UNIVERSITÉ CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR

ECOLE DOCTORALE DES SCIENCES JURIDIQUES, POITIQUES, ECONOMIQUES ET DE GESTION

ED/JPEG

FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

Année : 2017 **N° d'ordre : 000245**

THESE DE DOCTORAT

POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ

Formation doctorale : Droit de l'entreprise et Justice

Présentée par : **Papa Keyi Abel Fademba NDONG**

LE STATUT JURIDIQUE DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES DE L'OHADA A L'AUNE DES CONTRAINTES DE LA RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE DES ENTREPRISES.

Soutenue le 30 octobre 2017 devant un jury composé de :

Président : Pr. Ndiaw DIOUF, Agrégé des facultés de droit, Professeur Titulaire, Doyen honoraire de la FSJP-UCAD, Membre du Conseil constitutionnel (SÉNÉGAL).

Rapporteurs : Pr. Alain KENMOGNE SIMO, Agrégé des facultés de Droit, Maître de conférences à la FSJP-Université de Yaoundé II-Soa (CAMEROUN)

Pr. Abdoulaye SAKHO, Agrégé des facultés de Droit, Maître de conférences de la FSJP-UCAD (SÉNÉGAL).

Pr. Amadou Tidiane NDIAYE, Agrégé des Facultés de droit, Maitre de conférences, Directeur honoraire de l'UFR-SJP-UCAD (SÉNÉGAL).

Examinateur : Pr. Ibrahima Ly, Agrégé des facultés de Droit (Droit Public et Science Politique), Maitre de conférences à FSJP-UCAD (Sénégal).

Co-Directeurs : Pr. Dieunedort NZOUABETH, Agrégé des facultés de droit, Maître de conférences à FSJP-UCAD (SÉNÉGAL).

Pr. Deen GIBIRILA, Professeur émérite, Université Toulouse 1 Capitole (FRANCE).

L'Université Cheikh Anta DIOP de DAKAR n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse.
Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À la mémoire de mon Père Demba,

À maman,

À mon épouse.

REMERCIEMENTS

Cette thèse a été rendue possible grâce à la générosité, à la compréhension et à la collaboration de certaines personnes. Nous leur sommes très reconnaissants.

Nous pensons d'abord à Monsieur le Professeur Dieunedort Nzouabeth qui a donné spontanément son accord pour assurer la direction de cette thèse. Il nous a fait confiance, accompagné et guidé durant ces cinq années. Nous lui en serons toujours reconnaissant. Ses conseils ont été déterminants dans la réalisation de ce travail de recherche.

Nous tenons ensuite à remercier particulièrement Monsieur le Professeur Deen Gibirila professeur émérite qui nous a fait l'honneur d'accepter de codiriger cette recherche. Il nous a accordé son soutien permanent et ses conseils toujours précieux. Ses nombreuses relectures sont des preuves tangibles d'une disponibilité sans failles. Malgré la distance géographique qui nous sépare, son accompagnement a été plus que déterminant dans les choix et les orientations de ce travail. Veuillez trouver en ces mots, Monsieur le Professeur Deen Gibirila, l'expression de notre profonde reconnaissance.

Nous exprimons également notre profonde gratitude et sincères remerciements aux membres du jury et rapporteurs qui nous font l'honneur de participer à l'évaluation de notre thèse.

Les Professeurs Ndiaw Diouf, Aminata Cissé Niang, Moussa Thioye, Abdoullah Cissé et Françoise Dieng trouveront également ici notre profonde reconnaissance pour leur disponibilité, leurs conseils avisés et pour avoir suivi avec intérêt la progression de notre formation universitaire. Merci de nous avoir donné le goût de la recherche.

D'autres professeurs nous aussi ont aidés dans la réalisation de cette recherche par des remarques critiques, des propositions des pistes de réflexion, des encouragements et par la mise à notre disposition de publications récentes. Nos pensées vont vers les Professeurs et enseignants notamment le Pr Mayatta Ndiaye Mbaye, le Pr Mamadou Niane, le Pr Yaya Bodian, monsieur Roland Goulla, le Pr Patrice Badji, le Pr Abdoul Aziz Diouf, le Dr Augustin Ndione, le Pr Guy Bourgeault (Montréal) , le Pr Bachir Niang, le pr Wakhab Ndiaye, le Pr Madeleine Coumba, le Pr François Rousseau et le Pr Valérie Pironon de l'institut des Études avancées de NANTES. Qu'ils trouvent tous ici l'expression de nos sincères remerciements.

Mes remerciements vont aussi à Monsieur Khamad NDOUR, à tous nos amis et collègues, aux P.E.R et enfin, aux P.A.T.S pour leur soutien scientifique, matériel et affectif.

Nous avons une pensée très affectueuse pour nos frères, sœurs, parents et belle famille pour l'intérêt constant qu'ils ont eu pour notre projet de recherche. Qu'il nous soit permis, enfin, d'adresser toutes nos excuses et notre reconnaissance à notre tendre épouse Claire et aux merveilleuses filles que le bon Dieu nous a gratifiées pour leur compréhension et leur patience durant toutes ces années de recherche pendant lesquelles nous avons quelques fois manqué d'être à leur côté. Nous les remercions pour ce soutien indéfectible.

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AJ :	Actualité de jurisprudence
AGO :	Assemblée Générale Ordinaire
AGE :	Assemblée Générale Extraordinaire
Al. :	Alinéa
Art. :	Article
AUDCG :	Acte uniforme relatif au droit commercial général
AUSCGIE :	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
AUPC :	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation française, chambre civile
Bull. Joly Sociétés :	Bull. Joly Sociétés
C/ :	Contre
CA :	Cour d'appel
C. civ. :	Code civil
C. com. :	Code de commerce
Cass. Ass. plén. :	Assemblée plénière de la Cour de cassation française
Cass. civ. (1re, 2e, 3e) :	Cour de cassation française, première, deuxième ou troisième chambre civile
Cass. com. :	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Cass. crim. :	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc. :	Chambre sociale de la Cour de cassation
Cass. ch. Mixte :	Chambre mixte de la Cour de cassation
CCJA :	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
Cf. :	Conférer
Chron. :	Chronique
CIMA :	Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances
Coll. :	Collection

Comm. :	Commentaires
Concl.	Conclusions
Contra :	En sens contraire
D. :	Recueil Dalloz
D. aff. :	Recueil Dalloz affaires
DG :	Directeur général
DGA :	Directeur Général Adjoint
dir. :	**(sous)** direction (sous la)
D.P. :	Recueil périodique Dalloz
Doctr. :	Doctrine
Dr. Sociétés :	Droit des sociétés
Dr. pen. :	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
LGDJ :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
ERSUMA	Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
ET ALII :	*Et autres (auteurs)*
EX. :	Exemple
Fasc. :	Fascicule
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
Ibidem :	Au même endroit
IR :	Informations Rapides (Dalloz)
IRJS :	Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne
Infra :	Plus bas
J.-Cl. :	Juris-classeur
JCP E :	Juris-classeur périodique, édition Entreprise
JCP G :	Juris-classeur périodique, édition Générale
JCP N :	Juris-classeur périodique, édition Notariale
JO :	Journal Officiel
JSL :	Jurisprudence sociale Lamy
JUR.	Jurisprudence
L. :	Loi
L.G.D.J :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
M. :	Monsieur

Mme :	Madame
N° :	Numéro
Not.	Notamment
OHADA :	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
obs. :	Observations
***OP. CIT.* :**	Opere citato (ouvrage déjà cité)
Ord. :	Ordonnance
p. :	Page
P-DG :	Président-Directeur Général
prat. :	Pratique
préc. :	Précité
préf. :	Préface
PUA :	Presse Universitaire d'Afrique
PUF :	Presses universitaires de France
RD bancaire et fin. :	Revue de droit bancaire et financier
RDC :	Revue de droit des contrats
***Rep*. :**	Répertoire
Rev. ERSUMA :	Revue de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
Rev. Lamy dr. aff. :	Revue Lamy droit des affaires
Rev. proc. coll. :	Revue des procédures collectives
Rev. Sociétés :	Revue des sociétés
Rev. trav. :	Revue de droit du travail
RJ com. :	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA :	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RSC :	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RSE :	Responsabilité sociétale des entreprises
RTD civ.:	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. :	Revue trimestrielle de droit commercial et économique
***RTD eur*. :**	Revue trimestrielle de droit européen
S.:	Sirey
S.:	Suivant (e) s
S.A :	Société anonyme

SARL :	Société à responsabilité limitée
SAS :	Société par actions simplifiée
SCS :	Société en commandite simple
SNC :	Société en nom collectif
Somm. :	Sommaire
Spéc.	Spécialement
Sté :	Société
Suppl. :	Supplément
T. :	Tome
TGI :	Tribunal de grande instance
Th. :	Thèse
TPI :	Tribunal de première instance
TRHC :	Tribunal régional hors classe
V. :	Voir
V° :	Verbo (mot)
Vol. :	Volume
§ :	Paragraphe

SOMMAIRE

INTRODUCTION 9

PARTIE I---------- 50
LA RSE, INSTRUMENT D'EXTENSION DE LA CONCEPTION STRUCTURALE DU STATUT DE DIRIGEANT SOCIAL ---------- 50

TITRE-I. LA DÉFINITION DU DIRIGEANT COMME AGENT SOCIALISE DÉTENTEUR DE POUVOIRS RÉSULTANT DE LA RSE 52
CHAPITRE-I. LA RECONNAISSANCE DU STATUT DE MANDATAIRE D'INTÉRÊT COMMUN DU DIRIGEANT SOCIAL 53

CHAPITRE- II. LE STATUT INSTITUTIONNEL DU DIRIGEANT, CADRE DE VALORISATION DE LA PROACTIVITÉ DU DIRIGEANT EN MATIÈRE DE RSE. 106

TITRE-II. LA DEFINITION DU DIRIGEANT SOCIAL COMME UN AGENT RESPONSABLE SOCIALEMENT 140
CHAPITRE-I. LA PLASTICITÉ INÉDITE DES SOURCES DE LA RESPONSABILITÉ DU DIRIGEANT SOCIAL 142

CHAPITRE-II. LA MISE EN ŒUVRE BIGARRÉE DE LA RESPONSABILITÉ DU DIRIGEANT POUR VIOLATION DE LA RSE 196

PARTIE II---------- 259
LA RSE, INSTRUMENT DE RENFORCEMENT DE LA SOCIALISATION DU STATUT DU DIRIGEANT SOCIAL ---------- 259

TITRE -I. LA RECONNAISSANCE D'UN STATUT SOCIÉTAL AU DIRIGEANT DE SOCIÉTÉ COMMERCIALE 261
CHAPITRE- I. LA PLURALITÉ DES DÉTERMINANTS DU STATUT SOCIÉTAL DU DIRIGEANT DE SOCIÉTÉ COMMERCIALE 263

CHAPITRE -II. LA DÉTERMINATION DIFFÉRENTIELLE DU CONTENU DU STATUT SOCIÉTAL DE DIRIGEANT DE SOCIÉTÉ COMMERCIALE 326

TITRE- II. LA PORTÉE DU PROCESSUS DE RENFORCEMENT DE LA SOCIALISATION DU STATUT DU DIRIGEANT SOCIAL 425
CHAPITRE -I : L'ÉNONCÉ D'UN DEVOIR DE DILIGENCE RAISONNABLE CONSUBSTANTIELLE À LA FONCTION DE DIRIGEANT SOCIÉTAL 427

CHAPITRE -II. L'ÉNONCÉ D'UN PRINCIPE DE LOYAUTÉ PLURIELLE ATTACHÉE À L'AUTORITÉ DÉCISIONNELLE DU DIRIGEANT SOCIÉTAL 472

INTRODUCTION

Les aspects du processus de la réforme OHADA. - Sans nier que les dernières réformes en Afrique du droit des affaires ont pu contribuer utilement à l'adaptation de l'encadrement normatif des sociétés commerciales, on peut toutefois se demander s'il s'agit bien là d'une méthode législative propice au développement de réformes rationnelles répondant à une vision d'ensemble des défis économiques et sociaux auxquels l'Afrique doit faire face. On ne s'est jusqu'alors interrogé que sur le point de savoir si le dispositif réglementaire est assez adapté aux besoins de sécurité juridique et judiciaire des investisseurs. Questionner la ligne de conduite de l'OHADA s'avère nécessaire pour mesurer l'étendue, la pertinence et la cohérence d'une réforme tendant à adapter la nature et le développement des activités des sociétés commerciales aux évolutions de son environnement.

Après plus de deux décennies de réformes, on aurait pu entreprendre un bilan sur la contribution des sociétés à la durabilité du processus de développement économique. Pour autant toute les définition du développement reprennent le mot « développement » qui est « un processus de long terme, auto-entretenu, endogène et cumulatif, d'augmentation de la richesse et de diversification croissante des activités économiques, qui permet à un nombre croissant d'êtres humains de passer d'une situation de précarité a une meilleure maitrise de leur propre destin, comme des aléas de la nature »[1]. Le principal objectif du développement durable consiste à satisfaire les besoins et aspirations de l'être humain. Ce développement se veut suivant le rapport Brundtland., « un mode de développement qui répond aux besoins des générations présentes, sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs ». de répondre aux besoins du présent sans compromettre la capacité de satisfaire ceux des générations futures ». La notion de responsabilité semble être ici le moteur du développement durable et de la prise de conscience écologique moderne. Toutefois, Au sens du rapport Brundtland[2]. Le concept de RSE ne doit pas être confondu avec le développement durable. La RSE est promue dans ce cadre pour offrir les moyens d'adaptation de ce système à s'adapter à ces critiques adresses aux entreprises qui sont appelés à les internaliser, les approprier au sein même des processus de gestion et de gouvernance des entreprises. Par le développement durable c'est une demande de RSE qu'adresse la communauté internationale aux entreprises. Le concept se révèle plus

[1] Syvie Brunel, Le developpement durable, PUF, 2004, p.91

[2] la Commission des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement, *Notre avenir à tous* (rapport Brundtland), Oxford University Press, 1987, 432 pages

étendue que presque toutes les autres notions (qui seront aussi étudiées) de RSE qu'elle englobe : la RSE originelle de Bowen fondée sur l'éthique et la morale, celle de Friedman centrée sur la rentabilité financière, la réceptivité sociale d'Ackerman[3] et Bauer, la RSE de Caroll, Wood[4], Swanson[5], Pasquero[6] etc. Le développement durable exige donc que les effets nuisibles – sur l'air, l'eau et les autres éléments – soient réduits au minimum, de façon à préserver l'intégrité globale du système...Si l'on tient au caractère durable du développement, il faut préserver et mettre en valeur les ressources de la planète...Le développement durable, c'est autre chose que la simple croissance. Il faut en effet modifier le contenu même de la croissance, faire en sorte qu'elle engloutisse moins de matières premières et d'énergie et que ses fruits soient repartis plus équitablement...Un monde où la pauvreté et l'injustice sont endémiques sera toujours sujet aux crises écologiques ou autres. Le développement durable signifie que les besoins essentiels de tous sont satisfaits, y compris celui de satisfaire leurs aspirations à une vie meilleure»[7]. Ainsi, la préoccupation principale du développement durable est triple : assurer le bien-être de la société d'aujourd'hui, assurer le bien-être de la société de demain tout en évitant la tragédie des communs au niveau planétaire (épuisement des ressources). Il s'agit donc d'un processus qui, par le biais de la promotion de nouveaux paradigmes pertinents, permettra de bâtir des systèmes de normalisation. Ces derniers permettront d'une part d'anticiper les besoins des États et des populations en normes, et d'autre part, de prendre en compte leurs spécificités et contribuer à leur croissance. Le rôle des personnes morales privées dans le développement du continent ne cesse d'être conceptualisé, interrogé. Elles sont censées assurer, dans les meilleures conditions d'efficacité et d'équité, les missions sociales d'unités organisationnelles d'entremise dans la circulation des biens produits ou achetés ou par lequel elles fournissent des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire. Elles poursuivent ces missions en référence à la vision politique globale des pays membres situés dans l'espace géographique couvert par l'OHADA.

---

3 Ackerman, R., Bauer R. Corporate Social Responsiveness, Reston, Virginia. , 1976.

4 Wood D.J.): Corporate Social Performance Revisited, *Academy of Management Review,* vol. 16, n° 4, 1991, p. 691-718

5 Swanson D.L, Addressing a Theoretical Problem by Reorienting the Corporate Social Performance Model, *Academy of Management Review*, vol. 20, n° 1, 1995. p. 43-64.

6 Pasquero J. (2005) : La responsabilité sociale de l'entreprise comme objet des sciences de gestion : un regard historique, *in* Turcotte M. F. et Salmon A. (Éds.), *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise,* Presses de l'Université du Québec

7 Les textes de référence du développement durable sont le rapport Brundtland (Brundtland 1987 : chapitre 2, ONU, 1987) et l'Agenda 21 (United Nations, 1992) auxquels il faut toutefois ajouter la Déclaration de Rio (United Nations, 1992). Ces textes sont complétés par le Sustainability Reporting Guidelines du Global Reporting Ininiative (GRI, 2011) et le Global Compact (United Nations, 1999).

1. **L'OHADA, un espace d'intégration juridique atypique :** Nous nous intéressons principalement à l'espace d'élaboration et d'application du droit des affaires de l'OHADA qui est précisé par l'article 1er de l'AUSCGIE[8]. Il vise toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un État ou une personne morale de droit public est associé et dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des États parties[9] au Traité. Plus qu'un espace géographique déterminé, plus que les interactions économiques, l'OHADA est à considérer comme un processus permanent, une réalité mouvante, sujet à des mutations profondes. L'espace OHADA au lieu d'être un espace physique composé des pays d'Afrique de l'Ouest et du centre, désigne en réalité un but à atteindre. Pour le réaliser, il a été proposé d'ouvrir à la signature le Traité constitutif de l'OHADA pour l'adhésion de tout État membre de l'Union africaine et non signataire dudit Traité. Il est également ouvert à l'adhésion de tout autre État non-membre de l'Union africaine[10].

2. L'ampleur de la réforme du droit des affaires en constitue une illustration parfaite[11]. Après plus d'une décennie, l'OHADA a pu se positionner parmi les systèmes normatifs comme un espace générateur de valeur ajoutée pour les entreprises pour lesquelles les différentiels de normes constituent le moteur de redéploiement à l'échelle mondiale. Elle a une légitimité qui la distingue dans les espaces socio-économiques où elle intervient. Cependant, pour qu'elle demeure pertinente face aux enjeux actuels, sa ligne de conduite et d'action doivent être interrogées en tenant compte des domaines qu'elle prend en charge, les sous-espaces économiques (UEMOA, CEMAC[12], etc.) dans lesquels elle s'investit, les dynamiques de sécurité et modernisation qu'elle promeut et enfin, et surtout par rapport à

8 L'AUSCGIE a été révisé le 30 janvier 2014 et entrera en vigueur le 5 mai 2014 c'est-à-dire 90 jours après sa publication au journal officiel de l'OHADA. Il prévoit les règles de fonctionnement des sociétés commerciales et des GIE situés dans l'espace OHADA.

9 L'OHADA est actuellement composée de 17 États, principalement d'Afrique noire francophone (Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Congo Brazzaville, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Niger, République centrafricaine, Sénégal, Tchad, Togo, Union des Comores). La République démocratique du Congo est le dernier État à avoir adhéré à l'OHADA, le 13 juillet 2012.

10 Voir l'article 53 alinéa 1 du Traité constitutif énonce la vocation panafricaine de l'OHADA.

11 Ce droit OHADA est structuré autour du Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires en date du 17 octobre 1993 signé par plus de dix-huit (18) pays. Il est entré en vigueur en septembre 1995. Il est sous-tendu par un certain nombre d'objectifs, à savoir notamment assurer une réglementation efficace des litiges qui naissent à l'occasion de l'application des Actes Uniformes, permettre la mise en place des institutions telles le Secrétariat permanent, le Conseil des ministres, le Centre de formation des magistrats et la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA).

12 Espace communautaire et institution ayant pour mission de promouvoir un développement harmonieux des six pays de l'Afrique centrale que sont le Cameroun, la Centrafrique, le Congo, la Guinée équatoriale, le Gabon et le Tchad, dans le cadre de l'institution d'un véritable marché commun.

la place de l'homme, sujet de droit qu'elle entend par ailleurs saisir[13]. Ainsi, il n'est pas étonnant, en raison de sa nature, de sa mission d'organisation et d'harmonisation du Droit des affaires, que l'OHADA ait sa propre proposition normative, institutionnelle, juridictionnelle, mais aussi axiologique[14]. Cela n'en fait pas un droit communautaire au sens strict, avec notamment l'intégration du droit et surtout des Actes uniformes de l'OHADA dans le bloc de légalité. Dans chaque système juridique national, le droit OHADA surtout dérivé a une valeur législative[15] dans la mesure où les Actes uniformes se substituent aux législations nationales antérieurement applicables[16]. Les Actes uniformes se placent ainsi entre les Conventions internationales et les règlements dans la hiérarchie des normes juridiques. En se distinguant du Traité dont ils tirent leur origine[17], il est possible de constater que les Actes uniformes sont assimilables à la loi dont ils investissent le domaine *rationae materiae*[18]. En ce sens la valeur législative que nous conférons aux Actes uniformes n'est pas dénuée de tout sens. Elle paraît même déterminante. Elle permet notamment de cerner le rôle exact des règles nationales applicables aux activités sociales dans la détermination du régime du statut du dirigeant. Les Actes uniformes ont plutôt une valeur législative dans chaque État Partie[19]. Seule leur source conventionnelle les distingue

13 On estime que le futur commun pour toutes les populations résidant dans l'espace OHADA qui se structure ainsi ne pourra être fécond et produire un système de régulation communautaire alternatif aux systèmes nationaux antérieurs que s'il porte notamment des valeurs transcendantes qui découlent de la dignité de la personne, sa sécurité, de la protection de l'environnement. Ces articulations, il faut souvent les susciter, parfois les consolider, les entretenir toujours pour qu'elles apportent des réponses à la mesure des besoins réels des populations et des crises qui structurent l'économique et les affaires d'une manière générale.

14 Même s'il est avancé que le Traité de l'OHADA a pour objectif de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire des activités économiques en vue de restaurer la confiance des investisseurs, de faciliter les échanges entre les États parties, il serait important de mesurer le degré de prise en compte des préoccupations de droits humains notamment de droit économique, social, environnemental, etc.

15 Cette valeur est contestée au regard de la proclamation de sa supranationalité à l'Art. 10 du Traité.

16 E.-H.-S. NDIAYE, L'harmonisation du droit international privé en Afrique francophone du sud du Sahara, cotutelle Université Rouen Pasteur & Université Cheikh Anta Diop, Thèse mult., 2014, p. 46.

17 *« Mais les actes uniformes ne sont pas des traités. Ils y sont plutôt issus. Dès lors, en tant que normes dérivées, ils ne sauraient avoir la même valeur juridique »*, V.D. ABARCHI, *La supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA),* Revue burkinabé de Droit, n° 37-1er semestre, p. 24.

18 *« Le fait qu'ils interviennent dans les matières relevant du domaine de la loi n'est pas un argument suffisant pour leur donner la même force juridique. Ce serait dénier la suprématie que leur confère le traité de l'OHADA. On ne peut non plus prendre appui sur ce prétexte pour les assimiler à la loi et les soumettre au contrôle de constitutionnalité qui est systématique a priori pour certaines d'entre elles, dans la mesure où la Constitution ne vise que les traités et les lois »*, V.D. ABARCHI, *La supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires(OHADA),* Revue burkinabé de Droit, n° 37-1er semestre, pp. 24-25.

19 D'ailleurs, l'art.35 de l'AUA est très explicite. Il dispose en effet : *« Le présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les États-parties »*.

des législations nationales préexistantes qu'ils neutralisent ou qu'ils complètent[20]. Ils construisent les modalités de l'intégration juridique suivant leurs domaines, non par l'abolition des traditions juridiques des États membres, mais par leur articulation à un nouveau droit commun, le droit OHADA. La prééminence du droit OHADA sur les droits dits nationaux ne se manifeste pas par l'abolition de ceux-ci mais par la prééminence de l'un sur les autres. À ce propos, il faut préciser au sujet de l'AUSCGIE notamment qu'il constitue le droit commun des sociétés commerciales dans la mesure où il est applicable à toutes les sociétés commerciales, quels que soient leur forme et objet. Cet acte uniforme s'applique sous réserve de la mise en œuvre du principe de subsidiarité au profit de textes spéciaux qui contiennent des règles spéciales. Ces sociétés ont souvent pour objet certaines activités économiques ou sociales d'une telle importance ou d'une telle complexité qu'elles appellent des règles supplémentaires ou qui suppléent celles du droit commun[21]**.** La présence d'autres droits « nationaux » ou « communautaires » applicables incarne le fait que cette articulation n'est pas faite une fois pour toute par l'énoncé d'un droit écrit qui prendrait en charge toutes les difficultés, mais résulte de la construction permanente d'un droit qui permet la mise en cohérence des différentes traditions. Cela pose à une échelle plus générale et donc au-delà de la démarche de synthèse des droits nationaux pertinents, la question de la propension récurrente au mimétisme fonctionnel du législateur.

3. **L'OHADA, un Droit… français sous les tropiques ?** En évitant de se renier et de procéder à un rejet systématique du recours à une législation d'emprunt, un droit « miroir », on peut estimer que la plupart des textes applicables qui sont convoqués dans cette analyse reprennent, toute une série de dispositions juridiques applicables notamment en droit français. Même s'il convient immédiatement d'apporter plus que de nuances, pour rendre compte de la situation des pays membres de l'OHADA de tradition juridique souvent singulièrement hétérogène, le droit africain des affaires OHADA a été largement impacté par le droit français. Il en résulte un dispositif juridique autonome, dit « droit colonial », qui inspire grandement le droit « communautaire » africain. Ce dispositif n'est pas éloigné du droit français qui n'est nullement applicable en la matière. Il s'en inspire fortement certes, mais s'en démarque également. Le droit OHADA a tiré profit du travail

20 Ceci est affirmé parfois avec quelques nuances : *« Le droit OHADA revêt le caractère d'une législation nationale, mais identique dans tous les États parties de l'OHADA, avec un statut privilégié fondé sur la supranationalité voulue par les pères fondateurs de l'OHADA »* ; P.-G. POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, Numéro spécial novembre – décembre 2011, p. 19.

21 C'est ce qu'exprime l'article 916 AUSCGIE : « Le présent Acte uniforme n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier ».

jurisprudentiel et doctrinal en cours durant la réforme, en intégrant les solutions acquises et en essayant de les adapter le cas échéant. Or, la portée de cette analyse prospective du droit OHADA à dimension régionale, voire internationale, sera appréciée au regard des objectifs généraux poursuivis par cette organisation. Entre autres objectifs figurent la mise à disposition de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation économique des États membres, la promotion de l'arbitrage comme instrument rapide et discret des litiges commerciaux, l'amélioration de la formation des magistrats et des auxiliaires de justice, mais aussi et surtout la préparation de l'intégration économique régionale. De ce point de vue, on peut considérer que cette dynamique entre dans les choix politiques des différents États membres de l'OHADA, et permet de mettre en place un ordre économique régional performant et libéral. Il reste à savoir si ce processus participe à la fonction d'organisation des économies et des sociétés selon les aspirations des populations africaines en général, du corps social sénégalais en particulier et ne contribuera pas plutôt à fragiliser nos États et créer un désordre social préjudiciable à leur développement durable.

4. Paraphrasant le professeur LE ROY qui estime que « depuis l'intervention directe des pays européens dans les affaires africaines, la seule possibilité qui semblait offerte aux populations autochtones de sortir de l'état de sous-développement dans lequel elles se trouvent enfermées était l'adoption, plus ou moins totale, d'un cadre juridique de droit moderne, tant en matière de droit privé que de droit public. Les institutions traditionnelles, condamnées à terme par les progrès économiques et par la scolarisation, devaient céder le pas à un droit nouveau. Quand il s'est agi d'en définir le contenu, la seule solution a paru résider dans une adaptation du droit européen… »[22]. On sera tenté de considérer qu'aujourd'hui, encore les différentes réformes en cours dans l'espace OHADA sont fortement inspirées du droit français. Certains auteurs considèrent même que ce droit OHADA « est le droit français sous les tropiques »[23]. Telle est, en effet, la marque particulière que le législateur OHADA a donnée au droit OHADA. D'où peut-être l'explication que l'on pourrait avancer des paradoxes concernant le décalage entre les aspects juridiques et sociétaux des activités des sociétés commerciales. Par-delà même leur participation à l'organisation et au fonctionnement de la société commerciale, certains « acteurs » sont insuffisamment pris en compte, puisque les dispositions essentielles sur la

22 E. LE ROY, Droit et développement en Afrique Noire francophone après dix années d'indépendance politique, Revue sénégalaise de droit, mars 1971, n° 9, p. 54

23 M.THIOYE, « Droit des sûretés », Cours. DEA, Université Gaston berger de saint louis. 2005-2006. Inédit.

structuration des rapports dans et avec la société commerciale n'intègrent pas certaines dimensions contractuelles[24] (droit des contrats) et sociales (droit du travail). Il se pourrait donc à l'avenir que la dynamique de responsabilisation des sociétés commerciales et de leurs dirigeants ne revête sa véritable portée que si la réforme du dispositif actuel des affaires venait à s'étendre véritablement et progressivement à ces « exclus ». D'où l'importance que revêtira le plaidoyer dont les initiatives catégorielles n'ont pu poser que des prémices. Ce plaidoyer s'imposera le jour où le droit se sera approprié ces initiatives. Aussi conçoit-on que l'on puisse poursuivre la réflexion sur les réformes actuelles du droit des affaires[25]. Cette œuvre de réforme institutionnelle amorcée en 1993 connaîtra des développements particuliers avec l'adoption des Actes Uniformes[26] qui sont « directement applicables et obligatoires dans les États Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». D'ailleurs, en l'état de la réforme du droit des affaires, on peut considérer que ces dynamiques de réforme ont donné au cadre de réglementation des affaires des différents pays membres de l'OHADA un visage nouveau en impulsant un mouvement perceptible de revitalisation de nos économies et de réformes des systèmes normatifs. Pour autant, on peut légitimement se demander dans quelle proportion le droit des affaires a contribué au développement des États membres au-delà de la création de richesse, même si, à ce niveau encore, il nous est difficile de dissocier les effets dommageables et néfastes à long terme et les conséquences bénéfiques[27].

5. Aujourd'hui, aucune politique de gestion des activités économiques ne peut escamoter les questions sur les ressources[28], la valorisation du capital humain et la maximisation de

24 Les différentes parties de l'entreprise peuvent avoir des contrats avec la société, tels qu'un contrat de travail, de sous-traitance, de prestation de service, de bail, etc.

25 Suivant les dispositions du Traité en son Art. 2 : « (…) entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'Art. 8 ».

26 Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'Art. 1er Traité sont qualifiés « actes uniformes », Titre II des actes uniformes. Traité de l'OHADA.

27 Pour comprendre les choix des acteurs dans ce cadre, il est important de comprendre les motivations, de nommer les freins qui empêchent la réception de la RSE mais également les leviers nécessaires à son appropriation par le droit positif. Le problème qui est ainsi posé est celui du rôle des acteurs dans leur choix d'intégration et de rejet de toutes préoccupations sociales et environnementales.

28 La loi fondamentale du Sénégal consacre notamment en son Art. 25-1, alinéa 4 que « Les ressources naturelles appartiennent au peuple. Elles sont utilisées pour l'amélioration de ses conditions de vie. L'exploitation et la gestion des ressources naturelles doivent se faire dans la transparence et de façon à générer une croissance économique, à promouvoir le bien-être de la population en général et à être écologiquement durables ».

l'empreinte sociétale, au risque de les voir se poser à tout propos, c'est-à-dire vicier tout le discours sur le rôle et la responsabilité des sociétés commerciales. Elles doivent non seulement se soucier de leur rentabilité et de leur croissance, mais aussi des impacts environnementaux et sociaux de leurs décisions et pratiques.

Le développement économique doit mener vers le développement durable[29].Cela suppose au moins que cette responsabilité soit imputée à quelqu'un afin qu'il en assume les conséquences. La société commerciale en l'occurrence, ou du moins, l'entreprise est considérée comme responsable.

6. **L'entreprise comme support économique de la société commerciale. –** elle apparaît comme une entité, une « unité de production, de transformation et/ou de distribution de biens ou de services, à but lucratif, quelle qu'en soit la forme juridique, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale »[30] à laquelle se réfèrent et sur laquelle portent de nombreux textes (principalement en droit des sociétés, droit commercial, droit pénal, droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation (UEMOA) et droit de l'environnement). On pourra s'intéresser, pour en avoir une certaine idée, à certaines dispositions de l'AUPCAP qui proposent une approche assez originale de la notion d'« entreprise » qu'elles saisissent comme « toute personne physique ou morale soumise aux dispositions du présent Acte uniforme conformément à l'article 1-1 (…) »[31], à savoir « toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé. »[32]. Ces dispositions définissent l'entreprise par rapport à son support juridique : la personne. On estime dans le cadre de ces travaux qu'il s'agit, sans remettre en cause une étude des entreprises personnes physiques, d'un groupement spécifique « pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes »[33], pouvant par suite, juridiquement être reconnus et protégés. Ce groupement peut être organisé autour d'un être moral, à savoir

29 Ce « développement durable » recherché, dans son principe même, met l'accent sur la durée, c'est-à-dire sur le champ temporel qui - à rebours de l'immédiat – inscrit dans l'étendue du temps le devenir humain des populations situées dans son espace. Loin d'être l'oxymore stérile que certains poursuivent de leur vindicte, cette notion se présente plutôt comme un rappel impératif, une injonction adressée à notre modèle économique de soi-disant développement, en vue de céder la préséance à trois instances non économiques qui lui sont extérieures et supérieures.

30 Larticle 1, loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant Code des Investissements

31 Art. 1-3, voir la notion d'« entreprise » AUPCAP

32 Art.1-1, alinéa 1. AUPCAP

33 Cass. 2e civ., 28 janv. 1954, Bull. 32. JCP 1954 II N. 7978, conc. Lemoine. D. 1954, 217, note Levasseur. Droit social 1954, 161, note P. Durand. GA jurisprudence civile, T. 1, Dalloz, n° 16.

notamment la société commerciale, la fondation, le syndicat, le groupement d'intérêt économique ou l'association[34], entités bénéficiaires de la personnalité morale[35] , etc. On peut alors reprendre la distinction faite par le Professeur Gibirila qui considère que « si la société est constituée pour partager le bénéfice ou profiter de l'économie susceptible de résulter de l'entreprise commune, au contraire l'association ne peut tendre à partager des bénéfices. Le groupement va donc revêtir la forme d'une société ou d'une association selon qu'il visera à partager les bénéfices issus de l'action commune ou qu'il aura un but parfaitement désintéressé, sans rechercher un avantage patrimonial. Si en revanche, le groupement a pour but de permettre à ses membres de réaliser une économie, c'est-à-dire de minorer une charge, il peut indifféremment être une société ou une association. Néanmoins il est préférable qu'il soit une société, d'une part parce que celle-ci a la pleine capacité juridique, tandis que celle de l'association est limitée ; d'autre part, en cas de dissolution, les sociétaires ne peuvent que reprendre leurs éventuels apports, s'ils y sont autorisés, et n'ont aucun droit sur l'actif net, alors que les associés peuvent se partager le boni de liquidation »[36]. Pour J. Paillusseau, « la société est la technique juridique destinée à donner à l'‟entreprise une existence et une organisation sur le plan juridique » ; il ajoute qu'« au lieu de considérer la société comme un entrepreneur, c'est-à-dire comme un propriétaire qui exploiterait une entreprise au même titre qu'‟une personne physique, elle apparaît comme l'ensemble des règles juridiques, des techniques et des mécanismes destinés à permettre l'organisation juridique et la vie d'‟une forme de production ou de distribution, d'un organisme économique : l'‟entreprise »[37].

La notion de société commerciale large peut renvoyer à différents types d'organisation qui sont définis principalement par les dispositions de l'article 6 AUSCGIE[38]. Il demeure qu'il

34 « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations » (L. 1er juillet 1901, art. 1er). - L. BUTSTRAËN, *La confirmation jurisprudentielle de la nature contractuelle de l'association* : LPA 23 mars 1998, n°35, p. 4 ; - Y. Chartier, L'association, contrat, dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, Mélanges Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 195 et 196.

35 En saisissant l'entreprise à travers la personnalité morale qui l'introduit dans la société, il est difficile d'appréhender cette dernière uniquement comme une réalité de la technique juridique, mais aussi comme une réalité physique, organique.

36 D. GIBIRILA, Propos introductifs, in « Dossier le droit associatif », 1ére partie, Journal des sociétés ? n°121, Juillet 2014, p.7.

37 J. Paillusseau, La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise. Thèse Rennes, 1965. Paris, Sirey, 1967. V° pp. 4-7.

38 Aux termes de cette disposition « le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. […]. Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom

s'agit de société commerciale au sens de l'article 4-5 AUSCGIE, étant entendu que le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet[39].

Compte tenu de son caractère privé et du fait qu'elle ne peut par conséquent revendiquer une légitimité démocratique, l'ancrage ou la légitimité sociétale de cette société commerciale est tributaire à la fois de la pertinence de son projet productif et d'un contrôle de ses activités. Ce contrôle est exercé par des instances institutionnelles, ou non qui garantiront sa contribution à la société[40]. Sous sa forme actuelle, le droit des sociétés ne peut s'approprier des démarches et principes RSE au risque d'entraîner un réel dysfonctionnement des mécanismes actuels d'organisation de la société commerciale imputable au réflexe centralisateur autour des intérêts des associés. Les différentes réglementations applicables aux sociétés commerciales ne sont nullement établies au niveau suffisant pour atteindre l'objectif collectif de développement durable et dans le souci de répondre avec succès et sans risques anormaux aux attentes de son « marché ». Et pourtant, la société subit l'influence de son temps, les mutations du marché du travail, les caprices de son environnement, les risques qui s'attachent à sa croissance en raison des atteintes à l'environnement qu'elle exploite. À ce propos, elle doit répondre non seulement aux pressions de nature sociale, mais bien à l'action de nouveaux mouvements sociaux qui utilisent des moyens économiques de pression, et qu'il convient d'appeler les *nouveaux mouvements sociaux économiques*[41]. Du coup, la responsabilité sociétale de l'entreprise n'est plus un choix stratégique. C'est un impératif inhérent à la nature de l'entreprise[42], au cœur même de son rôle à titre d'institution sociale aujourd'hui illustré par le concept

---

collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées ».

39 Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes.

40 Il est avancé l'idée qu'au-delà de sa dimension organisationnelle, l'entreprise est une institution sociale privée. Voir DE WOOT Philippe, Responsabilité sociale de l'entreprise, faut-il enchaîner Prométhée, Paris, Economica, 2005.

41 C. GENDRON. « Émergence de nouveaux mouvements sociaux économiques », *Revue POUR*, Paris, n°172, 2001, pp. 175-181.

42 En adoptant cette démarche proactive de responsabilité, ces entreprises, espèrent donc éviter les conflits et tensions sociales, être attractives pour certaines ressources clefs, motiver le personnel, afin de garder ou gagner leur position de leader dans la recherche et l'innovation, et renforcer leurs capacités d'adaptation en cas de renforcement des contraintes législatives sociales ou environnementales. V. Aurore LALUCQ,« De nouveaux rôles pour l'entreprise, *Comment la RSE peut-elle aider les entreprises à redéfinir leur rôle ? »,* in http ://base.d-p-h.info/fr/fiches/dph/fiche-dph-6858.html

émergent de l'*entreprise citoyenne*[43]qui ne recouvre toutefois pas, dans sa totalité celle d'entreprise responsable. Les angles d'appréciation sont différents[44].

7. **DÉFINITION.** –Certains termes qui composent le groupe nominal et les autres concepts formant le sujet méritent d'être définis de façon plus explicite afin de faciliter la lecture et d'en avoir une compréhension cohérente.

8. **La notion de responsabilité.** À ce stade de la réflexion, il faut préciser que la RSE est avant tout un sujet sur la responsabilité qui n'est pas sans rappeler la responsabilité juridique, instrument notoire en droit privé (compte tenu de la restriction du sujet au droit privé), si c'en est l'un de ses nœuds gordiens. Même si la définition de la responsabilité sociétale reste encore sujette à caution pour les juristes et si elle est, par ailleurs, bien davantage définie de manière positive par rapport à son *alter ego* partie prenante, la notion existe et donne lieu à un régime de responsabilité bien typé. – La RSE peut se présenter sous plusieurs formes. En réalité, le contraire serait surprenant, car nous sommes en face d'un concept général ou méta-concept, forcément vague et indéterminé, qui ne peut recevoir de détermination concrète que dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises d'un secteur d'activité donné. Le moins que l'on puisse dire, c'est que la pratique de la RSE est loin d'être uniforme et que toute tentative de définition se heurte à des difficultés conceptuelles importantes[45].

9. La responsabilité est, surtout, un sujet[46] de droit. L'article 118 du COCC qui énonce le principe général de la responsabilité civile nous le rappelle sans cesse : « est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui ». Cette règle de droit est, en outre, reconnue aujourd'hui comme un principe à valeur constitutionnelle qui appartient au bloc de constitutionnalité en France[47].

---

43 Pour une analyse de ce concept, voir E.CHAMPION *in* « De la responsabilité sociale corporative à la citoyenneté corporative : l'entreprise en quête de légitimité pour assurer un nouveau rôle social ». Symposium international sur l'équité, l'efficience ou l'éthique : les codes de conduite et la régulation sociale de l'entreprise mondialisée, organisé par le CRIMT, Montréal, École des hautes études commerciales, 30 avril au 2 mai 2003.

44 Est reconnu citoyenne l'entreprise, qui comme toutes les autres personnes titulaires des droits et devoirs, membre de la société (cité), de l'État participe à la vie active. Cette entreprise citoyenne endosse de multiples responsabilités. Par conséquent, peut être considéré comme responsable, toute personne devant répondre de ses actes, de ceux d'autrui ou des choses dont il est le gardien. Il en est ainsi aussi de personnes qui ont la charge de prendre des décisions.

45 K. DIAWARA et S. LAVALLÉ, La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : pour une ouverture aux considérations non économiques, Revue Internationale de Droit Économique – 2014, p. 437.

46 Sur la notion de sujet, Voir https://fr.wikipedia.org/wiki/Sujet.

47 Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, loi relative au développement des institutions représentatives du Personnel.

10. Toutefois, pour bien cerner la notion de responsabilité, un recours à l'étymologie s'impose. Étymologiquement, la responsabilité vient de « *responsum* », de « *respondere* » en latin qui signifie « répondre de », « se porter garant »[48], d'une promesse, d'un engagement, « c'est-à-dire en accepter la charge »[49]. Depuis peu, s'ajoute à ce triptyque, la « *responsivness* »[50], ou capacité à répondre aux attentes de ses parties prenantes, qui, selon Carroll[51], correspond à la traduction de l'expression américaine *Corporate Social Responsibility*[52]. La responsabilité est une « charge ». C'est l'obligation de *prendre soin*. Cette charge n'implique pas seulement l'accomplissement des tâches imparties : c'est aussi l'obligation de *veiller* à ce que *le soin soit pris*. Cette charge est inévitable parce que chaque individu appartient à une communauté, à la société, à l'humanité. Les acteurs concernés assument leurs responsabilités à leur niveau respectif. De sorte qu'ils rendent compte des effets de leurs choix et de leurs actes qui ont un impact sur la société dans laquelle ils exercent leurs activités. L'idée d'exiger qu'on rende des comptes est donc liée au fait d'appartenir à un groupe[53].

11. Apparue en France au XVIIIe siècle, elle renvoie ainsi à l'idée de débiteur. Le responsable est celui qui répond de ses actes, qui en assume les conséquences de manière objective. Chargée à l'origine d'une très forte connotation morale[54], la responsabilité a, par la suite, préservé cette caractéristique chez les juristes et est entendue comme « la sanction du manquement par l'Homme à une certaine conduite à laquelle il était obligé »[55].

12. La responsabilité se veut le principe suprême qui permet aux personnes appartenant à une cité de se comporter comme des citoyens capables d'intégrer dans leurs rapports

---

48 CAPRON M. et QUAIREL-LANOIZELÉE F., *La responsabilité sociale d'entreprise*, Coll. repères, Paris : La Découverte, 2010, 2ème éd. 122p.

49 C. Noël, "La responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise : nouveau paradigme managérial ou mirage conceptuel ?", GESTION 2000, N° 03/04, 2004, p.6.

50 POST J.E. & MELLIS M., Corporate Responsivness and Organizationnal Learning, California Management Review, vol. 26 (3), 1978, p.57-63.

51 CARROLL A.B., A three dimensional conceptual model of corporate social performance, Academy of Management Review, 4, 1979, p. 497-505.

52 Il désigne les relations employeurs/salariés, toute relation professionnelle et tout lien avec un partenaire de la société civile dans le cadre de l'activité sociale.

53 Edith SIZOO, Saisir le sens de la diversité culturelle, *in* « Responsabilité et cultures du monde, Dialogue autour d'un défi collectif », Première partie, Introduction générale, (dir. Edith Sizoo), Éditions Charles Léopold Mayer, 2008, p.59

54 À l'origine, l'acte fautif rendait son auteur responsable, soit devant le tribunal de Dieu, dans le cadre de la morale chrétienne, soit au nom d'un manquement à une loi morale naturelle, dans le cadre de la morale laïque. Sur ce sujet, voir, V.-M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », in *La responsabilité à travers les âges*, Paris, Economica, 1989, p. 75.

55 H. MUSCAT, Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen, Paris, éd. L'Harmattan, 2001, p.20.

mutuels et notamment dans leurs choix économiques, la dimension collective de leur environnement. La société commerciale, à ce propos, est considérée comme une personne civique titulaire de droits et surtout redevable de devoirs. Il s'agit de rappeler la responsabilité de l'entreprise même si l'entreprise n'est pas définie juridiquement[56] même si, de surcroît, les réalités économiques de l'entreprise varient d'un État à l'autre, et quand la société demande à la société commerciale de prendre en charge ses attentes sous peine de voir son « droit de cité » remis en cause[57]. Cela dit, la RSE doit être comprise comme un concept de gestion, un sujet à réguler par la norme[58] par le droit. Ce dernier sera saisi comme une technique opératoire de gestion dans la gouvernance de toute organisation, laquelle gouvernance ne peut se construire sans éthique, sans valeurs, sans fondements normatifs[59].

13. **Le caractère sociétal de la responsabilité.** - La vocation des sociétés commerciales s'apparente à une mission d'utilité sociale dans la mesure où ses différentes activités servent l'ensemble de l'économie, dont tout un chacun est bénéficiaire. La notion d'utilité sociale peut paraître exagérée si l'on pense à la définition d'inspiration conventionnaliste qu'en donne l'article 4 AUSCGIE, suivant lequel la « société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ». Mais si l'on considère la spécificité des activités et les externalités produites par les sociétés commerciales, on s'aperçoit qu'elles servent un intérêt collectif qui dépasse largement l'utilité privée qu'en retirent les associés qui l'ont créé. Ainsi, à activités spécifiques, responsabilités spécifiques. Les entreprises ont une responsabilité sociétale qu'elles se doivent d'assumer au mieux.

14. Certains auteurs ont tenté de décomposer en trois étapes l'évolution de ce concept très ancien. La première sera qualifiée de pratiques RSE implicites parce que bien qu'existantes dans les entreprises au moins depuis le XIXe siècle, elles n'étaient pas regroupées comme des pratiques de RSE. Cette première étape sera suivie par la RSE explicite (année 1950 à

56 COZIAN M., DEBOISSY F. et VIANDIER A., *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 25ème éd., 2012

57 LAUFER R., Quand diriger, c'est légitimer, *Revue Française de Gestion*, novembre décembre, 1996, n°111, p.18.

58 HELFRICH, Vincent, « Efficience et efficacité d'une normalisation de sujets sociopolitiques : Le cas de la responsabilité sociale », Université de Strasbourg, THÈSE, 30 mai 2011, p.220.

59 Isabelle CADET. Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), responsabilité éthiques et utopies, Les fondements normatifs de la RSE, Étude de la place du droit dans les organisations. Gestion et management. Conservatoire national des arts et métiers - CNAM, 2014, p.27.

nos jours) qui sera conceptualisée dans des travaux qui vont aboutir à l'émergence du concept de Responsabilité sociétale. Il s'agit d'une dénomination utilisée dans la norme ISO 26000[60], dont le titre est « Lignes directrices relatives à la responsabilité Sociétale ». Dans le cadre de ce travail, on la préférera à celle de Responsabilité sociale qui est plus restrictive. L'adjectif « social » peut renvoyer soit à la société comprise en droit des sociétés comme l'acte juridique, le contrat de société, soit il est centré sur le personnel et s'inscrit dans une perspective que l'on pourrait qualifier aujourd'hui d'écosystème local[61] (droit social). Elle est donc avant tout « sociale » au sens français usuel, focalisée sur les conditions et les relations de travail, mais s'étend largement à la Cité, c'est-à-dire concrètement aux villes et sites d'implantation des usines ou autres « fabriques »[62]**.** Cela dit, le renouveau de la RSE dans les pays occidentaux à partir des années soixante-dix, qui coïncide avec l'affaiblissement de l'État-providence, a opéré un élargissement du périmètre. Le néologisme « sociétal » est venu signifier la réapparition de parties prenantes externes au-delà des relations sociales internes à l'entreprise, comme en témoignent les propositions de bilan social en France et au Sénégal[63] marquées par le souci très cartésien du « dénombrement exhaustif ». L'adjectif « sociétal » renvoie à la société comme *organisation humaine, comprise comme l'ensemble des individus entre lesquels existent des rapports durables et organisés.* Mais la montée en puissance du néolibéralisme et l'effondrement du compromis[64] fordien, accompagnés de la préoccupation écologique croissante ont davantage provoqué une substitution du sociétal au social qu'un élargissement de ce dernier.

15. Cette conception de la RSE, c'est l'une des perspectives de cette réflexion, traduit un élargissement de la responsabilité à tous les acteurs de l'entreprise, principalement aux dirigeants. Parce que si la responsabilité suppose bien une prise de conscience des rapports

60 http://www.iso.org/iso/fr/sr_discovering_iso26000

61 Il s'agissait avant tout pour l'entreprise de s'assurer et de sédentariser une main-d'œuvre docile, stable, peu remuante, en santé suffisante et formée *a minima* pour assurer les tâches imposées. D'où la prise en charge par les industriels, de l'école, du dispensaire, du logement souvent (les cités ouvrières).

62 Alain Charles Martinet, Marielle Audrey Payaud. RSE : Le foisonnement des pratiques commande un retour sur les fondamentaux. 2013, p.1, in https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00806999. D'ailleurs il précise que le périmètre et les façons de faire de ces entrepreneurs et industriels en matière de responsabilité sociale, plutôt destinés à maîtriser eux-mêmes les conditions de travail et de vie de leurs ouvriers et à dissuader l'État de se montrer prévenant et contraignant en matière de « lois sociales ».

63 DECRET n° 2009-1411 du 23 décembre 2009 fixant les modalités d'élaboration du bilan social et de la déclaration annuelle de la situation de la main-d'œuvre des entreprises et établissements.

64 Des auteurs parleront du repli de l'esprit et de la lettre de la Déclaration de Philadelphie en 1944, porteuse de l'Organisation Internationale du Travail et faisant de l'emploi pour tous. La matrice de la justice sociale en est un marqueur patent. Voir SUPIOT A., *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Le Seuil, 2010, 184 pages.

que l'on entretient avec son environnement, cette seule dimension ne saurait suffire à caractériser un management responsable. Le défi de la pérennisation des activités sociales et de la mise en pratique de la RSE est avant tout un enjeu d'organisation de l'action collective.

16. L'évolution du concept de RSE permet de développer donc à la fois une responsabilité interne et une responsabilité externe de l'entreprise (« dans » et « de »). Outre le sujet et l'objet de cette responsabilité sociale, le plus délicat est d'en délimiter alors les contours : sans périmètre bien défini, l'entreprise ne peut légitiment devenir une organisation responsable, au même titre que les États, et participer au bien commun. Le contenu de la notion de RSE reste ambigu et imprécis ne donnant lieu à aucune unanimité, en ce sens qu'il demeure évolutif, dynamique et se nourrit bien de la morale individuelle ou collective, religieuse ou laïque, mais aussi du bon sens et de la raison. Pour autant, en raison de la pertinence de la RSE visant à intégrer les aspects environnementaux et sociaux, la réception ou encore l'appropriation de la notion de RSE par le droit positif se pose avec acuité vu les urgences notées. Les impulsions qu'elle suscite ne sont pas confortées par le droit des affaires en Afrique, malgré l'importance que joue l'entreprise dans la mise en œuvre de cet outil[65].

17. Définie en Europe, dans une premier temps, comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et écologiques à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »[66] la RSE a été l'objet de sévères critiques, comme celle d'être une responsabilité de façade dont les contours sont maîtrisés par les acteurs auxquels elle s'applique et notamment, en matière de droits fondamentaux, de présenter comme volontaire ce qui est impératif. Entre 2010 et 2011 la RSE a fait l'objet d'au moins cinq textes internationaux (ISO, ONU, OCDE, OIT, Banque mondiale) et est désormais définie par la Commission européenne comme la « responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société[67]. Nous avons également une définition proposée par le Pacte Mondial des Nations Unies, qui considère que la RSE

65 A supposer que l'on s'entende sur la valeur normative de la RSE, il faut encore s'expliquer sur le contenu des obligations qu'elle impose. Pourrait-il s'agir d'un principe, de standard ou seulement d'une idée. Relativement à sa nature principielle, selon M. Ronald Dworking le système de droit n'est pas composé uniquement de règles, de normes produites par des sources de droit répertoriées. Tout système de droit comporte également, selon lui, des principes. Il désigne par cette expression des normes implicites, qu'il appartient aux juges de dégager et qui exprime la doctrine éthique et politique sous-jacente à un système juridique donné », Voir R. DWORKIN, " Is Law a System of Rules ?", The Philosophy of Law, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 38-65

66 Livre vert sur la promotion d'un cadre européen pour la RSE, COM/2001/366

67 COM, responsabilité sociale des entreprises : stratégies européennes, 2011-2014, 261 (COM/2011/681).

consiste pour les entreprises à « *adopter, soutenir et appliquer dans leur sphère d'influence un ensemble de valeurs fondamentales, dans les domaines des droits de l'homme, des normes de travail et de l'environnement, et de lutte contre la corruption* ».

