

L'exigence De « Compétence » Dans Le Choix Des Administrateurs Des Sociétés Anonymes Avec Conseil D'administration En Droit OHADA Des Sociétés Commerciales

Yannick KOUENGUEN NGUETNKAM

Dr/Ph.D en droit des affaires et de l'entreprise
Chargé de cours en droit privé des affaires
Université de Douala (nkyan2@yahoo.fr)

Résumé- L'administration de la société anonyme est délicate. Elle exige la compétence pour les membres du conseil d'administration et spécialement des administrateurs. Ce papier se donne pour mission de s'interroger sur la prise en compte de cet élément dans leur sélection. Les résultats de la recherche démontrent que, la prise en compte de ce critère de compétence est mitigé voire tacite. On oscille entre silence et l'implicite. L'urgence d'inscrire expressément dans la loi uniforme OHADA la compétence comme critère par excellence du choix des administrateurs participe de la qualité du management, du contrôle et du rayonnement économique de la société anonyme.

Compétence-gouvernance-CEMAC-OHADA-tacite-exprime-formation

Abstract- The management of anonymous societies is difficult. To do it, the members of administrators staff have to be competent. This paper have as aim to ask question and take in to consideration competence in the choice of administrators staff in the law. The result is competence is not take expressly. The proposition is, a legislator an obligation to insert in OHADA uniform law of society, the notion of competence like amazing sign to do the best choice of members of administrators staff. After it, we will have a quality management, a best control and economic grow of the anonymous societies.

Competence-governance-CEMAC-OHADA-tacit-express-formation

La gouvernance est, pour Yves Chaput, l'art de gouverner en recherchant une solution impartiale aux conflits d'intérêts¹. Si cela est possible dans tout

groupement², il faut reconnaître avec l'auteur que l'accent reste marqué dans le cadre de la société commerciale³ et plus précisément celle anonyme avec conseil d'administration⁴. Avant d'aller loin, arrêtons-nous sur les mots clés du thème.

La société anonyme est celle dans laquelle les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et donc le droit des actionnaires sont représentés par des actions⁵. On parle ici de société anonyme pluripersonnelle. Elle peut aussi comprendre un actionnaire. On parlera de société anonyme unipersonnelle. Il est possible, en terme d'organisation et fonctionnement, d'avoir une

également la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise, ainsi que le moyen de les atteindre et d'assurer une surveillance des résultats obtenus. Un gouvernement d'entreprise de qualité doit inciter le conseil d'administration et la direction à poursuivre des objectifs conformes aux intérêts de la société et de ses actionnaires et faciliter une surveillance effective des résultats obtenus. L'existence d'un système de gouvernement d'entreprise efficace, au sein de chaque entreprise et dans l'économie considérée dans sa globalité, contribue à assurer la confiance nécessaire au bon fonctionnement d'une économie de marché. Il en résulte une diminution du coût du capital et un encouragement pour les entreprises à employer plus efficacement leurs ressources, et ce faisant, à alimenter la croissance¹ »

² Nous pensons à la Famille, à l'Etat, aux organisations non gouvernementale (ONG), aux associations, aux fondations etc.

³ On en rencontre plusieurs dans le droit des sociétés OHADA : les sociétés de personnes au rang desquelles se trouvent les sociétés en commandite simple (SCS), les sociétés en nom collectif (SNC), les sociétés hybrides ou mixte (les sociétés à responsabilités limitées) et les sociétés par actions au rang desquels on note la présence des sociétés par action simplifiée (la nouvelle) et les sociétés anonymes.

⁴ On en dénombre deux (2) dans l'Acte uniforme : une avec conseil d'administration et l'autre sans la présence de ce conseil.

⁵ Cf. article 385 alinéa 1 de l'AUSCGIE.

¹ 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. Dans le même sens mais de manière plus détaillée et en convoquant plutôt la notion de gouvernement, l'OCDE précise que « Le gouvernement d'entreprise fait référence aux relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes. Il détermine

gestion sans conseil d'administration⁶ et avec conseil d'administration. Nous nous attarderons uniquement sur celle avec conseil d'administration.

Ainsi, la société anonyme avec conseil d'administration est cette entité qui a en son sein des organes identifiés aux pouvoirs bien encadrés. On a ainsi par ordre décroissant la direction générale, le conseil d'administration et l'assemblée des actionnaires. Bien que cette forme de société anonyme admette encore des distinctions en termes de qualifications des organes⁷, il faut reconnaître que maintenant, plus que par le passé, la hiérarchie des organes et la séparation des pouvoirs⁸ demeurent. Comme le rappelle un auteur, on aboutit à « *une idée de rationalisation du pouvoir*⁹ » entre les différentes instances de ce type de société. Ce sont ainsi, les conséquences marquées de l'influence du mouvement *Anglo saxon* de la *Corporate Governance* traduit par gouvernement d'entreprise en version française¹⁰.

Dans ces nouveaux principes de gouvernance, il est question de restituer aux actionnaires propriétaires leur pouvoir et améliorer la qualité de gestion des sociétés anonymes ouvertes au départ avant son expansion à celles fermées dans un élan de transparence¹¹. Ceci passait par un affaiblissement

voire une réduction ou contrôle des pouvoirs de la direction générale et un accroissement des prérogatives des actionnaires et surtout de leurs représentants qui sont les administrateurs membres du conseil d'administration. C'est le sens de l'arrêt *Motte* du 4 juin 1946 et qui a reçu une consécration législative en 1966 en France avec la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques. Ces exigences des *principles of corporate governance* ont débuté aux Etats Unis¹². Après un passage en Angleterre¹³, ils seront repris en France¹⁴ et dans tout l'Europe¹⁵, l'Asie et même en Afrique¹⁶.

SAYEGH, « L'OHADA et le gouvernement des entreprises », 27 sept. 2007, www.ajbef.info

¹² Tout part de 1980 où l'*American Law Institute* met en place une commission des juristes à laquelle s'associe l'*American Bar Association*. 1993 correspond à l'année d'élaboration des *Principles of Corporate Governance – analysis and recommendations*. Il était question de contrer les super pouvoirs des *directors*. En plus, il fallait instaurer une grande transparence dans la gestion des dirigeants et une moralisation dans la conduite des sociétés. Lire Fr. DIENG, « Transparence et gouvernement d'entreprise dans l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *LPA*, 24 janvier 2020, 409^e année, n°18, pp. 9 et s., MOUSSA SAMB, « Gouvernance et transparence en droit des sociétés de l'espace OHADA : perspectives de droit dur (*hard law*) et de droit souple (*soft law*) », *BDE* (2017) 1, 18p.

¹³ Le rapport *Cadbury* en 1992 ; *Greenbury* en 1995, *Hampel* en 1998. Un regroupement de ces rapports a donné en 2003 *The Combited Code of Corporate Governance*.

¹⁴ Tout est parti des rapports Vienot de 1995 (il demandait une nomination des administrateurs indépendants et création des comités spécialisés), et de 1999 (il demandait la publicité des rémunérations des dirigeants et la dissociation des fonctions du président du conseil d'administration et le directeur général). Après nous avons eu la loi du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Economiques.

¹⁵ En Suisse, nous avons le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise qui a été publié en 2002, modifié en 2007 et récemment en 2014. En Belgique, nous avons le Code belge sur la gouvernance d'entreprise de 2004 etc. En Allemagne c'est le *German Code of Corporate Governance* qui a été promulgué en septembre 2002 www.gccg.de; pour les codes de la Grèce, Italie, Pays-Bas, Espagne, Portugal, Belgique, Allemagne, y aller à <http://www.ecgi.org/codes/index/htm>.

¹⁶ Plusieurs pays ont mis en place des lois sur le gouvernement d'entreprise. Le Sénégal a créé un institut sénégalais des administrateurs (ISA) qui lui a mis en place en 2009 un Code de gouvernance d'entreprise. En côte d'ivoire, en partenariat avec la Confédération générale des entreprises (CGECI) et la chambre de commerce et d'industrie, un code national de gouvernance d'entreprise a été rédigé. Au Mali, le cercle de l'entreprise et de l'initiative sociale (CEIS), réseau créé en 2008, a lancé en

⁶ On parle de société anonyme avec administrateur général. Dans le cadre OHADA voir les articles 484 et suivant.

⁷ Dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration, nous avons la possibilité d'avoir : premièrement un directoire ou on trouve un DG et un DGA, un conseil d'administration avec à sa tête un PCA et une assemblée des actionnaires. Secondement, il est possible d'avoir à la tête de la direction générale et du conseil d'administration un PDG. Il assume cumulativement les deux fonctions et est assisté au directoire par un DGA et au conseil par ses collaborateurs administrateurs. Tout compte fait, dans cette seconde hypothèse, il appert que, ce PDG est actionnaire majoritaire. Pour le cadre OHADA, lire les articles 415 à 484 de l'AUSCGIE.

⁸ NEDRA ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparations des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, Thèse de Doctorat, Université de panthéon Sorbonne Paris 1, FSJP, 2013.

⁹ A. COURET, « Propos introductif » au *Colloque du CREDAT sur la gouvernance dans les sociétés anonymes : un bouclier pour les dirigeants ?*, 12 mai 2009 ; www.credat.ccip.fr. Dans le même sens, lire NEDRA ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparations des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, Thèse de Doctorat, Université de panthéon Sorbonne Paris 1, FSJP, 2013.

¹⁰ Lire N. DECOOPMAN, « Du gouvernement des entreprises à la gouvernance », pp. 107 à 109 en ligne : https://www.u-picardie.fr/Nicole_Decoopman

¹¹ Fr. DIENG, « Transparence et gouvernement d'entreprise dans l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *LPA*, 24 janvier 2020, 409^e année, n°18, pp. 9 et s., J. ISSA

L'espace Africain avec notamment le droit OHADA n'est pas en reste. L'Acte uniforme portant sur les sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dans sa version révisée de 2014 admet dans une certaine mesure l'outil d'un monde idéal : les principes de la gouvernance d'entreprise¹⁷. Outre la règle de la hiérarchie des organes et la séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes classiques ou modernes avec conseil d'administration¹⁸, on note l'exigence de transparence par la communication tout azimut, l'existence des comités spécialisés etc. Pour compléter l'insuffisance du texte de loi uniforme notamment dans le cadre des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, le même Acte en son article 831-2 alinéa 2 admet la possibilité pour les Etats membres de l'OHADA de mettre en place dans leur législation nationale des codes de gouvernance d'entreprise. Cet article dispose en substance que « lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les

juillet 2010 un Code d'éthique des affaires pour relever les défis de la compétitivité dans ce pays.

D'autres pays non membre de l'espace OHADA ont pensé à un code de gouvernance d'entreprise. On pense à En Afrique du Sud nous avons le *Code of Corporate Practices and Conduct* élaboré par la Commission King 1. Elle a produit des rapports qui ont amélioré la gouvernance des entreprises publiques ou privées et quelques soit la forme juridique de l'entreprise. Inspiré par l'Afrique du Sud, le Kenya a mis en place le Centre pour la gouvernance d'entreprise (*Centre of Corporate Governance*) ce qui a permis la rédaction des codes de bonnes pratiques génériques et sectoriels sur la bonne gouvernance d'entreprise pour toutes entreprises publiques ou privées. Ce centre est aussi à l'origine de la création d'un institut des administrateurs (*Institute of Directors*) en 2003, une association des actionnaires (*Shareholders Association*) en 2002. Le Nigeria met en place en 1993 un Code nigérian de la gouvernance (*Nigeria Code of Corporate Governance*) pour les sociétés anonymes. In Banque Africaine de Développement, « Rapport sur le développement de l'Afrique 2011 », chap. 7, pp. 149 à 166. www.afdb.org consulté le 29 juillet 2020. Nous avons aussi en Tunisie, le Guide des bonnes pratiques de gouvernance des entreprises tunisiennes de 2012. Au Maroc, nous avons le Code marocain de bonnes pratiques de gouvernance d'entreprise. Lire à propos MOUSSA SAMB, « Gouvernance et transparence en droit des sociétés de l'espace OHADA : perspectives de droit dur (*hard law*) et de droit souple (*soft law*) », *BDE* (2017) 1, p. 16.

