapport alors que celle-ci bien accompagnée peut facilement lever les écueils enregistrés . Ces propos fort enrichissants démontrent à quel point le rôle du commissaire aux comptes peut s'avérer inefficace. Au-delà du faible niveau d'implication des parties intégrantes dans la gestion de la société, nous avons le faible niveau d'application des textes existants.

B/ Le faible niveau d'application des textes existants

Lorsque la propriété du capital et l'exercice du pouvoir sont dissociés, la fonction principale du droit des sociétés est de prévenir et de sanctionner le comportement de ceux qui, agissant pour le compte d'autrui, font prévaloir leurs intérêts personnels. De même comme l'affirme le rapport du groupe de travail de l'Institut de l'entreprise (IDEP) : « liberté et responsabilité sont indissociables et consubstantielles, à la fois à la démocratie et à l'économie de marché. Il nous faut redécouvrir la première et redéfinir la seconde dans le domaine économique, comme sans doute dans bien d'autres ». Seulement, on se rend compte que le droit pénal OHADA se borne à incriminer des comportements renvoie à des textes préexistants ou à créer. Par la méthode du renvoi législatif, l'OHADA a transféré aux Etats le soin de trouver des sanctions aux incriminations contenues dans les Actes uniformes. C'est ce que Jacques Boré appelle « une mobilisation du droit national au service du droit communautaire ». Ainsi, nous pouvons citer à titre d'exemple la loi 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'AUSCGIE et la loi camerounaise n° 2003-008 du 10 juillet 2003 relative à la répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA. Cette situation comporte des difficultés liées à la mise en œuvre des règles de fond (éclatement de l'élément légal et atteinte au principe de l'égalité) et de forme entraînant ainsi l'apparition de « paradis pénaux ».

L'article 891 AUSCGIE qui traite de l'abus de biens sociaux permet de se poser plusieurs questions : quand l'engager ? On pourrait répondre que c'est quand les faits sont révélés. Et si l'on dissimule ces faits ? Et le parquet découvre-t-il l'abus de biens sociaux ? En France, M. Michel Dobkine répond par la négative. A supposé le problème de la cohérence de la politique criminelle OHADA réglé, qu'en est-il de celui de la circulation des décisions de justice au niveau communautaire, pour ne pas parler de l'absence de dispositions relatives au délit d'initié ?

Concernant la première question, qu'il nous soit permis de nous référer à des opinions fortes pertinentes. En effet, pour P. MEYER, l'OHADA poursuit l'objectif essentiel de sécurité juridique et judiciaire. On aurait pu penser que l'objectif affiché par l'institution aurait amené les rédacteurs du Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993, à envisager la reconnaissance et l'exécution au plan régional, des jugements rendus par les juridictions nationales, au moins lorsqu'ils ont tranché un litige suscitant l'application des actes uniformes édictés par l'organisation. Il n'en est rien. Aucune disposition du Traité OHADA n'est consacrée à la circulation des jugements dans l'espace OHADA.

Quant au délit d'initié, il n'est pas prévu par le droit OHADA mais plutôt par l'article 37 de l'annexe II de la Convention du 03 juillet 1996 portant composition, organisation, fonctionnement et attributions du Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers. Aux termes de cette disposition, le délit d'initié consiste en la communication ou l'utilisation d'une information privilégiée à des fins autres que celles à raison desquelles elle est détenue. Quant à l'information privilégiée, c'est, toujours selon l'article précité, une information non publique, particulière et précise qui, si elle est rendue publique, pourrait avoir une incidence sur la valeur d'un actif ou sur le cours d'un produit coté.

Conclusion

Au terme de cette analyse, peut-on sans risque de se tromper affirmer que l'introduction de la corporate governance dans le droit des sociétés dans l'espace OHADA est l'expression d'une américanisation ou d'un totalitarisme mondialiste ? Un auteur répondant par la négative. A son avis, la corporate governance est d'abord l'expression du succès théorique de l'analyse économique des institutions. Ensuite, il faut reconnaître que la théorie économique qui est fondée sur la notion d'efficacité peut aussi être utilisée dans un sens normatif. Ce n'est pas le cas de P. Bourel qui estime que sous la contrainte des groupes de pression, bailleurs de fonds, lobbies, hommes d'affaires internationaux, l'OHADA, véritable arsenal à fabriquer du droit, a préféré, pour ne pas freiner les travaux, contourner les obstacles au lieu de les affronter. Toujours selon l'auteur, s'agissant par exemple de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales, ses auteurs se sont-ils préoccupés, et dans l'affirmative, ont-ils eu les moyens de procéder à des recherches statistiques sur leur nombre, leur répartition entre les Etats membres, leurs formes les plus courantes, le volume et l'origine de leurs capitaux, l'importance qu'elles ont dans le développement économique du pays ? Ont-ils questionné le droit comparé qui aurait été, dans ce domaine, particulièrement riche d'expérience ?

Selon un auteur, nombre d'institutions s'intéressent au gouvernement d'entreprise, indépendamment du fait que les pratiques dites du gouvernement d'entreprise sont considérées aujourd'hui comme indispensables aux Etats-Unis, au Canada, au Royaume-Uni. Les institutions dont il s'agit sont soit privées, soit publiques. C'est l'exemple de l'OCDE qui a publié des

« Principles of Corporate Governance », du FMI, de la Banque mondiale, du G7 au sommet de Cologne, en juin 1997, des associations internationales
C'est dire donc toute l'actualité et l'importance de la notion de gouvernance d'entreprise et ce n'est pas un hasard si le législateur OHADA s'y intéresse.

L'étude de ce sujet aura permis non seulement d'examiner la notion d'intérêt social qui est définie dans le rapport Vienot comme : « l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considéré comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise », mais également que le droit des sociétés a vocation s'inscrire dans un processus de mondialisation .

Mais comme le dit le Président de l'ANSA : « ce ne sont pas des textes qui peuvent rendre les gens intelligents s'ils ne le sont pas, courageux lorsqu'ils ne le sont pas, honnêtes lorsqu'ils ne le sont pas. Le système français laisse aujourd'hui aux entreprises la possibilité de choisir entre diverses structures juridiques. Pourquoi les priver de cette possibilité de choix ? ». Cette observation vaut pour le droit OHADA . Ce faisant, on pourrait poser des règles standards de bonne gouvernance d'entreprise et permettre aux acteurs de la société de choisir celles qui leur conviennent le mieux. N'est-ce pas là un signe de la liberté contractuelle en droit des sociétés ?

Pour citer l'article :

Patrice S.A. Badji, « Ohada et bonne gouvernance d'entreprise », *Revue de l'ERSUMA :: Droit des affaires – Pratique Professionnelle*, N° 2 – Mars 2013, *Doctrine*.

URL: <http://revue.ersuma.org/no-2-mars-2013/doctrine-20/Ohada-et-bonne-gouvernance-d>