18. La RSE concerne aujourd'hui de multiples domaines et d'acteurs, abordée selon diverses stratégies et dépasse largement le cadre de l'entreprise et de ses partenaires classiques[68]. Les entreprises ne sont pas les seules organisations ayant un impact, au sens large, sur la société. Les entreprises partagent cette responsabilité et la gestion des enjeux de la problématique avec d'autres entités et acteurs (ONG, associations, acteurs publics, etc.). On parle aujourd'hui de Responsabilité sociétale des organisations (RSO) afin d'illustrer, au-delà de l'entreprise, l'élargissement du champ de ce concept directement associé au Développement durable et à la théorie des parties prenantes[69]. Nous sommes obligé, pour avoir une vision globale et dégagée des acceptions de la notion, de nous référer également aux dispositifs internationaux dédiés à la RSE. Il s'agit entre autres des Principes des Nations Unies pour les droits de l'Homme [70]et des entreprises, des Principes directeurs pour les entreprises multinationales de l'OCDE. Ces référentiels saisissent la RSE comme la prise en compte des impacts sociaux et environnementaux de l'activité de l'entreprise par un dialogue constant avec ses parties prenantes. En effet, ils permettent de considérer qu'une entreprise socialement responsable est une entreprise consciente des conséquences de ses actions concrètes dans le domaine social, c'est-à-dire principalement vis-à-vis de ses parties prenantes[71].

19. **Une forte dispersion des pratiques privées dites de RSE.** -. Au moment où toutes les références morales et éthiques disparaissent des réformes du droit des affaires, que les discours moraux ne sont plus valorisés[72], les acteurs économiques prennent de plus en plus spontanément des initiatives dites responsables sur la base de principes éthiques différents pour réguler l'activité sociale. Elles s'appuient essentiellement sur des approches éthiques

68 HELFRICH Vincent, « Efficience et efficacité d'une normalisation de sujets sociopolitiques : Le cas de la responsabilité sociale », Université de Strasbourg, THESE, 30 mai 2011.

69 L'organisation renvoie ainsi aux concepts de configuration dans la mesure où elle s'organise elle-même, et de positionnement dans la mesure où elle organise son action dans son environnement.

70 K. Martin-Chenut, « Droits de l'homme et responsabilité des entreprises: les 'Principes Directeurs des Nations Unies' », In G. Giudicelli Delage, S. Manacorda dir., Responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales, Paris : Société de Législation Comparée, 2013, p. 229

71 C'est ainsi que des auteurs comme M. Maclagan estime que « La RS est un processus participatif impliquant de considérer les valeurs, les buts, les motivations des personnes impliquées dans la formulation de la stratégie de l'entreprise et la prise de décisions », Voir P. MACLAGAN, « Corporate social responsability as a participative process », Business Ethics : A european review, 108, 1999, pp. 43-49.

72 PESQUEUX Y., La politique responsable de l'éthique dans le capitalisme, in Dupré D.(dir.), Éthique et capitalisme, Economica, Paris, 2002, pp.183-184.

visant, du point de vue des acteurs du secteur privé, plus à provoquer l'adhésion qu'à imposer des normes de comportements contraignantes. En l'occurrence, la RSE peut renvoyer à la notion de standard c'est-à-dire de mesure moyenne de conduite sociale correcte[73]. Elle apparaît comme un ensemble d'énoncés à vocation prescriptive mais qui reste en dessous du seuil de normativité. Cette approche a l'inconvénient de nier toute juridicité à la RSE pour en faire un guide à l'usage des organes de création du droit qui doivent s'en inspirer. Il s'agirait alors d'un principe d'action politique et non d'une norme justiciable. On notera par ailleurs que la RSE apparaît essentiellement comme une idée selon laquelle les entreprises, au-delà des prescriptions légales ou contractuelles, ont une obligation envers les acteurs sociétaux. Dans cette dynamique M. Frederick ajoutera que « *la théorie de la responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE) est fondée sur l'idée que les entreprises, de par le pouvoir dont elles disposent, ont des obligations morales vis-à-vis de la société : le pouvoir implique la responsabilité* »[74].

20. **La RSE occasionnelle.** - Elle fait état de pratiques légères de la RSE caractérisée notamment par l'absence de volonté de construire avec les parties prenantes un projet dans la durée, ce dernier étant réduit à sa plus simple expression. Il s'agit le plus souvent d'un partenariat avec une association pour un événement ponctuel, ou des libéralités, d'actions mises en scène au-delà de leur importance ou de leurs effets intrinsèques qui renvoient surtout à l'affectif et au symbolique. Toutes ces pratiques n'intègrent pas les considérations relatives au Développement Durable.

21. **La RSE comme mécénat.** – Il s'agit d'actions et de libéralités qui n'ont pas de lien direct avec l'objet social de la société commerciale et qui ne préjugent en rien de l'implication et de l'engagement de cette dernière. Ces actions n'intègrent pas les considérations relatives au développement durable. Cette gratuité et cette libéralité de l'action attachée aux actions de mécénat sont *a priori* difficilement conciliables avec le droit des affaires[75]. Il s'agit notamment de certaines actions que n'importe quelle autre organisation aurait pu mettre en œuvre. Autrement dit, la nature de l'action ne dépend pas

73 Roscoe Pound cité par Tunc André. Standards juridiques et unification du droit. In Revue internationale de droit comparé. Vol. 22 N°2, Avril-juin 1970, p.248 (pp. 247-261)

74 Frederick W.C. From CSR1 to CSR2: The Maturing of Business-and-Society Thought, Business and Society, vol. 33, n° 2, 1994, p. 150-165.

75 L'acte gratuit n'est toutefois pas interdit dans la mesure où il se révèle utile et/ou conforme en quelque manière que ce soit à la réalisation de l'objet social. D'ailleurs en France, les règles fiscales permettent à une entreprise de bénéficier d'une réduction d'impôt à hauteur de 60 % (dans la limite de 0,5 % de son chiffre d'affaires) pour les dons consentis à certaines œuvres d'intérêt général (CGI, art. 238 bis), laissant supposer (malgré l'autonomie du droit fiscal par rapport au droit des sociétés) que, dans ce cadre, elle peut aller au-delà de son intérêt propre.

des compétences métiers ou des activités sociales, ou du positionnement sociétal de la société commerciale. Leur importance et leurs effets pour les parties prenantes et les territoires peuvent être élevés, mais ils restent découplés des compétences centrales de l'entreprise.

22. **La RSE consubstantielle aux activités sociales.** - La RSE intégrée concerne nécessairement des actions en relation directe avec les activités de l'entreprise, c'est-à-dire proches du cœur de métier ou des compétences centrales. Elle est révélée par sa présence dans les outils et les dispositifs de management et de contrôle de gestion de l'entreprise. En effet, cette RSE concerne directement les orientations stratégiques et les actions mises en place au sein de la société commerciale. Pour cela, elle s'appuie sur la théorie des parties prenantes : l'entité est ainsi amenée à mettre en place des relations durables, constructives et transparentes avec ses clients, collaborateurs, fournisseurs, investisseurs, etc. Elle permet de contrebalancer les indicateurs financiers par des indicateurs « sociaux » dans la perspective d'une performance dite « globale ».

La RSE avancée. - Elle est développée par des entreprises capitalistes qui s'adressent aux populations en leur proposant un investissement financier, des offres adaptées autour de leurs besoins fondamentaux et avec leurs participations aux processus de conception, production et de distribution[76] de produits, tout en s'efforçant de préserver les communautés locales et leurs écosystèmes. En réalité, il reste difficile de qualifier la RSE par une seule pratique, car le concept avancé prend son sens dans un ensemble d'actions qui fait système. Toutes les RSE sont à encourager dès lors que le management est contextualisé, ce qui n'interdit en rien des concepts et des heuristiques génériques dès lors qu'ils n'imposent pas une rationalité substantielle unique et restrictive. La tentation des entreprises est donc double. Il s'agit d'une part de miser sur des actions sociétales ponctuelles régulièrement mises en scène pour compenser une gestion déficiente des emplois et du travail, de pratiquer une asymétrie systématique entre les coûts externes, d'un côté[77], passés soigneusement sous silence ou présentés comme inéluctables sous la pression de la concurrence mondialisée ou des marchés financiers, ou encore d'autre part, procéder à la médiatisation forte de projets « au service de la société » au-delà des préoccupations économiques et financières usuelles des sociétés de capitaux et des lois en vigueur, pour tenter de camper ces dernières en entreprises « citoyennes ».

76 En développant un nouveau système de distribution notamment, l'entreprise a créé des emplois et de fait a généré des impacts sociaux positifs sur le territoire.

[77] Martinet A.C, « Externalités et comportements stratégiques : à la recherche de nouvelles équilibrations », *Economie Appliquée*, n° 1, 1981, p.61 à 88.

23. L'isomorphisme coercitif. - Notre approche ne distingue pas totalement le domaine d'application des notions de RSE et celui du droit applicable aux activités économiques des sociétés commerciales. La responsabilité ne se conçoit pas indépendamment d'un libre arbitre, d'un vouloir qui agit. Dès lors, l'obligation à des contraintes légales par simple peur des sanctions ne relève pas forcément d'une attitude responsable. Le modèle de Carroll permet à ce propos de distinguer différents niveaux de la RSE[78]. Le niveau légal est le niveau le plus bas. L'entreprise se contente d'appliquer la loi. Au contraire, dans les niveaux supérieurs, éthiques ou philanthropiques, l'entreprise va au-delà des contraintes légales. La responsabilité sociale se présente ainsi comme une démarche active par laquelle une organisation entend prendre conscience de son appartenance à un environnement, des conséquences de son intervention dans cet environnement et corriger ou anticiper les conséquences qui se révéleraient négatives. Pourtant de prime abord, les définitions actuelles desdites notions présentent leurs particularités en fonction de deux critères que sont la justification des contenues de leurs règles et la nature des sanctions applicables en cas de violation. Chaque notion est saisie suivant un domaine qui circonscrit sa zone d'autonomie. Au-delà du droit, la RSE n'est pas « naturelle ». Il s'agit au contraire d'un construit qui nécessite en quelque sorte un effort[79] plus ou moins conscient. Elle suppose l'autonomie et l'éthique qui vont également de pair avec la responsabilité parce que s'il est légitimement possible de se départir de la responsabilité de normes ou de valeurs imposées, dès lors que ces normes et valeurs sont le « fruit de soi-même », il n'est plus possible (ou ne devrait plus être possible) d'invoquer une quelconque responsabilité extérieure. Cela dit, l'assertion selon laquelle la RSE serait construite *volontairement* en marge du droit mérite quelque attention. À y regarder de plus près, une recherche approfondie sur les fondements normatifs de la RSE permet de démontrer que l'opposition entre normes de RSE et normes juridiques n'est qu'un leurre[80]. Les liens avec les normes juridiques sont implicites, voire même explicites[81]. Cette hypothèse nous permet de démêler l'écheveau que constitue l'imbroglio normatif sur lequel repose la RSE, de déceler la composante

78 Carroll A. (1979), « A Three-Dimensional Model of Corporate Performance », Academy of Management Review, Vol. 4, No. 4, p. 497-505

79 La notion d'effort doit ici être comprise dans le sens d'être « acteur », actif.

80 Une entreprise qui se prétend sociétalement responsable se doit avant toute chose de respecter le droit qui lui est applicable, mais doit aussi de plus en plus se conformer à de normes qui sont certes volontaires, mais font l'objet d'évolution normative marquée par une porosité croissante entre le droit souple et le droit dur.

81 CADET (I.), « responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), responsabilités éthiques et utopies, les fondements normatifs de la RSE : étude de la place du droit dans les organisations », conservatoire national des arts et métiers, soutenue le : 22 janvier 2014. Thèse. Sciences de gestion.

juridique de ces normes quel que soit le degré de spécification[82]. Elle permet de pouvoir répondre à une question plus large relative à la place du droit en tant qu'outil de gestion dans les entreprises qui, par un jeu complexe entre adaptation ou résistance, développent une normalisation privée imbriquée dans des normes publiques, de plus en plus imposées sur les marchés, publics ou privés, par le truchement des textes législatifs ou réglementaires. Cette autorégulation protéiforme de la responsabilité sociétale de l'entreprise est fondée sur des processus, des procédures, ou « des signes de qualité privés. Nous estimons, à partir de là, que le droit et la RSE ont des zones de recoupement. Elles représentent la coïncidence de normes relevant divers domaines, tels que le travail, l'environnement, la consommation. Les évolutions sociétales actuelles résultant des « bonnes pratiques privées », qui vont au-delà de la promotion de l'approche « qui réduit l'éthique à l'obéissance à la loi »[83], entraînent de plus en plus des déplacements des contours des domaines, avec toutefois des normes et sanctions qui peuvent se compléter et se renforcer. Cela découle du fait que le droit s'intéresse aux entreprises pour leur appliquer de nombreuses règles de droit. Ces dernières leur consacrent et encadrent l'exercice des libertés économiques (liberté du commerce et de l'industrie, de la liberté d'entreprendre et de la liberté de circulation des marchandises, des personnes et des capitaux), des libertés contractuelles (vente, sûreté, transport, etc.), un droit de propriété, droit du travail, etc. Cet encadrement se fait dans le cadre de l'ordre public de direction et celui de protection qui rappelle généralement les exigences de la responsabilité sociétale.

24. Ces normes et valeurs de RSE promues à cet effet sont des normes juridiques ou para-juridiques[84] sur fond de soft Law, ou exclusivement éthiques compte tenu de la liberté offerte d'avoir ou non de bonnes pratiques RSE. Cette dernière peut donner l'illusion d'être plus axée sur les normes volontaires ou un compromis légitime des parties prenantes, en dehors ou en marge de toute norme juridique. Sous cet angle, la RSE de manière substantielle constituerait davantage une « représentation intellectuelle générale et abstraite » de plusieurs phénomènes juridiques[85], afin de les rendre plus cohérents et

82 Selon l'article 570 du Code civil français, la spécification consiste par une personne à forger un objet en appliquant son travail (façon, art, main d'œuvre) à une matière appartenant à autrui.

83 DUPRE D.et GIRERD-POTIN I., Essor d'une consommation éthique, in Dupré D.(dir), Éthique et capitalisme, Economia, Paris, 2002, p.118

84 BOISSON DE CHAZOURNES L. et MALJEAN-DUBOIS S., Normes « parajuridiques », système concurrent ou complémentaire : le rôle des ONG internationales et de la soft law, in FEUILLET-LE MINTIER B., Normativité et biomédecine, Economica, Etudes juridiques, t.17, 2003, p.213-223.

85 J.-L. BERGEL, Théorie générale du droit : Dalloz, 4e éd., 2003, n° 181.

d'assurer la finalité à laquelle ils participent[86]. C'est dire que la RSE ne renvoie pas à une catégorie juridique précise, mais elle permet, au contraire, d'en rassembler plusieurs. D'une manière générale, les questions essentielles concernant notamment la préservation de l'environnement (le droit des citoyens, la réhabilitation des sites industriels, les mesures contre la pollution, etc.)[87], la bonne gouvernance (lutte contre la corruption, transparences de marché public etc.), les conditions de travail (hygiène, santé, sécurité, harcèlement, etc.), les droits de l'homme (refus du travail des enfants, du travail forcé, non-discrimination, les relations avec les sous-traitants)[88], les communautés locales et autres parties prenantes sont sensiblement abordées dans les lois de la plupart des pays membres de l'OHADA.

Cet état de fait amène à considérer également la RSE comme un concept de gestion. En effet, elle devient tout autant un outil normatif, qu'un outil de gestion, une imbrication entre la gestion et le droit. Elle touche alors inextricablement à la fonction du dirigeant qui a une obligation selon Bowen « de mettre en œuvre des stratégies, de prendre des décisions, et de garantir des pratiques qui soient compatibles avec les objectifs et les valeurs de la communauté en général ».[89] Les dirigeants sont très souvent oubliés et toujours critiqués.

25. L'essence de la conception de dirigeant. - Il reste que les entreprises sont des entités abstraites n'ayant pas de volonté propre pouvant constituer celle d'un mandant qui charge un mandataire de son choix d'une mission de RSE qu'il détermine. Elle n'a que celle qu'expriment en son nom ses représentants, c'est-à-dire les dirigeants sociaux. Ceux-ci devraient donc être au centre du respect des éventuelles conditionnalités de la RSE. Ils sont associés au fonctionnement et l'organisation des sociétés commerciales sans qu'on puisse de manière spécifique identifier et distinguer leur situation, leurs droits, leurs obligations. L'analyse ainsi proposée entend servir de cadre d'amorce d'une réflexion portant sur le statut des dirigeants qu'il faut peut-être revaloriser, du moins préciser. Ainsi, dans le cadre de cette réflexion tous les dirigeants de société commerciale nous intéressent. On fera

86 ibid

87 Voir les travaux de A. Van Lang, « Le juge administratif, l'Etat et les algues vertes », AJDA 3 mai 2010 p.900 et « Affaire de l'Erika : la consécration du préjudice écologique par le juge judiciaire », AJDA 2008 p.934

88 Voir Marie-Ange Moreau, « Travail forcé, RSE et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie : réflexion sur l'action de l'OIT », Droit social mai 2014 Etude.

89 Bowen H.R., Social Responsibilities of the Businessman, Harpet & Row, 1953. Buchholz, R. A, « An alternative to social responsibility », MSU Business Topics, 25 (3), 1977

observer que les entreprises faisant appel à l'épargne[90] cotée, qui retiennent particulièrement l'attention des différentes législations consacrées à la RSE ne seront pas ciblées spécifiquement. Même si elles sont présentes dans l'espace OHADA, le dispositif de réglementation de la gouvernance de leurs activités est assez contraignant pour qu'on les différencie des autres SA.

26. La difficulté de notre étude vient du fait que, nulle part l'AUSCGIE qui contient la plus grande partie des dispositions intéressant ce fonctionnement et cette organisation n'en a donné une définition, même partielle. Aucune disposition légale de textes nationaux ne fixe d'une manière précise les divers éléments dont la réunion est, aux yeux des Actes uniformes, nécessaire et suffisante pour constituer les obligations, attributions et responsabilité des dirigeants de société commerciale[91]. Observons que ce silence du législateur ne saurait constituer un obstacle insurmontable à toute proposition de définition unitaire du dirigeant de société. Il est concevable d'affirmer que les divergences ou les contradictions afférentes au régime juridique du dirigeant de société ne sont pas dirimantes, c'est au regard de fondements structurels du droit des sociétés. Il y a dès lors un écueil à éviter, un danger qui, semble-t-il, a empêché une analyse paisible et unitaire de la qualité du dirigeant de société : ce sont les phénomènes de tendance.

27. La doctrine distingue deux acceptions légèrement différentes[92] de la notion de dirigeant : une large et une plus étroite. Dans la conception large, « le terme de dirigeant s'applique à tout représentant de la personne morale investi d'un quelconque pouvoir d'administration, de gestion ou de direction dans une entreprise »[93]. Ce terme s'applique à toute personne ayant une responsabilité dans le cadre de l'administration[94], de la gestion[95]

---

90 Société faisant appel public à l'épargne : (Art. 81) : Sont réputées faire publiquement appel à l'épargne les sociétés dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur la bourse des valeurs d'un État partie, à dater de l'admission de ces titres ; les sociétés ou toute personne qui offrent au public d'un État partie des valeurs mobilières dans les conditions énoncées à l'Art. 83.

91 Notre principale difficulté résulte du fait que tantôt en effet les Actes Uniformes emploient le mot dirigeant, sans le faire suivre d'aucune restriction, d'aucune explication, et sans nous dire le sens exact qu'ils y attachent : dans d'autres cas, au contraire, après cette formule générale, celui qui a la charge d'administration, de direction et de gestion, voit immédiatement les Actes Uniformes lui conférer certains pouvoirs, lui laissant ainsi un champ d'action plus vaste. Dans cette hypothèse, ces textes ne font simplement qu'indiquer la mesure de la responsabilité du dirigeant.

92 http://www.grouperf.com/catalogue/general/444/extrait.pdf (consulté le 26 avril 2013)

93 D. GIBIRILA, Le dirigeant de société, LexisNexis, n° 7, 1995, p. 9.

94 Le terme « administration » désigne l'action de gérer un bien ou une masse de biens sans pouvoir exercer sur ces biens le pouvoir de disposition. Il consiste en la détermination des orientations de l'activité sociale, la surveillance de leur mise en œuvre et le règlement « de toute question intéressant la bonne marche de la société », Voir J.-L. RIVES-LANGE, op. cit., p. 41 n° 10 ; G. NOTTE, op. cit., p. 110 ; du même auteur, La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives, JCP. CI. 1980, 8560, n° 7.

ou de la direction[96] d'une société commerciale. Ainsi, celui qui dispose d'attributions spécifiques à la tête de l'entreprise peut être considéré comme un dirigeant au sens large du terme. Cette conception ne reflète pas assez fidèlement ce qu'on entend par dirigeant, c'est-à-dire une personne investie de pouvoirs de direction internes et externes à la société, par opposition à une simple participation à l'administration, avec notamment une fonction de contrôle et non de gestion[97]. Ne peuvent pas de même être inclus dans cette catégorie, les membres du conseil d'administration de la société anonyme qui n'effectuent pas de direction « permanente et effective »[98] de la société et qui « moins que des dirigeants sont les représentants directs des intérêts particuliers des actionnaires, au nom desquels ils exercent en fait essentiellement une mission de contrôle de la gestion »[99]. Ladite fonction de direction, au sens strict, comporte un double pouvoir : celui de prendre la décision et celui de l'exécuter ou de la faire exécuter.

28. Ainsi, une conception étroite est donc préférable car plus juste au regard de la pratique. Par direction, il convient donc d'entendre le pouvoir effectif et permanent d'ordonner et de faire exécuter les décisions prises[100] avec, en présence d'une personne morale, la faculté de la représenter. Les directeurs techniques, simples salariés, ne sauraient ainsi être qualifiés de dirigeant social[101]. Entrent en conséquence dans la catégorie de dirigeants selon le type de société, les gérants, le président du conseil d'administration, le président de société par

---

95 La gestion est « l'intendance ou l'utilisation des ressources d'une organisation en vue d'atteindre des objectifs préalablement déterminés ». Le terme désigne aussi « la nature des actes accomplis et exprime leur importance quant à la vie économique et financière de l'entreprise », Voir J.-L. RIVES-LANGE, La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens), D. 1975, Chron. , n° 5, p. 41. ; p. 41 n° 10.

96 La direction est une fonction consistant à conduire une affaire en assumant les responsabilités de cette charge. Elle est la conduite des affaires d'une société et la représentation de celle-ci auprès des tiers, Voir PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, thèse Rennes, Sirey 1967, biblio. dr. com. t. 18, p. 245 ; Voir également l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 juin 1987, Bull. Joly 1987, p. 719, n° 299; Rev. Sociétés 1987, p. 629, constitue la parfaite illustration de cette assimilation. En l'espèce, la Cour refuse d'attribuer la qualité de gérante de fait d'une SARL à la personne poursuivie au motif qu'elle n'avait pas exercé en fait la direction de la société. Voir aussi, CA. Paris, 28 janv. 1997, Petites affiches, 09 janvier 1998 n° 4, p. 25, note D. GIBIRILA.

97 J.J. DAIGRE, Réflexions sur le statut individuel..., préc., n° 11, p. 501. - P. Le CANNU, La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme, Bull. Joly Sociétés 1989, p. 479.

98 J.J. DAIGRE, ibid. n° 11, p. 502

99 Hamel, LAGARDE ET JAUFFRET, Droit commercial, Dalloz, 2e éd., 1980, 2e vol., Société, GIE, Entreprises publiques, par G. LAGARDE, n° 650, p. 386

100 J.F. BULLE, Le statut du dirigeant de société, préc., n° 2, p. 23 ; D. GIBIRILA, op. cit., n° 7, p. 8.

101 D. GIBIRILA, op. cit., n° 8, p. 9. - V. toutefois sur les confusions possibles des qualités de salarié et de mandataire social, R. VATINET, Des hypothèses de non-cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, Rev. Sociétés 1999, p. 273, spéc. n° 23 et s., p. 280 et s

action simplifiée[102], le PDG, le DG, l'administrateur général et leurs adjoints. Il s'agit également des « mandataires judiciaires » désignés judiciairement. Enfin, nous nous intéresserons seulement aux personnes choisies régulièrement pour conduire les affaires d'une société, que ce soit des « dirigeants de droit**[103]** » ou « dirigeants légaux » ou encore des « mandataires sociaux », pour la simple raison que c'est au regard des règles qui s'appliquent à ces dernières que les interrogations sur la qualité du dirigeant de société se développent[104] et surtout parce qu'elles expriment la volonté de la société : elles la représentent. La situation du dirigeant de fait**[105]** ne constitue pas trop une exception juridique[106]. Par-delà, les définitions juridiques du dirigeant qui s'organisent toutes autour de la nature des fonctions exercées et l'ampleur des responsabilités assumées, il est essentiel de souligner encore que l'OHADA ne définit pas la notion de dirigeant de société commerciale. Elle opère toutefois, même si c'est de manière implicite une distinction entre les dirigeants de fait et les dirigeants de droit**[107]**. Ces derniers apparaissent comme des

102 Aux termes de l'Art. 853-1 : « La société par actions simplifiée est une société instituée par un ou plusieurs associés et dont les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement de la société sous réserve des règles impératives du présent livre. Les associés de la société par actions simplifiée ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et leurs droits sont représentés par des actions ».

103 Il est dirigeant de droit par opposition au dirigeant de fait qui est selon le professeur RIVES-LANGE, « celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction » d'une société. V. J.-L. RIVES-LANGE, La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens), D. 1975, Chron. p. 41, n° 5 ; Voir également G. NOTTE, Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé, Thèse, Paris, 1978 ; J.-M. MACQUERON, La notion de dirigeant de fait : étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981, Thèse ROUEN, 1982 ; D. TRICOT, Les critères de la gestion de fait, Dr. et patr. janv. 1996, p. 24 ; J.-L. COURTIER, note sous Cass. com. 16 mars 1999, Rev. Huissiers 2000, p. 353.

104 Le Dirigeant est pour un auteur comme J.F. Bulle, celui qui est régulièrement titulaire « d'une fonction attribuée par les organes sociaux, conformément aux règles fixées par la réglementation des sociétés », V, J.F. Bulle, op. cit., n° 3, p. 24.

105 Ces personnes sont appelées « dirigeants de fait » car elles s'attribuent des pouvoirs et exerce des fonctions reconnues par la loi et les statuts de la société aux dirigeants légaux. L'intervention du dirigeant de fait dans la société trouble l'organisation mise en place par les statuts de cette société et par la loi. Voir NZE NDONG DIT MBELE Jean-Richard, le dirigeant de fait en droit prive français, Université Nancy 2, Thèse, 2008, p.8.

106 Cela ne dissipe toutefois pas les incertitudes et la difficulté de délimitation du champ sémantique que recouvrent la notion de dirigeant et même son statut. Cette forte indétermination du concept de dirigeant a alors des retombées aléatoires ou paradoxales sur les mêmes droits et libertés. La multiplication des références au terme de dirigeant a largement compliqué l'appréhension de sa signification et ses implications juridiques. Ainsi comme beaucoup d'autres notions à fort degré d'abstraction et de généralité, celle de dirigeant est souvent utilisée sans être définie, en supposant à tort une compréhension intuitive commune de ce qu'elle désigne.

107 L'expression « dirigeant de fait » n'apparaît pas dans l'AUSCGIE, même si par ailleurs l'idée que des personnes autres que les dirigeants de droit puissent, en pratique, gérer une société est concomitante à

personnes qui se sont vues confier la direction de la société par les statuts, au contraire des dirigeants de fait, qui se comportent comme des dirigeants sans en porter le titre. On peut alors affirmer que son statut semble découler de ses fonctions. À cet effet, faute de texte général, les conditions juridiques du dirigeant social doivent être envisagées isolément pour chaque type de sociétés commerciales, en considérant les garanties et obligations imposées.

29. Il est possible de noter que cette analyse intervient dans un contexte assez particulier de mouvements contradictoires essentiellement jurisprudentiels[108], des interrogations plus spécifiques se posent sur la notion de dirigeant de la société.[109]À ce titre, les différents éléments du statut du dirigeant, la nature juridique exacte du rapport qui lie le dirigeant à la société suscitent des controverses. Doit-on considérer le dirigeant comme un mandataire ou un organe social ? Le fait que le dirigeant soit le représentant de la société ne doit pas nous conduire à le considérer comme un mandataire de celle-ci. La représentation, comme technique de réalisation d'actes juridiques[110], ne suppose pas toujours le mandat[111]. Elle apparaît aussi comme un mécanisme susceptible de fonctionner en l'absence de tout rapport contractuel entre représentant et représenté[112], conformément aux dispositions de l'AUSCGIE. Les pouvoirs du dirigeant ne sont pas les mêmes selon qu'il est considéré comme un mandataire ou un organe social. Dans le premier cas, il ne peut avoir que des pouvoirs délégués qui obéissent à la volonté du mandant, tandis que dans le deuxième,

---

l'interdiction du moins « la défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la société en commandite », Voir article 299 et 300 AUSCGIE.

108 J.P. BERTREL, Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés, RTD com. 1996, p. 595, spéc. n° 1, p. 596, citant le Pr Y. GUYON ; B. Saintourens, note sous Cass. 3e civ. 6 janv. 1999, Rev. Sociétés 1999, p. 384

109 Par exemple sur ce qu'il est possible de stipuler dans les statuts sociaux quant à la révocation des dirigeants sociaux. V, la validation par la Cour de cassation (Cass. 3e civ. 6 janv. 1999) de dispositions statutaires prévoyant la révocation *ad nutum* d'un gérant de société civile, Rev. Sociétés 1999, p. 380, pré., note B. Saintourens; RTD com. 1999, p. 451, obs. M.H. Monsérié-Bon ; JCP éd. E 1999, p. 669, obs. J.J. Caussain et A. Viandier ; Bull. Joly Sociétés 1999, p. 498, note A. Couret ; Dalloz Affaires 1999, p. 263, note V. A.-R. ; Dr. sociétés 1999, n° 34, p. 12, obs. Th. Bonneau ; sur l'idée selon laquelle cet arrêt s'inscrit dans le courant libéral de notre droit des sociétés, J. Attard, La révocation des dirigeants sociaux, JCP 2000, I, n° 217 ; sur la généralisation éventuelle de cette solution au gérant de SNC et de SARL, D. Miellet, Liberté statutaire et contrôle de la révocation des mandataires sociaux « protégés », JCP éd. E, 1999, p. 1278

110 M.STORCK, Essai sur le mécanisme de représentation dans les actes juridiques, L.G.D.J., Paris, 1982, n°76 et 322

111 J-P. BERDAH, fonction et responsabilités des dirigeants de sociétés par actions simplifiées, Sirey ; Paris, 1974, n°4

112 C.BERR, l'exercice des pouvoirs dans les sociétés commerciales, gérance et administration des sociétés commerciales, Sirey, Paris, 1961, n°1

c'est la fonction même du dirigeant qui est la source des pouvoirs qu'il détient[113]. Cette analyse nous amène à constater qu'aucune des deux thèses n'arrive à expliquer la totalité des règles gouvernant les pouvoirs du dirigeant définis par le législateur OHADA. L'aspect contractuel et celui institutionnel coexistent nécessairement dans chaque forme de société commerciale. Le doute peut raisonnablement résulter du régime juridique de la Société par action simplifiée où les aspects contractuels prédominants sont consubstantiels à sa nature. Il s'agit d'une société instituée[114] par un ou plusieurs associés et dont les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement de la société sous réserve des règles impératives. Le dirigeant exerce à cet effet, un pouvoir de commandement sur les autres salariés de la société qu'il aurait la charge de fédérer, d'organiser. Il devient un manager. Il assume, de ce point de vue, la responsabilité d'une équipe qu'il anime, avec laquelle il est appelé à communiquer, négocier, etc. Ces règles pourraient manifester, avec une particulière acuité, la spécificité du statut du dirigeant.

30. Intérêt pratique du sujet. - **Expérience Ouest africaine en matière de RSE.** - Sans avoir la prétention de revenir sur l'histoire de la RSE, ou sur la critique détaillée des principaux systèmes qui s'y attachent, cette analyse portera donc simplement sur des idées directrices, sur les méthodes théoriques et pratiques qui se trouvent, sous une forme ou sous une autre, soit dans la RSE, soit dans le droit OHADA applicable aux sociétés commerciales saisies comme des organisations privées. Le raisonnement financier qui est ici galvaudé continue d'entraîner l'économie et le « marché ouest africain » vers des phénomènes de spéculation. Il est vrai que ces phénomènes ne sont pas *a priori* préjudiciables ; toutefois, poussés à l'extrême, ils pourraient entraîner des dysfonctionnements du système politique des pays africains. La barrière de l'illicite bouge constamment. Même s'il ne fait nul doute que le milieu des affaires est source de profits, il n'en demeure pas moins source de délinquance. Affaires et délinquance, parce qu'elles semblent aujourd'hui des phénomènes de cause à effet, nous incitent à scruter l'œuvre d'intégration normative de l'OHADA à l'aune de ce nouveau climat de libéralisme, de lucre aisé. Car, si le droit des affaires de l'espace OHADA est sécurisant, ce sont « les affaires » qui connaîtront un développement fulgurant. Or, il serait illusoire de croire que ce nouvel espace juridique serait investi par des acteurs qui seront toujours de bonne foi,

113 C.BERR, op.cit., n°17 et s
114 Art. 853-1 AUSCGIE

loyaux dans leurs transactions.[115] C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'État est encore présent dans l'économie en tant qu'instance tutélaire chargée d'assurer le maintien de l'équilibre. Il se veut ainsi arbitre du jeu social, négociant en permanence avec les partenaires sociaux pour construire les compromis nécessaires entre une efficacité économique et un respect des Droits de l'homme. Les différentes réformes des affaires dont il est porteur dans le cadre communautaire d'intégration devraient favoriser une présence plus accrue d'investisseurs en provenance d'autres systèmes et ordres juridiques dont les interventions se multiplient et entrent en concurrence dans tous les secteurs. Ces investisseurs ne partagent pas forcément les mêmes valeurs éthiques. Il peut alors s'agir de définir clairement les enjeux de développement vitaux pour un continent africain objet de convoitises accrues et confronté aux risques de pillage, parce que recelant les plus grandes réserves minières de la planète[116]. En l'occurrence, le souci d'éthique est tel que les dispositifs d'incitation à l'adresse des investisseurs pour qu'ils contribuent à l'ordre économique spontané, doivent être interrogés pour permettre le développement économique équitable des pays membres de l'OHADA. En effet, dans la mesure où « seule la conduite des acteurs peut être juste et non le résultat du jeu, et la revendication de « justice sociale [117] », on ne peut vouloir attirer les investisseurs sans s'intéresser à leur éthique à défaut de jouer à la « politique de l'Autruche » préjudiciable au développement de l'Afrique. Rares sont les pays membres de l'OHADA qui ont adopté des chartes de responsabilité sociétale par exemple dans les marchés publics pour orienter les investissements[118].

31. Malheureusement, il est regrettable de noter la timide participation[119,] voire l'absence des pays ouest africains aux espaces pertinents conventionnels et informels de

---

115 On pourrait même parodier LOYSEL, et soutenir que le maître mot de ce nouveau marché des « affaires » pourrait parfois consister dans : « en affaires, trompe qui peut ». Or, « la liberté de commerce n'est pas une faculté accordée aux commerçants de faire ce qu'ils veulent ; ce serait plutôt servitude », Voir Montesquieu, Esprit des Lois, le livre XX, L20, 12.

116 Discours d'Alpha Oumar Konaré, président de la Commission de l'Union africaine, au sommet Europe-Afrique à Lisbonne, en décembre 2007

117 B. OPPETIT. *Ethique et vie des affaires*. Mélange offert à Colomer - LITEC – 1993, p.319

118 D'un point de vue économique, les débiteurs des droits de l'homme ne sont pas principalement les Etats, mais tous les acteurs économiques et sociaux sont concernés. Ils se doivent « *de respecter le droit de tout pays où ils agissent ainsi que les normes fondamentales universelles, les pratiques volontaires n'en étant que le prolongement* ». En analysant sans préjugé les mécanismes de régulation des sociétés africaines, nous nous rendons compte que le système juridique n'a fini par produire que des trompe-l'œil qui masquent mal l'impuissance du droit devant l'impératif d'impulsion du développement durable.

119 En la matière, il convient avant tout de citer certains textes internationaux qui viennent encadrer certaines démarches de RSE, à savoir la Déclaration de BAMAKO sur la démocratie, les droits et les libertés du 03 Novembre 2000, le 7éme sommet des Etats et Gouvernements Francophones « engagement solennel à

conceptualisation et de négociation à propos de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) et pire encore l'institutionnalisation véritable d'espace africain[120] reconnu de négociation sur la RSE. Il n'est alors pas étonnant de ne pas voir une appropriation officielle et véritable par les pays ouest africains de la notion et des démarches dites de RSE promue. C'est d'autant plus évident que la violence qui marque notre début de siècle a pris la forme d'une violence économique insoutenable[121], d'une marge grandissante des inégalités, résultant de décision humaine qui non seulement crée de la souffrance, de la misère et de la pauvreté, mais aussi séparent les hommes de plus en plus. La situation actuelle n'est pas une fatalité, mais le résultat d'un choix humain, pris par des hommes qui ont des noms, des visages ; même s'il est difficile de remonter la chaîne de responsabilités. Cet état de fait intervient dans un contexte en pleine mutation avec des États qui, dans leur nouveau rôle de stratège, rétrécissent leur champ d'action en se repliant principalement sur leurs missions régaliennes. Ils responsabilisent de plus en plus le secteur privé qui doit être le moteur de la croissance.

32. Les approches des acteurs du secteur privé sont assez diverses en fonction des pays, même si d'une manière générale la RSE est essentiellement portée dans les espaces UEMOA[122] et CEMAC par quelques multinationales travaillant notamment dans le domaine de l'extraction des matières premières, désireuses de soigner leurs images souvent écornées par les accusations de la société civile en initiant des actions qui militent en faveur du développement des populations de leurs zones d'implantation[123]. On notera les

---

promouvoir la responsabilité sociale et environnementales de entreprise », Québec, 2000, le 8éme sommet des Etats et Gouvernements Francophones qui entérine l'engagement des pays francophones à « veiller à l'effectivité des mécanismes du respect des droits de l'Homme par les entreprises, qui ont des responsabilités sociales et sociétales », Montréal, 2010.

120 On notera toutefois, la tenue d'un forum international des « pionniers de la RSE » sur le thème « Afrique responsable, les pionniers de la RSE et de la croissance verte inclusive », à Tunis en 2012. Le Manifeste de Tunis qui en a résulté mentionne au paragraphe 7 que « l'approche RSE dans le monde étant à ses débuts, la construction d'une vision de la responsabilité économique, sociale et environnementale des entreprises en Afrique sera d'autant plus inclusive qu'elle tient compte à la fois des spécificités des territoires, du contexte, de la législation nationale, des référentiels internationaux ainsi que de la jurisprudence en la matière », Voir Manifeste de Tunis, 2012 : http://www.institut-afrique-rse.com/images/PDF/Manifestedetunis.pdf. Cité par K. DIAWARA et S. LAVALLÉ, La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : pour une ouverture aux considérations non économiques, Revue Internationale de Droit Économique – 2014.

121 Certains auteurs parlent à cet effet d'exploitation de la misère du tiers monde et de crimes sociaux économiques, voir à cet effet Alain Kenmogne Simo, « Entreprises et droits de l'homme : des voies pour un mariage », RTSJ, no 2, janvier-juin 2012, p. 31.

122 L'Union économique et monétaire ouest-africaine, à travers son programme qualité, œuvre pour la promotion d'une plus grande normalisation des pratiques dans les entreprises.

123 Par exemple, l'entreprise ANGLOAMERICA, spécialisée dans les mines, prend en charge le coût des antirétroviraux de salariés séropositifs sud-africains. De même, l'entreprise HEINEKEN, présente dans 6 pays d'Afrique, offrait un traitement antirétroviral à plus de la moitié de ses employés séropositifs (Pestre,

activités de certaines entreprises en Côte d'ivoire[124] et au Cameroun, pays membre de la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale (CEMAC), les initiatives dites de RSE sont assez embryonnaires.

À l'échelle des États, des pays comme le Sénégal, la Côte d'ivoire et le Cameroun[125] peuvent être pris en exemple. Le Sénégal est resté pionnier en Afrique de l'Ouest dans l'appropriation par les agents économiques des dispositifs RSE, avec d'une part les activités RSE volontaires et l'adoption d'un code de gouvernance des entreprises en 2011 sous l'impulsion de l'Institut Sénégalais des administrateurs et de l'État du Sénégal. Des initiatives privées sont notées dans ce sens. En effet, les entreprises se sont inscrites dans une approche philanthropique/investissement social communautaire. C'est notamment le cas au niveau de SONATEL (opérateur télécoms), de Bolloré AFRICA LOGISTICS Sénégal (service logistique), des entreprises FUMOA & COFISAC du Groupe IPS West africa (industries spécialisées dans l'emballage), de Siagro KIRENE (industrie agroalimentaire, PME à 100% sénégalaise) et de la Banque de l'Habitat du Sénégal (banque à 100 % sénégalaise) qui déploient des activités de RSE en interne en adoptant une démarche s'alignant sur la méthodologie de l'ISO 26 000.[126] Les pratiques actuellement adoptées par les entreprises dans le domaine étudié sont plus à considérer comme de simples actions sociales, environnementales et sociétales plutôt que comme de véritables projets RSE[127]. Ces actions sont renforcées par l'adoption du Code de

---

2013). De même, le groupe Unilever-Afrique a mis en place, en partenariat avec les ONG locales, des programmes d'éducation en faveur des salariés.

124 La société SIFCA s'est inscrite dès 2007 dans un processus RSE de maîtrise la consommation des ressources naturelles, la réduction de la pénibilité au travail, la limitation des accidents – et donc des absences.

125 Dans la perspective de la création et de la mise en œuvre d'un standard RSE pour les industries extractives, un Guide de la politique RSE est annexé à la synthèse des travaux de l'atelier national tenu en juillet dernier à Yaoundé,
in http://www.cemac.int/sites/default/files/synthe%CC%80se_travaux_atelier_yaounde%CC%81.pdf.

126 Des entreprises se distinguent par leur activités de Mécénat à savoir la Sonatel qui contribue, grâce à sa fondation, à moderniser les services de santé, soutient la lutte contre le paludisme et offre des bourses d'études ; l'Eiffage Sénégal : bien connue pour son action de parrainage des arts et de protection du patrimoine culturel ; dans des activités d'investissement social communautaire à savoir certaines compagnies minières : Oromin et Teranga gold (or), Mdl grande côte (zircon), Industries chimiques du Sénégal (phosphates), Sococim (ciments), la compagnie sucrière sénégalaise (CSS) : contribue à la protection de l'environnement et à la promotion des biocarburants ; à travers leur politique sociale marquée. (CBAO groupe Attijariwafa bank qui contribue à la fois au développement économique et à un programme de réduction de la consommation de papier (environnement).

127 Du fait de la relative facilité de mise en œuvre des actions de mécénat (ne nécessitant pas de suivi), les entreprises interviennent en appui des populations et des travailleurs dans un large éventail de domaines allant de l'éducation, la santé, les activités culturelles et sportives, les caisses de solidarité, le logement social, etc.

gouvernance, on relèvera qu'il se veut un ensemble de règles de bonne conduite de l'entreprise qui précise et rappelle les exigences de mise en conformité les dispositions d'ordre public consacrées par l'OHADA. Par ailleurs, bien qu'il n'existe aucun cadre de stratégie ni aucune législation régissant la RSE proprement dite, au Cameroun, un certain nombre de questions qui y sont liées sont abordées. Un Code du travail a été adopté par le biais de la Loi n/92/07 du 14 août 1992[128]. Il a vocation à permettre la protection des travailleurs qui reste une préoccupation du législateur camerounais, même si sur le terrain, les résultats de ses efforts sont loin d'être satisfaisants[129]. Les questions environnementales aussi sont réglementées par plusieurs lois et codes, dont la loi portant régime de sécurité en matière de biotechnologie moderne, la loi portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement, la loi portant régime des forêts, de la faune et de la pêche, la loi relative à la protection des parcs nationaux, la loi portant régime de l'eau ainsi que la loi sur les produits phytosanitaires. À ces différents textes, il faut ajouter la loi n° 96/11 relative à la normalisation ainsi que la loi n° 2002 – 004, modifiée par la loi n° 2004 – 20 et par l'ordonnance n° 2009/001 portant charte des investissements de la République du Cameroun.

33. Intérêt théorique. - Un domaine de recherche négligé. - La responsabilité sociétale des entreprises constitue un domaine de recherche longtemps négligé en Afrique. Elle est encore peu explorée malgré les transformations qu'elle connaît dans certains domaines écologiques, environnementaux, financiers, politiques et sociaux et suivant les zones géographiques. Une recherche exploratoire qui interroge les fondements de la cohérence du discours juridique en Afrique de l'Ouest notamment. À la faveur des réformes actuelles du droit des affaires qui semblent avoir été suspendues[130] pour donner lieu à une réflexion[131]

---

128 P.G. POUGOUE et M. KAMTO (dir) sur les orientations du droit du travail après la réforme du 14 août 1992, Revue Juridique Africaine, PUC, Yaoundé 1994 ; le Code du travail camerounais annoté, sous la direction de P. G. POUGOUE, PUA, Yaoundé, 1997 ; Droits fondamentaux et corps du salarié, Actes d'un colloque tenu à l'Université de Dschang, Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, tome 1, vol. 1, 1997 ; P. G. POUGOUE, Droit du travail et de la prévoyance sociale au Cameroun, tome 1, PUC, Yaoundé, 1988.

129 PAUL GÉRARD POUGOUÉ, Cameroun, situation de travail et protection des travailleurs, p.25, in http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/wpnr/cameroon.pdf

130 P.-G. POUGOUÉ, Y.R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des affaires*, Presses universitaires d'Afrique, 2008, spéc. n° 53 et s, cité par K. DIAWARA et S. LAVALLÉ, La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : pour une ouverture aux considérations non économiques, Revue Internationale de Droit Économique – 2014.

131 J.Y. TOÉ, « La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA », *Rev. Dr. unif.* 2008, n° 1 et 2, pp. 23 et s., spéc. pp. 32 et s, cité par K. DIAWARA et S. LAVALLÉ, La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : pour une ouverture aux considérations non économiques, Revue Internationale de Droit Économique – 2014.

de fond sur les projets et les chantiers[132] OHADA, il est plus que jamais possible de s'interroger sur leur pertinence en termes de levier d'actions pouvant répondre au défi du développement durable. Le droit ne peut pas poursuivre l'ordre social, l'équilibre, être médiation, sans offrir les outils y afférent. Au-delà de ces constatations commence l'incertitude sur sa signification et la portée du phénomène, en d'autres termes sur les rapports qu'il va entretenir avec le droit des sociétés. Nous posons d'abord l'hypothèse que le discours sur la responsabilité sociétale est corollaire au nouveau rôle de l'entreprise dans une économie mondialisée[133]. Ainsi l'appel à la responsabilité sociale pourrait correspondre, de façon plus fondamentale, à une redéfinition du rôle de l'entreprise dans la société concomitante à la nouvelle conception du développement qui tend à s'imposer, et auquel elle doit nécessairement contribuer pour assurer sa légitimité. Cette entreprise est donc immergée dans le sociétal à tel point que l'interface entreprise/société fait désormais partie intégrante de l'évaluation de l'entreprise**[134]**. La responsabilité sociale est devenue une dimension de la performance corporative, comme en attestent les lois sur les bilans sociaux[135]**,** telles que le Décret n° 2009-1 411 du 23 décembre 2009 fixant les modalités d'élaboration du bilan social et de la déclaration annuelle de la situation de la main-d'œuvre des entreprises et établissements au Sénégal[136], la loi française sur les Nouvelles régulations économiques (NE) ou encore la Loi sur les banques canadiennes[137], mais aussi

132 Plusieurs projets d'Actes uniformes, engagés ces dernières années, sont actuellement en état de pause, tels le Projet d'acte uniforme relatif au droit du travail, au droit des contrats, au droit de la consommation, etc.

133 E. CHAMPION, « De la responsabilité sociale corporative à la citoyenneté corporative : l'entreprise en quête de légitimité pour assurer un nouveau rôle social », *Symposium international sur l'équité, l'efficience ou l'éthique : les codes de conduite et la régulation sociale de l'entreprise mondialisée*, organisé par le CRIMT, Montréal, École des hautes études commerciales, 30 avril au 2 mai 2003.

134 L'article L 220 du Code du travail du Sénégal, tout en maintenant la DASMO pour les établissements de petite taille (effectifs inférieurs à cinquante travailleurs), prescrit désormais la production, chaque année, du bilan social pour tout établissement occupant cinquante travailleurs ou plus.

135 Le bilan social permet d'enregistrer, de mesurer et d'apprécier la situation sociale, ainsi que les changements qualitatifs et quantitatifs intervenus en manière de gestion des ressources humaines au cours de l'année écoulée. Il comporte des informations sur l'emploi, les rémunérations, les charges sociales, l'hygiène, la sécurité et la santé, les relations professionnelles, le fonctionnement des organes de concertation et de dialogue au sein de l'établissement, la formation, V. Art. 2. DECRET n° 2009-1411 1 du 23 décembre 2009.

136 Au Sénégal les entreprises et les établissements énumérés à l'article L.3 du Code du travail et employant habituellement un effectif égal ou supérieur à cinquante travailleurs, obligatoirement inscrits ou non au registre d'employeur, élaborent à la fin de chaque année leur bilan social et le transmettent, avant le 30 mai de l'année suivante, à l'Inspecteur du Travail et de la Sécurité sociale du ressort. Voir l'article 1 du DECRET n° 2009-1411 du 23 décembre 2009 fixant les modalités d'élaboration du bilan social et de la déclaration annuelle de la situation de la main- d'œuvre des entreprises et établissements.

137 Celle-ci comporte depuis peu une disposition à l'effet que les institutions financières à charte fédérale dont les capitaux s'élèvent à un milliard de dollars ou plus publient une déclaration annuelle faisant état de leur contribution à l'économie et à la société canadienne. Le contenu de ces rapports fait d'ailleurs l'objet

l'émergence d'une myriade d'organismes qui se consacrent au classement et à la catégorisation des entreprises socialement responsables (les agences de notation, index, les fonds éthiques). Mais si tous s'accordent sur le caractère désormais incontournable de la responsabilité sociétale, il n'en demeure pas moins que la question de sa définition, qu'il s'agisse de son contenu ou de sa forme, reste entière. En fait, non seulement le concept de responsabilité sociétale est souvent interprété comme étant malencontreusement flou, mais il abrite aussi d'importantes divergences prenant la forme de propositions irréconciliables[138]. De sorte qu'il est difficile d'identifier le contenu des exigences qui interpellent le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions directoriales. L'imprécision dans le contenu immédiat des exigences de RSE, mais aussi sa malléabilité dans le temps, font qu'on est en présence d'un phénomène fuyant. De sorte qu'*a priori,* il y a antinomie entre l'exigence de stabilité des règles juridiques et le dynamisme de ce phénomène corollaire du dynamisme de l'économie. Mais il en suit une incertitude, dans la mesure où même si la RSE infléchit et transforme la technique juridique qu'elle utilise, on peut toujours s'interroger sur les contraintes que les questions sociétales actuelles font peser sur la construction d'un droit harmonisé, du moins uniforme qui semble être axé sur le maintien du caractère mono-centrique et hiérarchisé du droit « officiel » de l'État. À ce propos, l'amorce d'une réflexion[139] sur la problématique sociétale dans le champ du droit des affaires trouve son sens au regard des enjeux et perspectives théoriques et pratiques de construction du cadre normatif, social, politique et économique OHADA. Si l'expérience directe de rationalité normative, entendons ici la phénoménologie, apparaît insuffisante à interroger les choix d'instrumentalisation du droit des affaires au service du développement de l'Afrique, il faudra alors en suggérer la dimension significative. La pratique de l'acte éthique à ce propos implique toujours une lecture subjective, un jugement de valeur[140]. En l'espèce, le trop grand intérêt accordé à la production du sens et à la médiation continue pourrait toutefois, du moins *a priori*, condamner notre démarche à

---

d'une recherche de la Chaire de responsabilité sociale et de développement durable sous la direction de Andrée De Serres et Corinne Gendron amorcée en 2003 (voir www.ceh.uqam.ca).

138 Les mémoires reçus par la Commission européenne dans le cadre de sa consultation sur la responsabilité sociale sont éloquents à cet égard. Voir CCE (2002).

139 « (…) penser le droit et au-delà du droit et donc de substituer aux systèmes apparents, fortement implantés en nous par l'appareil conceptuel du droit, le système réel dans sa complexité, sa diversité, mais aussi son ordre propre ». Voir Gérard. TIMSIT, Théorie de l'Administration, Paris, ECONOMICA, 1986, p.13.

140 A.K. SIMO saisira cette subjectivité du jugement comme la « capacité qu'ont les êtres humains de distinguer le bien du mal, de nommer les actions bonne ou mauvaise, et non seulement utile ou inutile, agréable ou désagréable, vraie ou fausse », in « Entreprises et droits de l'homme : des voies pour un mariage », RTSJ, no 2, janvier-juin 2012, p.34.

n'être qu'une philosophie des apories sans véritable portée pour le renforcement des sciences juridiques.

34. C'est ainsi que notre étude se situe dans le sillage d'une recherche exploratoire destinée à mieux définir la dialectique éthique et droit des affaires, suggérer des hypothèses de travail et générer des idées utiles au renforcement de la connaissance et la structuration du droit des affaires dans l'espace OHADA. Aussi, ces recherches pourront-elles servir, hors de tout dogmatisme, de cadre de définition d'un cadre conceptuel approfondi pour analyser les pratiques éthiques des affaires dans l'espace OHADA. Somme toute, le droit et la RSE sont interdépendants ; la RSE étant la manière dont le droit des affaires se manifeste et se réalise. Mais cette manifestation peut être ambiguë. Cet aspect est trop insuffisamment traité. Le cheminement conceptuel auquel ces recherches donneront lieu, sera renforcé par un cadre analytique[141]. En effet ces recherches fortement marquées par la multiplicité des regards, par la diversité des points de vue et de perceptions sur l'éthique, devraient permettre de proposer une approche multidisciplinaire et diversifiée de la question tout en montrant les articulations possibles entre les différents éléments. La réflexion éthique est souvent saisie comme un préalable à l'élaboration de la règle de droit et une mesure d'évaluation lors de l'application desdites règles[142], ce qui maintient l'éthique en position d'auxiliaire du droit, alors que d'autres[143] font de l'élaboration des règles éthiques une manifestation de pluralisme juridique, un phénomène d'autorégulation qui peut éventuellement bénéficier d'une réception par le système juridique étatique et acquérir alors une valeur juridique au sein de cet ordre ou au contraire rester cantonné dans sa sphère et son ordre juridique particulier.

