

**UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR**



**FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**

\*\*\*\*\*

**DEPARTEMENT DE DROIT PRIVE**

**MEMOIRE DE MASTER II RECHERCHE EN DROIT DES AFFAIRES**

**THEME :**

**L'ADMINISTRATEUR INDEPENDANT  
EN DROIT OHADA**

**Présenté par :**

**Sokhna DIOUF**

**Sous la direction du :**

**Pr Moussa GUEYE**

**Agrégé de la Faculté des Sciences  
Juridiques et Politiques (UCAD)**

**Promotion 2017 - 2018**

## REMERCIEMENT

Arrivé au terme de la rédaction de ce mémoire, il m'est particulièrement agréable d'exprimer ma reconnaissance et mes remerciements à tous ceux qui, par leur enseignement, leur soutien et leurs conseils, m'ont aidé à sa réalisation.

Je voudrais tout d'abord adresser ma gratitude à l'endroit de mon encadreur, le Professeur **MOUSSA GUEYE**, pour avoir accepté de diriger ce travail avec rigueur, malgré un emploi du temps chargé et ses multiples occupations. Ses connaissances en la matière et son œil éclairé nous ont été utiles pour la réalisation de ce travail.

Mes remerciements vont également au professeur DIEUNEDORT NZOUABETH pour la suggestion de ce sujet et les documents fournis, mes lecteurs, pour leur temps consacré à la lecture de ce mémoire, pour leurs précieux conseils et pour leur enthousiasme. Votre disponibilité et votre appui m'ont été d'une importance capitale.

J'exprime aussi ma profonde gratitude à mes camarades de la promotion pour leur soutien, pour les conseils, discussions, critiques et autres remarques toujours pertinentes.

J'adresse aussi mes remerciements à tous les professeurs de la Faculté des Sciences juridiques et politiques. Leurs vastes connaissances m'ont été des plus utiles.

## **DEDICACES**

Je dédie ce travail :

A la mémoire de mon défunt père MAME DIOUF, que la terre lui soit légère, que le Miséricordieux l'accueille dans son paradis éternel.

Mes dédicaces vont également :

À ma mère ADAMA DIAW, pour m'avoir instruite et soutenue durant tout mon cursus scolaire

À ma chère mère FATOU DIOUF,

À mon tonton MOUSSA SY, pour son soutien et ses encouragements

À mon mari IBRAHIMA NDONG, pour son soutien moral et matériel

À mes sœurs particulièrement à MAME FATOU DIOUF et NDIEME DIOUF

À mes amis (es) particulièrement à DIOR SOUGOU,

À toute ma famille et ma belle-famille pour leur soutien et leur amour

## **LISTE DES ABREVIATIONS**

|                  |                                                                    |
|------------------|--------------------------------------------------------------------|
| AUSC /AUDSCGIE : | Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du GIE |
| AFEP :           | Association Française des Entreprises Privées                      |
| AMF :            | Autorité des Marchés Financiers                                    |
| ISA :            | Institut Sénégalais des Administrateurs                            |
| CEO:             | Chief Executive Officer                                            |
| CFO:             | Chief Financial Officer                                            |
| CA :             | Conseil d'Administration                                           |
| CAC :            | Commissaire Aux Comptes                                            |
| CEMAC :          | Communauté Économique et Monétaire des Etats de l'Afrique Centrale |
| MEDEF :          | Mouvement des Entreprises de France                                |
| Loi NRE :        | Loi sur les Nouvelles Régulations Economiques                      |
| OHADA :          | Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique |
| PCA:             | Principal Component Analysis                                       |
| ROE:             | Return On Equity                                                   |
| SEC:             | Securities and Exchanges Commission                                |
| SEA:             | Securities Exchange Act                                            |
| SOX :            | Sarbane Oxley                                                      |
| SA :             | Société Anonyme                                                    |
| UEMOA :          | Union Economique et Monétaire Ouest Africain                       |

## Sommaire

|                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>INTRODUCTION</b> .....                                                                      | 1  |
| <b>Chapitre1 : L'utilité des administrateurs indépendants dans les SA</b> .....                | 14 |
| Section1 : Des organes garantissant la transparence dans la gestion de l'entreprise.....       | 14 |
| Section 2 : une autorité garantissant la sécurité interne et externe de l'entreprise.....      | 23 |
| <b>Chapitre2 : une utilité contestable</b> .....                                               | 33 |
| Section1 : l'absence d'encadrement du régime juridique des administrateurs indépendants .....  | 33 |
| Section2 : la mise en doute du dispositif de l'intégrité des administrateurs indépendants..... | 42 |
| <b>CONCLUSION GENERALE</b> .....                                                               | 55 |

## INTRODUCTION

Gouvernance, gouvernement, *corporate governance*, gouvernance d'entreprise, gouvernabilité, bonne gouvernance..., il n'est pas besoin de faire appel aux spécialistes de la lexicométrie pour s'apercevoir que ces termes reviennent de manière fréquente dans la littérature juridique de ces dernières années. Serait-ce une simple mode ou un besoin réel du droit de l'OHADA<sup>1</sup>. Aussi convient-il de rappeler que ces vocables et expressions sont loin de recouvrir la même réalité<sup>2</sup>.

En effet, la question de la gouvernance apparaît comme le phénomène le plus marquant et se révèle comme enjeu fondamental. Elle est devenue incontournable et le droit de l'OHADA qui sert de cadre spatial de l'étude n'y échappe pas. Ainsi, historiquement, le monde des affaires a toujours recherché des règles simples adaptées aux exigences de rapidité des affaires et au développement des relations commerciales à une échelle internationale<sup>3</sup>.

Notion historiquement polysémique<sup>4</sup> et toujours d'actualité, ce mot évoquait d'abord le pilotage d'un navire. Autrement dit, c'est le gouvernail du navire qui est à l'origine de la métaphore, avec ses connotations : le choix d'un cap, les ajustements continus dans un contexte naturel changeant. Très vite, l'expression américaine *corporate governance* qui désigne un puissant courant d'opinion ayant pris naissance aux Etats Unis au début des années

---

<sup>1</sup> Actuellement, l'OHADA regroupe 17 États : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire,

Gabon, Guinée Bissau, Guinée, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, République Centrafricaine, République démocratique du Congo, Sénégal, Tchad, Togo.

<sup>2</sup> Patrice Christian Ewane Motto, thèse, la gouvernance des sociétés commerciales en droit OHADA, HAL, p.1, 401.p

<sup>3</sup> R. SZRAMKIEWICZ, O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, L.G.D.J., 2ème éd., 2013, spéc. n° 12.

<sup>4</sup> C. BARON, *La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique*, LEREPS, Université des Sciences

Sociales, Manufacture des tabacs, 21 allée de Brienne, F-31000 Toulouse.

1970 s'est répandue en réaction à une série de scandales qui ont secoué le monde des entreprises au début des années 2000. On peut ainsi citer l'affaire Enron<sup>5</sup>.

Le phénomène du gouvernement d'entreprise s'est répandu dans le monde dans les années 1990 dans le but de prôner plus de transparence et d'éthique au sein des sociétés afin de délimiter les responsabilités des dirigeants et donner la possibilité aux actionnaires de participer effectivement aux assemblées des actionnaires. C'est ainsi que, depuis plus de deux décennies, la gouvernance est devenue l'un des vocables les plus employés dans le champ des relations internationales en général et de la coopération au développement en particulier. Pour nombre de spécialistes, elle serait même entrée dans la fameuse catégorie des « mots valises », buzzword, dogme, etc., qui animent les débats et fondent les actions du monde du développement. Naviguant entre le monde des experts et celui des universitaires, entre vecteur d'analyses novatrices et simple déclinaison de « l'idiome » libéral, la gouvernance demeure une notion aux définitions multiples et une notion inachevée<sup>6</sup>.

En effet, s'inspirant du débat né dans les pays anglo-saxons, une réflexion approfondie des principes supposés de la *corporate governance* s'est développée partout avec une certaine passion, ouvrant alors un véritable débat suscité par des compréhensions ou par des approches différentes voire parfois contradictoires<sup>7</sup>. Doctrine d'origine anglo-saxonne, la *corporate governance*<sup>8</sup> est une réponse aux scandales financiers qui ont fait les manchettes des journaux américains et partout ailleurs dans la presse. Il fallait donc redonner confiance aux actionnaires, créanciers et employés lésés par lesdits scandales. C'est en effet, après les scandales financiers Enron<sup>9</sup>, Vivendi Universal<sup>10</sup>, Parmalat<sup>11</sup> qui ont secoué le monde en

---

<sup>5</sup> Le Gouvernement américain a réagi à ces scandales en mettant en place le Règlement Sarbanes-Oxley Act.

<sup>6</sup> G. HERMET, A. KAZANCIGIL et J.-F. PRUD'HOMME (dir.), *La gouvernance. Un concept et ses applications*, Ed. Karthala, 2005, p. 7.

<sup>7</sup> D. LAMETHE, « L'approche française du gouvernement d'entreprise », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51 n° 4. Octobre-décembre, 1999, p. 1075-1108.

<sup>8</sup> Le gouvernement d'entreprise est le système par lequel les sociétés sont dirigées et contrôlées.

<sup>9</sup> Dans les années 1990, ENRON était l'une des stars favorites de Wall Street. Son cours de Bourse est passé de

\$ 30 à \$ 90 de 1998 à fin 2000, quand son chiffre d'affaires a explosé de \$ 31 milliards à \$ 100 milliards sur la même période.

2001-2002, qu'il y a une résurgence à l'échelle mondiale, de l'accent sur la nécessité d'une éthique des affaires. Le pendule est allé à la faveur de la responsabilisation des dirigeants sociaux et sur ce que doit devenir la gouvernance d'entreprise. Elle n'est pas seulement l'étude de mécanismes et de règles, elle doit intégrer une dimension éthique et prendre en compte l'ensemble des composantes de l'entreprise. Il s'agit de garantir l'équilibre des forces au sein de l'entreprise. Ainsi, les règles de la gouvernance d'entreprise arbitrent les jeux de pouvoir entre ceux qui dirigent l'entreprise et ceux qui y investissent leurs ressources. Avec, d'un côté, une vision dite « anglo-saxonne », où le pouvoir appartient au capital investi, s'opposant traditionnellement à une vision intégrant l'ensemble des *stakeholders*<sup>12</sup>.

D'emblée, il faut préciser que la *corporate governance* est un phénomène qui a une influence mondiale. Traduite indifféremment, comme il est devenu coutumier, par gouvernement, elle est incontestablement à la mode<sup>13</sup>. Si l'on fait abstraction de l'habillage terminologique, ce

---

<sup>10</sup> Vivendi est un groupe spécialisé dans la communication et le divertissement. En juillet 2002, le groupe est au bord de la banqueroute. En effet, il est alors proche de la cessation de paiements, perdant un milliard de dollars par mois. En mars 2003, Vivendi Universal annonce une perte comptable de 23 milliards d'euros alors qu'un an auparavant, son PDG déclarait qu'elle allait « mieux que bien ! ».

<sup>11</sup> Parmalat est une entreprise italienne spécialisée dans le domaine des produits laitiers. Dans les années 1990, après sa mise en bourse, la société commence à acquérir un grand nombre de sociétés en Europe, en Amérique latine et en Afrique pas forcément liées au secteur alimentaire. Ainsi en Italie, Parmalat acquiert la société de football Parme FC, le groupe de villages touristiques ParmaTour et le réseau de télévision Odéon TV. Parmalat a été secouée par un scandale financier fin 2003 qui l'a obligée à déclarer banqueroute.

<sup>12</sup> Les *stakeholders* sont les groupes et/ou les individus qui ont un effet sur ou qui subissent un effet du fonctionnement d'une organisation (R. E. Freeman, 1984). Ce sont des groupes dont le support est nécessaire pour la continuation de l'entreprise : les actionnaires, les dirigeants, le personnel de l'entreprise, les clients, les fournisseurs et la société.

<sup>13</sup> V. not. « Corporate Governance. Le gouvernement d'entreprise », *Rev. éco. fin.* 1994, n°31 ; A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », précité ;

A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise. La corporate governance », précité ; P. LE CANNU, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », *Bull. Joly*, 1995-637 ; D. HURSTEL, « Est-il urgent et indispensable de réformer le droit des sociétés au nom de la corporate governance ? », *Rev. sociétés*,

qu'il faut retenir, c'est probablement le débat récurrent sur les modes et l'exercice des pouvoirs dans l'entreprise. Pour autant, les termes utilisés ne sont pas neutres. Nous avons retenu le vocable de « gouvernance » et non celui de « government ou de gouvernement ». L'absence de traduction française rigoureuse n'est pas sans présenter quelque avantage ; elle autorise une prise de distance par rapport aux débats et conclusions tirées à propos de la *corporate governance* aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne<sup>14</sup>.

Selon le Petit Robert<sup>15</sup>, l'expression gouvernance signifie manière de gouverner, méthode de gestion. La *corporate governance* s'intéresse à la gestion des sociétés et tend à l'effectivité de leur direction. M. GUYON relève que ce concept est sans équivalent en français et précise que les termes « *direction des sociétés* » seraient plus exacts mais trop imprécis<sup>16</sup>. Selon ce dernier, « *les incertitudes terminologiques sont révélatrices d'un certain flou dans le concept même de corporate governance* »<sup>17</sup>, principe d'inspiration anglo-américaine désignant l'ensemble des processus, réglementations qui influent sur la manière dont l'entreprise est dirigée, administrée et contrôlée. Il s'agit d'une réflexion profonde pour rendre la gouvernance d'entreprise plus efficace. Elle est une obligation internationale qui se matérialise dans une société donnée par la transparence, la responsabilité, l'obligation de rendre compte, la primauté du droit et de l'équité.

Il n'y a pas de définition légale, ni une définition doctrinale unanimement admise de la gouvernance d'entreprise. La doctrine a cependant proposé un certain nombre de définitions. La gouvernance est, pour Yves CHAPUT, l'art de gouverner en recherchant une solution impartiale aux conflits d'intérêts<sup>18</sup>. Pour Jean CHEVALIER<sup>19</sup>, la gouvernance est devenue

---

1995-633 ; ADANA, « Vers un nouvel équilibre des pouvoirs dans les sociétés cotées », *LPA*, 27 sept. 1995 ; N.

DION, « Corporate Governance et sociétés françaises », *Dr. sociétés*, juillet-août 1995, 1.

<sup>14</sup> Sur la présentation de Principles of Corporate Governance aux, USA et du Rapport Cadbury en Grande-Bretagne, v. A. TUNC, article précité.

<sup>15</sup> Nouvelle édition millésime, 2007, p. 1171.

<sup>16</sup> Y. GUYON, « Corporate governance », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, n° 6, p. 6.

<sup>17</sup> Y. GUYON, « Corporate governance », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, n° 7.

<sup>18</sup> Y. CHAPUT, « Le monde idéal : les principes de la gouvernance d'entreprise », in *Cahiers de Droit de l'Entreprise* n° 5, Supplément à la Semaine Juridique n° 44-45 du 3 novembre 2005 p. 25-26.

depuis les années 1990, le mot-clé, le mot fétiche. L'auteur admet que c'est une notion polysémique<sup>20</sup>. Aussi, depuis une vingtaine d'années, précisément à partir des années 90, de nombreux groupes d'intérêts et comités spéciaux ont vu le jour avec pour mandat de proposer un guide de bonnes règles et de pratiques en matière de gouvernance aux entreprises. Cette réflexion sur la gouvernance des entreprises est devenue incontournable tant l'universalité du sujet de ce débat est fille de la mondialisation et de l'hégémonie des sociétés par actions comme « *merveilleux instrument du capitalisme moderne* »<sup>21</sup>.

En somme, dans une acception large, et de manière classique, le terme « *gouvernance d'entreprise* » représente l'organisation du contrôle et de la gestion de l'entreprise. La gouvernance est alors assimilée au respect des principes de bon fonctionnement et de transparence propres à améliorer la gestion et l'image de l'entreprise auprès du public pour assurer la plus grande sécurité des investisseurs. Pour le Professeur Jean GATSI, elle « *désigne la recherche, pragmatique et permanente, des bonnes pratiques de direction et de gestion des entreprises ; c'est un ensemble de principes visant à régir les relations entre les dirigeants et les autres acteurs de l'entreprise que sont les associés, les salariés et les pouvoirs publics* »<sup>22</sup>.

Notons que l'avènement le plus important promu par le gouvernement d'entreprise, est la mise en place de nouveaux administrateurs : Ceux qu'on nomme les administrateurs indépendants<sup>23</sup>. Ces derniers constitueront le cadre d'étude de ce présent mémoire.

---

<sup>19</sup> J. CHEVALIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, 2003/1-2, n° 105-106, p. 203-217.

<sup>20</sup> M. CHEVALIER cite la *corporate governance* qui vise à construire un nouveau management, reposant sur l'interaction entre les différents pouvoirs existant au sein de l'entreprise, et en tout premier lieu celui détenu par les actionnaires et les dirigeants, la *Good governance* prônée par les organisations financières internationales comme moyen de réforme des institutions des pays en développement et enfin la *Global governance* visant à établir de nouveaux modes de régulation et d'intégration de la société internationale.

<sup>21</sup> G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 1951, spéc., p. 109, n° 46.

<sup>22</sup> J. GATSI, Texte de la Conférence prononcée le 11 octobre 2008 – Université de Bangui – Sur le thème « *Droit OHADA et lutte contre la pauvreté en Afrique* », p. 7.

<sup>23</sup> Antoine Prémont, mémoire : Etude des liens entre les caractéristiques du conseil d'administration et la performance de l'entreprise : Application au contexte Belge et Français, 109.p

En effet, au cours des 20 dernières années, le concept d'administrateur « indépendant » est devenu la pierre angulaire, voire, pour certains, la pierre philosophale, de la « bonne » gouvernance. Au cours des années 1980, en réponse aux préoccupations de grands investisseurs institutionnels, les entreprises canadiennes, britanniques, étatsuniennes et autres cotées en bourse commencent à modifier la composition de leurs conseils d'administration afin qu'ils soient majoritairement composés de membres dits indépendants. À la fin des années 1990, les conseils d'administration comptent plus de 60 % d'administrateurs indépendants, du moins selon les critères de l'époque. L'indépendance des administrateurs, déjà encouragée et imposée par les bourses et commissions des valeurs mobilières, a par la suite force de loi, d'une façon ou d'une autre, grâce à des statuts du genre Sarbanes-Oxley. La proportion d'administrateurs indépendants au sein des conseils d'administration des entreprises cotées en bourse au Canada et aux États-Unis dépasse maintenant 70 %.

En Europe, la Grande Bretagne est la première à se doter d'un code de gouvernance avec le rapport Cadbury publié en 1992 qui prône la mise en place de « Non Executive Directors ». Elle est apparue peu de temps après en France et les premières recommandations officielles en la matière datent de 1995 avec la publication du premier rapport Vienot.

En Afrique, c'est l'OHADA que nous devons la naissance de cette nouvelle catégorie d'administrateurs notamment avec son acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE (AUDSCGIE) qui y a consacré deux articles. En effet, avec la transformation de l'actionnariat, est lancé le débat sur la question du pouvoir et de son contrôle au sein de l'entreprise. Alors qu'auparavant, les actionnaires n'avaient qu'une faible influence sur les décisions des dirigeants de l'entreprise, ceux-ci peuvent désormais agir que sous leur contrôle étroit. L'attention sur les questions liées à la gouvernance d'entreprise gagne alors en importance suite à la déréglementation des marchés, à la libéralisation des échanges et du commerce international. Dès lors, dans son œuvre de construction d'un espace d'intégration juridique<sup>24</sup> stimulateur de croissance et de développement économiques, le

---

<sup>24</sup> Créée par le Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993, révisé en 2008 à Québec, l'OHADA a pour ambition la mise en œuvre de l'intégration juridique de ses Etats membres, en vue de faciliter, pour les acteurs économiques, l'accessibilité au droit et de leur garantir la sécurité juridique. Ce faisant, l'OHADA assure la promotion des échanges et des investissements.

législateur de l'OHADA<sup>25</sup> a édicté dans l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales, un ensemble des règles destinées à promouvoir l'attractivité de l'espace du droit de l'OHADA et qui prenne en compte les exigences en matière de transparence. Ainsi posée par la loi, cette exigence permanente s'impose aux opérateurs économiques mais la conciliation recherchée reste l'enjeu de cette exigence.