¹⁷ Lire Y. CHAPUT, « Le monde idéal : les principes de la gouvernance d'entreprise », précité, p. 25.

¹⁸ Par ordre décroissant dans une société anonyme avec conseil d'administration, nous avons les actionnaires, le conseil d'administration et la direction générale. Le législateur OHADA a pris la peine de fixer les pouvoirs de ces derniers. Les articles 435 à 437 parlent des attributions du conseil d'administration ;

dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. ».

Il faut dire que, l'Acte uniforme en s'arrêtant sur les sociétés anonymes avec conseil d'administration¹⁹ dans les sociétés cotées ou pas, réserve une part peu considérable à l'administrateur. C'est le cas du régime de leur responsabilité par exemple. Certainement ce sont les statuts et code de conduite qui fixeront d'autres conditions supplémentaires à l'égard de ce dernier²⁰. Mais il aurait été plus utile de l'introduire dans la loi uniforme afin que cela soit des mesures obligatoires et d'application générale et impersonnelle.

Précisément au sujet des administrateurs, ils sont « *mandataire, nommé par l'assemblée générale ordinaire d'une société anonyme ou autre, révocable ad nutum, membre du conseil d'administration, qui est légalement investi des pouvoirs les plus étendus pour gérer la société et agir au nom de celle-ci, sous réserve de ceux attribués aux autres organes par la loi ou les statuts*²¹ ». Il faut dire qu'ils assurent une suppléance partielle des actionnaires au sein de la société à travers le conseil d'administration. La qualité d'administrateur correspond en réalité à la fin d'un processus de sélection bien organisé. Ils sont ainsi désignés soit par le statut²², soit par l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire²³ et soit coopté par le conseil d'administration²⁴. Pour cela, il faut remplir les conditions liées à la détention ou pas des actions²⁵ ; la situation de salarié ou non²⁶ etc. On aura alors la qualité d'administrateur actionnaire, représentant les salariés, représentant une personne morale, administrateur indépendant. Cette qualité octroie automatiquement des pouvoirs²⁷. Ces multiples prérogatives qui les mettent en position de

¹⁹ Fr. NDJAMONO ONGUILA, « Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit de l'OHADA », in *Les Cahiers de droit*, Vol. 53, n° 1, Mars 2012, pp. 49-77.

²⁰ Ph. MERLE, A. FAUCHON, *Droit commercial : Sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 20^e éd., 2017, n°430, p. 453.

²¹ G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henry Capitant, Paris, 12^e éd., PUF, 2018, p. 105.

²² C'est le sens de l'article 419 alinéa 1 qui dispose que « les premiers administrateurs sont désignés par les statuts ou, le cas échéant par l'assemblée générale constitutive ».

²³ C'est l'article 419 alinéa 2 et 3 de l'AUSCGIE qui dispose que « Au cours de la vie sociale, les administrateurs sont désignés par l'assemblée générale ordinaire. Toutefois, en cas de fusion, l'assemblée générale extraordinaire peut procéder à la nomination de nouveaux administrateurs ».

²⁴ Lire l'article 429 alinéa 1, 2 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales.

²⁵ Article 417 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE

²⁶ Idem.

²⁷ Lire A. KENMOGNE SIMO, « La désolidarisation entre participation au capital social et source du pouvoir en droit OHADA », *B.D.E.*, (2017) 1., 9 p.

cogestionnaire de la société anonyme à côté de la direction générale ne leur dédouanent pour autant pas de leurs responsabilités civiles et pénales en cas de situations difficiles.

La compétence est un concept pluriel²⁸. Sa conception récente, en 1970, dans le domaine de la gouvernance des entreprises contraste avec celle des domaines comme la psychologie²⁹, la science de l'éducation³⁰, où elle date et aurait trouvé son origine³¹. Sa définition étant fonction des domaines, nous nous attarderons sur celle proche du droit et se résumant en une conception propre à la science du management. Ainsi, elle « *est un ensemble de savoirs et de savoir-faire professionnels observables, analysables et pouvant être soumis à évaluation, qui permettent aux acteurs de l'entreprise d'exercer dans de bonnes conditions les tâches qui leur sont confiées*³² ». En terme d'enjeux, elle est au cœur de la gouvernance moderne des entreprises et se rapproche dans une certaine mesure de la notion de qualification³³. Etant un conglomerat de compétences (des salariés, des organes clés), la gestion de l'entreprise est en réalité une gestion des

²⁸ Cette pluralité conceptuelle s'apprécie à travers des secteurs multiples comme l'économie, l'ergonomie, la psychologie. Lire KARIMA BENSİKADDOUR, La compétence : dimension humaine de la qualité totale ; Université de Mostaganem Algérie, magister en management, 2008, F.D.S.C., mémoireonline. Consulté le 18 aout 2020.

²⁹ En psychologie, la compétence renvoie à ce que le sujet est en mesure de réaliser. En tout cas c'est le sens accordé par le psychologue N. CHOMSKY dans ses études sur la linguistique générative ou il opposait compétence et performance. In J. DOLZ et OLLAGNIER EDMEE, « La notion de compétence : nécessité ou vogue éducative », p. 8.

³⁰ La compétence renvoie à celle de construction interne, au pouvoir et au vouloir dont dispose l'individu de développer ce qui lui appartient en propre comme « acteur » ou « différent » et « autonome ». in J. DOLZ et OLLAGNIER EDMEE, « La notion de compétence : nécessité ou vogue éducative », précité, p. 8. Dans le sens pédagogique, elle est le résultat d'une évolution des mentalités pédagogiques.

³¹ En terme de genèse, il faut dire que la compétence a commencé à être sollicité après l'échec des politiques des hiérarchies lors des recrutements. Ainsi, on recrute des personnes compétentes. A défaut de le faire soi-même, on fait recours aux entités spécialisées dans les recrutements pour entreprises. C'est le cas des sociétés comme Total, et autres.

³² O. MEIER, *Dico du manager*, Paris, Dunod, 2009, voir compétence, pp. 31 et s.

³³ La qualification est liée au poste alors que la compétence est liée à l'aptitude de l'individu. Mais il est synonyme de compétence. Mais il faut dire qu'elle est en réalité deux aspects : la qualification individuelle et la qualification de l'emploi. La première renvoie effectivement à la compétence. La seconde par contre renvoie à aux exigences du poste sollicité.

compétences³⁴. C'est la possible fusion de celles-ci qui permettra à l'entreprise de se déployer et avoir un rayonnement important. On est ainsi quitté de la gestion des compétences à la gouvernance par les compétences. C'est le domaine de la compétence managériale. Car elle est fille de la performance et de la prospérité de l'entreprise.

Au vu de tout ceci, et particulièrement au niveau des critères légaux et modes de sélection des administrateurs observés, il nous a paru intéressant de réfléchir sur la compétence de ce maillon essentiel pour la bonne administration de la société. De manière précise, y'a-t-il une prise en compte du critère de compétence dans le choix des administrateurs des sociétés anonymes avec conseil d'administration dans l'Acte uniforme OHADA ? Nous partirons de l'hypothèse que la prise en compte est minoré en l'état actuel de la loi uniforme.

Il devient important de réfléchir à propos pour au moins deux raisons : sur le plan théorique, l'étude vise à apporter des solutions à une question oubliée par le législateur en militant pour son introduction expresse dans la loi. Sur le plan pratique, cette étude apportera des éléments nécessaires aux magistrats, au conseil d'administration, aux actionnaires pour opérer des choix justes pour l'intérêt de la société.

Ainsi, la réponse à la question posée passe inéluctablement par un constat celui de la prise en compte mitigée de ce critère (I). Il est donc nécessaire de prendre en considération totalement et expressément ce paramètre (II) car, de lui, dépend la survie et la pérennité de l'entreprise.

I : Le constat : une prise en compte tacite du critère de compétence

Le critère de compétence est minoré dans le choix des administrateurs dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration du droit OHADA. Dans cette perspective, on note une ambivalence questionnable et inquiétante. En effet, l'inexistence expresse (A) est constatée. Implicitement (B), on observe des traces de ce critère d'où une prise en compte mitigée.

A : L'inexistence expresse du critère de compétence dans l'Acte uniforme

Etre un administrateur dans le conseil d'administration d'une société anonyme dans le sens de l'OHADA relève non pas d'un mystère mais d'un processus assez précis³⁵. Quelques soit la méthode

³⁴ P. ROOS, « La compétence : un objet d'analyse ou de gestion », *creg.ac-versailles.fr*, 10 p. en ligne et consulté le 10 septembre 2020 ; KHALED AROUS, « Les pratiques de la gestion des compétences : cas des grandes entreprises tunisiennes », *www.agrh.fr*, 2011, 20p. en ligne et consulté le 10 septembre 2020.

³⁵ Etre un administrateur dans une société anonyme avec conseil d'administration peut suivre deux voies selon le type de société anonyme privée ou publique : relativement à la société anonyme privée, il est possible non seulement

observée, malheureusement on note non seulement un silence légal curieux (1) mais aussi jurisprudentiel (2) quant à la prise en compte du critère de compétence ou de capacité professionnelle.

1 : Le silence curieux de l'Acte uniforme OHADA sur les sociétés commerciales

Le silence légal³⁶ renvoie à un vide législatif sur une question donnée. Plus précisément, c'est l'absence de règle écrite, de disposition expresse dans la loi, que le silence de la loi soit intentionnel ou non³⁷. C'est en tout cas l'observation faite à propos du critère de compétence des administrateurs actionnaires ou non des sociétés anonymes avec conseil d'administration de droit commun (a). Mais les sociétés à régime partiellement dérogatoire au droit commun présentent une image parfois différente (b).

a : La vérification du silence constatée dans les sociétés anonymes de droit commun

L'Acte uniforme OHADA portant sur les sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dans sa version révisée de 2014 reste muet sur la question de compétence reconnue aux administrateurs des sociétés anonymes de droit commun. Ceci reste valable aussi bien pour les sociétés anonymes fermées que pour celles ouvertes

d'être administrateur à travers la désignation par l'assemblée des actionnaires. On parlera d'administrateur actionnaire ; mais aussi possible d'être un administrateur salarié. Il est désigné par les salariés et défend ainsi leur cause. C'est le sens de l'Acte uniforme. En ce qui concerne les sociétés anonymes publiques, il est possible premièrement d'avoir les administrateurs désignés intégralement par l'Etat et ses collectivités décentralisées, c'est le cas dans les sociétés où l'Etat est actionnaire unique, il s'agit des sociétés à capital public. Secondement, on peut avoir un administrateur désigné par l'Etat à côté de ceux choisis par les autres actionnaires privées. Nous sommes dans une société à économie mixte ou l'Etat est actionnaire majoritaire ou minoritaire. Au Sénégal, s'applique la loi du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique. En Côte d'Ivoire, c'est la loi du 2 juillet 1998 fixant les règles relatives aux établissements publics nationaux et portant création des catégories d'établissements publics qui s'applique. Au Cameroun c'est la loi n°2017/011 du 12 juillet 2017 portant Statut Général des Entreprises Publiques. Lire avec intérêt SALIFOU MOUHOUAIN, « La réforme du droit Camerounais des entreprises publiques et le droit des sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Rev. dr. unif.*, Vol. 24, 2019, 214-233.