35. Même si la RSE a donné naissance à des approches sociales et environnementales spécialisées qui se confrontent aux problèmes normatifs de leur domaine particulier, la tendance n'est pas toujours de poser des règles contraignantes, mais plutôt d'inciter les parties prenantes d'agir avec la conscience d'une action sociétale responsable. L'usage

141 Cette option analytique s'inscrit dans une perspective d'approfondissement du cadre juridique dans lequel les entreprises évoluent et de déterminer les modalités de prise en compte de leur réalité, mais aussi des préoccupations sociales. A cet effet, nos recherches constitueront un carrefour qui met en cause plusieurs droits, qui doivent s'enrichir de connaissances socio- anthropologique et philosophique pour une bonne connaissance du milieu des affaires et des usages en cours au Sénégal et dans l'espace OHADA. Cette connaissance permettra de gérer les articulations entre les divers registres normatifs en général et plus particulièrement entre les divers ordres juridiques en cause dans l'espace OHADA.

142 G. MEMETEAU, « La place des normes éthiques en droit médical », *RRJ 1988-2, p.391 et s.* ; du même auteur : « l'autorité juridique des Comités d'éthique ». *RRJ* , 1989,p.59.

143 N. DECOOPMAN, « Droit et déontologie. Contribution à l'étude des modes de régulations », in les usages sociaux du droit public, CURAPP, PUF, 1989, p.87 et s.

généralisé des données dans ces domaines permettent d'interpréter à travers les ressources documentaires la signification des objectifs pertinents et perceptions des dimensions d'éthique appliquées valorisées. Ces ressources peuvent servir de leviers pour construire ou déconstruire le discours juridique, surtout en ce qui concerne le droit des affaires. Cela peut placer les autorités nationales comme communautaires devant un dilemme : se contenter de regarder les choses se faire à l'échelle internationale ou en profiter pour réformer le droit applicable aux sociétés commerciales dans son ensemble. Il convient d'anticiper le processus actuel qui semble irréversible et de lui donner un contenu cohérent et pertinent. Or nous en sommes loin.

36. La RSE et la modification du statut du dirigeant qu'elle pourrait entraîner voire le transfert de compétence politique qu'elle pourrait entraîner au profit des dirigeants et des autres parties prenantes ne s'accompagnent pas d'une reconnaissance légale exhaustive. À cet effet, le législateur OHADA en adoptant l'AUSCGIE a tenu à répondre aux exigences de sécurité des rapports de droits noués entre associés-actionnaires, de gouvernance et d'efficacité dans le fonctionnement de la société commerciale[144]. Cela appelle une autre approche de la pluralité des normes applicables à la gouvernance des sociétés commerciales. Ce processus loin de consacrer une catégorie juridique autonome, interroge les divers ordres juridiques non étatiques qui placent l'éthique contractuelle, sociale et économique au centre des préoccupations de régulation des activités économiques et les affaires des entreprises pilotées par les dirigeants. Les autres normes non juridiques, sans constituer une remise en cause du droit des affaires, permettent son adaptation, voire son amélioration. Les fluctuations inhérentes à la vie économique sont trop rapides et trop amples pour permettre à la règle de durer longtemps. Le Législateur OHADA ne peut pas s'autoriser de réformer le droit des sociétés au gré des envies des acteurs et au risque de mettre en péril la sécurité juridique[145]. Pour autant aussi une longévité trop considérable de

144 Les règles adoptées en ce sens, sont censées être garantes du pacte social. Cette situation loin d'être regrettable a des aspects positifs, puis qu'à l'inverse c'est-à-dire le fait de décentraliser la conception de « bonne gouvernance » de la société et la définition de la responsabilité de la société va à l'encontre du processus d'uniformisation engagé (censée apporter des règles adaptées et moderne). Cela constitue une menace et pourrait créer une hétérogénéité des réponses de gouvernance des sociétés commerciales. Le droit élaboré à cet effet se veut un instrument au service de l'efficacité de la gouvernance de la société commerciale.

145 La notion de sécurité en plus de recouvrir des exigences matérielles (qualité, clarté et efficacité de la norme) recouvre des exigences temporelles telles la prévisibilité et la stabilité de l'environnement juridique. En l'espèce, le sentiment d'insécurité juridique éprouvé naît souvent de la fréquence du changement, de sorte que le caractère de certitude et de prévisibilité de la réglementation communautaire doit constituer un impératif qui s'impose avec une rigueur particulière lorsqu'il s'agit d'une réglementation susceptible de comporter des incidences financières. Voir la jurisprudence constante de CJCE, 1990, Commission c/ France.

la norme entraînerait une rupture avec la réalité économique et sociale. De là, des accords de plus ou moins de courte durée comportant des « clauses de renégociation élaborées sous forme de « soft Law ». Les textes de l'OHADA n'obligent nullement[146], ni ne recommandent à toutes les sociétés commerciales l'intégration volontaire de considérations d'ordre social ou environnemental souvent contenues à des degrés divers dans des dispositifs nationaux « connexes ». Ces divers dispositifs, souvent faibles, tentent tant bien que mal de s'aligner sur les engagements internationaux des États, notamment en matière de droit du travail[147], de gestion, de protection de l'environnement et donc de droits humains[148]. Leur application interpelle largement les entreprises soumises à ces droits et dont les choix de développement sont assimilés à des décisions émanant des individus qui les dirigent. On perçoit à travers ce processus le rapport complexe qui lie un dirigeant à sa position, un individu à sa fonction. La figure du dirigeant a partie liée avec l'image de la société commerciale, et l'interrelation entre le dirigeant et la société est signifiante. Le premier élément à remarquer est leur interchangeabilité relative dans le discours social. Le dirigeant et l'entreprise composent ensemble une entité synthétique dont le statut s'explique par le rôle central du dirigeant dans les grandes options stratégiques de l'entreprise.

37. La problématique majeure qui traverse alors notre thèse est de savoir : **Quelle est l'incidence de la Responsabilité sociétale des entreprises sur le statut juridique des dirigeants de société commerciale ? Autrement dit, est-il exact que la RSE soit une source irréductible de spécificité du statut du dirigeant ?**

38. Dans l'affirmative, le concept de dirigeant sociétal devrait avoir définitivement droit de cité. Dans le cas contraire, la RSE pourrait être appréhendée quelque peu comme la jument de Roland, qui avait toutes les qualités sauf celle d'exister. Or, sur ce point, le doute est permis. La démarche proposée ici est que la réponse à ces questions est à rechercher, d'une part, dans la notion de société commerciale responsable c'est-à-dire cette « entité considérée comme carrefour d'intérêts multiples, voire un cadre complexe d'équilibrages

146 En dehors d'une prise en compte ponctuelle de la RSE dans les marchés publics qui consacrent « la rencontre de volontés : celle de l'administration agissant ici sous les traits d'un pouvoir adjudicateur et celle d'une entreprise, fournisseur ou prestataire de service qui accepte de répondre aux besoins exprimés par l'Etat ou les collectivités commanditaires », Voir, B. BRACONNIER, Droit des marchés publics, Imprimerie nationale, Essentiels experts, Paris, 2002. p.41.

147 Suivant le secteur d'activité certaines sociétés commerciales sont plus soumises aux risques sociaux (sécurité au travail, etc.) et environnementaux (études d'impact, pollution, gestion des déchets etc.) donc elles se doivent impérativement d'intégrer les enjeux sociaux, sociétaux et environnementaux dans leur gestion quotidienne.

148 A.K. SIMO, « Entreprises et droits de l'homme : des voies pour un mariage », RTSJ, no 2, janvier-juin 2012, p.34.

contractuels d'intérêt naturellement divergents[149] », et d'autre part, dans la nécessité, pour les sociétés commerciales, de s'engager à contribuer à un développement économique durable en assumant la responsabilité des impacts directs et indirects de leurs activités sur les différents intervenants. Il s'agira de prendre la mesure de la spécificité du statut du sujet et/ou de l'organe qui est chargé, en raison de sa fonction, de la mise en œuvre de responsabilité. De fait, ce statut est un nœud de multiples contraintes. Sa proclamation n'est pas suffisante pour garantir sa consécration comme technique juridique, ce qui rend difficile la construction d'un consensus fort entre acteurs hétérogènes concernés par les activités sociales, alors que cette reconnaissance constitue une condition nécessaire à l'efficacité actuelle de l'outil de gestion qu'est la RSE. Il est clair alors que ces équilibrages ou ces compromis sont particulièrement difficiles à établir. Or, c'est tout le pari de la responsabilité sociétale des entreprises qui trouve sa source dans plusieurs traditions de management des entreprises, comme le patronat social, le paternalisme et le patronat utopique. Sa formulation éthique est inspirée des travaux de Howard Bowen[150] qui entendait réformer le modèle entrepreneurial après la Seconde Guerre mondiale. La responsabilité de prendre en compte les impacts sociaux de l'entreprise devient centrale et s'affirme comme une nouvelle éthique économique. Cette théorie a été enrichie par les travaux de Freeman[151] dans les années 1980, avec notamment la formulation de la théorie des parties prenantes : le management entrepreneurial doit intégrer les points de vue des parties prenantes de l'activité économique en vue de se prémunir de risques sociaux[152]. En apportant ainsi un début de réponse à cette problématique nous questionnons l'efficacité, la

149 P. Didier, Théorie économique et droit des sociétés, in Études à la mémoire d'Alain SAYAG, droit et vie des affaires, Litec, déc. 1997, p.227 ; J. PAILLUSSEAU, Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP éd. E, 1984, II, 14193.

150 A. ACQUIER, J-P GOND, Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise : à la (re)découverte d'un ouvrage fondateur, Social Responsibilities of the Businessman d'Howard Bowen, 2005, XIVième Conférence Internationale de Management Stratégique, Pays de la Loire, Angers 2005, in http://www.strategie-aims.com.

151 R.E. FREEMAN *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, éd. Pitman. 1983.

152 L'idée de départ c'est que le déploiement et l'exercice des activités des entreprises pose des problèmes éthiques d'un type nouveau. Pendant longtemps la réflexion sur la réforme du droit des affaires dans l'espace OHADA s'en est tenue, pour une large part, à définir les priorités en termes de sécurité, modernité, etc., mises au service de l'économie. De ce point de vue la RSE met en jeu non seulement nos capacités à concevoir des instruments juridiques adéquats pour traiter des questions de développement, mais également notre rapport à ce qui est constitutif de la modernité du droit lui-même. Les entreprises constituent des acteurs clés dans le développement, mais cela pour encourager leur proactivité encore faut-il que les dispositifs juridiques, voire politiques le valorisent. Les différentes réformes initiées ou celles en cours qui intéressent les sociétés commerciales ne peuvent démontrer leur pertinence en termes de levier d'action pouvant répondre au défi de la gouvernance du développement durable.

légitimité et les limites d'un élargissement du champ de la normalisation à un sujet éminemment social, en insistant sur le processus et les enjeux d'une telle démarche, ainsi que les mécanismes de recherche de consensus qu'elle exige.

39. Toutefois, même si c'est opportun d'anticiper en « interne » les dispositions juridiques à venir qui intègrent les préoccupations sociales et environnementales, il serait utile de prendre la mesure de la responsabilité des dirigeants. Elle repose sur un équilibre d'exigences qui ne manquent pas d'accentuer l'ambiguïté de la situation (statut et fonctions) des dirigeants, d'autant plus que pour certains auteurs, comme Friedman : « *Rien n'est plus dangereux pour les fondements de notre société que l'idée d'une responsabilité sociale des entreprises autre que de générer un profit maximum pour leurs actionnaires* »[153]. Cette démarche n'est pas sans intérêt lorsque le débat se situe au niveau de « *ce que la société attend des organisations en matière économique, légale, éthique et volontaire, à un moment donné* »[154], mais également dans le cadre de l'amélioration de l'efficacité et réduction des coûts, réponses aux attentes des clients, développement de nouvelles activités, mobilisation du personnel, amélioration des relations avec les fournisseurs, etc.

40. **Du statut du dirigeant.** Ce statut peut désigner le régime juridique applicable au dirigeant. Ce régime est dépourvu d'unité, puisque, si une partie de son statut est légale, une autre partie relève du droit commun du mandat assorti cependant de quelques règles exorbitantes. Au sens matériel, on entend encore par statut de dirigeant, une activité consistant à collaborer de manière permanente et à titre professionnel à l'action de la société commerciale. Cette activité consiste traditionnellement dans la production de services. Cette analyse demeure exacte en principe. Il convient d'observer cependant que le dirigeant est loin de s'en tenir aujourd'hui à ce rôle traditionnel, en termes de marge d'action. La collaboration et la délégation deviennent des maîtres mots. Il s'en suit une contractualisation nécessitant un encadrement juridique cohérent. Ce régime est au contraire plus cohérent s'il désigne l'ensemble des règles plurielles applicables aux dirigeants. Dans cette perspective, le cadre de référence de définition du statut du dirigeant doit constituer « à la fois un repère net et précis et un jalon important pour la nouvelle perception de la responsabilité sociétale des sociétés commerciales, la première étape pour développer des réponses efficaces et appropriées, étant de définir clairement ce que l'on

153 M.FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, 1962.

154 A.B Carroll, "A Three Dimensional Conceptual Model of Corporate Social Performance ", Academy of Management, Oct 1979, N°4, pp.497-505

attend avant tout des entreprises en matière notamment « de droits de l'homme ».[155] - L'abstraction et la généralité de la notion du statut du dirigeant laissent donc ouvert le débat sociétal de sa signification et, conséquemment, la question juridique de sa définition et de ses conséquences. Ce statut peut être invoqué pour justifier des intérêts ou des issues diamétralement opposés[156]. Son appréhension se situe donc devant une tension dialectique autour de la régulation de ces relations si complexes. Ils recouvrent des logiques qui ne s'articulent pas spontanément. À cet effet, l'ambivalence des intérêts ou des solutions que peut justifier la définition du statut sociétal du dirigeant ressurgit dès lors que l'on s'arrête sur les incidences que son invocation peut produire sur d'autres droits et libertés dans la société commerciale. On peut dire que l'ampleur de la réforme des règles de gouvernance d'entreprise toujours axées sur l'organisation et la répartition des pouvoirs entre les différentes instances de la société commerciale dans l'intérêt commun, voire exclusif, des associés « propriétaires », manifeste l'énergie qu'il va falloir au dirigeant pour échapper à ce piège. Ce piège l'oblige pour exister de se « conformer » à une orthodoxie juridique qui définit l'autorité comme devant être conférée par la détention du capital, par le biais du vote et/ou de l'adhésion des sociétaires. Il devra y procéder de plusieurs manières qui sont autant de figures du pluralisme, et qui poursuivent le démantèlement commencé dans les différents processus de mise en œuvre de la responsabilité sociétale. Pour échapper à l'obligation d'appartenir à cette orthodoxie juridique, il tente en premier lieu d'inventer un public, des parties prenantes[157].

41. Une réflexion sur la condition pluraliste du statut du dirigeant peut se laisser instruire un moment par de nouveaux fondements de ses obligations et responsabilités, **fût-ce-t-il** dans une lecture aussi cavalière et subjective que celle proposée ici. Tel est, d'une manière ou d'une autre, l'enjeu des différents chantiers actuels de l'appropriation de la RSE par le dirigeant. Et cet enjeu rappelle tout le chantier de l'interprétation des fonctions du dirigeant qui doit sans conteste s'inscrire dans une perspective pluraliste et cohérente. Ce chantier

155 P. NAVANETHEM, « The corporate responsibility to respect: a human rights milestone », International Labour and Social Policy Review (2009).

156 En ce sens, l'essai de clarification systématique des contours du statut du dirigeant s'avère fructueux s'il tient compte de l'hypothèse générale selon laquelle, trois axes déterminent la réflexion à savoir d'abord que la réflexion sur la responsabilité sociétale doit être un préalable à l'élaboration d'un droit des affaires harmonisé et adapté en Afrique ; ensuite que les processus d'appropriation de la RSE concurrencent le droit dans le champ de la régulation et peut être plus efficace en tant que repère pour le développement d'un ordre juridique adapté ; encore que ces processus sont toujours une source du droit, ils lui sont complémentaires.

157 L'absolutisation du sujet est marquée en même temps et de manière ambivalente par la centralité des obligations juridiques, mais aussi par une grande désorientation face aux mutations sociales très rapides, complexes, voire menaçantes (mondialisation, devenir de l'environnement). D'où la recherche contemporaine de sens, d'identité, d'autonomie et de responsabilité aux niveaux professionnel et sociétal.

montre deux choses, d'une part, la pluralité n'est pas un accident extérieur, mais le déploiement d'une structure intérieure de toutes les fonctions directoriales exercées au profit de la société commerciale ; d'autre part, ces fonctions structurent une responsabilité, c'est-à-dire une cohérence interne à chaque acte de gestion et d'administration, une « probité » qui limite de l'intérieur les abus du pluralisme, c'est-à-dire la relativisation générale, la tendance à les écarter quand cela arrange le dirigeant, etc.[158]La conviction est que les sciences juridiques sont aujourd'hui confrontées à une crise de ses paradigmes dominants (légaliste, étatiste et positiviste) qui impacte considérablement la cohérence du discours et de la pratique du droit[159]. Il s'agira à cet effet, de comprendre et d'apprécier le degré d'intégration des préoccupations éthiques dans les dispositifs institutionnels et juridiques applicables aux activités économiques dans l'espace OHADA. C'est cette équation entre pluralité et cohérence qui se trouve mise en tension pour permettre la mise en relief les dimensions dynamiques d'enrichissement et d'autonomisation des deux logiques organisatrices du statut du dirigeant. Il s'agit à la fois de réflexions sur la situation pluraliste des sociétés commerciales bénéficiaires du partenariat, de l'opposition de ses parties prenantes et de l'analyse des conditions de réalisation du pluralisme dans les fonctions du dirigeant.

42. Même s'il est difficile de préjuger du caractère fécond de cette mise en tension entre la RSE et le statut juridique du dirigeant, il est certain qu'au regard des finalités poursuivies, elle devrait permettre le déploiement de tous leurs moyens au bénéfice du développement des affaires. Ayant disposé ainsi quelques-uns des traits qui marquent la condition pluraliste du dirigeant moderne, adaptée à son environnement et l'obligation inédite de cohérence interne à laquelle il se trouve abandonné, il est temps de rassembler ces différents éléments dans la conception pluraliste du statut du dirigeant, telle que nous le proposons. Le pluralisme et le changement de perception du positionnement des dirigeants forment le contexte immédiat de nos propos. Il s'agira également de définir les conditions

158 On recherchera les points d'équilibre entre les deux logiques et systèmes qui structurent pour une large part le statut du dirigeant et la pratique des affaires. En se focalisant sur la portée et la place de la dialectique RSE et droit des affaires dans l'espace OHADA, nous voulons cerner aussi bien la théorie que la pratique des différentes formes du contrôle social, pour mieux comprendre la logique des relations entre les différentes réponses de régulations consacrées.

159 Plutôt que de s'accommoder de la démultiplication des sources du droit et de tenter d'y introduire un peu d'ordre par le biais de quelques principes juridiques de synthèse, on feint de croire à la possibilité de vastes codifications. Il n'en reste pas moins qu'une science du droit critique doit pouvoir affronter ces remises en question et tenter, en se gardant cependant de tout effet de mode, de formuler un nouveau cadre théorique, plus englobant que l'ancien, susceptible à la fois de rendre compte des survivances du modèle précédent, des raisons de ses nombreuses transformations et des formes inédites que celles-ci revêtent.

ou les prérequis pour une contribution efficace des dirigeants sociaux des sociétés commerciales, et fixer le profil du dirigeant social. Il est évident alors que cela ne pourra se faire sans le filtre d'un devoir d'inventaire de leurs obligations légales et responsabilités en tant que « mandataires sociaux ». Le statut du dirigeant est juridique lorsqu'il est fait selon le droit, dans les formes requises par le droit ou plus exactement lorsqu'il est relatif au droit[160]. Ce statut est censé contribuer à la définition des dirigeants, tant du point de vue de leur identité que de leurs capacités. Ce statut juridique ne prend sens qu'à l'intérieur d'un univers composé d'autres statuts[161].

43. Structure de cette étude. -. Les dirigeants ne peuvent pas seuls faire le choix de l'intégration des principes de RSE, du moins prendre seuls les décisions dans ce sens. Ils doivent collaborer de manière étroite avec les associés qui détiennent *a priori* le pouvoir de droit dans la société commerciale. L'analyse sera axée sur l'articulation des pouvoirs dans la société commerciale qui, par ailleurs, en tant que personne morale, a des obligations non pas seulement vis-à-vis de ses associés, mais également envers toutes ses parties prenantes, c'est-à-dire, envers tous les groupes qui dépendent directement ou indirectement de ses décisions et de ses activités[162]. D'un autre côté, nous verrons qu'en réalité, le processus actuel de mise en œuvre de la RSE, en tant que phénomène original, ne constitue pas pour autant une approche de définition du rôle de la société commerciale réellement spécifique, en ce sens qu'il rappelle avec beaucoup plus d'acuité le caractère sociétal des fonctions du dirigeant de société commerciale vue comme une entité sociale. Ce n'est qu'en déterminant clairement le « statut juridique des RSE » qu'on peut éventuellement envisager d'y asseoir un régime juridique de responsabilité des dirigeants sociaux, quitte à définir les modes opératoires que devra prendre cette opération d'intégration des RSE dans le droit positif applicable aux sociétés commerciales. Nos analyses feront donc apparaître

160 Perçu en l'occurrence, comme cet ensemble de règles obligatoires ou interdits qui déterminent les rapports sociaux. Il apparait aussi comme cette faculté d'exiger quelque chose d'autrui, en vertu de règles reconnues, individuelles ou collectives.

161 La rigidité de la régulation juridique a conduit le système économique à s'emparer de l'éthique dont l'intrusion n'est pas exempte de critiques. On assiste à un gonflement du pluralisme des normes structurant les fonctions du dirigeant. Or, dans un Etat de droit, il est nécessaire que, avant d'agir, le gouverné sache où passe la frontière du licite et l'illicite ; de la sorte il sera à même de prendre en toute connaissance de cause ses décisions. Les dirigeants sociaux doivent prendre la mesure de l'étendue de leur liberté dans l'exercice de leurs activités entrepreneuriales, dans la mesure où, a priori, ils n'ont pas les moyens de faire valoir leur attachement aux préoccupations environnementales et sociales. A défaut, malgré le processus de déréglementation et de libéralisation des activités économiques, le contrôle étatique contre toute impunité doit pouvoir s'exercer pour un meilleur ajustement entre normes étatiques et les pratiques sur le marché.

162 R. E., FREEMAN, Strategic Management: A Stakeholder Approach, Pitman Publishing Inc., Marshfield 1984.

clairement l'impact d'une prise en compte des RSE dans l'édiction d'un régime de responsabilité des dirigeants sociaux en droit OHADA. Ce qui pourrai être un pari risqué. L'enjeu central du pluralisme juridique en l'occurrence restera alors la question de l'interaction des ordres juridiques étatiques et extra ou supra étatiques. Si ces ordres semblent a priori entièrement clos et indifférents à l'existence de l'autre, il va sans dire qu'il n'y aura aucune relation entre eux, et nous serons en présence de ce que Santi Romano a appelé l'« irrelevance » des ordres juridiques[163], qui, du point de vue de leurs logiques internes respectives, opèrent alors sur un mode moniste ou exclusiviste. Le plan de la présente thèse est dès lors tracé et structuré autour de la RSE appréhendée comme un instrument d'extension de la conception structurale[164] du statut de dirigeant social (PREMIÈRE PARTIE), mais aussi de la RSE saisie comme un instrument de renforcement de la socialisation du statut du dirigeant social soumis au droit OHADA (DEUXIÈME PARTIE).

163 S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. Par. L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1977, p. 106

164 « Qui concerne la structure », V. P. HARTING, *Recherche de morphologie synthétique*, Amsterdam, Van der Post, 1872, p. 65.

PARTIE I-

LA RSE, INSTRUMENT D'EXTENSION DE LA CONCEPTION STRUCTURALE DU STATUT DE DIRIGEANT SOCIAL

44. Fondamentalement, la RSE est la visée ultime et organisatrice des relations entre les différentes parties prenantes de la société commerciale. Elle apparaît comme un paradigme fécond pour la définition du statut du dirigeant en ce sens qu'on assiste à une mutation multiforme de ce statut due à un renouveau des préoccupations de sécurité, d'efficacité, de performance, de précaution et de légitimité des activités sociales. L'enjeu qui sous-tend cette question est capital. Il touche aux discours sur la nature de la société commerciale vue comme « un centre d'intérêt socialement protégé »[165], « un intérêt distinct des intérêts individuels »[166], « une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt[167] ». Il a vocation à orienter et á baliser les activités sociales si l'acte[168] de gestion qu'il engendre, tel qu'il se déploie, échappe inéluctablement, en fin de compte à leur emprise. Cet acte est envisagé toujours et de façon nécessaire du point de vue de l'auteur ici dirigeant qui en prend l'initiative par une décision préalable. Cette décision est le plus souvent considérée par la suite sous l'angle des intentions de celui-ci, et éventuellement évaluée en fonction de son degré de fidélité ou de conformité avec les visées de la société commerciale principalement[169]. L'initiateur de l'acte doit en garder la maîtrise. En l'occurrence, l'exercice de la responsabilité, qui ne saurait se vivre dans la conformité imposée par des acteurs tels les associés, exige la liberté du dirigeant qui ne saurait être considéré comme leur préposé. D'ailleurs, la constatation de toute forme de subordination conduirait le juge à requalifier le dirigeant en préposé ou à exclure la qualification de dirigeant. La situation juridique des préposés et du dirigeant de société

[165] J. WALINE, *Précis de droit administratif*, t. 2, Montchrestien, 1970, p.159.
[166] L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 2ème éd. par L. TROTABAS, 1924, n°53.
[167] L. MICHOUD, op.cit, par L. TROTABAS, 1924, n°54 *b*.
[168] L'acte, *actum*, en latin : ce qui est fait ou « agi ».
[169] Une telle conception de la société modifie la représentation de la figure du dirigeant.

commerciale sera distinguée[170]parce que l'un est subordonné, tandis que l'autre est parfaitement indépendant et dispose de pouvoirs de direction, de décision. La spécificité de son statut le met alors face à ses responsabilités. Si les droits sont revendiqués, les responsabilités sont assumées. Cette idée de responsabilité est apparentée à celle de garantie ; on dit : répondre d'une dette, d'un engagement, répondre de quelqu'un. Mais il n'y a pas là une espèce nouvelle de la responsabilité. Le dirigeant garant est un sujet passif désigné d'avance pour supporter la sanction, prévue pour le cas où serait violée la promesse expressément ou tacitement intervenue au nom et pour le compte de la société commerciale. Les responsabilités du dirigeant qui mettent en cause notamment son éthique personnelle ne se confondent pas avec la responsabilité sociétale de l'entreprise, même si l'une ne va pas sans l'autre. Il s'agira donc dans le second Titre de vérifier que la responsabilité sociétale du dirigeant résultant de sa fonction peut être opérationnelle en droit de la responsabilité. Et si la responsabilité est le corollaire de la liberté, elle est aussi la « rançon de l'autorité »[171]. Elle porte un intérêt à la décision de la société commerciale et dans cette optique, aux visées et modalités prévues de l'action, en accordant alors une attention particulière à l'évaluation de ses conséquences prévisibles. Or c'est là, dans le déploiement concret de sa fonction et dans ses processus réels que surgissent des questions nouvelles renvoyant à des enjeux d'ordre éthique, social ou d'ordre politique et institutionnel qui ne sont dès lors pas pris en compte. Ce statut construit spécifiquement à l'endroit des dirigeants sociaux sera manipulé avec méfiance car son statut légal est loin d'être exhaustif. Le législateur OHADA n'a statué que sur des points qu'il souhaite dérogatoires au droit commun de sorte que rien n'empêche que le dirigeant social soit sensible, à raison de l'objet de son mandat et de sa fonction, à la RSE. Cette dernière ne peut être assumée que par des individus[172]. Le paradigme du dirigeant, agent socialisé,[173] suppose la plupart du temps que les règles soient le fruit de processus sociaux qui dépassent absolument le dirigeant et s'imposent à lui.

45. La RSE suppose que le dirigeant peut agir sur les règles et que ces règles peuvent être affectées par les actions du dirigeant en raison de sa fonction[174], c'est-à-dire l'« ensemble

---

[170] C. MANGEMATIN, la faute de fonction en droit privé, Université Montesquieu - Bordeaux IV, Thèse, 2012, p.28.

[171] P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, réf. préc., n°16

[172] M.FRIEDMAN, « The social responsability of Business Is To Increase Its Profits », The New York Times Magazine, 13 September 1970.

[173] Le dirigeant agit au sein de règles collectives qui guident son comportement.

[174] La fonction peut être définie comme « l'exercice d'un emploi, d'une charge », *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2011.

des pouvoirs et devoirs appartenant *ès* qualité, à l'organe d'un groupement »[175]. C'est donc tout naturellement qu'il sera possible de constater que d'une manière abstraite, le degré de prégnance de la structure sociétale du statut maintient la structure juridique en place et la fait évoluer, c'est-à-dire la change, la renforce. Il met en structure les attributions sociales et les responsabilités du dirigeant pour faire du dirigeant un agent socialisé responsable (TITRE II), titulaire de pouvoirs résultant de la RSE (TITRE I).

TITRE-I. LA DÉFINITION DU DIRIGEANT COMME AGENT SOCIALISE DÉTENTEUR DE POUVOIRS RÉSULTANT DE LA RSE

46. On est tenté de penser que les Actes uniformes ne donnent pas à la notion de dirigeant sa véritable portée, en ce qu'ils méconnaissent souvent les exigences de fait. Leur récurrence rappelle avec insistance le rôle économique que doit jouer le dirigeant. Cette perspective a fini par montrer ses limites, ses caractères défectueux ou incomplets. Le silence, peut-être volontaire, qu'ils adoptent, appelle aujourd'hui quelques interprétations en faveur d'une relecture des pouvoirs du dirigeant, en raison des fonctions sociétales de la société commerciale. La réflexion sur la RSE qui légitime la comparaison de l'entreprise à une organisation sociale réflexive dont les actions produisent du sens, tout en s'en nourrissant, doit connaître une évolution riche en propositions de diverses natures orientées vers l'amélioration de l'action et de la finalité des activités sociales. La RSE justifie la formulation de paradigmes destinés à refléter les exigences essentielles en matière de gestion, d'administration et de direction des sociétés commerciales. Elle appelle la reconnaissance du statut de mandataire d'intérêt commun du dirigeant de société commerciale **(Chapitre I)** et le renforcement du statut normatif du dirigeant exécutif, cadre de valorisation de la proactivité du dirigeant en matière de RSE (**Chapitre II).**

[175] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 2011, *V°* fonction.

CHAPITRE-I. LA RECONNAISSANCE DU STATUT DE MANDATAIRE D'INTÉRÊT COMMUN DU DIRIGEANT SOCIAL

47. Selon que le générateur des pouvoirs et de la représentation qui s'y rattache est un fait ou un acte juridique, la qualification légale ou contractuelle s'impose. Il est par contre incontestable qu'après l'acte générateur de volontés créant la société, le législateur, selon le type de société, ordonne plus ou moins largement ses propres volontés[176]. En ce sens, si la « *qualification de mandataire fut remise en cause lorsque la faculté accordée aux associés de déléguer leurs pouvoirs devint obligation et lorsque le contenu des pouvoirs conférés aux dirigeants fit l'objet d'une réglementation impérative [...], il subsiste certains aspects contractuels du statut du dirigeant. Il n'est certes pas le mandataire type du Code civil* »[177], toutefois le mécanisme de représentation sociétaire repose sur les mêmes bases que n'importe quelle autre situation juridique de représentation parfaite. Cette perspective d'analyse des pouvoirs et prérogatives du dirigeant peut étonner lorsque l'on considère qu'elle s'appuie sur la qualification d'essence contractuelle encore restée majoritairement jugée inadéquate à savoir la qualité de mandataire du dirigeant de société commerciale. Certains auteurs considèrent qu'il est impossible pour le dirigeant de réfuter le « *contrat social statutaire* »[178], l'acte de société malgré l'interposition de la personne morale. Ce contrat pose, clarifie les finalités et les règles du jeu entre la société et le dirigeant et en ce sens qu'il symbolise également l'engagement moral et politique de ce dernier. A ce titre il peut constituer un instrument qui freine, bloque et fige les relations. L'approche classique du mandat adossé à un contrat qui est représenté de manière à ne créer que des obligations déterminées d'essence économique, au profit des associés, doit être dépassée. Cette conception présente quelques restrictions qui rendent incertaine son instrumentalisation au profit de la RSE (**section II).** Or, ces obligations adossées à sa fonction appellent une définition du mandat social en un mandat d'intérêt commun **(section I)** mis au service de la gestion et de la direction d'une structure collective et sociétale durable.

176 Stéphane ASENCIO, Le dirigeant de société, un mandataire «spécial» d'intérêt commun, Revue des sociétés 2001 p. 683

177 Art. 1984 et s. c. civ. - Sur le mandat, V. l'étude effectuée par F. Collart Dutilleul et P. DÉLEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, 3e éd., 1996, n° 628 et s., p. 491

178 Ce « contrat social statutaire » se veut un accord entre les associés pour cohabiter autour de projet commun. Il délimite et impose les règles de vie sociales, les relations hiérarchiques. Le dirigeant peut certes refuser de s'y plier, mais dans ce cas il engage sa responsabilité et s'expose à la révocation. De ce point de vue, les obligations positives du dirigeant provenant du contrat de société sont des obligations de faire.

SECTION I. La définition du mandat d'intérêt commun, moyen approprié de renforcement des pouvoirs du dirigeant

48. À la lecture des dispositions de l'AUSCGIE, il est difficile de considérer que le dirigeant est un simple mandataire malgré la dénomination souvent de mandataire social. Or, « toute société doit [...] être constituée dans l'intérêt commun[179] des associés »,[180] parties au contrat de société. L'intérêt commun devrait donc irriguer et diriger le fonctionnement des sociétés[181]. Il est possible de relever à ce propos, à la suite notamment de M. GIBIRILA que *« les responsables sociaux ne peuvent en aucun cas être les mandataires des associés dans la mesure où ils interviennent au nom et pour le compte de la société. Ils ne peuvent davantage être les mandataires de la société car le mandat suppose la rencontre de deux volontés et que la société ne dispose pas d'une volonté autonome »*[182]. Ce mandat spécifique doit ainsi être réinterprété et reconnu comme fondement des mécanismes d'une gouvernance responsable. Cette conception permet d'ouvrir la compréhension du statut du dirigeant pour lui lancer un pont vers les réalités de plus en plus présentes de la gouvernance.[183] Cela a donc pour conséquence de permettre essentiellement la collaboration (§1) et la sécurisation (§2) des rapports entre le dirigeant et la communauté des associés nécessaires à la mise en œuvre même de projets de société commerciale viables.

179 Art. 4 AUSCGIE

180 T. HASSLER, L'intérêt commun, RTD com. 1984, p. 581, spéc. p. 588 ; V. aussi J. GHESTIN, Les diffuseurs de presse bénéficient-ils du régime du mandat d'intérêt commun ? D. 1994, Chron. p. 73. - Collart-Dutilleul et DÉLEBECQUE, op. cit, p. 586

181 De toutes les sociétés d'ailleurs, D. SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés, JCP 1994, I, n° 3793, spéc. n° 1.

182 P. Le CANNU, Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions, Bull. Joly Sociétés 1995, note 19, n° 19, p. 643.

183 Certes le dirigeant doit agir de ce point de vue et en toutes circonstances dans le respect du « mandat » qui lui est donné et surtout des statuts de la société, mais il doit, par ailleurs, inscrire la société commerciale dans la durée. De sorte que le mandat d'intérêt commun appel un dépassement des seules parties au contrat « associés et dirigeant » et intègre la sphère sociale. C'est naturellement que l'on considère que son champ d'influence s'étend aux tiers qui subissent des conséquences plus ou moins importantes, même si le contrat ne crée pas d'effets obligatoires à leur égard. Déjà le législateur OHADA semble intégrer cette perspective, en ce sens qu'il rend la société responsable des parties prenantes sur le fondement d'appréciation relevant d'une mauvaise exécution ou d'une inexécution des prévisions de leur contrat.

§ 1. Le mandat, un outil de collaboration entre le dirigeant et les autres organes de la société commerciale

49. Au sein de la société commerciale ce n'est pas l'affrontement des parties prenantes qui doit être le principe organisateur mais la juste relation des personnes, en fonction de leur rôle au service de tous. De ce point de vue, le mouvement croissant d'intégration de la convention de direction à la sphère sociale requiert une véritable collaboration avec la collectivité des associés[184]. Pour ce faire, l'usage de la technique contractuelle doit constituer une étape de réflexion et de négociation entre les parties prenantes pour fixer les règles qui permettent notamment de collaborer au mieux et plus simplement leur relation. Cette collaboration fait du dirigeant un mandataire titulaire de pouvoirs délégués (A), mais nécessairement appropriés (B), aux regards de l'intérêt social.

A. Le dirigeant, un mandataire titulaire de pouvoirs délégués

50. Une attention particulière est être portée sur l'acte de délégation des pouvoirs à établir au profit des dirigeants. Passage incontournable vers l'exercice des fonctions des dirigeants, cette délégation s'appuie sur la confiance à leur endroit et sur l'abandon d'une partie de son pouvoir au profit d'un collaborateur qui doit, de manière efficace, exercer ses fonctions. La mise en œuvre de ses pouvoirs délégués répond de ses fonctions.

1. La mise en place de délégation de pouvoirs au profit du dirigeant

51. En principe, les dirigeants voient leurs pouvoirs déterminés par les associés dans l'acte de société ou tout acte ultérieur auquel les statuts ou la loi renvoient[185]. Les statuts sont des dispositions semi-conventionnelles qui régissent les relations entre associés et la société, les associés entre eux, et enfin, la société et les tiers. À ce titre et suivant les dispositions de l'Art.12 AUSCGIE, « *les statuts constituent soit le contrat de société, en cas de pluralité d'associés, soit l'acte de volonté d'une seule personne, en cas d'associé unique* ». Elles suppriment les dispositions de l'article 12 de l'AUSCGIE adopté en 1998 qui conféraient aux associés signataires la qualité de « signataires » des statuts en ces termes : « *Les associés propriétaires de la société doivent choisir et signer les statuts autorisés par l'acte*

184 Il est certain en effet, que même si le leadership du dirigeant est important pour une opérationnalisation des principes et normes RSE, il reste souhaitable, voir indispensable que les associés sont étroitement associés à la définition de la *politique générale* de la société en matière de RSE. Dès lors, la poursuite de la RSE exigera une parfaite collaboration entre le dirigeant, les associés et la société représentée, dirigée et administrée pour le compte des tiers par un dirigeant, personne physique ou morale, actionnaire ou non, de la Société.

185 POUGOUÉ (P.-G.), et al., Encyclopédie du droit de l'OHADA, Paris : Éditions Lamy, 2011, p.705

uniforme de l'OHADA ». La notion de « propriétaire » utilisée dans cette disposition met en lumière l'emprise des associés sur la société qui est leur propriété exclusive. La suppression de cette mention ne préjuge toutefois pas de la volonté du législateur. De ce point de vue, la liberté contractuelle est de mise en matière de délégation ou de limitation de pouvoirs du dirigeant nommé. Sa reconnaissance au profit des associés ou fondateurs de la société commerciale touche notamment à « *l'action commerciale, la gestion industrielle, la gestion des ressources humaines, la gestion administrative et financière, la stratégie générale et prestation de direction* », en un mot, à l'ensemble des fonctions de direction générale de la société[186]. Ainsi, sans marginaliser l'acte unilatéral[187] à l'origine des pouvoirs du dirigeant, l'accent est mis sur le contrat de société structuré autour du statut. Le paradigme du « contrat social statutaire » de la société commerciale suppose que la majorité des parties prenantes internes est en mesure de former ses positions politiques, ses besoins et ses contraintes, de les traduire sous la forme de règles générales s'appliquant à tous. C'est donc un paradigme qui demande beaucoup à chaque contractant[188]. De ce point de vue, il apparaît comme un exécutif soumis aux statuts de la société. Ces statuts apparaissent alors comme un acte réglementaire, issu d'une volonté unilatérale[189] liée au fait que l'acte s'impose à son destinataire sans son consentement. Ils sont, au contraire, contractuels s'ils règlent « la conduite de sujets qui ont donné leur consentement »[190]. Ainsi, si on se base sur le consentement pour établir le caractère unilatéral ou contractuel d'un acte, on serait conduit à considérer la situation juridique du dirigeant comme étant contractuelle dans la mesure où il l'a acceptée.

---

186 Cela permet de dire, que le statut contractuel du dirigeant énonce les conditions fondamentales d'emploi, ainsi que ses droits, obligations et devoirs essentiels. Certains de ces privilèges (notamment rémunération), les prérogatives et responsabilité du dirigeant sont formalisés et définis dans le cadre de l'accord de direction entre la société commerciale et le dirigeant. Cet accord qui se veut un « acte de délégation » des pouvoirs, peut prendre la forme de convention de direction, de clauses contenues dans les statuts de la société commerciale principalement.

187 L'acte unilatéral est l'acte qui émane d'un seul auteur. Il « se reconnaît à l'unicité de son auteur », alors que le contrat ou l'acte contractuel « naît de la rencontre ou de la conjonction de plusieurs volontés », c'est-à-dire qu'il a plusieurs auteurs. Un acte fait par plusieurs auteurs est un acte unilatéral si les volontés de ses auteurs convergent vers un même but. En revanche, il est contractuel si les volontés sont divergentes. Voir aussi A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, « Traité des contrats administratifs », t.1, 2ème éd. 1983, pp. 55 & 56.

188 Dans les deux cas, le statut constitue l'axe central, le cadre formel de l'intervention du dirigeant. Ainsi, pour le dirigeant social l'acte d'acceptation de sa nomination et sa désignation se réduisent à une adhésion à un contenu contractuel prédéterminé par les associés dans les statuts.

189 Pour reprendre les notions de Judith ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé. 2 éd.PUF. 2011

190 F. MODERNE, DELVOLVE (P.), « Traité des contrats administratifs », t1, L.G.D.G., 2ème éd. 1983, pp. 55 et 56.

52. Or, il est connu que cela n'est pas le cas puisque sa situation est légale et réglementaire[191]. Ces statuts figent les relations et se veulent le lieu possible du pouvoir des associés considérés comme la partie « forte »[192] . Les obligations positives créées par le contrat de société étant des obligations de faire, le dirigeant peut être dans une situation inconfortable. Cette situation du dirigeant va justifier que le droit OHADA intervient pour circonscrire la source contractuelle de son obligation d'agir. Il ne faut pas perdre de vue à cet effet que l'autorité est toujours plus ou moins présente dans le contrat. À cet égard, il conviendra de souligner qu'elle y intervient pour limiter la liberté contractuelle et non pour la supprimer. Ce contrat comporte en réalité deux genres de dispositions. Une partie des dispositions est librement négociée et fixée par les associés parties au contrat de société. Elle « n'est aucunement guidée ou même prévue par le texte générateur de la convention. C'est le terrain privilégié de la traduction de l'intelligence des parties »[193]. L'autre partie porte sur « l'insertion obligatoire de certaines clauses »[194] dont l'objet seul est imposé. Ce dernier est même d'ordre public, c'est-à-dire que les parties ne peuvent pas le méconnaître. Néanmoins, elles demeurent libres d'en fixer le contenu et les modalités d'application. Cela rejaillit sur la nature du mandat du dirigeant et son statut[195].

53. En outre, se bornant à évoquer le pouvoir de représentation, l'article 1984 du code civil ne fait aucunement référence (ou, du moins, pas directement) à l'autonomie ou au dynamisme du mandataire (volonté de représentation). Or, on a également vu que la représentation suppose que le représentant prenne une part effective dans l'élaboration des droits ou des obligations dont le représenté sera investi ou tenu[196]. Le dirigeant est cette

---

191 On considère qu'il en est ainsi parce que le dirigeant n'a pas consenti à l'élaboration et à l'édiction du statut de la société commerciale encore moins à son propre statut juridique.

192 P. LOKIEC, Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, préf.A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004.

193 D. DURR, « Les contrats à clauses obligatoires », L.P.A., 21 juillet 1989, n° 87, p. 10 & s. (page 13)

194D. DURR, ibid.

195 Aux termes de l'Art. 1984 du Code civil français, « *le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Cette définition comporte, à l'évidence, certaines lacunes. En particulier lorsque le texte parle de « *faire quelque chose* », on pourrait penser, à tort, que le mandat permettrait de réaliser, à titre principal, des actes matériels. Or, on a vu que la représentation dont il est question tend avant tout à la conclusion d'actes juridiques, qu'ils soient multilatéraux (contrats) ou unilatéraux (actes juridiques unilatéraux).

196 Le texte semble tenir pour synonymes les termes de mandat et de procuration, ce qui n'est pas tout à fait exact. En effet, le mandat est le contrat signé, l'accord des volontés ou *negotium*, alors que la procuration ne constitue que l'écrit qui constate l'existence du contrat, c'est-à-dire l'*instrumentum* (avec le consensualisme, l'écrit n'est pas en principe requis). La définition légale du contrat de mandat mériterait donc d'être, sinon rectifiée, du moins complétée ou précisée en ces termes : c'est une convention par laquelle une personne, appelée mandant (du latin « *mandator* »), donne à une autre appelée mandataire (du latin « *mandatarius* »), le pouvoir, que celle-ci accepte, d'accomplir en son nom, pour son compte et sans subordination un ou plusieurs

personne exerçant une mission pour le compte de la société au nom de laquelle il est habilité à agir. La principale difficulté viendrait plus de l'application du droit commun des contrats par les sociétés commerciales que du droit des sociétés lui-même[197] d'où pourraient découler à nouveau des volontés autonomistes du droit commercial à l'égard du droit des obligations civiles[198]. En l'occurrence, nous estimons à la suite de Monsieur Gibirila que « la qualification de mandataire peut sembler inexacte car la société n'a pas de volonté propre nécessaire à la conclusion d'un contrat »[199]. Cependant, l'assemblée des associés a une volonté collective qui, « parce qu'elle n'est pas automatiquement unanime et parce qu'elle résulte d'un processus d'élaboration spécifique, est propre à la société »[200]. Cette volonté de l'assemblée est capable d'exercer les droits de la société et particulièrement de l'engager dans un lien contractuel[201] ; elle peut donc permettre à la société de confier à certaines personnes les fonctions de dirigeants[202]. Ceci dit, même si l'on admet la possibilité de définir les rapports entre le dirigeant et la société sous le rapport du mandat reçu, les associés ayant la possibilité de limiter les pouvoirs du dirigeant, il faut toutefois relever qu'« *il s'agit d'un mandat de type particulier auquel les règles du droit commun sont inapplicables* ».[203]Le législateur OHADA, tout en conférant des pouvoirs extensibles, du moins des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom et dans les limites de l'objet social de la société aux dirigeants, n'en fixe pas moins quelques limites qui peuvent découler du contrat qui lie le dirigeant à la société et non aux associés. À cet effet, M.DURR écrivait, à juste titre, que les contrats à clauses obligatoires « contiennent en des proportions diverses les notions de liberté et de soumission »[204] à

---

actes juridiques. On relève que l'Art. 457, al. 1er, du COCC adopte pour l'essentiel cette définition : « le mandat est un contrat par lequel le mandant donne au mandataire le pouvoir de faire en ses lieux et place un ou plusieurs actes juridiques ».

197 M.M. MOHAMED SALAH, La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires, RJ com. 1997, p. 297 et 1998, p. 1

198 Pour des références bibliographiques sur le sujet, M.M. Mohamed Salah, ibid., note 3, p. 297.

199 D. GIRIBILA, Le dirigeant de société, statut juridique, social et fiscal, op. cit., 1995, n° 11, p. 11.

200 C. PRIETO, La société contractante, th. PUAM, 1994, n° 152, p. 107. V. également le n° 49 et s. dans lesquels l'auteur montre qu'il « émane de l'assemblée des associés une volonté sociétaire authentique ».

201 Sur ce point, v. C. PRIETO, La société contractante, th. préc. n° 49 et s

202 H. AUBRY « La responsabilité des dirigeants dans la société par actions simplifiée », Revue des sociétés, chr. 2005.p.793.

203 « *Le droit des sociétés y suppléant par ses dispositions propres ; que dans la grande majorité des cas, il s'agit de mandataires qui se désignent eux-mêmes pour représenter leurs propres intérêts, qui se rendent compte, à eux-mêmes, de la fidèle exécution de leur mission et s'en donnent quitus* », Conf C. CHAMPAUD, Le droit des affaires, PUF, coll. Que sais-je ?, 1981, p. 99

204 D. DURR, Ibid., p. 11.

l'autorité ou encore de « liberté » et d'« *interventionnisme rigide* »[205]. Les interventions de l'autorité dans le contrat ne remettent donc pas en cause le fait que ce dernier a son fondement dans la liberté. Les aspects contractuels ont donc vocation à avoir une incidence non négligeable sur le positionnement stratégique du dirigeant en matière de RSE. Ils déterminent la confiance des associés vis-à-vis des dirigeants[206]. Il en est ainsi même dans les hypothèses où la personne acquiert la qualité de dirigeant malgré elle, mais simplement en raison de sa qualité d'associé en nom collectif[207], ou d'associé commandité[208]. Ces dirigeants le sont donc du fait de la loi et en dehors de tout consentement. En dehors de ces hypothèses, il est procédé à une attribution conventionnelle de pouvoirs nécessaires pour diriger la société commerciale.

2. La fonction de la délégation de pouvoir de décision au profit du dirigeant

54. L'objet de l'acte juridique qui nomme une personne dirigeante c'est l'obligation qu'il crée[209] et les droits qui en découlent[210]. L'acte de délégation a pour fonction de permettre aux associés de déterminer et de limiter les pouvoirs du dirigeant. Cela répond d'un certain nombre d'exigences liées au régime des contrats, notamment en matière de détermination

205 D. DURR, op.cit., p. 10.

206 Le professeur Paul Didier fera observer à ce propos d'ailleurs que « les rapports des associés avec leurs dirigeants sont des rapports de mandants à mandataires, ceux-ci ayant la charge de gérer et de faire fructifier les capitaux que ceux-là leur confient ». Conf. P. Didier, Théorie économique et droit des sociétés, in Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain SAYAG, Litec, 1997, p. 236. Adde, P. Didier, Droit commercial. Tome 2. L'entreprise en société, 2e éd., PUF, 1997, p. 199 : « [...] à condition d'en avoir une conception centrée sur l'essentiel, la qualification de mandat est une institution qui correspond bien aux relations qui existent entre les dirigeants sociaux et leurs associés et actionnaires ».

207 Dans les sociétés en nom collectif, tous les associés sont réputés gérants à défaut d'organisation de la gérance par les statuts. Voir Art. 276 AUSCGIE. B. MERCADAL, JANIN.Ph, Memento pratique Francis Lefebvre, page 229. Lorsque tous les gérants ont démissionné de leurs fonctions, tous les associés sont réputés gérants (Cass.com.24 octobre.1977, JCP, IV, 310).

208 Dans la société en commandite simple, tous les commandités sont des gérants, sauf stipulation contraire des statuts. La conséquence c'est qu'accepter d'être commandité emporte l'acceptation de revêtir la qualité de dirigeant social. V. Art. 298 AUSCGIE et Art. L.221-3 du code de commerce français.

209 F. TERRE, Introduction générale du droit, 5e éd., Dalloz, 2000, page 315. L'acceptation de ses fonctions par le dirigeant peut être expresse ou tacite. Il peut s'agir d'une lettre de l'intéressé ou de sa signature en pied de la décision l'ayant nommé.

210 Selon FREIDMAN, « dans une économie de libre entreprise et de propriété privée, le mandataire social est un employé des propriétaires de l'entreprise. Il est directement responsable vis-à-vis de ses employeurs. Cette responsabilité est de mener les affaires en fonction de leurs désirs, qui seront généralement de gagner autant d'argent que possible tout en respectant les règles de base de la société (…). », V. Friedman M. « *The social responsability of business is to increase profits* », New York Times Magazine, 13 septembre 1970.

de l'objet et de la cause[211] du contrat. C'est un outil qui permet de décrire les missions et les attributions d'une personne. Généralement, il s'agit d'un document écrit qui fait également ressortir les délégations de responsabilités. La fonction de l'attribution des pouvoirs est donc à rechercher sur ces deux points, les associés étant en principe, les seuls habilités[212] à confier à la direction exécutive les pouvoirs nécessaires pour lui permettre d'assumer ses responsabilités et obligations. Ces obligations sont donc inhérentes à l'objet de la désignation ou de la nomination, c'est-à-dire la gestion, la direction et l'administration, l'ensemble des actes à accomplir ou à ne pas effectuer dans la société commerciale. Ils ne doivent pas de ce point de vue s'immiscer dans la gestion, le dirigeant étant tenu de respecter les pouvoirs de décision conférés. La convention de direction ainsi envisagée permet aux parties de retirer un intérêt de l'existence du contrat[213] qui aménage la gouvernance de l'entreprise. En ce sens, « *l'enjeu n'est pas de représenter les intérêts des parties pour s'assurer que les dirigeants les prennent en compte mais plutôt d'assurer aux dirigeants les moyens de concevoir et de conduire le projet pour lequel ils ont été missionnés* »[214]. Aussi, le dirigeant doit avoir une marge de manœuvre suffisante pour proposer et mettre en œuvre la stratégie de la société en tenant compte de ses valeurs, du niveau de risques qu'elle accepte de prendre et de ses politiques clés. Dès lors, les démarches RSE permettent à ce dernier, sans procéder à une remise en cause absolue de la décision unilatérale du dirigeant en matière de gestion et d'administration de la société commerciale, d'être plus efficace. Il s'agit bien évidemment que le système choisi soit le plus représentatif possible et que les orientations soient le résultat d'un processus le plus participatif et légitime possible, tout en laissant au dirigeant, une autonomie quant à la gestion au quotidien. Cette exigence permet de veiller à la fonctionnalité et à la productivité du mandat qui lie le dirigeant à la communauté des associés.

55. Dans les sociétés anonymes à conseil d'administration par exemple, on notera que ce dernier, même s'il ne peut être considéré comme dirigeant de la société, a des pouvoirs généraux. Ces attributions confèrent la qualité d'acteur, d'organe de direction au CA qui a

211 La convention de direction ou de management doit être causée. Cette cause renvoie au motif déterminant pour lequel le dirigeant s'est engagé, en conformité avec l'Art. 1131 du code civil qui dispose que « l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet »

212 Les statuts déterminent librement les organes de gestion de la société commerciale.

213 M.FAVRE-MAGNAN, Droit des obligations, Thémis, Puf Droit, T.1, 2e éd., spéc.p.405 s.- sur le rapport entre la cause et l'intérêt, le Vocabulaire juridique, Association Capitant, 7e éd. Par G. CORNU définit la cause comme « l'intérêt de l'acte juridique pour son auteur ». Également, P. Malinvaud et D. Fenouillet, Droit des obligations, 11e éd., Litec 2010, spéc. N°316.