Si d'un point de vue sociologique, la gouvernance d'entreprise ne peut pas exister en vase clos, elle pose la question de l'organisation des pouvoirs. Sur cette question insoluble, se greffe une seconde question encore plus délicate : dans la situation économique actuelle. La naissance de l'OHADA reflète la prise de conscience des Etats membres de l'enjeu que représente la mondialisation, qui se traduit par l'intensification des échanges et par l'ouverture accrue des économies nationales à la concurrence internationale. Cela implique de sortir de l'archaïsme et de la vétusté juridique par l'harmonisation du droit des affaires autour de règles sûres, stables, prévisibles et connues pour instaurer un climat de confiance propice aux investissements et pour faciliter l'activité des entreprises. L'objectif du Traité<sup>26</sup> relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique est de favoriser le développement économique et l'intégration régionale pluri-juridique<sup>27</sup> en dotant les Etats parties d'un même droit des affaires<sup>28</sup> moderne « *clair, simple, sécurisant les relations et les opérations*

---

<sup>25</sup> L'ensemble des Actes uniformes sur le site : [www.ohada.org](http://www.ohada.org) et [www.ohada.com/](http://www.ohada.com/)

<sup>26</sup> S. D. COSSA, Message du Secrétariat Permanent, à l'occasion du 22ème anniversaire de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires : « OHADA : 22 ans déjà, et la marche continue... ».

<sup>27</sup> À notre connaissance il n'existe pas d'organisation supranationale ayant uniformisé le droit de différents états de tradition juridique différente, sources juridiques aussi diverses et combinant un multilinguisme et plusieurs paradigmes du droit pour tenter de l'expliquer. Cette réalité est effective dans l'espace OHADA mais elle n'est pas institutionnalisée. En somme, l'OHADA, conformément à la définition proposée par Joseph ISSASAYEGH, est une organisation d'intégration juridique.

<sup>28</sup> L'article 2 du Traité OHADA dispose qu' « *entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime de redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait à l'unanimité d'y inclure...* ».

économiques »<sup>29</sup> de l'ensemble des acteurs économiques. Il permet aussi d'assurer la promotion de l'arbitrage comme instrument privilégié de règlement des différends contractuels. Pour cela, plusieurs matières ont retenu l'attention du législateur de l'OHADA parmi lesquelles le droit des sociétés commerciales dont l'Acte Uniforme<sup>30</sup> y relatif est entré en vigueur le 1er janvier 1998, suivis ultérieurement par d'autres Actes. Il reste alors aux Etats la possibilité de sauvegarder des particularismes nationaux tant que les dispositions nationales ne sont pas contraires au droit de l'OHADA.

Si le droit de l'OHADA, en l'occurrence l'AUSC révisé<sup>31</sup> comporte de nombreuses règles<sup>32</sup> relevant de la gouvernance des sociétés. Cela témoigne de la volonté du législateur OHADA de voir appliquer les principes de la gouvernance d'entreprise. Force est de constater que même si l'Acte Uniforme n'a pas précisément parlé de la question de la gouvernance d'entreprise, il n'en touche pas moins les mécanismes. A titre d'exemple, les dispositions contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés permettent de dégager un certain nombre de mécanismes de fonctionnement du conseil d'administration, visant la préservation des intérêts des actionnaires et des organes de contrôle de la direction générale.

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) se veut complet, simple, flexible, moderne et adapté dans une certaine mesure aux réalités économiques et sociales africaines<sup>33</sup> et aux besoins de droit des

---

<sup>29</sup> Voir J. PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA, un droit très important et original » in *La Semaine juridique, entreprises et affaires*, N°5, 28 octobre 2004. p. 1.

<sup>30</sup> D'une manière générale et conformément à l'article 10 du Traité de l'OHADA, les Actes uniformes ont un effet abrogatoire sur les législations nationales contraires, qu'elles soient antérieures ou postérieures : « les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ».

<sup>31</sup> Acte Uniforme OHADA révisé est un progrès très important car il instaure un cadre juridique moderne et parfaitement adapté à la vie sociale de l'ensemble des entreprises commerciales de l'espace OHADA. Il constitue aujourd'hui le droit commun des sociétés dans l'espace OHADA.

<sup>32</sup> A titre d'exemples on peut citer : les règles de répartition des pouvoirs entre les dirigeants ; les règles de contrôle par le commissaire aux comptes et les associés ; les règles concernant l'information des associés et des tiers etc.

<sup>33</sup> Mamadou ISMAÏLA KONATÉ, préface de *Droit des sociétés et de l'arbitrage international, pratique en droit de l'OHADA*, Benoit Le Bars, éditions Joly, 2011.

acteurs économiques des 17 Etats membres. A ce sujet, comme le fait encore remarquer le Professeur Jean GATSI, et qui caractérise l'évolution du droit des affaires en Afrique, c'est que celui-ci est « *un droit en mouvement, un droit qui sécurise les affaires et qui protège l'économie africaine* »<sup>34</sup>. Sur ce point, les ambitions du Traité de Port-Louis sont atteintes. L'OHADA a fait et fera toujours rêver l'Afrique dont elle est la fierté ainsi que le monde pour lequel elle est déjà un exemple et une histoire d'or qu'elle écrit et continuera d'écrire l'Organisation africaine<sup>35</sup>. Le constat majeur qui se dégage, est que le droit uniforme des affaires constitue aujourd'hui une réalité quotidienne dans l'ensemble des Etats membres de l'Organisation.

Ainsi, les normes du droit de l'OHADA poursuivent l'objectif premier qui demeure la mise en place d'un cadre juridique adapté propice au développement économique intégré de la région<sup>36</sup>. Cela est explicitement affirmé dans le Préambule du Traité de Port-Louis d'Octobre 1993, relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Une des dispositions dudit Préambule dispose expressément que le droit des affaires harmonisé doit « *garantir la sécurité juridique des activités économiques...* ». Cette sécurité juridique est présentée comme une valeur essentielle afin de favoriser l'essor des activités économiques et de promouvoir les investissements. Il est, sans nul doute, exact que la sécurité juridique est une condition nécessaire au développement économique. Aucune activité économique durable ne peut raisonnablement être entreprise, si les « règles du jeu » que constituent les règles de droit ne sont pas connues, précises, correctement appliquées et dotées d'une certaine stabilité<sup>37</sup>.

Le droit OHADA a pour ambition de moderniser le droit des pays africains. Une entreprise de modernisation qui a été rendue possible par l'adoption<sup>38</sup> et, parfois l'adaptation des règles juridiques alors en vigueur. Cette évolution a également conduit le législateur à tenir compte des standards internationaux permettant au droit de l'OHADA d'apporter des solutions qui

---

<sup>34</sup> J. GATSI, *L'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, 2005, p. 13.

<sup>35</sup> K. O. COFFI DOGUE, E. S. DARANKOUM, « L'arbitre, l'avocat et les entreprises face au droit des affaires de l'OHADA », *Journal Africain du Droit des Affaires (JADA)*, n° spécial, 2013, p. 1-6.

<sup>36</sup> J. GATSI, *L'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, 2005, p. 12.

<sup>37</sup> P. MEYER, « *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA* », Colloque de Niamey sur la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, du 17 au 24 mars 2006, *Ohadata D-06-50*.

<sup>38</sup> Il s'agit de l'impératif assigné à l'OHADA par l'article 1er du Traité constitutif d'ailleurs maintenu par la réforme de Québec en 2008.

seront des ressources nécessaires à l'insertion de l'Afrique dans l'économie mondiale pour affronter les effets néfastes de la mondialisation<sup>39</sup>. Les Etats parties de l'OHADA, dans leur quête d'attractivité économique, prennent conscience de la présence massive des investisseurs de tous horizons et de la nécessité d'adapter les règles de gouvernance des sociétés commerciales pour répondre à leurs attentes. « Cette catégorie d'investisseurs, écrit un auteur, est donc en mesure de faire pendant longtemps la pluie et le beau temps (...) et parallèlement ils se livrent à un lobbying sur les autorités étatiques pour qu'elles réforment les règles juridiques ou écartent les obstacles qui les gênent »<sup>40</sup>.

Ainsi, l'ambition des règles édictées par le législateur de l'OHADA est la sécurité juridique et judiciaire favorable à l'investissement. Mais la sécurité juridique ne suffit pas à elle seule pour encourager l'investissement. Il faudrait, pour atteindre l'objectif escompté, instituer une véritable sécurité judiciaire. Pour les investisseurs, deux principales préoccupations se dégagent : la prévisibilité naturellement attachée aux décisions de justice et la sensibilité économique. Cette prévisibilité, renforcée de réalisme est largement satisfaite par le droit de l'OHADA. Il fallait en effet, une certaine rencontre du droit<sup>41</sup> et de l'économie, les économistes ayant mis en relief le lien étroit entre les données juridiques et les faits économiques.

En effet, dans le débat sur la construction d'une gouvernance d'entreprise efficace, l'attractivité économique du droit OHADA est devenue un impératif au cœur de tous les discours, des réformes, de toutes les initiatives en matière de développement des affaires et de fonctionnement efficace de l'entreprise. Cela traduit bien la prise de conscience des Etats africains que la disparité des législations est un obstacle pour la réalisation d'un espace économique et social intégré. En réalité, dans cet environnement communautaire

---

<sup>39</sup>La réforme OHADA a parfois été présentée, comme étant une sorte de résistance aux méfaits de la mondialisation.

<sup>40</sup> A. MARTIN-SERF, « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *RJ com*, 2002, 108, spéc. 118.

<sup>41</sup> Compte rendu du XXIème Congrès de l'IDEF : « *Le rôle du droit dans le développement économique* », Lomé du 17 au 20 novembre 2008, Lettre d'information OHADA.com du 13/03/2009, Newspaper, InfOhada, OHADA.com, p. 2.

(CEMAC<sup>42</sup> et UEMOA<sup>43</sup>), on peut également s'interroger sur la volonté politique des Etats africains à conduire cette dialectique permanente entre droit et économie car, il se trouve que la volonté politique est avant tout économique, le droit ne jouant qu'un rôle de second plan de mise en ordre *a posteriori*. Autant de raisons qui ont poussé le législateur OHADA à se conformer à la mouvance internationale en consacrant l'administrateur indépendant, composante du conseil d'administration.

Depuis lors, les administrateurs indépendants occupent une place croissante dans les conseils d'administrations. Mais, malgré le rôle crucial de l'indépendance du conseil dans la quête d'une « bonne gouvernance », le concept reste vague et se prête à plusieurs définitions. Il devient parfois pratiquement synonyme de « désintéressé », d'« administrateur externe », de « non relié », de « non membre de la direction »

Ainsi, en raison de l'impossibilité de mettre en œuvre une définition juridique de l'indépendant de l'administrateur du fait de son caractère subjectif, certains auteurs le définissent à partir d'un critère intellectuel et un critère matériel. Le critère intellectuel signifie pour ces auteurs que l'administrateur indépendant doit avoir un état d'esprit c'est à dire qu'il doit être impartial mais également avoir une formation. Alors que le critère matériel signifie que l'administrateur doit être libre d'intérêt. D'autres auteurs quant à eux utilisent les critères formels ou encore objectifs et les critères subjectifs ou comportementaux. Par conséquent on ne peut retenir une définition concrète de l'administrateur indépendant. C'est dans ce cadre que certains pays sont dotés de codes appelés codes de gouvernance des entreprises dans lesquels ils définissent les critères d'indépendance de l'administrateur ainsi que de ses missions. Il faut toutefois préciser que ces codes n'instituent pas une nouvelle réglementation mais consistent tout simplement à une mise en œuvre des règles par les présidents des conseils d'administrations de différentes sociétés des pratiques dont l'adoption permettrait d'éradiquer les conflits d'intérêts entre associés. Tel est le cas en droit OHADA et

---

<sup>42</sup> Les Etats membres de la Communauté Économique et Monétaire des Etats de l'Afrique Centrale (CEMAC) : le

Cameroun, le Congo, le Gabon, la Guinée équatoriale, la République Centrafricaine et le Tchad.

<sup>43</sup> L'UEMOA est composée des Etats suivants : Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Togo.

à titre illustratif l'on peut citer le Code de Gouvernance des Entreprises du Sénégal confié à l'Institut Sénégalais des Administrateurs (ISA).

Pour définir sommairement ce qu'est un administrateur indépendant, nous allons nous référer à D. SZAFRAN qui définit ce type d'administrateurs comme des « *administrateurs non-exécutifs, qui sont par ailleurs indépendants de l'actionnaire et en particulier de l'actionnaire de contrôle* »<sup>44</sup>. Le même auteur qualifie l'administrateur non-exécutif d'administrateur « *n'exerçant pas de fonction de direction* »<sup>45</sup>. Cette définition est toutefois incomplète, nous devons donc y apporter quelques précisions.

Premièrement, une différence doit être faite entre ce qu'on entend par administrateurs « exécutifs », et « non exécutifs ». L'AUPC ne définit pas expressément ce qu'est un administrateur exécutif mais nous pouvons toutefois présumer la qualité de membre exécutif du conseil d'administration « *de tout administrateur qui est membre du comité de direction visé aux articles et tout administrateur qui s'est vu déléguer la gestion journalière de l'entreprise* ». De plus, la recommandation 2005/162/CE de l'Union européenne précise dans son point 2.3 que tout membre de l'organe d'administration de la société et chargé de sa gestion quotidienne est considéré comme administrateur exécutif<sup>46</sup>.

De manière générale, les administrateurs exécutifs sont plus des membres « actifs » du conseil d'administration et ont pour rôle la gestion concrète de la société ; les administrateurs non exécutifs, quant à eux, ont plus une fonction de surveillance des décisions et opérations qui sont l'œuvre des membres exécutifs du conseil. A ce stade de notre propos, nous nous limiterons à écrire que les administrateurs indépendants, de par leur neutralité, ont une fonction de supervision et qu'ils donnent des avis au conseil d'administration dans toute une série de domaines, que nous aurons l'occasion d'explicitier<sup>47</sup>.

En définitif on peut retenir qu'« un administrateur est indépendant lorsqu'il est libre de tout lien professionnel, familial, ou autre à l'égard de l'entreprise, des actionnaires contrôlant, du management... qui pourrait créer un conflit d'intérêt et de pervertir sa liberté de jugement ».

---

<sup>44</sup> D. SZAFRAN, « Les conflits d'intérêts au sein des groupes de sociétés et la notion d'administrateur indépendant », in *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 49.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 ter C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2011, p. 53.

<sup>47</sup> Les administrateurs indépendants, mémoire réalisé par Jérôme Dory, 2013/2014, 70.p

**Cette étude dont le contenu tentera d'éclairer la question de l'utilité des administrateurs indépendants en droit OHADA, n'est pas sans intérêt.**

En effet, malgré l'absence de définition univoque, l'admission des administrateurs indépendants est d'une grande importance dans les entreprises à l'heure actuelle. Leur contribution a permis de poursuivre le mouvement engagé pour un fonctionnement plus indépendant des conseils d'administrations. Ainsi, la mise en place des comités d'audit et des comités d'étude permettent la prise de bonnes décisions et la prévention des risques qui peuvent entraver le fonctionnement normal de l'entreprise. En conséquence peu importe la structure formelle de direction, conseil de direction et de surveillance ou conseil d'administration, la protection des intérêts des actionnaires et des tiers intéressés rend nécessaire un contrôle effectif et efficient de son fonctionnement, contrôle qui est censé passer en interne par la présence de personnes indépendantes au sein de l'entreprise.

En somme, aborder le sujet des administrateurs indépendants en droit de l'OHADA, c'est préciser, finalement, dans cette étude, la problématique du rôle de ces administrateurs au sein de l'entreprise. Ainsi, de l'analyse de l'Acte Uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales, il résulte que les administrateurs indépendants occupent une place centrale dans le fonctionnement de la société. C'est ainsi qu'il sera envisagé dans notre réflexion, d'une part, l'utilité des administrateurs indépendants en droit OHADA (**première chapitre**) et, d'autre part, que cette utilité est à relativiser, parce que parfois contestée (**seconde chapitre**).

## **Chapitre1 : L'utilité des administrateurs indépendants dans les SA**

Le législateur OHADA, conscient des enjeux et des conséquences néfastes que peuvent engendrer les sociétés en difficultés, en a pris acte dans le nouvel AUPC en faisant obligation aux sociétés cotées en bourse de se doter de comités composés d'une nouvelle catégorie de dirigeants : ceux qu'on appelle les administrateurs indépendants. En effet, les sociétés cotées étant des sociétés de grandes envergures ont besoin de représentants de confiance pour gérer la transparence de gestion de l'entreprise (**Section I**). Mais également, d'assurer la sécurité interne et externe de l'entreprise (**Section II**).

### **Section1 : Des organes garantissant la transparence dans la gestion de l'entreprise.**

Le conseil d'administration qui est au centre des prises de décisions et du système de contrôle de l'entreprise, joue un rôle fondamental dans le gouvernement d'entreprise. On s'attend à ce que l'incorporation des administrateurs indépendants dans le conseil d'administration facilite et améliore le contrôle comptable et financier (**Paragraphe I**), pour assurer les intérêts des investisseurs. Mais aussi, l'insertion d'organes consultatifs et de prévoyances des difficultés (**Paragraphe II**).

#### **Paragraphe1 : la consécration d'un organe de contrôle comptable et financier: le comité d'audit**

Le conseil d'administration, élu directement ou indirectement par les actionnaires lors de l'assemblée générale des actionnaires, doit assurer, d'une part, la réalisation des objectifs de l'entreprise et, d'autre part, la surveillance des activités opérationnelles du management relatives à ces objectifs. Mais, au fil des années, les missions opérationnelles du conseil d'administration et son pouvoir de contrôle ont été confondus. D'où la mise en place d'un comité d'audit (**A**) pour clarifier la situation, et cela encore plus à l'intention des tiers<sup>48</sup>. Les missions de ce comité sont d'une grande envergure dans la bonne gestion des entreprises modernes (**B**).

#### **A Les raisons d'être du comité**

Comme souvent, les recommandations et les directives trouvent leur origine dans un cas de fraude ou encore dans un changement des circonstances, il en va de même pour la demande de

---

<sup>48</sup> **micHEL j. de samblanx** comités d'audit et corporate governance, p. 90

la création de comités d'audit. Tant le management que les personnes qui l'assistent et le conseillent ne bénéficient plus du crédit dont ils ont pu jouir dans le passé. Des scandales nombreux, des magistrats zèles, les juristes, les journalistes n'ont guère épargné les dirigeants et les grands patrons des entreprises. Ceci se traduit par des exigences de normes plus strictes en matière de rapports financiers, ainsi que par un cadre réglementaire régissant la conduite des entreprises et l'audit. Des dirigeants d'entreprise interpellés par l'opinion publique, des pratiques douteuses de management, des rapports financiers ambigus manquant de clarté et le niveau exorbitant de certaines indemnités d'administrateurs expliquent que l'on s'interroge de plus en plus sur la manière dont les administrateurs et les membres de la direction s'acquittent de la mission reçue des actionnaires. Par ailleurs, l'opinion publique est beaucoup plus sensibilisée que jadis aux problèmes d'éthique et d'environnement, situant dans une perspective sociale plus vaste la responsabilité de toutes les personnes impliquées dans l'entreprise. Enfin, la vie économique se complexifie sans cesse. C'est dans ce contexte que, le gouvernement d'entreprise est appelé à jouer un rôle de plus en plus important en réservant une tâche spécifique aux administrateurs indépendants et au comité d'audit.