³⁶ C. PAREN, *Le silence de la loi*, Paris, Les Belles Lettres, 2013 ; M.U. NGAH NOAH, « Quelques réflexions sur le silence et le droit : essai de systématisation », *Les Cahiers de droit*, Vol. 56, n°3-4, sept.-Dec. 2015, pp. 575-613.

³⁷ G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henry Capitant, Paris, 12^e éd., PUF, 2018, voir Silence.

ou cotées. En effet, nulle part dans ce texte de loi uniforme et commun³⁸, n'est mentionnée et de manière expresse la notion de compétence reconnue aux administrateurs à choisir³⁹.

Au-delà, aucuns synonymes, ou expressions s'y rapprochant telles que l'aptitude professionnelle, l'expérience, les diplômes ne sont convoqués⁴⁰. Cette situation est assez curieuse dans un environnement juridique où on veut faire la promotion de l'entreprise comme outil de croissance économique, de la qualité de gestion, des règles de bonne gouvernances des entreprises, de la qualité compétentielle des organes dirigeants d'une société, de la croissance économique et du développement.

De plus, dans les sociétés anonymes à régime commun du droit des sociétés OHADA, la mise en commun des parties reste guidée par la recherche du gain d'où l'idée d'*intitue pecunae*. Le *know how* vient bien après et donc le critère de compétence semble être résiduel. L'idée de pouvoir, de contrôle financier et par conséquent de direction de l'entreprise semble l'emporter sur celle de compétence. On est dans le monde du capitalisme ou sont priorisées la spéculation, le gain⁴¹ au profit parfois de l'Humain.

b : La fin du silence dans les sociétés anonymes à régime partiellement dérogatoire

L'image différente s'observe non seulement dans les sociétés anonymes publiques que l'on appelle les entreprises publiques, mais aussi dans les sociétés

³⁸ H.M. MONEBOULOU MINKADA, « L'OHADA : du passage de droit communautaire à un droit commun » ; *Revue de l'ERSUMA*, 2016, p. 23 à 60. L'auteur dans cet article démontre que le droit OHADA n'est pas du droit communautaire mais du droit commun. Il convoque à propos plusieurs arguments parmi lesquels on peut avoir le fait qu'on parle de Cour commune de justice et d'arbitrage et non de cour communautaire.

³⁹ Il faut relever que, dans les sociétés cotées, l'expression compétence apparaît tout de même dans l'article 829 alinéa 2 qui dispose que « le comité d'audit est exclusivement composé d'administrateur non-salariés de la société ou n'exerçant aucun mandat de président-directeur, directeur général adjoint au sein de la société. Le conseil d'administration s'assure de la compétence des administrateurs qu'il nomme membres du comité d'audit ». On comprend que le législateur exige la compétence pour être administrateur membre du comité d'audit des sociétés anonymes avec conseil d'administration et spécialement celles qui sont cotées.

⁴⁰ B. TALFI I., « L'accès aux fonctions de dirigeants social en droit communautaire africain des affaires », *Afrilex.u-bordeaux IV*, 2015. p. 13 et s. Consulté en ligne le 7 Aout 2020. L'auteur parle d'aptitude professionnelle des dirigeants des sociétés commerciales.

⁴¹ G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., réédition, 1992, n°42., F. LORDON (dir), *Conflits et pouvoirs dans les institutions du capitalisme*, Paris, Presse Science Politique, 2008, 339p.

spéciales comme les établissements de crédit et les sociétés d'assurance.

En ce qui concerne les sociétés anonymes à participation publique ou encore les entreprises publiques, il faut dire qu'elles sont celles où l'Etat est soit actionnaire unique, soit l'Etat ou ses démembrements est actionnaire majoritaire. Dans le premier cas, on parlera de société à capital public tandis qu'on parlera de société à économie mixte dans le second cas. Ces sociétés se voient appliquer les dispositions de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales notamment dans ses dispositions sur les sociétés anonymes. C'est d'ailleurs le sens de l'article 1 de cet acte uniforme⁴² et de l'article 10 de la loi portant Statut général des entreprises publiques au Cameroun par exemple qui dispose que « *les entreprises publiques sont constituées sous la forme de société anonyme et fonctionnent conformément aux dispositions de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, ainsi que les dispositions de la présente loi*⁴³ ».

Cependant, ces sociétés ont des textes spéciaux qui viennent déroger partiellement sur certains points à celles du droit commun. Et le critère compétence en est un notamment dans le choix des administrateurs de leur conseil d'administration. Dans ces entreprises publiques, le critère de compétence au moins littéralement est annoncé. Il figure dans la loi du 12 juillet 2017 portant statut général des entreprises publiques au Cameroun par exemple. A ce sujet, l'article 77 de ladite loi dispose que « *nommés en fonction de leur qualité et de leur compétence, les administrateurs représentant l'Etat, les entreprises publiques ou les collectivités territoriales décentralisées dans une entreprise publique, ne peuvent déléguer leurs fonctions* ». Cependant, aucuns détails sur ce critère ne sont fournis après. Certainement le parcours professionnel des administrateurs du conseil d'administration parlera pour eux au vu de leurs *curricula vitae*.

⁴² L'article 1 alinéa 1 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique est assez claire. Il dispose que « toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (ci-après désigné « les Etats-parties ») est soumise aux dispositions du présent acte uniforme ».

⁴³ De plus lire l'article 76 de la même loi. Lire avec intérêt P. KANE ABANGA, « La réception du droit OHADA dans les entreprises publiques africaines : l'exemple du Cameroun », Penant, n°907, 1^{er} Avril 2019 ; SALIFOU MOUHOUAIN, « La réforme du droit Camerounais des entreprises publiques et le droit des sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Rev. dr. unif.*, Vol. 24, 2019, 214-233.

Relativement aux sociétés d'assurances et bancaires, il faut dire qu'elles sont assujetties au moins partiellement aux dispositions de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et spécialement celles avec conseil d'administration. Et, conformément à l'article 916 dudit acte, l'admission des régimes spéciaux est permise. C'est dans ce sens que le secteur d'assurance et bancaire ont des législations spéciales⁴⁴. Ainsi, ledit silence est abandonné en matière du critère de choix de l'administrateur des conseils d'administration de ces entités à objet spécial. C'est le cas du législateur CEMAC en matière bancaire. En effet, à travers le règlement n°04/08/CEMAC/UMAC/COBAC relatif au gouvernement d'entreprise dans les établissements de crédit de 2008, on note une prise en compte expresse de ce critère de compétence et de professionnalisme des administrateurs. A travers l'article 4 alinéa 2 dudit règlement, ces derniers doivent avoir des connaissances suffisantes en matière bancaire, justifier d'une expérience dans l'administration des entreprises et surtout disposer des compétences minimales pour comprendre le fonctionnement d'un établissement de crédit⁴⁵.

En matière d'assurance, le Code CIMA en son article 328-5⁴⁶ centré sur la qualification et expérience professionnelle, indique que, ces exigences qui forment la compétence et qui sont nécessaire pour l'octroi de l'agrément, font l'objet d'une observance dans l'examen des dossiers soumis pour la circonstance par la Commission Régionale de Contrôle des Assurances. Dans ses dossiers, figurent la liste des personnes formant la direction générale, les administrateurs du conseil d'administration conformément à l'article 328-4 alinéa 1 f⁴⁷ du Code CIMA.

Ainsi, on se rend compte de la duplicité au niveau de ce silence Ohadien par rapport à ce critère de compétence. Le droit commun reste silencieux pour

⁴⁴ Pour le cas de la législation bancaire, lire Y. KOUENGUEN NGUETNKAM, L'applicabilité des actes uniformes OHADA au secteur bancaire, Thèse de Doctorat Ph.D, en droit des affaires et de l'entreprise, 2012, pp. 17 à 179.

⁴⁵ Voir Règlement COBAC R-2016 relatif aux conditions et modalités ; lire article 22 du Règlement CEMAC sur le gouvernement d'entreprise dans les établissements de crédit de 2008.

⁴⁶ « Lors de l'examen du dossier d'agrément, la Commission Régionale de Contrôle des Assurances prend en considération la qualification et l'expérience professionnelle des personnes mentionnées au 1°) f) de l'article 328-4. Celles-ci doivent produire un état descriptif de leurs activités. Elles indiquent notamment : ... ».

⁴⁷ « Toute demande d'agrément présentée par une entreprise d'un Etat membre doit être produite en cinq (5) exemplaires et comporter : f) la liste des administrateurs et directeurs, ainsi que de toute personne appelée à exercer en fait des fonctions équivalentes avec les nom, prénoms, domicile, nationalité, date et lieu de naissance de chacun d'eux... ».

les sociétés anonymes de droit commun. Mais en se référant aux sociétés spéciales (entreprises publiques, sociétés d'assurance et bancaire) assujetties partiellement à cet acte uniforme, le silence est rompu.

Quid de la source indirecte du droit qui est la jurisprudence Ohadienne sur la question du critère de compétence des administrateurs dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration ?

2 : Le silence de la jurisprudence Ohadienne observé

La jurisprudence correspond à l'ensemble des décisions de justice rendue aussi bien par les tribunaux que les Cours sur des questions de droit donnée. Elle peut convenablement pousser le juge à appliquer la loi ou à créer le droit en cas d'obscurité, insuffisance de la loi⁴⁸. Cette source indirecte du droit est, heureusement très actives en droit OHADA⁴⁹. Le parcours rapide de quelques grandes décisions de l'OHADA⁵⁰, des jurisprudences sur le site officiel OHADA et bien d'autres sources⁵¹ l'attestent parfaitement.

Seulement, dans le cadre de notre étude et en lien avec notre thème, un constat curieux se dégage : en l'état actuel de la jurisprudence *ohadienne*, aucune référence n'est faite sur les critères techniques comme la compétence pour avoir la qualité d'administrateur dans une société anonyme. Si déjà les aspects évoqués par la loi uniforme pour être administrateur à savoir être ou pas actionnaire, être représentant des salariés etc., ne font pas l'objet des

⁴⁸ J. GATSI, « La jurisprudence, source du droit OHADA », in *RIDC*, Vol. 64, n°2, 2012, pp. 447-500 ; Ph. JESTAZ, « Source délicieuse... (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD Civ.* 1993, p ; 73., du même auteur, *Les Sources du droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2005., O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les juges face au silence du droit », *Revue du droit public*, 2012, n°4.

⁴⁹ J. GATSI, « La jurisprudence, source du droit OHADA », in *RIDC*, Vol. 64, n°2, 2012, pp. 447-500 : B. BAYO BIBI, « Le rôle de la CCJA dans la sécurisation de l'espace OHADA, Thèse dact. Univ. Caen/Basse Normandie, 2009 ; F. ONANA ETOUNDI, « L'état de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA », *Penant*, vol. 118, n°865, 2008, pp. 465-491.

