

TROISIEME EDITION FORUM DES MARCHES FANAF

OUAGADOUGOU, 20-21
OCTOBRE 2016

THEME.

LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE ET LA
RESPONSABILITE DES ADMINISTRATEURS ET
DIRIGEANTS D'ENTREPRISE D'ASSURANCES

PROFESSEUR ABDOULAYE SAKHO
AGRÉGÉ DES FACULTÉS DE DROIT.
UCAD/CRES/DAKAR

UNIVERSITÉ CHEIKH ANTA DIOP (UCAD) ET CONSORTIUM POUR A RECHERCHE ÉCONOMIQUE ET SOCIALE
(CRES).



DROIT OHADA
LA BONNE GOUVERNANCE
D'ENTREPRISE ET LES
DIRIGEANTS SOCIAUX.

Commençons par les définitions du concept de gouvernement d'entreprise

- Système par lequel les sociétés sont dirigées et contrôlées
- Organisation des relations dirigeants-actionnaires au sein d'une société
- Recherche du meilleur équilibre possible des pouvoirs dans l'entreprise

Interrogations sur l'utilité du concept

- La gouvernance d'entreprise ce n'est pas seulement un concept que l'on étudie dans les universités, mais c'est aussi et surtout utile et opératoire pour les économies contemporaines.
- Il peut aider à résoudre les problèmes de développement et de croissance de nos entreprises.

Gouvernement d'entreprise et financement des sociétés

- Ce concept fait partie de l'arsenal de mesures souvent évoquées pour rassurer l'investisseur et l'amener à mettre ses billes dans une entreprise.
- Au regard du besoin récurrent de nos entreprises en financement, le concept de gouvernement d'entreprise peut être un bon vecteur pour ce que les spécialistes de l'ingénierie financière appellent, « investissement en fonds propres ».
- L'investisseur qui met son argent et qui n'est pas intéressé par le pouvoir a quand même besoin d'être rassuré sur la conduite de la gestion et sur les modalités du partage des richesses qui proviendront de l'entreprise.

Si nous nous accordons sur le fait que le concept est d'une utilité certaine, est-il pour autant opérationnel dans notre contexte?

- LA REPONSE A CETTE QUESTION FERA L'OBJET DE L'ESSENCE DE MA PRESENTATION.
 - IL EST EFFET AVERE QUE LE CONCEPT EST OPERATOIRE QUEL QUE SOIT L'ANGLE D'ANALYSE
- CECI PEUT SE VERIFIER AUSSI BIEN SOUS L'ANGLE DU MODELE THEORIQUE SUR LEQUEL REPOSE LE CONCEPT QUE SUR CELUI DU CONTENIU DU CONCEPT.
- JE CONSACRERAI UNE TROISIEME PARTIE A L'INTRODUCTION DES PRINCIPES DU GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE DANS LE DROIT OHADA.

Plan d'intervention

I – LE CADRE CONCEPTUEL DE LA
CORPORATE GOVERNANCE

II – LE CONTENU DE LA CORPORATE
GOVERNANCE

III – L'OHADA ET LA CORPORATE
GOVERNANCE :
OPERATIONNALISATION EN AFRIQUE.

I - LE CADRE CONCEPTUEL REPOSE SUR UN MODELE THEORIQUE DONT ON TIRE DES CONSEQUENCES IMPORTANTES

Le modèle théorique : la théorie de l'agence

L'entreprise est le siège de différents intérêts catégoriels qui sont de plus en plus actifs au point de générer une prise de conscience quant à l'importance de son organisation interne.

Les conséquences

Les conséquences qui peuvent être tirées de ce modèle tournent essentiellement autour des trois idées suivantes :

- La performance de l'entreprise
- La transparence dans la gestion
- L'équité dans la répartition des richesses

II – LE CONTENU DE LA CORPORATE GOVERNANCE

Ce sont des principes qui recourent une multitude de règles pouvant se regrouper sous deux grandes rubriques :

Les principes fondés sur une éthique du comportement des dirigeants et les principes fondés sur la création de structures additionnelles aux structures prévues par les textes applicables aux sociétés commerciales

Le contenu de la corporate governance: les principes relevant de l'éthique du comportement des dirigeants

La corporate governance postule une relation de confiance entre les dirigeants et les différents « stakeholders ».