Les comités d'audit, hier encore rares et embryonnaires, se multiplient dans l'espace OHADA. Ce phénomène s'explique par l'impulsion donnée par les textes de référence, notamment du nouveau AUSC, et surtout par la nécessité ressentie par les dirigeants de mettre tout en œuvre pour donner l'assurance aux actionnaires et aux parties prenantes en général que l'organisation est bien sous contrôle. Or, la présence d'un comité d'audit indépendant, actif et compétent est l'un des garants du maintien d'un environnement de contrôle efficace. C'est ainsi que la création de ce comité relève de la directive Européenne du 17 Mai 2006 relative à la mise sur pied d'un Comité Spécialisé chargé de suivre l'élaboration et le contrôle des informations comptables et financières pour toutes les entités d'intérêt privé. Elle a été par la suite transposée en droit Français par l'ordonnance du 8 Décembre 2008. Mais, il faut noter que les comités d'audit existent aux Etats-Unis depuis 1940, date à laquelle la SEC<sup>49</sup> en a recommandé la création dans les entreprises cotées. Ainsi, depuis le vote de la loi Sarbanes Oxley<sup>50</sup>, les Comités d'Audit sont obligatoires dans ces entreprises et leurs compétences ont

---

<sup>49</sup> Securities and Exchange Commission

<sup>50</sup> Le gouvernement américain a souhaité renforcer, suite aux scandales des affaires Enron et Worldcom, les règles sur le gouvernement d'entreprise avec le vote de la loi Sarbanes-Oxley (LSO) par le Congrès en juillet 2002. La loi a pour objectif de créer les conditions du retour à la confiance dans les marchés et à renforcer la protection des investisseurs. Toutes les sociétés cotées, américaines ou non, sont

été élargies, en particulier à la responsabilité directe du choix, de la désignation, de la rémunération et de la supervision des auditeurs. En droit OHADA, c'est avec l'AUSC de 2014 qu'aît apparu la notion à l'article 829-1 al2 qui dispose que « le comité d'audit est exclusivement composé d'administrateurs non-salariés de la société ou n'exerçant aucun mandat de président directeur général, directeur général ou directeur général adjoint au sein de la société. Le conseil d'administration s'assure de la compétence des administrateurs qu'il nomme membre du comité d'audit ». De cette disposition il convient de retenir que les membres du comité d'audit, par ailleurs dotés d'un certain niveau de compétence devraient être choisis parmi les administrateurs à l'exclusion de ceux qui exercent des fonctions de direction. A s'en tenir à l'esprit du texte, on pourrait raisonnablement soutenir qu'un président, dissocié du conseil d'administration devrait pouvoir faire partie du comité d'audit. Le législateur OHADA impose par ailleurs une condition de compétence. Cependant il laisse à la discrétion du conseil d'administration le choix pour déterminer le niveau de connaissance ou de compétence dont doit disposer un administrateur pour être membre d'un comité d'audit. Mais au regard des missions généralement assignées au comité d'audit, tout laisse à croire que l'évaluation des candidats à un tel comité devrait plutôt porter sur leurs connaissances en matière financière ou comptable. On peut noter, pour le regretter, un silence législatif quant au nombre d'administrateur devant composer le comité d'audit ou encore le nombre devant disposer de compétences spécifiques pour que le comité d'audit soit valablement constitué. Qu'en est-il de ses attributions.

## **B Les attributions du comité d'audit**

L'article 829-1 al 3 AUSC précise les missions essentielles du comité d'audit. Ainsi se voit-il confier la mission générale d'assurer le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières. Le législateur détaille sans exhaustivité le contenu de cette mission : procéder à l'examen des comptes, assurer le suivi du processus d'élaboration de l'information financière, de l'efficacité des systèmes de contrôle interne de gestion des risques, émettre un avis sur les commissaires aux comptes proposés à la désignation. Ainsi, c'est à travers ses attributions que se détermine l'efficacité même de ces

---

concernées par la LSO, quel qu'ait été le secteur d'activité, dès qu'elles s'enregistrent auprès de la Securities and Exchanges Commission (SEC) en conformité avec la loi Securities Exchange Act (SEA) de 1934. La loi Sarbanes-Oxley impose aux présidents d'entreprises cotées aux États-Unis la certification des comptes auprès de la SEC, ainsi que des obligations strictes en matière de communication financière.

autorités au sein de l'entreprise. Nous procéderons dans le cadre de cette étude à l'analyse point par point de ces différentes fonctions du comité d'audit.

Le rôle le plus important du comité d'audit est de superviser le processus de présentation des informations financières. Les éléments clés sont la vérification et l'analyse des états financiers annuels afin de déterminer si ces états sont complets et cohérents avec les informations opérationnelles que possèdent les membres du comité d'audit. Toutefois, les responsabilités du comité en matière de présentation des informations financières ne s'arrêtent pas là. Il doit également comprendre et bien appréhender les systèmes et les processus utilisés lors de l'élaboration des états financiers, contrôler les éléments comptables en tenant compte des récentes préconisations émanant des organes réglementaires et des corps professionnels, et saisir leur impact sur les états financiers, interroger la direction, les auditeurs internes et externes sur les risques majeurs, le degré d'exposition aux risques et les plans qui permettent de minimiser ces risques, tenir des réunions avec la direction et les auditeurs externes pour vérifier les états financiers et les conclusions de l'audit, considérer la façon dont la direction traite les ajustements identifiés et proposés par les auditeurs externes. Les membres du comité accomplissent tout cela au mieux à travers des réunions soigneusement préparées en considérant avec attention les états financiers provisoires et les autres informations fournies. Mais aussi par des discussions menées en toute franchise avec la direction et les auditeurs. Lors de la réalisation de ces activités, le comité d'audit doit se concentrer sur des questions spécifiques telles que les principes comptables, les domaines où il existe une part de subjectivité et qui impliquent du discernement, les changements significatifs et les parties rédactionnelles du rapport financier. En effet, il est du ressort des comités d'audit de comprendre les principes comptables significatifs suivis par l'entreprise et d'évaluer s'ils sont raisonnables et adaptés aux circonstances. Pour cela, ils doivent s'adresser à la direction et aux auditeurs externes pour identifier les changements de principes comptables adoptés par l'entreprise. Deux sortes de changements peuvent survenir ceux commandés par les nouvelles réglementations ou normes comptables et ceux sur lesquels la direction générale a le pouvoir de décision. Le comité doit être certain que ses membres sont informés des changements de normes comptables ou de présentation des informations financières dans un délai suffisant pour permettre l'intégration des nouvelles règles lorsqu'ils contrôlent les états financiers. Une discussion peut être initiée par la direction, les auditeurs externes ou les deux, à propos des normes comptables nouvelles qui affecteront pour la première fois l'entreprise cette année ; des normes comptables nouvelles qui auront un premier impact au cours des prochaines années ; des normes en projet qui, une fois adoptées, pourraient avoir un impact sur les états

financiers de l'entreprise. Ainsi, la direction peut choisir de modifier les principes comptables suivis, pour un certain nombre de raisons notamment d'un changement survenant dans la façon dont l'entreprise mène ses activités, ou un sujet particulier prenant de l'ampleur ou bien encore la nécessité d'être en ligne avec les pratiques courantes sectorielles.

Cependant, certaines entreprises adoptent de nouveaux principes comptables pour masquer une détérioration de leurs résultats ou pour faire en sorte d'atteindre leurs objectifs de résultats. Le comité d'audit doit examiner soigneusement le raisonnement de la direction concernant tous les changements pour lesquels cette dernière détient un pouvoir décisionnaire et les préoccupations du comité seront de savoir les raisons d'un tel changement ainsi que l'impact de ce changement sur le résultat de l'exercice courant et des prochains exercices. Mais également, l'impact du changement sur la structure de l'endettement de l'entreprise et l'effet sur les plans de la rémunération et des primes des dirigeants. Enfin, la méthode adoptée par les principaux concurrents de l'entreprise et si ce changement consiste à adopter la meilleure méthode, pourquoi n'a-t-elle pas été proposée avant. Les états financiers des entreprises cotées et les principes comptables sous-jacents sont soumis à un examen minutieux de la part des analystes financiers, du législateur, des investisseurs et des médias. Ensuite, il y a également la nécessité pour le comité de s'acquiescer des domaines qui nécessitent du discernement. En effet, ces domaines peuvent concerner par exemple de l'évaluation de l'actif et du passif. L'évaluation de ces derniers peuvent avoir une incidence significative sur les profits annoncés par l'entreprise et doivent, par conséquent, être soigneusement examinés par le comité d'audit. Le comité d'audit peut, grâce à ces informations et à sa connaissance de la performance opérationnelle de l'entreprise, juger du degré d'acceptabilité des estimations à enregistrer dans les états financiers et prendre une décision en toute connaissance de cause. Le comité doit également analyser le rapport de gestion établi par le conseil d'administration. En effet, le conseil d'administration établit un rapport de gestion dans lequel les administrateurs rendent compte de leur gestion. Par sa position privilégiée, le comité d'audit peut jouer un rôle important à propos des informations publiées dans le rapport de gestion. Le rapport du commissaire-reviseur ne porte pas nécessairement de jugement sur toutes ces données. Selon certains auteurs, il existe un équilibre précaire dans le rôle joué par le comité d'audit à l'égard des aspects opérationnels d'une entreprise. Le comité d'audit ne peut, en sa qualité jouer un rôle de supervision de l'efficacité du management opérationnel ou de l'élaboration de décisions politiques. Cependant, le comité d'audit peut parfaitement montrer du doigt des risques ou des points faibles dans le management, pour ce qui est du traitement des informations qui sous-tendent

ces décisions<sup>51</sup>. A cet égard, le comité d'audit peut aussi consacrer une attention particulière au plan stratégique de l'entreprise, ainsi qu'à tous les autres grands projets pour lesquels le conseil d'administration doit prendre des décisions sur la base de prévisions, de projets, de perspectives et d'hypothèses. Dans la mesure où le comité d'audit serait appelé à remettre à l'assemblée générale un rapport dans lequel il déclarerait ne pas être en possession d'informations internes révélant des opérations étrangères au but social, les actionnaires obtiendraient des assurances supplémentaires non seulement en matière d'information financière, mais aussi en ce qui concerne l'objet même de l'entreprise<sup>52</sup>. Cette mission constituerait toutefois un élargissement important de la tâche et des responsabilités du comité d'audit vis-à-vis de ce qui est actuellement accepté de commun accord. Dans un certain nombre de pays, les entreprises cotées doivent diffuser certaines informations supplémentaires sur les risques et les résultats de l'entreprise tels que le rapport de gestion aux États-Unis et en France. Dans d'autres pays, ce rapport de gestion peut être intitulé commentaire de la direction ou revue annuelle. Quelle que soit la forme que revêtent les informations financières, le comité d'audit doit les vérifier et contrôler d'autres sections du rapport annuel avant sa publication et déterminer si l'information fournie par l'entreprise est suffisante et cohérente avec les états financiers ainsi qu'avec les événements, tels que le comité les a compris. Les membres du comité doivent également veiller à ce que les informations publiées soient conformes aux réglementations. Le comité peut interroger les auditeurs externes et le responsable de l'audit interne pour déterminer si les informations décrites sont adéquates et cohérentes avec les états financiers et leur compréhension des opérations de l'entreprise<sup>53</sup>.

Enfin, la désignation des Commissaires aux Comptes par le Comité d'Audit semble également souhaitable pour parvenir à une réelle maîtrise des risques par les administrateurs tels que l'atteste l'AUSC. Et en France, l'ordonnance du 8 Décembre 2008 semble en retrait et émet uniquement « une recommandation sur les Commissaires aux Comptes proposés à la désignation par l'Assemblée Générale ou l'organe exerçant une fonction analogue »<sup>54</sup>.

Etant une consécration dont l'obligation est faite pour toutes les sociétés cotées en bourses, par contre tel n'est pas le cas pour les comités dits consultatifs.

---

<sup>51</sup> Vinten & Lee, 1993, p. 16.

<sup>52</sup> De Samblanx, 1993, p. 6

<sup>53</sup> Cahier de la recherche, l'efficacité des comités d'audit, MAI 2002, p.13 à 28

<sup>54</sup> Thèse présentée le 30 Juin 2016 par Smahane MADHAR Pour l'obtention du titre de Docteur en Sciences de Gestion Corporate Gouvernance et Performance des Entreprises : Cas des Emetteurs Marocains 367 page

## **Paragraphe2 : la consécration d'un organe consultatif et de prévoyance des difficultés : les autres comités**

Lorsque cela est nécessaire, l'organe légal d'administration notamment le CA constitue des comités consultatifs spécialisés chargés d'analyser des questions spécifiques et de le conseiller en la matière afin de renforcer l'efficacité de la surveillance et du contrôle des activités, du fonctionnement et du profil de risque de l'établissement. La constitution de ces comités ne peut vider le rôle de l'organe légal d'administration de sa substance. La prise de décision relèvera toujours du conseil d'administration, qui agit en collège pour l'exercice de ses pouvoirs. C'est dans ce cadre que l'AUSC a prévu la création facultative de comités d'étude. Mais d'autres comités peuvent également être prévus notamment en droit français ou il est permis au conseil d'administration de créer un comité de nomination et de rémunération. Les raisons de ces comités **(A)** ainsi que leur rôle principal de conseiller **(B)** feront l'objet des développements suivants.

### **A Les raisons d'être de ces comités**

La mise en place de ce comité peut être stratégique et s'avère particulièrement importante pour certaines sociétés telles que les entreprises à fort enjeu stratégique ainsi que les grands groupes. Cela est plus visible dans le secteur bancaire. En effet, le rôle et les responsabilités qui sont attendues d'un administrateur d'un établissement se sont considérablement développés sous la pression des crises financières et des risques que ces établissements peuvent faire courir pour la stabilité du système financier. Ceci va de pair avec une augmentation sans précédent de la technicité et du volume des différentes matières intervenant dans le processus de décision du secteur bancaire. Ainsi, à côté du comité d'étude prévu par l'AUSC on retrouve en France les comités de nomination et de rémunération. Le comité de rémunération mis en place à cause de la crise de 2008 en raison des indemnités de départ parfois mirobolantes de certains dirigeants qui ont pu susciter les plus vives controverses, qui ont elles-mêmes été un terreau propice aux initiatives en tout genre visant à limiter les éventuels abus. C'est donc la loi du 6 avril 2010 sur le renforcement du gouvernement d'entreprise dans les sociétés cotées et les entreprises publiques autonomes et visant à modifier le régime des interdictions professionnelles dans le secteur bancaire et financier qui déclare la mise sur pied d'un comité de rémunération dans les sociétés cotées. Cette loi prend en compte les recommandations de l'Union Européenne et celles du Code des sociétés français de 2009. Il y a également le comité de nomination composé d'une majorité

d'administrateurs non-exécutifs indépendants. Ces deux comités peuvent être regroupés en un seul comité mais les conditions de constitution seront alors les plus sévères selon le Code français des sociétés de 2009. En effet, ce comité répondra aux exigences de composition du comité de rémunération, il sera donc constitué d'une majorité d'administrateurs indépendants.

La création de ces comités consultatifs relève spécifiquement du conseil d'administration, qui détermine leur composition et fixe leurs attributions. Ainsi, si le législateur OHADA habilite le président du conseil d'administration à soumettre, à l'examen des comités d'étude, les questions entrant dans leurs champs de compétence, il n'a aucun pouvoir pour décider de la création de ces comités ni pour fixer leurs compositions et la nature de leurs attributions. Il n'appartient pas non plus à l'assemblée des actionnaires de prendre une quelconque décision dans ce domaine. Ses missions sont réalisées sous la direction du conseil d'administration. Il en ressort que toute clause statutaire tendant à restreindre les pouvoirs du conseil dans ce domaine devraient être frappée de nullité. Composés d'administrateurs indépendants, le comité d'étude a un caractère purement interne à la société et ne dispose d'aucun pouvoir propre à l'égard des tiers. C'est dans ce cadre que ses membres répondent de toutes les fautes commises dans l'accomplissement de leurs missions. Ils engagent leurs responsabilités dans les conditions du droit commun s'ils ne respectent pas les limites de leurs attributions bien qu'il exerce leurs activités sous la responsabilité du conseil d'administration. Mais, lorsqu'ils n'auraient pas excédé les limites de leurs missions, étant préposé du conseil d'administration les membres du comité n'engageraient pas leur responsabilité mais celle de leur commettant, le conseil d'administration. Par ailleurs, s'ils se comportent comme des personnes investies d'un pouvoir de décision les membres non administrateurs sont susceptibles d'être qualifiés de dirigeants de fait. Les administrateurs membres du comité d'étude sont responsables vis-à-vis du conseil, de l'accomplissement des missions confiées. Néanmoins, en tant qu'administrateur, il encourt les mêmes responsabilités vis-à-vis des tiers et des actionnaires que tout membre du conseil. Ils ne bénéficient qu'une fonction de conseiller pour membres du conseil d'administration.

## **B Une mission principale de conseiller**

Il revient au conseil d'administration de déterminer les attributions du comité d'étude dont le rôle ne peut empiéter sur le pouvoir des organes sociaux. Les missions qui leurs sont confiées ont un caractère consultatif et sont essentiellement destinées à recueillir un avis. Toute décision doit être prise par l'autorité compétente de la société qui n'est pas liée par l'avis

rendu par ce comité. Les comités d'études se trouvent souvent être des organes au sein desquels, s'analysent les différentes situations susceptibles d'être rencontrées dans le cadre des activités habituelles. Il n'est pas non plus rare de voir un conseil d'administration décider de soumettre à l'expertise d'un comité d'étude des dossiers spécifiques dans l'espoir de recueillir des solutions appropriées ou nécessaires à la prise de décision indispensable à la survie d'une entreprise. Le rôle dévolu à ces comités peut concerner des domaines variés leurs conclusions doivent pouvoir servir de support aux projets soumis aux organes de décision auxquels ils ne peuvent se substituer.

Dans le contexte de requérir une certaine professionnalisation du conseil d'administration, qui doit se marquer non seulement au niveau des profils de ceux qui en font partie, mais aussi de leur degré d'implication et d'indépendance dans l'exercice de leur mandat ; qu'en France le comité de nomination évalue, tant pour l'organe légal d'administration dans son ensemble, que pour chacun des administrateurs qui en font partie, le niveau de connaissance, d'implication, de disponibilité et d'indépendance d'esprit requis, compte tenu des caractéristiques de l'établissement. À cette fin, ce comité joue un rôle crucial dans la désignation et la recommandation de candidats pour pourvoir les postes vacants au sein de l'organe légal d'administration. En fonction de l'évolution de l'établissement et de son environnement, le comité de nomination doit identifier les besoins de l'organe légal d'administration et définir le profil adéquat recherché pour y répondre. À cet égard, le comité doit tenir compte notamment de la manière dont les connaissances, les compétences, la diversité et l'expérience au sein de l'organe légal d'administration sont réparties. En ce qui concerne plus particulièrement la diversité, le comité fixe un objectif chiffré pour la représentation du sexe sous-représenté dans l'organe d'administration et élabore par ailleurs une politique globale de diversité.