⁵⁰ P.G. POUGOUE et S.S. KUATE TAMEGUE (dir), *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de L'OHADA*, Paris, Harmattan 2010, 692 p.

⁵¹ F. ONANA ETOUNDI, *OHADA : jurisprudence Thématique, commentée et annotée de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (1997-2008)*, Coll, Pratique et contentieux de droit des affaires, 2^{ème} éd., mai 2009, 489 p.; lire aussi J. ISSA-SAYEGH, *Répertoire OHADA, jurisprudence et bibliographie*, 2013, 118p; du même auteur *Répertoire OHADA, jurisprudence et bibliographie*, 2012, 188 p. ; *Répertoire OHADA jurisprudence*, 2011, 84 p. ; *Répertoire OHADA, jurisprudence et bibliographie*, 2006-2010, 704 p.

jurisprudences, à plus forte raison les aspects non mentionnés comme le critère de compétence.

Nous avons, à la vérité, à faire à un silence coupable car, les juges devraient à travers les jurisprudences chercher à faire avancer la notion de qualité d'administrateur dans le sens de la recherche de la compétence et du professionnalisme. Il faut aussi dire que, les juges en principe ne peuvent se prononcer sans qu'une affaire ne soit soumise à leur attention. Exceptionnellement, ils le peuvent lors de la rentrée solennelle du corps judiciaire⁵² par l'entremise des discours ou allocutions non seulement du président des juridictions suprêmes nationales et même de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage OHADA, mais aussi celle du Procureur général près ces juridictions. L'objectif sera d'améliorer la qualité du droit et participer à la mise en place des règles de bonne gouvernance des sociétés anonymes.

On dira que, les affaires sont portées par devant le juge en fonction de la législation en place. Mais l'insuffisance expresse de la loi uniforme OHADA oblige le juge saisi de se prononcer sur une question de droit donné.

Quid de l'existence implicite du critère de qualité dans le choix des administrateurs dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration ?

B : L'existence implicite du critère de compétence

La compétence ou capacité professionnelle considéré comme devant être le critère de choix des administrateurs est implicitement pris en considération dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique révisé (1). Il serait intéressant de regarder cette option aussi à travers la pratique (2).

1 : Les aspects implicites du critère de compétence dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales

L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique, dans sa version révisée de 2014, admet dans une certaine mesure l'idée de compétence des administrateurs des sociétés anonymes avec conseil d'administration. Cela ne ressort pas clairement et expressément de la loi. On le constate à travers la technique du raisonnement déductif et des identifiants de ce critère. Quels sont donc les prémices de cette idée de compétence des administrateurs dans la loi uniforme OHADA ?

⁵² Il faut dire que, ces discours et allocutions des hauts magistrats du siège et debout révèlent tout simplement l'idée arrêtée que se fait les magistrats par l'intermédiaire de leur représentant sur certains aspects du droit, de la justice et du rôle du magistrat dans la société. Lire J.-C. FARCY, *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIXe –XXe siècles)*, éd. CNRS Editions, 1998, 793 p.

La lecture minutieuse de l'Acte uniforme notamment au niveau de la réglementation sur le conseil d'administration des sociétés anonymes est assez intéressante et édifiante. En effet, le critère de compétence ou professionnalisme des administrateurs est déduit de la présence de ce qui est appelé « *les comités* » du conseil d'administration. Il serait bon d'apprécier non seulement lorsque la société est fermée mais aussi quand elle est ouverte.

Lorsque la société anonyme est fermée ou non cotée, c'est l'article 437 dudit Acte uniforme qui est la boussole. Il dispose que « *le conseil d'administration peut confier à un ou à plusieurs de ses membres tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés. Il peut décider la création de comités composés d'administrateurs chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen. Il fixe la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité. Lors de la création d'un comité, le conseil d'administration peut décider que le comité peut recueillir l'avis d'experts non administrateur* ». C'est une nouveauté dans cet Acte uniforme⁵³. Ici, on est dans l'environnement du possible. On peut donc opter mettre en place des comités spécialisés ou ne pas le faire entrant ainsi dans le champ des obligations de faire ou de ne pas faire⁵⁴. En tout cas, l'option choisie de les mettre vise à atteindre le besoin d'efficacité du conseil d'administration dans son rôle.

En ce qui concerne les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne ou cotées⁵⁵, l'article 829 alinéa 1 est très clair. On note une très forte contrainte qui pèse sur ce type de société. Il dispose d'ailleurs que « *le conseil d'administration des sociétés visées aux articles 828 à 853 du présent Acte uniforme est obligatoirement doté d'un comité d'audit* ».

Ainsi, plusieurs comités peuvent /doivent exister au sein de cette instance des sociétés anonymes fermées ou ouvertes : comité de rémunération,

d'audit, de nomination, de recouvrement. L'idée est de dire qu'on ne pourrait penser à ces comités sans se rassurer que les administrateurs appelés à exercer le font avec une très grande aptitude professionnelle et donc compétence. Ce sont ces comités qui font le travail de fond dans ces instances restreintes du conseil d'administration. Leur rôle est indéniable pour la bonne santé de la société sur tous les plans et surtout d'atteindre les objectifs de performances fixés.

Par conséquent, on s'interroge : comment peut-on penser à ces comités spécialisés sans en amont mettre en exergue l'idée de compétence, de professionnalisme des administrateurs ? Le contrôle à travers l'appréciation des livres comptables de l'entreprise, des documents de gestion présentés par la direction générale au cours du conseil d'administration, la confrontation à la vérité de l'audit fait par des experts extérieurs ou l'équipe dirigeante passée à la société nécessite des compétences nécessaires, pour les administrateurs, dans ces domaines pour les comprendre. On en déduit que derrière la notion de comité spécialisé se cache en réalité l'idée de compétence, de professionnalisme des administrateurs⁵⁶. Mais malheureusement, tous ne sont pas membres des comités et par conséquent compétents. Donc malgré la présence des comités, l'idée tacite de compétence n'est pas toujours prise en intégralité dans ces entités de croissance du point de vue du droit commun des sociétés mise en place par l'Acte uniforme OHADA sur les sociétés commerciales.

Par rapport aux entreprises à coexistence de législations spéciales et de droit commun comme les entreprises publiques, les sociétés d'assurance et les banques, les législations spéciales ont prévu la création de ces comités spécialisés par les conseil d'administration. Dans les entreprises publiques⁵⁷, dont l'organisation, le fonctionnement et partiellement la dissolution semblent dans une certaine mesure être calqués sur celui des sociétés anonymes privées⁵⁸,

⁵³ Pour une lecture classique d'avant la révision de 2014 montrant justement cette absence et le souhait d'adapter la législation actuelle et notamment la théorie microéconomique moderne qui promeut le gouvernement d'entreprise., lire R. NEMEDEU, « Commentaire de l'Acte uniforme portant sur les sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de 1997 », in P.G. POUGOUE (dir), *Encyclopédie du droit OHADA*, éd. Lamy 2011, n° 160 à 162, pp. 64 à 66.

⁵⁴ Fr. TERRE., Ph. SIMLER., Y. LEQUETTE et Fr. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations* ; Paris Dalloz, 2019, p.7.

⁵⁵ MBISSANE NGOM, « Société anonyme faisant appel public à l'épargne », in P.G. POUGOUE (dir), *Encyclopédie du droit OHADA*, éd. Lamy 2011, n° 1 à 169, pp. 1883 à 1907. Bien que rédigé et publié avant la révision de l'Acte uniforme portant sur les sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, il n'y a pas eu de véritable changement dans ce cadre.

⁵⁶ C'est le sens de l'article 829 alinéa 2 de l'AUSCGIE où l'exigence de compétence est recommandée par les membres des sociétés cotées dans les comités d'audit.

⁵⁷ Il faut dire que, les composantes de ses entreprises peuvent se résumer en trois catégories : les sociétés à capital public total ; les sociétés à capital public majoritaire (encore appelée société d'économie mixte à Etat majoritaire) c'est le cas de la BICEC au Cameroun, de ; les sociétés privées ou société d'économie mixte à action étatique minoritaire. C'est le cas des Brasseries du Cameroun.

⁵⁸ Voir pour le cas du Cameroun l'article 10 de la loi n°2017/011 du 12 juillet 2017 portant Statut Général des Entreprises Publiques dispose que « les entreprises publiques sont constituées sous la forme de société anonyme et fonctionnent conformément aux dispositions de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, ainsi que les dispositions de la présente loi ». De plus lire l'article 76 de la même loi. Lire avec intérêt P. KANE

peuvent avoir des comités spécialisés⁵⁹ pour renforcer l'efficacité du conseil d'administration. C'est pareil dans le cadre des sociétés bancaires et financières⁶⁰, des entités d'assurances avec conseil d'administration⁶¹.

Quid des visages du critère de compétence au niveau de la pratique de gouvernance des sociétés anonymes avec conseil d'administration?

2 : Les visages présentés par la pratique dans la gouvernance des sociétés anonymes avec conseil d'administration

La direction et l'administration d'une société anonyme relève du monde des connaisseurs, des personnes dotées d'une certaine compétence reconnue et avérée. Cela s'observe de la tête de la société (l'exécutif) jusqu'au cadre supérieur, moyen et inférieur et beaucoup plus au niveau des membres du conseil d'administration. La recherche du gain s'accommode parfaitement avec la compétence et le professionnalisme de la ressource humaine recrutée pour relever les défis assignés et faire fructifier les ressources financières de la société anonyme. C'est le sens véritable de *l'intuitus pecunae* et de *l'affectio societatis* dans ce cadre spécifique des sociétés anonymes.

Dans la pratique et particulièrement dans celle de la gouvernance des entreprises, il n'est pas permis d'être membre du conseil d'administration d'une société anonyme à objet bien déterminé, sans avoir une compétence établie et reconnue dans les domaines liés à la comptabilité, au management, à la finance, à la banque, au droit des affaires, à la fiscalité, à l'économie, au commerce, etc. Cette

ABANGA, « La réception du droit OHADA dans les entreprises publiques africaines : l'exemple du Cameroun », précité ; SALIFOU MOUHOUAIN, « La réforme du droit Camerounais des entreprises publiques et le droit des sociétés commerciales de l'espace OHADA », précité.

⁵⁹ Au Cameroun par exemple, l'article 58 alinéa 2 de la loi n°2017/011 du 12 juillet 2017 portant Statut Général des Entreprises Publiques dispose que « à ce titre, le Conseil d'Administration peut décider de la création en son sein, des comités ou des commissions sur des questions en rapport avec ses missions ».

⁶⁰ L'article 4(2) du règlement n°04/08/CEMAC/COBAC relatif au gouvernement d'entreprise dans les établissements de crédit de la CEMAC dispose que « avoir connaissances suffisantes en matière bancaire et justifier d'une expérience dans l'administration des entreprises ». L'article 15 du même règlement ajoute que chaque administrateur doit posséder la compétence minimale requise pour comprendre le fonctionnement de l'établissement et faire preuve d'intégrité suffisante dans l'exercice de sa mission. L'article Dans l'espace UEMOA,

⁶¹ L'article 331-14 du Code CIMA version de 2019 dispose « Le Conseil d'Administration peut créer des comités chargés de missions spécifiques, telles que les rémunérations, l'audit ou la gestion des risques ». ceci est valable pour les sociétés d'assurances mutuelles.

pluralité et diversité des compétences reste bénéfique pour la société, pour les actionnaires, les salariés et l'Etat. Le parcours rapide de quelques indications⁶² sur les membres du conseil d'administration des certaines sociétés anonymes le montre à suffisance.

