

## PUBLICATION INÉDITE

*La contribution que nous publions constitue la seconde partie d'un article à paraître du professeur Samb. Pour la bonne compréhension, nous en donnons également l'introduction et la conclusion.*

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

*La transparence n'est pas une vertu.*

*Elle est une mécanique au service de la vertu autant que le secret*

*D. Soulez-Larivière*

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 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 là aussi 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

---

<sup>1</sup> Gérard Charreaux, « Les théories de la gouvernance : de la gouvernance des entreprises à la gouvernance des systèmes nationaux », Cahier du Centre de recherche Finance, Architecture et Gouvernance des Organisations, Université de Bourgogne, n°104 01 01, 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 », [https://www.u-picardie.fr/Nicole\\_Decoopman](https://www.u-picardie.fr/Nicole_Decoopman).

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 mou ou souple (*soft law*), il se 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  
(Pour mémoire, non publié)

2. Gouvernance et transparence en droit souple

Dans leur invite à prendre le droit souple au sérieux, Emeric 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*

---

<sup>3</sup> Patrice S.A. Badji, « Ohada et bonne gouvernance d'entreprise », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, N° 2 - Mars 2013, *Doctrine*, <http://revue.ersuma.org/no-2-mars-2013/doctrine-20/Ohada-et-bonne-gouvernance>

<sup>4</sup> Yves de Gaedd, Gaëtane S. Willemarrs, « La transparence en droit des sociétés et en droit financier », Editions Larcier, 2008, p.3 n°2

<sup>5</sup> Conseil D'Etat de France, Etude annuelle 2013 : Le droit souple, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)

*des règles de droit générales, obligatoires et coercitives, émanant principalement des pouvoirs publics. »*<sup>6</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 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 voisins de l'espace Ohada.

### 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 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, à posteriori dans le droit dur comme il apparaît que plusieurs dispositions repris dans les codes de droit souple- voir infra- sont reprises des dispositions légales, donc de droit dur incontestable. Cette mutation est parfois le fait du juge qui opère lui-même la transformation d'une règle de droit dur en principe applicable comme 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>7</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>8</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 texte 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>9</sup>. Le plus souvent, les entreprises répètent les

---

<sup>6</sup> Emeric Nicolas et Matthieu Robineau, « Prendre le droit souple au sérieux ? A propos de l'étude annuelle du Conseil d'Etat pour 2013 » La Semaine Juridique, Edition Générale, 21 oct. 2013, Doctrine 1116

<sup>7</sup> Jean-Michel Jacquet, « L'émergence du droit souple (ou le droit réel dépassé par son double) » Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit, Litec, 2010

<sup>8</sup> Pour Emeric et Robineau le droit souple bénéficie d'un brevet officiel de juridicité malgré les réserves de certains auteurs, op.cit. p.2 n°11

<sup>9</sup> Gérard Cornu, « Vocabulaire juridique Association Henri Capitant », 8ème éd., 2000, pp.154-155

normes législatives en répétant 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>10</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>11</sup>

L'absence d'obligation n'empêche pas la pression sociale, morale et politique de se 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>12</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>13</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>14</sup>

Les critères d'identification du droit souple que nous retiendrons ici, tels que identifiés par le Conseil d'Etat français sont relatifs à la fonction du droit souple et conduisent à accepter ou rejeter l'assimilation au droit positif<sup>15</sup>.

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 droit dur et 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*

---

<sup>10</sup> Marie Brac, « Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur », [www.docplayer.fr/2309035](http://www.docplayer.fr/2309035), vu le 4 Nov. 2015

<sup>11</sup> Nicolas Cuzacq, « Le cadre normatif de la RSE, entre soft law et hard law », <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00881860>, soumis le 9 Nov. 2013

<sup>12</sup> Voir Marie Brac, op.cit.p.15 et s. et Nicolas Cuzacq, op.cit. p.25 et s.

<sup>13</sup> Voir pour la qualification en message publicitaire assimilable en un quasi-contrat, Cass.CIV. 2ème, 11 février 1998, J.C.P 1998. II.1156 note G.Garducci

<sup>14</sup> Nicolas Cuzacq, op.cit. p.26

<sup>15</sup> Voir note n°2

*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

Notre propos consistera 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 mais d'autres pays (comme le Gabon) 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 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 ( nous soulignons) 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 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, et que l'entreprise est dotée de mécanismes adéquats pour la maîtrise des risques, le contrôle interne et le 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'une éventuelle non prise en compte d'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 préconisant 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 convention 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**

Aux termes 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 mou, dont l'émergence constitue une tendance contemporaine de leur évolution. La bonne gouvernance veut que les actionnaires ou associés aient un accès gratuit et en temps opportun 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 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, en particulier 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.