En contrepartie de cette confiance, les dirigeants et administrateurs ont un devoir de bien gérer (duty to manage) qui comprend :

- une obligation de diligence consistant pour les dirigeants à agir avec bonne foi, compétence et attention dans l'exécution de leurs fonctions (duty to care)
- et une obligation de loyauté leur interdisant de créer un conflit d'intérêts personnels avec ceux de la société (duty of loyalty or duty of fair dealing)

Le contenu de la corporate governance : les principes fondés sur la création de structures additionnelles

L'application des principes de la corporate governance appelle la création d'organes supplémentaires.

- Comité d'audit
- Comité de sélection
- Comité de rémunération
- Comité d'éthique

III – QUE DIT LE DROIT OHADA DES SOCIETES?

Apparition de nouvelles orientations

- Le droit des sociétés commerciales a toujours poursuivi un objectif principal : celui de donner à celles et ceux qui choisissent de conduire ensemble une entreprise économique les moyens juridiques d'y parvenir.
- Traditionnellement , cet objectif conduisait à une **réglementation assez impérative** et précise, destinée à éviter que les tiers amenés à contracter avec les sociétés ne puissent en souffrir.
- Aujourd'hui avec la nécessité de **protéger les épargnants, les règles issues de la révision de 2014 exigent aussi le respect de considérations éthiques qui apparaissent de plus en plus comme la mesure de l'action de toutes les composantes de la société et en particulier de celle des dirigeants sociaux.**

Deux exemples à ce propos avant d'avancer plus loin dans la présentation

- **Exemple 1 : Responsabilité sociale des sociétés.** les entreprises doivent adopter des pratiques socialement responsables à l'égard de leur environnement au sens le plus large : salariés, partenaires, consommateurs, citoyens, collectivités.
- **Exemple 2 : Exigence de transparence.** L'exigence de transparence ne se cantonne plus aujourd'hui aux Sociétés avec APE. Il touche tout le droit des sociétés. Les exemples de cette évolution par rapport à un principe de secret des affaires qui a longtemps prévalu sont nombreux :
 1. la promotion des expertises de gestion,
 2. la publicité des conventions prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé,
 3. l'extension de l'obligation d'établir des comptes consolidés,
 4. ou encore le droit à l'information des administrateurs : « l'administrateur reçoit les informations utiles à l'exercice de sa fonction et peut se faire communiquer les documents nécessaires aux délibérations ».

Les enjeux de pouvoir dans les sociétés commerciales et la nécessité de la modernisation du droit des sociétés

- La modernisation du droit des sociétés OHADA est lié aux **enjeux de pouvoir dans la société commerciale**.
 1. Quel est le meilleur équilibre possible des pouvoirs et des responsabilités au sein des entreprises.?
 2. Comment faire, dans ce contexte général actuel de plus grande transparence, pour que le rôle de l'associé (qui est le propriétaire de la société par son apport au capital social) soit mieux valorisé face au pouvoir du management ?
 3. Comment faire pour que le contrôle (notamment la mission du commissaire aux comptes et son indépendance) soit mieux perçu ?
- Toute une série d'interrogations qui évoquent le « gouvernement d'entreprise » ou « corporate governance » dont les grands principes sont introduits dans la nouvelle version de l'Acte uniforme.
- On peut donc retenir **pour illustrer la modernisation du droit des sociétés les dispositions sur la gouvernance** .

La version révisée de l'Acte uniforme a considérablement pris en charge les questions de gouvernement d'entreprise

RAPPELS

- La Gouvernance d'entreprise a fait l'objet, depuis deux décennies, d'une intense réflexion et codification. Pour exemple, voici la définition que retient le Code de l'ISA (Institut Sénégalais des Administrateurs) : « la gouvernance est le système par lequel l'entreprise est dirigée et contrôlée ; sa mise en œuvre fait référence aux relations entre la direction, son conseil d'administration, ses actionnaires et les autres parties prenantes ».
- Quelle que soit sa taille, la gouvernance d'une entreprise s'appuie sur quelques principes de base : l'intégrité de ses dirigeants, une définition claire et respectée des rôles entre l'assemblée des actionnaires, le Conseil d'administration et la Direction générale, le respect des droits des actionnaires et l'égalité dans leur traitement.