C'est la conjugaison des compétences des composantes du conseil d'administration qui fait la qualité de cette instance, de ses décisions et de sa juste appréciation des actes de gestion de la direction générale de la société. Alors, le choix des administrateurs sur le terrain par les actionnaires, les salariés et par le mécanisme de la cooptation tient compte du professionnalisme, compétence et esprit de solidarité dans le travail des candidats avant de leur accorder un certain mandat au sein du conseil d'administration⁶³.

D'ailleurs, le bon choix dans plusieurs entreprises privées, hors celles familiales ou les règles du jeu sont parfois faussées⁶⁴, passe par un examen rigoureux de leur dossier et surtout de leur capacité à apporter un plus à l'entreprise dans la prise des décisions qui engagent l'entreprise. C'est ainsi que, dans certaines entreprises, le recrutement des cadres se fait par des agences de recrutements⁶⁵. Bien plus, pour le cas spécifique des administrateurs, certains pays ont mis en place des instances capable de mettre sur le marché des administrateurs compétents.

⁶² Le cas du conseil d'administration de la Société Anonyme des Brasseries du Cameroun en dit assez. Nous avons 11 membres. un ancien directeur général de cette société qui est patron de plusieurs sociétés et a été patron du GICAM en la personne d'André SIAKA ; Yaou Aissatou qui est directrice de la SNI, ancienne ministre ; des représentants de grande société comme Heinenken, la Société des brasseries et glaciers internationales etc. www.lesbrasseriesducameroun.com. Il faut aussi regarder à la composition du conseil d'administration du Crédit foncier du Cameroun (on retrouve un ministre, des directeurs des sociétés, des financiers, des représentants des grandes sociétés etc),

⁶³ Le cas de la composition des membres du conseil d'administration de la SABC en dit assez. On peut aussi voir le cas d'Orange, MTN, des établissements de crédit comme la BICEC, ECOBANK, SGC, CCA Bank, BGFI Bank, UBA etc.

⁶⁴ Dans les sociétés anonymes familiales avec conseil d'administration, les administrateurs sont le plus souvent des membres de la famille. La récurrence de la faillite de cette catégorie de société surtout lorsqu'elle reste avec un capital social toujours fermé est due a cette proximité familiale et à cette inféodation des administrateurs et commissaire aux comptes à la direction générale. Lire R. SANGUE FOTSO, L'efficacité de la structure de contrôle des entreprises camerounaises, Thèse de Doctorat en Sciences de Gestion, Université de Franche-Comté, 18 novembre 2011, en ligne, consulté le 1 Aout 2020.

⁶⁵ L'entreprise Total Cameroun par exemple fait recruté ses cadres à travers les organismes comme Capital RH, Apav cameroon, Cible RH. Ce n'est pas instantanément. Mais ça été et continue ainsi pour le recrutement des cadres.

C'est le cas au Sénégal avec la création de l'Institut Sénégalais des Administrateurs (ISA)⁶⁶. Il est chargé de former les administrateurs dans plusieurs domaines et en mettant en place aussi un code de conduite qui permet de faire relever le niveau d'efficacité des conseils d'administration à travers les exigences de professionnalisation des administrateurs. Mais cette pratique n'est pas légion dans plusieurs pays africains malheureusement. En rependant cette pratique pourtant rependue en Occident⁶⁷, on assiste à la présence des administrateurs très compétents qui font réellement leur travail en faisant prévaloir l'intérêt sociétal sur tout autre intérêt.

Si on note au terme de cet arrêt premier que la prise en compte du critère de la capacité professionnelle est mitigée parce que oscillant entre l'absence expresse et la présence implicite, il faut urgemment plaider pour une introduction complète, totale et expresse du critère de compétence dans le choix des administrateurs dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration pour plus d'efficacité dans l'administration et la direction de la société.

II : Le souhait : une prise en compte expresse du critère de compétence

La compétence est une unité de mesure de la qualité d'une ressource humaine. Si cela est vrai pour le recrutement des cadres en entreprise, l'exigence est encore un peu plus pesante pour ceux qui sont sensés administrer l'entreprise à savoir les administrateurs membres du conseil d'administration ou de direction en fonction des systèmes juridiques. Ainsi, la prise en compte totale et intégrale de ce critère passera par son inscription expresse dans la loi uniforme. Il serait alors nécessaire de s'arrêter de manière majeure non seulement sur les raisons de cette exigence (A) mais aussi sur la consistance de ce critère (B).

A : Les raisons de l'inscription expresse du critère de compétence dans l'AUSCGIE

Le conseil d'administration est l'organe délibérant de la société anonyme. Son rôle et sa place font de lui un acteur très important dans le fonctionnement de cette dernière. L'inscription du critère de compétence dans le corpus législatif vise à instaurer un conseil de qualité. La qualité doit ainsi se retrouver non seulement au niveau du contrôle effectué (1), mais aussi dans l'atteinte des objectifs de performances (2).

1 : L'amélioration de la qualité de gestion par un contrôle efficient

⁶⁶ En 2009, cet institut mettait en place le code de gouvernance des entreprises au Sénégal.

⁶⁷ En France avec l'Institut Français des Administrateurs (IFA)

Dans une société anonyme, le conseil d'administration est un organe collégial et délibérant. Son professionnalisme s'observe à travers le contrôle de gestion. Ce contrôle est l'une des missions fondamentales du conseil d'administration. Nous sommes dans une lecture institutionnelle de la société anonyme où, on note une hiérarchisation des organes et la séparation des pouvoirs⁶⁸.

Le contrôle à effectuer est la conséquence de cette répartition et la manifestation du droit d'investigation du conseil d'administration⁶⁹. Ce droit lui permet de rechercher toutes les informations nécessaires. Il devient donc un véritable organe de surveillance, de contrôle. La loi lui octroi le droit de veiller à ce que la direction générale opérationnalise les décisions prises par le conseil d'administration.

Ce conseil a vu ses pouvoirs s'augmenter au fil du temps avec notamment l'influence des principes de la *corporate governance* parties des pays Anglo saxons tels que les Etats Unis⁷⁰ et l'Angleterre pour la France et autres pays européens et africains. Le conseil d'administration devient donc un contre-pouvoir aux prérogatives détenu par la direction générale. D'où les très large pouvoir reconnu au conseil d'administration.

Dans l'espace OHADA, avec l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et les groupement d'intérêts économique dans sa version révisée, le

⁶⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 5^e éd., 1992, n°701 et s., p.237-238. Les auteurs relèvent que, « sous l'emprise de la loi du 24 juillet 1867, les administrateurs étaient présentés comme des mandataire des actionnaires, n'ayant que des pouvoirs délégués que leurs mandants pouvaient aménager à leur guise conformément à la conception contractuelle de la société anonyme. Dans la conception institutionnelle qui a actuellement cours, la société anonyme se caractérise par la hiérarchisation des organes et la séparation des pouvoirs : chaque organe est doté de pouvoirs qui lui sont propres. C'est la solution que la Cour de cassation française à consacrée en 1946 dans un important arrêt Motte du 4 juin 1946 et qui a reçu une consécration législative en 1966 ». Lire, Nedra ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparations des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, Thèse de Doctorat Université de panthéon Sorbonne Paris 1, FSJP, 2013.

⁶⁹ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrétien Lextenso, 2009, n°738, p. 494.

⁷⁰ Il faut relever pour les Etats unis que, suite à l'affaire Enron de 2001, on a décelé les insuffisances du système des règles de la *corporate governance*. C'est la raison pour laquelle, on a assisté à l'avènement de la *Sarbanas -Oxley Act* du 30 juillet 2002. Son objectif était de renforcer le rôle des comités spécialisés, octroyer plus de pouvoir au conseil d'administration, instaurer l'omniprésence des administrateurs indépendants. Lire J.J. CAUSSAIN, « L'influence mondiale et européenne », in *Cahiers de Droit de l'Entreprise* n° 5, Supplément à la Semaine Juridique n° 44-45 du 3 novembre 2005 p. 28.

conseil d'administration a vu augmenté ses pouvoirs. En effet, l'article 435 alinéa 2 de l'AUSCGIE dispose que « le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns ». Il peut ainsi prendre les mesures visant à s'assurer de l'intégrité des états financiers, évaluer l'exercice dans sa plénitude en faisant des contrôles en toute indépendance. Mais cela n'est possible qu'à travers la communication. C'est dans ce sens que le législateur impose au président du conseil d'administration une communication obligatoire des documents et autres indispensables à chaque administrateur pour leur mission⁷¹. Le législateur OHADA consacre ainsi la jurisprudence française dans l'*Affaire Cointreau* où on reconnaît un véritable droit individuel à l'information dont la violation entraîne la nullité des actes et délibérations adoptées lors de la réunion du conseil d'administration⁷². C'est dans ce sens que le Doyen Jean Carbonnier rappelait fort utilement que « le bien vient de la communication et par la communication. Inversement, le mal vient du défaut de communication et finalement d'un défaut de transparence⁷³ ».

2 : L'amélioration de la qualité de gestion par la performance économique

La performance d'une entreprise est le résultat obtenu par cette dernière au sein de son environnement concurrentiel, lui permettant d'augmenter sa compétitivité, sa rentabilité, ainsi que sa capacité à influencer les autres firmes du secteur (renforcement de son pouvoir de négociation)⁷⁴. Ainsi, les performances⁷⁵ de la société anonyme en terme de bonne politique de gestion et management dépend en grande partie du conseil d'administration et de ses membres⁷⁶. On a soutenu à propos que la

performance économique est un des éléments au cœur du management dit éthique⁷⁷. De cette politique dépendra la productivité, le rayonnement national et international. L'efficacité du conseil d'administration est ainsi mise en exergue. Il tiendrait à l'indépendance de ses membres, le degré d'indépendance des comités spécialisés, la diversité des compétences du conseil⁷⁸ et l'éthique dans la gouvernance.

Le directeur général, qui est le gestionnaire au quotidien de l'outil de production des biens, gère d'après un plan de gestion validé au préalable par le conseil d'administration dont il en est un membre et assure le secrétariat général. La gouvernance qui est effectuée par cet administrateur peut être remise en cause par le conseil d'administration qui reste une entité de pluri-compétences. Ce dernier intervient pour la rémunération, le remplacement des dirigeants et la ratification du budget etc.

Pensant la politique de gestion de l'entreprise, le conseil d'administration peut assigner certains objectifs bien précis à la direction générale dans le but d'atteindre un rayonnement plus important. Cette position en amont dans la gestion d'une société anonyme rend le conseil un organe délibérant chargé de penser et contribuer à l'avenir fructueuse de ladite structure. On a dit à propos que « son rôle semble aller au-delà de celui de défendre les intérêts des actionnaires⁷⁹. Le rôle prend dorénavant aussi en compte les objectifs des différentes parties (fournisseurs, clients, salariés, créanciers, Etat.)⁸⁰ »⁸¹. Ceci s'opère à travers les contrôles de gestion et sa force de proposition pour une administration quotidienne de l'entreprise plus efficace⁸² et performante.