Quant au comité de rémunération il examine si les incidents créés par la politique de rémunération, y compris le système de promotion, ne sont pas de nature à conduire à des prises de risques excessives au sein de l'établissement ou à des comportements poursuivant d'autres intérêts que celui de l'établissement et de ses parties prenantes. Les politiques de rémunération ne peuvent davantage induire des conflits d'intérêts, notamment au détriment de la clientèle à qui seraient proposés certains produits. Le comité de rémunération peut, d'autre part, se baser sur des informations apportées par le comité des risques pour proposer des modifications à la décision de l'organe légal d'administration en matière de rémunération variable. En effet, ce comité est chargé de formuler des propositions au conseil d'administration sur la politique de rémunération générale et individuelle des « membres

dirigeants » de la société, il s'occupe de préparer le rapport de rémunération et il a pour mission de commenter celui-ci lors de l'assemblée générale annuelle des actionnaires.

Organisés au tour de comités, les administrateurs indépendants, en plus de jouer un rôle fondamental en matière de transparence de la gestion de l'entreprise, sont également des régulateurs en matière de sécurité aussi bien interne qu'externe à la société.

## **Section 2 : une autorité garantissant la sécurité interne et externe de l'entreprise**

La société étant composée d'actionnaires majoritaires et d'actionnaires minoritaires, ces derniers, étant dans une situation souvent de faiblesse peuvent voir leurs droits bafoués par les majoritaires. Ainsi, d'une part, la nomination au sein du conseil d'administrateurs indépendants participe à réguler ces conflits d'intérêt entre associés (paragraphe 1). D'autre part, ils peuvent garantir une très grande sécurité aux investisseurs qui ignore des fois des décisions prises par les dirigeants. Par leur biais ces derniers garantissent l'information continue de toute décision prise au sein de l'entreprise (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : un organe de régulation des conflits d'intérêt**

La survie de la société commerciale, entité économique, est conditionnée par la soumission de ses différents organes au respect de l'intérêt social. Tous les associés manifestent ainsi un intérêt convergent : partager loyalement la richesse sociale. Cette communauté d'intérêts unit les associés et assure le bon fonctionnement de la société. En revanche, le mécanisme sociétaire se grippe lorsqu'un associé ou un dirigeant choisit de satisfaire son intérêt personnel, contraire à l'intérêt commun ou à l'intérêt social. Cette situation donne alors naissance au conflit d'intérêt qui peut revêtir deux formes. Il épouse une forme verticale lorsqu'il vient affecter les rapports entre les associés et le dirigeant ou entre ce dernier et la société elle-même. Et il prend une forme horizontale lorsqu'il vient perturber le jeu des relations entre associés. Ces différentes manifestations des conflits d'intérêts emportent pour effet commun de porter atteinte à l'intérêt social et causent préjudice aux associés (**A**). Malgré la diversité des règles qui les concernent en droit OHADA, ils n'y sont appréhendés que de façon parcellaire. Pourtant, la nocivité de ces conflits réclame des règles générales qui conjuguent à la fois prévention et sanction. L'instauration d'une autorité indépendante

dépourvue d'intérêt personnel peut constituer une prévention à la survenance de ces conflits d'intérêt (B).

## **A L'identification des situations de conflits d'intérêt dans la société**

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. Partons de l'excellente définition du conflit d'intérêts donnée en France par le professeur Dominique Schmidt : « Un conflit d'intérêts prend naissance lorsqu'une même personne poursuit deux ou plusieurs intérêts et lorsque ces intérêts sont contradictoires. »<sup>55</sup> Cette définition peut être complétée par une seconde que nous emprunterons au recteur à la recherche de l'Université Laval : « Le conflit réel est une situation dans laquelle une personne s'expose à privilégier son intérêt particulier ou celui de ses alliés (liens de parenté, d'amitié ou d'affaires) au détriment d'un autre intérêt qu'elle a pour fonction ou pour mandat de préserver. »<sup>56</sup> Comme la précédente, la portée de cette définition excède les fonctions de son objet premier qui est la prévention des conflits dans les seules universités. La question des conflits d'intérêts est une question majeure du droit des affaires. Celui-ci tend à privilégier la loyauté, la transparence. Or les conflits d'intérêts sont vecteurs de déloyauté. Par ailleurs, s'ils ne sont pas révélés, ils portent atteinte et souvent de manière très sensible à l'exigence de transparence. L'affaire *Enron* aux États-Unis a illustré la nocivité des conflits d'intérêts et leur contribution à l'échec de l'entreprise. Ainsi, les situations de conflits peuvent découler de privilèges indus ou de marchés attribués indûment à une société tierce qui détient une part importante dans la société. Elles peuvent aussi découler de pratiques abusives qui peuvent être le fait aussi bien de la majorité que d'une minorité d'actionnaires. L'abus de majorité est caractérisé par le fait que les associés majoritaires prennent une décision à laquelle la minorité

---

<sup>55</sup> Dominique Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 2e éd., Paris, Éditions Joly, 2005.

<sup>56</sup> Raymond J. Leblanc, *Conflits d'intérêts* [Ressource électronique], en ligne : <[http:// adaruq.org/coll\\_passes/2006/raymond\\_leblanc.pdf](http://adaruq.org/coll_passes/2006/raymond_leblanc.pdf)> (site consulté le 10 mars 2010)

est opposée parce que contraire à ses intérêts et non justifiée par l'intérêt social<sup>57</sup>. 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<sup>58</sup>. 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. Ils peuvent découler également de la rémunération des dirigeants. En effet, le sujet de la rémunération des dirigeants est le terrain de nombreux conflits d'intérêts potentiels. Les situations rencontrées sont assez classiques. Le dirigeant peut être tenté de satisfaire un intérêt personnel au travers de l'attribution d'une rémunération pouvant paraître excessive au regard de l'intérêt social et en fonction du contexte dans laquelle elle est versée. Cette rémunération peut être perçue comme étant décidé aux dépens de l'intérêt des actionnaires qui sont, eux, à la recherche d'un intérêt opposé, celui de la maximisation de leur investissement. Pour atténuer ce conflit d'intérêt, il est souvent fait référence à la théorie de l'agence, selon laquelle les dirigeants sont des agents qui ont vocation à gérer l'entreprise avec l'objectif de créer de la richesse pour les actionnaires à travers la distribution de dividendes et l'augmentation de la valorisation de la société. Ainsi, la rémunération qui sera versée au dirigeant devra être en parfait accord avec la communauté des actionnaires. Mais, cette situation reste parfois théorique, puisqu'en pratique les dirigeants peuvent être portés à vouloir maximiser leur propre rémunération<sup>59</sup>. De telles considérations devraient inciter au développement d'une politique générale d'éradication de ces conflits. Pour autant, le droit des affaires ne contient qu'assez peu de règles concernant les conflits

---

<sup>57</sup> Article 130 AUSC

<sup>58</sup> Article 131 AUSC

<sup>59</sup> Jean-Yves Trochon, les conflits d'intérêts : aspects de gouvernance, 7.p

d'intérêts. C'est dans ce cadre de réduction des conflits d'intérêts que le législateur OHADA exige 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 pour leurs validités. Mais aussi avec l'institution de l'administrateur indépendant, l'on observe une diminution des conflits grâce au contrôle qu'ils exercent envers les dirigeants.

## **B L'encadrement des conflits par les administrateurs indépendants**

D'une part le fait est que l'intérêt de l'actionnaire majoritaire peut entrer en conflit avec ceux de la société ou des minoritaires<sup>60</sup>. Une société contrôlée est certes mieux gérée qu'une société incontrôlée, parce que les intérêts patrimoniaux de l'actionnaire majoritaire convergent avec ceux de la société, ce qui réduit les "coûts d'agence". Mais en contrepartie, la situation est porteuse de conflit d'intérêts, notamment lorsque l'actionnaire majoritaire a des intérêts dans d'autres sociétés qu'il pourrait avantager ou lorsqu'il souhaite "racheter" les minoritaires. Ces hypothèses se rencontrent particulièrement dans les groupes de sociétés. Il semble alors que les administrateurs indépendants, au sein des conseils des sociétés contrôlées, sont les seuls à pouvoir se prononcer sur le caractère équitable des opérations décidées par la société contrôlant<sup>61</sup>. Dans toutes les sociétés, y compris lorsque l'actionnariat est très dispersé, la présence de l'administrateur indépendant peut améliorer la procédure très formelle des conventions réglementées et pallier l'absence de contrôle de certaines conventions, notamment les opérations qui, par nature, échappent à ce contrôle, par exemple la détermination de la rémunération des dirigeants qui n'est pas aujourd'hui considérée comme une convention. C'est le sens des comités des rémunérations<sup>62</sup>. D'autre part la lecture de l'acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales nous renseigne sur le mode de désignation du président directeur général de la société anonyme. En ce sens que ce sont les administrateurs qui désignent le président. Néanmoins, en réalité les choses ne se passent pas toujours ainsi. Bien souvent c'est le contraire qui se passe et c'est le président qui en pratique choisit les administrateurs. De ce fait, les administrateurs ne peuvent avoir une indépendance suffisante envers le président à qui ils doivent leur nomination au sein du conseil. C'est cette réalité que devrait changer la pratique des administrateurs indépendants. Ainsi, la présence au sein des conseils d'administration de professionnels qualifiés et son ouverture à des personnes

---

<sup>60</sup>D. Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme : Bull. Joly, 2004.

<sup>61</sup>Cf. AMF, Rapport du groupe de travail sur l'évaluation financière indépendante, 2005.

<sup>62</sup> Estelle Scholastique l'administrateur indépendant, quelle indépendance ? p.4

extérieures à la société est censée permettre de contrebalancer l'omnipotence du président. Du fait de leur indépendance, ces administrateurs seraient en meilleure posture que les autres pour critiquer le président de la société. Ils pourraient en outre, être mieux placés pour formuler des propositions pertinentes. Leur nomination est un gage d'impartialité et de sauvegarde des intérêts des actionnaires minoritaires. Ils apportent au conseil une assistance consistant à s'assurer du bon fonctionnement des organes de gouvernance de la société. Cet administrateur peut se voir confier une mission particulière de vigilance dans le domaine des conflits d'intérêts et assurer une fonction de garant de la bonne marche de la procédure de déclaration et d'instruction concernant le cas échéant ceux-ci. En effet, choisi parmi les administrateurs indépendants, il dispose d'une neutralité et d'une indépendance accrues au sein du conseil, dans la mesure où il peut notamment réunir les membres du conseil hors la présence du directeur général et ou du président. Son existence et ses pouvoirs n'ont rien de légal ou de statutaire, mais procèdent du conseil qui doit prévoir formellement dans son règlement intérieur ses missions, pouvoirs et prérogatives. Ainsi, en France l'Autorité des Marchés Financiers considère que l'intervention d'un administrateur indépendant est de nature à prévenir les conflits d'intérêts et recommande la création de ce dispositif, surtout quand les postes de président et de directeur général sont fusionnés. Dans son rapport 2009 sur le gouvernement d'entreprise, l'AMF a « invité les sociétés, lorsque des changements de gouvernance avaient lieu, à indiquer les dispositions adoptées par la société pour prévenir les éventuels conflits d'intérêts comme par exemple la désignation d'un administrateur référent. L'administrateur référent est de nature à prévenir les situations de conflits d'intérêts. Son statut est inspiré du modèle *anglo-saxon de Senior Independent Director*<sup>63</sup>. Un nombre croissant de grandes sociétés ont fait le choix ou envisagé de confier des fonctions spécifiques à un administrateur sur ce modèle, afin d'instaurer au sein du conseil d'administration un contre-pouvoir au président, directeur du conseil d'administration, qui cumule son mandat avec celui de directeur général. Un administrateur de référence a souvent en charge de traiter les situations de conflits potentiels apparents ou réels au sein du conseil. Il doit donc se montrer exemplaire en ce domaine. Il dispose d'une neutralité et d'une indépendance accrue au sein du conseil, dans la mesure où il peut notamment réunir les membres du conseil hors la présence du directeur général et/ou du président. Son existence et ses pouvoirs, impulsés par les codes de bonnes pratiques, n'ont rien de légal mais procèdent du conseil qui doit prévoir

---

<sup>63</sup> V. <http://www.iod.com/guidance/briefings/cgbis-role-of-the-Senior-Independent-Director-sid>.

formellement dans son règlement intérieur ses missions, pouvoirs et prérogatives<sup>64</sup>. Le code AFEP-MEDEF<sup>65</sup> prévoit bien la possibilité de nommer un administrateur référent mais ne reformule aucune recommandation particulière concernant ses fonctions : « lorsque le conseil décide de confier des missions particulières à un administrateur notamment avec le titre d'administrateur référent ou de vice-président, en matière de gouvernance ou de relation avec les actionnaires, ces missions ainsi que moyens et prérogatives dont il dispose, doivent être écrit dans le règlement intérieur ». L'AMF, préconise quant à elle, la nomination d'un administrateur référent en cas de cumul des fonctions de président du conseil d'administration et directeur général. Dans sa recommandation 2012-02<sup>66</sup>, elle précise : « la nomination d'un administrateur référent constitue un des pistes de réflexion intéressantes visant à prévenir d'éventuels conflits d'intérêts tout particulièrement en cas de cumul de fonctions de président du conseil et de directeur général. (...) En complément, il paraît nécessaire que cet administrateur soit indépendant et que la société publie un bilan d'activité de ce dernier afin que puisse être appréciés d'une part, la nature des diligences et missions conduite dans ce cadre et d'autre part, l'usage qu'il a pu faire des prérogatives qui lui ont été reconnues ». La notion d'indépendance en matière de pratique de gouvernance a fait l'objet de plusieurs travaux et études. Ces travaux révèlent que les administrateurs indépendants occupent une grande place dans la gouvernance d'entreprise. Leur présence dans le conseil d'administration renforce, dans un sens, l'objectivité dans les prises de décision compte tenu de leur impartialité. Selon Charreaux et Pito (1991), l'administrateur indépendant a l'entière liberté dans sa prise de décision. Son indépendance lui permet de donner des réponses appropriées aux problèmes de conflits d'intérêts qui pourraient exister entre les dirigeants et les actionnaires. Les administrateurs indépendants aident à un contrôle efficace des dirigeants par leur compétence, leur réputation en faveur de l'entreprise. Cela joue de façon positive à la performance de l'entreprise.

En résumé, la prévention des conflits d'intérêts est au cœur du système de gouvernance car est de nature à garantir la confiance des investisseurs et prévenir la survenance de scandales éthiques. Toutefois, les conflits d'intérêts ne concernent pas que, loin s'en faut, les seuls dirigeants et mandataires sociaux et il est donc attendu des entreprises qu'elles mettent aussi

---

<sup>64</sup> V. Commission Déontologie de l'IFA, note de synthèse Administrateurs et conflits d'intérêts 16 novembre 2010.

<sup>65</sup> V. code Afep-Medef, préc. 6.5

<sup>66</sup> V. AMF. recomm. 2012-05, pré. 2.5

en place des programmes de *compliance* afin d'identifier, prévenir et gérer les situations de conflits d'intérêts à l'instar des dispositifs de gouvernance.

## **Paragraphe2 : un organe garantissant la confiance des investisseurs**

Désormais, les investisseurs sont en permanence occupants de tout fait de l'entreprise, mais aussi de l'activité des dirigeants. Ce qui leur garantit une sécurité et une confiance considérable.

### **A Une confiance basée sur la transparence des transactions de l'entreprise**

L'administrateur indépendant a un rôle important à jouer dans ce domaine<sup>67</sup>. Même en l'absence de fraude, le marché (les actionnaires actuels et potentiels) peut en effet être trompé par les informations communiquées par la société. Un des objectifs du gouvernement d'entreprise est d'assurer un bon fonctionnement des marchés d'actions ce qui impose de défendre les intérêts de ceux qui y placent leur argent. Les investisseurs méritent très certainement que les informations qui fondent leur décision d'investissement soient fiables. Or, aujourd'hui, il est difficile de partager l'information de la "communication financière", laquelle semble plus relever du marketing que de la science comptable<sup>68</sup>. Les contrôles en place ayant démontré leur limite car ils reposent tous sur les données présentées par les dirigeants, l'administrateur indépendant pourrait ici être une sorte de contrôleur indépendant interne. Aussi, les actionnaires d'une société anonyme ne sont pas égaux. Ils ne disposent pas du même accès aux informations et n'ont pas tous des moyens leur permettant de suivre le travail des dirigeants. Ils ne peuvent tous peser de la même manière sur les stratégies adoptées et les résultats obtenus. En effet, un actionnaire de contrôle n'est pas dans la même situation qu'un actionnaire minoritaire. Le majoritaire est placé dans une situation qui lui permet de suivre le travail d'une direction qu'il a le pouvoir de nommer. Même si de la sorte la direction est alors davantage encadrée, le risque serait de voir l'actionnaire de contrôle privilégier ses intérêts par rapport à ceux de la société. Pour pallier à ce risque, la doctrine de la gouvernance

---

<sup>67</sup>B.Marois et P. Bompont, Gouvernement d'entreprise et communication financière : Economica 2004, p. 127. s

<sup>68</sup>Cf. Observatoire de la qualité comptable, Vade-mecum de l'administrateur membre d'un comité d'audit, janv. 2005, p. 8.

d'entreprise recommande la nomination au sein du conseil d'administration, d'un certain nombre de membres extérieurs à la direction et en présence d'un actionnariat de contrôle indépendant par rapport à ce dernier. Ces administrateurs ou ces membres du conseil d'administration auraient alors pour rôle de combler l'espace entre les actionnaires non informés et la direction qui, elle, est parfaitement informée, en surveillant cette dernière de plus près. Ils auraient aussi pour rôle d'éviter les conflits d'intérêts entre l'actionnaire de contrôle, la société et les actionnaires minoritaires<sup>69</sup>. Par ailleurs, le Guide de l'IACE indique que « cette indépendance est de nature à garantir sa liberté de jugement dans l'exercice de son mandat. L'administrateur indépendant veille à l'intérêt social de l'entreprise sans privilégier l'intérêt d'une catégorie particulière d'actionnaires par rapport à une autre et sans négliger les intérêts des autres parties prenantes<sup>70</sup> »

## **B Une confiance basée sur la transparence dans l'activité des dirigeants**

Les administrateurs indépendants par le biais des comités d'audits constituent une précaution efficace permettant une diminution des risques. Pour beaucoup d'entreprise, l'administrateur indépendant reste un moyen facile de se donner une bonne conscience et une image d'une meilleure transparence<sup>71</sup>. D'ailleurs, la création de ces comités est encouragée<sup>72</sup> en vue de renforcer le contrôle des actes des dirigeants pour une gouvernance performante des sociétés. En effet, l'extension de la mission du comité d'audit à la proposition des commissaires aux comptes devant être nommés par l'assemblée générale<sup>73</sup> viendrait paralyser toute manœuvre du dirigeant tendant à empêcher ou à retarder la désignation des commissaires aux comptes. La soumission au conseil d'administration ou à l'assemblée générale, selon le cas, du rapport sur des irrégularités constatées par le comité d'audit dans les comptes du dirigeant peut

---

<sup>69</sup> LAMBRECHT Ph, «L'adaptation en Europe du gouvernement d'entreprise», Petites affiches, 12 février 2004 n° 31, P. 5

<sup>70</sup> Article 2.1.2 paragraphe 2 du Guide de Bonnes Pratiques de Gouvernance des Entreprises Tunisiennes.

<sup>71</sup> D. LAMETHE, *Les paradoxes des administrateurs indépendants*, op. cit., p. 509.