Les modifications adoptées en 2014 poursuivent globalement 6 objectifs en matière de gouvernance

- Clarifier les rôles des acteurs de la gouvernance ;
- Améliorer le fonctionnement du Conseil d'administration ;
- Réduire les risques de conflit d'intérêts ;
- Renforcer la transparence et mieux rendre compte ;
- Renforcer les droits des actionnaires ;
- Une exigence renforcée pour les sociétés cotées

**Chacun de ces objectifs est
reproduit dans des articles
spécifiques de l'Acte uniforme**

Objectif 1 : Clarifier les rôles des acteurs de la gouvernance (ex du CA).

- Art.435. Clarification du rôle du Conseil d'administration : responsable des orientations (stratégie) et du contrôle de l'exécutif.

Objectif 2 : Améliorer le fonctionnement du Conseil d'administration

- Art.435. Accès à l'information : le Président a l'obligation de s'assurer que les administrateurs disposent des informations nécessaires.
- Art.437. Possibilité de créer des Comités, composés d'administrateurs, qui agissent sous la responsabilité du Conseil et émettent des avis, des recommandations.
- Art.454-1. Participation des administrateurs au Conseil via visio ou téléconférence, mais quorum physiquement présent à 1/3 minimum
- Art.459-1. Le procès-verbal du Conseil est obligatoirement remis à chaque administrateur (traçabilité, opposabilité de la décision prise)

Objectif 3 : Réduire les risques de conflit d'intérêts

- Art.438 : font partie des conventions règlementées, celles qui sont conclues avec les sociétés détenant au moins 10% du capital de l'entreprise.
- Art.440 : l'administrateur intéressé, dans une convention règlementée, ne participe pas au vote et sa voix est exclue pour le calcul du quorum.
- Art.440 : durcissement de la nullité des conventions qui ne respectent pas la réglementation; renforcement du rôle du Commissaire aux comptes et de l'importance de son rapport spécial.
- Art.465, 474, 482, 490 : toutes les rémunérations quelle que soit leur forme (PDG, PCA, GD, DGA) doivent être approuvées par le Conseil d'administration; le mandataire social concerné ne prend pas part au vote et sa voix, s'il est administrateur, est exclue pour le calcul du quorum.

Objectif 4 : Renforcer la transparence et mieux rendre compte

- Art.523: obligation pour les candidats administrateurs d'indiquer à l'AG tous les mandats sociaux qu'ils exercent ou ont exercé depuis 5 ans.
- Art.722 : le Commissaire aux Comptes est obligatoirement convoqué à toute réunion du Conseil intéressant sa mission (il doit ainsi être convoqué non seulement lors du Conseil approuvant les comptes mais également à ceux où le Conseil débat / vote sur les conventions règlementées).
- Art.546 : le Président rend compte (à l'AG), le cas échéant*, des travaux du Conseil (c'est une obligation pour les sociétés cotées, cf ci-après). **Les législateurs nationaux ou les régulateurs pourront développer des textes / recommandations sur ce point via un Code de Gouvernance, voir par exemple le Code de Gouvernance du Sénégal.*

Objectif 5 : Renforcer les droits des actionnaires

- Art.2-1: reconnaissance des pactes d'actionnaires qui permettent de déroger – notamment en matière de Gouvernance – aux dispositions statutaires (très utilisées dans les groupes familiaux et les joint-ventures).
- Art.133-1, 518 et 531-1 : vote par correspondance précisé, possibilité nouvelle de convoquer les actionnaires et de voter par des moyens de télécommunication (dispositions statutaires).
- Art.130 : éviter les abus de majorité (ou d'égalité), responsabilité des administrateurs ayant voté une décision non nécessaire à l'intérêt de l'entreprise et pénalisant les minoritaires.
- Art.532 à 535, 541, 717-1 : renforcement du droit de participer aux AG, des conditions de validité des AG; nullité des décisions des AG en l'absence du Commissaire aux comptes et de ses rapports.