D'ailleurs l'article 435 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé dispose à ce sujet que « le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité

⁷¹ Article 435 alinéa 3 AUSCGIE est pour la communication du PCA ; l'article 465 alinéa 3 parle de celle donnée par le PDG. Comme jurisprudence comparée voir Com. 29 janv 2003 (gaz de France), n°06-20. 311, D.2008. 482 (information à communiquer aux administrateurs salariés).

⁷² Com. 24 Avril 1990, n°88-17. 218 et 88-18. 004, *Bull. Joly* 1990. 551, n°134, P. LE CANNU ; (« la méconnaissance des droits à l'information d'un administrateur du conseil d'administration, affecte par elle-même, la régularité de la réunion de cet organe social »). In Ph. MERLE, A. FAUCHON, *Droit commercial : Sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 20^e éd., 2017, n° 437, p. 466.

⁷³ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie de droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 319.

⁷⁴ O. MEIER, *Dico du manager*, Paris, Dunod, 2009, voir performance, p. 155.

⁷⁵ MOHAMED TRIKI, ZIED BOUAZIZ, L'impact du conseil d'administration sur la performance financière des entreprises tunisiennes, <https://mpira.uni-muenchen.de/38672/>, posted 15 May 2012., 36p.

⁷⁶ A.M. MBILI ONANA, Pour l'amélioration des performances des entreprises publiques camerounaises : le rôle du conseil d'administration, DEA en Sciences de

Gestion, option Finance, 2004, Université de Yaoundé II SOA, memoireonline. Consulté le 24 juillet 2020.

⁷⁷ J. MOREL, *Management*, Gualino, Lextenso, 2018, p. 19.

⁷⁸ MOHAMED TRIKI, ZIED BOUAZIZ, L'impact du conseil d'administration sur la performance financière des entreprises tunisiennes ; précité.

⁷⁹ C'est la théorie de l'agence. in R. WANDA, « Conseil d'administration et performance des entreprises conjointes franco-camerounaises », *La Revue des Sciences de Gestion, Direction et Gestion*, n°245-246, www.larsg.revue.com, sept-déc 2010, pp. 91 à 97.

⁸⁰ C'est théorie de la dépendance envers les ressources et celle des coûts des transactions. in R. WANDA, « Conseil d'administration et performance des entreprises conjointes franco-camerounaises », précité, pp. 91 et s.

⁸¹ *Idem*.

⁸² G.K. MFOUAPON., J.R. FEUDJO, « L'efficacité du conseil d'administration dans les sociétés anonymes au Cameroun : une lecture par l'hétérogénéité des administrateurs », précité

de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent ». Il en ressort ainsi une prise en compte de la règle du gouvernement d'entreprise qui octroie au conseil d'administration non pas seulement un pouvoir de contrôle mais aussi et surtout fait de lui un acteur clé de l'évolution, un guide de la performance en terme d'orientations et de politique de gouvernance de l'entreprise.

Le conseil d'administration est donc, avec l'Acte uniforme revu, investi de nouveaux pouvoirs. En dehors de celui de contrôler la gestion de l'entreprise, il peut dorénavant par son travail, non seulement contribuer à améliorer la performance économique de cette structure par ses actions et orientations mais aussi et surtout faire prévaloir ce qu'on a appelé la gouvernance éthique qui, elle, est source de bonne gouvernance, de lutte contre la fraude et la corruption, la transparence et d'image idéale.

B : La consistance de la compétence comme critère par excellence de choix des administrateurs

Le critère de compétence comme autre exigence dans le choix des membres du conseil d'administration doit être bien compris. En management, « la compétence est un ensemble de savoirs et de savoir-faire professionnels observables, analysables et pouvant être soumis à évaluation, qui permettent aux acteurs de l'entreprise d'exercer dans de bonnes conditions les tâches qui leur sont confiées⁸³ ». Mais en général, « la compétence est la somme des connaissances, des habiletés et des attitudes requises pour accomplir un travail ou exécuter une tâche »⁸⁴. A contrario, est incompetent celui qui manque de compétence, de connaissances pour faire quelque chose, c'est-à-dire qui n'a pas l'aptitude et l'expérience nécessaires pour faire quelque chose. C'est un inapte professionnellement et moralement à exercer sa profession. C'est la raison pour laquelle, nous allons d'une part regarder aux critères structurels ou professionnels (1) et s'attarder sur celui moderne qui tient à la morale ou à l'aspect personnel (2) d'autre part.

1 : Les éléments professionnels

Chaque fois qu'on parle de compétence, on fait allusion à l'aspect professionnel, technique de l'autorité ou personne concernée. Mais pour être compétent et donc professionnel, deux préalables

sont nécessaires : être bien formé (a) et avoir une certaine expérience (b).

a : L'élément formation

La formation, pour une personne, est une action de former ou de se former et plus spécialement de procurer ou d'acquérir une qualification professionnelle⁸⁵. Il faut ainsi dire que dans l'environnement du management et le monde du travail, on est compétent parce qu'on s'est d'abord formé. L'administrateur doit avoir fait plusieurs formations spécialisées fonctionnelles. Il doit donc avoir des compétences plurielles et diversifiées⁸⁶ : il se formera sur les questions de management et gestion des entreprises, de comptabilité, financier, juridique, de la stratégie, du marketing, des contrats internationaux, de la production et achats etc. A la question de savoir si l'on doit privilégier la spécialisation unique ou plurielle ? la réponse est simple : il doit donc avoir fait des formations plurielles et diversifiées⁸⁷. Ces dernières lui permettront de mieux jouer son rôle au sein du conseil d'administration. Si ces formations sont nécessaires pour l'administration d'une société, il faut dire qu'elle reste imposée par les règles du gouvernement d'entreprise⁸⁸.

Un étonnement se dégage de la lecture faite de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique dans sa version révisée en 2014. En effet, dans ladite loi uniforme qui pourtant avait émis l'ambition d'incorporer en son sein ces idées à travers les recommandations du monde professionnel, l'aspect formation n'est pas évoqué formellement dans le processus de sélection ou désignation des administrateurs dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration. Ce qui est une très grande curiosité.

Pourtant, les règles du gouvernement d'entreprise dans le monde imposent que l'on ait des administrateurs bien formés⁸⁹. Un parcours rapide des législations en droit bancaire CEMAC⁹⁰ nous présente

⁸⁵ G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henry Capitant, Paris, 12^e éd., PUF, 2018, voir Formation

⁸⁶ G.K. MFOUAPON, J.R. FEUDJO, « L'efficacité du conseil d'administration dans les sociétés anonymes au Cameroun : une lecture par l'hétérogénéité des administrateurs », *La Revue gestion et Organisation* 5 (2013), pp. 196-202.

⁸⁷ G.K. MFOUAPON, J.R. FEUDJO, « L'efficacité du conseil d'administration dans les sociétés anonymes au Cameroun : une lecture par l'hétérogénéité des administrateurs », précité.

⁸⁸ On enregistre en filigrane les exigences du Règlement CEMAC sur le gouvernement d'entreprise de 2008, la Sarbanes Oxley Act Law de 2002 aux Etats Unis.

⁸⁹ Au Etats Unis avec la *Sabana law*. En France avec l'Institut Français des Administrateurs (IFA), au Sénégal avec l'Institut Sénégalais des Administrateurs (ISA) etc.

⁹⁰ Il s'agit précisément de la loi sur le gouvernement d'entreprise en matière bancaire. L'article 4(2) du

⁸³ O. MEIER, *Dico du manager*, Paris, Dunod, 2009, voir compétence, pp. 31 et s.

⁸⁴ Ordre des Administrateurs Agréés (ADMA), *Chartes des compétences de l'administrateur agréé*, 2014, adma.qc.ca, p. 3.

un format identique celui d'une réelle prise en compte de ces règles de bonne gouvernance des entreprises. Ainsi, il est exigé que les membres du conseil d'administration aient une formation en finance, en économie, en administration des entreprises, en gestion, en banque, en droit etc. Dans le même sens, on retrouve en droit commun de sociétés anonymes commerciales comparé français⁹¹, américain⁹² et Canadien⁹³, Sénégalais⁹⁴, Ivoirien⁹⁵ les mêmes exigences de formation pour les administrateurs des sociétés anonymes avec conseil d'administration.

Dans le cadre des entreprises publiques, la situation semble être pareille. Au Cameroun par exemple, la loi exige la compétence pour les administrateurs des entreprises publiques⁹⁶. Mais aucune précision n'est faite quant au critère de compétence. Nous pouvons subodorer que, tous les administrateurs nommés par décret du Président de la République et d'autres entités publiques dans les sociétés à capital public et les sociétés à économie mixte où l'Etat est majoritaire, sont effectivement compétents et donc professionnels.

Quid de l'expérience ?

b : L'élément expérience

L'expérience est une notion polysémique. Nous allons l'entendre comme un ensemble des acquisitions de l'esprit résultant de l'exercice de nos

règlement n°04/08/CEMAC/COBAC relatif au gouvernement d'entreprise dans les établissements de crédit de la CEMAC dispose que « avoir connaissances suffisantes en matière bancaire et justifier d'une expérience dans l'administration des entreprises ».

⁹¹ Loi sur le gouvernement d'entreprise en droit des sociétés. Les rapports Vienot de 1995 et de 1999 ; la Loi sur la NRE de 2001, le rapport Bouton de 2002.

⁹² C'est la Sarbanes Oxley Act Law de 2002 à la suite du scandale d'Enron. Lire R. NEMEDEU, « Et si au départ était la crise des « subprime » : une tentative d'analyse de la crise financière internationale de 2008 », in *Juridis Périodique*, n°83, Juillet/Aout/Septembre 2010, pp.123 à 129.

⁹³ Au Canada, on assiste à la présence des Code de gouvernance en fonction des secteurs et des entités fédérées.

⁹⁴ Au Sénégal, a été créé un institut de formation des administrateurs. Cet institut met en place un code de conduite qui permet de faire relever le niveau d'efficacité des conseils d'administration à travers les exigences de professionnalisation des administrateurs.

⁹⁵ En Côte d'Ivoire, un code de conduite en matière de management de société anonymes avec conseil d'administration existe.

⁹⁶ Cf. article 77 de la loi du 12 Juillet 2017 portant Statut Général des entreprises publiques au Cameroun qui dispose que « nommés en fonction de leur qualité et de leur compétence, les administrateurs représentant l'Etat, les entreprises publiques ou les collectivités territoriales décentralisées dans une entreprise publique, ne peuvent déléguer leurs fonctions ».

facultés (au contact de la réalité, de la vie)⁹⁷. Ainsi, elle devient le fruit des savoirs et connaissances acquis durant plusieurs années d'exercices certes pour soit mais mit souvent et après au service des autres et de tous. On convient alors avec un auteur⁹⁸ qui rappelait que « (.) l'expérience de chacun est le trésor de tous ».

Ainsi, l'administrateur doit avoir de l'expérience professionnelle et faire preuve de culture professionnelle. Par expérience professionnelle, on pense aux nombres d'années passée par le futur administrateur à pratiquer dans le domaine soit dans d'autres sociétés appartenant à certaines personnes, soit dans la bonne gestion de sa propre société. Par culture professionnelle, on doit entendre « *le reflet d'un passé professionnel en commun qui unit les individus dans une communauté de métiers basée sur des formations et des expériences équivalentes. La culture professionnelle se présente par conséquent comme une culture spécifique acquise au travail. En effet, le rapport au travail comme principe de socialisation et d'identité est constitutif d'un mode culturel particulier* »⁹⁹. Ainsi, l'administrateur doit posséder de solides compétences de leadership liées à la mise en œuvre de la gouvernance, esprit de collaboration, de communication, d'indépendance, de professionnalisme, d'éthique etc.