<sup>72</sup> M. LÉGER, *Comment créer l'audit du XXIe siècle ? Quelques pistes de réflexion...*, préc., p. 27

<sup>73</sup> Art. 829-1 al. 3 de l'AUSCGIE révisé. V. aussi, O. AZIERES, *La réforme de l'audit aux Etats-Unis*, in *La Sécurité financière*, sous la dir. J. MONIER, Société de législation comparée, 2006, pp. 49-53 ; D. KLING, *Les réformes de l'audit : le droit français*, in *La Sécurité financière*, sous la dir. J. MONIER, Société de législation comparée, 2006, pp. 55-60.

favoriser une révocation du dirigeant indélicat. Les comités d'audits exercent donc un pouvoir d'influence qui est destiné à contraindre les dirigeants à s'inscrire dans la dynamique de la sécurité financière ou à se retirer, s'ils perpétuent des opérations de nature à compromettre l'intérêt social. Un tel rôle est identiquement joué par le comité de direction dans un autre domaine. L'impact des pouvoirs du comité de direction sur la situation du dirigeant dépend de la source de ses pouvoirs. Ainsi, lorsque ce comité reçoit ses pouvoirs du conseil d'administration, sa fonction est limitée aux avis consultatifs qu'ils peuvent donner eu égard à la situation des dirigeants. Le rapport que fournit ce comité peut influencer le sens d'une décision du conseil à l'égard des dirigeants. Au sein des groupes de sociétés, le pouvoir exorbitant dont dispose le comité de direction lui permet de fragiliser la situation des dirigeants des filiales. La nécessité d'unifier la politique managériale du groupe conduit parfois le comité central à conclure des contrats de travail avec ses salariés dont l'objet est l'exercice d'une fonction sociale dans une filiale. Cette technique qualifiée de cumul multilatéral<sup>74</sup> permet de renforcer le contrôle de la société mère sur le dirigeant à travers le comité central. L'insatisfaction du comité à l'égard des activités du dirigeant peut le conduire au licenciement du salarié-dirigeant. Dès lors, on se trouverait alors en présence d'un contrat de travail auquel il est mis fin mais dont l'objet lui survit, solution pour le moins particulière. Il va sans dire qu'une telle éventualité affaiblirait la position du dirigeant au sein de la filiale, étant donné que le salarié est licencié dans la société mère mais sa fonction de dirigeant dans la filiale demeure. Il pourrait s'agir d'un signe avant-coureur d'un désaveu de sa gestion dans la filiale<sup>75</sup>. En revanche, lorsque le comité est nommé par un dirigeant en titre, il ne dispose d'aucun rapport avec le conseil d'administration et travaille sous les ordres du dirigeant. Il est obligé de rendre compte de ses missions au dirigeant qui peut toujours maintenir sa confiance au comité ou la lui retirer. Dans ce contexte, le comité ne peut fragiliser la situation du dirigeant mais est tenu, au contraire, de l'assister pour renforcer la direction sociale pour accroître son efficacité. Ces précautions sont destinées à éviter une déviance de la philosophie qui a présidé au besoin de l'institution de ces comités. Il s'est agi de parer aux scandales financiers en renforçant le contrôle de la direction des sociétés en vue de sécuriser les finances. Cet objectif serait déjoué ou noyé, si la création ou la dissolution des organes devant assurer le contrôle des actes des dirigeants était confiée aux mêmes dirigeants. Les dirigeants ne pourraient être juges et parties. Il était donc nécessaire de mettre le sort des organes *ad hoc*

---

<sup>74</sup> Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, op. cit., n° 313.

<sup>75</sup> C. MALECKI, *Les dirigeants de filiales*, préc., n° 15.

à l'abri contre les dirigeants qu'ils sont censés contrôler pour la production de rapports objectifs en toute indépendance sur les points qui relèvent de leur compétence. Ainsi, les organes *ad hoc* ne peuvent-ils être dissouts que par l'organe qui les a institués. Dans les sociétés cotées ou l'institution de ces comités est obligatoire, la dissolution doit s'accompagner de la désignation systématique de nouveaux membres. Les manœuvres d'un dirigeant en titre destinées à paralyser le fonctionnement normal de ces organes peuvent être qualifiées d'abus de pouvoirs pénalement sanctionnés<sup>76</sup>.

Cependant, le recours aux administrateurs indépendants n'a pas que des partisans, plusieurs voix se sont élevées pour en critiquer l'apport. Certains médias n'hésitent pas à qualifier le concept d'« administrateur indépendant », d'illusion, de mythe ou encore de légende. Au-delà de ces articles de presse sans grande valeur scientifique, plusieurs auteurs ont exprimé leurs doutes quant à l'utilité de l'incorporation d'administrateurs indépendants au sein des conseils d'administration. Ainsi, il a été avancé que l'indépendance du conseil n'a pas été d'un grand secours face à la mauvaise gestion et aux fraudes aux Etats-Unis. Par exemple, il y'a trente ans la SEC (Securities and Exchange Commission) a fait porter une part de la responsabilité de la faillite de « Penn Central Company » sur la passivité des administrateurs ne faisant pas partie de la direction. Aussi, aucun conseil d'administration ne peut être plus indépendant que celui de la société « Amtrak », pourtant il l'a mené à la faillite. Il en est de même de la fameuse société Enron qui avait un comité d'audit parfaitement fonctionnel opérant dans le respect des réglementations de la SEC. D'ailleurs, le comité d'audit d'Enron était présidé par un professeur de comptabilité renommé et incluait un autre universitaire respecté.<sup>34</sup> Bien sûr, un nombre limité de défaillances ne prouve pas l'absence de succès. Mais les détracteurs du recours aux administrateurs indépendants, mettent en avant plusieurs études menées aux Etats-Unis sur l'effet des administrateurs indépendants sur la performance de l'entreprise.

---

<sup>76</sup> Cass. crim., 16 mai 2012, préc. ; CA Versailles, 19 mai 2011, préc.

## **Chapitre2 : Une utilité contestable**

Certains auteurs contestent l'efficacité que peut jouer les administrateurs indépendants en raison pour les uns que les législations ont omis de déterminer le régime juridique des administrateurs, qui, peut conduire à une confusion ou un laissez aller notamment pour la nomination et la rémunération de ces derniers dont rien n'a été prévu ni par la loi ni par le code des bonnes pratiques des entreprises (section 1). Mais aussi, pour les autres, du fait que beaucoup de sociétés avec administrateurs indépendants sont tombées dans la faillite. Ce qui permet de mettre ainsi en doute leur utilité au sein du conseil d'administration (section 2).

### **Section1 : L'absence d'encadrement du régime juridique des administrateurs indépendants**

Le législateur OHADA a dans deux articles seulement résumé le statut de l'administrateur indépendant. Ce qui caractérise une absence de beaucoup d'élément composant son régime juridique. En effet, ni le mode de nomination (paragraphe 1) ni le mode de rémunération (paragraphe 2) de ces derniers n'a été explicité.

#### **Paragraphe1 : L'absence de détermination du régime de nomination des administrateurs indépendants**

La notion d'indépendance est difficile à cerner. Compliquée à définir, elle est relative car cette qualité dépend tout autant du caractère que de la situation objective de l'administrateur<sup>77</sup>. De même, l'indépendance a plusieurs facettes : il est possible de distinguer l'indépendance fonctionnelle et l'indépendance intellectuelle<sup>78</sup>. Cette notion est d'autant plus difficile à déterminer dans le contexte du droit OHADA où la nomination d'administrateurs indépendants au sein des conseils d'administration des sociétés cotées dans l'espace communautaire est une pratique récente. D'ailleurs, la difficulté est accentuée car il n'existe pas dans l'AUSC de définition légale de l'administrateur indépendant (A). Un certain nombre

---

<sup>77</sup>**Couret A**, « *La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton* », Bulletin Joly Sociétés, 1 novembre 2002 n° 11, p.1126.

<sup>78</sup>**Magnier V**, « *Gouvernance des sociétés cotées* », Répertoire sociétés Dalloz, octobre 2010, p.22.

de critères d'origine réglementaire ou doctrinale, permettent toutefois de cerner l'administrateur indépendant (B)<sup>79</sup>.

### **A Absence de détermination légale du critère d'indépendance**

La législation OHADA ne fait aucune allusion à la notion d'administrateur indépendant. L'AUSC y fait référence implicitement<sup>80</sup>. Cette « carence » a été partiellement comblée par des codes de bonnes gouvernances des sociétés commerciales. Au Sénégal nous avons le code de gouvernance des entreprises institué par de projet de loi du 5 mars 2010 et dont la gestion est confiée à l'ISA. Ce code est relatif au renforcement des règles de bonne gouvernance dans les entreprises donne une définition de l'indépendance de l'administrateur. Ainsi pour être considéré comme indépendant, un Administrateur doit être libre de toute relation d'affaires, de tout lien de proche parenté, ou de toute autre relation avec la société, ses actionnaires de contrôle ou le management de l'une ou des autres, qui crée un conflit d'intérêts susceptible d'affecter l'indépendance du jugement de cet Administrateur<sup>81</sup>. Cette définition, est quasiment identique à celles qui prévalent en France. D'ailleurs, à l'instar de son homologue sénégalais, le législateur français n'a pas défini l'administrateur indépendant et il faut recourir aux codes de bonne gouvernance pour obtenir cette définition. Ainsi, le rapport Bouton<sup>82</sup> et le Code AFEP/MEDEF<sup>83</sup> proposent une même définition consensuelle de l'administrateur indépendant : « un administrateur est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement ». La notion d'administrateur indépendant peut alors être dégagée. Subjectivement il s'agit d'une personne d'un calibre suffisant, qui dispose de l'autorité lui permettant de représenter un contrepoids. Objectivement, il doit s'agir d'une personne qui n'a pas de lien avec la direction, qui ne reçoit de la société aucune autre rémunération que celle qui correspond à ses tâches de contrôle, et qui n'est pas actionnaire. « La philosophie de cet administrateur est celle de la compétence technique. Au nom de sa connaissance de la gestion,

---

<sup>79</sup>**Walid Ben Salah**, l'administrateur indépendant : une meilleure gouvernance des sociétés anonymes tunisiennes ? Article en cours de publication dans la revue "Actualités juridiques tunisiennes" n°25 ; 22 p

<sup>80</sup>**Guyon Y**, « Répertoire de droit des sociétés, Corporate governance », Dalloz, février 2000.

<sup>81</sup>**Re5** codes de gouvernance sénégalais, p12

<sup>82</sup>**Couret A**, « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », op.cit n° 11, p 1126.

<sup>83</sup> Code AFEP/MEDEF, principe 8.

de la finance et de la comptabilité, il sera installé pour contrôler le président et approuver ou critiquer sa gestion»<sup>84</sup>. Ces définitions restent néanmoins vagues et ne permettent pas de déterminer avec précision les contours de cette notion. Le recours à une multitude de critères permet de cerner l'indépendance requise pour qualifier le membre du conseil d'administration d'indépendant. A cet égard, la doctrine a tenté de dessiner des exigences de transparence pour permettre aux actionnaires de vérifier les décisions de la société, notamment concernant la nomination des membres du conseil d'administration et préconise des règles supposées assurer l'indépendance de comportement.

## **B Une multitude de critères**

Afin de qualifier plus précisément l'administrateur d'indépendant, plusieurs critères peuvent être retenus. Ainsi, il est utile de s'intéresser aux critères d'indépendance déterminés par les codes de gouvernances des entreprises. Le code de bonne gouvernance sénégalais qualifie d'indépendant, l'administrateur qui n'a pas des liens avec l'entreprise. L'indépendant ne détient pas une participation directe ou indirecte dans le capital de la société et n'agit pas pour le compte de client, fournisseur ou de prestataire de service significatifs de l'entreprise. De même, il ne fait pas partie des salariés de l'établissement et ne doit pas avoir exercé depuis plus de 9 ans un mandat de membre représentant les intérêts des actionnaires dans ledit conseil. Celui-ci ne doit pas avoir exercé depuis plus de 6 ans un mandat de commissaire aux comptes dans l'entreprise. Aussi, il est précisé que le mandat des membres indépendants ne peut être renouvelé plus de deux fois. D'autres sources prévoient que pour être qualifié d'indépendant, l'administrateur ne doit pas détenir, directement ou indirectement, de participation dans le capital de la société<sup>85</sup>. Il ne doit pas être actionnaire ou dirigeant d'une entité appartenant au même réseau que la société chargée des travaux d'audit et de comptabilité de la société dont il est administrateur. Il ne doit pas non plus être apparenté à une personne se trouvant dans l'une des positions mentionnées ci-dessus.

Dans le même registre, l'administrateur indépendant ne doit pas contrôler de quelle que manière que ce soit la société ou exercer une influence dominante sur elle ni être ou avoir été pendant les cinq derniers exercices représentant de la société ou de l'une de ses filiales ou

---

<sup>84</sup> **Le Cannu P**, « *Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions* », Bulletin Joly Sociétés, 01 juillet 1995 n° 7-8, p. 637.

<sup>85</sup> Cette participation dans le capital ne permettant d'exercer une influence / un contrôle considérable sur la société et ne participant pas dans des pactes visant le contrôle de la société.

d'une entité contrôlant la société ou capable d'exercer sur elle une influence considérable de quelle que manière que ce soit. Aussi, il ne doit pas être ou avoir été pendant les cinq derniers exercices employés de la société, de l'une des filiales du groupe auquel appartient la société ou d'une entité qui contrôle la société et a des rapports financiers, professionnels, commerciaux ou contractuels quelconque avec elle. Enfin, il ne doit pas avoir occupé les fonctions d'administrateur pour plus de neuf ans pendant les 12 dernières années. En outre, l'indépendance des administrateurs doit être contrôlée régulièrement, au moins annuellement. Les résultats de ce contrôle doivent être publiés dans le rapport de gouvernance de l'entreprise.

Pour sa part, le Guide de l'IACE en belge retient six critères d'indépendance. L'administrateur indépendant ne doit pas être salarié ou mandataire social de l'entreprise ou d'une des entreprises du groupe. Il ne doit pas être lié, directement ou indirectement, à une entité ayant des liens commerciaux, financiers ou professionnels significatifs avec l'entreprise, l'une des entreprises du groupe ou avec l'un des actionnaires contrôleurs. Il ne doit pas recevoir, en dehors de sa rémunération en tant qu'administrateur ou membre de l'un des comités émanant du conseil d'administration, d'autres rémunérations de l'entreprise. De plus, il ne doit pas avoir un lien de subordination de n'importe quelle nature avec l'entreprise et ne peut pas être lié à une entité qui reçoit des dons, subventions ou fonds significatifs quelconques de l'entreprise. Aussi, l'indépendant ne doit pas avoir des liens de parenté avec un mandataire social. De même, le Guide recommande de supprimer les situations d'administrateurs croisés, sans toutefois prendre la peine de définir ce qu'il entend par cette notion. En effet, ceux-ci ne traitent de cette pratique qui veut qu'on retrouve dans les conseils d'administration de deux sociétés les mêmes personnes. Néanmoins, le Guide de l'IACE, omettent d'évoquer la pratique plus « sophistiquée » des administrateurs ou dirigeants « circulaires ». C'est-à-dire ceux qui « interviennent dans des sociétés apparemment sans lien et dans des fonctions a priori différentes, mais qui aboutit à une dépendance plus ou moins directement réciproque »<sup>86</sup>.

Les critères d'indépendance que préconise le Guide se rapprochent de ceux retenus par le rapport Bouton en France<sup>87</sup> et ce même si le rapport Bouton demeure plus complet dans la

---

<sup>86</sup> **Routier R**, « *De nouvelles pistes pour la gouvernance ?* », Bulletin Joly Sociétés, 01 juin 2003 n° 6, p 611.

<sup>87</sup> Le rapport Bouton a proposé différents critères (ce rapport reprend certains critères retenus auparavant par le rapport Vienot I et en rajoute d'autres) que le comité et le conseil devraient examiner

description des critères retenus<sup>88</sup>. Une différence notable est néanmoins à retenir, le Guide de l'IACE ne retient pas de limitation de la durée du mandat de l'administrateur indépendant alors que le rapport Bouton préconise de ne pas être administrateur de l'entreprise depuis plus de douze ans. C'est bien dommage d'ailleurs, car l'alternance constitue un principe essentiel de la démocratie. Il aurait été plus éclairé, de prévoir une limite temporelle au-delà de laquelle un administrateur, ne pourrait plus être considéré comme indépendant. Même s'il peut être soutenu que la moralité ne se perd pas forcément avec le temps. Et qu'un administrateur qui aurait siégé en toute indépendance jusqu'à la douzième année, ne perdrait pas cette indépendance à la treizième, du seul fait du temps écoulé. Il est évident qu'au bout de douze ans, un changement devient quasi-indispensable. Et ce n'est même pas une question de moralité ou de probité. Au bout d'un certain temps, la routine prend le dessus et la vigilance n'est plus la même, le sens de la critique se réduit inmanquablement. Un nouveau souffle et un nouveau regard sur la gestion de la société deviennent alors souhaitables. Quant à la doctrine, elle se base sur des critères de transparence et de compétence. Ainsi, elle promeut d'abord l'exigence de transparence lors de la nomination des administrateurs indépendants. En effet, lorsque la candidature d'un administrateur indépendant est proposée, la société doit expliquer sur quelles bases, elle le considère comme indépendant. Il est souhaitable que la société exige la revalidation du mandat à échéances précises, notamment par le biais de réélection intervenant tous les 4 ans dans l'idéal, et les conditions de démission ou de rupture du mandat. Lorsque les critères habituellement reconnus comme pertinents à échelle d'un Etat ne sont pas remplis, la société doit expliquer pour quelles raisons et dans quelle mesure elle considère la personne nommée comme indépendante. Ensuite, la doctrine insiste sur le fait que l'indépendance est une manière de concevoir et d'approcher ses propres responsabilités, donc une question d'éthique personnelle. En effet, l'administrateur indépendant est supposé maintenir en toutes circonstances son indépendance d'analyse, de décision et d'action ; il ne doit pas accepter d'avantages sous quelque forme que ce soit qui pourrait compromettre cette liberté de jugement ou d'action en créant un lien de dépendance (situation d'obligé) ; il doit également exprimer clairement son opposition le cas échéant à une décision prise

---

afin de qualifier un administrateur d'indépendant et de prévenir les éventuels risques de conflits d'intérêt entre administrateurs et direction. (**Couret A**, « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », op.cit, p 1126.)

<sup>88</sup> Notamment, le rapport Bouton précise qu'un administrateur indépendant ne doit pas avoir été auditeur de l'entreprise au cours des cinq années précédentes

majoritairement par le conseil et ne pas hésiter à mettre en balance sa démission, en cas d'opposition importante à une décision du conseil, en expliquant dans une adresse privée au comité les raisons de sa décision. Si ces considérations semblent parfaitement valables, il est à regretter que le texte n'aille pas plus loin quant aux moyens d'assurer ou de préserver cette indépendance. Enfin, au risque de provoquer un tollé, il est modestement proposé, que les administrateurs signent une sorte de code de conduite d'indépendance, élaboré par l'entreprise ou à échelle des associations professionnelles des administrateurs. Cette lettre d'engagement moral serait susceptible d'engager sa responsabilité personnelle devant le juge, en cas de non-respect avéré constaté de son devoir d'indépendance. En outre, une évaluation de la contribution effective de chaque membre du conseil doit être mise en place. La nécessité de compter des individus qualifiés au sein des comités apparaît en effet incontournable mais la définition de ce que sont des « qualifications adéquates » doit être laissée aux soins de la société elle-même, car « ces qualifications dépendront des activités, de la taille, du secteur, de l'environnement de ladite entreprise et qu'en définitive, ces qualifications doivent être appréhendées comme un tout par le conseil. Ainsi, tous les nouveaux nommés devraient suivre un programme qui les forme de manière adéquate sur la société, son secteur, ses caractéristiques mais également sur les responsabilités des membres des comités. Le conseil d'administration pourra annuellement identifier les lacunes des dirigeants et les aider à les combler. Dans la même perspective, les sociétés doivent s'assurer que les comités disposent des moyens suffisants pour mener à bien leur charge et, en particulier, le droit d'obtenir toutes les informations utiles ou recueillir des avis d'experts dans les domaines de leur compétence. Comme pour leur nomination, le législateur n'a pas également déterminé le mode de rémunération des administrateurs indépendants.