214 Antoine LYON-CAEN / Quentin URBAN , La crise de l'entreprise et de sa représentation, L'entreprise menacée par le droit (ou l'absence de droit) ?,1er éd. Dalloz, 2012.

une portée réelle dans le système de collaboration entre les organes sociaux soumis au droit OHADA. Il en est de même également en France où depuis la Loi NRE du 15 mai 2001[215] : « le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité 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 »[216]. Cela dit, ce conseil d'administration peut signer une convention de direction avec une personne physique ou morale. Cette convention est relative à l'organisation des rapports entre ce CA et la direction générale. Cela entre dans le cadre d'une « meilleure contractualisation des aspects les plus importants de la relation entre le directeur général et le CA »[217] et permet une gouvernance de qualité.

56. Tous ces pouvoirs font qu'il serait pertinent qu'il entretienne de bons rapports de partenariat avec le dirigeant social dont il contrôle la direction conformément aux grandes orientations stratégiques de la société qu'il dirige[218]. Cette perspective de collaboration offre la possibilité pour le dirigeant d'aller souvent au-delà des textes statutaires chaque fois que de besoin, sans que son intervention ne soit sanctionnée. Cela dit, afin d'éviter les divergences dues à des interprétations différentes, l'objet de l'engagement du dirigeant doit être certain, c'est-à-dire suffisamment précisé dans l'acte de nomination pour que l'on sache ce que les associés au contrat de mandat ont voulu lui confier comme mission. C'est d'ailleurs pour cela que le droit OHADA vient suppléer la volonté des associés en définissant les attributions du dirigeant dans leur généralité. Toutefois, il nous faut préciser que les actes et prestations doivent être possibles, c'est-à-dire qu'il ne peut être attendu ou demandé au dirigeant l'impossible. Il faut donc prendre la mesure de la nature du contrat qui lie le dirigeant aux associés et de voir sa portée. Ce contrat a l'avantage de préciser les différents pouvoirs consacrés définis par les statuts conformément aux règles impératives de l'OHADA et la liberté des associés[219]. Cette détermination des pouvoirs doit être en

215 A. THEIMER, « Le renforcement des pouvoirs du conseil d'administration depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (loi NRE) », Dr. sociétés, déc. 2001, rep. p. 3, spéc. p. 4

216 Art. L. 225-35 alinéa 1er du Code de commerce

217 F. DANGEARD, *La décision de crise dans l'entreprise*, Odile Jacob, 2011, p.216.

218 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, Traité de droit de affaires, t. 2, Les sociétés commerciales, préc., spéc. n° 1670-2 p. 498 - CH. REYNAUD et J. BARDOUL : « L'administration et la direction générale des SA », *in* « 10 ans de droit de l'entreprise », Librairies Techniques 1978, p. 125, spéc. p. 134 et s.

219 L'enjeu en l'occurrence se pose en termes de souplesse dans le fonctionnement notamment en termes de prise de décision, les possibles enjeux de pouvoirs, la pérennité et la viabilité de la société ou groupes de

cohérence avec la responsabilité sociétale de la société commerciale. Ce processus n'est donc opératoire que lorsque l'organisation sociétaire possède la double caractéristique de transparence et de stabilité, mais aussi permette au dirigeant d'assurer ses fonctions directionnelles et de gestion. Il doit disposer de pouvoirs appropriés quelles que soient leurs sources.

B. Le dirigeant, un mandataire titulaire de pouvoirs appropriés.

57. Le dirigeant doit être considéré comme un échelon opérationnel[220]. Le renouveau du mandat social devrait nous amener à raisonner non en termes de tâches figées, mais d'objectifs à atteindre respectueux des attentes de toutes les parties prenantes. La mise en œuvre de ses missions est soumise à des exigences de compétitivité ne permettant plus d'optimiser les systèmes de gouvernance de façon isolée. La capacité à collaborer, à interagir positivement devient la principale source de valeur ajoutée dans l'économie actuelle. Les pouvoirs délégués aux dirigeants ne doivent pas correspondre à des tâches figées (1), mais doivent plutôt être conformes[221] aux objectifs sociaux (2).

1. L'abandon de l'approche exclusive de détermination de tâches figées pour le dirigeant

58. La fonction de direction est une des pierres angulaires de l'organisation des sociétés commerciales. Le dirigeant assume des obligations qui l'investissent de responsabilités particulières vis-à-vis non seulement de la société, des actionnaires, mais également des tiers. En ce sens, le mandat social du dirigeant dépasse le cadre strict de définition de tâches à la charge des dirigeants. Il permet généralement d'assurer la direction opérationnelle des affaires de l'entreprise tout en facilitant le contrôle interne. De ce point

---

société (animation, financement, institutionnel, etc. L'exigence de souplesse doit permettre de rendre réactif et proactifs le dirigeant ou la communauté des associés ou les autres organes sociaux. En effet, le dirigeant peut subir les problèmes de lenteur et de lourdeur quant aux mécanismes de prise de décisions dans la société commerciale. Dans le cadre d'une démarche RSE, les situations de prise en compte des intérêts de toutes parties prenantes étant plus complexes et diverses, il ne s'agit pas de les rendre encore plus rigide, bloquant de ce fait les prises d'initiatives et ralentissant les activités sociales. En ce sens le dirigeant a vocation à disposer d'un pouvoir d'influence pour élargir et enrichir le contenu de son prestation en faveur de la société commerciale.

220 La considération dominante dans le recrutement, la nomination et la fixation des conditions d'exercice de la fonction doit être la nécessité d'assurer à la société commerciale les services de personnes possédant les plus hautes qualités de travail, de compétence et d'intégrité.

221 C'est ainsi que le caractère approprié des pouvoirs conférés se mesure au regard des enjeux, des risques de l'exercice du pouvoir et dans les qualités à développer, pour bien exercer le pouvoir de dirigeant.

de vue, l'incomplétude de contrat de mandat doit être mise au centre de l'analyse[222]. En effet, on considère que lorsque le contrat est incomplet, toutes les dimensions de la relation contractuelle ne sont pas définies dans le contrat initial[223]. Cela veut dire qu'un certain pouvoir discrétionnaire doit être alloué pour compléter les modalités de la relation contractuelle durant l'exécution du contrat. Dans la réalité, les associés ne peuvent pas toujours anticiper toutes les obligations liées aux états possibles de la nature. Il précise les missions de la personne qui occupe le poste de dirigeant, les objectifs qui lui sont assignés, les pouvoirs qui lui sont conférés. Il précise également les attributions, c'est-à-dire les responsabilités, ses compétences, ses tâches spécifiques. À ce propos, même si le dirigeant assure des prestations de services de direction générale ou exécute un contrat de travail particulier, on peut se demander si le dirigeant a le pouvoir de négocier les objectifs et les moyens de son service ? Cela devrait être possible, surtout lorsque les questions de gouvernance d'entreprise, de rémunération et de contrôle sont définies dans les statuts de la société commerciale. Le postulat c'est que toutes les responsabilités et tous les pouvoirs nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise doivent être bien identifiés et affectés au dirigeant.[224]Le Législateur OHADA prévoit également la possibilité de nomination et, par conséquent, la signature de contrat de direction après la signature des statuts. Cet acte de nomination n'a pas été défini[225] et autorise le recours à divers instruments juridiques au service de la direction des entreprises. La rationalisation des instruments juridiques s'impose alors, la société et le dirigeant devant signer une convention de direction qui énonce notamment des engagements généraux, des obligations des parties, allant des simples déclarations de principes en passant par des principes éthiques, pouvant conduire à de véritables engagements contractuels, ou encore des obligations pouvant être même de résultat. Cette convention peut contenir la réglementation des relations techniques qui, pour chaque dirigeant ou pour chaque catégorie de dirigeants, peuvent exister entre les

222 Il est impossible dans un monde complexe de prévoir et décrire sans ambiguïté tous les événements susceptibles d'intervenir dans une relation contractuelle ou d'être pris en compte dans le contrat initial. ce concept d'incomplétude a des répercussions sur l'approche strictement juridique du contrat.

223 Hart O. et Moore J., Property Rights and the Nature of the Firm, *Journal of Political Economy*, (1990, 98(6). Grossman S. et Hart O., The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, *Journal of Political Economy*, (1986, 94(2)

224 Cela semble difficile lorsqu'il est pris en compte la complexification de l'environnement économique ou juridique des sociétés. De ce point de vue, l'adoption de clauses statutaires de direction ne suffit pas à fixer les mécanismes d'exercice de la mission de dirigeant, à moins que leurs contenus soient malléables. Par conséquent, les associés rédigent leurs contrats tout en sachant qu'ils ne peuvent couvrir toutes les éventualités. Ils les structurent de leur mieux en rédigeant des clauses générales afin de minimiser les coûts qu'engendrerait une description détaillée.

225 Il n'y a pas de définition légale de cette convention de direction.

différents engagements qu'ils ont conclus[226]. On notera qu'il s'agit d'une convention dite *sui generis*. Pour les dirigeants, elle présente de nombreux intérêts. Leurs missions peuvent être définies, leurs responsabilités délimitées de manière plus précise et leur positionnement au sein de la société ou du groupe facilité[227]. Nous estimons que la réponse pourra être trouvée dans l'abandon de l'approche définition de tâches attribuées au dirigeant. Elle est assez réductrice au regard des enjeux de gouvernance des sociétés commerciales. « *Elle nécessite une réflexion menée en son sein afin de définir la politique sociale. Il ne s'agit pas d'un modèle particulier à suivre. Tout est à définir en fonction du plan de la société* »[228], voire au-delà. Pour élaborer la convention de direction, la situation des dirigeants doit être examinée au regard du droit des sociétés, du droit social, du droit pénal des affaires, etc., et s'inscrire « dans le cadre d'une opération économique constituant un ensemble contractuel indivisible ».

59. Certains ont vu dans les pouvoirs du dirigeant une simple fonction, exercée à titre de délégation, plus ou moins révocable par les associés propriétaires qui font du dirigeant leur commis, tandis que d'autres ont cru que les dirigeants que les associés avaient placés au limon des affaires sociales, étaient des organes de direction qu'ils s'étaient donnés, et dont les « caprices » devaient être respectés comme des ordres irréfragables. Le Législateur OHADA semble s'éloigner de ces deux écueils en considérant que sa fonction est de diriger vers l'intérêt commun tous les ressorts du « corps politique » de la société commerciale. Il ne définit pas pour autant le sens, ni la portée de la notion d'« intérêt commun ». En ce sens le changement de perspective sur la portée de la liberté du dirigeant que la RSE provoque est réel, même si elle ne décrète pas l'annihilation des droits des associés « propriétaires » de la société commerciale.[229]. En raison de sa mission de décider des grandes orientations stratégiques de la société qu'elles soient relatives à la

226 Des auteurs considèrent à cet effet, qu'« il peut être intéressant que la convention fasse le lien entre certains éléments contractuels ou légaux régissant les relations de la société avec les dirigeants voir avec les tiers. Ces éléments sont les suivants : le pacte d'actionnaires, le contrat de travail, les éléments de la rémunération, les mandats sociaux, les délégations de pouvoirs, les parachutes, les statuts, les assurances, la fiscalité, les obligations de non-concurrence ou de loyauté, l'actionnariat salarié et les stocks options, les sanctions », in Les conventions de direction : nouvel outil juridique, par Aurélie Ecuyer, in http://www.recrulex.com/Art./CB-1412-Art.s/ (posté le 08/01/2009, consulté le 11 mai 2014).

227 Les conventions de direction : nouvel outil juridique, par Aurélie Ecuyer, in http://www.recrulex.com/Art./CB-1412-Art.s/ (posté le 08/01/2009, consulté le 11 mai 2014).

228 Ibib.

229 Voir. R.K. MITCHELL, B.R. AGLE et D.J. WOOD, Toward a theory of stakeholder identification and salience: defining who and what really counts, Academy of Management Review 1997, no 22[4], p. 853; en ce sens Voir A. CONSTANTIN, L'intérêt social: quel intérêt?, Mélanges B. Mercadal, 2002, F. Lefebvre, p. 335.

«la production, les accords commerciaux, la recherche et développement, la politique commerciale et tarifaire »[230], ou « la gestion financière, les contrats relatifs au personnel, les ventes, les achats, la création de filiales, l'introduction en bourse des titres émis par la société »[231], ou encore la mise en place « d'un plan d'intéressement des salariés »[232]. Toutefois, comme le rappelle De Vendeuil, il s'agit ici « *d'intervention de nature stratégique* » comprenant « *la définition des orientations et le contrôle des objectifs. Ce rôle d'anticipation et de surveillance appartient au conseil et à lui seul* »[233]. Toutefois, dans certaines sociétés commerciales entre le mandant et le mandataire le contrat n'est pas précisé. Dans ce cadre la poursuite de l'intérêt social a vocation à suppléer les insuffisances des statuts, même si par ailleurs le mandat est nécessairement donné d'une façon générale. Le contraire supposerait que des fondateurs et associés parfaitement rationnels établissent à un moment donné un contrat parfait pour fonder la société commerciale. De fait, malgré l'interposition de la personne morale, ce contrat émerge progressivement plus qu'il ne naît. Il s'ajuste continuellement avec les lois, les réformes juridiques, les mesures incitatives étatiques (fiscales, sociales) et donc au contexte de mise en œuvre des activités de la société. Ainsi, le paradigme du « contrat social statutaire » est statique. Si la société commerciale naît progressivement et évolue par petites étapes successives, alors nuls besoins d'individus parfaitement rationnels et éclairés, on peut se contenter d'individus à peu près rationnels et éclairés : ce sont leurs interventions successives qui maintiennent en réalité le contrat social statutaire. Il arrive qu'il pose des conditions acceptées par le dirigeant simultanément avec ses fonctions. Ne pas les remplir signifierait violer ses engagements, violer la loi des parties. La faute apparaît plus nettement lorsqu'il s'agit de simples actes de mauvaise gestion[234]. Le mandat apparaît ici comme un contrat de management[235] qui, issu de l'*agency* des droits anglo-saxons, a pour

230 B. SAINTOURENS, « Les organes de direction de la société anonyme après la loi relative aux nouvelles régulations économiques », Rev. Sociétés 2001, p. 515, spéc. p. 523

231 Y. GUYON, Droit des affaires, t. I, Droit commercial général et sociétés, préc., spéc. n° 339 p. 361

232 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, préc., spéc. n° 607 p. 336

233 S. DE VENDEUIL, « Nouvelles régulations économiques et nouveaux pouvoirs du conseil d'administration des sociétés anonymes », JCP E 2001, p. 1266, spéc. p. 1267

234 Toutefois, le doute surgit lorsque le mandat se trouve conçu en termes généraux, laissant ainsi le champ libre à toutes les interprétations. L'AUSCGIE apporte une réponse et la direction exécutive va encore nous apparaître comme la mesure dans laquelle le mandat pourra valablement s'exercer, et comme la limite que, sous peine d'outrepasser ses droits, le mandataire ne devra pas franchir.

235 P. MERLE, Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme, op. cit., spéc. n° 3 et 10.

effet d'établir entre parties concernées « des relations de mandant à mandataire »[236]. Rien ne s'oppose cependant à ce que le dirigeant social, comme mandataire, le soit d'intérêt commun. Précisément, l'importation actuelle de notions et principes anglo-saxons aurait tendance à mettre en avant des principes de loyauté[237] et de fraternité[238]. Ce qui permettrait de considérer l'intérêt commun comme « une notion voisine de la fraternité »[239] laquelle enjoint à tout associé d'agir de bonne foi en application de l'*affectio societatis* qui irrigue les relations sociales[240]. De ce point de vue, l'un des principes de comportement, à savoir la transparence, peut être valorisée, même si elle dépasse le rapport entre le dirigeant et les associés. Dans cette perspective, le ressort de la contractualisation est la poursuite de l'intérêt social, l'un des référents traditionnels de l'action du dirigeant qui légitime la décision politique orientée vers la RS de la société. La contractualisation à ce propos a vocation à affaiblir le champ d'application de la règle générale en introduisant des régimes spécifiques si bien qu'elle est considérée par certains comme un facteur de désordre. Ainsi, à travers la technique contractuelle, il est possible de définir, même si c'est de manière sommaire, une matrice des relations, de situer les conflits et les partenariats[241] entre les parties prenantes dans la société commerciale.

2. L'attribution des pouvoirs conformes aux objectifs sociaux

60. Les clauses statutaires relatives aux pouvoirs du dirigeant ou la convention de direction sont la traduction d'un projet de gouvernance élaboré par la société commerciale. En ce sens la fonction directionnelle de tout dirigeant de société commerciale consiste, en effet, à poursuivre et à atteindre la fin pour laquelle elle a été fondée. Cela suppose alors que les associés ne peuvent limiter les pouvoirs du dirigeant au point de le dépouiller de sa

236 Ibid., n° 6. - Adde, Sallé de La MARINIERRE, Le mandat irrévocable, op. cit., n° 3, p. 245

237 B. DAILLE-DUCLOS, Le devoir de loyauté du dirigeant, JCP éd. E 1998, p. 1486.

238 J. PAILLUSSEAU, La nouvelle société par actions simplifiée, op. cit., n° 84, p. 346 ; H. Le Nabasque, Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, op. cit., p. 278; C. KRIEF-VERBAERE, Les obligations d'information dans le droit pénal des affaires, RTD com. 1999, p. 583. Mais ceci exprime-t-il autre chose que la réception d'un droit des contrats en évolution ? Cf. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, op. cit., spéc. n° 31 et s., p. 382 et s

239 Y. GUYON, La fraternité dans le droit des sociétés, op. cit., n° 4, p. 440

240 Ibid., n° 7, p. 442

241 La collaboration constitue un moyen efficace pour garantir le succès de la mise en œuvre des activités et de la poursuite de la RSE. Elle peut se concevoir de façon générale pour analyser globalement les rapports entre acteurs par rapport à un contexte donné. Elle se conçoit bien évidemment sur des réalités qu'il faut appréhender. Elle peut également se décliner par rapport à un projet spécifique en rapport avec certaines conventions que le dirigeant veut établir.

quintessence. En l'occurrence, rien ne s'oppose à ce que la RSE fasse partie de la chaîne de valeur de l'entreprise parce qu'elle contribue à la création d'une image positive auprès des « parties prenantes », qu'elle donne un avantage compétitif et qu'elle joue un rôle dans la mobilisation de l'épargne. La conséquence est de considérer l'attribution des pouvoirs en référence aux objectifs comme la seule décision qui permet une vraie responsabilisation des dirigeants et autres parties prenantes. Une fois fixé, l'objectif permet au dirigeant de se prendre en charge et d'organiser son service comme il le souhaite pour le succès de sa mission au profit de la société.[242] Il peut poursuivre l'efficacité dans l'exercice de ses fonctions. L'efficacité désigne usuellement le caractère de ce qui produit l'effet attendu. Il équivaut également dans le langage courant à la capacité de produire le maximum de résultats avec le minimum d'efforts ou de dépenses.[243] En l'occurrence, en définissant l'efficacité comme la capacité d'une mesure d'atteindre les objectifs visés, on cherche à atteindre la situation idéale composée d'objectifs clairs, univoques, précis, mesurables aisément, opérationnels, précisément déterminés, expressément exprimés, stables, certains, convergents et non contradictoires. Or, de telles conditions sont rarement réunies en pratique[244]. La recherche des objectifs constitue dès lors une étape préliminaire essentielle de toute analyse portant sur l'efficacité de la fonction[245]. Déterminer l'efficacité d'une fonction devient une opération périlleuse si les objectifs ne peuvent pas être définis avec un minimum de précision. Comment procéder en effet à une évaluation rigoureuse et scientifique de *l'efficacité* si les repères fondamentaux qui servent de base au raisonnement (les objectifs et buts de la loi) sont imprécis, mouvants, fuyants, à la limite de l'insaisissable.

61. Au contraire de la conception qui n'avait pas intégré le temps dans le contrat de direction, la RSE, elle, y attache une grande importance. Les facteurs sont divers : complexification des prestations, insécurité grandissante des contextes dans lesquels s'exécutent les contrats qui poussent les parties prenantes à constituer des accords durables par mesure de sauvegarde[246]. Au titre des conséquences, le passage du temps peut lier plus

242 COHEN, La longévité du personnel dirigeant et la performance, in Les performances des entreprises françaises au XXème siècle : op. sous la direction de J. Marseille, Le Monde éditions, 1995.

243 Le Petit Robert (édition 1986).

244Morand Charles-Albert, (éd.), Légistique formelle et matérielle, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1999, p. 77s

245 Voir l'analyse de MADER, Luzius à propos de l'efficacité de la législation, in L'évaluation législative : pour une analyse empirique des effets de la législation, Payot, Lausanne, 1985, p. 78ss (82)

246 M. FONTAINE, « Les contrats internationaux à long terme », in Etudes R.HOUIN, Dalloz, 1985, p.263 et s.

étroitement les parties prenantes, voire modifier la nature des liens qui les unissent. On peut considérer que, tenus dans une relation durable, les contractants devraient prendre davantage en considération les intérêts de leur partenaire[247]. Ce mouvement est particulièrement prégnant dans les initiatives de mise en œuvre de la RSE. C'est tout l'enjeu de la reconnaissance de la qualité de partie prenante, de ses droits[248]. Il reste que le statut du dirigeant doit satisfaire l'exigence primordiale de garantir l'ordre, en vue de rendre possible la mise en œuvre des affaires sociales. Soumise à un processus d'autonomisation, le statut doit remplir sa fonction spécifique de manière efficace[249]. L'efficacité est définie en fonction d'un complexe d'objectifs posés *a priori* et qu'il convient d'atteindre[250]. Elle n'est toutefois pas exclusive de la poursuite de la RSE. Les deux notions fondamentales constituant le cœur du processus d'appropriation et d'application de la RSE sont d'une part celle de *situation* ou de *configuration* telle qu'elle prend forme en tant que rapport de force et l'autre, celle de *potentiel*, tel qu'il se trouve impliqué dans cette situation et qu'il est possible de faire jouer en sa faveur. À ce propos, les gains d'efficacité, donc de compétitivité, sont du ressort du management, c'est-à-dire cette activité qui consiste à conduire, dans un contexte donné, un groupe de partie prenante dans le but d'atteindre en commun un ou plusieurs objectifs conformes aux finalités de l'organisation sociétaire. C'est là que se trouve aujourd'hui le gisement de « performance » dont la société commerciale a besoin. Or, la performance, c'est-à-dire la maîtrise efficace du résultat, dépend directement de la manière de faire, autrement dit de la « compétence » du dirigeant eu égard aux exigences de la fonction occupée. Toutefois, devant le risque de définir des objectifs flous et évolutifs, mais également, vu l'importance des effets inattendus, l'évaluation de cette efficacité doit s'intégrer dans un autre modèle que celui de la simple finalité. Serait-il néanmoins possible de concevoir ce principe sans construire un modèle à poser comme but, et sans passer par la distinction théorie/ pratique qui implique inévitablement la survenance d'un écart, réminiscence de l'évaluation-sanction ? En

247 Cela n'est pas nécessaire pour des contrats d'échange éphémères, où chacun maximise son profit.

248 Il n'est pas possible d'écrire tous les droits et devoirs des diverses parties prenantes de l'entreprise dans l'ensemble des configurations (de marché, de conjoncture, d'environnement...) imaginables dans le futur. L'incomplétude des contrats suppose donc l'existence d'un surplus résiduel (ce qui reste lorsque les obligations formelles de l'entreprise ont été remplies). Il faut donc que ce surplus résiduel soit pris en charge, avec les risques qu'ils comportent, par un ou plusieurs acteurs ou groupes d'acteurs de la société. De surcroît, il faut confier à l'un ou plusieurs d'entre eux le soin de prendre les décisions qui ne peuvent être prédéfinies et qui ne peuvent faire l'objet d'engagements contractuels.

249Il y a là une double conception du statut du dirigeant, vue à la fois comme une technique, pour élaborer et imposer des règles et des normes, et comme une instance en mesure de promouvoir des fins.

250 Julien François, Traité de l'efficacité, Grasset, Paris 1996, p. 29

l'occurrence M. François Jullien propose précisément de repenser fondamentalement l'efficacité en ce sens[251] et de faire jouer cette articulation entre fins et moyens, d'opposer modèle et réalité puis à en penser l'écart. De ce couple « théorie-pratique » résulte immanquablement une « friction »[252], un « écart ».[253] Cet écart est tel que nous proposons de penser autrement la notion d'efficacité. L'efficacité deviendrait alors l'aptitude à repérer puis à exploiter un facteur *porteur*, c'est-à-dire un facteur promis de lui-même à un certain développement sur lequel prendre appui[254]. Cette approche ainsi proposée doit être complétée par la préoccupation de légitimité d'un appareil de direction, de gestion et d'administration, mais aussi de sécurité des rapports juridiques[255].

§ 2. Le Mandat, un moyen de sécurisation et de légitimation accrues des interventions du dirigeant social

62. Dans la perspective de légitimité[256] nécessaire à l'opérationnalisation de la RSE, il est important que la société commerciale ne permette à aucun organe social, encore moins au dirigeant, la possibilité de « récupération » de la démarche RSE. Bien souvent, il est possible de constater des jeux acteurs qui se traduisent par des quêtes de pouvoir en vue de contrôler la relation. Nous sommes dans le cadre d'une redéfinition des rapports collaboratifs qui, tout en assouplissant la relation d'agence établie entre le dirigeant et les associés (A), garantit les mécanismes de sécurisation des rapports juridiques (B).

251*ibid.*

252*Ibidem*., p. 24

253*Ibidem*., p. 21.

254 Elle justifierait de surcroît d'englober sous son couvert l'ensemble des effets qui concourent au succès d'une politique de gouvernance d'entreprise, y compris les effets émergents, non voulus, « hors du but ». Elle contribuerait enfin à placer l'accent de l'efficacité non plus sur la performance planifiée, qui s'analyse par rapport à la stratégie intentionnelle fixant préalablement les objectifs, mais sur l'évaluation de la « performance stratégique », au sens où Mintzberg la comprend, qui s'évalue en relation avec la stratégie émergente et qui se révèle du fait même de l'évolution de la situation intimement liée aux attentes et intérêts des parties prenantes. Voir MINTZBERG, Henry, Grandeur et décadence de la planification stratégique, Dunod, Paris, 1994, p. 359.

255. L'avantage de cette conception du contrat de mandat du dirigeant caractérisé par son incomplétude, est qu'elle permet l'allocation *ex ante* d'un pouvoir discrétionnaire, sans remettre notamment l'exigence de protection des investissements spécifiques des associés contre les comportements opportunistes ex post du dirigeant. Dans ce cas précis, le dirigeant se doit d'obtenir l'appui des principaux associés, pour la bonne raison qu'il doit prioritairement tenir compte de leurs intérêts justifiant la création de la société commerciale, quitte dans un second temps à tenter de les utiliser à son profit. Son rôle mérite alors d'être reprécisé.

256 La légitimité ou validité axiologique est une dimension qui « entend apprécier la validité des actes et normes juridiques à l'aune de valeurs métapositives », c'est a dire « son aptitude atteindre l'objectifs poursuivi au moindre cout économique et social » : F.OST et M.Van de KERKOVE, op, cit., p.329

A. L'assouplissement de la relation d'agence résultant des fonctions de gestion

63. En analysant la relation dirigeants-associés par le prisme de la gouvernance[257] des rapports, on ne manque pas de noter quelques incohérences liées à la qualité de mandataire social. Cette relation semble centrale pour répondre aux objectifs de maximisation du profit. La direction et les actionnaires partagent une relation principe-agent qui se justifie, selon Adam Smith, comme « ...étant les régisseurs de l'argent d'autrui plutôt que de leur propre argent, on ne peut guère s'attendre à ce qu''ils [les régisseurs] y apportent cette vigilance exacte et soucieuse que les associés d'une société apportent souvent dans le maniement de leurs fonds ». En l'espèce, l'intervention des associés ne doit pas s'inscrire dans une logique de renforcement de la relation d'agence, mais plutôt dans une logique d'assouplissement. Cela passe par la séparation entre la détention du capital, associés-actionnaires et le management c'est-à-dire, les dirigeants de société commerciale et la décentralisation du champ décisionnel. Ce processus a vocation à réduire au maximum les liens de dépendances personnelles et arbitraires.

1. La disjonction de la détention du capital et du management de la société commerciale

64. La relation d'agence est établie chaque fois qu'il existe une délégation (un mandat) et un contrat formel ou tacite. La relation d'agence apparaît ainsi comme « un contrat par lequel une ou plusieurs personnes (le principal ou mandant) engagent une autre personne (l'agent) pour exécuter en son nom une tâche quelconque qui implique une délégation d'un certain pouvoir de décision à l'agent. ».[258] De ce point de vue, le dirigeant a la qualité de mandataire social, d'agent, ce qui *a priori* renforce la séparation entre la fonction de gestion et la propriété du capital d'une société commerciale. Seulement, le doute est permis sur la reconnaissance de la qualité de mandant à attribuer aux associés[259] ou plutôt à la société commerciale. En principe, la société ne possède pas la capacité de conduire ses

257 L'objet de la gouvernance est de permettre l'alignement des intérêts du dirigeant sur ceux de l'actionnaire. Il s'agit alors de mettre en place des mécanismes garantissant le plein exercice du pouvoir managérial (diriger l'entreprise) et du pouvoir actionnarial (contrôler le bien fondé des décisions)

258 M.JENSEN MECKLING W., «Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and capital structure », Journal of Financial Economics, Spring, 3,1976, p. 308

259L'associé (le principal-mandant) engage le dirigeant (l'agent) pour gérer la firme. Les statuts adoptés ou le contrat passé entre les deux acteurs institue entre eux une relation d'agence selon les termes suivants : « *le principal va confier l'usus de son droit de propriété à l'agent, à charge pour ce dernier de gérer conformément aux intérêts de son principal* ». V. PARRAT F, 2003, p.12

affaires internes et d'exercer son activité commerciale et ses pouvoirs. Cette incapacité d'exercice désigne la situation de la personne supposée ayant acquis un droit, mais dans l'inaptitude à le faire valoir par soi-même dans la vie juridique. L'incapacité d'exercice est remédiable par l'institution de la représentation et donc par la désignation d'un dirigeant. Cela fait qu'il est difficile de considérer que les dirigeants décident par stricte délégation et ne font qu'exercer les pouvoirs qui découlent de la propriété économique[260], la détention du capital. Pourtant les rapports entre les associés et le dirigeant laissent à tous points de vue penser que le dirigeant est leur agent. La détention par les propriétaires d'un certain contrôle — notamment sur le recrutement des dirigeants — leur permet notamment de s'assurer d'une affinité, comme l'entend M. Weber dans sa notion d'« affinité élective »[261]. À ce propos, les associés ont des prérogatives qui résident principalement dans leur capacité à nommer, contrôler et éventuellement, sanctionner les dirigeants qui disposent, eux, du pouvoir de gérer les actifs de l'entreprise. Est-il permis alors au dirigeant et à la société de passer un contrat afin de faciliter l'exercice des compétences du premier ? Cela permet aussi aux associés de définir le périmètre de la sanction[262]. Les associés, même s'ils n'ont pas la qualité de mandant, ils restent les bénéficiaires résiduels, ceux qui détiennent des titres dont la valeur espérée est étroitement liée aux flux financiers de la société.[263] Cette valeur augmente si la société connaît du succès et diminue dans le cas contraire. À ce propos, « de façon générale, les intérêts de la société rejoignent ceux de l'ensemble des actionnaires, parce que l'atteinte de l'objet de la société constitue, en principe, la raison d'être de la mise en commun des sommes investies. En tenant pour acquis que les actionnaires recherchent l'atteinte de l'objet de la société, on peut conclure à une coïncidence habituelle entre la volonté des actionnaires et les intérêts de la société »[264].

---

260 Il existe un certain flou sur la question de savoir qui est propriétaire des actifs : l'entreprise ou un individu, qui est, peut-on penser, par là-même propriétaire de l'entreprise.

261 WEBER Max: From Max Weber : Essays in Sociology, C.H.H. Gerth & C. Whright Mills ed.), New-York, Oxford University Press, 1946, p.280

262 Ce pouvoir des actionnaires s'exerce par le biais du droit de vote rattaché aux actions qu'ils détiennent. Le droit vote s'exerce au sein de l'Assemblée générale de l'entreprise. Celle-ci valide le rapport de gestion présenté par le conseil d'administration, dont les membres sont élus (pour une durée déterminée) par les actionnaires en assemblée générale. Toutefois, des tensions réelles peuvent être cristallisées lorsque que les intérêts des dirigeants et des associés divergent (ce qui est le cas lorsque l'on considère que chacun cherche à maximiser son intérêt personnel) ou encore que l'information est imparfaite et notamment qu'il existe une asymétrie d'information entre eux. En l'occurrence, Le contrat de direction (direction, gestion et administration) devra alors être libellé de telle sorte qu'il rende compatible l'intérêt du dirigeant et celui de l'actionnaire.

263 Frank H. EASTERBROOK et Daniel R. FISCHEL, The Economic Structure of Corporate Law, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 67 et 68.

264 Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise [2003] J.Q. no 505 (C.A.), par. 66-67.

65. Le mandataire social serait alors le mandataire des personnes qui sont les propriétaires de la société. Il est « dirigeant-agent ». Cette conception du statut du dirigeant permettra le développement d'une relation d'agence ou de mandat. Plus généralement, on dira qu'une « relation d'agence s'est créée entre deux ou plusieurs parties lorsque l'une de ces parties, désignée comme l'agent, agit comme représentant de l'autre, désignée comme le principal, dans un domaine décisionnel particulier »[265]. Pour des auteurs comme MM. JENSEN et MECKLING, il faut voir la relation d'agence ou de mandat comme « (…) un contrat par lequel une ou plusieurs personnes (le principal) engagent une autre personne (l'agent) pour exécuter en son nom une tâche quelconque ce qui implique une délégation d'un certain pouvoir de décision à l'agent »[266]. Cela dit, dans la mesure où les associés contributeurs au capital social gardent leurs positions de créanciers résiduels, subordonnés, le statut de mandataire social du dirigeant recouvre une dimension particulière. Il est mandataire social non subordonné aux associés. Ces derniers ne font qu'assurer une continuité dans le fonctionnement des organes sociaux. Ils ne prennent donc pas réellement de décision de gestion, ils ne font pas de choix, ils les impulsent mais ne décident pas. Sous cet angle, rien n'empêche que le Législateur permette la participation[267] ou encore la représentation des salariés dans les organes sociaux, au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance selon la forme de la société[268]. Il peut en faire une condition de validité des statuts. Elle doit être prévue dans les statuts dès lors que les actionnaires salariés représentent plus de 3 % du capital social un ou plusieurs représentants doivent être élus par ces derniers au conseil d'administration. Ils disposent des mêmes droits et obligations que les autres administrateurs et ont voix délibérative[269]. Néanmoins, leur participation est minoritaire puisqu'ils ne peuvent représenter plus du tiers des membres du conseil. Leur mandat est exclusif de tout autre mandat électif ou syndical. Ils bénéficient du statut de salariés protégés[270]et ne sont pas révocables *ad nutum*[271]. Cette disjonction ne constitue pas un obstacle au fonctionnement de la société commerciale, elle permet une véritable liberté

265 S ROSS., [1973], « The economic theory of agency: the principal problem », American Economic Review, LXII, mai, p.134

266 M.JENSEN Meckling W., «Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and capital structure », Journal of Financial Economics, Spring, 3,1976, p. 308

267 J.-J. DAIGRE, « Les représentants salariés élus au conseil d'administration ou de surveillance des sociétés anonymes », Dr. sociétés 1987, p.450

268 Ces perspectives sont consacrées par les Art.s L. 225-27 et s. et L. 225-79 et s. du Code de commerce

269 COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, préc., spéc. n° 830 p. 440

270 Le souci de prise en charge des préoccupations des intérêts des parties prenantes salariées devra se faire à ce prix comme cela est prévu dans l'Art. L. 225-33 du Code de commerce France.

271 Le Législateur OHADA doit s'inspirer des dispositions de l'Art. L. 225-32 al. 2 du Code de commerce,

du dirigeant, étant entendu qu'être libre est consubstantiellement lié à un environnement de liberté et donc un réel glissement du contrôle interne de la société des mains des associés aux mains du dirigeant.

2. Le glissement du contrôle interne de la société des mains des associés aux mains du dirigeant

66. Le phénomène de déresponsabilisation des associés accentué par la technique juridique de la responsabilité limitée devrait creuser l'écart entre la propriété du capital de la société commerciale et son contrôle, par le renforcement des pouvoirs de décision de la direction, du management qui prend de plus en plus d'espace. Il s'agit d'un contrôle interne du pouvoir de direction et non du contrôle de la propriété qui reste consubstantiel à la qualité d'associé. Ce contrôle doit être du ressort de la direction, mais étant donné qu'a priori, on peut penser que les propriétaires du capital n'abandonneraient pas définitivement tout contrôle sur la définition des stratégies de long terme, le glissement devrait alors se manifester de façon significative pour les fonctions impliquant un pouvoir stratégique comme la direction des sociétés[272]. Cela ramène à la définition du mandat social. Il s'agit de la fonction conférée à celui qui est chargé de faire valoir les intérêts d'une société, qui en est le représentant et qui a le pouvoir de l'administrer et de l'engager à l'égard des tiers. Cela suppose la liberté du dirigeant. Le véritable sens de la liberté est le fait d'être indépendant de la volonté arbitraire d'autrui.[273] La liberté d'agir en ce sens, est une liberté conquise, qui s'est abstraite de la présence de ce regard extérieur, des associés. Ce regard extérieur n'est pas seulement un regard qui dicte au dirigeant ce qu'il doit faire, il s'agit aussi d'un regard qui le rémunère pour avoir agi en fonction de leur propre plan et de leur propre projet de société commerciale. À ce propos, donc des inquiétudes peuvent certes exister au sujet de la dévolution au dirigeant des pouvoirs les plus étendus[274], des divergences pouvant survenir sur les meilleures solutions à adopter.

67. En effet, les associés sont confrontés à deux types de risque qui peuvent découler du comportement du dirigeant considéré comme un mandataire. Le dirigeant social peut ne pas rechercher la maximisation du profit, mais poursuivre d'autres objectifs. Il en est ainsi, dans les sociétés de capitaux où la dilution du capital a pour conséquence l'émergence d'un pouvoir managérial qui, de fait, impose ses décisions aux propriétaires/associés. Le

272 Le contrôle interne apparaît comme l'ensemble des actions entreprises par le management et le personnel en vue de fournir une assurance raisonnable quant à la réalisation des objectifs.

273 Hayek, 2007 (1967), p. 341 et sv.

274 Art. 113 de la loi de 1966 modifié par la loi du 12 juillet 1967.

dirigeant dispose généralement de plus d'informations que le principal, ainsi un directeur général est mieux informé sur l'entreprise que l'actionnaire. Le dirigeant va profiter de cette information pour effectuer une sélection adverse, notamment en aménageant le contrat qui le lie au principal à son avantage ; un opportunisme ex post. Le dirigeant va, dans ce cas, profiter de sa meilleure information ou de ses pouvoirs pour contourner le contrat ou mandat. C'est le risque (ou aléa) moral. « Plus généralement, ils ont le devoir de ne pas profiter de leur position et léser de ce fait les intérêts de la société[275] ou des associés[276]. Précisément, dans les décisions récentes où la Chambre commerciale de la Cour de cassation a sanctionné des dirigeants pour « détournement » de pouvoirs, elle l'a fait sur le fondement de l'obligation de loyauté liée à la qualité de dirigeant[277]. Or, certains auteurs pensent possible de justifier ce devoir de fraternité qui pèse sur le dirigeant de société par la technique du mandat[278]. L'idée est exacte et c'est justement parce qu'il est mandataire dans le cadre particulier de la société que le dirigeant social est un représentant d'intérêt commun puisqu'il a pour mission de faire prospérer une structure qui a pour finalité d'assurer la satisfaction individuelle par la satisfaction collective.[279]L'intérêt commun peut ainsi être vu comme l'impulsion de la politique sociale[280]. Ces inquiétudes peuvent être accentuées avec l'interposition de la personnalité morale de la société de capitaux qui permet, *a priori* l'éloignement des actionnaires de la gestion, ce qui permet de dissocier la fonction de fournitures du capital de la fonction de gestion et donc de la professionnalisation de cette dernière. La direction, l'administration et la gestion interne doivent donc être du ressort du dirigeant qui occupe notamment des fonctions stratégiques au quotidien et qui bénéficie de la confiance de la propriété afin de réaliser les objectifs de la société commerciale en matière de profit et de croissance. Il est de ce point de vue légitime qu'il intègre la RSE au travers de critères dit « ESG » c'est-à-dire environnement, social, gouvernance dans sa stratégie[281].

---

275 Cass. com., 24 févr. 1998, JCP éd. E 1998, p. 637

276 Cass. com. 27 févr. 1996, JCP 1996, II, n° 22665, note J. Ghestin ; D. 1996, p. 518, note Ph. Malaurie

277 H. Le NABASQUE, Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, RTD com. 1999, p. 278

278 Ibid. p. 282

279 D. SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés, Art. préc., n° 3.

280 D. SCHMIDT, *ibid.,* n° 13

281 Il s'agit d'une appréciation de la valeur ajoutée et du risque. L'environnement et le social sont perçus comme des facteurs de création de richesses durables tandis que les règles de gouvernance sont perçues comme une garantie pour les actionnaires et contre le risque de réputation lié au risque de réglementation et à la violation des bonnes pratiques environnementales et sociales. Voir à ce propos, « Responsabilité sociétale

68. En l'occurrence, la propriété ne doit pas donc s'opposer à l'appropriation par le dirigeant de la RSE, c'est-à-dire la volonté de définir des règles propres à assurer la pérennité du système. Elle ne doit pas constituer un frein aux initiatives tendant à satisfaire aux obligations de conformité du comportement de l'entreprise. L'obligation d'agir du dirigeant est alors prescrite. Ces dirigeants doivent garantir une certaine communauté d'objectifs avec la propriété pour pouvoir occuper des fonctions stratégiques[282]. Autrement dit, on peut s'interroger sur la liberté ou non d'agir ou de ne pas agir du dirigeant, sur ses possibilités de décider du contenu de la décision à prendre. La mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire du dirigeant dans la poursuite de l'intérêt social, résulterait d'une indétermination de la législation OHADA relativement au contenu de celui-ci. Il consiste à cet effet, en une certaine liberté laissée au dirigeant dans la prise de décisions. Il a *a priori* la liberté d'apprécier l'opportunité d'agir et le choix du contenu des décisions[283]. Aussi, au-delà des processus de prise de décisions, pour lesquels le législateur a réglementé[284] certaines conventions, autorisé d'autres tout en interdisant certaines, le dirigeant peut avoir un pouvoir discrétionnaire au niveau des motifs de fait et des motifs de droit. En ce sens, il y a pouvoir discrétionnaire du dirigeant lorsque les conditions d'exercice de ses pouvoirs ne sont pas précisées totalement par les actes uniformes de l'OHADA. Or, ces conditions constituent les motifs. La validation des actes pris dans l'intérêt de la société est souvent consacrée, même s'il n'entre pas dans l'objet social de la société. En réalité, le législateur ne consacre pas expressément le pouvoir discrétionnaire en faveur du dirigeant, mais ne l'exclut pas notamment dans la société par action simplifiée ou pour les besoins de protection des tiers de bonne foi[285]. On relèvera que le pouvoir discrétionnaire ne signifie

---

des entreprises : Un mouvement créateur de valeur (Analyse et gestion de ses conséquences juridiques pour les sociétés cotées) Petites affiches - 14 mars 2008 – N° 54, in www. Lextenso.fr

282 L'on s'accorde donc à dire que l'étendue des pouvoirs des dirigeants varie selon qu'ils sont en relation avec les associés ou des tiers. Dans le premier cas, les dirigeants peuvent accomplir tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société. Toutefois, il y a des décisions qui nécessitent l'autorisation de l'AGO ; c'est l'exemple des conventions intervenues entre un dirigeant, un associé et la société. Les pouvoirs du dirigeant attachés à la poursuite de l'intérêt social, semblent correspondre à la marge d'appréciation dans le choix des décisions dont dispose le dirigeant, face à une situation donnée.

283 Le constat réaliste sur la principale limite à la mise en œuvre de la responsabilité sociétale réside dans le manque d'animation dans la société commerciale et dans le seul fait que l'actionnaire se veut la seule partie prenante à l'entreprise avec qui leurs intérêts doivent être alignés. Toutefois, la gestion socialement responsable ne doit pas être perçue comme une contrainte ou comme génératrice de coûts supplémentaires mais comme un élément clé de la stratégie de l'entreprise.

284 Généralement les règles relatives à la compétence, à la forme et à la procédure sont toujours impératives, sous les réserves indiquées.

285 Dans la société par action simplifiée l'associé peut donner au dirigeant toutes compétences. Ils sont libres, sous réserve du respect des dispositions du présent Acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et

pas absence de tout contrôle, de reconnaissance de système de l'information et de la communication. Aussi, même s'il y a la discordance des intérêts qui se croisent perpétuellement autour de lui, un dirigeant doit être plus attaché à la société commerciale[286]. Il est un *exécutif*. Non seulement le droit de régir la société commerciale appartient aux seuls associés propriétaires, mais eux seuls ont encore intérêt de bien la régir. Cela dit, ce serait illusoire dans les faits de considérer que le dirigeant est un exécutant qui doit garantir la sécurité des rapports de droits issus de l'application du droit des sociétés ou des obligations civiles, commerciales, voire au-delà lorsque l'éthique l'exige.

B. La satisfaction des exigences de sécurité des rapports de droit

69. La mise en œuvre de sa fonction nécessite une certaine stabilité, gage de sécurité pour les associés et pour tous les partenaires-parties prenantes de la société commerciale. Cette sécurité entraîne une prévisibilité des résultats envisagés par le droit[287]. Il n'y a donc pas d'inconvénients à ce que les associés ne limitent pas les pouvoirs du dirigeant, dès lors que ce processus de délégation n'entraîne pas une insécurité juridique pour les associés.[288] Il ne peut donc y avoir de contrariété dans le statut du dirigeant.

1. Le souci de la bonne marche de la société commerciale

70. Même s'il existe entre le contrôle du capital et la direction les règles de gouvernance d'entreprise favorable à la prise en charge des préoccupations sociétales, des désaccords sur les valeurs et les priorités qui s'expriment logiquement et légitimement à l'occasion des assemblées générales ordinaires et extraordinaires, nous estimons qu'un consensus pourra

---

des clauses statutaires, de conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées : les relations entre associés ; la composition des organes sociaux ; la conduite des affaires de la société ; l'accès au capital social ; la transmission des titres sociaux. Conf. Art. 2-1 AUSCGIE

286 Cette observation est, très judicieuse, cependant elle ne résout, pas cette question politique : qui détient le pouvoir. Quelle est la fin de la société commerciale sommes-nous tentés de dire ? La réponse est que c'est essentiellement la conservation et la prospérité de ses membres, et quel est le signe le plus sur qu'ils s'en conservent et prospèrent ? A ce propos, en principe, le dirigeant n'a pas la possibilité de définir les objectifs de la société commerciale et l'orientation qui doit être donnée aux différentes fonctions des organes sociaux, encore moins d'arrêter les comptes de chaque exercer.

287 Sur la notion voir Martin NADEAU, « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », Revue de droit, Université de Sherbrooke, 2009-2010, 40 511.

288 Le Conseil d'État français dans son rapport public 2006 considérait que: «le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable », Voir. Conseil d'Etat Française, « Rapport public 2006 - Sécurité juridique et complexité du droit, La Documentation française, Études et documents, Conseil d'Etat, 2006.

résulter de l'idée que les actes peuvent être repris dès lors qu'ils entrent dans le cadre de l'intérêt social. La pratique du compromis, dans ce cadre, lui est consubstantielle, qu'il se soit agi de la manière de gérer la société commerciale comme des options stratégiques adoptées. C'est donc tout naturellement qu'il assure également les fonctions de représentation[289] des associés. En ce sens, les statuts peuvent aménager, au mieux des intérêts sociaux, les modalités de l'administration et de la direction. Il est nécessaire alors de clarifier la posture et les attentes des associés. Il s'agit là d'une réponse à la question de savoir la motivation que peut avoir une société commerciale pour devenir plus éthique, plus socialement responsable. Il n'est pas rare d'entendre les agents économiques faire de l'objectif de respect d'une « certaine responsabilité sociétale » un terme désobligeant pour disqualifier une manière de se comporter suscitant le dédain ou la désapprobation[290]. Pour autant, la rationalité doit être mise en rapport avec le contexte de la diversité des parties prenantes[291]. Il y va de la durabilité des activités sociales de la société commerciale. En somme, il convient pour lui de créer des opportunités d'échanges permettant à l'organisation, société commerciale, de faire naître un climat de suffisante confiance réciproque pour qu'elle prenne les décisions les plus éclairées capables de permettre sa performance et sa pérennité. Les pouvoirs des dirigeants sociaux « *se dédoublent en un pouvoir propre de décision relatif à l'élaboration de la volonté sociale et un pouvoir de représentation qui concerne l'exécution de l'opération dans les rapports avec les tiers* »[292]. Nombreux sont encore ceux qui considèrent que « les actionnaires confient leurs fonds à des dirigeants, à charge pour eux de les faire fructifier au cours du temps dans le cadre d'un

289 Il est possible de reprendre ici les analyses de M. Stéphane Asencio qui considérait que : « *même si le mécanisme de représentation n'a en général de sens que dans le cadre de rapports que l'on pourrait qualifier d'externes car tournés vers la réalisation de relations juridiques extérieures au représenté, le mécanisme sociétaire introduit, lui, une inévitable double dimension relationnelle parce qu'il s'agit de personnalité morale. Il est ainsi impossible de ne pas distinguer, en cette matière, les relations internes et les relations externes de la société. Le dirigeant est donc doublement représentant. Ceci est incontestable, car la société connaît une vie interne. Notamment, c'est le dirigeant qui a le pouvoir juridique d'embaucher, de commander, de licencier les salariés de la société, d'ester en justice, etc*. ». Voir S.ASENCIO, Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun Revue des sociétés 2001 p. 685

290 Gérald BERTHOUD, « Limites de l'éthique et action politique », *Revue européenne des sciences sociales* [Online], XXXVIII-118 | 2000, mise en ligne le 15 Décembre 2009, consulté en janvier 2015. URL : http://ress.revues.org/681

291 Il peut s'agir de ses propres salariés à valoriser, d'une population défavorisée comme les handicapés ou les personnes en marges de la société, qu'une entreprise chercherait à intégrer dans son équipe, il peut s'agir encore de la population locale à laquelle offrir un emploi ou des artistes, des penseurs et de tout activité créatrice de biens et de services communs, à promouvoir, sous la forme de mécénat, il peut s'agir enfin de la nature à protéger, en tant que personne morale à part entière.

292 M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, L.G.D.J. 1982, p. 215, n° 284.

objet social donné et dans l'intérêt des actionnaires. Pour un dirigeant, chercher à atteindre d'autres objectifs, c'est trahir le pacte social fondateur ; c'est surtout le plus sûr moyen de n'en atteindre aucun ».[293]Ces associés ne doivent pas uniquement considérer et imposer l'idée selon laquelle la responsabilité sociale des entreprises est de faire du profit. Ils doivent accepter que ce résultat puisse être atteint à la suite de sacrifices. La RSE implique des sacrifices. Il peut s'agir, dans le cas des entreprises, de ses propres consommateurs à choyer particulièrement, de ses propres salariés à valoriser, d'une population défavorisée comme les handicapés ou les personnes en marges de la société, qu'une entreprise chercherait à intégrer dans son équipe, il peut s'agir encore de la population locale à laquelle offrir un emploi ou des artistes, des penseurs et de toute activité créatrice de biens et de services communs, à promouvoir, sous la forme de mécénat, il peut s'agir enfin de la nature à protéger.

71. Les clauses statutaires ou tout autre instrument de gouvernance d'entreprise doivent servir de cadre juridique d'une prise en charge des questions RSE. Elles doivent permettre aux associés d'exprimer leur volonté de voir prendre en compte par les dirigeants les conséquences sociétales des activités de leur société[294]. Les associés pourront se saisir de « *toute question intéressant la bonne marche de la société* » et de procéder « *aux contrôles et vérifications qu'ils jugent opportun* »[295]. Ils doivent laisser une certaine marge de manœuvre au dirigeant afin qu'il fasse respecter les droits des parties prenantes. Ces droits et les devoirs des autres parties prenantes de l'entreprise, qu'ils s'agissent des salariés, des clients, des fournisseurs… sont clairement définis par des contrats et ceux-ci peuvent aisément interrompre leur « investissement » au sein de l'entreprise.[296] Il est possible de discerner dans cette vision l'amorce d'un postulat selon lequel, s'engager dans la voie du

293 P. VERNIMMEN, Finance d'entreprise, 6e éd. par P. QUIRY et Y. LE FUR, 2005, Dalloz, p. 639

294 La définition du mandat social doit ainsi leur permettre d'exprimer un besoin d'information pour mieux comprendre et analyser la situation de la société, dans le cadre général de leur mission d'administrateurs, notamment ; d'autre part, en adoptant le rapport d'activité présenté par le dirigeant dans lequel figurent ces dites informations, ainsi que celles financières, ils sont responsables de la façon dont la société intègre et en gère les conséquences. C'est de leur responsabilité.

295 L'Art. L. 225-35 du Code de commerce

296 Le raisonnement sous-jacent est que les décisions prises par les dirigeants doivent permettre de réduire les coûts et d'améliorer la position concurrentielle de l'entreprise, ce qui devrait aussi consolider la relation avec l'ensemble des *stakeholders* de l'entreprise. Et dans la mesure où les actions ne sont éthiques et estimables qu'en tant qu'elles ne sont nullement forcées, mais spontanées, le dirigeant qui s'y emploie ne doit être sanctionné pour faute. Une relation de confiance doit être établie entre les associés et le dirigeant, dès lors que l'on considère que « toute personne est une combinaison unique d'information, de compétences et de capacités. », Conf. F.A. Hayek, *Essais de philosophie, de science politique et d'économie,* Les Belles Lettres, Paris, 2007 (1967), p. 341 et s.

contrat de mandat c'est entrevoir des relations de confiance. Il est vrai que la complexité des activités de direction et de gestion des sociétés commerciales provient parfois des clauses statutaires relatives au régime de la direction à mettre en œuvre, pour lesquels la marge de liberté du dirigeant est restreinte. Mais il arrive heureusement que les associés se rendent compte rapidement des difficultés d'application de ces clauses et se résolvent à les faire disparaître, par le biais de convention de direction.