Si ces exigences sont propres aux règles de bonnes gouvernances des sociétés, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique une fois de plus n'en fait pas expressément cas. D'autres législations comparées et certaines normes spéciales comme celle relative à la gouvernance bancaire en fait cas¹⁰⁰. On comprend donc pourquoi l'expérience décennale dans un poste de haute responsabilité soit exigé pour être dirigeant et parfois administrateur dans certaines sociétés anonymes spéciales¹⁰¹.

Le cas des sociétés anonymes à capitaux publics est plus intéressant et inquiétant. Les administrateurs sont nommés par les autorités étatiques. Les nominations étant discrétionnaire et subjectives à ce niveau, il faut dire comme un auteur que « *les critères ne sont pas établis de manière définitive et ne*

⁹⁷ Cf. Grand Robert version électronique. Voir expérience.

⁹⁸ NERVAL, *Promenades et Souvenirs*, IV.

⁹⁹ O. MEIER, *Dico du manager*, Paris, Dunod, 2009, p. 52 et s.

¹⁰⁰ L'article 15 du même règlement sur le gouvernement d'entreprise dans les établissements de crédit en zone CEMAC de 2008 ajoute que chaque administrateur doit posséder la compétence minimale requise pour comprendre le fonctionnement de l'établissement et faire preuve d'intégrité suffisante dans l'exercice de sa mission.

¹⁰¹ C'est le cas dans les établissements de crédit, les établissements de micro finances et les sociétés d'assurances.

*répondant pas aux canaux précis*¹⁰² ». On a l'impression que le critère d'expérience et de culture professionnelle manquent véritablement à l'appel. Les faillites des entreprises publiques peuvent être des justificatifs¹⁰³. De plus, la garde à vue et après condamnations de plusieurs dirigeants d'entreprises publiques pour détournement de deniers publics en témoigne aussi d'un questionnement sur la probité du directoire et celle des administrateurs. Car, ledit dirigeant est incarcéré et les administrateurs du conseil d'administration ayant validé les états financiers et autres papiers ne sont pas inquiétés. On reste étonné par cette véritable irresponsabilité institutionnalisée des administrateurs. La validation tout azimut des états financiers reste un véritable problème dans ces structures publiques. L'expérience et la culture professionnelle deviennent des paramètres assez sérieux pour le choix de l'administrateur même pour les sociétés à participation publique. Le simple fait que ces entreprises publiques soient en réalité porteuses de véritable sources de croissance économique et de développement, cette exigence de compétence devrait être débarrassée de toutes autres considérations¹⁰⁴.

Dans les sociétés à économie mixte où l'Etat partage le capital avec le secteur privé, les administrateurs désignés par l'Etat sont semblables à ceux présents dans les sociétés à capital uniquement public. Cependant, ceux nommés par le secteur privé peuvent et doivent remplir les critères d'expérience et de formation, et donc de compétence.

Donc, le futur administrateur doit avoir fait une ou des formations appropriées et de l'expérience requise pour pouvoir siéger au sein du conseil d'administration d'une société anonyme. Ces deux outils sont le résultat de la compétence et, de cet élément fondamental dépend l'efficacité du rôle du Conseil d'administration et par là, la survie et la croissance de l'entreprise.

Quid des éléments personnels !

2 : Les éléments personnels : l'éthique et l'indépendance des administrateurs

¹⁰² R. SANGUE FOTSO, L'efficacité de la structure de contrôle des entreprises camerounaises, Thèse de Doctorat en Sciences de Gestion, Université de Franche-Comté, 18 novembre 2011, pp. 284 et s. En ligne et consulté le 1 Aout 2020.

¹⁰³ Nous avons le cas de l'ancienne CAMAIR, et maintenant CAMAIR-CO au Cameroun. On a encore en mémoire les sociétés comme la CAMSHIP,

¹⁰⁴ Nous pensons aux considérations politiques, religieuses, ethniques, familiales. L'objectif primordial recherché doit être la performance et donc la contribution de l'entreprise publique à la croissance et le développement du pays à travers son apport économique dans les caisses de l'Etat.

Dans la gestion d'une société, la compétence s'observe aussi à travers un élément morale et personnel qui est l'éthique et dans une certaine mesure l'indépendance. C'est ce qui est demandé et attendu de l'administrateur des sociétés anonymes avec conseil d'administration.

Relativement à l'éthique, il faut dire qu'elle est un « ensemble de principes et valeurs guidant des comportements sociaux et professionnels, et inspirant des règles déontologiques (codes de bonne conduite, de déontologie ou de bonnes pratiques) ou juridiques (lois dites bioéthiques) »¹⁰⁵. Ainsi, la gouvernance éthique est celle-là qui met en exergue l'éthique comme valeur, standard de comportement devant guider l'administration de l'entreprise bien sûr à côté de la loi. C'est dans ce sens qu'on rappelait aussi que l'éthique est « une morale collective propre à un groupe de personnes en raison de leurs professions ou de leurs fonctions »¹⁰⁶.

En droit des sociétés et dans leurs gestion spécialement, l'éthique correspond à une forme de compétence professionnelle¹⁰⁷. Elle met en exergue la bonne gouvernance et la moralisation des affaires¹⁰⁸. Elle est attendu dans tous les actions de l'entreprise à travers ces acteurs majeurs comme la direction générale, le commissariat aux comptes, le conseil d'administration etc.

Formé, ayant l'expérience à ce poste, les administrateurs, membre du conseil d'administration, doivent avoir un comportement éthique. On fait ainsi allusion aux « règles du bien agir en tenant compte des contraintes relatives à des situations déterminées. Pour cela, l'éthique requiert de la part de l'individu la mise en œuvre des vertus, qui sont des dispositions individuelles à bien agir (.) grâce auxquelles l'individu cherche à agir de façon juste et efficace »¹⁰⁹. Ainsi, l'éthique correspond à un standard de comportement qui, s'impose à une personne en terme de valeur.

Il en ressort que, le comportement attendu des administrateurs est celui d'une gouvernance d'éthique. Elle consistera à rechercher l'intérêt social

¹⁰⁵ G. CORNU, (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henry Capitant, op. cit, voire Ethique.

¹⁰⁶ M-A. FRISON-ROCHE, « Principes du droit des sociétés et prudence de gouvernement », n°20, p. 468.

¹⁰⁷ J-J. NILLES, « L'éthique est une compétence professionnelle », www.journaldunet.com/management, en ligne et consulté le 13 septembre 2020.

¹⁰⁸ T.D. TIETSIA, M.M. CHOUDJEM, « L'éthique en droit OHADA. Etude à la lumière de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (AUSCGIE) », in www.ohada.com, 14p.

¹⁰⁹ J-J. NILLES, in J. MOREL, *Management*, Gualino, Lextenso, 2018, p. 19. Dans le même sens, lire P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990. In MOREL J., *Management*, Gualino, Lextenso, 2018, p. 19.

dans tous ses aspects dans leur action¹¹⁰. On a relevé à propos que ces administrateurs ont un rôle en matière de gouvernement d'éthique¹¹¹. Ainsi, l'éthique dans la gouvernance des sociétés anonymes, c'est « le gouvernement d'entreprise, la prévention des risques de corruption et de fraude, la conformité et la responsabilité sociale et environnementale des entreprises¹¹² ». Elle est aussi « la loyauté des dirigeants qui devraient dire ce qui leur est défavorable et préférer l'intérêt des actionnaires aux siens.¹¹³ ».

L'instauration de ce gouvernement d'éthique n'est possible que par la mise en place d'une charte ou code éthique au sein de la société anonyme avec conseil d'administration. Si plusieurs pays occidentaux¹¹⁴ ont pu mettre dans le corpus un code, en Afrique, rare sont les pays ohadien¹¹⁵ ou pas¹¹⁶ qui

¹¹⁰ Pour une lecture d'ensemble et un peu nuancée lire P. NGUIHE KANTE, « A propos de l'effectivité des codes d'éthique : contribution à un changement de perspectives des sources créatrices du droit privé », www.afrilex.u-bordeaux4.fr, pp. 17 à 21., consulté le 28 juillet 2020.

¹¹¹ A. PICOT, « Le rôle de l'administrateur en matière de gouvernance d'éthique », *Journal des Sociétés*, n°153, Juin 2017, p. 34 à 37.

¹¹² Idem, p. 34.

¹¹³ M-A. FRISON-ROCHE, « Principes du droit des sociétés et prudence de gouvernement », précité, n°20, p. 468.

¹¹⁴ En Belgique, nous avons le Code belge sur la gouvernance d'entreprise de 2004

¹¹⁵ Au Cameroun, il n'y a pas de Code national d'éthique ou de gouvernance d'entreprise. L'Etat a mis en place la Loi n° 2018/011 du 11 juillet 2018 portant code de transparence et de bonne gouvernance dans la finance publique au Cameroun. S'appliquant essentiellement à l'administration publique, il a été dans une certaine mesure complété par les lois n°2017/011 du 12 Juillet 2017 portant Statut Général des entreprises publiques au Cameroun et Loi n°2017/010 du 12 juillet 2017 portant statut général des établissements publics. Dans ces lois, des prémices des règles de bonne gouvernance sont présentes. Mais le législateur devait aller plus loin en instaurant une charte des administrateurs ou un Code éthique pour la gouvernance de ses entités publiques. Cependant, dans le privé, le Groupement inter patronal du Cameroun (GICAM) a, en 2004, élaboré et adopté un Code éthique in *Le Bulletin du Gicam*, n°24, Juillet 2003, en ligne sur www.gicam-org.com. Le Sénégal a créé un institut sénégalais des administrateurs (ISA) qui lui a mis en place en 2009 un Code de gouvernance d'entreprise. En côte d'ivoire, en partenariat avec la Confédération générale des entreprises (CGECI) et la chambre de commerce et d'industrie, un code national de gouvernance d'entreprise a été rédigé. Au Mali, le cercle de l'entreprise et de l'initiative sociale (CEIS), réseau créé en 2008, a lancé en juillet 2010 un Code d'éthique des affaires pour relever les défis de la compétitivité dans ce pays.

¹¹⁶ En Afrique du Sud nous avons *le Code of Corporate Practices and Conduct* élaboré par la Commission King 1. Elle a produit des rapports qui ont amélioré la gouvernance

en ont pour l'amélioration de la qualité de gestion et la performance économique de l'entreprise.

Relativement à l'indépendance, on pense à celui qui est libre moralement, intellectuellement et même matériellement bref qui ne dépend de personnes d'autres. Juridiquement, l'indépendance renvoie à une certaine autonomie, à la pleine capacité de la personne physique ou morale dans plusieurs de ses aspects¹¹⁷. Revenu à l'indépendance de l'administrateur, il serait idoine de s'attarder sur les critères permettant de caractériser cette dernière avant de revenir en droit OHADA des sociétés.