## **Paragraphe2 : L'absence de détermination du régime de rémunération des administrateurs indépendants**

La rémunération des administrateurs indépendants est recherchée à travers la pratique et la recommandation des codes de bonne gouvernance. Alors que cela peut être à l'origine d'abus des administrateurs en réclamant des rémunérations excessives.

### **A Absence d'une détermination légale de leur rémunération**

Le législateur n'a pas spécifié le régime de rémunération des administrateurs indépendants. Mais, rien ne semble interdire qu'une rémunération exceptionnelle soit accordée à ces derniers au titre de la mission qui leur est confiée. L'article 431 habilite expressément le

conseil d'administration a alloué aux administrateurs, membres des comités, une rémunération supérieure à celle des autres administrateurs. En outre si des frais de voyage de déplacement ou autres dépenses nécessaires à l'exécution de leurs missions ont été engagés le conseil d'administration peut autoriser leurs remboursements. Toutefois, dans la mesure où le comité n'est composé qu'administrateurs indépendants leur rémunération doit être soumise aux dispositions relatives aux conventions réglementées<sup>89</sup>. Quant à la rémunération des experts non administrateurs sollicités par les membres des comités spécialisés en application des dispositions de l'article 437 in fine de l'AUSC, elle devrait normalement être librement fixée par le conseil d'administration. En droit français, il en est autrement. En effet, la rémunération accordée aux administrateurs est directement liée à l'effort qu'ils engagent dans le cadre de leur fonction. S'il n'existe pas de texte légal imposant un certain niveau de rétribution pour l'assiduité des administrateurs, les codes de gouvernance encouragent vivement les sociétés à rémunérer l'effort consenti. Ainsi, le code AFEP/MEDEF de 2008 stipule que le « montant des jetons de présence doit être adapté au niveau des responsabilités encourues par les administrateurs et du temps qu'ils doivent consacrer à leur fonction ». Nous pouvons donc nous attendre à une relation positive entre l'effort consenti et le niveau de rémunération, permettant d'inciter les administrateurs à participer activement au travail du conseil. Cet effort peut être appréhendé à travers des indicateurs : le nombre de réunions du conseil, le nombre de sièges détenus par les administrateurs dans les comités spécialisés, la taille de l'entreprise, son taux de croissance ainsi que ses opportunités de croissance. L'effort consenti par les administrateurs dépend tout d'abord du nombre de réunions tenues par le conseil chaque année. Le nombre de réunions s'est fortement accru au cours de ces dernières années Godard et Schatt, illustrant les exigences croissantes à l'égard du travail des administrateurs. Nous nous attendons à ce que leur rémunération soit d'autant plus élevée que le nombre de réunions s'accroît. Il est d'ailleurs souvent annoncé dans les documents de référence que les jetons de présence alloués dépendent de la participation des administrateurs aux réunions du conseil, mais également de leur participation aux comités spécialisés qui se sont multipliés au cours des dernières années, et où les administrateurs sont particulièrement sollicités en tant que membres indépendants. La rémunération des administrateurs devrait donc être plus élevée lorsque ces derniers siègent dans un plus grand nombre de comités spécialisés. Le niveau d'effort des administrateurs dépend également du niveau de complexité de l'entreprise. Une entreprise de plus grande taille est ainsi susceptible de solliciter un travail

---

<sup>89</sup>Article 438 AUSC

plus approfondi de la part des administrateurs et des compétences élargies. La rémunération des administrateurs devrait donc être plus élevée dans les entreprises de plus grande taille, ce qui permet notamment d'attirer des administrateurs disposant d'une expérience et d'une expertise plus importante. Par ailleurs, les sociétés en forte croissance se caractérisent par un niveau élevé d'incertitude, rendant la fonction de contrôle plus complexe. Les administrateurs des entreprises en forte croissance sont donc supposés être confrontés à des problématiques plus nombreuses et diverses, où le contrôle et l'évaluation des performances des administrateurs sont plus difficiles, impliquant un travail plus important. Un niveau de rémunération plus élevé devrait donc leur être proposé dans un contexte de forte croissance. Cet argument s'applique également pour les entreprises disposant de fortes opportunités de croissance, où les administrateurs sont sollicités pour prendre des décisions difficiles dans un contexte de forte asymétrie d'information.

## **B Une possibilité d'une rémunération excessive**

La rémunération de l'administrateur indépendant pose problème. D'un côté, le fait même de tirer une rémunération substantielle de la fonction d'administrateur indépendant peut encourager l'enracinement, voire l'aveuglement. D'un autre côté, la compétence doit être rémunérée. La question, en réalité rejoint celle de la nomination : elle se résume à déterminer qui paie. Si l'on conçoit la fonction de l'administrateur indépendant comme une fonction exercée dans l'intérêt des actionnaires minoritaires, il ne serait pas anormal que ces derniers la rémunèrent. S'il s'agit d'une fonction exercée dans l'intérêt du marché, ce serait alors au marché de payer. Enfin, si la fonction est exercée dans l'intérêt social, il revient à la société de la rémunérer, ce qui est le cas aujourd'hui. Par ailleurs, 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 octroyée aux administrateurs et, ainsi, lutter de manière efficace contre la rémunération excessive des administrateurs. L'avenir dira si le législateur OHADA ira plus loin dans la mouvance internationale du « say on pay »<sup>90</sup> (dévoiler les rémunérations) qui, on

---

<sup>90</sup> Le *Say on Pay* désigne le processus qui a permis aux actionnaires des entreprises françaises cotées de se prononcer de manière consultative sur la rémunération de leurs dirigeants. Avec la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016, l'avis des actionnaires est désormais contraignant. Il porte sur la rémunération versée et sur les principes de la rémunération de l'exercice en cours. Pour la première fois, lors des Assemblées Générales 2017, les actionnaires ont donc été appelés à se prononcer de manière

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 administrateurs de sociétés et vers une plus grande transparence à ce niveau obligeant les sociétés à lier les salaires des administrateurs aux performances réalisées. Pour ainsi éviter la rémunération excessive des administrateurs, une rémunération incitative peut permettre d'aligner les intérêts des administrateurs sur ceux de l'actionnaire. Le débat sur la rémunération des administrateurs s'est ouvert aux États-Unis dans les années 90, avec la multiplication de l'octroi de stock-options accordés aux administrateurs externes. Ce type de rémunération était alors vivement encouragé par les investisseurs institutionnels américains, soucieux d'aligner les intérêts des administrateurs sur ceux des actionnaires. Les stock-options font figure d'incitation économique directe pour les administrateurs. Plusieurs études vérifient ainsi que l'octroi de stock-options aux administrateurs exerce une influence positive sur la performance de l'entreprise, grâce à la réduction de coûts d'agence. En France, l'octroi de stock-options n'étant pas autorisé, le caractère incitatif de la rémunération ne peut être envisagé qu'à travers l'allocation de jetons de présence. Le fait que ces jetons soient librement déterminés par les actionnaires laisse présumer qu'ils peuvent être utilisés pour contrôler activement les dirigeants et défendre les intérêts des actionnaires. Ceci est d'autant plus vrai que le marché des administrateurs est étroit. Suite à la loi NRE de 2001 leur imposant un nombre maximum de cinq mandats, un grand nombre d'administrateurs ont dû se défaire de certains de ceux-ci, réduisant ainsi les « ressources » disponibles pour les grandes sociétés cotées. En outre, dans un environnement où les codes de gouvernance imposent aux administrateurs une responsabilité élargie et où le risque de litige s'accroît en conséquence notamment du développement de l'activisme actionnarial, les administrateurs sont en position d'exiger une rémunération leur permettant de compenser l'effort qu'ils fournissent et le risque qu'ils engagent. Toutefois, le caractère incitatif de la rémunération des administrateurs se pose en des termes particuliers en France, dans la mesure où le contexte d'un actionnariat concentré est susceptible de limiter le poids relatif du conseil d'administration pour contrôler les dirigeants, et ainsi d'alléger l'enjeu d'une incitation financière pour les administrateurs. De fait, la rémunération des administrateurs français est en moyenne significativement plus faible que dans le cas des États-Unis, mais également plus faible relativement à d'autres pays

---

contraignante sur les modalités de calcul de la rémunération que percevront les dirigeants au titre de l'année 2017.

européens. À titre d'exemple, la rémunération des administrateurs britanniques est en moyenne 30 % supérieure à celle des administrateurs français, et les administrateurs suisses reçoivent une rémunération près de trois fois supérieure. La volonté du législateur apparaît par ailleurs plus en faveur d'une limitation de cette rémunération que d'un accroissement visant à motiver les membres des conseils. Ce contexte particulier nous invite à revisiter la question des déterminants de la rémunération des administrateurs dans le contexte français.

## **Section2 : La mise en doute du dispositif de l'intégrité des administrateurs indépendants**

Le constat est que l'administrateur indépendant n'est pas complètement celle du *non-executive director* qui en est le modèle, ni celle de l'administrateur qui en fonde le statut. Elle met aussi en évidence le fait que des dysfonctionnements existent encore malgré les adaptations qui ont été faites. En effet, des comités ont été créés afin que les administrateurs indépendants exercent leur mission, les règles relatives au cumul des mandats ont été revues, le droit à l'information a été facilité. Cependant, l'administrateur indépendant est encore critiqué. Certains points sont contestés tels que le fait qu'il ne puisse pas être un actionnaire important, ce qui est la garantie d'une bonne gestion de l'entreprise, le fait qu'il soit peu compétent, qu'il ait une vision stratégique médiocre découlant d'une connaissance de l'entreprise nécessairement insuffisante ou encore que son mandat soit trop long. A cela s'ajoute le fait que les candidats sont peu nombreux, non seulement parce que les critères sont restrictifs, mais aussi parce que le statut existant offre peu de garanties aux administrateurs que ce soit au travers de la rémunération, de l'assurance ou même de l'existence d'une révocation *ad nutum*. Des modifications sont encore possibles pour permettre au concept d'être pleinement efficace. Il convient donc de s'interroger pour savoir sur quels points le modèle de l'administrateur indépendant est inadapté et inefficace. En effet, les administrateurs indépendants sont subordonnés au conseil d'administration (paragraphe 1). Nous constatons également que des sociétés avec des administrateurs indépendants sont tombées en faillite (paragraphe 2), laissant ainsi voire leur inefficacité.

### **Paragraphe1 : Une possibilité de subordination des administrateurs indépendants aux décisions du Conseil d'administration**

Vue que c'est le conseil d'administration qui nomme les administrateurs indépendants et a un droit de révocation *ad nutum* sur ces derniers, il peut y'avoir une part de subjectivité des

décisions prises par les administrateurs indépendants et se pencher souvent du côté du conseil d'administration au lieu de s'opposer à lui.

### **A Une possibilité d'absence d'objectif dans leur décision**

En étant préposé du conseil d'administration, les administrateurs indépendants sont subordonnés au CA. Ainsi, ils n'engageraient pas leur responsabilité mais celle de leur commettant, le conseil d'administration, lorsqu'ils n'auraient pas excédé les limites de leurs missions. Les administrateurs membres des comités sont responsables vis-à-vis du conseil, de l'accomplissement des missions confiées. L'administrateur indépendant est ainsi un subordonné, il doit exercer plus une mission qu'une fonction. C'est dans ce cadre qu'Estelle Scholastique parle bien de la mission des « indépendants ». Ce terme correspond à ce qui est confié par une personne à une autre et d'où résulte la limite des pouvoirs de celui qui reçoit cette mission<sup>91</sup>. Il a une connotation d'éthique qui correspond parfaitement à l'image du personnage qui sert parfois de caution morale aux entreprises. Il reçoit la mission de rassurer les investisseurs par sa présence et par son contrôle. Alors que le nom fonction renvoie davantage à un ensemble d'actes qu'un organe déterminé est appelé à faire pour un service<sup>92</sup>. La fonction est moins dynamique, l'administrateur a des services à rendre et il exécute les ordres du CA. Elle ne recouvre pas cette dimension éthique, elle est plus fonctionnelle. L'administrateur indépendant est donc investi d'une mission supplémentaire qui s'ajoute à sa fonction. Une nuance existe aussi sur le fait de savoir si l'administrateur indépendant est un mandataire ou un organe de la société. La doctrine classique<sup>93</sup> assimilait l'administrateur à un mandataire. Entre les administrateurs et les associés se formait un rapport de mandat. Les dispositions des articles 1984 à 2010 du Code civil étaient applicables. Mais, la théorie

---

<sup>91</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Quadrigue, PUF.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> DUPICHOT (J.), DU PONTAVICE (E.), DE JUGLART (M.), IPPOLITO (B.), *Traité de droit commercial*, t.

1, théorie générale du droit des affaires, 4ème éd., Montchrestien, 1988 ; HOUPIER (C.), *Traité générale théorique*

*et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3ème éd., Paris, Larose, 1899, titre 9ème, p. 225 et s. ; HEMARD

(J.), TERRE (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 1972, n° 840 et s. ; THALLER (E.),

*Traité élémentaire de droit commercial*, Paris Rousseau, 1898, p. 193 et s. et p. 316 et s..

contractualiste de la société a laissé la place à la théorie institutionnelle consacrée par l'arrêt « Motte »<sup>94</sup>. La société est donc devenue une société hiérarchisée et comportant une séparation des pouvoirs, chaque organe ayant sa place déterminée par rapport aux autres, et sa fonction sur laquelle les autres organes ne peuvent empiéter. La doctrine française actuelle s'accorde pour reconnaître que qualifier les administrateurs de mandataire n'est plus pertinent sur bien des points<sup>95</sup>. Les administrateurs sont soumis à des règles de plus en plus contraignantes puisqu'ils n'ont pas de pouvoir personnel dans la société. En effet, ils ne peuvent représenter la société individuellement<sup>96</sup>, puisque seul le conseil est doté de pouvoirs. Leurs rémunérations et les contrats qu'ils peuvent conclure avec la société sont contrôlés. Les membres du conseil d'administration sont des organes de la société<sup>50</sup> qui exercent désormais une fonction au sein de la société<sup>97</sup>. Mais, le concept d'administrateur indépendant est issu d'un modèle anglo-saxon qui repose sur la théorie de l'agence, elle-même fondée sur un nœud de contrats qui s'oppose à la théorie institutionnelle. Le *non-executive director* est un mandataire des actionnaires, il défend leurs intérêts. L'administrateur indépendant ne semble pas devoir être qualifié d'organe de la société. L'administrateur indépendant n'est donc pas un administrateur comme les autres et pourtant, le statut de l'administrateur classique lui est applicable. En effet, pour certain<sup>98</sup>, l'administrateur indépendant a un statut particulier différent sur certains points du statut commun des membres du conseil d'administration. Il s'accompagne d'une déontologie propre à l'administrateur indépendant. Il appartient ainsi à la jurisprudence de construire une responsabilité spécifique. Pour d'autres<sup>99</sup>, cet administrateur n'existe pas en droit, il n'existe qu'en fait. Il devrait ainsi avoir un statut personnel qui lui permettrait de peser effectivement dans les débats stratégiques. Cela passerait par le choix de personnalités de talent, par une disponibilité, une rémunération attractive proportionnelle à

---

<sup>94</sup> Cass. com., 4 juin 1946

<sup>95</sup> SCHOLASTIQUE (E.), *op. cit.*, p. 359 et s..

<sup>96</sup> GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, t. 1, Economica, 11ème éd., 2001, n° 317 et s., spéc. n° 323, p. 329.

<sup>98</sup> COURET (A.), *La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du groupe de travail présidé par Daniel Bouton*, Bull. Joly sociétés, nov. 2002, n° 11, § 245, p. 1127.

<sup>99</sup> DELGA (J.), *L'administrateur indépendant n'existe pas : « Dangers »*, D. 2002, n°37, p. 2858.

l'importance de leur responsabilité et finalement par une expérience utile à l'entreprise<sup>100</sup>. Dans tous les cas, les auteurs reconnaissent que le statut de l'administrateur indépendant est particulier et que, s'il n'est pas autonome, il devrait le devenir. Pourtant, les différents rapports ne répondent pas à cette question essentielle : la qualité d'administrateur indépendant doit-elle entraîner des conséquences juridiques spécifiques qui justifieraient l'existence d'un statut à part. Le statut de l'administrateur indépendant ne se définit que par une série de négations, il est limité aux conditions de sa nomination et à la mission qu'il a en charge. Mais qu'en est-il des moyens même de l'exercice de sa mission et de la garantie du maintien de cette indépendance dans le temps. L'administrateur indépendant ne doit pas être uniquement la marque d'un souci de pluralité dans la composition du conseil pour être efficace. De récents scandales ont montré que le modèle n'était pas infaillible et surtout qu'il manquait d'efficacité, que ce soit aux Etats-Unis à travers les difficultés d'Enron en décembre 2001, Tyco et Xerox en juin 2002 et de Worlcom en juillet 2002, ou en France, avec les affaires liées à Vivendi Universal dont le conseil comptait treize administrateurs indépendants sur dix-neuf. Ces sociétés étaient présentées comme des modèles de *corporate governance* et étaient toutes composées d'une majorité d'administrateurs indépendants, formant des comités spécialisés, mais sous la responsabilité du CA. Ce dernier a le droit à tout moment de révoquer l'administrateur indépendant, d'où la précarité de leur mandat.

## **B La précarité de leur mandat**

Dans une optique actionnariale de la gouvernance, le conseil d'administration représente un mécanisme majeur permettant de discipliner les administrateurs. La fonction essentielle des administrateurs est de contrôler les actions des dirigeants, en veillant notamment à ce que leurs décisions permettent de satisfaire les intérêts des actionnaires. Pourtant, l'efficacité des conseils en tant que mécanisme de contrôle a souvent été mise en cause ces dernières années. La question s'est notamment posée de savoir dans quelle mesure les administrateurs exerçaient un contrôle actif du comportement des dirigeants. Cette question conduit généralement à distinguer deux types d'administrateurs : les membres internes, réputés largement dépendants de la direction et les membres externes (indépendants), susceptibles de s'opposer plus librement aux dirigeants. Toutefois, ces derniers demeurent des agents qui ont leurs intérêts propres, ces intérêts ne s'alignant pas nécessairement sur ceux des actionnaires.

---

<sup>100</sup> Les Echos, 24 déc. 2002, *La convergence des pratiques est inéluctable*, SAINT-GEOURS (J.-P.), p.

Ces conflits d'intérêts peuvent émerger pour différentes raisons. Tout d'abord, l'horizon des administrateurs est limité à leur mandat alors que les actionnaires cultivent des préoccupations de plus long terme. Autrement dit, les administrateurs peuvent être incités à sécuriser des flux de trésorerie à court terme au détriment d'un soutien à des projets plus favorables à la création de valeur future. Par ailleurs les administrateurs peuvent vouloir satisfaire leurs propres intérêts, préférant par exemple consolider leurs relations d'affaires (mission de consultance,...) avec la société, ou accroître leur influence auprès de l'équipe dirigeante, plutôt que d'exercer avec diligence leur mission de contrôle. Le risque de mise en cause des administrateurs pour défaut de vigilance étant relativement limité, ils peuvent préférer adopter cette attitude plutôt que de s'opposer aux décisions managériales et de menacer ainsi le renouvellement de leur mandat. En effet, les administrateurs peuvent en principe être révoqués à tout moment par le conseil d'administration, sans préavis ni indemnités, et sans qu'il soit nécessaire de motiver ce choix. Il s'agit d'une révocation *ad nutum*. Cette révocabilité *ad nutum* est une règle d'ordre public. Toute disposition statutaire ou extrastatutaire qui porterait atteinte directement ou indirectement à ce droit de révocation est réputée non écrite. Tel est par exemple le cas en présence de « parachute doré ». Ces clauses de parachute doré sont souvent analysées par le juge comme des clauses pénales sur lesquelles il pourra agir pour modérer les indemnités prévues, notamment lorsqu'elles lui paraissent manifestement excessives. En effet, devant l'aléa de la révocation, les dirigeants ont pris l'habitude de négocier des parachutes dorés au moment de l'entrée et touché lors du départ de la société. La jurisprudence considère toutefois que le parachute doré n'est licite que s'il n'a pas pour objet ou pour effet de restreindre la révocation *ad nutum* de l'administrateur. La jurisprudence prononce la nullité des conventions si, par l'importance de leurs conséquences financières, elles dissuadent le conseil de révoquer les administrateurs. En principe, la révocation ne donne droit à aucune réparation à l'administrateur qui a cessé de satisfaire aux exigences du conseil.