2. L'impulsion venant des associés de la société commerciale.

72. La prédétermination des pouvoirs du dirigeant dans les statuts juridiques ou l'imposition de contrat d'adhésion postérieur peuvent apparaître comme des sources de rigidité et d'incertitudes juridiques chaque fois que le dirigeant voudrait en modifier les orientations. Dans le cadre de sa mission, il assure des fonctions décisionnelles stratégiques qui peuvent entrer en conflit avec les attentes des autres organes sociaux et des associés. Il bénéficie à ce propos d'une réelle liberté dans la mise en œuvre de sa mission. À cet effet, on oublie souvent qu'on ne peut pas dissocier la notion de liberté de la notion de choix, ni la notion de choix de celle d'incertitude. Être responsable, c'est choisir librement, à partir de la meilleure information possible, mais, sans jamais pouvoir être sûr de l'avenir, et en acceptant la possibilité d'avoir, plus tard, à réviser ce choix. Le dirigeant responsable est le dirigeant qui a le choix. À cet effet, certains auteurs comme M. Ameisen considèrent qu'un « *être responsable, c'est choisir librement, à partir de la meilleure information possible, mais sans jamais pouvoir être sûr de l'avenir, et en acceptant la possibilité d'avoir, plus tard, à réviser ce choix.* »[297] On peut se demander alors s'il est libre de poursuivre la responsabilité sociétale. Responsabilité, qui signifie que la société commerciale doit respecter les lois ou dans une version plus exigeante, son esprit, ou alors ce minimum de décence et de courtoisie à l'égard des autres parties prenantes, de payer ses impôts, de respecter les quotas d'émission et les règles prudentielles concernant la santé au travail, etc. En réalité, il est obligé d'agir en ce sens. Le problème fondamental des dirigeants est de générer la motivation des associés qui, en tout état de cause, détiennent un pouvoir de révocation[298] et d'approbation de certaines décisions[299]. C'est l'autorité qui caractérise

297 J.C. AMEISEN, , Avenir de la recherche : enjeux éthiques, Association française pour le M.U.R.S N° 44, Paris, 2005, , p. 64-86.

298 Même les clauses qui remettent en cause le principe selon lequel le gérant est révocable par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales, toute clause contraire étant réputée non-écrite. V. Art. 326, al. 1 AUDSCGIE.

299 Aussi, avec le système des autorisations, on peut penser que les pouvoirs du dirigeant sont quelque peu limités, les organes sociaux disposant, en effet, de pouvoirs d'autorisation lesquels s'exercent dans le cadre

fondamentalement une société commerciale et qui donne à son détenteur un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire le pouvoir de prendre des décisions dans toutes les situations.

73. Toutefois, en tant que processus multi-acteurs comprenant des structures, des dynamiques, des activités, des intérêts et attentes, des oppositions, des faiblesses et des potentialités, des aptitudes et des changements, la RSE va assurer l'impulsion et l'implication directe des associés dans la direction et l'attribution des prérogatives des pouvoirs. À cet effet, elle mettra en relation les dirigeants et les associés afin de les engager dans un processus de négociation, de dialogue afin de stimuler les innovations à travers des arrangements inclusifs et durables. En ce sens, le contrat de société permet de mettre en place « *un ensemble organisé qui contient la réglementation d'une donnée concrète et durable de la vie sociale qui est constituée par un nœud de règles juridiques vers un but commun*[300] », ce qui correspond en fait à la définition de l'institution donnée par le Doyen Hauriou[301]. Cela semble être la définition que donne l'Acte Uniforme des statuts juridiques des sociétés commerciales. Ils sont considérés à la fois comme un contrat, mais également une institution, l'instrument de cette soumission à la loi uniforme. À ce propos, nous trouvons un fort intérêt dans le concept d'impulsion qui permet de prendre la mesure des mécanismes d'incitations[302], l'élément essentiel des organisations étant la volonté des personnes à contribuer par leurs efforts individuels au système collectif, à l'intérêt collectif. En ce sens, les clauses statutaires ou tout autre instrument de gouvernance d'entreprise doivent servir de cadre juridique d'une prise en charge des questions RSE[303]. Elles doivent permettre aux associés d'exprimer leur volonté de voir prendre en compte par les dirigeants les conséquences sociétales des activités de leurs sociétés. La définition du mandat social doit ainsi leur permettre d'exprimer un besoin

---

des conventions entre la société et les administrateurs ou les dirigeants. Ils ont, pour certains contrats, le pouvoir d'approbation et de rejet des conventions conclues entre les dirigeants sociaux et la société.

300 Géraldine GOFFAUX-CALLEBAUT, du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés, L'harmattan, 2008

301 M. HAURIOU, principes de droit public, Sirey 1910, p. 129

302Ces mécanismes reposent sur la notion de relation d'agence qui s'établie des lors qu'une personne en engage une autre pour remplir une mission qui nécessite une délégation de pouvoir. On suppose que les associés connaissent la fonction d'utilité du dirigeant et les probabilités de succès de sa mission directionnelle et de gestion pour les différents efforts que peut fournir le dirigeant.

303 Les statuts doivent servir de cadre de mise en place d'une organisation assurant le contrôle de la conformité aux exigences de la RSE. A cet effet, même si le droit des sociétés se définit comme technique et organisation, les actes uniformes se limitent à donner quelques principes fondamentaux et généraux, sans descendre dans les détails. Aussi, même si la fonction du droit est de garantir une certaine permanence des valeurs assurant la continuité des échanges sociaux dans lesquels on range le système économique, il serait prétentieux de tenter d'embrasser toute la vie des agents économiques dans d'innombrables prescriptions.

d'information pour mieux comprendre et analyser la situation de la société, dans le cadre général de leur mission d'administrateurs, notamment ; d'autre part, en adoptant le rapport d'activité présenté par le dirigeant dans lequel figurent ces dites informations, ainsi que celles financières. Ils sont responsables de la façon dont la société intègre et en gère les conséquences. C'est de leur responsabilité. Les associés pourront se saisir de « toute question intéressant la bonne marche de la société » et de procéder « aux contrôles et vérifications qu'il (s) juge (nt) opportun »[304]. Ils doivent laisser une certaine marge de manœuvre au dirigeant afin qu'ils respectent les droits des parties prenantes. En effet, les mutations importantes ne proviennent pas des dirigeants décideurs apparents, fussent-elles dans l'intérêt de la société, ceux-ci n'ayant pas la marge de manœuvre suffisante de par leur position intrinsèquement liée au mode de régulation dominant pour changer significativement le système dans lequel ils évoluent[305]. La liberté des associés de définir et de limiter les pouvoirs du dirigeant est l'autre face d'un devoir, celui de permettre l'atteinte des objets de la société commerciale. En ce sens on peut se montrer extrêmement méfiant à l'égard des associés. L'objectif de la gouvernance est, semble-t-il, de mettre en place les conditions permettant à la société de maximiser la valeur pour les actionnaires. Cette approche a toujours exercé une forte influence sur la gouvernance d'entreprise. En ce sens, les décisions violant les clauses statutaires sont soit frappées de nullité ou encore considérées comme non écrites. Les statuts constituent le pacte social par excellence. Les clauses contiennent souvent des dispositions qui fixent les conditions dans lesquelles la société (par action simplifiée) est dirigée[306] et aussi assurent la police de l'actionnariat et des rapports entre dirigeant et associés. Ces dispositions souvent d'ordre public sociétaire limitent dans certaines hypothèses la liberté contractuelle[307]. Lorsque ces statuts sont établis conformément aux dispositions impératives[308] de l'OHADA, ou lorsqu'en dépit de la liberté des parties dans la définition de son contenu, les parties auront respecté certaines dispositions obligatoires, leur violation appelle des sanctions. Les associés sont tenus[309] par les Actes uniformes de respecter les diverses obligations légales et statutaires d'ordre

304 L'Art. L. 225-35 du Code de commerce Français

305 J. P. GERN, « Penser l'avenir des sociétés », 1976.

306 Art. 853-7 AUSCGIE

307 Art. 2 alinéa 1 AUSCGIE.

308 Toutefois, les dispositions impératives que doivent contenir les statuts ont vocation à être des devoirs positifs dans tous ces cas où les rapports juridiques sont menacés de déséquilibre. Ils servent de ce point de vue de « contre poids des excès potentiels ». Dans cette perspective, ils définissent notamment le mode de résolution de ces conflits et dysfonctionnements (société anonyme), les modalités d'exercice des droits des associés, de protection des tiers de bonne foi, etc.

309Le non-respect de ces obligations est susceptible de sanction et/ou d'exécution forcée selon les cas.

public. Ces obligations constituent une garantie pour les différentes parties prenantes de la société, comme les tiers[310]. En effet, le législateur n'hésite pas à déclarer, par exemple certaines décisions prises en violation des statuts régissant les sociétés par actions simplifiées nulles[311]. Pour autant, comme pour le droit français où l'utilisation des statuts dans le but de gérer les relations entre actionnaires a été renforcée par la consécration de la SAS, le droit des sociétés offre une plus grande liberté aux associés dans la rédaction des stipulations statutaires[312]. Cela va demander alors une réelle collaboration entre les différents organes de la société commerciale. Il y va de la cohérence des différentes interventions. Cette collaboration est nécessaire. Le droit OHADA n'intègre pas la perspective d'une collaboration ayant pour autre finalité la protection des intérêts des associés et de la société commerciale. Le « mandat » du dirigeant défini en ce sens[313] recèle de ce point de vue une importante ambiguïté qui laisse entrevoir la richesse que représenterait l'intégration volontaire ou obligatoire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes.[314] Il est donc clair que la mise en place d'un compromis structurel sur le fonctionnement même de la société commerciale résulta pour l'essentiel d'un accord politique autour de ses principales valeurs et orientations stratégiques.

74. Cette approche instrumentale du mandat du dirigeant vers un intérêt commun a toutefois des limites. En pratique, les sociétés peuvent chercher à maximiser la valeur actionnariale sans prêter une réelle attention aux effets de leur activité sur certaines parties prenantes. Pour les associés, la valeur à long terme de leurs avoirs ne dépend pas nécessairement de la prise en compte des différentes parties, aussi critiques soient-elles : dès lors en effet que le long terme se construit sur plusieurs entreprises, la pérennité d'une entreprise donnée n'est pas forcément recherchée du point de vue de la valeur

310 L'insertion des clauses régissant les relations entre actionnaires dans les statuts offre une meilleure sécurité juridique dans la mesure où les statuts, qui font l'objet d'une publication au Greffe du Tribunal de commerce, sont opposables aux tiers.

311 Voir les dispositions de l'Art. 853-11 alinéa 1

312 Cette perspective renforce le caractère contractuel de la société et le pouvoir discrétionnaire des associés dans la nomination des dirigeants sociaux. Cette nomination du dirigeant implique dans une certaine mesure une délégation de nature décisionnelle, mais également un pouvoir de contrôle qui permet aux associés de limiter la gestion opportuniste du dirigeant et de les discipliner.

313 Le « mandat est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandat, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'entend qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ». Art. 1998 al.2 Code civil français.

314 Commission européenne, Livre vert, juillet 2001.

actionnariale[315]. Ce qui confirme qu'à bien des égards, le mandat social reste un outil incertain de prise en charge de la RSE.

SECTION - II. Le mandat social, outil incertain de mise en œuvre des démarches de RSE

75. La théorie du mandat social saisie par l'OHADA est au regard des exigences de la RSE assez confuse et inadaptée lorsqu'il faille définir et opérationnaliser la responsabilité sociétale des entreprises. Le contrat de « mandat » qui le sous-tend reste inscrit dans un rapport de pouvoir[316]. C'est donc tout naturellement[317] que le contrat de mandat qui résulte de la volonté à la fois du dirigeant qui accepte la mission de représentant et celle des associés, les représentés, qui le nomment[318,] est le siège des mécanismes de précarisation du statut du dirigeant[319]. Ces mécanismes sont liés d'une part à la nature du contrat de mandat consubstantiel à la confiance des associés, qui disposent le pouvoir de révocation et d'autre part au principe de la séparation et de la spécialité légale. Cette confiance n'étant pas possible d'un point de vue individuel, il faut créer les moyens de son existence. Nous aboutissons donc à un paradoxe dans la mesure où nous savons que sans confiance, aucun échange social ne saurait être possible, et que dans l'éventualité où il pendrait forme, il

315 Blanche SEGRESTIN, Kevin LEVILLAIN, Armand HATCHUEL et Stéphane VERNAC, « « L'objet social étendu » : une voie pour réaligner le droit et la théorie des parties prenantes », Finance Contrôle Stratégie [En ligne], 17-3 | 2014, mis en ligne le 27 octobre 2014, consulté le 02 novembre 2016. URL : http://fcs.revues.org/1528 ; DOI : 10.4000/fcs.1528

316De sorte que cette liberté et l'autonomie dans la direction vers la prise en charge de préoccupations non financières ou économiques sont fortement tributaires de la volonté des associés. Sa qualité de dirigeant social est dans la plupart du temps inopérante. Autant elle implique une collaboration entre les associés et le dirigeant en dehors de tout processus de soumission du dernier, autant elle reconnaît une liberté contractuelle qui offre la possibilité au dirigeant d'insérer des clauses qui limiterait ses responsabilités à l'égard des autres parties prenantes à la vie de la société commerciale. Dans ce cadre, les dirigeants ont, une certaine autonomie, en raison de leur mandat et de la séparation des pouvoirs, il n'en demeure pas moins toutefois que cela ne soit pas exclusif de la reconnaissance de pouvoir de sanction, de révocation au profit des associés.

317 S. ASENCIO, Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun, Revue des sociétés 2001, p. 683

318 En tenant bien sûr compte des structures que la loi impose et qui fait des sociétés des démocraties plus ou moins médiatisées et ce à la différence des principes de droit allemand, Cl. Ducouloux-Favard, Le cumul des fonctions de dirigeant et de salariés dans les sociétés de capitaux en Allemagne, Rev. Sociétés 1988, p. 381, spéc. p. 383. - Sur le fait de considérer un directeur général de société anonyme comme un « mandataire du conseil d'administration », V. Y. GUYON, Droit commercial général et sociétés, *op. cit*., n° 347, p. 363

319 Il est possible de noter les pouvoirs exorbitants des associés dans la nomination et la révocation des dirigeants. Ce mandat spécial s'appuie notamment sur le principe de la hiérarchie des organes, défini par le droit de l'OHADA se singularise par son caractère contraignant.

entraînerait la révocation du dirigeant (§1). Cela nous fait dire que le mandat social est structuré autour de rapport inégalitaire (§2).

§1. Le caractère relatif du lien de confiance établissant le mandat social du dirigeant

Même si le législateur interdit les atteintes à la répartition légale des pouvoirs dans la dyarchie[320] dirigeant-associés, l'on passe difficilement d'une relation de subordination entre associes et dirigeant à une relation de coopération entre l'associé et le dirigeant. La poursuite de la responsabilité sociétale de la société commerciale par le dirigeant peut se heurter à la volonté des associés qui, par le biais des statuts ou lors des assemblées générales, peuvent limiter ses pouvoirs (A), le révoquer ou provoquer sa démission pour dévoiement des finalités du contrat de société notamment (B).

A. La prohibition des atteintes à la répartition légale des pouvoirs dans la dyarchie dirigeant-associés

Le dirigeant et l'associé représentent deux acteurs incontournables ayant des rôles respectifs au sein d'une société commerciale, exercés dans un cadre juridique qui offre les garanties institutionnelles suffisantes pour assurer leur légitimité (2). Toute confusion de rôle pourrait être préjudiciable à la fois pour la sécurité juridique de l'entreprise et pour la sécurité juridique des tiers. Pour pallier cette confusion, il peut être procédé, au-delà des prescriptions législatives à une limitation des pouvoirs dans l'acte de nomination du dirigeant (1).

1. De la limitation des pouvoirs contenue dans la décision de nomination du dirigeant

76. En règle générale, comme c'est l'Acte uniforme qui fixe pour l'essentiel le statut des dirigeants sociaux, c'est le problème de la légalité des actes de gestion qui se trouve ici posé. L'administration, la direction et la gestion des sociétés sont régies par les statuts, qui forment une sorte de législation supplémentaire, et par le droit commun des sociétés

320 Étymologiquement, dyarchie vient du grec duo, deux, et *arkhê*, pouvoir, commandement, autorité.

commerciales. Il définit certains principes[321] ordinairement complétés par les dispositions détaillées des statuts et des pactes sociaux. Ils peuvent contenir des clauses limitant le pouvoir des dirigeants, par exemple, en imposant l'accord de l'assemblée générale pour un acte qu'ils auraient pu en principe passer seuls. La décision de nomination ou par un acte ultérieur peut contenir une limitation des pouvoirs du dirigeant[322]. Elle est constitutive d'un acte de confiance des associés vis-à-vis du dirigeant. Ces associés ne perdent pas leur individualité, ils conservent leur intérêt propre, mais par la création sociétaire une logique collective s'ajoute aux différentes logiques individuelles et donne naissance à un intérêt collectif[323]. « De là, soit on estime qu'il y a transcendance et que la logique collective[324] est supérieure à toute logique autre et l'on adopte une conception institutionnelle de la société, soit on considère que la logique collective ne s'impose qu'en complément des logiques individuelles, sans exagération, parce que cela découle de l'adoption même de la technique sociétaire et l'on souscrit à la thèse contractuelle »[325]. En ce sens, il est nécessaire pour le dirigeant de « faire savoir au tiers cocontractant qu'il n'est justement qu'un représentant. C'est d'ailleurs ce qui distingue le dirigeant de droit du dirigeant de fait, puisque ce dernier soit ne sait pas soit ne veut pas[326] déclarer sa qualité de représentant[327]. Or, justement, le

321 Ces principes sont contenus dans plusieurs dispositions de l'AUSCGIE. En effet, ce principe est prévu notamment par l'Art. 465 qui dispose que : « Le président-directeur général préside le conseil d'administration et les assemblées générales. Il assure la direction générale de la société et représente celle-ci dans ses rapports avec les tiers. Il est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Pour l'exercice de ces fonctions, il est investi des pouvoirs les plus étendus qu'il exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués aux assemblées générales ou spécialement réservés au conseil d'administration par des dispositions légales ou statutaires.

322 Le premier dirigeant de la société est désigné aux termes des statuts ou par décision collective des associés. En cours de vie sociale, le dirigeant est désigné par décision collective des associés. Il peut être une personne morale, étant entendu que la personne morale doit obligatoirement désigner un représentant permanent personne physique. Son acte de nomination et d'acceptation établit un lien de confiance qui a vocation à être consolidé.

323 S. ASENCIO, Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun Revue des sociétés 2001 p. 683

324 Voir Ph. BISSARA, L'intérêt social, Rev. Sociétés 1999, p. 5. Rq. : Certains auteurs relient l'intérêt social à la conception institutionnelle de la société, ce qui leur permet d'affirmer qu'à l'instar de la notion d'institution, celle d'intérêt social serait aussi en régression de nos jours : D. Miellet, Liberté statutaire et contrôle de la révocation des mandataires sociaux protégés, *op. cit.,* p. 1278

325 *ibid.* p. 683

326 Dans le cadre d'une société en participation.

327 Pour que l'on puisse parler vraiment de représentation au profit du dirigeant social au sens entier du mot, il faut, entre autres, que le représentant prenne une part active et effective dans la gestation des droits ou obligations dont le représenté sera appelé à profiter ou à pâtir. Au minimum, la volonté du représentant doit préciser ou compléter celle du représenté. Il arrive même parfois que la volonté du représentant demeure seule en face de celle du tiers cocontractant : ainsi lorsque le représenté n'est pas en mesure d'exprimer directement une volonté consciente ou supposée comme telle (mais on rentrerait là dans le cadre d'une représentation institutionnelle ou d'un quasi-contrat comme la gestion d'affaires). Quelle que soit la situation,

dirigeant de droit des sociétés, ayant organisé la représentation sociale de la manière la plus transparente que soit, ne peut être qualifié de dirigeant de droit que si sa nomination a été régulièrement publiée au Registre du commerce et des sociétés[328.] Par principe donc, le dirigeant de droit de société ne saurait être qu'un représentant « parfait » puisqu'il n'acquiert sa qualité de représentant que par le mode de la transparence de l'information aux tiers[329.] Dès lors, un dirigeant de société qui effectue correctement sa mission ne saurait juridiquement qu'agir « au nom » et « pour le compte d'autrui » tel que n'importe quel représentant « parfait »[330]. Le dirigeant considéré comme l'institution centrale et « clé de voûte » est ainsi détenteur de pouvoirs propres. Il n'est pas soumis au contreseing des autres organes.

77. Toutefois, au regard des enjeux posés par la RSE, il est possible de se demander si le dirigeant a la possibilité de modifier la répartition des pouvoirs que les Actes uniformes ont définis de manière impérative. Cela n'est pas exclu. L'alliance entre les deux centres de pouvoir, dirigeant et assemblée (ou conseil d'administration) reste fragile, au moment où la direction exercée par le Président-directeur général est d'autant plus forte qu'il confondait en sa personne la présidence du Conseil d'administration et la direction effective de la société commerciale pour laquelle il a reçu mandat spécial[331]. Il revient sur la prohibition des transferts directs de pouvoir à travers l'annulation de la résolution adoptée par l'AG qui investissait le président-directeur général de l'ensemble des pouvoirs légaux du Conseil d'administration.

78. Leurs volontés énoncées dans les statuts doivent servir de référence, de cadre qui permet de « hiérarchiser les intérêts » et à fonder un pouvoir de contrôle des associés sur le dirigeant, au détriment de la mise en œuvre des « impératifs d'intérêt collectif »[332]. À cet effet, si l'idée d'une cohabitation et même d'une immixtion des associés dans la gestion du dirigeant peut satisfaire ces associés et être redoutée par le dirigeant, elle n'est pas

---

la représentation implique que le représenté dispose d'une marge de manœuvre certaine, partielle ou intégrale. En d'autres termes, il ne doit pas y avoir de subordination pure du représenté au représentant. Le mandataire, en tant qu'archétype du représentant, doit jouir d'une certaine indépendance sinon dans la conduite de sa mission, du moins dans le choix des moyens pour la réaliser.

328 Art. L. 210-9 c. com. (L. 66, art. 8 anc.)

329 Et il ne saurait perdre cette qualité que de la même façon. Cf. toujours art. L. 210-9 c. com

330 Art. 1984, al. 1, c. civ. sur le mandat

331 Toutefois, la Cour de cassation française a énoncé à cet effet, une règle de consécration de la règle de l'impossibilité de modification individuelle dans un arrêt de principe du 4 juin 1946. Voir Cass.Com.4 juin 1946, JCP 1947, II 3512 ? note Bastian. Sirey 1947.1.153, note Barbey.

332 A. SUPIOT, « la contractualisation de la société », in Qu'est-ce que l'humanité ? Université de tous les savoirs, vol.2, Paris, O. Jacob, 2000, p.157-167.

souhaitable[333]. Le dirigeant, PDG, doit agir suffisamment dans le respect strict des dispositions notamment statutaires sous peine d'engager sa responsabilité[334]. D'une manière générale, le gérant doit respecter les prérogatives attribuées aux associés.[335]

2. Des pouvoirs répondant exclusivement à la nécessité de la répartition des pouvoirs.

79. Le dirigeant a des pouvoirs qui répondent essentiellement, voire exclusivement de la nécessité de la répartition et de la spécialisation des pouvoirs entre les organes sociaux et l'exigence de leur respect strict. Le dirigeant doit de ce fait agir dans les limites de ses fonctions sans empiéter sur les attributions des autres organes de la société à l'instar des organes de délibérants. Ce principe est donc modifié dès lors que l'autorité décisionnelle pose la dyarchie[336] associé dirigeant. La question de la prise de décision dans la société commerciale et de son respect s'impose comme une constante dans une organisation qui s'est toujours présentée comme plurielle[337]. En l'occurrence, son statut de mandataire social ne semble pas lui permettre de définir le cadre de son pouvoir directorial. Cette ambiguïté se traduit par une certaine difficulté à distinguer entre les organes de contrôle et la surveillance, leurs fonctions n'étant pas si éloignées l'une de l'autre quand bien même l'une s'exercerait sur l'autre. Ainsi, même dans les hypothèses où on relève une absence de répartition légale des pouvoirs de direction et de représentation, les dispositions de l'AUSCGIE n'offrent pas d'opportunités aux dirigeants d'organiser ou maîtriser les

---

333 Il en est ainsi dans l'hypothèse d'entreprise en difficulté, condamnée à faire évoluer, si ce n'est changer, de business model, et dont le directeur général serait confronté à un conseil d'administration défendant une stratégie et des moyens opposés aux leurs. Malheureusement, le Législateur OHADA accorde une place prééminente à la construction de la gouvernance d'entreprise dont les rapports de force interdisent, toujours aux dirigeants, toutes manœuvres tendant à la suppression de l'expression du pluralisme organisé. Il met en place un mode de fonctionnement s'apparentant plus à une forme de monarchie féodale, au sein de laquelle toute la force du suzerain, ici dirigeant, réside dans l'obtention de l'assentiment majoritaire des associés. À ce propos un auteur comme Monsieur Paillusseau, considère que ce pouvoir de gestion englobait « toutes les opérations qui contribuent à la détermination de la politique générale de l'entreprise », autrement dit, le conseil d'administration constituait « un organe dont la fonction est de gérer l'entreprise, c'est-à-dire de concevoir, d'élaborer et de décider sa politique générale », Voir J. PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey 1967, spéc. p. 214

334 Art. 465 AUSCGIE.

335 Par exemple : approbation annuelle des comptes, modification des statuts, contrôle des contrats conclus entre le dirigeant et la société, etc.

336 Du grec ancien *δύο*, *duo* (« deux ») et de *-archie*, du grec ancien ἄρχειν, arkhein (« commander »), signifiant ainsi « partage du pouvoir entre deux titulaires ». Voir dans http://fr.wiktionary.org/wiki/dyarchie.

337 En reconnaissant un véritable positionnement sociétal des dirigeants, la substance de leurs pouvoirs, ce qui ne manque pas de provoquer des conflits, qui au-delà du fait qu'ils peuvent constituer une menace sur la fonction du dirigeant, peuvent impacter sur la continuité, voir la pérennité des sociétés commerciales.

conditions de leur responsabilité[338]. En l'occurrence, la Cour d'appel en France dans l'affaire Pillard[339] a rappelé à cet effet que les textes fixent de manière impérative les pouvoirs et prérogatives des différents organes de la société et que si les statuts peuvent aménager au mieux des intérêts sociaux, les modalités de l'administration et de la direction, cette liberté s'exerce sous la condition expresse d'absence de bouleversement des principes généraux de hiérarchie et de compétence des divers rouages institués par la loi. Elle relèvera à cet effet que l'organisation d'un comité de direction appartient, selon la loi[340] à la compétence exclusive du Conseil d'administration[341]. Même si cet auteur et d'autres estiment qu'« il ne doit pas être remis en cause par des initiatives personnelles hasardeuses », la pratique de gouvernance des rapports révèle le développement de stratégie tendant à consacrer les pouvoirs extensibles en faveur des dirigeants. En principe, comme le rappelle Monsieur DIOUF[342], un « *organe ne peut exercer les prérogatives d'un autre organe hiérarchiquement supérieur, voire inférieur ; chaque organe disposant ainsi, en vertu du principe de spécialisation de pouvoirs propres sur lesquels il est interdit d'empiéter* »[343]. Il reprenait ainsi les dispositions de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 4 juin 1946[344]. On reproche à cette loi notamment la similitude qu'elle crée entre ces attributions avec la définition des pouvoirs du président-directeur général[345]. Si le prétendu représentant se borne à reproduire la déclaration de volonté de son prétendu mandant, sans aucune marge d'initiative ou de manœuvre, il faudrait considérer qu'il constitue, en réalité,

338 A ce propos, Y. Guyon considérait qu'il en va tant de la protection des épargnants qui ont apporté leurs économies que de celle des tiers qui consacrent avec société. La jurisprudence française considère comme d'ordre public toutes les dispositions légales partageant les compétences au sein de la société, au même titre d'ailleurs que celles venant les compléter opportunément, qui assurent la hiérarchisation des pouvoirs organes.

339 CA. d'Aix en Provence, 28 septembre 1982, Rev.Soc.1982;773 et s.

340 Art. 90 du décret du 23 mars 1967

341 La Cour conclura à ce propos, que le choix de la procédure suivie en l'espèce est erroné : *« il ne convenait pas d'intervenir par voix de modification des statuts et en mettant ainsi au premier plan un organe secondaire qui doit demeurer dans l'orbite et sous le contrôle direct du Conseil d'administration, seul habilité à en apprécier la nécessité et à en définir le rôle et le fonctionnement, la modification, à la supporter établie était donc nulle* », Voir CA d'Aix en Provence, op cit.

342 Mountaga DIOUF, L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales. THESE. Cheikh Anta Diop 2007

343, *ibid*.p. 157.

344 Sur ce principe Voir Cass.Com.4 juin 1946, JCP.1947, II, 3518, note Bastian ; Sirey 1947, 1.153, note Barbry; En vertu de ce principe, donc le Président directeur général exerce sa mission sous réserve des pouvoirs que la loi ou les statuts attribuent expressément aux assemblées générales ou spécialement au Conseil d'administration. Ce dernier exerce ses pouvoirs « dans les limites de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi uniforme aux assemblées d'actionnaires, ART. 465 AUSCGIE (2010)

345 Y. GUYON, « Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économique », Rev. Sociétés 2001, p. 503, spéc. n° 7 p. 507

un simple employé ou préposé. Cette absence d'autonomie explique que la qualification de salarié soit reconnue par le droit social aux gérants de succursales[346].

80. Les dispositions des Actes uniformes consacrent le principe de la prohibition de toute atteinte à la répartition des pouvoirs dans la société commerciale[347]. Les pouvoirs du dirigeant sont ainsi encadrés[348] et recouvrent des aspects discrétionnaires, mais également de compétence liée.

B. La limitation des pouvoirs du dirigeant dans ses rapports avec les associés

81. Ces solutions adoptées par le législateur varient selon les exigences en cause. Le dirigeant se voit reconnaître un pouvoir discrétionnaire lorsque l'emporte le souci de l'efficacité de l'action (2), en revanche sa compétence est liée[349] là où il paraît nécessaire de garantir les droits des parties prenantes actionnaires essentiellement et la société (1).

1. L'attribution de compétences liées de nature politique

82. Pour certains auteurs français « l'idée d'introduire dans les statuts ou dans certaines chartes du dirigeant social des clauses limitatives de responsabilité n'irait pas à l'encontre de la lettre des articles L. 225-252 et L. 225-253 du code de commerce et mériterait peut-être réflexion ».[350] Ils estiment que la volonté des dirigeants de recourir à des clauses d'aménagement de leurs responsabilités « *ne peut valablement produire les effets attendus*

346 Art. 781-1 et suivants du Code français du travail ; Art. L. 241-1 du Code français de la Sécurité sociale).
347Même s'il demeure que les limitations des différents pouvoirs des organes sociaux ne jouent que dans les rapports internes à la société et sont opposables au tiers, les dispositions y afférentes n'offrent pas une grande précision. Le législateur impose régulièrement des règles impératives, « d'ordre public » dans les sociétés anonymes et les SARL à travers des systèmes d'autorisation permettant ou interdisant notamment des conventions réglementées.
348 En vertu de l'Art. 2 AUSCGIE toutes les dispositions régissant les sociétés commerciales et GIE sont d'ordre public. La séparation des prérogatives garantit la stabilité du pouvoir et des organes sociaux. Pareille formulation se doit néanmoins d'être nuancée dans la mesure où la pratique de gestion et de direction des sociétés commerciale suggère que le positionnement sociétal du dirigeant releva surtout du réaliste. L'affirmation de l'autorité du dirigeant sur ses associés recoupa-t-elle la victoire d'une conception révolutionnaire sur la tentation de maintenir la séparation rigide des pouvoirs dans la société commerciale. En l'état actuel du droit des sociétés, rien n'est moins sûr. En tout état de cause, les statuts peuvent ainsi limiter les pouvoirs du dirigeant cela uniquement dans ses rapports avec les associés.
349 Pour comprendre le contenu et la portée des pouvoirs du dirigeant il est important de se référer à certains travaux de publicistes qui se sont interrogés sur la portée du principe de légalité en matière administrative. Il s'agit d'outils d'analyse qui mettent en exergue les différents régimes d'encadrement des pouvoirs des autorités administratives.
350 R. VATINET, La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles, Rev. Sociétés 2003, p.247, spéc. n° 8, p. 50

que si elle ne heurte pas l'ordre public »[351]. Il importe de vérifier que « *l'ensemble des règles applicables à la responsabilité des dirigeants de sociétés (...) n'est pas d'ordre public*[352] »[353] et ne limite pas les pouvoirs et compétences du dirigeant. Il y a compétence liée lorsque la réglementation impose à une autorité d'agir dans un sens donné lorsque certaines conditions sont réunies. La société commerciale dans sa forme juridique, garde un but social qui interdit, d'une part à son dirigeant, même animé des meilleures intentions, de réaliser des actes purement gratuits au nom de la société et au moyen de biens sociaux s'ils ne sont pas autorisés par des dispositions d'ordre légal**[354]** ; et d'autre part de mettre en cause la place prééminente accordée aux actionnaires dans le gouvernement des entreprises. Ce constat permet, pour certains auteurs, d'expliquer comment, dans certaines entreprises où la pression actionnariale est maximale, la stratégie vise à sécuriser des retours financiers, en transférant l'ensemble du risque (via des fermetures de site ou des délocalisations par exemple) sur d'autres parties. Le cas de la vente stratégique d'actifs (cession d'actifs immobiliers par exemple) est un exemple type d'opérations qui permettent de réaliser des plus-values exceptionnelles, tout en faisant courir un risque sur le long terme à l'entreprise. Dans cette perspective, sont valables les clauses statutaires prévoyant que certains actes à accomplir par le ou les gérants soient autorisés au préalable par les associés. Ces conditions s'appuient généralement sur un système des approbations.[355] En l'occurrence, la violation des clauses restrictives par le ou les gérants, par exemple, emporte par conséquent l'engagement de la responsabilité de ceux-ci, le juste motif pouvant être invoqué privant ainsi le dirigeant de tout droit à dommages-intérêts[356]. Aussi, le droit uniforme de l'OHADA soumet le dirigeant à toute une série de règles

351 H. AUBRY, La responsabilité des dirigeants dans la société par actions simplifiée. Revue des sociétés 2006

352 On observera que les règles relatives à la responsabilité des dirigeants sont d'ordre public et répondent d'un certain nombre de principe que le dirigeant ou les associés ne peuvent écarter. Ils ont un rôle finalisé qui est sous surveillance, sanctionné des lors qu'il ne prend plus en charge les intérêts communs des associés.

353 H. AUBRY, ibid, 2006

354 DELSOL XAVIER, Le mécénat peut-il constituer un abus de biens sociaux ?, Mécènes, n°8, décembre 2014, in http://www.admical.org/contenu/le-mecenat-peut-il-constituer-un-abus-de-biens-sociaux.

355 Pour les décisions collectives, l'AUSCGIE énonce à cet effet que : « les décisions collectives ordinaires sont celles qui ont pour but de statuer sur les états financiers de synthèse de l'exercice écoulé, d'autoriser la gérance à effectuer les opérations subordonnées dans les statuts à l'accord préalable des associés, de procéder à la nomination et au remplacement des gérants et, le cas échéant, du commissaire aux comptes, d'approuver les conventions intervenues entre la société et l'un de ses gérants ou associés et, plus généralement, de statuer sur toutes les questions qui n'entraînent pas modification des statuts » , Art. 347 AUSCGIE

356 B. MERCADAL, Ph, JANIN, Memento pratique. Francis. Lefebvre, p.173

obligatoires, émanant aussi des statuts[357]. Le « rapport de légalité »[358] qui unit ces pouvoirs au droit de l'OHADA peut se présenter sous plusieurs aspects. Tout d'abord, il établit d'un rapport de comptabilité, de conformité et une obligation d'agir. Le rapport de comptabilité, s'appuie sur l'obligation minimum qui pèse dans toutes les circonstances : ces actes doivent être compatibles avec le droit positif OHADA. Il ne doit pas être contraire à une norme supérieure (règle impérative OHADA et statutaires). Cette obligation de non-contrariété est une obligation négative qui laisse au dirigeant toute la liberté sous la réserve indiquée. Ainsi, cette obligation existe d'une manière générale, et concerne surtout le choix du contenu de la décision. Ce rapport de conformité [359] est toutefois très pesant pour le dirigeant. Ces actions mises en œuvre dans le cadre de ces pouvoirs doivent être conformes aux prescriptions. C'est la condition de sa régularité. Le choix de ces décisions et la conduite du dirigeant sont dictés par la norme supérieure (règle impérative OHADA et statutaires). Au regard des dispositions de l'article 2 AUSCGIE alinéa 2 : « Est réputée non écrite toute clause statutaire contraire à une disposition du présent Acte uniforme ». Ces rapports de conformité sont très rares et conservent généralement certaines conventions interdites par le législateur. Elles ne doivent pas être prises par le dirigeant sous peine de sanctions civiles et pénales. Ainsi, le rapport de conformité résulte donc du contenu des règles supérieures. Il peut être plus ou moins exigeant, ou laisser une possibilité de choix[360]. Le rôle des associés et du législateur est alors de rendre claires et cohérentes les règles de droit appliquées ou applicables privilégiant la prévention des litiges, grâce à des règles établies à l'avance, lesquelles permettent de donner aux transactions une sécurité

357 Les fonctions du dirigeant sont dans la plupart du temps prédéterminées dans le contrat de société et les statuts juridiques de la société commerciale. Le dirigeant ne fait qu'y adhérer. En effet, pour le dirigeant l'acte de contracter se réduit à une adhésion à un contenu contractuel prédéterminé par la société commerciale, partenaire contractuel.

358 Cette limitation a une dimension politique, le dirigeant étant soumis à l'autorité hiérarchique de l'assemblée des associés, organes suprêmes dans la société commerciale. La société commerciale fonctionne sur un mode de séparation et de délégation des pouvoirs. A ce niveau, le dirigeant social est politiquement responsable devant l'assemblée des associés qui par sa nomination dispose de sa confiance. En outre, l'exécutif est dissocié entre les organes sociaux et l'assemblée (ordinaires et extraordinaires) qui incarne la continuité de la société commerciale sans participer à l'exercice du pouvoir.

359 Plusieurs dispositions précisent ce rapport de compatibilité, à l'image de l'Art. 2-1 : « Sous réserve du respect des dispositions du présent Acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires, les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées… ».

360 La jurisprudence française avait dès 1946, dans son célèbre arrêt Motte considéré que « la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés par la loi... il n'appartient pas à l'assemblée d'empiéter sur les prérogatives du conseil d'administration en investissant le président du conseil des pouvoirs jusque-là attribués au conseil. Voir Cass. Civ.4 juin 1946, J.C.P.47.II.3518, Note BASTIAN

juridique accrue. Toutefois, s'ils en sont les architectes, les dirigeants les tissent au quotidien. Ces limitations peuvent être supprimées ou très réduites, le tout dans le souci de faciliter les échanges économiques.

2. La possibilité d'octroi de pouvoir politique discrétionnaire

83. Le législateur a adopté une approche qui n'est pas uniforme, l'étendue des pouvoirs variant selon les cas. Le dirigeant est soumis plus ou moins étroitement par le droit uniforme et entretient avec lui un rapport de légalité assez fort, tandis que, dans d'autres cas, il conserve une marge d'initiative variable[361] qui constitue le pouvoir discrétionnaire. À ce propos, on a pu reprocher à la loi française de 1966 un manque de clarté s'agissant des pouvoirs que la loi reconnaît à certains organes sociaux, tels ceux du Conseil d'administration et son président[362]. Sous réserve des pouvoirs que l'Acte uniforme attribue expressément aux assemblées générales ainsi que des pouvoirs qu'elle réserve de façon spéciale au conseil d'administration et dans la limite de l'objet social, les pouvoirs du dirigeant sont définis de manière à assurer la protection des autres parties prenantes[363]. Suivant l'article 329 AUSCGIE, le gérant de la SARL est investi de pouvoirs généraux, « les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société », (…) sous réserve de ceux expressément attribués aux assemblées générales ou spécialement réservés au Conseil d'administration par des dispositions légales ou statutaires[364]. Cela veut dire que les associés, à travers les statuts peuvent déterminer les pouvoirs qu'ils accordent à ceux qui ont la charge de gérer. Ces pouvoirs sont politiques et permettent une véritable

---

361La société commerciale est un système contractuel particulier, un « arrangement institutionnel » caractérisé par un principe hiérarchique qui permet à la direction de l'entreprise de prendre les décisions en cas d'événements non prévus par les contrats, et qui permet de limiter les risques liés à l'opportunisme. En ce sens, l'attribution de la qualité de dirigeant induit des distorsions dans la conception de la liberté et de la source de l'autorité des dirigeants. Il est possible de constater que le législateur OHADA consacre des inégalités de fait des parties au contrat de direction, qui sont par ailleurs tempérées par des interventions du Législateur.

362 Les deux organes sont : « investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société » en vertu des Art.s 98 et 113 de la loi de 1966). Certains auteurs ont alors parlé de « d'imperfection de rédaction ». Nous sommes dans le même cas de figure dans le cadre de l'OHADA. Voir F. VALENCIA, l'administrateur de la société anonyme : nature et exercice du pouvoir, http/www.juripole.fr

363Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du dirigeant qui ne relèvent pas de l'objet social, sauf le cas où le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social. On notera que cette opposabilité est limitée par la possibilité de révocation des dirigeants. Il s'agit d'une affirmation des pouvoirs spéciaux des autres organes sociaux. Nous y reviendrons dans le cadre des développements ultérieurs.

364 Art. 465 AUSCGIE.

participation du dirigeant[365]. La participation politique exige « une participation au pouvoir ou au contrôle de celui-ci »[366]. Le dirigeant est celui auquel les associés confient la gestion de l'entreprise. Pour s'acquitter au mieux de sa mission, ce dirigeant doit retrouver une certaine latitude. Or, la prise en compte de la RSE interroge sur la question de savoir dans quelle optique une réduction de cette protection des actionnaires pourrait participer à son ancrage, sans constituer une menace pour leurs intérêts.[367] À ce titre, en raison de son devoir général de gestion, de direction, voire d'administration, il rend compte de sa gestion aux organes sociaux. À ce propos, le non-respect des limitations de pouvoir décidé par les associés peut être sanctionné, le dirigeant pouvant ainsi se voir révoqué de ses fonctions. C'est encore le lieu de préciser qu'un principe gouverne le choix des agents économiques : la confiance. Cette dernière repose sur la sécurité juridique.

§2. Le caractère dissuasif de la libre révocation du dirigeant de société commerciale

84. La révocation découle du caractère *intuitu personae*[368]du contrat de mandat. Elle rappelle la précarité du statut du dirigeant (A) qui résulte de la nature du mandat social. Elle a un caractère d'ordre public (B). Il permet un réel contrôle du dirigeant.

A. La précarité du statut contractuel du dirigeant de société anonyme

Le mandataire est tenu d'exécuter sa mission tant qu'il en demeure chargé, sans possibilité de bénéfice des garanties sociales de protection des salariés en cas de cumuls de fonctions.

365Un auteur comme De Woot apporte un précieux éclairage sur l'intérêt de prendre en compte la dimension politique. Pour lui sans possibilité de participation, les hommes ne se conduisent qu'en agents passifs et sont incapables d'assumer leur fonction de créateurs et d'entrepreneurs. Seule une participation authentique, le fait de prendre part à quelque chose peut engager les acteurs organisationnels à mettre leurs capacités au service de l'entreprise, car elle leur permet de se réaliser eux-mêmes à travers le succès de l'entreprise. La confiance se trouve à l'articulation de ces deux dimensions de la participation, car « la réussite de la participation fonctionnelle repose sur la confiance de ceux à qui elle s'adresse et cette confiance dépend principalement de la participation politique ». Voir De WOOT, *Pour une doctrine de l'entreprise*, 1968, p. 208.

366 De WOOT, ibid., p. 211

367 On peut dire à cet effet, que les mécanismes de gouvernance consacrés par l'OHADA conservent notamment cette fonction de sécurisation des investissements. Ces derniers doivent leur être utiles, c'est-à-dire avoir « cette propriété de tout objet par laquelle il tend à produire un bénéfice, un avantage, un plaisir, un bien, ou du bonheur… ou… à prévenir la survenue d'un dommage, d'une peine, d'un mal ou d'un malheur » , Voir Bentham, Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789.

368 Le « mandat d'intérêt commun » est un contrat *intuitu personae* puisqu'il repose sur la confiance entre les parties. Le caractère *intuitu personae* produit des conséquences s'agissant, notamment, des causes de cessation du contrat : en effet, le principe est celui de la révocabilité *ad nutum* du mandataire.

1. L’exécution du mandat tant qu’il en demeure chargé….

85. Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et continuera d’accomplir sa mission tant qu’il en demeura chargé[369]. Ce mandat est un acte volontaire et de confiance caractérisé par sa précarité. En effet, tout ce que fait le dirigeant, dans les limites de son mandat, est pour le compte et au profit des associés ou de l’associé unique ; mais ce peut être aussi à son préjudice ou au leur. Si donc le mandant juge, par une raison quelconque, qu'il n'est pas dignement représenté, dans la personne de la société ou dans ses intérêts, il fait cesser cette représentation, par la révocation des pouvoirs qu'il avait donnés[370]. Cette révocation est en principe le résultat de la mise en œuvre du contrôle de la gestion et des comptes sociaux, sanction à l'égard des dirigeants sociaux. Pour une fonction de cette nature, l'indépendance du dirigeant peut souffrir de la précarité d'une position livrée ainsi tout entière à la discrétion sans contrôle de ceux qui l'emploient. Cette indépendance est encore plus gravement atteinte par l'exercice même des fonctions de DG, de gérant, fonctions évidemment subalternes qui le placent dans un état de dépendance absolue envers la collectivité des associés. En effet, si l'on mesure l'importance des fonctions de dirigeant non à la hauteur de la mission conférée à cette institution et de l’intérêt social qu'il est chargé de défendre, mais d'après la nature des devoirs prescrits au dirigeant dans le cercle de ses attributions obligées, statutaires, il faut reconnaître que ces fonctions risques d’être toutes passives ; qu'aucune initiative ne lui est dévolue. La collectivité des associés est un corps délibérant, une assemblée consultative plutôt qu'une administration chargée d'une mission de gestion et de direction, son dirigeant n'a même pas cette spontanéité d'action ou de direction dont l'urgence investit souvent quotidiennement, dans les détails, le service. Il lui sera difficile de s’en tenir en tout et toujours de se conformer aux ordres et instructions statutaires. Sans doute, lorsque le dirigeant sera, comme dans l'espèce en matière de RSE, un acteur d'une capacité réelle, il arrivera souvent, par le seul effet de son mérite personnel et la juste appréciation qu'en feront les associés, à franchir les limites de ses attributions obligées, et à s'élever jusqu'à la collaboration.

---

369 Le mandat n'est pas un blanc-seing ; la plus vulgaire prudence le conseille.

370 Une perte de confiance pourra permettre de révoquer légitimement un mandataire social. Cette perte peut être, en effet, invoquée lorsqu'il s'avère que, d'une part, que le dirigeant ne possède pas (ou plus) les qualités morales ou professionnelles indispensables au management d'une entreprise, soit lorsque celui-ci trahit la confiance de son partenaire en ne concrétisant pas les qualités attendues dans l'exécution de son mandat (entente, collaboration, coopération, loyauté, probité, capacités de gestionnaire, absence de concurrence directe ou indirecte, connaissances techniques, exécution normale des obligations inscrites notamment dans la lettre de mission, etc.) et que, d'autre part, cette perte de confiance paralyse le bon fonctionnement de la société mettant ainsi en péril l'intérêt social.

86. Toutefois, cette extension officieuse des fonctions de dirigeant tout à fait ponctuelle ne sera admise qu'à la seule condition qu'elle doit cesser d'un moment à l'autre[371]. Il n'en laisse pas moins subsister toutes les obligations essentielles, tous les devoirs de position, à la stricte observance desquels le dirigeant peut être rappelé à la moindre dissidence qui surviendrait entre un des associés et lui[372]. Son indépendance est d'autant plus enchaînée, que de l'accomplissement de tous les devoirs que ses fonctions lui imposent dépend la pérennité de sa mission. Les fonctions de dirigeant sont ainsi nettement caractérisées et tributaires, pour sa pérennisation, du lien de confiance entre associés, la société et le dirigeant[373]. À ce propos, l'altération du rapport de confiance unissant le dirigeant à la société est de nature à provoquer même la rupture du contrat de travail[374] du dirigeant.

2. L'indifférence des garanties sociales de stabilisation du statut de dirigeant

87. Le dirigeant ne dispose pas d'un droit au maintien ou à une réintégration[375] dans ses fonctions. Aucune décision de justice ou de règle juridique ne propose de règles allant dans le sens de la nullité des révocations injustifiées, surtout lorsque survient une crise de défiance politique, une crise de représentation et une crise de responsabilité. Cela met l'accent sur le caractère relatif de sa fonction. Bien au contraire, toutes les actions en contestation de la légitimité d'une révocation ne se situent pas dans une perspective de validation ou d'annulation de la mesure, mais d'une indemnisation fondée sur la responsabilité de la personne morale[376]. Il ne pourra même pas s'appuyer sur des garanties sociales qui résulteraient du cumul de fonctions liées notamment à l'exécution d'un contrat

---

371Si donc l'interprétation du mandant ne convenait pas au mandataire, celui-ci aurait le droit de se démettre de son mandat. Mais le mandataire n'a pas le droit d'étendre les pouvoirs qui lui ont été conférés.

372 Toutes ces règles ont l'avantage de relever la précarité du mandat du dirigeant. Elles ne lui permettraient pas notamment de s'enraciner au sein de la société commerciale et d'augmenter ainsi son pouvoir pour exprimer des préférences stratégiques ne répondant pas, uniquement, à des critères de maximisation de la richesse des actionnaires (notamment dans les entreprises subissant une forte influence des marchés financiers de par la nature de leur actionnariat). Voir dans http://www.vigeo.com/csr-rating-agency/images/PDF /Publications/Magalie_ Marais_FR.pdf

373 Il apparaît qu'une divergence entre la communauté des associés, ou des associés majoritaires, ou minoritaires et le dirigeant sur le contenu et les modalités de mise en œuvre de la responsabilité sociétale de la société commerciale, peut permettre la résiliation du contrat de mandat, sans pouvoirs invoquer un abus dans la révocation.

374 Philippe MERLE, Droit Commercial : Sociétés Commerciales, Précis Dalloz, 5e éd; Paris,1996, p.530, n°529

375 CA Versailles, 27 nov. 1985 : préc., note 37

376 D.GIBIRILA, Le juste motif de révocation des dirigeants de sociétés, in Journal des sociétés, N°97 Avril 2012, p.64

de travail[377]. Le cumul, c'est l'addition de deux actes dont chacun, pris isolément, est en principe parfaitement régulier. Cumuler, c'est donc « exercer plusieurs emplois en même temps, percevoir plusieurs traitements, avoir en même temps plusieurs titres »[378]. Ainsi, le président-directeur général peut être lié à la société par un contrat de travail[379]et peut être révoqué par l'assemblée générale des actionnaires. Un arrêt de rejet de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 12 juin 2007[380] nous donne une excellente illustration[381] de ce cas de figure[382]. En l'espèce, un contrat de travail à durée indéterminée avait été conclu, le 19 décembre 2001, entre un groupe de sociétés et une personne ayant reçu le titre de « directeur du développement de la société » aux fins de diriger les autres structures et services de la société et ses filiales pour tout ce qui concerne la coordination nécessaire avec l'exécution de sa mission. Le Législateur a consacré l'indépendance de

377 Même si le dirigeant bénéficie d'un contrat de travail, au même titre que les autres catégories de salariés, il doit en être distingué, même si par ailleurs l'AUSCGIE ne définit pas le contenu du contrat de travail entre la société et le dirigeant. Il se contente d'en poser les éléments généraux. Il définit plutôt leurs pouvoirs et leur responsabilité dans la société. L'exécution de sa prestation de travail implique une particulière compétence et une grande loyauté, nécessaires au maintien du degré de confiance élevé.

378 Petit Dictionnaire français, Larousse nouvelle édition, 1990 ; V. Cumul

379Art. 481 AUSCGIE

380 « Qualifie le pouvoir discrétionnaire qui confère, au mandant ou au supérieur, la faculté de révoquer le mandataire ou le subordonné à tout moment et sans avoir à justifier du moindre motif (littéralement : sur un signe de tête). Les administrateurs des sociétés anonymes sont révocables ad nutum par l'assemblée générale ; en revanche, il ne peut être mis fin aux fonctions d'un gérant de société à responsabilité limitée que pour juste cause [...] », H. ROLAND et L. BOYER, Locutions latines du Droit français, 4e éd., Litec, 1998, Vis « Ad nutum », p. 17. Adde, « De manière immédiate et sans conditions, en parlant d'une convention qui peut être rompue sans préavis ou d'une fonction à laquelle il peut être mis fin à tout instant discrétionnairement. », H. Roland, Lexique juridique. Expressions latines, 5e éd., Litec, LexisNexis, 2010, Vis « Ad nutum », p. 17

381 X. Lucas, Le principe du contradictoire en droit des sociétés, in Libertés et droits fondamentaux, dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet, 15e éd., Dalloz, 2009, n° 945, p. 719

382Dans cette affaire, la Haute juridiction retint la solution suivante : « *[...] après avoir rappelé que le mandat social pour lequel aucune rémunération n'était prévue se situait dans la même logique de management que le contrat de travail de M. X..., qu'il en était le complément et ne pouvait en être artificiellement séparé, l'arrêt relève qu'à la suite de la réorganisation interne du Groupe Ginger, et de la lettre informant M. X... des fonctions de « directeur général délégué à la direction générale de Ginger, dans l'attente d'une proposition d'un poste de directeur général au sein d'une filiale du groupe avant le 31 décembre 2002 » qui lui étaient confiées, ce dernier a contesté ces modifications au regard de ce qui avait été prévu dans son contrat de travail et saisi le conseil des prud'hommes des suites à donner à ces modifications ainsi qu'au renouvellement de sa période d'essai ; [...] l'arrêt relève encore que compte tenu de la détérioration des relations entre M. X... et les sociétés Groupe Ginger [la société mère] et CEBTP [la société filiale], ainsi que du contentieux aussitôt engagé par celui-ci dès qu'il a eu connaissance du nouvel organigramme du Groupe Ginger, il n'était plus concevable pour la société CEBTP de lui maintenir sa confiance pour la poursuite du mandat social qui lui avait été confié ; [...] en l'état de ces constations et conclusions dont il résulte que les relations entre M. X... et les sociétés Groupe Ginger ainsi que CEBTP, étaient devenues conflictuelles et incompatibles avec la confiance que nécessite l'accomplissement d'un mandat social, la cour d'appel a, sans encourir les griefs reprochés, pu statuer comme elle a fait ; [...] le moyen n'est pas fondé* ».

principe des deux fonctions, le cumul n'impliquant aucunement l'interférence dans chacun des deux ordres de statuts[383] dont il est la résultante[384]. Ce principe n'est que le corollaire nécessaire découlant de l'article 426 AUDSCGIE. L'absence d'interférence implique que les modifications apportées à une fonction ne doivent avoir aucun effet sur le maintien de l'autre. L'administrateur qui cumule ses fonctions avec celles de directeur technique ne peut être privé des indemnités afférentes à la rupture de son contrat de travail pour avoir déposé une note critiquant la gestion du Président Directeur Général, « sans esprit de malveillance envers ce dernier pour la défense de ses droits d'actionnaire minoritaire et, comme administrateur, dans l'intérêt social »[385].