Les critères de l'indépendance de l'administrateur sont fonction des systèmes juridiques contemporains. Dans le système Anglo-Saxon¹¹⁸, on parle d'administrateur indépendant. Personnage unique, il est incorporé dans le corps des administrateurs sans être gestionnaire salarié. Cette liberté vise à éviter les conflits d'intérêt¹¹⁹. En d'autres termes, il n'exerce aucune fonction dans la société autre que celle d'administrateur. Par conséquent, ses jugements et points de vue caractérisent la justesse, la lucidité et

des entreprises publiques ou privées et quel que soit la forme juridique de l'entreprise. Inspiré par l'Afrique du Sud, le Kenya a mis en place le Centre pour la gouvernance d'entreprise (*Centre of Corporate Governance*) ce qui a permis la rédaction des codes de bonnes pratiques génériques et sectoriels sur la bonne gouvernance d'entreprise pour toutes les entreprises publiques ou privées. Ce centre est aussi à l'origine de la création d'un institut des administrateurs (*Institute of Directors*) en 2003, une association des actionnaires (*Shareholders Association*) en 2002. Le Nigeria met en place en 1993 un Code nigérian de la gouvernance (*Nigeria Code of Corporate Governance*) pour les sociétés anonymes. In Banque Africaine de Développement, « Rapport sur le développement de l'Afrique 2011 », chap. 7, pp. 149 à 166. www.afdb.org consulté le 29 juillet 2020. Nous avons aussi en Tunisie, le Guide des bonnes pratiques de gouvernance des entreprises tunisiennes de 2012. Au Maroc, nous avons le Code marocain de bonnes pratiques de gouvernance d'entreprise. Lire à propos MOUSSA SAMB, « Gouvernance et transparence en droit des sociétés de l'espace OHADA : perspectives de droit dur (*hard law*) et de droit souple (*soft law*) », *BDE* (2017) 1, p. 16.

¹¹⁷ G. CORNU, (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henry Capitant, op. cit., voir indépendance.

¹¹⁸ Lire avec intérêt A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux Etats Unis et au Royaume-Uni », *Rev. int. dr. comp.* 1994-59

¹¹⁹ VOUDWE BAKREO, Les conflits d'intérêt en droit OHADA, Mémoire de DEA, Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Ngaoundéré, 2009; KOUGNONTEMA AWOK, Le conflit d'intérêts dans l'administration des sociétés en droit marocain et de l'OHADA, Thèse de Doctorat, 2017, Université Mohammed V de Rabat (FSJE); J. DELGA, « Administrateur indépendant et *Corporate Governance* : comparaison France-Etats Unis », *Revue Libanaise de Gestion et d'Economie*, n°3, 2009, p. 10 et s.

l'objectivité de ses arguments. C'est la raison pour laquelle, cette catégorie d'administrateurs semble correspondre à ceux détachés de tout lien quelconque. Ceci est devenu une réelle exigence avec l'avènement des principes de la *corporate governance* en droit des sociétés. A travers ces principes, chaque conseil d'administration devrait avoir obligatoirement des administrateurs indépendants, notamment dans le cadre des sociétés anonymes cotées de droit commun ou bancaires et financières.

Dans le système romano germanique¹²⁰, et français¹²¹ en particulier, on parle aussi d'administrateur indépendant. Mais à l'examen, ce système semble être portée beaucoup plus vers les caractéristiques de l'indépendance de l'administrateur bien qu'il existe bel et bien des administrateurs indépendants dans le sens du droit anglo saxon. A ce sujet, une auteure proposa des identifiants intellectuels et matériel de cette indépendance. Ainsi, il est reconnu comme celui qui doit être libre dans toutes ses actions, jugements et positions.

En sommes, plusieurs critères doivent être convoqués pour asseoir effectivement l'idée d'indépendance des administrateurs. A côté d'un classement effectué par une auteure¹²² et s'appesantissant sur l'aspect intellectuel¹²³ et l'aspect matériel¹²⁴, il serait intéressant de regarder à une classification ayant des pans objectifs et subjectifs.

Relativement au critère subjectif, il faut relever qu'est indépendant l'administrateur qui est compétent, à l'expérience en tant qu'administrateur, son caractère, indépendance d'esprit et les bonnes conditions de travail. Ici, sont pris en considération aussi bien la personnalité que le comportement dudit administrateur.

¹²⁰ Plusieurs pays sont concernés : la Belgique avec la loi du 13 avril 1995 ou l'article 60 bis a été introduit. Aujourd'hui, c'est l'article 524 du Code des sociétés. Ensuite la loi du 2 août 2002 sur la *corporate governance*.

¹²¹ E. SCHOLASTIQUE, « L'administrateur indépendant, quelle indépendance ? », in *Cahiers de Droit de l'Entreprise* n° 5, Supplément à la Semaine Juridique n° 44-45 du 3 novembre 2005, pp. 34 à 36.

¹²³ *Idem*. pp. 34 et 35. L'indépendance intellectuelle d'après la Professeure Scholastique tient à l'état d'esprit et la formation. L'aspect état d'esprit tiendrait à la rigueur, la conscience professionnelle, l'objectivité, la sagesse et une liberté de jugement. La formation, encore la formation! La Professeure Scholastique rappelle que la formation est l'éclosion d'un état d'esprit. Les administrateurs devraient se former, posséder des diplômes pour valablement faire leur mission.

¹²⁴ *Idem*. pp. 35 et 36. L'indépendance matérielle tiendrait d'après la Professeure à une certaine assise financière, obtenir des informations et l'existence d'une législation s'imposant aux administrateurs indépendants.

Pour ce qui concerne le critère objectif ou formel, il renvoi : à l'absence de rapport de dépendance aussi bien à l'égard d'une société dont il serait dépendant salarié ou d'une fonction exécutive qu'il assumerait au sein d'une entreprise ; ne pas avoir été commissaire au compte dans la même société ; ne pas avoir un lien de parenté avec le dirigeant de l'entreprise ou l'instance dirigeante ; ne pas être actionnaire dans la société ; ne pas être le représentant d'un actionnaire.

Ces éléments réunis nous permettent de dire que, l'indépendance de l'administrateur fait de lui un acteur qui agit comme un conseil, un censeur au sein de la société ayant pour mission essentiel de mettre son expertise, son savoir-faire et ses connaissances au service du conseil d'administration. Comme le rappelle le Code Sénégalais des pratiques de bonne gouvernance « *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* ».

Maintenant il faut regarder au droit OHADA pour savoir s'il connaît de cet acteur ou de cette nouvelle philosophie voulant être implémentée par les mécanismes de la *corporate governance*.

La question reste posée : le droit des sociétés OHADA qui est en pleine mutation reconnaît-il une indépendance des administrateurs ou consacre-t-il les administrateurs indépendants?

Le législateur OHADA aussi bien dans l'AUSCGIE que dans l'AUSCO est assez silencieux. Bien plus, il ne fait pas allusion à cette notion.

Oubli volontaire ou pas, il faut dire que le législateur semble avoir choisi une option, celle des simples caractéristiques devant identifier non pas un administrateur indépendant mais les administrateurs en général dans l'exercice de leur lourde mission. En effet, il est constaté à travers l'AUSCGIE par exemple que le législateur ne s'attarde pas sur une éventuelle classification des administrateurs dépendants et indépendants. Il parle tout juste d'administrateur actionnaire ou non et donc salarié ; administrateur exécutif, administrateur non salarié ou n'exerçant aucun mandat de PDG, DG, DGA au sein de la société. Nulle part dans cet acte uniforme une référence expresse à l'indépendance de l'administrateur n'est faite¹²⁵.

¹²⁵ Tout de même, les éléments de l'article 829 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé en 2014 pourrait dans une certaine mesure faire penser à l'idée d'administrateur indépendant. Cet article dispose que « le comité d'audit est exclusivement composé d'administrateurs non-salariés de la société ou n'exerçant aucun mandat de PDG, DG ou DG adjoint au sein de la société ».

L'avantage du choix des caractéristiques de l'indépendance se retrouverait vers cette liberté de jugement qui animera ce dernier. De plus, le rôle de conseil lui permettra de mettre parfaitement en exergue les principes de transparence et d'efficacité dans le fonctionnement et la gestion des sociétés¹²⁶. Il faut le dire, au-delà de l'Acte uniforme, plusieurs Etats¹²⁷ au niveau national ont introduit dans les entreprises publiques ou privées la notion d'administrateur indépendant. Mais, l'idée plus rependue est celle des caractéristiques de cette indépendance et ceci quel que soit l'option choisie, participe de la recherche de la bonne gouvernance¹²⁸.

Depuis l'avènement de la loi sur le gouvernement d'entreprise dans les établissements de crédit en zone CEMAC par exemple, on a noté un changement dans la manière de gérer et même la qualité de management. Appréhendé comme un « *administrateur de l'établissement assujéti n'entretenant aucune autre relation de quelque nature que ce soit avec cet établissement, avec le groupe auquel il appartient ou encore avec sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement* », l'administrateur dit indépendant viendrait par son instauration dans les sociétés, rendre le conseil d'administration plus indépendant¹²⁹, plus professionnel et efficace dans sa gestion¹³⁰.

¹²⁶ Fr. DIENG, « Transparence et gouvernement d'entreprise dans l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *LPA*, 24 janvier 2020, 409^e année, n°18, pp. 9 et s., MOUSSA SAMB, « Gouvernance et transparence en droit des sociétés de l'espace OHADA : perspectives de droit dur (*hard law*) et de droit souple (*soft law*) », *BDE* (2017) 1, 18p., VOUDWE BAKREO, Les fonctions de l'exigence de transparence des sociétés commerciales dans l'espace OHADA, Thèse de Doctorat Ph.D, Université de Ngaoundéré, 2013.

¹²⁷ Au Sénégal, nous avons la SONATEL qui a deux administrateurs indépendant dans son conseil d'administration. In P.S.A. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *Revue de l'ERSUMA ; Droit des affaires – Pratique Professionnelle*, N°2 – Mars 2013, Doctrine.

¹²⁸ P.S.A. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », précité.

¹²⁹ Lire ABDOULAYE SAKHO, « Modernisation et efficacité du droit OHADA des sociétés : à propos de la révision en 2014 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales », in *Mélanges en l'Honneur de Dominique SARR*, p.2 et s. ; A. CLEARFIELD, « De l'indépendance des membres d'un conseil d'administration » in *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2005*, pp.367 à 380. www.aef.asso.fr

¹³⁰ Par exemple l'article 9 du règlement CEMAC sur le gouvernement d'entreprise dans la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale de 2008 dispose que « *dans sa quête d'indépendance, de professionnalisme et d'effectivité, le Conseil*

Conclusion

En définitive, à la question de savoir s'il y a une prise en compte du critère de compétence dans le choix des administrateurs des sociétés anonymes avec conseil d'administration, il en ressort un double résultat complémentaire.

Premièrement, ledit critère souffre en l'état actuelle d'une prise en compte mitigée qui oscille entre l'explicite inexistant et l'implicite constaté à travers des outils et techniques se rapprochant de la compétence. Secondement, le souhait d'insérer expressément le critère de compétence s'impose dans l'Acte uniforme pour les besoins de performance économique de l'entreprise, de recherche de l'éthique et d'un contrôle plus actif de la part du conseil d'administration. De la compétence ou de la capacité professionnelle des administrateurs dépendront le sort des entreprises et du développement sociétal.

Les hommes de lois et spécialement les législateurs et les juges doivent s'arrêter un temps soit peut sur ces lignes introductives sur la compétence des organes de gestion de la société anonymes pour jouer leur part dans la recherche de la construction sociale où, le professionnalisme soit cette boussole qui devrait orienter les choix pour une édification d'une société qui pense développement intellectuelle et émergence économique.

d'Administration doit comprendre des administrateurs indépendants ».