Compte tenu de ce qui vient d'être exposé, une réflexion critique en rapport avec les administrateurs indépendants s'impose car ce principe de révocabilité *ad nutum* des administrateurs pose des questions. Comme nous avons eu l'occasion de le dire, depuis l'arrêt du 13 avril 1989<sup>101</sup>, la Cour de Cassation a déclaré que le principe de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs était d'ordre public et cela pose des problèmes particulièrement en ce qui concerne la révocation des administrateurs indépendants. En effet, l'assemblée générale en

---

<sup>101</sup> Cass., 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 825.

utilisant la possibilité d'une révocation comme moyen de pression sur tel ou tel administrateur, peut largement faire pencher les décisions qui seraient prises par ceux-ci dans le sens le plus favorable à l'actionnaire.

Or ce principe cadre très mal avec la figure de l'administrateur indépendant, compte tenu du fait que celui-ci doit justement être autonome et être apte à « *jauger de façon objective une décision ou une opération* »<sup>102</sup>. Ainsi, d'éminents auteurs comme P. VAN OMMEFLAGHE ont plaidé pour que la règle de la révocabilité *ad nutum* soit modifiée afin de laisser une certaine indépendance au conseil d'administration<sup>103</sup>.

La question que certains auteurs se sont posée est celle de savoir s'il ne serait pas opportun de prévoir un régime de protection particulier en ce qui concerne la révocation des administrateurs indépendants. D. SZAFRAN préconise pour cela d'aligner la nomination, la révocation et la démission des administrateurs indépendants sur celle des commissaires, figure caractérisée par son indépendance et dont la révocation est moins facile, compte tenu des conditions strictes qui y sont associées. Cet auteur propose deux mesures destinées à renforcer l'indépendance des administrateurs indépendants : d'une part, il prévoirait un terme fixe plutôt qu'un terme maximum pour le mandat des administrateurs indépendants et, d'autre part, il préconiserait une exception à la révocabilité *ad nutum* pour les administrateurs indépendants puisqu'il serait prévu qu'ils ne puissent être révoqués en cours de mandat que pour justes motifs<sup>104</sup>. K. GEENS va, quant à lui, à l'encontre de la thèse voulant une plus grande protection des administrateurs indépendants vis-à-vis du principe de la révocabilité *ad nutum*. Il fait remarquer que dans la pratique des grandes sociétés cotées en bourse, cette règle n'a pas pour effet d'augmenter le nombre de révocations abusives. De plus, il ajoute que l'opinion publique, l'analyse boursière et la mauvaise publicité dans le chef de l'entreprise que pourrait engendrer une révocation abusive sont des protections existantes pour l'administrateur indépendant. Il pointe également du doigt la difficile procédure de nomination de ceux-ci, compte tenu de tous les critères d'indépendance qu'ils doivent

---

<sup>102</sup> F. MAGNUS, « Commentaire de l'article 526 *ter* C. soc. », o. c. p. 97, n° 52.

<sup>103</sup> P. VAN OMMEFLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1960, p. 410.

<sup>104</sup> D. SZAFRAN, « L'insertion en droit positif des codes de gouvernement d'entreprise », *Rev. prat. soc.*, 2005, pp. 152-154.

remplir, comme éléments de protection de ce type d'administrateurs<sup>105</sup>. Cependant, cette dernière thèse est minoritaire en doctrine<sup>106</sup>.

## **Paragraphe2 : La chute de nombreuses sociétés avec administrateurs indépendants**

L'inefficacité des administrateurs indépendants est également analysée à travers la prévention des difficultés de l'entreprise. Il sera mis en cause leur inactivité dans la prévoyance des difficultés.

### **A Leur inactivité dans la prévoyance des difficultés de l'entreprise**

Les systèmes de prévention-détection se caractérisent par l'information qu'ils fournissent au débiteur en difficulté. Fondamentalement, la prévention-détection se réalise par l'information économique des dirigeants et des tiers sur la situation de l'entreprise et par l'existence de procédures de réaction aux difficultés de nature à permettre la continuité de l'exploitation. Elle a connu un essor considérable en droit français avec la loi du 1er mars 1984 qui a fait de la détection des difficultés l'un des points majeurs de la politique de prévention<sup>107</sup>. Cette dernière s'est traduite par le souci de donner aux dirigeants une meilleure information économique grâce à l'élaboration de nouveaux documents comptables et de leur diffusion dans l'entreprise<sup>108</sup>. A cette information comptable, il faut aussi ajouter le rôle de détection dévolu aux agents de détection externes à l'entreprise tels que les comités spécialisés. En droit de l'OHADA, la prévention-détection résulte exclusivement des dispositions de l'Acte Uniforme

---

<sup>105</sup> K. GEENS, « Le conseil d'administration dans le système moniste belge », in *L'organisation du pouvoir dans la société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 34.

<sup>106</sup> JEROME DOLY, l'administrateur indépendant, mémoire de Master II en Droit 70.p, année académique 2013-2014

<sup>107</sup> C. Saint Alary Houin, Droit des entreprises en difficulté, L.G.D.J. 2014, 9<sup>e</sup> éd., p.62; I. Rohart-Messenger, La prévention -détection par les tribunaux de commerce, Gaz. Pal. Etude, Numéro spécial janvier 2010, n° 8-9 p.5.; M. Rouger, "La prévention des difficultés des entreprises au tribunal de commerce de paris", in *Le nouveau droit des défaillances des entreprises*, Dalloz 1995, p.61.

<sup>108</sup> Y. Chaput, Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés, PUF, Droit fondamental, 1986, p. 35; Le Cannu, Prévention et règlement amiable, collection U, Armand Colin, 1985, p.69; A. Couret, N. Mervilliers, G.A. De Sautenac, Le traitement amiable des difficultés des entreprises, Droit Poche, Economica, 1985, p.25; « La détection précoce des difficultés des entreprises », Table ronde, Rev. proc. coll., 2010, n°1 p.49.

OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE). Dans cet ordre juridique, la prévention-détection est essentiellement centrée sur l'alerte du commissaire aux comptes et l'alerte des associés ne joue qu'un rôle facultatif comme en droit français. Dans l'ensemble, la doctrine a adhéré de façon unanime à cette politique de prévention en insistant davantage sur l'information ici synonyme de détection. Elle doit être précoce<sup>109</sup> et spontanée mais non judiciaire<sup>110</sup>. Il s'agit donc à travers le système de prévention-détection de s'attaquer à la source des difficultés sans en attendre les manifestations<sup>111</sup>. La détection est un gage pour une meilleure prévention. Elle doit servir de repère<sup>112</sup>, elle doit être une étape préalable à la prévention de la cessation des paiements, en ce qu'elle permet de faire l'état des lieux des difficultés<sup>113</sup>. Tout l'intérêt que devrait être le rôle des administrateurs indépendants. En tant que représentants des associés et investisseurs, ils doivent s'informer de toute difficulté pouvant entraîner l'exploitation de l'activité de l'entreprise. Cependant, on a remarqué que tel n'a pas été le cas suite à la faillite nombreuses entreprises. Le cas ENRON en est une illustration. En effet, la débâcle d'ENRON prouve que bien souvent les actionnaires et les investisseurs n'évaluent pas assez sérieusement la qualité et l'indépendance du conseil d'administration chargé de les représenter et de défendre leurs intérêts. Plusieurs reproches sont soulevés à l'encontre des administrateurs touchent aux questions suivantes. La multiplication des conflits d'intérêt entre les administrateurs et la société. Par exemple, John Urquhart avait un contrat de conseil en stratégie auprès du président au titre duquel il a touché \$ 500 000 d'honoraires; le CFO de la société était un associé de nombreuses sociétés dans lesquelles ENRON a domicilié des transactions qu'il n'était pas souhaitable de faire apparaître dans son bilan; d'autres administrateurs avaient des contrats de conseil avec la société; l'absence d'interrogations et de questions sur les transactions hors bilan qui se sont multipliées afin d'externaliser les risques et les pertes;

---

<sup>109</sup>F. Perochon, *Entreprises en difficulté*, 10<sup>e</sup> éd., L.G.D.J, n°41, p.45.

<sup>110</sup>C. Saint-Alary.-Houin. *op.cit*, n° 95.

<sup>111</sup>Le rapport Sudreau indiquait clairement l'objectif voulu par le législateur. Il s'agit de permettre aux personnes habilitées à le faire d'avoir « le droit de mettre en œuvre une procédure spéciale lorsqu'elles ont des éléments d'information concordants et sérieux laissant présager l'existence de difficultés qui peuvent être lourdes de conséquences... », extrait du rapport Sudreau, in la réforme de l'entreprise, 2<sup>e</sup> éditions 10-18, 1975, p. 177 et s.

<sup>112</sup>F. Perochon, *ouvrage op.cit*. n°28.

<sup>113</sup>J.-P. Sortais, *Entreprises en difficultés, les mécanismes d'alerte et de conciliation*, L. G. D. J. 2010, p. 17.

l'absence d'implication dans la vérification de l'indépendance des auditeurs et dans l'analyse de la pertinence des systèmes de contrôle.

En outre, il faut retenir que l'apparente qualité du gouvernement d'entreprise d'une société et le prestige de son conseil ne sont pas suffisamment « challengés » par les actionnaires, et surtout par les analystes. Les administrateurs doivent impérativement maîtriser la stratégie, les enjeux des opérations et l'économie globale de l'entreprise au conseil de laquelle ils siègent. Ils doivent demander à comprendre et obtenir les explications s'ils ne maîtrisent pas ce que fait la société. S'ils n'ont ni la compétence, ni l'accès à l'information, ils doivent démissionner. Et lorsque des transactions se développent entre la société et certains de ses administrateurs ou des sociétés dans lesquelles ils ont un intérêt, il n'y a plus d'indépendance du conseil et c'est aux véritables administrateurs indépendants de contrôler de telles pratiques. Le développement des opérations hors bilan et l'adaptation des principes comptables conduits par le management ne doivent pas échapper aux investigations du comité d'audit qui doit en assurer un contrôle effectif et indépendant, quitte à se faire aider par des conseils extérieurs à ceux de la société. Il en est de même pour l'intervention sur les marchés dérivés ou sur les produits structurés. Ceci passe donc par un renforcement des moyens et de l'indépendance du comité d'audit. Le comité d'audit doit s'assurer que la société a une véritable politique d'identification, de mesures et de suivi des risques que celui-ci devra challenger et dont il devra évaluer l'adéquation à l'ampleur des risques potentiellement engagés. Tout ceci pose encore la double question de la cohérence entre la compétence des membres du comité d'audit et des moyens qui leur sont alloués, et la taille des enjeux qu'ils ont à maîtriser. Le comité d'audit doit rendre compte des résultats de sa mission aux actionnaires indépendamment du management. La confusion des genres pratiquée par les cabinets d'audit qui, à côté de leur mission légale de commissariat aux comptes, conduisent des missions de conseil rémunérées par les directions générales nuit gravement à leur indépendance dans l'évaluation des pratiques des entreprises. Dans le cas d'ENRON, le cabinet concerné recevait annuellement, à côté des \$ 25 millions d'honoraires d'audit relevant de sa mission officielle soumise à des règles d'indépendance rigoureuse, \$ 27 millions d'honoraires de conseil. Plus globalement, la folie des marchés, qui attendent de façon irréaliste que les sociétés produisent chaque année une croissance de leurs revenus et de la rentabilité (ROE) supérieure à 15 %, génère une pression dangereuse sur les directions générales qui, de peur de ne pas réaliser leurs prévisions, peuvent en arriver à utiliser des manipulations comptables ou financières altérant la sincérité des comptes. Pour paraphraser un adage célèbre, « *pousser à trop de rentabilité tue la rentabilité* ». Il y a une réelle réflexion à mener quant à la folle pression qu'exercent les

analystes financiers sur les managements des sociétés sans qu'ils ne soient eux-mêmes comptables de leurs prévisions et de leurs recommandations. Il est nécessaire d'assurer une indépendance totale des structures de gestion de fonds de pensions afin d'empêcher toute confusion des genres et interventions du management de la société, dont les futurs pensionnés sont les salariés.

## **B Leur inactivité dans le traitement des difficultés**

L'environnement économique a profondément évolué en quelques mois et beaucoup d'entreprises vont entrer dans une zone de fortes turbulences qui risque de mettre en jeu leur survie. Or, chaque année plusieurs sociétés disparaissent, le plus souvent parce que leurs dirigeants n'ont pas pris en temps utile, les décisions qui leur auraient permis d'éviter cette disparition. En effet, aucune entreprise n'est armée, en marche normale, pour faire face à une situation de crise grave et, lorsqu'elle survient, le dirigeant est le plus souvent désespéré, notamment par méconnaissance des solutions à sa disposition. A contrario, quand les dirigeants de sociétés en difficulté financière ont su tirer le meilleur parti des solutions, internes ou externes, à leur disposition, ils ont réussi à sauver leur entreprise dans 95% des cas. Parallèlement, depuis quelques années, le traitement des entreprises en difficulté a fortement évolué, du fait de la réforme du cadre législatif et réglementaire applicable, et de l'évolution favorable de l'environnement opérationnel dont il bénéficie. Ainsi, une entreprise est en crise financière quand elle ne dispose plus ou qu'en raison des difficultés qu'elle rencontre, elle anticipe qu'elle ne disposera plus à échéance relativement courte de la trésorerie nécessaire à la continuité de son exploitation. Plus concrètement l'entreprise n'est, ou ne sera bientôt, plus à même d'assurer le paiement des salaires, le paiement des fournisseurs, le remboursement des emprunts aux échéances prévues, le financement des investissements nécessaires à la continuité opérationnelle, et le paiement des éventuels coûts de restructuration nécessaires à cette continuité. Une crise financière ne résulte que très rarement d'un seul facteur et n'arrive en général pas d'un seul coup. Elle est quasiment toujours précédée de mini alertes, le plus souvent sous-estimées ou ignorées par le dirigeant et son équipe. Manquant souvent de tableaux de bord appropriés et «la tête dans le guidon», le dirigeant ne prend pas toujours le recul nécessaire et ce d'autant plus que la crise financière s'accompagne quasi systématiquement d'un accroissement de sa charge de travail. Il a également souvent tendance à s'enfermer dans un certain déni de la réalité et à s'isoler encore davantage. Les signaux d'alerte peuvent provenir de l'intérieur de l'entreprise comme de

l'extérieur, être de nature financière ou non. Trop souvent le dirigeant parle tardivement de ses difficultés, compromettant parfois définitivement les possibilités de redressement de son entreprise. Les conseils habituels du dirigeant, que ce soit l'expert-comptable ou l'avocat, jouent à ce stade un rôle clé. Le dirigeant doit, dès l'apparition des signaux annonciateurs de difficultés financières, sortir de son environnement habituel et s'entourer d'un ou plusieurs professionnels spécialisés rompus à ce genre de situation qui vont, apporter un regard neuf sur la situation et lui permettre d'en prendre très vite la juste mesure, lui permettre de prendre rapidement les bonnes décisions et notamment de choisir, si nécessaire, la meilleure solution judiciaire, l'accompagner dans la définition et la mise en œuvre des modalités de sortie de crise. Ces professionnels sont les avocats et experts comptables spécialisés, les experts opérationnels spécialisés (cabinets de management de transition et de retournement), les administrateurs judiciaires. On se pose alors la question de savoir quel est le rôle de l'administrateur indépendant si l'on considère que, s'agissant du comité d'audit, il joue un rôle essentiel dans le cadre financier. Il devrait être en mesure de détecter à l'avance ces difficultés. Mais tel n'est pas le cas. Et cela peut entrer dans l'inefficacité du rôle que jouent dans certains cas les administrateurs indépendants. En effet, on remarque qu'en générale ils ne jouent aucun rôle. En cas d'ouverture de la procédure de traitement plusieurs organes interviennent dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire et de la liquidation<sup>114</sup> des biens. Ces organes sont : le Juge-commissaire, le Syndic, le Ministère public ainsi que des contrôleurs. En ce qui concerne le Juge-commissaire, il a pour rôle principal de veiller au déroulement rapide de la procédure mais, également, aux intérêts en présence. Durant la procédure, le Juge-commissaire recueille tous les éléments d'information qu'il juge utiles. Il peut, notamment, entendre le débiteur ou les dirigeants de la personne morale, leurs préposés, les créanciers ou toute autre personne, y compris le conjoint ou les héritiers connus du débiteur décédé en état de cessation des paiements<sup>115</sup>. En outre, celui-ci peut obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les comptables, les membres et représentants du personnel, par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les établissements de crédit ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à

---

<sup>114</sup>F. THERA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, Le Harmattan, Paris, 2012, p. 141 et suivantes.

<sup>115</sup>F.M. SAWADO, *OHADA Droit des entreprises en difficulté*, n° 128, p. 120, éd. JURISCOPE 2002.

lui donner une information exacte sur la situation économique et financière de l'entreprise<sup>116</sup>. Ensuite, le Juge-commissaire fait rapport à la juridiction compétente de toutes contestations nées de la procédure collective.

Un syndic (ou des syndics) est désigné par la juridiction compétente. Le ou les syndics sont chargés de représenter les créanciers. Ils ont la qualité de mandataires rémunérés et sont civilement responsables de leurs fautes dans les termes du droit commun, sans préjudice de leur responsabilité pénale. Les deniers éventuellement recueillis par le syndic, quelle qu'en soit la provenance, sont versés immédiatement à un compte spécialement ouvert pour chaque procédure collective auprès d'un établissement bancaire ou postal ou au Trésor. Dans les huit jours des recettes, le syndic doit justifier lesdits versements au Juge-commissaire. En cas de retard, le syndic doit les intérêts des sommes qu'il n'a pas versées. Le Juge-commissaire arbitre les sommes nécessaires aux dépenses et frais de la procédure.

Le Ministère public intervient également dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. En effet, le représentant du Ministère Public est informé du déroulement de la procédure collective par le Juge-commissaire. Il peut, à tout moment, requérir communication de tous actes, livres ou documents relatifs à la procédure collective<sup>117</sup>. En outre, le représentant du Ministère Public communique au Juge-commissaire, sur sa demande ou même d'office, les renseignements utiles à l'administration de la procédure collective et provenant de toute procédure pénale, nonobstant le secret de l'instruction<sup>118</sup>. Enfin, le dernier organe intervenant dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est le ou les contrôleurs. Il revient au Juge-commissaire, s'il le souhaite, de nommer un ou plusieurs contrôleurs choisis parmi les créanciers, sans que leur nombre puisse excéder trois. Cela étant, la nomination de contrôleurs est obligatoire à la demande des créanciers représentant, au moins, la moitié du total des créances même non vérifiées. Les contrôleurs ont pour mission d'assister le Juge-commissaire et ainsi de

---

<sup>116</sup>Article 39 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

<sup>117</sup>YZAS BAKER TILLY, *Guide des procédures collectives*, Edition Droit-Afrique. Com, 2010, p. 33 et suivantes.