Objectif 6 : Une exigence renforcée pour les sociétés cotées (appel public à l'épargne)

- Art.829-1: Comité d'audit obligatoire, composé d'administrateurs non exécutifs; contrôle des comptes, de l'information financière; suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques.
- Art.831-2 : le Président rend compte à l'AG, dans un rapport adopté par le Conseil, de la composition du Conseil, des travaux du Conseil, des procédures de contrôle interne et de gestion des risques.
- Lorsque la société se réfère à un Code de Gouvernance, mis en œuvre de principe « Comply or explain » (pour l'instant seul le Sénégal et la Côte d'Ivoire ont un Code de Gouvernance).
- Art. 831-3: ce rapport rend compte de façon très complète et détaillée de l'ensemble des rémunérations, quelle que soit leur forme, de tous les mandataires sociaux.

Objectif 6 (suite) : Le contenu précis du rapport annuel du Président sur la gouvernance

- *Composition du Conseil*
 - *Liste des mandats et fonctions exercés dans toute société par chacun des mandataires sociaux*
 - *Conditions de préparation et d'organisation des travaux du Conseil*
 - *Limitations éventuelles apportées aux pouvoirs du Directeur Général*
 - *Principes et règles arrêtés par le Conseil pour déterminer les rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux*
 - *Rend compte des rémunérations, de toute nature, versées à chaque mandataire social*
 - *Description des procédures de contrôle interne et de gestion des risques*
 - *Précisions sur les modalités particulières relatives à la participation des actionnaires à l'Assemblée Générale*
- Ce rapport est formellement approuvé par le Conseil d'administration et rendu public*

CONCLUSIONS

- **Pour faciliter la mise en œuvre des règles du gouvernement d'entreprise, il serait utile de développer un « Code de Gouvernance CIMA » qui serait le socle sur lequel chaque pays pourrait s'appuyer et l'adapter en fonction de son contexte socio-économique.**
- **Mais en attendant, la Fanaf pourrait insuffler la création d'un Institut des administrateurs du marché des assurances qui prendrait en charge l'élaboration d'un Code de gouvernance pour les sociétés d'Assurance**

Un Institut des administrateurs: exemple de l'ISA

- NATURE

- L'ISA une **association** que les membres fondateurs ont voulu association de référence et un centre de ressources pour les administrateurs sénégalais ou exerçant au Sénégal et, plus généralement, en Afrique de l'Ouest.

OBJET DE L'ISA

- L'Institut Sénégalais des Administrateurs est un projet de la place financière de DAKAR et, comme tel, son objet est de :
- Conduire directement, ou en partenariat, toute action vis-à-vis des administrateurs de sociétés dans les domaines suivants :
 - information
 - formation
 - recherche
 - assistance et conseil
- Promouvoir le recours à des administrateurs indépendants, dans la mesure où ceux-ci seront le vecteur essentiel d'un sain gouvernement des entreprises, particulièrement dans certaines entités d'intérêt public
- Contribuer, plus généralement, à la promotion des bonnes pratiques en matière de gouvernement d'entreprise, par son action en faveur de l'exercice professionnel de la fonction d'administrateur
- Devenir le centre de ressources et l'Association de référence des administrateurs au Sénégal et en Afrique de l'Ouest

MISSIONS DE L'ISA

- Les missions de l'institut consistent à :
 1. Fournir des prestations d'information :
l'institut se propose d'offrir une information de qualité sur l'ensemble des questions intéressant les administrateurs
 2. Et proposer des formations adaptées au besoin des administrateurs de sociétés.

Pour finir, retenons ces deux points :

- la sensibilisation et la formation sont primordiales pour montrer que le mode de gouvernance d'une entreprise ou sa gestion sont aussi importants que le produit mis sur le marché ;
- l'une des principales missions de l'institut que je viens de proposer sera de fédérer les administrateurs de manière à organiser les travaux de réflexion collective et le partage d'expériences sur les thèmes liés à l'exercice de leur fonction, au rôle des conseils d'administration et au gouvernement d'entreprise.

MERCI