88. En définitive, cette absence de garantie de stabilité est d'autant plus paradoxale que le législateur OHADA tout en privilégiant l'institutionnalisation de la fonction, ne remet nullement en cause le droit pour les associés de révoquer le dirigeant. Il est d'ordre public.

B. Le caractère d'ordre public du pouvoir de résiliation du mandat social du dirigeant

Ce caractère est fondamental car son absence rendrait le mandat impossible. Il trouve son explication dans la notion de mandat dont la particularité est d'être rompue discrétionnairement. De surcroît, la règle étant d'ordre public, toute convention contraire conclue au moment de l'embauche, et pendant le temps de la collaboration, est réputée non écrite. On reconnaît ainsi aux associés le droit de révocation du dirigeant (1), en veillant toutefois à ce que cette rupture ne soit abusive (2).

383 Cela dire aussi que la révocation du mandat social ne devrait pas avoir pour effet d'entraîner la résiliation du contrat de travail conclu avec la société parce que soumise à l'autorisation préalable du Conseil d'Administration à moins que cette modification ne constitue l'accomplissement d'une opération courante de la société. Voir Art. 444 AUDSCGIE

384 Le mandat social en lui-même ne peut, en aucune manière, conférer le statut de salarié. En matière de protection sociale, le statut de salarié est, en principe, réservé au titulaire d'un contrat de travail placé dans un état de subordination à l'égard d'un employeur et bénéficiaire d'une rémunération. La nature juridique des fonctions assumées par un dirigeant ne permet donc pas à celui-ci de bénéficier de plein droit de ce statut. Les litiges entre le dirigeant et la société ne relèvent pas de la juridiction sociale. Dans la mesure où il n'est pas un salarié, le dirigeant n'est pas subordonné à la société ou à d'autres organes sociaux. Il exerce ses fonctions sous sa propre responsabilité même s'il est assujetti au contrôle d'autres organes de la société. Voir Cass. soc. 9 juillet 1976, Bull. Joly 1976, p. 414

385 Cass. Soc. 16 octobre 1975 Bull. soc. V. n° 465, p. 398 in Yves CHARTIER, op. cit. p. 32

1. La reconnaissance d'une faculté de résiliation unilatérale du contrat de mandat

89. Les positions d'irrévocabilité ne peuvent résulter que de la volonté des associés[386] et, éventuellement, peuvent être combattues par une révocation judiciaire des dirigeants irrévocables en assemblée. Ce pouvoir de résiliation est d'ordre public même si le contrat ne le prévoit pas. Toutefois, une limite à cette faculté est tout de même apportée par la règle d'ordre public selon laquelle le gérant associé statutaire de la SNC n'est révocable qu'à l'unanimité des autres associés[387], sans compter que faute de texte, ce dernier ne peut l'être en justice pour cause légitime[388]. *La solution répond à la règle d'ordre public de la libre révocabilité des dirigeants qui répute non écrite toute convention contraire, dans la mesure où, bien que devant être motivée, elle peut ne pas l'être, la décision d'éviction ne pouvant être contestée que si elle a été irrégulièrement prise, c'est-à-dire si elle ne respecte pas la procédure exigée*[389]. Les associés ne peuvent pas renoncer explicitement à ce pouvoir : une telle disposition serait nulle. Dans ce cadre, il nous faut distinguer l'hypothèse où la révocation est prononcée pour motif grave et l'autre où il en est procédé sans juste motif[390]. La situation du dirigeant, au regard du principe de révocabilité ad nutum, est bien moins confortable dans les sociétés anonymes que dans les autres

386 Il en est ainsi aussi en France, ou le ou les gérants associés non statutaires de la SNC, peuvent être révoqué « *... dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, par une décision des autres associés, prise à l'unanimité* ». C. com., art. L. 221-12, al. 2 :

387 Art. 279 AUSCGIE

388 D. Gibirila, Le juste motif de révocation des dirigeants de sociétés, le Journal des sociétés, n°97 Avril 2012, p.64

389 *Ibid.*

390 Si la révocation ne peut être prononcée que pour motifs graves, elle est prononcée par décision collective unanime des actionnaires autres que le dirigeant Président. Toute révocation intervenant sans qu'un motif grave soit établi, ouvre droit à une indemnisation du dirigeant. Par contre si la révocation peut être prononcée sans juste motif, elle peut l'être à tout moment, sans qu'il soit besoin d'un juste motif, par décision collective des associés prise à l'initiative d'un ou de plusieurs associés réunissant au moins 25 % du capital et des droits de vote de la Société et statuant à la majorité des voix. Cette révocation n'ouvre droit à aucune indemnisation. Par exception à ces considérations le dirigeant peut être révoqué de plein droit, sans indemnisation, dans les cas suivants : la dissolution, la mise en redressement ou liquidation judiciaire ou interdiction de gestion du dirigeant personne morale ; l'exclusion du dirigeant Président actionnaire ; l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise ou une personne morale, incapacité ou faillite personnelle du dirigeant personne physique.

structures sociales[391]. La révocation « ad nutum » selon la formule latine qui veut dire « au moindre signe de la tête » reste d'ordre public[392].

90. On peut s'interroger sur la possibilité de résiliation du dirigeant en raison d'initiatives RSE. Cela amène à s'interroger globalement sur ce qu'il faut entendre par juste motif, les éléments permettent d'appréhender cette notion. Il en est ainsi en cas de mésentente de nature à compromettre l'intérêt social entre les dirigeants et les associés ou encore de perte de confiance des associés envers le dirigeant. Cette révocation est donc laissée à la discrétion totale des associés. Le dirigeant n'a en principe pas la possibilité de saisir le juge pour annuler cette révocation et exiger sa réintégration. Il ne pourra saisir le juge que pour demander des dommages et intérêt. Il devra à cet effet démontrer le bien-fondé de sa demande, c'est-à-dire un motif illégitime. Toutefois, aux termes de l'article 281 AUSCGIE : « *Si la révocation du gérant est décidée sans justes motifs, elle peut donner lieu à dommages et intérêts.* », et l'article 282, contrairement à sa rédaction antérieure qui répute non écrite toute clause contraire aux dispositions de l'article 281, déclare nuls tous les actes ou délibérations pris en violation des articles 279 et 280 alinéas 2 et 3[393]. On estime qu'en dehors de la faute de gestion, d'actes ou absences d'actes qui se révèlent contraires aux intérêts de la société, il sera difficile d'admettre cette faculté[394]. Cela dit le dirigeant n'a pas intérêt à s'inscrire dans des démarches RSE de manière solitaire[395]. On

391 J.L. AUBERT, La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales, RTD com. 1968, p. 977 ; R. BAILLOD, Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux, RTD com. 1983, p. 395, spéc. n° 3, p. 396

392 Ce caractère d'ordre public, a été rappelé par la chambre civile de la cour de cassation a précisé dans un arrêt du 30 avril 1878 que la révocation « ad nutum » est une « règle d'ordre public à laquelle il n'est pas permis de déroger, notamment par des clauses qui, en enlevant la société le droit absolu de révoquer ses mandataires, conférant aux tribunaux le pouvoir de contrôler les causes de révocation et d'allouer des dommages et intérêts au mandataire révoqué , à leur évoquer, à leur estime, sans motifs légitimes », Voir DD.1878,1,314 ; V. notamment Cass.Civ :9 janvier 1964, P.519

393 Cette révocation peut être soumis est vote, conforment aux dispositions de l'Art. 218 alinéas 2 et 3 qui stipulent que : « *(...) Le gérant qui n'est pas nommé par les statuts, qu'il soit associé ou non, peut être révoqué par décision de la majorité en nombre et en capital des associés. Si le gérant dont la révocation est soumise au vote des associés est lui-même associé, la décision est prise à la majorité en nombre et en capital des autres associés*. » Cela renforce la précarité du statut du dirigeant qui peut être révoqué à tout moment par le CA. Art. 169 à propos du PDG.

394 La référence sera ici, non pas l'intérêt social, mais l'exécution de clauses statutaires ou extrastatutaire. Il devra se tenir constamment, dans la ligne politique que lui aura tracée les programmes et projets consentis, sans chercher pour s'y soustraire des accommodements de conscience ; il devra respecter scrupuleusement les clauses contractuelles et / statutaire qu'il a volontairement signé, et promis d'exécuter dans son intégrité absolue. En un mot il se montrera dans toutes circonstances homme loyal.

395 L'enjeu sera alors d'écarter toute équivoque. Ainsi donc le mandat doit être clair, certain, précis dans ses termes et dans son étendue.

peut le révoquer même sans faute[396], à même que la poursuite de cette RSE entre dans le cadre de la poursuite de l'intérêt social. Il est révocable *ad nutum* ou encore sur une décision collective des associés. Le vocable vient du latin *revocare* qui signifie rappeler. Il désigne le fait pour une personne de retenir les pouvoirs accordés à une autre. Alors qu'en droit commun on estime que la révocabilité n'est pas d'ordre public[397], elle l'est en matière sociétaire. Elle est prévue par l'AUSCGIE[398]. La révocabilité *ad nutum* est la marque du mandat, les associés ayant la possibilité de résilier le contrat de mandat à n'importe quel moment et sans dédommagement *a priori*. En effet, les dirigeants sont révocables pour motif juste ou *ad nutum*[399]. « *Ad nutum* est une expression latine ou dérivée du latin qui caractérise le fait que celui qui a confié un mandat à une autre personne, est en droit retirer les pouvoirs qu'il lui a confiés sans avoir à justifier des motifs de ce retrait, ni observer un préavis, même s'il a été convenu à durée indéterminée et sans que, sauf application des règles de l'abus de droit, il puisse être contraint de lui verser un dédommagement »[400]. À titre comparatif, il est possible de relever le régime de la révocation consacré en France et qui, schématiquement énoncé par M. Stéphane Asencio, considère que « le dirigeant est révocable *ad nutum* quand il est président du conseil d'administration de société anonyme[401] , directeur général de société anonyme[402]. En revanche, il ne serait[403] révocable que pour justes motifs lorsqu'il est gérant de SNC[404] de SARL[405] de société civile[406] et

396 La faute est importante pour la protection légitime des associés qui peuvent mettre leur confiance, sur la foi de fallacieuses promesses ou de faux renseignements relativement à ses capacités et ses compétences, quand il est avéré, que leurs intérêts gérés par lui sont compromis gravement.

397 DEMOGUE, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, RTD civ. 1907, spéc. p. 273 ; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. XI, n° 1491 et s. Collart-Dutilleul et Délebecque, op. cit., n° 635, p. 498.

398 Il s'agit de la révocation de l'administrateur à l'Art. 433 al.2 ; du P-DG à l'Art. 469 ; du DG à l'art.492 ; de l'administrateur général à l'art.509 et l'administrateur général adjoint à l'art.515 AUSCGIE.

399 Mais selon la jurisprudence la plus récente, l'opportunité de la décision de mettre fin à la mission des dirigeants de sociétés doit être appréciée par les Tribunaux.

400 Cela peut sembler assez paradoxal lorsqu'on note cette exigence de préavis lorsqu'un salarié est licencié. Dans ce cadre, le dirigeant peut bénéficier d'un contrat de travail passé avec la société qu'il dirige, et ce cumul, parfois possible ou parfois impossible, est source de nombreuses confusions et difficultés pratiques. Voir dans http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/revocabilite-ad-nutum.php (consulté le 02 mars 2013).

401 Art. L. 225-47, al. 3, c. com. (L. 66, art. 110, al. 3 anc.).

402 Art. L. 225-55, c. com. (L. 66, art. 116 anc.).

403 Le conditionnel est utilisé parce que l'arrêt de Cass. 3e civ., 6 janv. 1999, préc., ôte toute possibilité d'affirmation péremptoire en l'espèce, cf. infra, n° 34.

404 Art. L. 221-12, al. 4, c. com.

405 Art. L. 223-25, al. 1, c. com.

406 Art. 1851, al. 1, c. civ.

membre du directoire de société anonyme avec directoire[407]. La différence de régime juridique n'est pas négligeable puisque révocable *ad nutum*, le dirigeant peut être remercié à n'importe quel moment et sans dédommagement *a priori* alors que, révocable pour justes motifs, il aurait droit à indemnités si la révocation est mal motivée ou non. Ces dispositions seraient d'ordre public[408].

2. La sanction de la révocation fautive du dirigeant

91. Au regard des implications de la révocation en termes de stabilité de la société commerciales, il est espéré un certain degré d'objectivité de la part des associés étayé par des éléments concrets, précis et concordants, « *exclusifs de causes subjectives, donc difficiles à appréhender, telles que la perte de confiance énoncée sans autres indications concrètes permettant à ce dernier de forger son opinion et d'emporter sa conviction* »[409]. La poursuite de la RSE ne devrait en principe servir de prétexte, ou de motif de révocation que si les faits invoqués sont propres à établir en quoi l'attitude du dirigeant est de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société[410]. Cela suppose que soit prouvée une faute. Elle constitue le motif qui devrait être invoqué, parce qu'il est le plus immédiat et le plus perceptible, encore faut-il que l'acte ou le comportement litigieux soit réellement fautif. D'une part, la faute doit être commise dans le cadre des attributions sociales, lorsque son attitude constitue une faute de gestion, ou est de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société[411]. Ensuite, La faute doit être suffisamment grave. Elle pourra être notamment invoquée par les associés lorsqu'elle provient de comportements répréhensibles du dirigeant. Il s'agit notamment de manquements à des obligations de faire, telle que l'absence de prise de décision face à l'aggravation de la situation de la société[412], la gestion catastrophique de celle-ci[413], le non-

407 Art. 225-61, al. 1, c. com.

408 Un sort à part est réservé au gérant de société en commandite par actions au regard de la liberté statutaire en la matière, L. 226-2, al. 7, c. com. (L. 66, art. 252, al. 3 anc.). - Quant au dirigeant de SAS, V. infra, note 213

409 D.GIBIRILA, Le juste motif de révocation des dirigeants de sociétés, in Journal des sociétés, N°97 Avril 2012, p.60

410 Cass. com., 4 mai 1999 : BJS 1999, p. 914, note P. Le Cannu ; RJ com. 2000, p. 238, obs. D. Gibirila ; Defrénois 1999, p. 1138, obs. J.
Honorat. – CA Paris, 24 nov. 1998 : Dr. Sociétés mars 1999, n° 42, obs. D. Vidal, divergence entre les associés et le gérant. – 5 nov. 1999 : BRDA 2/2000, n° 5, mésentente entre co-gérants. – 25 avr. 2000 : Rev. Sociétés 2000, p. 586, obs. Y. Guyon, mésentente entre associés ne permettant pas au gérant d'assurer sa mission.

411 Cass. com., 4 mai 1993 : Rev. Sociétés 1993, p. 800, note P. Didier ; BJS 1993, p. 769, note R. Baillod.

412 CA Paris, 13 mars 1984 : BJS 1984, p. 656.

respect de la décision collective prise par les associés[414], voire allant peut-être dans le sens d'une meilleure gouvernance[415] de la société.

92. De toute évidence, le Législateur OHADA assure aux dirigeants sociaux une certaine stabilité[416], sans toutefois porter atteinte à la liberté des associés ou des actionnaires de les destituer de leurs attributions. Les associés ont un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat qui lie la société au dirigeant, de le rompre avant le terme prévu. Même dans les hypothèses de reconnaissance de révocabilité pour juste motif, ce dernier peut ne pas être respecté, si les associés décident de passer outre l'exigence d'un semblable motif, et d'affirmer leur souveraineté, tout en versant une indemnité compensatrice au dirigeant évincé[417]. Quoi que ce pouvoir ne doit pas constituer un instrument d'oppression, humiliant pour celui qui accepte les charges de dirigeant. Engage-t-il le dirigeant à tel point qu'il ne soit entre les mains de ses mandants qu'une marionnette dont ceux-ci tiennent les fils ? À ce propos, on devrait tendre vers une protection plus accrue du dirigeant révocable *ad nutum*, à rapprocher les différents statuts vers la qualité protégée d'organe social[418]. D'ailleurs aujourd'hui, il est possible de noter l'hostilité de la doctrine à l'égard de la révocabilité *ad nutum*. En effet, la mise en œuvre de la théorie institutionnelle fait obstacle à ce que les dirigeants tels que le président du conseil d'administration, se trouvent complètement dépendants de la décision des actionnaires ou des administrateurs[419]. Le Législateur OHADA doit[420]parallèlement à la protection du droit de révocation du dirigeant pouvoir porter une attention particulière sur son sort. Cela peut passer par la

---

413 Cass. com., 17 déc. 1974 : Rev. Sociétés 1975, p. 463, note J. H.

414 Trib. com. Bordeaux, 20 juin 1985 : Rev. Sociétés 1986, p. 628. - Selon cette espèce, l'indiscipline du gérant ne doit pas être confondue avec l'indépendance fonctionnelle qui l'autorise à s'opposer à une décision qui lui parait néfaste pour la société. - Pour ce dernier aspect : CA Versailles, 27 nov. 1985 : Rev. Sociétés 1986, p. 112, note Y. G.

415 CA Paris, 20 mai 2010 : BRDA 18/2010, n°7 ; RJDA 11/2010, n° 1088 ; LPA 15 nov. 2010, n° 227, p. 3, obs. D. Gibirila ; Dr. sociétés déc. 2010, n° 229, obs. D. Gallois-Cochet.

416 P. Ciron, La stabilité des fonctions des dirigeants dans les sociétés commerciales, p. 56 et ss : thèse Bordeaux I, 1975

417 D.GIBIRILA, Le juste motif de révocation des dirigeants de sociétés, in Journal des sociétés, n°97 Avril 2012, p.59.

418 La jurisprudence du 6 janvier 1999 qui pourrait être généralisée ; Dans ce cadre comme le rappelle un auteur « on se situerait encore dans le cadre d'un mandat d'intérêt commun puisque le principe serait la révocabilité pour justes motifs avec simplement la possibilité pour les associés d'y déroger statutairement ». Voir Stéphane Asencio, Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun Revue des sociétés 2001 p. 683

419 D. GIBIRILA, *ibib*, p.58.

420 Les différentes perspectives qui valorisent le principe du contradictoire n'ont pas vocation à s'appliquer dans l'espace OHADA. Aucune disposition des Acte Uniformes ne les consacrent, le dirigeant pouvant être révoqué à tout moment.

possibilité d'annulation des décisions collectives contraires à l'intérêt social comme l'invite à le faire l'arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 2007[421]. La formule en est bien simple : il s'agit de concilier la dignité morale du dirigeant et les intérêts des mandants, d'aller vers une véritable institutionnalisation de sa fonction.

93. Par ailleurs, dans un arrêt rendu le 3 janvier 1996, la Cour de Cassation française affirmait solennellement que « la révocation d'un DG peut intervenir à tout moment et n'est abusive que si elle a été accompagnée de circonstance ou a été prise dans des conditions qui portent atteinte à la réputation ou à l'honneur du dirigeant révoqué ou si elle a été décidée brutalement sans respecter le principe de la contradiction »[422]. Il peut même engager la responsabilité civile[423] des associés et de la société dans ce sens. Cette responsabilité de l'associé du fait de la révocation du dirigeant a été admise pour la première fois dans un arrêt de 2001[424]. Les juges du fond n'avaient pas écarté le caractère fautif de la révocation mais firent peser sur la seule société les conséquences de cet acte. Ainsi, l'arrêt rendu le 3 janvier 1996 qui permet, par le biais de l'abus de droit[425] ou du principe du contradictoire, au dirigeant d'obtenir des dommages et intérêts, a pour conséquence de faire apparaître la qualité de mandataire d'intérêt commun, puisque par le biais de ces deux techniques, il y a contrôle des motifs de révocation. D'abord, parce qu'il n'est pas possible de déterminer un abus sans vérifier les motifs de révocation[426]. Ensuite, parce qu'il est impensable qu'en imposant la procédure du contradictoire, il n'y ait pas

421 Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15826 : RD bancaire et fin. 2008, p. 40, note A. CERLES ; RTD com. 2008, p. 167, note D. LEGEAIS ; Dr. sociétés 2008, comm. 32, note H. HOVASSE ; JCP E 2008, 1280, n° 3, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY et G. WICKER

422 Cass.Com., 3 janvier 1996, n°96-10.765

423Aux termes de l'Art. 492 AUSCGIE: « *Le directeur général peut être révoqué à tout moment par le conseil d'administration. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages et intérêts* ». L'Art. 509 AUSCGIE répute à cet effet toute clause contraire non écrite des lors qu'elle remet en cause le principe selon lequel l'administrateur général peut être révoqué à tout moment par l'assemblée générale.

424 La Cour d'appel avait rejeté les prétentions de la gérante d'une SARL au motif que « *quelle que soit leur gravité, les reproches adressés* [aux associés] *concernant la décision de révocation, s'adressent à des associés qui, usant de leur liberté de vote, ont pris une décision d'associés engageant la société et que ces manquements, fussent-ils à finalité vexatoire et contraire à l'intérêt social, sont impropres à caractériser une faute personnelle des associés susceptible d'engager leur responsabilité* ». Voir Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-16197 : préc. note 2834

425 Ainsi, la théorie de l'abus de droit surtout de vote doit permettre la réparation du préjudice subi par le dirigeant ainsi « trainé dans la boue ». Voir M.COZIAN et alii, Droit des sociétés, 17eme éd., LITEC., Paris, 2004, n°450.p.214

426 R. BAILLOD, Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux, op. cit., n° 37, p. 420 : « le juge saisi sur le terrain de l'abus du droit de révoquer ad nutum s'attache aussi parfois à l'appréciation des motifs ».

d'analyse de ces mêmes motifs de révocation[427]. Aussi, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles en France est allé encore plus loin. Il a condamné *in solidum* les associés et la société à réparer le dommage subi par le gérant sans pour autant relever une faute « personnelle »[428].

94. En définitive, la sanction doit être légitime[429], tout en assurant un régime de révocation intermédiaire entre l'irrévocabilité par les associés et la révocabilité discrétionnaire. Il y va de la légitimité de l'appropriation et notamment de son inscription dans la poursuite de l'intérêt social. Il est tentant alors de revenir sur le malaise identitaire du dirigeant[430] et toutes les inégalités de fait qui règnent dans les rapports entre dirigeants et associés, ainsi que le phénomène d'adhésion aux statuts juridiques de la société commerciale, ont pour conséquence de légitimer un certain interventionnisme du droit OHADA et du juge, sur le fondement de l'idée qu'ils doivent pallier les déséquilibres du contrat. Ils doivent se préoccuper principalement d'asseoir la stabilité des dirigeants au détriment de la souveraineté des associés et donc de les rendre moins tributaires des personnes qui les avaient initialement désignés. De ce point de vue, le statut du dirigeant se reconstruit autour de la poursuite et la défense de l'intérêt social, en dehors de tout mandat social.[431]

---

427 B. SAINTOURENS, note sous Cass. 3e civ., 6 janv. 1999, préc., p. 385 : « La concrétisation du respect du principe du contradictoire introduit inévitablement la prise en compte des motifs de révocation puisque le dirigeant doit être en mesure de se défendre. » Effectivement l'arrêt de CA Paris, 4 sept. 1998, Dr. et patrimoine, mai 1999, p. 113, note J.P. Bertrel ; Dr. sociétés 1998, n° 162, note D. Vidal, en est la preuve flagrante.

428 La Cour d'appel français n'a pas hésité à faire droit à la demande de dommages et intérêts du gérant au motif que « *même si les associés avaient de justes motifs de révoquer M. M., ils se devaient de le faire en respectant le principe du respect des droits de la défense et du devoir de loyauté dans les rapports sociaux* », Voir CA Versailles, 29 mars 2007, n° 06/01432 : Bull. Joly Sociétés 2007, p. 973, note S. MESSAÏ-BARHI.

429 Voir Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-19860 et n° 03-18651 : Rev. Sociétés 2006, p. 526, note L. GODON.

430 Les dirigeants ne sont pas identifiés par- et en outre ne s'identifient pas à –des caractères propres à eux qui seraient une marque de singularité, mais en fonction des attentes ou de caractéristiques attribuées par les parties prenantes.

431 Des auteurs comme Monsieur Gibirila estiment que « les responsables sociaux ne peuvent en aucun cas être les mandataires des associés dans la mesure où ils interviennent au nom et pour le compte de la société. Ils ne peuvent davantage être les mandataires de la société car le mandat suppose la rencontre de deux volontés et que la société ne dispose pas d'une volonté autonome », Voir P. LE CANNU, Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions, Bull. Joly Sociétés 1995, note 19, n° 19, p. 643

CONCLUSION DU CHAPITRE -I TITRE I

Ce trait est pertinent parce que plus distinctif, concerne l'autorité professionnelle, qui constitue une « structure juridique particulière » en tant qu'elle est fondée sur une « compétence technique dans un domaine défini et particulier », dans un champ de connaissance et de qualification clairement délimité qui fait que le dirigeant n'a d'autorité que dans ces étroites limites (…) la spécificité fonctionnelle de l'activité sociale de la société commerciale. Cette société doit être appréhendée comme une organisation (…) conçue comme un ordre négocié entre tous les corps professionnels, les parties prenantes qui le composent, y compris celui des partenaires extérieurs (…) La dynamique de ces relations produit des « ordres négociés » qui sont contingents et liés aux configurations d'acteurs et à l'organisation des tâches. Indissociable de la notion d'intérêt commun économique, le statut du dirigeant en constitue le révélateur, justifiant ainsi que tous les contrats marqués par sa présence soient reconnus comme étant d'intérêt commun. Il suggère, voire fonde l'ouverture du dirigeant vers d'autres acteurs et met en évidence la réalité de l'objectif économique du contrat de société. Parce que le caractère commun de l'exploitation traduit l'existence d'objectifs identiques aux parties, cet objectif de nature économique s'inscrit, en effet, comme celui du contrat, support juridique de sa réalisation. L'exercice de l'autorité directoriale est dominé par la prise en compte de cet objectif. Le statut du dirigeant a une forte réalité contractuelle assez particulière. Cela dit, cette perspective suggère également une certaine remise en cause de la société, en raison de la consécration notamment de la loi de la majorité jugée incompatible avec la conception volontariste de la force obligatoire du contrat forgée par le droit commun.

Toutefois, cette consécration ne permet plus de rendre compte de l'ensemble de la réalité du statut du dirigeant. De façon générale, l'organisation de la société par le contrat connait des limites de protection des intérêts mis en présence par les sociétés. La principale limite tient à la non contrariété à l'intérêt social. Cela a pour corollaire de mieux asseoir leur emprise sur les actes des dirigeants, de mettre à sa charge des obligations de résultat articulées à la possibilité de les révoquer soit discrétionnairement, soit pour juste motif. Sa primauté s'impose corrélativement et de plus en plus nettement. Surgissent toutefois des conflits entre cet intérêt de la majorité et d'autres intérêts ou principes concurrents.

CHAPITRE- II. LE STATUT INSTITUTIONNEL DU DIRIGEANT, CADRE DE VALORISATION DE LA PROACTIVITÉ DU DIRIGEANT EN MATIÈRE DE RSE

95. L'OHADA considère, à la suite de certains auteurs comme J.F. Bulle, le dirigeant comme celui qui est régulièrement titulaire « d'une fonction attribuée par les organes sociaux, conformément aux règles fixées par la réglementation des sociétés »[432]. Il exerce des fonctions institutionnalisées[433], inscrites dans le temps[434]. À cet effet, même s'il semble acquis au regard du droit OHADA qui consacre la nature institutionnelle de la société avec son corollaire, à savoir que son ou ses dirigeants ne peuvent en être que des organes[435], ces derniers ne sont pas à l'abri de certaines contraintes d'ordre juridique qui risquent de paralyser leur action ou de les rendre inefficace. L'obstacle majeur qui devait être dépassé pour une RSE opératoire, se définit en termes d'accompagnement de cette ambition de gestion durable, le droit des affaires n'étant nullement imprégné de la RSE. La prise en compte d'une telle exigence aura pour conséquence d'étendre les pouvoirs et d'assigner une nouvelle fonction[436] dont les fins pour lesquelles elle doit être utilisée méritent des précisions. En l'occurrence, la fonction du dirigeant sera alors envisagée sous un angle qui nous permette de faire un « état des lieux » de l'ensemble des règles de fixation de ses pouvoirs impératifs et propres. Ces pouvoirs sont considérés comme consubstantiels à la fonction de direction (**Section** 1), malgré les limites légales et contractuelles à leur absolutisme (**Section** 2).

---

432 J.F. BULLE, Le statut du dirigeant de société, préc., n° 2, p. 23 ; D. Gibirila, op. cit., n° 7, p. 8

433L'institution est en effet définie comme « un ensemble de règles qui organisent de façon impérative et durable un groupement de personnes autour d'un but déterminé ; les droits et intérêts privés sont subordonnés au but social qu'il s'agit d'atteindre », Voir Y. Guyon qui s'appuie sur la Théorie générale du droit par Roubier, Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés, LGDJ, 5e éd., n° 8 aussi Ph. MERLE, Droit commercial - Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 2005, n° 22

434 Sans doute, l'un des phénomènes déterminants dans la démarche RSE est la marque du temps, pour anodine qu'elle soit, elle est facteur de bouleversements. De plus en plus, des initiatives sont promues, des plaidoyers faits dans le sens d'une appropriation des démarches RSE. Dès lors, il était d'analyser les réactions du système à cette évolution.

435 D. Gibirila, Le dirigeant de société, op. cit. n° 11, p. 12 ; J.F. Bulle, Le statut du dirigeant de société, op. cit., n° 21, p. 31 : « Dans le droit positif, le dirigeant doit plutôt être qualifié d'« organe social » ou de « rouage social » que de mandataire. » - Ph. Merle, Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 5e éd., 1996, n° 94, p. 107 : « On préfère aujourd'hui considérer qu'il y a une représentation originale de la personne morale par les organes que la loi a institués. »

436 Le dirigeant transcendé par sa nouvelle puissance se place tel un arbitre au-dessus des contingences économiques et des associés. Il devient le garant de l'intérêt social et de la continuité de la société commerciale.

SECTION-I. Des pouvoirs inhérents à la fonction directoriale du dirigeant

96. La fixation par les Actes Uniformes de l'OHADA de pouvoirs impératifs et propres au dirigeant de société semble exclure toute qualification contractuelle et la présence de la personnalité morale[437]. L'exercice des compétences du dirigeant se fonde alors sur des principes d'action structurée autour des droits (des libertés) et des obligations lui permettant d'avoir les moyens d'exercer son rôle (§1) et les moyens de contrôle de l'exercice des pouvoirs conférés au dirigeant et qui intéressent la poursuite de la RS de la société commerciale (§2).

§ 1. Des attributions respectueuses du principe de la spécialisation entre organes sociaux.

La mise en œuvre des compétences des dirigeants s'articule autour de certains aspects institutionnels (A) et fonctionnels (B) du principe de libre direction des représentants légaux de la société commerciale.

A. Les aspects institutionnels du principe de libre direction de la société commerciale

Les dirigeants de sociétés commerciales, en raison du principe de spécialisation (1) et d'exclusivité (2) bénéficient d'un certain nombre d'attributions directoriales qu'ils mettent en œuvre en tant qu'instrument d'exécution des décisions[438].

437 La personnalité morale n'est rien d'autre qu'une technique d'organisation et d'affectation patrimoniale qui a justement pour fonction de faciliter ce pour quoi on crée une société, c'est-à-dire réaliser dans les meilleures conditions possibles des bénéfices, faire des économies et partager donc limiter les pertes pour chaque associé. Voir Art. 1832 c. civ, J. PAILLUSSEAU, La nouvelle société par actions simplifiée, op. cit., spéc. n° 72 et s., p. 344 et s

438 Le statut d'organe exécutif défini principalement par le droit est un enjeu de première importance pour la société commerciale. Elle permet l'émergence de sujet peu autonome. Ce qui ne veut pas dire pour autant des dirigeants coupés les autres parties prenantes, au mieux reliés entre elles. En même temps que nous défendons la nécessité de dirigeants capables de distance critique, nous esquisserons à notre compte un autre enjeu non moins capital, celui qui vise à reconstruire des liens sociaux entre les parties prenantes de la société commerciale.

1. Le principe de spécialisation attaché à la libre direction de la société commerciale

97. Les organes sociaux ne peuvent intervenir que dans le champ des compétences qui leur ont été transférées ou déléguées conformément aux règles posées par les AU, les statuts et les pactes extrastatutaires. La société commerciale fonctionne sur un mode de séparation et souvent de délégation des pouvoirs qui font que les organes concernés ne peuvent donc intervenir, ni opérationnellement, ni financièrement, dans le champ de compétences exclues. En ce sens le *Lamy droit du dirigeant d'entreprise* énonce qu'« *invoquer la théorie du mandat (...) est inadapté puisque les dirigeants de société anonyme, à raison des pouvoirs de gestion qui leur sont légalement attribués, sont des organes institutionnels de la société et non de simples mandataires des actionnaires* »[439]. Effectivement, la représentation de la société, personne morale, obéit au principe de spécialisation des fonctions. En effet, l'exécution de la fonction de dirigeant n'autorise pas qu'un autre organe social établisse ou exerce une tutelle sous quelques formes que ce soit sur elle[440]. Sans doute le législateur OHADA a-t-il voulu favoriser l'efficacité dans l'organisation de la société. L'AG garde la faculté de jouer le rôle d'arbitre. Toutefois, l'interdiction n'empêche pas la possibilité, pour le dirigeant et les autres organes, d'entretenir librement « *des relations fonctionnelles et de coopération* ». Il n'y a pas de hiérarchie entre les organes sociaux. Par contre ils sont spécialisés et assurent des fonctions spécifiques dans la société commerciale. Les pouvoirs des différents organes et institutions sont distincts mais disposent de moyens d'action réciproques. Le pouvoir, de ce point de vue, peut être perçu comme la faculté, la capacité, la possibilité matérielle ou la permission de faire quelque chose[441]. Vu que les démarches RSE pour promouvoir le développement économique, social, écologique, sanitaire, culture, etc.,[442] organise le management de la société, dans le respect de l'intégrité, de l'autonomie et des attributions des organes sociaux, on peut se poser la question de savoir si l'utilisation du concept de RSE ne tend pas à préciser la

439 Lamy droit du dirigeant d'entreprise, sous la dir. de J. Colbeaux, Wolters Kluwer, 2008, n° 220-40.

440 L'exécutif est dissocié entre les organes sociaux et l'assemblée (ordinaires et extraordinaires) qui incarne la continuité de la société commerciale.

441 En effet, une séparation trop stricte de leur fonction peut conduire à un conflit entre le dirigeant social, le conseil d'administration et l'assemblée des associés, ainsi qu'à la paralysie des institutions. Il apparaît alors important de préciser la sphère et les limites des compétences du dirigeant. Le cadre spécifique des pouvoirs de représentation paraît ainsi simple a priori. En tant qu'organe social dispose de pouvoirs généraux pour agir au nom et pour le compte de la société commerciale.

442 Les concepts « économique, social, écologique, sanitaire » recouvrent un peu près tous les domaines ce qui suppose que le dirigeant se voit conférer un large champ d'action.

portée de la spécialisation du dirigeant. Les compétences spécifiques du dirigeant sont des compétences finalisées, des compétences fonctionnelles. Celles-ci se limitent au développement économique de la société d'un point du point de vue du droit OHADA, qui emporte le social, environnemental, etc. Le dirigeant est alors perçu comme une sorte d'animateur de la vie économique et social, même dans les hypothèses qui consacrent la délégation des pouvoirs. Le dirigeant, à ce propos, partage ces compétences avec certains organes, essentiellement avec le Conseil d'administration[443]. Cela ne constitue pas une remise en cause du principe d'exclusivité.

2. Le principe d'exclusivité attaché à la libre direction de la société commerciale

98. En application de ce principe, les dirigeants sont les seuls à pouvoir agir dans les domaines se rattachant aux compétences qui leur ont été transférées statutairement et/ou attribuées légalement. Toutefois, ce principe ne leur interdit pas de transférer certaines de leurs compétences. Le législateur OHADA n'hésite pas à étendre la responsabilité d'un dirigeant à des tiers non titulaires de mandat social. Les associés qui n'exercent pas légalement les fonctions de dirigeant doivent s'abstenir de prendre la place des dirigeants et se comporter comme des dirigeants de fait[444]. Le dirigeant de fait est « *celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction sans avoir été désigné à cet effet* »[445]. De sorte que sous réserve des pouvoirs que l'Acte uniforme attribue expressément aux assemblées générales ainsi que des pouvoirs qu'elle réserve de façon spéciale au conseil d'administration et dans la limite de l'objet social, les pouvoirs du dirigeant sont définis de manière à assurer la protection des autres parties prenantes[446].

---

443 La répartition des pouvoirs entre le dirigeant et le conseil d'administration s'efforce de traduire le principe de subsidiarité qui se définit comme la recherche du niveau adéquat d'exercice des compétences. Le conseil d'administration, niveau supérieur n'étant appelé que dans les cas où le dirigeant ne peut exercer lui-même les compétences correspondantes. A ce propos, les deux organes sont distincts. Il arrive toutefois, qu'il ne le soit pas, dès lors qu'on permet un cumul des fonctions de dirigeant et de membres du conseil d'administration. Cette confusion est possible dans le cadre de la nomination de président directeur général, mais également d'administrateur.

444 Art. 300 AUSCGIE.

445 D.TRICOT, « les critères de la gestion de fait », Droit et patrimoine, janvier 1996, p.24

446Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du dirigeant qui ne relèvent pas de l'objet social, sauf le cas où le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social. Cette opposabilité est limitée par la possibilité de révocation des dirigeants. Il s'agit d'une affirmation des pouvoirs spéciaux des autres organes sociaux.

99. Les présidents directeurs généraux à cet effet, disposent de pouvoirs qui leur permettent, au-delà de la fonction de direction, d'exercer des fonctions d'administration. Ils cumulent des fonctions qui impactent considérablement sur la définition des orientations des sociétés commerciales. Par exemple en France, la Loi sur les Nouvelles régulations économiques votée en mai 2001 consacre pour les sociétés à Conseil d'administration[447] le choix entre la dissociation des fonctions de Président et de Directeur Général d'une part, et le maintien de la formule de cumul de ces fonctions d'autre part[448]. C'est pourquoi les présidents directeurs généraux exercent des fonctions de présidence du Conseil d'administration et des assemblées générales[449]. Pour l'exercice de ces fonctions, il est investi des pouvoirs les plus étendus qu'il exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués aux assemblées générales ou spécialement réservés au conseil d'administration par des dispositions légales ou statutaires[450]. De même, les fonctions d'administrateurs généraux prévues par l'article 494 AUSCGIE[451] recouvrent des aspects de direction, mais aussi d'administration structurée autour de pouvoirs les plus étendus à l'exception de ceux expressément réservés aux assemblées générales. À ce propos, la jurisprudence française avait dès 1946, dans son célèbre arrêt *Motte* du 4 juin 1946 considérait que la « société *anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale ; qu'il n'appartient donc pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration* ». »[452]. Madame Aubry notera à cet effet que « la direction de la société anonyme est gouvernée, depuis l'arrêt *Motte* de

447 Aux termes de l'Art. 415 AUSCGIE « la société anonyme avec conseil d'administration est dirigée soit par un Président-directeur général, soit par un président du conseil d'administration et un directeur général »

448 Suivant les dispositions de l'Art. 225-51-1 : la direction du Conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le Conseil d'administration et portant le titre de directeur général. Dans les conditions définies par les statuts, le Conseil d'Administration choisit être les deux modalités d'exercice de la direction générale visées au premier alinéa. Les actionnaires et les tiers sont informés de ce choix dans les conditions définies par le décret pris en conseil d'État. Voir, D. VIDAL, *Droit des sociétés*, 3eme éd. LGDJ.P.435.

449 Cela lui permet de diriger les débats, de convoquer le conseil et AG, de fixer l'ordre du jour s'il est l'auteur de la convocation, de bénéficier d'une voix prépondérante en cas de partage sauf stipulations contraires des statuts conformément à l'Art. 454 AUSCGIE. Il exerce ensuite des pouvoirs de direction générale. Ainsi, le président-directeur général préside le conseil d'administration et les assemblées générales. Il assure la direction générale de la société et représente celle-ci dans ses rapports avec les tiers.

450 Art. 465 AUSCGIE

451 Les associes ont la possibilité de ne pas mettre en place un Conseil d'administration, lorsque leur nombre est égal ou inférieur à 3.

452 L'assemblée générale avait attribué au président-directeur général l'ensemble des prérogatives normalement attribuées au conseil d'administration. Cass. Civ.4 juin 1946, J.C.P.47.II.3518, Note BASTIAN

1946, par le respect de la répartition légale des pouvoirs et par le principe de hiérarchisation des organes sociaux[453]. Cette hiérarchisation impose aux dirigeants de respecter l'organisation pyramidale de la société. Chaque dirigeant doit donc remplir les fonctions qui lui sont imparties[454] et a le « *devoir de ne pas empiéter sur les fonctions d'autrui* »[455].

B. Les aspects fonctionnels du principe de libre direction et représentation de la société commerciale

100. Le dirigeant est le premier « employé » de la société et son représentant permanent. Il exerce ses activités dans le cadre des normes et règles acceptées par la société et de conserver une adéquation ponctuelle avec son environnement. Il dispose de ce fait de compétences, d'attributions légales qu'il exerce (1) et de ressources nécessaires (2) pour exécuter et mettre en œuvre les grandes orientations stratégiques de la société commerciale.

1. La capacité à agir, composante juridique de la fonction

101. En règle générale, la décision de conférer le pouvoir au dirigeant s'accompagne d'une volonté de le faire en s'assurant que le nouveau dirigeant dispose a priori d'une certaine autorité personnelle. Ces aspects relatifs aux compétences sont inhérents à la fonction. Dans certaines sociétés telle la société anonyme, « il existe une corrélation imposée par la loi entre droits, pouvoirs et responsabilités des dirigeants ». La difficulté pourrait venir de la consécration de la SAS au sujet de laquelle, comme en France, « rien n'est prévu dans la SAS concernant les droits et les pouvoirs des dirigeants, surtout du président »[456]. Par compétence, nous entendons tout pouvoir que son détenteur est contraint d'exercer. Les termes de prérogative, attribution, mission, responsabilité, etc. renverront à des exercices facultatifs du pouvoir. Toutefois, le régime général retenu reste celui de la confusion des qualificatifs : compétence, prérogative, attribution… Chacun signifiant simplement l'existence d'une « capacité à agir » des dirigeants. Nous préférons indiquer clairement

453 Cass. civ. 4 juin 1946, Sirey 1947, 1, p.153, note Berbry ; JCP 1947, II, n° 3518, note D. Bastian

454 Par exemple, suivant l'Art. 329 AUSCGIE, le gérant de la SARL est investi de pouvoirs généraux, « les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société ».

455 Sur « le devoir de ne pas empiéter sur les fonctions d'autrui », v. I. Grossi, Les devoirs des dirigeants sociaux : bilan et perspectives, th. Aix-Marseille III, 1998, n° 554 et s.

456 L'art. L. 227-6, c. com., précise uniquement, dans un souci de protection des tiers, que le président représente la société à l'égard des tiers.

d'une autre façon (emploi de guillemets sur le mot « compétence », des verbes « pouvoirs » ou « devoir ») la présence ou l'absence de liberté d'action[457].

102. Certaines formulations s'apparentent plus à des clauses de style qu'elles ne traduisent la réalité. Les confusions dont elles sont porteuses ont des incidences certaines sur les pouvoirs réels et les responsabilités qui y sont attachées. La question de l'étendue des compétences des dirigeants a été certes discutée lors de la réforme OHADA[458], mais certaines considérations doivent amener cependant à écarter l'idée de la reconnaissance d'une compétence générale aux dirigeants, en raison notamment du caractère imprécis des dispositions telles celles de l'article 122 AUSCGIE[459]. Ces dispositions qui assurent protection des tiers de bonne foi, et qui étendent les pouvoirs des dirigeants, ont une portée limitée dans les sociétés commerciales autres que les sociétés par actions simplifiées[460]. Observons qu'à la différence de l'article 123 AUSCGIE, ces textes précisent que ce pouvoir n'est accordé aux gérants qu'en l'absence de détermination de ses pouvoirs par les statuts, de sorte qu'il suffira d'un silence sur un acte particulier pour que la condition soit remplie.

103. On notera également que l'AUSCGIE n'est pas très clair sur la répartition des pouvoirs entre le C.A et l'organe de direction (PDG ou DG). Selon l'article 435 al.1 et 2 AUSCGIE, le CA est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir ().[461] Or, les articles 465 et 487 al2 AUSCGIE investissent également le PDG ou le DG « *des pouvoirs les plus étendus qu'il*

---

457 La distinction terminologique « compétences-autres appellations » ne surgira ainsi qu'à quelques moments précis. S'agissant des compétences, c'est-à-dire les pouvoirs de vouloir que lui confère le législateur OHADA, elles doivent être définies par la notion de représentation.

458 Le dirigeant bénéficie de ce point de vue de la clause générale (tout pouvoir…), car d'une manière générale. On notera que les principes généraux des pouvoirs sont établis par les Art.s 121 à 123, qui sont fonction de leurs rapports avec les associés et la société, mais également avec les tiers. Il pourra ainsi, de son point de vue, se saisir chaque fois que de besoin de problèmes urgents qui l'intéressent même s'ils ne relèvent pas expressément de ses compétences.

459 Suivant ces dispositions : « La société est engagée par les actes des organes de gestion, de direction et d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve »

460 Dans ces types de sociétés, aux termes de l'Art. 123 : « Dans les rapports entre associés et sous réserve des dispositions légales spécifiques à chaque forme de société, les statuts peuvent limiter les pouvoirs des organes de gestion, de direction et d'administration. Ces limitations sont inopposables aux tiers de bonne foi ».

461 En vertu de l'Art. 435 de l'AUSCGIE dispose que « le Conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Il exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par le présent Acte Uniforme aux Assemblées d'actionnaires. Le Conseil d'administration dispose notamment des pouvoirs suivants : 1° il précise les objectifs de la société et l'orientation qui doit être donnée à son administration ; 2°) il exerce, selon le mode de direction retenu, un contrôle permanent de la gestion assurée, par le président-directeur général ou par le directeur général ; 3°) il arrête les comptes de chaque exercice ».

exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués aux assemblées générales ou spécialement réservés au conseil d'administration par des dispositions légales ou statutaires ». Cela crée un chevauchement assez fâcheux[462], qui n'empêche pas toutefois le législateur OHADA, après avoir posé la clause générale de compétences, de procéder à une répartition des compétences entre l'AG, le Conseil d'administration et le dirigeant. Bien que la gestion des affaires sociales soit plus particulièrement confiée à un directeur nommé par les actionnaires, le mandat des administrateurs ne se borne pas à un simple contrôle et leur responsabilité ne doit pas être restreinte. Ils conservent le pouvoir de faire acte de gestion, sauf le concours du directeur[463]. Le Conseil d'administration a des attributions qui font de lui un organe essentiel au sein de la société[464]. Toutefois, la mise en œuvre de ses pouvoirs ne doit pas avoir l'effet de restreindre les fonds propres ni de diminuer les ressources globales de la société commerciale au point d'entraver leur libre administration et direction.

2. La mise à disposition de ressources appropriées, composante économique de la fonction

104. Le principe de la libre représentation implique l'existence de ressources, des moyens financiers. Mais pour que leur autonomie soit réelle, il faut qu'elles disposent de ressources suffisantes leur permettant d'avoir la maîtrise de leurs opérations financières. Il est possible alors de poser la question de savoir si le dirigeant a la possibilité de se prévaloir de son manque de moyens pour échapper à l'action dirigée contre lui. Les moyens financiers comme les moyens juridiques réservés aux dirigeants conditionnent leurs capacités de décision et d'action. Tout d'abord, il est reconnu la concomitance entre le transfert des compétences et celui des ressources. Il est évident que le transfert de compétences par les associés doit être accompagné au moins du transfert concomitant des moyens et des ressources nécessaires à l'exercice normal de ses compétences. Sinon, l'expression « diriger » n'aura aucun sens juridique précis. Cette expression semble se distinguer de la fonction d'administration dans l'hypothèse où le dirigeant n'a pas l'entière disposition des biens qu'il administre, la liberté de ses actes. On ne lui reconnaît pas, sur le

462 M. PHILIPPE, Droit commercial sociétés commerciales, 7eme éd. Précis Dalloz. p.485

463 COLMAR, 3 juillet 1867, S. 1869. 1. 207

464 On notera enfin que ce conseil nomme un Président qui préside les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales. Il doit veiller à ce que le conseil d'administration assume le contrôle de la gestion de la société confiée au directeur général. Il s'agit en l'occurrence de la mise en œuvre du « principe de l'attribution de compétences » qui signifie que les dirigeants ne peuvent exercer une compétence que si et dans la mesure où celui-ci leur est expressément reconnu.

patrimoine de la société qu'il administre, le droit de jouissance et les dispositions les plus absolus auxquels viendront faire échec les prohibitions et les restrictions qu'édictent, au nom de l'intérêt général ou de l'ordre public, certaines lois et règlements[465]. De plus la poursuite de ces exigences de hiérarchisation et de compatibilité est en principe assortie de dispositif de contrôle des écarts entre les réalisations et les objectifs fixés. Cela suppose aussi la possibilité de correction des écarts et/ou leur sanction. En plus, la précision des principes de l'application des fonctions du dirigeant nous amène à préciser aussi leur consistance.

§ 2 Les moyens de contrôle de la mise en œuvre des actes de gestion sociale

105. Quelle que soit la volonté exprimée par le législateur OHADA d'accroître la part du pouvoir confié au dirigeant, lorsqu'il faut passer à l'élaboration des statuts et à leur application, les difficultés non négligeables peuvent être notées. Selon les types de société commerciale considérés, le choix du niveau de responsabilité se révèle délicat.

A. Le droit à l'information sur la gestion du dirigeant social

106. Ce droit d'information des associés renvoie ainsi aussi bien au droit de communication des documents sociaux (notamment comptables et de gestion), le droit de poser des questions aux dirigeants, qu'au droit de solliciter une expertise de gestion.

1. Le droit de communication des parties prenantes

107. Aux termes de l'article 344 AUSCGIE : « les associés ont un droit d'information permanent sur les affaires sociales ». Ils disposent également d'un droit à l'information ponctuelle, généralement exercé avant la tenue des assemblées générales. En application, en effet, des dispositions des articles 159[466] et 160 de l'Acte uniforme, les associés qui s'estiment insuffisamment éclairés sur la situation de la société, en dépit des rapports de

465 En toute logique, il est possible de définir les objectifs de la société commerciale. Ces objectifs sont hiérarchisés les uns par rapport aux autres : les objectifs en termes de production sont définis après les objectifs commerciaux étant eux-mêmes définis après les objectifs stratégiques. De ce point de vue toute dépendra des différentes stratégies adoptées et dans leur capacité faciliter et provoquer l'intégration des objectifs, c'est-à-dire leur compatibilité et adéquation des différents intérêts des parties prenantes.

466 Aux termes de l'Art. 159 AUSCG : « Un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander à la juridiction compétente du siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».

gestion, des comptes sociaux et, le cas échéant, des rapports des commissaires aux comptes, ou encore des questions qu'ils peuvent poser en vertu des articles 158 et 158-1 de l'AUSCGIE, peuvent demander une expertise de gestion[467]. Ce concept « d'opérations de gestion » est toutefois une notion floue qui confère ainsi au juge un pouvoir d'appréciation. Ce pouvoir pourrait être élargi aux aspects RSE et sanctionné par un rapport[468]. C'est d'autant plus intéressant que l'associé a la possibilité d'exercer son droit à l'information à toute époque[469].

108. S'agissant du droit de communication de document, il s'agit d'un droit généralement exercé avant la tenue des A.G. A[470]. Il porte principalement sur l'inventaire et les états financiers de synthèse établis par le dirigeant, le rapport de gestion du gérant, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes. Il permet à leur titulaire de vérifier la situation de la société, de contrôler et de s'assurer de l'intégrité des inventaires et états financiers de synthèses[471]. Ce droit n'est appliqué que pour les aspects financiers, alors que de plus en plus la première réponse de nombreuses entreprises consiste en une extension[472] de la politique de communication sur le thème de leur responsabilité sociale et environnementale. Il est prévu dans toutes les sociétés commerciales par les dispositions des Articles 288 alinéa 2 pour les SNC, l'article 306, 307 pour les SCS, 345 pour les S.A.R.L et 525 pour les S.A. Dans les Sociétés anonymes notamment, le législateur a pris le soin de fixer l'étendue du droit à l'information des actionnaires. Le rapport fourni ainsi par le conseil d'administration conformément à l'article 525 devra être complété par un autre rapport[473] relatif *à l'application de code de gouvernance d'entreprise*[474]. Ces

467 Cette mesure qui sort du contexte traditionnel de l'information des actionnaires s'intègre dans une procédure judiciaire. Il s'agit donc de faire respecter les droits des actionnaires, notamment ceux minoritaires, par le juge en raison de la loi de la majorité qui prévaut dans le fonctionnement des sociétés commerciales.

468C'est un rapport d'activité sur l'impact économique et social de l'activité de l'entreprise et qui résume les engagements, les processus de mise en place et les résultats. Outre ses fonctions de pilotage stratégique (définition de la stratégique de responsabilité sociale de l'entreprise), de communication interne (qui sert à transmettre les valeurs de l'entreprise aux collaborateurs et aux filiales et à les sensibiliser à leurs responsabilités individuelles et sur leurs attentes légitimes en matière de développement durable), ce rapport constitue également un outil de communication externe.

469 Voir l'Art. 526.

470 Art. 344 AUSCGIE

471 A ce propos, le dirigeant ne peut y faire obstacle sous peine de sanctions pénales. Voir l'Art. 900

472Les entreprises étaient nombreuses à refuser de communiquer vers l'extérieur de leur responsabilité, soit parce qu'elles n'y trouvaient pas d'avantages, soit parce qu'elles avaient peur de communiquer des informations dites confidentielles et sensibles.

473 Art. 831-2 AUDSCGIE

474 « *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 Art. précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le*

dispositions de l'AUSCGIE ont l'avantage de mentionner pour la première fois la notion de gouvernance d'entreprise. Elle est appréhendée dans une perspective assez restrictive. Il s'agit du seul cas, il est fait référence à la notion spécifiquement lorsqu'il précise le contenu du rapport que le président du Conseil d'administration doit établir.