<sup>118</sup>Article 47 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

surveiller le déroulement de la procédure collective et de veiller aux intérêts des créanciers<sup>119</sup>. On voit ainsi que les administrateurs indépendants n'interviennent en aucun cas dans la procédure de traitement des difficultés ni pour assister le débiteur ni les organes de la procédure.

---

<sup>119</sup>Article 49 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

## CONCLUSION GENERALE

Au long de cette réflexion, nous avons remarqué que l'administrateur indépendant est une figure centrale de la *corporate governance*, dans l'esprit de laquelle il a été créé. Il joue un rôle central dans les différents comités. L'administrateur indépendant est chargé de la gestion des conflits d'intérêts intragroupes. Dans le comité d'audit, dans le comité de rémunération et éventuellement dans le comité de nomination, on constate que l'administrateur indépendant a une mission qui consiste par-dessus tout à rester « au-dessus de la mêlée » et faire figure de « sage » au sein d'un conseil d'administration à l'intérieur duquel des personnes neutres sont immanquablement les bienvenues pour surveiller et accompagner les décisions et opérations qui y sont prises et effectuées<sup>120</sup>.

L'instauration d'administrateurs indépendants au sein du conseil d'administration n'a nullement pour but de soustraire le pouvoir de décision aux administrateurs qui représentent des actionnaires, mais au contraire, les avis et rapports qu'ils remettent sont sensés éclairer ce conseil<sup>121</sup>. C'est l'esprit même de la gouvernance d'entreprise, basée sur la transparence et des procédures plus rigoureuses dans certains domaines du droit des sociétés.<sup>122</sup>

Pour nous, l'administrateur indépendant s'inscrit parfaitement dans le cadre de la bonne gouvernance des entreprises, sauf que ces considérations sont théoriques et qu'entre la théorie et la pratique, il y a, dans cette matière comme dans beaucoup d'autres, une distance qui peut être assez conséquente. C'est pourquoi nous nous permettrons de faire certaines observations et, pourquoi pas, émettre certaines pistes de réflexions.

Premièrement, après avoir analysé l'utilité des administrateurs indépendants à travers leur rôle dans les différents comités, nous remarquons qu'ils sont vecteurs de transparence au sein de l'entreprise. Ils véhiculent l'information, qui désormais est à la portée des acteurs de l'entreprise et plus particulièrement des investisseurs.

Deuxièmes, il faut noter cependant que cette utilité de l'administrateur indépendant est un peu contrecarrée. En effet, l'absence de précision de l'AUSC de son régime juridique relativement

---

<sup>120</sup> JEROME DOLY, l'administrateur indépendant, mémoire de Master II en Droit 70.p, année académique 2013-2014

<sup>121</sup> X. DIEUX, « « Corporate governance » : de la loi du 2 août 2002 au « Code Lippens » », o. c. p. 61.

<sup>122</sup> N. THIRION, « Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes », o. c., p. 369.

à la nomination est source de confusion. Les critères d'indépendance des administrateurs prévus sont complexes. En conséquence, il est compliqué de trouver une personne qui satisfait à toutes ces conditions cumulativement et qui, de surcroît, fait preuve de toute une série de qualités humaines dont on aimerait que l'administrateur indépendant soit pourvu.

Comme le fait très justement remarquer J.-M. GOLLIER dans sa contribution sur le comité d'audit, le rapport de la Commission spéciale de notre Parlement Fédéral, qui a été instituée dans le cadre de la crise financière de 2008, ne stigmatise pas l'inutilité des comités d'audit (qui étaient existants alors que de multiples fraudes ont eu lieu), mais met plutôt l'accent sur l'importance des qualités humaines des personnes qui composent ces comités et sur leur réel sens des responsabilités<sup>123</sup>.

Nous pouvons transposer cela à tous les autres comités qu'on retrouve dans les conseils d'administration et souligner l'intérêt prépondérant d'y introduire des administrateurs indépendants munis d'un sens aiguisé de l'éthique sociétale et suffisamment neutres pour pouvoir émettre des jugements objectifs, sans crainte de perdre leur poste.

A notre avis, cela implique un minimum d'indépendance financière et c'est pourquoi nous ne sommes pas opposés à une politique de rémunération variable des administrateurs indépendants, dans la mesure où celle-ci reste raisonnable et permet aux sociétés d'attirer dans le giron de leurs conseils d'administration les personnes qui sont les mieux à même de remplir cette fonction.

Sur ce point, nous plaillons donc pour une simplification des critères d'indépendance et pour une place plus importante consacrée à l'individu.

Troisièmement, on épinglera la question sensible de la précarité de leur mandat à travers la révocabilité *ad nutum* des administrateurs indépendants. Cette problématique est celle qui pose, selon nous, le plus question dans le contexte de l'analyse de la notion de l'administrateur indépendant car elle ne cadre pas avec la raison d'être de ce dernier qui a été créé, rappelons-le, dans un contexte de *corporate governance* dans le but de contrebalancer le poids que peut avoir un actionnaire de contrôle. Le rôle de l'administrateur indépendant dans ce cadre est donc de garder une certaine neutralité, neutralité qui pourrait être mise à mal par le principe de la révocabilité *ad nutum*.

En effet, l'actionnaire de contrôle peut très bien faire pression sur l'administrateur pour que celui-ci prenne des décisions en sa faveur, sous peine d'être révoqué, sans aucune autre forme

---

<sup>123</sup> J.-M. GOLLIER, *o. c.*, p. 186.

de procès. Ce système est selon nous dangereux dans un cadre de *corporate governance* et c'est pourquoi nous préconisons l'instauration d'un système de révocation spécifique aux administrateurs indépendants, mais il faudrait pour cela que la Cour de Cassation commence par adopter un revirement de jurisprudence et cesse de consacrer cette révocabilité *ad nutum* comme un principe d'ordre public.

Enfin, nous avons pu remarquer également que l'administrateur indépendant n'a pas de rôle décisif dans la prévention des difficultés de l'entreprise ou en cas de cessation des paiements. En effet, nous pensons que l'administrateur indépendant ne s'est pas donné les moyens de dénoncer les cas frauduleux des dirigeants et en cas de cessation des paiements des organes spécifiques sont nommés pour diriger la procédure. L'administrateur indépendant n'intervient pas. Ce qui à notre avis devrait être le contraire. Ce dernier bénéficiant d'une indépendance totale devrait être en mesure de dénoncer les situations pouvant entraîner une crise.

Pour terminer, nous rappellerons que Rome ne s'est pas faite en un jour et la figure de l'administrateur indépendant, depuis qu'elle est arrivée en droit OHADA, n'a pas fait l'objet de modification dont deux articles seulement lui est consacré. Ce qui devrait faire l'objet d'une révision pour décrire avec certitude son régime juridique. L'optimisme étant de rigueur, nous ne pouvons qu'espérer que les prochaines réformes en la matière iront dans le sens exposé.

## **BIBLIOGRAPHIE :**

### **OUVRAGES GÉNÉRAUX**

**BADJI (PATRICE A. S.),** *Réforme du Droit Des Sociétés Commerciales OHADA*, édition Crédila-Harmattan, 2016,

**BASDEVANT (F.), CHARVERIAT (A.) et MONOD (F.),** *Le guide de l'administrateur desociété anonyme*, Litec, 1995, pp. 171.

**BEAUFORT (V),** *Gouvernance d'entreprise en Europe*, ECONOMICA, PARIS, 2006, 693 P

**CANNU (P.),** *Droit des sociétés*, Domat droit privé, Montchrestien, 2002,

**CANNU (P.),** « *Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions* », Bulletin Joly Sociétés, 01 juillet 1995 n° 7-8, 637 P.

**COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.),** *Droit des sociétés*, 15ème éd., Litec, Paris, 2002, 288 P.

**DIEYE(A),** *Régime Juridique Des Sociétés Commerciales et du GIE Dans l'Espace OHADA*, quatrième édition 2014, 389 P

**DUPICHOT (J.), DU PONTAVICE (E.), DE JUGLART (M.), IPPOLITO (B.),** *Traité de droit commercial*, t. 1, théorie générale du droit des affaires, 4ème éd., Montchrestien, 1988.

**ERNST & YOUNG,** *Commentaires du droit des sociétés commerciales et du GIE*, Edicef, sous l'art. 421 p.

**FENEON (A),** *Droit des sociétés en Afrique*, LGDJ, 2015, 793 P

**GATSI (J.),** *L'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, 2005, 12 P.

**GUYON (Y)**, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, t. 1, Economica, 11<sup>ème</sup> éd. 2001, 317 P.

**GUYON (Y)**, « Corporate governance », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, n°6

**GUYON (Y.)**, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, t. 1, Economica, 11ème éd., 2001, n°317 et s., spéc. N° 323, 329 P.

**HEMARD (J.), TERRE (F.), MABILAT (P.)**, *Sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 1972, 840 P.

**HOUPIN (C.)**, *Traité générale théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris,

**HOUIN (C. SAINT ALARY)**, *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J. 2014, 9<sup>e</sup> éd.,

**MAROIS (B.) ET BOMPOINT (P.)**, *Gouvernement d'entreprise et communication financière* : Economica 2004, 127 P

**MERLE (P.)**, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, précis droit privé, 8<sup>ème</sup> éd., 2001, 413 P

**MESSAGER (I. ROHART)**, *La prévention -détection par les tribunaux de commerce*, Gaz. Pal. Etude, Numéro spécial janvier 2010, n° 8-9 ,

**SORTAIS (J. P.)**, *Entreprises en difficultés, les mécanismes d'alerte et de conciliation*, L. G. D. J. 2010, p. 17. Larose, 1899, titre 9<sup>ème</sup>

**THERA (F)**, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, Le Harmattan, Paris, 2012.

**TERRE (F.), MABILAT (P.),** *Sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 1972, n° 840;  
**THALLER (E.),** *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris Rousseau, 1898,

**TERRE (F.),** *Le dirigeant de société : risques et responsabilités*, jurisclasseur, groupe Lexis Nexis, éd. 2002, ouvrage dirigé par CONTE (P.), GUTMAN (D.) et GERMAIN (M.),

**THALLER (E.),** *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris Rousseau, 1898,

**TILLY (YZAS BAKER),** *Guide des procédures collectives*, Edition Droit-Afrique. Com, 2010, p. 33 et suivantes

**TUNC (A.),** *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 4ème éd., 1997,

**WILLERMAIN (D.),** « Le statut de l'administrateur de société anonyme : principes, questions et réflexions », *Rev. prat. soc.*, 2005.

**WILLERMAIN (D.),** « Les corporate opportunities (notamment au sein des groupes de sociétés) », *R.D.C.*, 2005, 479 P.

**WILLERMAIN (D.),** « Les pouvoirs des dirigeants d'entreprise, spécialement des administrateurs de sociétés anonymes : état des lieux et réflexion », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009.

**WYMEERSCH (E.),** « Application de techniques de « corporate governance » dans les sociétés cotées belges », *R.D.C.*, 2000, pp. 406-410.

## OUVRAGES SPECIAUX

**BOULOC (B)**, "La place de l'administrateur indépendant dans une société cotées. Un aspect vécu", in "La gouvernance des sociétés cotées face à la crise- Pour une meilleure protection de l'intérêt social" (Ouvrage collectif sous la direction de Magnier V), LGDJ, 2010, pp. 103

**EMIEN (MIESSAN)**, « L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales applicables dans la zone OHADA », *Penant* pp.864.

SZAFRAN, D., « Les conflits d'intérêts au sein des groupes de sociétés et la notion d'administrateur indépendant », in *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 33-59.

THIRION, N., « Indépendance des commissaires et administrateurs indépendants: le miroir aux alouettes ? », in *Sociétés et ASBL: questions d'actualités*, Liège, CUP, 2003, vol. 62, pp. 299-369.

**WILLERMAIN (D)**, « Le statut de l'administrateur de société anonyme : principes, questions et réflexions », *Rev. Prat. Soc*, 2005, pp. 207-254.

## ARTICLES

**DEL (VECCHIO) ET JOUDI (M)**. Dans quelle mesure la diversité au sein du Conseil d'administration améliore-t-elle la gouvernance de l'entreprise, *Revue Française de Gouvernance d'entreprise*, 2008, n°4.

**DELGA (J)**. L'administrateur indépendant : un personnage juridiquement contestable !, *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, juillet 2007, pp. 26 à 32

**DELGA (J)** De l'inexistence juridique de l'administrateur indépendant, *cahiers de droit de l'entreprise* n° 5, septembre-octobre 2005, 45 pages.

**DELGA (J.)**, *L'administrateur indépendant n'existe pas : « Dangers »*, D. 2002, n°37, p. 2858.

**FARHAT (NADIA BEN)**, Contribution de l'expérience des administrateurs indépendants dans la performance des firmes cotées françaises, 20.P

**IFA** (l'Institut Français des Administrateurs): L'Administrateur Indépendant Définition et grille d'analyse les travaux de l'IFA Commission Déontologie et Statut de l'administrateur, 14 décembre 2006

**LAMBRECHT (PH)**, *«L'adaptation en Europe du gouvernement d'entreprise»*, Petites affiches, 12 février 2004 pp.31 et s.

**MAGNIER (V)**, *« Gouvernance des sociétés cotées face à la crise»*, Répertoire sociétés Dalloz, 6 juillet 2010, p306

**MEYER (P.)**, *« La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA »*, Colloque de Niamey sur la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, du 17 au 24 mars 2006, OHADATA D-06-50.

**RIPERT (G.), ROBLOT (R.)**, *Traité de droit commercial*, t. 1, Sociétés commerciales, 17<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris,

**ROUGER (M.)**, "La prévention des difficultés des entreprises au tribunal de commerce de paris", in *Le nouveau droit des défaillances des entreprises*, Dalloz 1995,

**RAYNAUD (B.)**, *La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions*, JCP éd. E., 6 mars 2003, n354, publié à la SJE.

**ROUTIER (R)**, *« De nouvelles pistes pour la gouvernance ? »*, Bulletin Joly Sociétés, 01 juin 2003 n° 6, p 611.

**PEYREVELADE (J.)**, *Le gouvernement d'entreprise ou les fondements incertains d'un nouveau pouvoir*, 1999, P68.

**SALAH (WALID BEN) :** l'administrateur indépendant : une meilleure gouvernance des sociétés anonymes tunisiennes ? Article en cours de publication dans la revue "Actualités juridiques tunisiennes" n°25 ; 22 p

**WILLERMAIN, (D)**, « Les corporates opportunités (notamment au sein des groupes de sociétés) », *R.D.C.*, 2005, p. 453-479.

**WILLERMAIN, (D)**, « Les pouvoirs des dirigeants d'entreprise, spécialement des administrateurs de sociétés anonymes : état des lieux et réflexion », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 148-156.

**WYMEERSCH, (E)**, « Application de techniques de « corporate governance » dans les sociétés cotées belges », *R.D.C.*, 2000, pp. 406-410.

## **LÉGISLATIONSET JURISPRUDENCES**

L'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE révisé, adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou, publié au journal officiel le 04 février 2014 et entré en vigueur le 05 mai 2014

L'acte uniforme relatif au droit commercial général, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé, publié au journal officiel le 15 février 2011et entré en vigueur le 15 mai 2011.

L'acte uniforme relatif aux procédures collectives et de recouvrement du passif, adopté le 10 septembre 2015 à Grand-Bassam, publié au journal officiel le 25 septembre 2015 et entré en vigueur le 24 décembre 2015

Le traité OHADA, instituée par le traité du 17 octobre 1993 signé à Port-Louis (île Maurice), tel que révisé le 17 octobre 2008 à Québec (Canada)

Le code de commerce français, version modifié du 14 décembre 2018, en vigueur au 30 décembre 2018

Le code de gouvernance des entreprises du Sénégal, projet du 5 mars 2010.

CA Versailles, 19 mai 2011, préc

Cass. Com., 4 juin 1946

Cass. Crime. 16 mai 2012, préc. ;

## **THESES**

**AGUEMON (KHALED)**, Réflexion sur l'abus en droit des sociétés dans l'espace OHADA : contribution du droit français, université Lyon III Jean Moulin, 471.P

**AHOUA (DESIRE)**, Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français, HAL Id: tel-01235030 <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01235030> Submitted on 27 Nov. 2015, 468.P

**ALLEMAND (I)**, *Contribution à la théorie de la gouvernance: » le marché des dirigeants, mécanisme particulier de la gouvernance des entreprises »*, Thèse de doctorat Sciences de Gestion, 2008, Université de Bourgogne, p389

**FOLLY (M. MESSAN AGBO)**, le statut des dirigeants sociaux en droit de l'OHADA, thèse pour l'obtention du grade de docteur 18 avril 2014, 528.P

**GIVERDON (V.)**, *L'évolution du contrat de mandat*, thèse, Paris, 1947, 102 à 109, p326

**GOURLAY (P.G.)**, *Le conseil d'administration de la société anonyme, organisation et fonctionnement*, thèse Paris, 1966, Sirey, 1971, p238

**GROSSI (I.),** *Les devoirs des dirigeants sociaux, bilan et perspectives*, thèse Aix III, 1998, p784

**MOTTO (PATRICE CHRISTIAN EWANE),** thèse, la gouvernance des sociétés commerciales en droit OHADA, HAL, p.1, 401.p

**NGOM (M. NGOR),** Réflexion sur un phénomène récent en Afrique : Les autorités administratives indépendantes, thèse pour le doctorat d'Etat en Droit, 14 Avril 2001

## Table des matières

|                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>REMERCIEMENT</b> .....                                                                                                       | i   |
| <b>DEDICACES</b> .....                                                                                                          | ii  |
| <b>INDEX DES ABREVIATIONS</b> .....                                                                                             | iii |
| <b>INTRODUCTION</b> .....                                                                                                       | 1   |
| <b>Chapitre1 : L'utilité des administrateurs indépendants dans les SA</b> .....                                                 | 14  |
| <b>Section1 : Des organes garantissant la transparence dans la gestion de l'entreprise.</b> .....                               | 14  |
| <b>Paragraphe1 : la consécration d'un organe de contrôle comptable et financier: le comité d'audit</b> .....                    | 14  |
| Paragraphe2 : la consécration d'un organe consultatif et de prévoyance des difficultés : les autres comités.....                | 20  |
| <b>Section 2 : une autorité garantissant la sécurité interne et externe de l'entreprise</b> .....                               | 23  |
| Paragraphe 1 : un organe de régulation des conflits d'intérêt .....                                                             | 23  |
| Paragraphe2 : un organe garantissant la confiance des investisseurs .....                                                       | 29  |
| <b>Chapitre2 : une utilité contestable</b> .....                                                                                | 33  |
| <b>Section1 : l'absence d'encadrement du régime juridique des administrateurs indépendants</b> .....                            | 33  |
| Paragraphe1 : l'absence de détermination du régime de nomination des administrateurs indépendants.....                          | 33  |
| Paragraphe2 : l'absence de détermination du régime de rémunération des administrateurs indépendants.....                        | 38  |
| <b>Section2 : la mise en doute du dispositif de l'intégrité des administrateurs indépendants</b> .....                          | 42  |
| Paragraphe1 : une possibilité de subordination des administrateurs indépendants aux décisions du Conseil d'administration ..... | 42  |
| Paragraphe2 : La chute de nombreuses sociétés avec administrateurs indépendants.....                                            | 48  |
| <b>CONCLUSION GENERALE</b> .....                                                                                                | 55  |
| <b>BIBLIOGRAPHIE :</b> .....                                                                                                    | 58  |