2. Le droit de poser des questions aux dirigeants

109. Les associés ont le droit d'interpellation. Les associés peuvent poser des questions écrites aux dirigeants. Il s'agit d'un instrument, d'une technique de contrôle de l'activité des dirigeants. Et dans la mesure où, l'entreprise s'engage dans une initiative de RSE car cela est de son intérêt, les associés peuvent être intéressés à mesurer l'appropriation de la RSE. Les associés peuvent poser des questions qui vont obliger le dirigeant à procéder à la diffusion des informations relatives à la RSE qui apparaît comme une réponse de l'entreprise aux pressions sociales en vue de légitimer son existence[475].

Il donne la possibilité aux associés, individuellement d'obtenir des éclaircissements sur des points particuliers de la gestion du dirigeant, mais aussi de faire préciser un aspect de leurs domaines de compétence, leur mandat[476]. Le principe est quasiment le même pour les sociétés par actions simplifiées et les sociétés anonymes[477]. Ce droit d'interroger les dirigeants, à caractère individuel est consacré aussi dans les S.N.C en vertu de l'article 288 a, et les S.C.S[478], ce droit peut s'exercer deux fois par an et le gérant est tenu de respecter le parallélisme des formes c'est-à-dire de répondre par écrit. En revanche, dans les S.A.R.L, la possibilité de poser deux fois des questions au gérant n'est envisageable qu'en cas de faits qui sont de nature à compromettre la continuation de l'exploitation. Dans cette occurrence, la réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes. En dehors de cette hypothèse, le gérant est tenu de répondre à l'associé au cours de l'assemblée. Ce qui fait dire qu'il s'agit d'une procédure de contrôle qui s'exerce hors des assemblées et dont les effets sont différés jusqu'à l'assemblée.

---

lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise. Le rapport prévu au présent Art. précise aussi les modalités particulières relatives à la participation des actionnaires à l'assemblée générale ou renvoie aux clauses des statuts qui prévoient ces modalités. Le rapport prévu au présent Art. est approuvé par le conseil d'administration et rendu public ».

475 La RSE ne sert pas un idéal, elle est simplement un moyen pour une fin donnée : la recherche d'une meilleure image et une plus grande rentabilité.

476 Voir l'Art. 157 AUSCGIE

477 Voir l'Art. 158 AUSCGIE

478 Art. 307AUSCGIE

B. Le droit d'alerte des associés et des commissaires aux comptes

110. Sous le prétexte de la sauvegarde de l'intérêt social et le bien de la société commerciale, l'alerte peut être le fait des associés (1) ou des commissaires aux comptes (2).

1. Le droit d'alerte des associés de la société commerciale

111. Le dirigeant social a certes le pouvoir de décision auprès de la personne morale, mais il doit se garder d'altérer le capital[479] ou encore rester passif devant les menaces qui pèsent sur lui. À ce propos, il assure une fonction de représentant légal ayant qualité pour agir, contracter et ester en justice au nom de la société. De ce point de vue, sa responsabilité peut être mise en cause. Pour autant, la responsabilité du dirigeant n'est pas forcément engagée lorsque le capital[480]est altéré.

112. Dans les formes sociétaires dans lesquelles les associés disparaissent derrière les capitaux qu'ils mettent à la disposition de la société[481], la protection du capital social et du patrimoine de la société constitue une priorité. Elle semble rejoindre ainsi le principe de précaution (en analyse financière) qui suppose qu'un besoin de financement ne peut être satisfait qu'avec des ressources stables et dont l'échéance est au moins aussi longue que la durée du besoin à financer[482]. C'est en ce sens que le capital social apparaît comme un véritable outil au service du financement de la société. Ainsi, les immobilisations acquises par une société par apport en nature, en numéraire d'un associé, ont vocation à perdurer au cours de plusieurs exercices ; ce qui permet à la société d'avoir des ressources stables sur

---

479« Le capital social représente le montant des apports en capital faits par les associés à la société et augmenté, le cas échéant, des incorporations de réserves, de bénéfices ou de primes d'apports, d'émission ou de fusion ». Art. 62 AUSCGIE

480 « Le capital social représente le montant global des apports effectués par les actionnaires (en industrie ou en numéraire) et de l'intégration éventuelle, sur décision des actionnaires, des bénéfices mis en réserve. L'actionnaire est le prêteur de dernier ressort à l'entreprise, celui qui prend le risque ultime de l'entreprise », Voir http://www.lexinter.net/BOURSE/actionnaire.htm

481 Cette mise en commun d'apports est primordiale et n'est pas sans conséquence sur la société dont elle permet l'organisation et fonde aussi l'existence de certains principes du droit des sociétés commerciales notamment celui de la limitation de la responsabilité des associés aux apports dans le cadre des SA et SARL qui se trouve par là même justifié du fait de l'importance du capital dans ces sociétés ; il y a aussi le principe de l'intangibilité et de la fixité du capital qui permet de garantir la confiance des tiers qui, n'ayant pas la qualité d'associé, ont prêté leur concours financier à la constitution de la société ou ont aidé cette dernière à faire face aux difficultés qu'elle rencontre

482 B. SOLNIK, Gestion Financière, 6e édition ,2002 ; Le financement des entreprises, éd. Francis LEFEBRE, 1993.

lesquelles elle pourra baser son fonctionnement[483]. Il convient dès lors de noter que le dirigeant social se doit de gérer et de mettre en œuvre, avec diligence et loyauté, le plan de financement élaboré par les associés qui est censé être adapté aux besoins de la société pour une meilleure utilisation de ses intérêts, le capital comme ressource. De ce point de vue, la société commerciale, qu'ils constituent à travers leur plan de financement, est avant tout destinée à apporter aux actionnaires une bonne rentabilité de leur entreprise, même si cette dernière a la personnalité morale[484].

113. Une gestion désastreuse entraînant une modification du capital allant dans le sens de sa réduction peut être à l'origine de la dissolution de société. Toutefois, cette décision revient aux associés. Lorsque des pertes comptables viennent en effet en diminution des capitaux propres, ils figurent donc en négatif dans « le haut de bilan ». Ainsi, lorsqu'en l'absence de réserve, les pertes entament la substance du capital ; les capitaux propres devenant inférieurs au capital social, on dit que la société « mange son capital ». Il est aussi dans ce cas opportun de procéder à la réduction du capital social pour assainir les finances de la société[485]. À ce niveau, les associés peuvent procéder à l'assainissement des finances, en réduisant le capital social. Il s'agit d'une mesure de prévention de la dissolution de la société. Les dirigeants sociaux doivent de ce fait utiliser tous les instruments comptables et financiers leur permettant de prévoir les difficultés de la société et mettre en place la base financière nécessaire à son fonctionnement[486]. En vertu de l'article 564 de l'AUSCG, il semble que la décision appartient à l'assemblée générale extraordinaire ; celle-ci peut autoriser cette augmentation de capital sur le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, sur le rapport du commissaire aux comptes, qui a par ailleurs un droit d'alerte[487].

---

483 Le cycle de financement, il faut le rappeler, correspond à l'ensemble des opérations financières de la société liées aux opérations de règlement, d'encaissement et de répartition des bénéfices.

484 C'est naturellement que le capital doit être utilisé dans l'intérêt et pour le compte de la société de façon à rentabiliser l'investissement fait par les associés, et non être un moyen pour les dirigeants de couvrir leurs besoins personnels.

485 Suivant les dispositions de l'Art. 371 AUSCGIE : « Si du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le gérant ou, le cas échéant, le commissaire aux comptes, doit, dans les 4 mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, consulter les associés sur l'opportunité de prononcer la dissolution anticipée de la société »

486 M.H. GUILLEMIN et Nicolas GRAS, Le capital social (monjuriste.com) ; Le financement des entreprises, éd. Francis LEFEBRE, 1993

487 Ces droits et procédures ont vocation à prévenir et pallier l'asymétrie informationnelle établie naturellement en faveur du dirigeant. Ce dispositif constitue une garantie et permet la sécurisation les investissements financiers que les actionnaires réalisent. L'idéologie actionnariale est construite autour d'un concept très facile à mettre en œuvre : la valeur actuelle nette des projets d'investissement. Cela implique un

2. Le droit d'alerte des commissaires aux comptes de la société commerciale

114. Le dispositif législatif actuel fait obligation aux commissaires aux comptes d'alerter par écrit le dirigeant lorsqu'il décèle des prémices de difficultés lors de ses opérations de contrôle des comptes de l'exercice précédent[488]. Ce droit d'alerte des commissaires aux comptes est aussi consacré par les articles 150, 152 de l'AUSCGIE. Ainsi, lorsqu'il est saisi, il doit répondre. En effet, l'article 150 alinéas 2 dispose que : « *Le gérant répond par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les quinze (15) jours*[489] *qui suivent la réception de la demande d'explication. Dans sa réponse, il donne une analyse de la situation et précise, le cas échéant, les mesures envisagées. Dès réception de la réponse ou à défaut de réponse sous quinze (15) jours, le commissaire aux comptes informe la juridiction compétente de ses démarches ».* Ces mesures doivent être appliquées sous peine de sanctions[490]. Dans le cas où le commissaire aux comptes lui en fait la demande, le gérant procède à la communication du rapport spécial aux associés dans les huit (8) jours qui suivent la réception de la demande. Il en est de même en matière de gestion des sociétés anonymes. En vertu de l'article 152 alinéas 3 : « Si à l'issue de l'assemblée, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches la juridiction compétente et lui en communique les résultats ». Le juge joue à ce niveau un rôle déterminant puisqu'il est informé par le commissaire aux comptes du péril sur la continuité de l'exploitation. Il peut substituer un administrateur au dirigeant dont les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation. Il s'agit d'une disposition qui marque encore l'option du législateur de consacrer l'immixtion du juge dans le fonctionnement de la société. Cette immixtion ou plutôt cette intervention n'est pas sans intérêt dès lors qu'elle est analysée sous l'angle de détermination du statut du dirigeant. En ce sens, si, aujourd'hui, certains

---

droit de regard et d'appréciation de la gestion des organes sociaux, notamment de l'assemblée générale des actionnaires qui détient la souveraineté. Les organes sociaux doivent rendre compte de sa gestion au moins deux fois par an ou de la gestion des dirigeants sociaux. Il est possible alors d'interroger les systèmes d'information et les confronte à trois défis à savoir le renforcement de la transparence des actions des dirigeants, leur autonomie et la crédibilité des moyens d'évaluation et de contrôle.

488 La portée d'une telle proposition reste néanmoins limitée par le fait que la majorité des entreprises n'ont pas de commissaire aux comptes.

489 Le législateur OHADA a fait passer avec la révision de l'AUSGIE, le délai d'un mois à quinze jours. Cette alerte risque fort d'être encore trop tardive puisqu'elle n'interviendra que postérieurement à l'audit des comptes de l'exercice précédent qui incombe à ces derniers.

490 Voir les Art.s 150 et 152 AUSGIE

juges français « ont estimé, pour l'application de l'article L. 624-3 du Code de commerce, devenu l'article L. 651-2 du Code de commerce depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, que la qualité de dirigeant de droit « résulte non de l'activité, des attributions ou des pouvoirs de la personne concernée, mais de sa désignation régulière, soit par les statuts, soit par l'assemblée générale ordinaire »[491]cela n'est toutefois pas sans difficulté pour la détermination du statut du dirigeant. Ces fonctions seront en principe définies en fonction du spectre de la responsabilité des personnes qui les assurent et qui sont chargées d'une mission spécifique. Le dirigeant ne peut pas modifier la répartition des pouvoirs du dirigeant. Les dirigeants sociaux ont compétence pour agir au nom et pour le compte de la société en vertu des dispositions uniformes et statutaires qui organisent l'étendue de leurs pouvoirs et sanctionnant d'éventuels dépassements. Il exerce à cet effet un pouvoir de représentation et de direction.

SECTION-II. Des limites aux pouvoirs institutionnalisés ayant une portée générale et impersonnelle.

115. Les pouvoirs du dirigeant connaissent dans leur mise en œuvre un maximum (§1). Mais il est, par ailleurs, un principe qui doit être protégé pour éviter que l'encadrement strict des libertés du dirigeant ne finisse par le vider de son contenu. Il s'agit du principe de libre direction et de représentation de la société qui comporte à cet effet un minimum (§2).

§ 1. Les limites maximums du principe de la libre direction et présentation des sociétés commerciales

116. Le Législateur estime qu'à partir de la signature des statuts ou de l'assemblée générale constitutive, les dirigeants sociaux se substituent aux fondateurs. Ils agissent au nom de la société constituée et non encore immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier. Leurs pouvoirs et leurs obligations sont fixés conformément aux dispositions du présent Acte uniforme et, le cas échéant, des statuts[492]. Cela revient à dire que la libre direction et représentation s'étendent dans les limites fixées par l'ordre public sociétaire (A) et dans les conditions prévues par les statuts de la société (B).

491 CA Rouen 15 juillet 1982, Gaz. Pal. 1983, somm. p.34
492 Art. 104 AUSCGIE.

A. La compétence générale conférant une libre direction et représentation

117. Il est difficile de traiter d'une manière objective et complète l'appropriation de la RSE sans tenir compte de l'influence que peut avoir le concept sur l'interprétation et l'application des règles d'attributions des pouvoirs du dirigeant. Au regard des possibilités de limitation des pouvoirs du dirigeant, on peut se demander si la présomption de compétence générale du dirigeant (1) est toujours de rigueur, ou si au contraire, elle doit être prouvée dans certains cas relatifs à l'ordre public sociétaire (2).

1. La présomption de compétence générale en faveur des dirigeants sociaux

118. M. Guyon relevait que : « les fondateurs doivent adopter en bloc le statut de la SA tel qu'il est fixé par la loi. Ils ne peuvent le modifier ou le compléter pour tenir compte de leurs besoins spécifiques que sur des points de détails »[493]. De ce fait, en dehors de la SAS, le dirigeant tient plus ses pouvoirs de la loi, qui tout en déterminant les organes de gestion, fixe leurs pouvoirs. Toutefois, en cas de doute sur l'étendue des pouvoirs du dirigeant, la partie qui met en cause les pouvoirs peut faire la preuve d'une limitation des pouvoirs afin de repousser la présomption. Cette preuve peut être facilitée par l'existence d'un certain nombre de principes sociétaires qui s'imposent aux associés lorsqu'ils fixent les règles d'organisation de la société commerciale. C'est d'abord celui de son indivisibilité que peut remettre en cause la libre direction et la représentation au-delà d'un certain seuil. Et c'est surtout à propos de la fonction de direction et de représentation que le problème se pose car, avec elle, on touche aux limites mêmes des pouvoirs de contrôle[494] des organes sociaux. On notera à ce propos que la jurisprudence n'est pas plus explicite que le Législateur OHADA sur le lien entre direction et représentation attachées[495] à la fonction du dirigeant. Ces principes généraux se retrouvent dans les dispositions particulières relatives aux seuls dirigeants gérants des SNC (article 277, alinéa 1), SCS (article 298) et SARL (article 328) de la façon suivante : « Dans les rapports entre associés et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société ».

493 Y. GUYON, *Droit des affaires*, t.I, 11eme éd., n°279 et s.

494 « *Le contrôle des dirigeants est un contrôle actif. Ils ont pour mission principale de conduire l'action sociale, de prendre toutes les décisions de gestion et d'administration utiles à la réalisation de l'objet social*. » M. Etienne GROSBOIS, Responsabilité civile et contrôle de la société, THESE, 4 décembre 2012, Université de Caen basse-normandie, page 31.

495 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, thèse préc., n° 245, p. 120

119. Les auteurs de la réforme du droit des sociétés OHADA, ont semblé exclure toute idée de « pouvoir de direction », mais reconnaissent les fonctions de direction. Le dirigeant gère, administre et dirige la société, mais ne gouverne pas la société, du moins en théorie. Pour la communauté des associés, la fonction de direction ne peut ni ne doit être la négation de l'AG qui conserve seul la possibilité de donner à chaque organe les moyens d'exercer sa fonction pleine et entière[496]. Mais la question a été discutée de savoir si la libre direction et de représentation devrait entraîner la reconnaissance d'un pouvoir de décision autonome aux dirigeants sociaux. Certains estiment qu'un tel pouvoir de décision existe au profit des dirigeants et ils trouveraient son fondement dans les dispositions de l'AUSCGIE qui consacrent le principe de la libre direction et de représentation. L'AU précise que les dirigeants ont tout pouvoir pour engager la société. Elle n'impose aucune règle d'administration. Les statuts et l'usage y suppléent en principe. Tout sera donc question de preuve.

2. L'exigence d'une preuve de l'absence de présomption de compétence générale

120. Lorsque les associés veulent faire valoir un droit, ils doivent prouver les faits qui soutiennent leur prétention. Il ne s'agit cependant pas ici d'une présomption irréfragable mais d'une présomption relative qui pourra être repoussée par preuve contraire. Il s'ensuit dès lors qu'ils estiment avoir limitativement défini les pouvoirs du dirigeant, ils devront en faire la preuve, étant donné que la compétence générale est présumée. Les pouvoirs oscillent[497] entre la reconnaissance d'une compétence liée et une large liberté dans l'exercice de ses pouvoirs essentiellement motivés par une protection des tiers. Il est difficile aujourd'hui, de relever les différentes obligations du dirigeant social en rapport avec la gestion des sociétés commerciales sans mettre en exergue le système des approbations mis en place pour contrôler les actions des dirigeants. On devra alors rechercher pour chaque société commerciale quelles sont les opérations en vue desquelles

496 Dans le même sens on peut estimer que la nomination et la prise de fonction du dirigeant ne peuvent porter atteinte ni à l'unité des organes, ni au caractère sociétaire de la société. La libre direction et de représentation doit également se faire dans le respect des prérogatives de l'AG et des autres organes sociaux.

497 Législateur OHADA a procédé, ainsi qu'il a été relevé, à une combinaison de la clause générale de compétence et du principe de l'attribution de compétences. L'analyse menée sur ce point a conduit à conclure, qu'en réalité, c'est le critère de la compétence d'attribution qu'il faut retenir, mais si dans certaines hypothèses s'il existe une présomption de compétences générale en faveur des dirigeants sociaux. Il n'empêche que des difficultés subsistent. Il reste malaisé de déterminer l'étendue des compétences des dirigeants sociaux. La distinction entre intérêt social et intérêts catégoriels des associés est très relative et de nombreux domaines appellent une collaboration entre le dirigeant et les associés.

la société a été établie (actes entrant dans l'objet social) et qui doivent être considérées comme des actes de gestion[498]. On recherchera aussi quelles sont, au contraire, celles qui présentent un caractère exceptionnel mais sont conformes à l'intérêt social, même si l'acte n'est pas conforme à l'objet social[499].

121. À ce propos, les statuts apparaissent comme les intermédiaires nécessaires entre les actes de gestion (de direction et d'administration), et l'AUSCGIE. Ils peuvent reconnaître aux dirigeants un pouvoir normatif initial. Cela signifie que les compétences étant fixées par les statuts, elles ne constituent pas ce qu'on appelle des droits propres et que « libre direction » ne veut pas dire « libre réglementation ». Cela est d'autant plus vrai que l'Acte Uniforme portant droit des sociétés commerciales et GIE a réglementé les modalités de prise de décisions collectives[500] « dans les conditions propres à chaque forme de société, (…) en assemblée générale[501] ou par correspondance[502]. Toutefois, les dirigeants sociaux sont tenus ainsi de recueillir l'autorisation des organes sociaux pour certains actes, notamment pour les conventions intervenues entre un dirigeant, un associé et la société[503]. De même, dans les rapports entre associés et dirigeants, les statuts encadrent les pouvoirs des dirigeants sociaux. Ces rapports peuvent être appréhendés sous le prisme de la redevabilité qui met en lumière les limites de la liberté des dirigeants sociaux[504]. L'enjeu

498 La limitation est d'ordre juridico-éthique et répond des exigences de RSE. Parmi les sept domaines dans lesquels une organisation responsable doit rendre compte de ses actions et du respect des principes de comportement et qui sont présentés au chapitre 6 de l'ISO 26000 nous trouvons la Gouvernance de l'organisation. Cette gouvernance est généralement structurée autour des règles et clauses contenues dans les statuts de la société, rédigée par les associés et qui sont pris conformément aux dispositions de l'AUSCGIE. Dans ce contexte, l'attention est principalement portée sur l'identification des mécanismes externes ou internes permettant de discipliner le dirigeant, de protéger les associés contre les comportements opportunistes du dirigeant.

499 Le principe de la plénitude des pouvoirs demeure même lorsque les dirigeants accomplissent des actes de gestion n'entrant pas dans l'objet social. Toutefois, il ne pourra passer des actes outrepassant l'objet social, des actes se rapportant à une activité totalement étrangère à l'objet social. Voir également l'Art. 439 AUSCGIE.

500 Il est vrai que le dirigeant peut avoir une voix délibérative en tant qu'administrateur, mais seulement un pouvoir délibératif qui peut être mis en œuvre dans le cadre de décisions collectives. D'une manière générale, « il y a deux sortes de décisions collectives : les décisions ordinaires et les décisions extraordinaires. Elles sont prises selon les conditions de forme et de fond prévues pour chaque forme de société » (Art.132AUSCGIE).

501 Art. 350 AUSCGIE

502 Art.133 AUSCGIE

503 Voir notamment Art. 438 AUSCGIE.

504 Cela fait dire que la responsabilité sociétale des entreprises ne saurait être effective que dans la mesure où les organes sociaux l'intègrent dans leurs stratégies. Les associés ou actionnaires sont les seules parties prenantes reconnues dans la mesure où ils prennent ainsi part à son fonctionnement et à son contrôle. Ils peuvent soit le faire directement par le biais de l'AGO (ou Assemblée Générale Annuelle) ou l'Assemblée générale extraordinaire (AGE), soit à travers leurs représentants.

dépasse la responsabilité et la mise en œuvre d'une certaine obligation de transparence des dirigeants vis-à-vis des associés. Cette « responsabilité » renvoie à l'idée de l'engagement d'un acteur vis-à-vis d'une partie prenante extérieure. Pourtant, le terme de « redevabilité » se distingue de la seule « responsabilité » en y ajoutant une exigence supplémentaire : celui de permettre à voir que la responsabilité a été assumée et que les engagements ont été tenus[505]. La redevabilité peut ainsi se définir comme étant l'obligation de rendre compte de l'exercice d'une responsabilité[506]. Cela rejoint la préoccupation de l'AUSCGIE qui consacre un certain nombre de mécanismes de contrôle interne destinées essentiellement à préserver la valeur actionnariale. Il s'agit au-delà du système des approbations, des procédures de mise en œuvre du droit d'information et de communication, du droit alerte, etc.

122. Ainsi, notre analyse a pu mettre en exergue les différents fondements du pouvoir du dirigeant, légal et contractuel. Ce sont ces deux fondements de nature différente qui constituent l'élément explicatif essentiel de l'obligation d'agir en faveur de la RSE entre les obligations positives générées par ces deux sources du droit. Les pouvoirs des dirigeants ont à cet effet pour contrepartie des obligations, des devoirs dont la violation est sanctionnée par la responsabilité des dirigeants, surtout lorsque les tiers sont visés.

B. L'affirmation partielle d'un cadre de protection des parties prenantes tiers et créanciers

Cette protection est garantie au profit des tiers en principe de bonne foi.

1. La responsabilité de la société et du dirigeant à l'égard des tiers…

123. La protection des tiers est souvent assurée au détriment de celui des associés[507]. Ils bénéficient dans toutes les formes sociales d'une attention particulière du législateur en

505 WENAR, Leif, Accountability in International Development Aid, Ethics and International Affairs vol. 20, no. 1, 2006, 1-23.

506 Sans adhérer totalement aux idées développées par les acteurs du développement sur le contenu a donné à la notion de redevabilité, on estime que sa perspective peut être intéressante pour saisir les enjeux du contrôle des associés sur la gestion du dirigeant social. Une analyse de « redevabilité » du dirigeant vis-à-vis des associés porte à la fois sur les obligations juridiques de reddition de compte et les sanctions qui y sont attachées (exemple, la révocation des dirigeants). Il s'agit d'une réponse au mandat social du dirigeant. En ce sens où, les organes sociaux élaborent les statuts de la société, il est clair que par ce biais ils définissent le mandat des dirigeants sociaux. Ils reçoivent un mandat social de ces organes qui leur confère un réel pouvoir de direction.

507 La société est donc engagée par les actes des dirigeants même si ces derniers dépassent l'objet social, à moins d'apporter la preuve que le tiers avec lequel le dirigeant a traité savait (un tiers complice du

faisant en sorte que toutes les clauses des statuts limitant le pouvoir du dirigeant leur soient inopposables. Par principe, un dirigeant de société est personnellement responsable à l'égard des tiers des actes qu'il accomplit au nom et pour le compte de la société.[508] Non pas que les dirigeants sociaux soient les mandataires des tiers, mais ils ne leur doivent que l'accomplissement des devoirs généraux dont la violation constitue un quasi-délit. Si par une infraction à la loi ou aux statuts ils ont causé des pertes à la société devenue insolvable, les tiers ont contre eux une action directe en responsabilité. Mais, s'ils ont seulement mal administré, sans excéder leurs pouvoirs et sans commettre de fraude, les tiers qui éprouvent un préjudice ne peuvent se faire indemniser qu'en exerçant, conformément à l'art. 161, l'action individuelle. En effet, aux termes de l'alinéa de l'article 161, AUSCGIE : « Sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ».[509] Il est difficile d'écarter l'intérêt des tiers contractants dans la gestion des sociétés commerciales, même si « *l'intérêt des associés vaut bien celui des tiers* »[510]. La gouvernance des sociétés commerciales est aussi destinée à sauvegarder non seulement les intérêts de la société et ceux des actionnaires, mais encore ceux des tiers qui peuvent contracter avec la société[511] ou subir les effets négatifs de ses activités

---

dépassement de pouvoir du dirigeant) ou était censé savoir (s'il était lui-même associé de ladite société), compte tenu des circonstances, qu'il y avait un dépassement de l'objet.

508 Il n'est pas besoin que la faute qu'il a commise soit séparable de sa fonction et qu'elle lui soit imputable personnellement. Cela peut étonner lorsque l'on sait la notion de faute séparable des fonctions aurait permis une meilleure protection des dirigeants des actions en responsabilité des tiers derrière l'écran de la personne morale de la société qu'ils « représentent ». Ainsi, cette responsabilité semble s'orienter vers une dimension objective. De ce point de vue, le dirigeant ne pourra pas invoquer son incompétence (inexpérience), ni son manque d'indépendance pour s'exonérer de sa responsabilité. Il va sans dire qu'en principe, une clause de renonciation à recours insérée dans les statuts ou encore le quitus donné par les associés ne permet pas de faire obstacle à une action en responsabilité des tiers.

509Si plusieurs dirigeants sociaux ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers. Toutefois, dans les rapports entre eux, la juridiction compétente détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. » Cette action est individuelle en ce sens qu'elle vise la réparation du dommage subi par un tiers ou par un associé, lorsque celui-ci subit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Voir Art.162 AUDSCGIE

510 D. MARTIN, « Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes », préc., spéc. § II. p. 198 et n° 26 p. 203

511Les tiers qui ont été lésés, soit par défaut de surveillance, soit par toute autre faute imputable au dirigeant social, peuvent saisir la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est situé le siège de la société. Cette action individuelle se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation. L'action individuelle se prescrit par dix ans pour les crimes. Art.164 AUDSCGIE.

sociales.[512]L'objectif est alors de réaliser une direction de la société la plus proche possible des bénéficiaires et d'organiser la gestion par les dirigeants. Le lien avec les parties prenantes va trouver une réalité concrète, surtout lorsqu'elles sont de bonne foi.

2. L'exigence de bonne foi pour le bénéfice de la protection

124. Les dispositions de l'AUSCGIE sont très claires, en précisant que toute limitation de pouvoirs du dirigeant est inopposable au tiers. Le tiers bénéficie donc lorsqu'il est en relation avec le dirigeant d'une protection. Il s'agit ici, sans nul doute de l'application de la théorie de l'apparence. Cette théorie permet de se fonder sur l'apparence d'une situation pour lui faire produire des effets juridiques qui ne lui sont pas normalement attachés. En l'occurrence, le contrat de mandat pourrait se définir comme celui par lequel une partie charge l'autre d'accomplir des actes juridiques pour son compte en son nom. Celui qui confère cette mission s'appelle le mandant et celui qui la reçoit le mandataire[513]. Le dirigeant, lorsqu'il reçoit un mandat qui lui donne pouvoir[514] de faire les actes nécessaires à son exécution, il ne devrait donc pas outrepasser ses pouvoirs dans ses relations avec les tiers. Il doit respecter les statuts qui lui confèrent ces pouvoirs (dans toutes les sociétés commerciales sauf les SAS) ou alors les conventions extrastatutaires (SAS). Il a une obligation de comptabilité et de conformité. La principale difficulté pour le tiers c'est de connaître l'étendue des pouvoirs du dirigeant. Il aurait pu consulter les statuts de la société qui sont publiés, même s'il s'agit de « documents privés », mais très souvent les circonstances ne l'autorisent à vérifier les limites exactes des pouvoirs du dirigeant. Les statuts ou alors les contrats de travail peuvent faire preuve du mandat entre les parties et à l'égard des tiers. On peut lui reprocher de n'avoir pas procédé à la vérification des pouvoirs réels ou prétendus du dirigeant. Seulement sa bonne foi demeure toutefois présumée, étant entendu que sa croyance légitime s'est établie en raison soit des agissements du dirigeant qui ont créé cette apparence (qui n'a pas pris le soin de lever tout équivoque), soit de la rapidité à travers laquelle les transactions commerciales se concluent et s'exécutent, etc. La

512 Les dirigeants sociaux peuvent mettre en jeu notamment leur responsabilité pénale personnelle à chaque fois qu'ils commettent des infractions personnelles commises dans le cadre de la vie de la société, tel par exemple un abus de biens sociaux.

513Suivant les dispositions de l'Art. 457 du code des obligations civiles et commerciales : « le mandat est un contrat par lequel le mandant donne au mandataire le pouvoir de faire en ses lieux et place un ou plusieurs actes juridiques. Le mandat est gratuit ou salarié ». Les Art.s 1948 à 2010 du Code Civil retiennent pratiquement la même définition, le mandat apparaissant comme cet « acte par lequel une personne est chargée d'en représenter une autre pour l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques ».

514 ART. 460 COCC.

charge de la preuve pèse donc sur la société[515]. Ainsi, le tiers contractant peut légitimement croire que les conditions nécessaires à la production d'un effet juridique existaient réellement. La théorie de l'apparence permet au tiers alors de prétendre à l'exécution de ses obligations par le dirigeant toutes les fois où il a pu légitimement croire que le dirigeant social avait reçu mandat de souscrire au nom et pour le compte de la société, nonobstant le défaut d'autorisation des organes sociaux compétents[516]. Il s'appuiera sur la probabilité d'un mandant du moins apparent, tel que c'est théorisé en matière de droit administratif.[517] À ce propos, la société est obligée par les actes que ses dirigeants accomplissent en dehors de leurs pouvoirs, dans deux cas : lorsque ces actes lui ont profité ou lorsqu'elle les a approuvés. On applique dans le premier cas les règles de l'action *in rem verso*.[518]Par ailleurs, le pouvoir des actionnaires est de plus en plus encadré par la législation sociale et fiscale, par les règles de gouvernance mais également par l'évolution des esprits sur la responsabilité sociétale des entreprises. La prise en compte de préoccupations sociétales peut être constitutive d'actes étrangers à l'objet social, surtout lorsque ces actes sont désintéressés[519]. Dans ce cas, la société peut échapper à ses engagements si elle prouve que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances.[520]Mais ces limitations sont inopposables aux tiers de bonne foi[521]. Cette dernière précision est superfétatoire et dangereuse et on aurait pu s'en passer. En effet

515 R. HOUIN, note in RTD com. 1969, p. 999, spéc. n° 25 p. 1022

516Cass. com., 23 avril 1969 : *Bull. civ.* 1969, n° 135 ; *D*. 1969, somm. p. 110 ; *RTD com.* 1969, p. 1022, note HOUIN ; *Rev. Sociétés* 1970, p. 115, note M. A. : « *en énonçant qu'il avait pu légitimement apparaitre à la société Schiebling et à Steuer que les engagements de caution pris en faveur de la société Mazier, entreprise de construction, rentraient dans l'objet social, très largement défini par les statuts, de la société Regina qui se livrait habituellement à des opérations se rapportant à la construction, la Cour d'appel a pu* […] *statuer comme elle l'a fait sans commettre aucune dénaturation desdits statuts* »

517 Pour protéger les tiers qui ont cru légitimement aux pouvoirs d'un mandataire apparent, la jurisprudence va consacrer les effets d'un mandat alors qu'un tel mandat n'est pas donné. On relèvera, à ce propos, l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 28 juin 2005. Cet arrêt consacre une application de la théorie du mandat apparent pour justifier l'exigence de protection du tiers de bonne foi. Voir à cet effet, J.-D. DREYFUS, AJDA 2005, pp. 2124-2125.

518 Si la société ne veut pas exécuter les engagements qu'on a pris en son nom, elle doit au moins restituer le prix qu'on lui a donné en échange. Elle ne peut pas retenir d'une main et prendre de l'autre ; elle est obligée dans la mesure de son enrichissement. Ainsi, il a été jugé qu'une société anonyme est tenue de rembourser les avances faites dans son intérêt et qui ont été versées dans son actif, lors même que le traité en vertu duquel ces avances ont été faites a été conclu sans pouvoirs suffisants de ses représentants. Voir Cass. 24 mars 1852, D. 1852. 1. 109.

519 L'Art. 4 au même titre l'Art. 1832 du code civil donne aux sociétés commerciales la mission de réaliser des économies ou des bénéfices en vue de leur partage.

520 En aucun cas, la seule publication des statuts suffit à constituer la preuve de cette connaissance. Voir Art.439 AUSCGIE

521 La règle générale demeure que la bonne foi se présume et que la personne en faveur de qui cette présomption est établie est dispensée d'en faire la preuve.

d'une part, il est certain que si les tiers se voient opposer de telles limitations, c'est parce que les dirigeants ont traité avec eux, auquel cas on se trouve dans l'hypothèse de l'article 121 et l'alinéa 2 de l'article 123 est redondant ; d'autre part, si on veut donner effet à cet alinéa, on constate qu'il ne protège que les tiers de bonne foi alors que l'article 121 AUSCGIE, protège les tiers sans distinction aucune[522]. Par contre dans les sociétés par actions simplifiées, la mention de la bonne foi des tiers qui seuls bénéficient de la protection, est supprimée. C'est tout naturellement que le législateur protège le tiers qui est en relation avec le dirigeant[523]. La notion de bonne foi est une notion objective. La personne ne peut appliquer ses propres critères afin de déterminer qu'elle n'est pas toujours en mesure de reconnaître l'existence et/ou les limites du mandat du dirigeant agissant au nom et pour le compte de la société commerciale. Les créanciers bénéficient de la protection de leurs droits pécuniaires et d'un recours contre les décisions des organes sociaux. Cette protection est étendue aux opérations de modification du capital, mais surtout en cas de liquidation des biens. La réduction du capital est soumise aux conditions des articles 65 et 66 AUSCGIE. La loi uniforme de l'OHADA a instauré au profit des créanciers de toutes les sociétés commerciales un droit d'opposition afin de sauvegarder leurs intérêts. Ce droit d'opposition peut être mis en œuvre lorsqu'une réduction du capital est envisagée et qu'elle n'est pas justifiée par des pertes. Aux termes de l'article 69 : *« Le capital social peut être réduit, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, par remboursement aux associés d'une partie de leurs apports ou par imputation des pertes de la société* ». De sorte que dès lors que leur créance est constituée antérieurement à la décision de réduction de capital, ils peuvent former par acte extrajudiciaire[524] leur opposition dans les trente jours[525] à compter de la date de dépôt au registre du commerce et au crédit mobilier du procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale qui a décidé ou autorisé la réduction de capital.

---

522 L'absence de bonne foi se rapproche vraisemblablement de l'aveuglement volontaire, de l'insouciance ou de l'imprudence injustifiée et de la simple faute par négligence. La mauvaise foi est loin d'être un standard de comportement, mais on peut la définir comme une conduite qui dénote une intention de nuire ou une insouciance grossière quant aux conséquences que peut avoir l'acte en cause. Toutefois, il n'est pas nécessaire que la personne ait l'intention de nuire pour conclure à sa mauvaise foi. Au contraire, une conduite qui dénote une incurie ou une insouciance quant aux conséquences et aux répercussions que peut avoir son acte ou son geste est suffisante pour conclure à la mauvaise foi.

523 CL. CHAMPAUD, note *in RTD com.* 1970, p. 412, n° 11 p. 416 - M. GUIBERTEAU, note sous Cass. civ., 19 nov. 1970, *Rev. sociétés* 1971, p. 427 - J. PICARD, « L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs », préc., spéc. n° 7 p. 4

524 Art.635.- L'opposition est formée par acte extrajudiciaire et portée devant la juridiction compétente statuant à bref délai.

525 Art. 634 AUSCGIE

125. Le législateur a renforcé les mesures de protection des créanciers en décidant que « Les opérations de réduction de capital ne peuvent commencer pendant le délai d'opposition ni, le cas échéant, avant qu'il ait été statué en première instance sur cette opposition. »[526] C'est seulement à l'expiration de ce délai que l'opération de réduction de capital de la société pourra être réalisée dans les conditions prévues par l'AUSCGIE pour la modification des statuts.[527] Ces règles applicables aux sociétés autres que les sociétés par action simplifiée sont inopérantes en vertu de l'alinéa 2 de l'article 269-3. Celui-ci dispose que : « les dispositions relatives au droit d'opposition des créanciers en cas de réduction de capital non motivée par des pertes sont inapplicables ». Les créanciers ne sont pratiquement pas protégés. Ils sont toutefois protégés en cas de liquidation de la société[528]. Il s'agit d'une protection des créanciers en cas de liquidation qui intervient en dehors des procédures collectives d'apurement du passif[529]. Les dispositions de l'article 239, 240, 241 assurent la protection des créanciers lorsque la liquidation de la société est organisée à l'amiable conformément aux statuts ou à l'accord des associés ou ordonnée par décision de justice conformément au 2° de l'article 223[530]. Le liquidateur est autorisé à payer les créanciers et donc de procéder à la distribution des fonds disponibles entre les créanciers.[531]

526Art. 636 AUSCGIE

527 Cette opposition n'a pas pour objectif d'interdire la procédure de réduction de capital, mais la sauvegarde de leurs intérêts financiers. Voir l'Art. 637

528 La société commerciale est en liquidation à partir de la date de sa dissolution. Celle-ci à des conséquences sur les droits des créanciers de la société commerciales. La dissolution entraîne en principe la déchéance du terme de toutes ses créances. Pour autant, durant cette période, ils sont protégés.

529Art. 203 AUSCGIE.

530 La liquidation ne doit pas être faite au détriment des créanciers qui doivent être réglés de leur créance. Ce principe est rappelé par les dispositions de l'Art. 239 qui stipulent que : « Les sommes affectées aux répartitions entre les associés et les créanciers sont déposées dans le délai de quinze (15) jours à compter de la décision de répartition, sur un compte ouvert dans une banque domiciliée dans l'État partie du siège social, au nom de la société en liquidation. En cas de pluralité de liquidateurs, elles peuvent être retirées sur la signature d'un seul liquidateur et sous sa responsabilité ».

531 Voir les Art.s 240 et 241.

§2. Les limites minimums du principe de la libre direction et de représentation du dirigeant

126. La liberté du législateur dans la détermination des conditions de la libre direction et de représentation du dirigeant est assez étendue. Cela résulte des quelques dispositions légales qui donnent au statut du dirigeant un caractère essentiellement légal. Mais pour extensible que soit la fonction légale, elle n'est pas illimitée car la libre direction comporte un minimum incompressible liée à l'exigence d'une adéquation entre les fonctions effectives et les pouvoirs des dirigeants (A) et le caractère relatif des titres sur la détermination des pouvoirs du dirigeant social (B).

A. L'exigence d'une adéquation entre les fonctions effectives et les pouvoirs des dirigeants

127. Il ne suffit pas qu'un dirigeant ou un responsable hiérarchique soit reconnu pour en déduire que l'exercice de son pouvoir est légitime. Il existe une dimension objective (1) de l'exercice de l'autorité liée à la fonction directoriale dont la mesure est dans la qualité, des buts poursuivis et atteints (2).

1. La dimension objective de l'exercice des fonctions…

128. L'autorité qui agit n'est pas une abstraction. Elle est incarnée par une personne animée d'intentions et s'exerce sur un groupe qui l'a promue et se reconnaît en elle. Les initiatives qui tendraient à remettre en cause les dispositions légales pourraient s'apparenter à une violation de la loi, au motif notamment que les associés n'ont pas eu le pouvoir de se substituer aux dispositions d'ordre public contenues dans les actes uniformes. Cela aura des incidences certaines sur le système de responsabilité[532] et la prise en compte des contextes de mise en œuvre des fonctions dans l'appréciation des faits générateurs de la responsabilité. Pour le Pr Aubry, une réponse à cette préoccupation relève de l'appréciation souveraine du juge. Ainsi, le juge doit apprécier la faute *in abstracto*, mais en tenant

532 Pour le Pr H.Aubry, « un dirigeant risque de se trouver dans l'incapacité matérielle de remplir les obligations qui lui sont imparties, par exemple parce qu'il n'est pas en mesure de se procurer l'information nécessaire à une action éclairée, ou encore parce qu'il est forcé à l'inaction. Cette dernière hypothèse se rencontre lorsque les statuts obligent le dirigeant à obtenir une autorisation avant d'agir et lorsque systématiquement cette autorisation lui est refusée. Pour D. PRORACCHIA, qui raisonne sur cet exemple, le dirigeant se trouve alors dans une impasse et doit démissionner et/ou demander la nomination d'un administrateur provisoire, Voir. *Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée*, Rev. Sociétés 2000, p. 223, spéc. p. 239

compte des circonstances dans lesquelles se trouvait le dirigeant lorsqu'il a agi ou s'est abstenu[533].

129. Certains auteurs [534] relèvent également des dirigeants sociaux que ce sont « les personnes qui dirigent les sociétés civiles et commerciales »[535], « diriger » signifiant « conduire, mener [une entreprise, une opération, des affaires] comme maître ou chef responsable guider dans une certaine direction »[536]. En tant que tel, ils peuvent être considérés comme des chefs d'entreprise et représentent les sociétés à l'égard des tiers. Il a la qualité d'employeur, il embauche et licencie les salariés, négocie les accords d'entreprise, reçoit les délégués du personnel. Représentant la société à l'égard des tiers, il signe les contrats au nom de la société, passe les commandes, assure les biens sociaux, agit en justice. C'est lui l'interlocuteur des administrations, sociales ou fiscales[537]. Les règles qui leur sont applicables dans leurs missions de direction, de gestion et d'administration sont définies pour l'essentiel par l'AUSCGIE. À ce propos, il faut observer que cet Acte uniforme offre une certaine vision de l'exécution de la fonction du dirigeant. Il renforce la fonction du dirigeant en la soustrayant du contrat qui unit la société, au dirigeant et en faisant en sorte que la recherche de profit ne puisse se faire au détriment de l'environnement et du social[538].

2. La mesure liée à la qualité des buts poursuivis et atteints

130. Le dirigeant doit avoir la capacité à prendre des décisions qui influencent la performance de la société commerciale. L'autorité d'une personne met en évidence la qualité de l'exercice de son pouvoir. Elle est aussi source d'efficacité. Ce qui fonde l'autorité du dirigeant le dépasse. La question : *« À quoi sert le dirigeant ? »* peut se poser comme *« Quel service apporte l'exercice de la fonction directoriale ? »*. Ses fonctions font que le dirigeant possède une infinité de possibilités d'influer sur les actions des autres. Il

533 L'appréciation in abstracto n'exclut pas la prise en considération d'éléments concrets, Voir N. DEJEAN DE LA BATIE Appréciation *in abstracto* et appréciation *in concreto* en droit civil français, LGDJ, 1965, n° 5, p.4.

534 H. AUBRY, La responsabilité des dirigeants dans la société par actions simplifiée. Revue des sociétés 2006 p. 793

535 Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, t. 3, Librairie Larousse, 2002

536 Le grand Robert de la langue française, 2e éd., 1985, p. 557

537 Maurice, C., Alain. V., *Droit des sociétés*, 5eme éd. Litec.

538 Il s'agit pour le dirigeant qui est chargé de pourvoir au mieux –être des associés, et dans une certaine de toutes les parties prenantes. Il a la possibilité de prendre la mesure de la pertinence de l'attente de chaque partie prenante par rapport aux objectifs de durabilité de la société qu'il gère ; les conditions et le risque pour l'organisation d'y répondre ou non ; le degré potentiel d'influence (de nuisance ?) de chaque partie prenante sur les performances de l'organisation.

dispose aussi de l'autorité nécessaire pour assurer la sanction d'éventuels manquements aux ordres qu'il donne aux différents collaborateurs[539]. Le dirigeant en raison de ses fonctions est tenu de connaître la situation interne et externe de l'entreprise. Il peut à ce propos, mettre en place des systèmes de perception de l'évolution externe de l'entreprise, de prévision de l'environnement de l'entreprise, en plus des systèmes de veille concurrentielle, technologique, sociétale : perception de l'environnement externe, « intelligence économique », que les associés titulaires de la fonction de représentation ne peuvent pas percevoir[540]. Ainsi, par rapport aux consommateurs, l'une des missions premières des organisations est de répondre aux attentes de cette partie prenante que sont les usagers, les clients ou les consommateurs, selon la nature des activités. L'intérêt pour les parties prenantes reflète ainsi les besoins de l'entreprise dans le moyen long terme[541]. Tant que de nouvelles réglementations n'auront pas précisé les conditions « suffisantes » de prise en compte des exigences pour atteindre l'objectif mondial de développement durable, il revient à l'organisation de les estimer pour ne pas être mise en cause - et parfois en danger de mort - par des exigences extralégales émises par des parties prenantes, en général externes[542].

539 Ce pouvoir de direction s'accompagne d'un pouvoir disciplinaire. Le dirigeant exercice à cet effet, un pouvoir de commandement sur les autres salariés de la société, qu'il aurait la charge de fédérer, d'organiser. Il devient un manager. Il assume de ce point de vue la responsabilité d'une équipe qu'il anime, avec laquelle il est appelé à communiquer. Il a en charge, en l'occurrence du dialogue social sans lequel il ne saurait y avoir d'action efficace à long terme. Ces règles manifestent avec une particulière acuité la spécificité du statut du dirigeant, qui le soustrait par ailleurs sur plusieurs aspects au droit commun du travail.

540 S'il est un contexte où le volontarisme est déterminant pour rendre possible la conduite d'engagements authentiquement protecteurs, une autre situation existe où l'appui volontaire des dirigeants sert d'appoint à des politiques de RS déjà probable, voire certaine. La volonté des dirigeants ne venant que compléter, s'ajouter à un champ normatif garantissant, en soi, un certain niveau de préservation. Les sociétés commerciales ne pourront la que témoigner d'une activation positive encore plus protectrice envers leurs parties prenantes.

541 L'enjeu aujourd'hui, est d'investir le dirigeant d'une nouvelle façon de prévision, d'innovation et d'anticipation sur les mutations de l'environnement des affaires. Pour ce faire, il est indispensable d'impulser un mécanisme prospectif capable à tout moment de placer la fonction de direction et de représentation au-devant des changements. Cette fonction doit également être en avance.

542 L'un des principes de comportement de la société vue comme une organisation énoncés et expliqués dans un esprit pédagogique par ISO 26000 le chapitre 4 en propose 7, consiste à rendre compte des impacts positifs et négatifs de ses activités sur la société au sens large, c'est-à-dire les êtres humains et leur environnement. Avant toute mise en route de plan d'actions, la société doit réaliser les études d'impact que l'on peut raisonnablement attendre d'elle dans le contexte où elle se trouve. Elle met ainsi en œuvre ce que les juristes appellent la « diligence due », c'est-à-dire les actions que sa responsabilité sociétale lui demande de réaliser même sans que des intervenants externes n'aient à le faire. La responsabilité de rendre compte implique d'assumer les conséquences d'éventuelles pratiques fautives ou impacts négatifs, y compris indirects, afin d'éviter qu'ils ne se reproduisent.

131. Toutes ces considérations confortent l'idée que les dirigeants ne sont pas substituables, même si par ailleurs leurs titres ont un caractère relatif.

B. Le caractère relatif des titres sur la détermination des pouvoirs du dirigeant social

132. Ce caractère résulte de l'hétérogénéité des titres conférés aux détenteurs de pouvoirs d'administration, de gestion et de direction. Cela appelle pour plus de sécurité à une information des tiers sur la qualité des parties prenantes dirigeantes.

1. L'absence de réglementation homogène du titre de dirigeant

133. L'Acte uniforme ne contient que peu de règles de fond relatives aux titres spécifiques que doit porter le dirigeant. L'essentiel c'est qu'il exerce une fonction de gestion et de direction, voire d'administration. C'est pourquoi, ces limites sont tout à fait relatives. En revanche, « puisqu'il revient aux statuts de fixer les conditions dans lesquelles la société est dirigée, il importe, dans chaque espèce, de déterminer si les autres mandataires sociaux reçoivent ou non la qualité de dirigeants »[543]. En effet, en imposant que les personnes auxquelles est octroyé un pouvoir de direction et de représentation prennent le nom de directeurs (dirigeant, président-directeur général, directeur général, etc.) ou de directeurs adjoints, le législateur a souhaité que les tiers puissent bénéficier d'une certaine sécurité juridique[544]. Autant dans la SA la présence du directeur général s'impose, celui-ci pouvant être le président du conseil d'administration ou une autre personne physique, autant elle est facultative dans la SAS. En outre, autant une SA peut comporter un ou plusieurs directeurs généraux délégués à côté du seul directeur général, autant dans la SAS peuvent être

543 « *Puisqu'il revient aux statuts de fixer les conditions dans lesquelles la société est dirigée, les situations dans lesquelles des personnes participent à la direction de la société [par actions simplifiées] sans pouvoir de droit risquent d'être relativement nombreuses. Il en sera surtout ainsi en cas de rédaction imprécise ou incomplète des statuts. Néanmoins, l'exercice de la direction d'une société sans pouvoir légitime n'est pas une situation nouvelle et n'est pas propre aux sociétés par actions simplifiées. Dans ces hypothèses, le juge peut donc recourir à une notion qu'il utilise déjà : celle de dirigeant de fait (...) Est dirigeant de fait la personne qui exerce une activité positive de direction, d'administration ou de gestion, déployée en toute indépendance et supposant un véritable pouvoir de décision* », Voir H. AUBRY, La responsabilité des dirigeants dans la société par actions simplifiée. Revue des sociétés 2006 p. 793

544 Pour certains auteurs, *la limitation des titres susceptibles d'être portés par les délégataires vise à protéger les tiers en assurant une cohérence avec les titres utilisés dans la société anonyme.* Deen Gibirila*, La délégation du pouvoir de licencier dans la société par actions simplifiée, in Journal des sociétés,* N°82 Décembre 2010, p.52.

nommés un ou plusieurs dirigeants portant indifféremment le titre de directeur général ou de directeur général délégué et assistant le président.

134. De ce fait, suivant les titres qu'ils donnent aux différents organes, on peut supposer la fonction et les pouvoirs qui y sont attachés. Plus, dans l'hypothèse d'une détermination de la responsabilité de l'auteur d'une faute qui n'est pas investi expressément d'une mission de direction par l'assemblée des associés, les juges pourraient également rechercher s'il ne peut pas être qualifié de dirigeant de fait[545]. Il n'en demeure pas moins, suivant Mme Aubry à cet effet, dans la détermination de la responsabilité des dirigeants de SAS qu'« *il existe en principe une adéquation entre le titre des personnes et les pouvoirs dont elles disposent réellement. Ainsi, le lien qui doit exister entre la fonction, l'exercice des pouvoirs et la responsabilité est facilement identifiable* »[546]. C'est d'ailleurs pour cette raison que « certaines personnes ne peuvent avoir que le titre de directeur général ou de directeur général délégué, toute autre appellation les priverait du pouvoir de représentation. Un dirigeant portant un autre titre, tel qu'un vice-président, ne pourrait valablement se voir conférer cette prérogative par les statuts »[547]. En revanche, dans une structure comme la société par action simplifiée consacrée par le AUSCGIE, « *où il peut exister une dissociation entre le titre du mandataire social et ses pouvoirs effectifs, le juge ne doit pas seulement s'attacher aux qualifications retenues dans les statuts, mais doit rechercher les fonctions et les pouvoirs effectifs de chacun* »[548]. C'est dire que le principe de la libre direction renvoie moins à l'idée d'une ligne qui fixe les limites respectives que les associés et les autres organes sociaux ne peuvent juridiquement franchir qu'à celle d'une zone à l'intérieur de laquelle se déploient des solutions conformes à l'AUSCGIE. De ce point de vue, peut avoir le statut de dirigeant « *le président de sociétés commerciales et des dirigeants, mais également toutes personnes qui, directement ou par personne interposée, auront en fait exercé la direction sous le couvert ou au lieu et place du président et des dirigeants de cette société* »[549]. Ce principe de conformité profite ainsi moins au dirigeant dont la fonction légale à leur égard est très étendue qu'à la société commerciale et aux associés. *Mutatis mutandis*, on peut considérer que des dispositions statutaires qui

545 H. AUBRY, *idem*

546 H. AUBRY, *idem*

547 D. GIBIRILA, *La délégation du pouvoir de licencier dans la société par actions simplifiée, in Journal des sociétés,* Rép. min. n° 32972 à M. Godfrain : *JOAN* Q 30 mars 2004, p. 2687 (D. 2004, p. 1007) et n° 33304 à M. Perez, p. 2688.

548 H. AUBRY, *idem*

549 Cette définition rejoint pour l'essentiel celle énoncée par Art. L. 244-4, c. com. à propos du dirigeant de fait d'une société par actions simplifiée

réduiraient excessivement la liberté contractuelle des dirigeants seraient contraires à l'AUSCGIE. Dans la nouvelle réforme de l'AUSCGIE, il est prévu la possibilité de création de SAS et comme le rappelle Mme Aubry, « un des intérêts de la société par actions simplifiées, par rapport à la société anonyme, est la possibilité d'instituer des comités investis de pouvoirs de décision[550]. Il peut s'agir, par exemple, de comités de rémunération, d'investissement ou encore de stratégie dont les membres sont susceptibles d'exercer des pouvoirs de direction et/ou de contrôle. Le législateur n'a pas pris cette particularité en considération. Il revient alors aux juges, dans chaque espèce, de déterminer si les membres de tels comités doivent être qualifiés de dirigeant ». Cela renforce les difficultés de détermination du statut du dirigeant. Pour autant, le dénominateur commun à toutes les fonctions du dirigeant (de fait ou de droit), c'est que le dirigeant est un exécutif appuyé sur l'intérêt social et contrôlé par les associés par le biais de leurs assemblées, leurs collectivités, des comités d'audit ou encore le conseil d'administration. Les différents organes de la société commerciale disposent d'un certain nombre de pouvoirs qui leur sont dévolus et qui sont extérieurs à la « personne » des individus pris individuellement ou collectivement qui l'exercent. Nous sommes dans le cadre de la détermination légale des pouvoirs des différents organes. Ces pouvoirs peuvent être généraux ou spéciaux ou encore résulter d'une délégation de pouvoirs. Ces pouvoirs ne peuvent être remis en cause. C'est dans ce cadre que la Cour de Cassation a considéré, dans un arrêt du 11 juin 1965[551], qu'une : « telle stipulation n'instituait pas un simple contrôle à titre de garantie par la société à son créancier… Mais conférait à celui-ci un véritable pouvoir de direction neutralisant celui du président-directeur général et vainement le créancier invoquait une prétendue approbation du conseil d'administration lequel ne pouvaient restreindre les droits de son président au point de lui retirer en fait, son rôle de direction », et les juges ajoutent « qu'il n'est pas allégué que le président-directeur général a été empêché, ni ait

550 V. sur ce point Y. GUYON qui explique que « la SAS permet d'officialiser les divers comités qui jouent souvent un rôle important dans les coulisses du pouvoir des sociétés anonymes », Présentation générale de la société par actions simplifiée, Revu. Sociétés 1994, p. 207, spé. n° 10

551 Cass.Com.11 juin 1965, Bull.civ.III, n°361, P.329. D.1965.7.82. En l'espèce, pour faire face aux difficultés de trésorerie d'une société anonyme, une convention avait été conclue entre d'une part, le Président directeur général et sa femme, et d'autre part, l'actionnaire prépondérant de la société. Ce dernier prêtait deux millions à la société, et les deux époux s'engageaient à les rembourser en cas de défaillance de la société. La convention précisait qu'en raison de ce concours financier, le contreseing de l'actionnaire prêteur serait désormais requis pour tout embauchage et débauchage de personnel, pour toutes commandes de matériel, de marchandises ou de matières premières ainsi que pour toute mise en route de fabrications nouvelles. Elle considère que la stipulation concernant le contreseing était nulle et rendait nulle la convention toute entière.

demandé et obtenu du conseil d'administration la nomination du créancier comme directeur général adjoint ». Partant de ce fait, la direction générale requiert sa propre organisation et elle est confrontée à des défis qui lui sont propres dans les domaines de la structure, de la stratégie, de la dimension de l'entreprise, de la complexité, du changement dans l'entreprise, de la diversification, de l'innovation[552].

135. Toutefois, il faut aussi envisager les conséquences de l'acte de désignation ou de nomination par rapport aux tiers qui doivent avoir été informés de son existence.

2. La nécessaire information des tiers parties prenantes

136. Il s'agit d'un principe selon lequel la nomination du dirigeant lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale crée une situation juridique que les tiers doivent connaître, ne peuvent ignorer et qu'ils doivent même respecter en tant que fait juridique. Leur information est organisée par le biais de la publication. Elle est organisée par l'AUSCGIE pour avertir les tiers de la nomination ou de la cessation des fonctions des dirigeants. Le régime des formalités de publicité est quasiment identique suivant que les dirigeants sont désignés, soit par les statuts ou l'assemblée constitutive au moment de la création de la société commerciale, soit au cours de la vie de celle-ci par les organes compétents (assemblée des associés, assemblée générale, conseil d'administration, conseil de surveillance, etc.). Elle est soumise au même régime que le pacte social, ou que les actes de modification des statuts. La publicité est réalisée soit par la publication des statuts ou l'inscription de la décision au RCCM[553]. Cette question de la publicité, se rattache à celui de l'accès aux documents. Il est important dans la mesure où le tiers doit s'assurer que le dirigeant peut agir en toutes circonstances au nom de la société. Il doit notamment, en raison des possibles limitations, vérifier que le contrat entre dans la liste des opérations que le dirigeant peut accomplir : il doit demander une copie des statuts au RCCM[554], puis l'interpréter. Toutefois, l'absence de publicité des changements de dirigeant n'écarte pas la responsabilité personnelle des dirigeants[555]. Aussi, la qualité de dirigeant de fait ne se présume pas. Il appartient à celui qui en soutient l'existence d'en apporter la preuve. De ce

552 C'est un organe qui dirige, planifie l'avenir et qui formule les critères d'appréciation du fonctionnement de l'entreprise. Il exerce ainsi une mission, en dehors de tout lien de subordination, pour le compte de la société, au nom de laquelle il est habilité à agir par les associés qui les nomment.

553 Aux termes de l'Art.124 AUSCGIE « La désignation, la révocation ou la démission des dirigeants sociaux doit être publiée au RCCM ».

554 L'utilité principale du RCCM découle de sa publicité. Celle-ci vise à informer les tiers de tous faits susceptibles d'affecter la situation juridique du commerçant.

555 Cass. com. 8-7- 2003 n° 1286 : RJDA 1/ 4 n° 76 ; en matière pénale Cass. crim. 9-3- 1966 : Bull. crim. n° 91

point de vue, on peut s'interroger sur les incidences du défaut de publicité de la nomination, à l'égard des tierces parties prenantes. On a toujours analysé le défaut de publicité sous le prisme de la responsabilité du dirigeant[556]. Aujourd'hui, il serait intéressant de noter que les inscriptions produisent des effets juridiques en raison du fait que les actes relatifs sont de ce fait rendus opposables aux tiers. Toutefois, leur défaut d'inscription n'a pas d'effet à l'égard des tiers[557]. Ils ne peuvent soulever l'inopposabilité[558]des titres comme une conséquence du défaut de réalisation des formalités. On est tenté de se demander à quoi sert la condition tendant à exiger que le dirigeant soit régulièrement désigné. Pourtant, cette régularité est nécessaire pour entraîner la création de droits à l'égard du dirigeant et non du tiers qui est en tout état de cause protégé. La création de ces droits sera alors fonction de l'attribution de la qualité de dirigeant. Cette fonction de direction, au sens strict, comporte un double pouvoir : celui de prendre la décision et celui de l'exécuter ou de la faire exécuter. C'est, d'ailleurs, cette définition qui retient notre attention et permet de distinguer les dirigeants dits de droit, de ceux qui sont de fait. La direction de fait engendre des responsabilités et jamais des droits. Il s'agit suivant la jurisprudence française de « personnes tant physiques que morales qui, dépourvues de mandat social, qui se sont immiscées dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société, celles qui en toute souveraineté et indépendance, ont exercé une activité positive de gestion et de direction engageant la société sous couvert ou au lieu et place de ses représentants légaux »[559]. Elle est appliquée lorsque notamment le gérant empiète sur les pouvoirs réservés à un organe social[560].

556Jugé que le défaut de publicité de la désignation d'un dirigeant ne peut pas avoir pour effet de soustraire celui-ci aux responsabilités attachées aux fonctions qu'il a acceptées et exercées.

557 De ce point de vue, même régulièrement publiée, la société ne peut se prévaloir à l'égard des tiers, des nominations et cessations de fonction des personnes dirigeantes.

558 Par l'inopposabilité, il faut entendre l'acte ou le droit dont une personne est fondée à ignorer ou à en faire écarter les effets.

559 Il s'agit d'une définition circonstanciée donnée par la Cour de cassation Française. Voir Cass. com. 25 janvier 1994 n° 91-20.007.

560 La loi prévoit que les dirigeants ne peuvent pas prendre seuls l'initiative d'opérations présentant des risques graves, mais cette règle est souvent méconnue, et les tiers invoquent l'apparence de pouvoir. Pour la jurisprudence, la société n'est pas engagée par la garantie non expressément autorisée. Dans les sociétés de personnes, les limites opposables aux tiers sont celles de l'objet statutaire. Les SNC et sociétés en commandites ne sont pas liées par des actes de leur gérant excédant l'objet social.

CONCLUSION DU CHAPITRE-II-TITRE I.

Cet aspect du statut du dirigeant a été saisi à la lumière du cadre institutionnel de la société commerciale dans lequel tout titulaire d'un mandat social évolue. Les conditions d'exercice du mandat permettent de relayer plusieurs principes de répartition des pouvoirs : hiérarchie, séparation des pouvoirs, spécialité. Plus largement, ce statut assure l'indépendance du dirigeant vis à vis des associés qui découle des exigences du régime représentatif. Pour ces différentes raisons, il présente un caractère ambivalent, constitué ainsi d'obligations et de droits. Le dirigeant exerce ainsi une fonction, mais dans un cadre juridique strictement prévu par la loi, et ses contours s'exercent dans la limite du contrôle des associés, leur concédant certain de ses attributs de pouvoir.

Le trait concerne la neutralité affective joint aux traits considérés comme essentiels exposés dans le chapitre précèdent et aussi l'orientation vers la collectivité ou les catégories des parties prenantes. Il caractérise ce qui fait la relation contractuelle de type professionnel : elle n'est pas orientée vers le profit pour soi-même (…), mais vers la satisfaction de l'intérêt social à géométrie variable. Le dirigeant est alors soumis à des contraintes ou à des restrictions qui encadrent ses activités extérieures et l'exercice de son mandat. Il bénéficie également d'avantages et de garanties. Les pouvoirs du dirigeant social sont en ce sens gouvernés par le principe de compétence aussi bien dans l'ordre interne que dans l'ordre externe, dans les rapports avec les associés et avec les tiers. Ils sont chargés d'exécuter les décisions des assemblées et, plus généralement, d'assurer la gestion courante des affaires de la société. En l'occurrence, les dirigeants sociaux disposent d'une marge d'action relativement grande. Investis d'un pouvoir légal, les dirigeants sociaux doivent rester sensible aux exigences de la personnalité morale, distincte des associés.

CONCLUSION DU TITRE I. PREMIÈRE PARTIE

137. Le statut juridique du dirigeant, tel qu'il nous apparaît ainsi avec les caractères essentiels que nous venons de passer en revue — avec l'intérêt social et l'intérêt commun des associés comme moteurs et le profit comme but, ne semble guère un cadre favorable à la réalisation de la justice sociale, et de la paix sociale. Nous avons donc analysé le phénomène d'intégration des préoccupations sociétales en interrogeant les formes de socialisation que prennent les échanges car le contenu des relations sociales, aussi diversifiées soit elles, exprime toujours des modes concrets d'interaction. Le concept de RSE occupe une place aujourd'hui incontournable dans les débats sur les conséquences sociales des activités sociales des sociétés commerciales. Dès lors qu'elle entraîne l'intégration quoique volontaire, par les sociétés commerciales des préoccupations sociales et écologiques à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes, de véritables changements, même dans la perception des fonctions du dirigeant se dessinent. Le terme changement convoque l'idée de quelque chose en mouvement et qui donc, d'une certaine manière, implique un investissement et un processus interactif, donc régulièrement conflictuel. Il y a donc matière à tension dans cette option que nous estimons comme préalable d'une perception plurielle des fondements normatifs de la responsabilité des dirigeants. Cela pose par ailleurs l'opportunité d'une nouvelle approche des écarts à la norme juridique dans l'optique d'un meilleur contrôle des actes des dirigeants. Il en est ainsi parce que le dirigeant apparaît comme le représentant organique de la société. À ce titre, les actes qu'il passe ès qualité ne sont pas les siens, mais directement ceux de la personne morale qu'il engage. Il en va de même pour toutes les fautes qu'il est susceptible de commettre dans l'exercice de ses fonctions : ce ne sont pas les siennes, mais celles de la personne morale.

TITRE-II. LA DEFINITION DU DIRIGEANT SOCIAL COMME UN AGENT RESPONSABLE SOCIALEMENT

138. Le principe de l'irresponsabilité du dirigeant des préjudices causés par la société est aujourd'hui souligné en des termes très expressifs[561]. « *La responsabilité sociale est la règle, tandis que la responsabilité personnelle des gérants est l'exception* »[562] C'est au niveau de la société commerciale servant de support juridique à l'activité de l'entreprise que seront imputées les responsabilités en cas de dommages engendrés par cette activité. Comme le précise Madame Rochfeld, « *le terme responsabilité signifie que chacun doit répondre. Mais encore faut-il déterminer de quoi : de ses propres fautes (…) des dangers que l'on fait courir aux autres (dans ce cas, faut-il ou non que ce danger se concrétise par un dommage)* ? »[563]. Il ne s'agira pas d'étudier en détail tous les fondements possibles à la responsabilité : le contrat ou le délit, les quasi-délits. Une telle question ne semble pas d'emblée pertinente. Comme le relevaient les professeurs Mazeaud et Tunc, « *il n'y a pas de différence fondamentale entre les deux ordres de responsabilité. Il existe des différences accessoires* »[564] qui peuvent avoir des conséquences importantes en pratique. Il sera juste question de rechercher les principes généraux et les règles d'ensemble, et, nous limitant à l'objet de cette thèse, nous écarterons tous les cas où l'action est exercée principalement contre une personne autre que l'auteur même de l'acte dommageable, à savoir le dirigeant de société commerciale. C'est en réaction à ces dommages que prolifèrent des discours sur les exigences sociétales à respecter[565]. Pendant que l'entreprise semble être gérée dans le seul intérêt des actionnaires (grâce à un droit de propriété imaginaire qu'ils auraient sur la société commerciale) on constate que – ces derniers n'ont aucune responsabilité découlant de l'activité l'entreprise. Ces associés sont protégés par une barrière juridique étanche avec

---

561 *« Cette situation s'explique par le principe de l'autonomie de la personnalité morale de la société dont ils ne sont que le représentant. La société est seule tenue vis-à-vis des tiers qui peuvent l'assigner en cas de mauvaise exécution du contrat. Pas plus qu'ils ne garantissent la bonne exécution du contrat par la société, les dirigeants ne répondent pas envers celle-ci du défaut d'exécution de la convention par les tiers », voir* Deen Gibirila, La faute détachable et la responsabilité à l'égard des tiers du gérant d'une SEP et d'un associé de SAS, in Revue Lamy, RLDA, n°93, mai 2014.

562 *Cass. soc., 10 mai 1973, n° 71-12.690, Bull. civ. V, n° 299 ; Cass. soc., 31 janv. 1980, n° 78-40.327, Bull. civ. V, n° 102.*

563 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*. Ed.Themis.2013.p.482

564 H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité historique et pratique de la responsabilité civile,* T. premier, Montchrestien 6e éd.1965, spéc. n° 97 p. 103.

565 Mais tant de questions touchant à la responsabilité juridique sont tenues à l'écart. Tiraillées entre une surabondance inflationniste des discours et parfois l'excès, voire l'abus des mots, d'un côté, d'étonnants silences, des oublis et tant d'exclusions par le jeu des omissions, de l'autre, les exigences d'actions sociétales qui sont promues se révèlent, à l'examen, bien timides, souvent étriquées.

la conséquence que la poursuite du dirigeant auteur de faits dommageables et sa sanction n'interrompent point, comme on peut le craindre, la marche de la société commerciale. Or, cette perspective place le dirigeant dans une position contraignante et inconfortable qui n'est pas pour rien dans la méfiance ou l'incrédulité que suscite encore le concept de RSE. En l'occurrence, ce Titre a l'avantage de mettre en exergue les difficultés de mise en œuvre de la règle de droit. Elle pose des problèmes aux éventuels destinataires, des justiciables qui soulèvent des faits, c'est-à-dire un ensemble des réalités, physiques, économiques ou encore sociales, qui peuvent concourir à donner lieu à l'application d'une règle de droit en sanction aux manquements du dirigeant. Dans ce sens général, les faits qui portent sur des éléments sociétaux posent deux difficultés : la première est de savoir si les faits dommageables (préjudiciables) existent et si un manquement particulier du dirigeant a été à son origine. La seconde pose le problème de qualification des faits (contrôle la qualification de faute, du risque) se rapportant à la responsabilité sociétale[566]. L'avènement de la RSE en ce sens qu'il pallie le divorce du droit des faits, aggrave de manière subséquente et bigarrée la responsabilité des dirigeants, étant donné qu'il entraîne d'une part la plasticité inédite des fondements de la responsabilité du dirigeant social **(chapitre I),** la mise en œuvre bigarrée[567] de la responsabilité juridique du dirigeant en cas de violation de la RSE **(chapitre II).**

566 Cette opération intellectuelle –la qualification - par laquelle est déterminée la catégorie juridique dans laquelle un fait doit être rangé et ce, afin de déterminer le régime juridique applicable à ce fait, sont déterminants pour la sanction du dirigeant.

567 Se dit d'un ensemble d'éléments disparates et tranchants qui manque d'harmonie.

CHAPITRE-I. LA PLASTICITÉ INÉDITE DES SOURCES DE LA RESPONSABILITÉ DU DIRIGEANT SOCIAL

139. La RSE va au-delà des aspects purement juridiques. La réponse sociétale, l'une des expressions les plus significatives de la responsabilité sociétale demeure le « soft Law » ou droit souple dont la caractéristique principale serait d'être souvent le fruit d'une négociation, qui lui appose un sceau de non-droit qu'il est difficile de dépasser[568]. Rassemblant des démarches fondées sur le principe du volontariat, guidées par une volonté d'éthique, la responsabilité dont il est question semble contourner toute implication juridique[569], ce qui de notre point de vue relève de l'illusion. L'identification de la responsabilité du dirigeant ne manque pas d'interroger lorsqu'une abstention à appliquer la RSE est susceptible d'être considérée comme une faute, voire une infraction pénale. Cela signifiera que le dirigeant doit agir. Loin d'être hypothétique, cette perspective rencontre de moins en moins d'obstacles avec l'élaboration de normes soft law. D'ailleurs, M. TREBULLE, notamment, insiste sur le fait que : « dès que la RSE se traduit en actes, qu'elle est mise en œuvre et donne lieu à une communication, dès qu'elle suscite une attente légitime, elle devient *de facto* source de responsabilité au sens juridique du terme. Il n'existe aucun cas où la RSE ne puisse être rattachée à la théorie générale des obligations ou au droit commercial ».[570] L'enjeu se pose alors en termes de plasticité inédite de la responsabilité du dirigeant qui peut être retenue pour violation de la RSE. Il s'agit alors d'en préciser les conditions, pour la sécurité du statut du dirigeant (section I), cela d'autant plus que les fondements de la responsabilité juridique des dirigeants de société commerciale sont insuffisants, voire inadaptés (section II) pour délimiter les contours des obligations sociétales. C'est la raison pour laquelle le recours à la source des obligations permettra de mieux délimiter la responsabilité du dirigeant.

---

568 Le principe volontariste y est affirmé avec force, sans qu'il ne justifie l'exclusion de la reconnaissance d'engagements contraignants qui auraient pour conséquence de permettre la délégation de l'autorité des organes de direction à d'autres centres de pouvoir inclusif.

569 Cela à fait dire à un auteur que, « *l'intégration volontaire de préoccupations sociales » évoque les promesses d'ivrognes jurant à la cantonade qu'ils vont cesser de boire demain, plutôt que la responsabilité au vrai sens du mot »* Voir A. SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in Etude offertes à Jean PELLISSIER, Analyse juridique et valeurs en droit social, Ed. DALLOZ, 2004, p.541 et suiv.: p.548.

570 F.G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale) », Répertoire sociétés Dalloz, mars 2003 ; p.4. / Responsabilité sociale des entreprises, quelle réalité derrière les mots ? op. cit, p.565

SECTION-I. La responsabilité du dirigeant pour violation de la RSE aux conditions floues…

140. Sans attendre un encadrement normatif qui tarde à se mettre en place, le développement du risque juridique rend indispensable pour le dirigeant de prendre la mesure de l'extension de sa responsabilité. A priori, les actes se rattachant à la RSE ne peuvent en principe pas faire l'objet d'aucun contentieux, que ce soit sur le plan de la légalité ou de la responsabilité juridique. En dépit des tentatives de remise en cause du principe d'irresponsabilité du dirigeant pour les actes de violation de la RSE, le doute sur la pertinence et l'efficacité de l'engagement unilatéral en faveur de la RSE formulé sous forme de « droit invitatif », est permis. Ces objections et réserves émises sur la nature créatrice d'obligations de l'engagement unilatéral du dirigeant en faveur de la RSE, et donc de la société, circonscrivent sa responsabilité dans un cadre exclusivement juridique. À cet effet, malgré les tentatives d'affirmation de la responsabilité juridique de nature conventionnelle du dirigeant (§2), il demeure difficile de fonder cette dernière sur une violation de règles formulée en droit invitatif[571], (§1), du moins dans l'espace OHADA.

§1. L'admission de fait de la responsabilité pour violation des engagements sociétaux formulée sous forme de droit *invitatif*

141. Répondant à des situations d'espèce, toute tentative de mise en cause de la responsabilité du dirigeant de société a tendance à se heurter au caractère déclaratoire des engagements de type environnemental[572] contenus dans les normes « soft law », (A) mais également au caractère indéterminé et imprécis des différents énoncés des obligations du dirigeant y afférents. (B)

571 Le peu d'accord que présentent les solutions données par la doctrine, sur les nombreuses questions que soulève la RSE fait que cette section entend saisir cette double tendance qui consiste d'abord à traiter toutes lesdites violations des engagements en faveur de la responsabilité sociétale des entreprises formulée en « droit invitatif » par le dirigeant, ensuite à prendre la mesure la place de la notion d'engagement qui a vocation à aller au-delà des obligations et des attentes légales.

572 L'environnement appartient encore aux domaines pour lesquels le non-droit est quantitativement plus important que le droit, même si le droit positif s'y intéresse particulièrement. Voir la définition de la notion de non-droit, J. Carbonnier, *L'hypothèse de non-droit.* Archives de philosophie du droit, 1963, p. 553.

A. Le caractère déclaratoire des engagements RSE contenus dans les normes soft law

142. L'attention à la RSE semble être avant tout une question « instrumentale »[573]. Elle relèverait avant tout d'une bonne gestion dans la mesure où l'investissement spécifique des parties et la cohésion entre les parties seraient déterminants pour l'efficacité économique, la compétitivité de l'entreprise et sa profitabilité à terme. Il demeure que les déclarations d'engagements[574] volontaires unilatéraux (1) du dirigeant en faveur du respect de la RSE, s'inscrivent dans des rapports de forces ou de collaboration nécessitée par la pérennisation de la société commerciale. Elles ont vocation à être déterminantes (2).

1. Le caractère unilatéral des engagements inféodés dans des relations de pouvoirs

143. Le principe demeure que la société commerciale s'engage seule et sans contrepartie envers certaines de ses autres parties prenantes mais ne se contraint pas, du moins pas du point de vue du droit. En l'occurrence, l'on ne répond pas parce qu'on est contraint, mais parce qu'on décide de le faire. Le terme de responsabilité devra alors être appréhendé dans le sens de responsabilité subjective qui est plus un jugement moral plutôt qu'une obligation. On tient compte ici de l'intentionnalité exprimée par le dirigeant d'avoir un comportement social, d'être responsable, c'est-à-dire aussi assumer les conséquences de ses actes et accepter d'en rendre compte. Cette perspective est telle qu'en principe l'acceptation des parties prenantes n'est pas nécessaire pour son efficacité. Toutefois, il faut bien comprendre la portée de l'utilisation de cet adjectif « unilatéral »[575]. Il ne signifie pas forcément ce qui est l'œuvre d'une seule personne, pas plus que bilatéral ne signifie pas toujours ce qui est l'œuvre de deux personnes. En réalité, unilatéral renvoie à ce qui émane d'une volonté unique. Il s'identifie également à ce qui n'est pas réciproque. Autrement dit,

573 SEGRESTIN B., LEVILLAIN K. ET HATCHUEL A. ET STÉPHANE VERNAC S., « « L'objet social étendu » : une voie pour réaligner le droit et la théorie des parties prenantes », Finance Contrôle Stratégie [En ligne], 17-3 | 2014, mis en ligne le 27 octobre 2014, consulté le 02 novembre 2016. URL : http://fcs.revues.org/1528 ; DOI : 10.4000/fcs.1528

574 Même s'il s'agit d'aller au-delà des mots pour déboucher sur des gestes et des impacts sociétaux efficaces et observables, les engagements auxquels la poursuite de responsabilité sociétale donne lieu restent La notion de responsabilité recouvre une acception particulière renvoyant en réalité à la définition de la notion de responsabilité, c'est-à-dire du latin *spontio*, lui-même décalqué du grec *spondé*, signifiant promesse solennelle génératrice d'engagement. Voir, J.-P.,Tchaman, et Ch. Estay « La pratique de la responsabilité sociale et ses implications dans l'entreprise », Gestion 2000, juillet-août 2004, p. 31-47.

575 Du préfixe d'origine latine *uni* et de *latéral,* du latin *lateralis, de latus (lateris)* : côté

est unilatéral ce qui ne réalise jamais « une conciliation des intérêts contradictoires »[576], soit au niveau de sa formation, soit à l'ordre de ses effets, soit des deux à la fois. L'unilatéralité n'est donc pas exclusive de la pluralité des personnes car un acte peut fort bien être unilatéral, alors que cependant il a deux ou plusieurs auteurs. Sans doute, un acte qui a un seul auteur ne peut être qu'un acte unilatéral. Il apparaît, comme les employés de la société commerciale, que le dirigeant se trouve asservi à la réalisation d'objectifs auxquels il est censé avoir adhéré. Il est en réalité dépendant[577]**.** De ce point de vue, une nouvelle lecture des rapports de force dans la gestion de la société semble s'imposer. Elle permet de mieux découvrir les contradictions dissimulées derrière les slogans les plus généreux en faveur de la responsabilité sociétale. Il se pose ainsi la question de savoir si des procédés informels de négociation vont pouvoir se greffer sur les procédures formelles de décision ou de sanction, en les vidant d'une part de leur substance : « *dépouillant le langage unilatéral de la réglementation, évitant le commandement, le régulateur s'emploie à la concertation, à la persuasion, à la pédagogie, à l'exemplarité, parfois à l'avertissement ou aux préconisations* »[578]; la contractualisation devient ainsi le prolongement logique de la régulation. La fonction du dirigeant est certes, en raison des compétences requises[579], de tracer les contours d'une politique de gestion, voire de prescrire "légiférer ou de réglementer", mais il exerce également une fonction technique, économique voire sociale d'adaptation permanente des processus de gestion des affaires sociales. Il peut être confronté à la difficulté à qualifier juridiquement des actes non obligatoires adoptés d'un commun accord, ou par adhésion volontaire des parties prenantes concernées[580]. Le consensus suppose ici une stricte convergence de vues entre les parties prenantes, tandis que l'autorité, parce qu'elle est investie par les participants d'une mission de gestion de la contingence, prend seule les décisions, et n'a pas à les motiver. Par conséquent, à la question de savoir dans quels cas le consensus peut-il être un substitut

576 J. MARTIN DE LA MOUTTE, l'acte juridique unilatéral, Thèse, Toulouse 1951, n° 39

577 Dans un arrêt du 17 mai 2011, la chambre criminelle a considéré comme coupable de pratiques commerciales trompeuses, une société qui n'a pas été en mesure de justifier l'origine

578 C. TEITGEN-COLLY, « La contractualisation de la répression », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), Contrat ou institution : un enjeu de société, LGDJ, coll. " Systèmes ", 2004, p.15

579 Situé au sommet d'une pyramide hiérarchique, le dirigeant de société commerciale est en principe seul juge de ses choix de gestion, et seul responsable des fautes commises dans le cadre de l'entreprise qu'il dirige.

580 Cela a vocation à empêcher ainsi une unité du statut des dirigeants. Nous avons une diversité de règles édictées à différentes échelles, qui peuvent favoriser, certains d'avantage que d'autres, l'établissement de processus d'appropriation de la RSE. Leur applicabilité à tous les dirigeants peut être discutée. L'une des raisons est liée au caractère individuel (localisé dans la société) et unilatéral (en dehors de toute incitation) de leur adoption et application. Elle touche au consensus et à l'autorité. Cela est incompatible avec la conduite d'une entreprise d'uniformisation ou d'harmonisation du statut des dirigeants.

adéquat à l'autorité, on peut reprendre la réponse de certains auteurs comme M. Arrow qui pensent qu'« une organisation dont les membres ont des intérêts identiques et la même information sont une organisation dans laquelle le consensus serait efficace »[581]. Or, ces conditions sont rarement réunies, d'autant plus qu'il faut écarter « l'idée qu'une unité absolue, une identité complète de sentiment entre les contextes collectifs et individuels soit possible »[582]. Il y a, à un certain moment, une relation de pur pouvoir. Il aurait été intéressant, nous y reviendrons, qu'au-delà de la diversité de leur formulation, qu'il ait un consensus sur les normes d'interprétation. La convention ne tient pas « tout seul ». Il ne peut se déployer que sur la base d'un accord commun qui le transcende et qui est d'une généralité dépassant l'interaction simple entre acteurs[583]. Cela peut partir d'une approche *contractualiste* de la théorie des parties prenantes. Toutefois, force est de reconnaître que le contexte d'application de la RSE est aujourd'hui peu propice à l'engagement de la responsabilité du dirigeant. Il suffit de réinterroger le contenu de ces différentes démarches et référentiels ayant vocation à circonscrire la responsabilité du dirigeant, du moins sa responsabilisation. Ils sont quasiment indéterminés.

2. Le caractère influent des déclarations d'engagements volontaires du dirigeant.

144. Il faut remarquer que le terme de responsabilité sociétale a pris un sens plus philosophique et est devenu synonyme d'engagement en faveur de l'intégration volontaire par les entreprises de leur rôle social, environnemental, et économique. Agir de manière responsable signifie alors réfléchir aux conséquences des actions sur soi-même et autrui[584]. En ce sens, c'est naturellement que la RSE concerne par exemple, la qualité globale des filières d'approvisionnement, de la sous-traitance, le bien-être des salariés, leur santé, l'empreinte écologique de l'entreprise, etc. Dès lors, il importe de s'interroger plus avant sur les aspects négatifs que ce phénomène peut comporter pour le statut du dirigeant. En ce sens, il y a un réel intérêt à ce que les dirigeants de société ne soient pas entravés dans leur

581K.J. ARROW, The Limits of Organization. Norton, New York, 1974. p.87

582 K.J. ARROW, op.cit.26, 28

583 POSTEL Nicolas, 2007, « Contrat, Coercition et Institution : un regard d'économiste », in Hiez David (dir.) Approches critiques de la contractualisation, Librairie générale de droit et de jurisprudence, collection Droit et société, Recherches et travaux, n° 16, Juillet.

584 G.-A., DELPHINE, « La perception du dirigeant de PME de sa responsabilité sociale : une approche par la cartographie cognitive », Thèse. (2008) Faculté des sciences économiques et sociales, université de fribourg, Suisse.

tâche difficile de gestion des affaires sociales, ni par les prescriptions tatillonnes de la loi, encore moins des normes « soft law », ni également par la défiance des parties prenantes de l'entreprise, notamment leurs commettants. Cette norme soft law a été formulée par le juriste de la *Common law,* Lord McNair[585] pour désigner *le droit en forme de propositions ou principes abstraits par opposition à la hard law qui est un droit concret, opératoire, venant de la jurisprudence, du juge*. Ce n'est que depuis le début des années soixante-dix que soft law a acquis son sens actuel d'un droit dont la juridicité (et la force contraignante) est ambiguë, mise en cause ou incertaine[586].

145. Selon le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant[587], l'engagement est une manifestation de volonté par laquelle une personne s'oblige, l'obligation qui résulte d'une source quelconque. L'engagement est donc assimilé soit à l'acte qui crée l'obligation, soit à l'obligation elle-même. Là, se situe précisément, le premier pari sur lequel reposent les mouvements de RSE. Étant donné son caractère très net de processus volontaire[588] pour une large part déclaratoire. Il est probable que le dirigeant ne se fasse pas grande illusion sur les chances de voir sa responsabilité invoquée ou retenue. L'engagement des entreprises dans des processus de RSE peut recevoir à cet effet une explication purement stratégique. Cet engagement s'explique en effet par la nécessité dans laquelle elles sont de retrouver de la stabilité au sein des relations que noue l'entreprise avec le marché des capitaux, du travail, des ressources naturelles et des biens. C'est ainsi que le pouvoir de direction est souvent réduit à des enjeux strictement fonctionnels. Toujours est-il que les sociétés commerciales ont la possibilité, si elles le souhaitent, de s'engager à respecter des droits sociaux et environnementaux. Le caractère volontaire de cet engagement rend l'idée d'une contrainte impossible, du moins très difficile, du moins en apparence[589]. En effet, dans son arrêt du 24 octobre 2013, la cour d'appel de Paris a pris le soin de rappeler que le

585 L.A. MCNAIR, « The Functions and Differing Legal Character of Treaties » (1930) 11 Brit. Y.B. Int'l L. 100, cite par Isabelle Duplessis, Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international, rencontre du janvier 2006, Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT)., Revue québécoise de droit international (Hors-série) (2007)

586 I. DUPLESSIS, Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international, rencontre du janvier 2006, Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT)., Revue québécoise de droit international, Hors-série, 2007.

587 G. CORNU (dir.), VOCABULAIRE JURIDIQUE, Association Henri CAPITANT, PUF, 8e éd., 2009, v° ENGAGEMENT.

588 Commission européenne, Livre vert, juillet 2001. (Http://europa.eu.int/comm/dg15/fr/index.htm).

589 Dans un arrêt du 17 mai 2011, la chambre criminelle a considéré comme coupable de pratique commerciale trompeuses, une société (Auchan) qui n'a pas été en mesure de justifier l'origine de la viande se trouvant dans les barquettes étiquetées « agneau de terroir » alors qu'elle s'était engagée auprès d'une association interprofesionnelle à mettre en place un système de traçabilité de nature à garantir au consommateur final la certitude de la provenance de la viande. Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 17 mai 2011, 10-87.646, Inédit.

protocole signé en 2009 entre Areva et les ONG constitue bien un engagement unilatéral[590]. Suivant un auteur « *un engagement unilatéral ou un gentleman agreement peut créer des obligations justiciables. Dans ce cas, une entreprise serait sanctionnée si elle s'engage à respecter certains standards de l'accord pour ensuite ne pas s'y tenir* ». Pour elle, cette hypothèse a trouvé à s'appliquer dans l'affaire KASKY contre Nike[591]. D'ailleurs, même si les organes de gestions s'efforcent de définir de solutions spécifiques respectueuses des intérêts des parties prenantes et qui ont donc cette vertu de s'appliquer au système de gouvernance de la société commerciale et au management de l'entreprise, il n'est pas rare que la norme ainsi adoptée elle-même déroge aux solutions générales posées par l'OHADA pour imposer des solutions particulières, adaptées aux besoins de gestion. Ces processus volontaires se développent avec comme spécificités d'une part, « *l'intention d'échapper à la contrainte formelle sans pour autant en atténuer la portée juridique ou la juridicisation de la décision, révélant l'intention de substituer un acte à faible portée juridique au droit dur* »[592] et d'autre part permettre l'effectivité de dispositions *soft law* en ce sens qu'elles se seront révélées capables de déterminer chez les intéressés les comportements recherchés[593]. En conséquence, face à ces présupposés volontaristes qui font obstacles au développement d'un régime commun, la liberté d'initiative et l'autonomie sont toutefois recherchées.

B. L'indétermination dans l'énoncé des obligations du dirigeant sous forme de soft law

146. L'engagement unilatéral en dehors de tout cadre formel peut être une technique malcommode pour les parties prenantes parce que sa mise en œuvre laisse planer des doutes quant à son existence, quant à la réalité de l'intention de s'engager du dirigeant ou

590 CA Paris, pôle 06, ch. 12, 24 oct. 2013 n°12/05650 et 12/05651

591 Arrêt Marc Kasky v. Nike dans lequel les juges ont estimé qu'il était possible pour des consommateurs d'avoir été trompés par une société qui avait pris des engagements éthiques de manière volontaire sans les respecter par la suite. Voir en ce sens les analyses de C. MARZO, « La responsabilité sociale des entreprises. A mi-chemin entre la *soft law* et le *jus cogens* : la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales », in La Revue des Droits de l'Homme, juin 2012 http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/la-responsabilitc3a9-sociale-des-entreprises5.pdf (consulté le 7 septembre 2013).

592 F. CHATZISTAVROU, « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », Le Portique [En ligne], 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007, Consulté le 12 septembre 2013. URL : http://leportique.revues.org/index591.html

593 C. DE VISSCHER, Les effectivités du droit international public. Pedone, Paris, 1967 p. 18.

même quant à la portée de l'engagement souscrit[594]. La RSE soulève des objections beaucoup plus concrètes liées à l'impossibilité d'en identifier le contenu avec précision. C'est le défaut de consistance de la notion (1), et la difficulté d'en fixer avec exactitude les contours du reste, très variables (2), qui entravent *a priori* sa réception et appropriation par les dirigeants.

1. L'imprécision découlant du défaut de consistance de la notion de RSE

147. Au titre des contraintes de mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant en raison de la violation des normes soft law, existe l'imprécision de la notion de RSE. Malgré la multiplication des textes internationaux en la matière, il n'y a pas véritablement une harmonisation de la notion de RSE. À supposer que l'on admette la violation de l'engagement unilatéral en faveur de la RSE puisse permettre la mise en œuvre de la RSE, il sera difficile de préciser la nature des obligations mises à la charge du dirigeant. Elles n'auraient de consistance que grâce aux normes soft law formalisées dans laquelle elles s'insèrent[595]. Elles semblent être laissées à la discrétion du dirigeant pour inspirer son action, d'afficher d'une part de bonnes intentions dans les domaines liés à ses activités et d'autre part les « engagements éthiques qu'elle prend à l'égard de ses différentes parties prenantes. C'est pour cela que dans la prise en compte de la responsabilité environnementale, il est difficile de dire que c'est l'environnement, qui n'est pas sujet de droit interne a suscité les normes *soft law*. En l'occurrence, la norme soft law s'inscrit dans le cadre d'un engagement unilatéral de volonté. Déjà en France, le juge n'a pas hésité à assimiler la charte éthique à un engagement unilatéral qui oblige celui qui y a souscrit[596]. D'une manière générale les démarches RSE trouvent leur limite dans leur indétermination, dans l'absence d'information sur la nature les obligations de type sociétal, ou sur leur portée en termes de responsabilité juridique. Cela est notamment dû au fait qu'il n'existe aucune définition de la RSE satisfaisante qui emporte l'unanimité. Elle n'a aucun contenu précis[597], ce qui accentue de plus en plus le besoin d'instruments normatifs adaptés et

---

594 La responsabilité sociétale des organisations n'est pas une finalité pour le dirigeant mais tout simplement un instrument au service de la mission que le législateur OHADA lui a donné en sa qualité de mandataire.

595 Voir Bourgninaud, « Densification normative et éthique des affaires », in. C. Thibierge dir. La densification normative. Découverte d'un processus, Mare et Martin 2014 p.813

596 Cass. Soc., 25 novembre 2003, n° 01-17501, Bull., 2003, V, n° 294, p. 296 : la Cour de cassation a qualifié la déclaration d'intention d'un dirigeant de société d'engagement unilatéral qui l'oblige à respecter les mesures annoncées.

597 R. BARTH, F. WOLFF, Corporate social responsibility in Europe: rhetoric and realities, Cheltenham, Edward Elgar, 2009. Cite par Claire Marzo in « La responsabilité sociale des entreprises. A mi-chemin entre

différenciés, en fonction de la nature et des attentes des différentes parties prenantes de la société commerciale. La RSE semble souvent procéder par l'utilisation de concepts généraux concernant certaines questions[598] qui laissent au dirigeant la mission d'une application aux situations concrètes. L'application de ces principes généraux à des situations spécifiques relève en dernière analyse de la responsabilité du dirigeant. L'accord collectif qu'elle peut donner lieu, peut contenir des dispositions vagues en matière de procédure et de définition des différents rôles des parties prenantes.

148. Aussi, est-il possible de noter que les engagements de bonne volonté formulés souvent dans les instruments de soft law, sont essentiellement des engagements de nature politique, ayant vocation à influer sur les rapports.[599] Ils créent des liens. Les activités de la société commerciale étant menées dans des contextes de plus en plus complexes et diversifiés, il reste que lesdites exigences de la RSE sont énoncées dans le cadre de processus de régulation, en utilisant des concepts généraux et abstraits. Cette régulation débouche ainsi pour la plupart sur un « droit souple », formulé en termes d'objectifs, de directives, de recommandations et misant sur la dissuasion plus que sur la répression. En l'occurrence, cette abstraction n'est pas sans présenter des risques, notamment celui de voir traiter différemment par le dirigeant ou par le juge des situations semblables, ce qui serait contraire à un principe fondamental de nos systèmes démocratiques, à savoir le principe d'égalité. Les enjeux se posent également en termes de sécurisation de la fonction et surtout des interlocuteurs de la société commerciale. Il ne suffit pas, pour le dirigeant, que soit posée la base de l'obligation générale de respect des exigences de la responsabilité sociétale des organisations et de le ramener à la simple énonciation « *neminem laedere* », il faut encore essayer de déterminer, le plus exactement possible, ce qu'elle comporte, afin d'obtenir son étendue et de pouvoir reconnaître, quand on y aura manqué, qu'on est responsable d'une faute. Il reste qu'en l'état actuel de la doctrine qu'il ne semble pas encore évident de reconnaître *a priori* les termes exacts des engagements de bonne volonté de nature sociétale du dirigeant et des manquements qui pourraient en résulter ; le sens

---

la soft law et le jus cogens : la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales », La Revue des Droits de l'Homme, juin 2012 http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/la-responsabilitc3a9-sociale-des-entreprises5.pdf (consulté le 7 septembre 2013).

598 Ces questions peuvent faire par ailleurs l'objet de concertations avec le dirigeant qui est au service de l'objet et de l'intérêt social

599 TGI Nanterre, réf., 6 octobre 2004, RJS, 2004, n° 124 : « Les règles édictées dans un code de conduite peuvent, selon leur application, inférer sur la santé mentale du personnel » ; TGI Nanterre, réf., 27 décembre 2006, n° 2006/02550 : « l'application des mesures d'alerte professionnelle au sein du code éthique) est de nature à engendrer des phénomènes de stress et de harcèlement pour les salariés concernés par les dénonciations anonymes »

même du concept de soft law est vague et fluctuant, provoquant, ainsi, une ambiguïté conceptuelle et une incertitude terminologique.[600]

2. La variabilité des énoncés et de l'usage des instruments de soft law dans la gestion de la société.

Le droit invitatif « soft law » structuré sous forme de déclarations unilatérales qu'elles soient ou non formalisées dans des documents se caractérise par la variabilité des énoncées qui le structurent et de la difficulté de s'y fonder pour engager *a priori* et *de facto* la responsabilité du dirigeant de société. Sa mise en œuvre laisse planer des doutes quant à son existence, quant à la réalité de l'intention de s'engager de l'auteur ou même quant à la portée de l'engagement souscrit. Il est souvent caractérisé par des objectifs variés mais internes à l'entreprise[601]. Toutefois, sa force obligatoire est discutée, en ce sens qu'« un texte (…) qui a une force obligatoire, produit un effet de droit, une modification quelconque dans l'ordonnancement juridique existant, lorsqu'il crée, confirme ou consolide une situation juridique. Les instruments soft law semblent s'apparenter à des dispositifs, « *des instruments dynamiques, adaptables selon les circonstances plus ou moins incertaines* ».[602] En effet, selon le degré d'institutionnalisation, la norme est plus ou moins contraignante, élaborée plus ou moins de façon précise et accompagnée ou non d'une sanction. Cette optique de « légalisation » graduelle est éloignée de la vision classique du droit, laquelle exige son application par un pouvoir souverain, centralisé et coercitif[603]. Ainsi, pour cette variabilité[604], par le manque de repères qu'il implique engendre une incertitude à l'égard du droit. Quand on utilise la terminologie soft law, « on ne précise pas si on se réfère au contenu de la norme, à la proposition normative, à son contenu (ou *negotium*) ou bien s'il s'agit du support de la norme, du contenant, de l'*instrumentum* »[605], avec les déclarations conjointes, les résolutions, les codes et chartes de conduite, les accords, etc. Ces règles doivent sûrement être stabilisées. Cette stabilité est

600 F. CHATZISTAVROU, « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », Le Portique [En ligne], 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007, Consulté le 12 septembre 2013. URL : http://leportique.revues.org/index591.html

601Il s'agit d'une nécessité au regard de la pression sociale et de l'importance de l'image de l'entreprise pour atteindre son (ses) objectifs.

602 F. CHATZISTAVROU, op cit, page 2

603 *ibidem*

604 Ce concept sera emprunté de M. Filippa CHATZISTAVROU, à propos du droit international, Voir. F. CHATZISTAVROU, « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », Le Portique [En ligne], 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007, Consulté le 21 août 2013. URL : http://leportique.revues.org/index591.html

605 Sur la notion, voir « Soft law, Base de discussion », in http://rse.univ-lille1.fr/IMG/pdf/Soft_law.pdf

fonction également de la non contrariété entre la soft law et le droit positif. Ces référentiels peuvent venir compléter les actes uniformes, les suppléer lorsqu'ils sont lacunaires. Seulement, il est difficile de concevoir ces référentiels s'opposer à ces actes uniformes, qu'ils peuvent compléter. De sorte que l'absence de valeur normative doit être relativisée. En ce sens, selon la doctrine cette valeur normative peut varier en fonction de l'autorité[606] qui met en place le code, de son pouvoir de réglementation, du degré d'engagement qu'elle entend prendre en édictant ce code, mais, aussi et essentiellement, lorsqu'« *il produit un « effet de droit » c'est-à-dire qu'il procède à une modification quelconque dans l'ordonnancement juridique existant, à savoir quand il attribue un statut juridique, confirme ou consolide une situation juridique* ».[607] Ces actes établissent ainsi des règles de conduite qui indéniablement ne disposent pas d'un caractère contraignant au sens strict du terme du droit positif qui incorpore des droits et des obligations applicables. Mais, ils jouissent d'un statut infrajuridique, ce qui n'empêche pas que certaines conséquences juridiques puissent en être logiquement déduites. Il semble qu'une distinction, (certes subtile), entre le caractère contraignant et la portée ou l'effet juridique d'un acte, peut s'avérer très utile. En tout état de cause, l'engagement unilatéral du dirigeant qui poursuit la RSE peut prendre fin par contractualisation, le recours de conventions dite RSE.

§2. L'émergence d'une responsabilité dite conventionnelle du dirigeant pour violation de normes « soft law ».

149. Longtemps jugé lacunaire, inaccessible, inconsistant, la RSE gagne en certitude et en prévisibilité, en raison d'un certain processus de contractualisation des relations entre dirigeants, associés, et tiers au contrat de société. De plus en plus nous avons des documents[608] de nature conventionnelle qui viennent structurer le management des entreprises, avec comme toile de fond le leadership du dirigeant. Cette proposition mérite quelques nuances qui incitent à déterminer le sens que peut recouvrir le processus de

606 « L'autorité qui s'attache à la qualité de ceux qui les ont énoncés leur assure un impact au moins aussi réel que celui qui découlerait d'engagements juridiques », Filippa CHATZISTAVROU, op.cit. page.5

607 « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », Le Portique [En ligne], 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007, Consulté le 12 septembre 2013. URL : http://leportique.revues.org/index591.html.

608 Le soft law, en engageant les parties par convention implicite ou explicite régule leurs comportements juridiques ou oriente leur action future. Toutefois, il faut noter que le risque d'en abuser par rapport aux limites que fixent les instruments soft law, demeure pour des raisons plutôt politiques et peut de ce point de vue contrarier implicitement la procédure décisionnelle prescrite et « obligatoire ».

contractualisation[609] (A) et sa fonction (B) dans la détermination de la responsabilité du dirigeant.

A. La contractualisation des normes « soft law », source de responsabilité

150. Pour soulever la responsabilité du dirigeant pour violation de dispositions contractuelles, encore faut-il savoir si les engagements contenus dans les normes soft law sont de nature à créer des obligations juridiques (1). Cela suppose qu'elles aient une certaine juridicité (2).

1. La perception mitigée du contrat comme possible expression formalisée de soft law

151. L'engagement s'oppose au retrait, à l'indifférence, à la non- participation. Il consiste à assumer activement les situations. Cependant, si s'engager c'est s'obliger, les entreprises ne sont légalement obligées que par et à hauteur des contrats bilatéraux qu'elles ont passés avec leurs fournisseurs, prestataires de services, clients, etc. Ces obligations induisent une responsabilité juridique, parce que l'engagement est juridiquement avéré. Mais l'engagement des entreprises peut-il se limiter aux seuls engagements juridiquement reconnus ? Le débat intervient en matière contractuelle, c'est-à-dire dans un domaine où la prévisibilité des solutions est primordiale, où le juridique l'emporte sur le judiciaire, où les parties si elles souhaitent voir s'appliquer un droit approprié à leur différend entendent aussi que leurs attentes légitimes soient respectées. Les contrats sont ainsi saisis comme des opérations juridiques entre des personnes, et qui ont à leur base des conventions destinées à faire naître des obligations, lesquelles, en cas d'inexécution, peuvent être sanctionnées par une action en justice. L'idée de la « contractualisation » des relations entre parties prenantes suppose une certaine « consultation » qui s'effectue en vue d'aboutir à un *accord qui peut recouvrir plusieurs domaines*, en rapport notamment avec conditions d'emploi et de travail et les garanties sociales de toutes les catégories professionnelles, etc. Les règles de bonne conduite peuvent être formalisées dans un contrat. Par exemple, elles peuvent figurer dans les conditions générales des contrats avec les clients. Souvent les codes de bonne conduite sont intégrés dans les contrats de travail des collaborateurs des entreprises. Les codes consacrent des obligations de faire. Le droit romain distinguait

609 Il y a contractualisation lorsqu'un avantage découlant d'un engagement est intégré aux dispositions d'un contrat, de telle sorte que sa remise en cause emporte modification de ce contrat.

nettement le contrat- *contractus*[610] : accord formel engageant juridiquement les parties- de la *convention-conventio, pactum* accord informel reposant sur la bonne foi. Il est assorti d'une inflexion, voire d'une dénaturation, de la conception traditionnelle du contrat : les frontières entre contrat et acte unilatéral, contrat et procédés plus souples et plus informels de régulation deviennent floues ; on voit proliférer, sous des appellations diverses (chartes, conventions, pactes, quasi-contrats… des engagements réciproques, ayant peu à voir avec le contrat classique. Les manquements trouvent aussi leur source dans les difficultés d'interprétation de conventions peu claires et/ou, peu précises, ou encore dans l'incapacité de la convention à évoluer et à prendre acte de changements de circonstances.[611] Les différentes démarches RSE sont plus alors apparentées à des conventions qu'à des contrats. Hume[612] soulignait à ce propos que « *cette convention n'est pas de la nature d'une promesse, car les promesses elles-mêmes naissent des conventions humaines* ». La difficulté de déterminer un critère pertinent de définition de la faute semble inévitablement paver la voie à l'adoption d'un régime de responsabilité contractuelle qui n'échappe pas au risque d'incohérence. Cette faute est de nature contractuelle dès lors que les engagements donnent lieu à des obligations contractuelles[613]. Elle peut être relative à la protection des droits sociaux et difficilement en matière de la protection de l'environnement en raison des difficultés d'identification des créanciers de l'obligation du dirigeant. En matière de protection des droits sociaux, le contrat de travail constitue le cadre indiqué[614]. Or, on peut estimer malgré tout que d'autres initiatives d'adoption d'instruments de soft law qui tendraient à renforcer les droits des parties prenantes ne devraient être interprétées comme

610 Participe passé de *contrahere*, contractus est rarement employé comme substantif en droit romain. *Contrahere* nommait l'action de se lier juridiquement, mais le résultat de cette action se trouvait désignée soit génériquement comme *obligatio*, soit par le nom propre du contrat considéré (*emptio, locatio, societas, mandatum*, etc.).

611 La diversité des référentiels proposés appelle à cet égard beaucoup d'hésitations et de prudence. En effet, la variété des contrats, expressions formalisées de soft law est telle que leur qualité est loin d'être uniforme. Du moins ne présentent-elles pas toutes les mêmes vertus de clarté, d'accessibilité et d'impartialité, de sorte qu'il paraît difficile de conférer aux parties un blanc-seing illimité qui les autoriserait à choisir celles qui leur conviendraient. Un critère de qualification est alors nécessaire, toute règle non étatique n'ayant pas vocation, au moins au regard du droit OHADA, à s'appliquer aux relations entre le dirigeant et les autres parties prenantes.

612 D.HUME, Traité sur la nature humaine, 1740, vol III, 2, 2, p.90.

613 V Ch. NEAU-LEDUC, « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? », Droit Social, no 11, 2006, p. 952-958.

614 V. arrêt Berre du 10 juillet 1996 ; Voir, E. DOCKÈS, de la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur, 2004, page7, in http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00 /13/71/67/ PDF/sup_ctt_sur_pouv_EDockes. pdf

renforçant négativement les pouvoirs du dirigeant[615]. On devrait ainsi pouvoir engager la responsabilité du dirigeant, comme cela est le cas pour certaines parties prenantes, comme les salariés. De ce point de vue, il est ainsi difficile de retenir la responsabilité contractuelle. À ce propos, un engagement du dirigeant dans le sens de la prise en compte de la responsabilité sociétale aura tendance, en raison du consensus qui l'irrigue, à avoir un rôle majeur pour pallier les faiblesses de la technique contractuelle. Cela se justifie notamment en raison du fait que le dirigeant a parfois la capacité factuelle d'influer sur la vie privée du salarié, de porter atteinte à ses droits fondamentaux, voire même à son intégrité physique. Or, le pouvoir est inégalité et unilatéralisme, surtout en matière contractuelle pour laquelle « l'égalité n'existe jamais entre contractants »[616]. La plupart des contrats soft law semblent s'écarter toutefois de cette orientation majeure qui peut prendre ainsi deux voies parallèles, largement complémentaires, soit celle qui vise à neutraliser les mécanismes qui inscrivent la soumission dans les parties prenantes ou la généralisent dans les sphères de gouvernance de la société commerciale, soit celle qui promeut l'autonomie des parties prenantes. Cela a des incidences sur la juridicité des normes adoptées.

2. La juridicité recherchée des clauses contractuelles adoptées

152. Même si la *soft law* est théoriquement placée dans les instruments non contraignants, elle peut avoir une certaine valeur juridique en pratique[617]. Si la volonté est souveraine, elle devrait être capable non seulement de lier unilatéralement son auteur, mais également de le délier : si le sujet peut se lier par sa seule volonté, alors il doit pouvoir se délier de même. Cela renforce le caractère volontaire de la mise en œuvre de la RSE et impact sur la force obligatoire des accords[618] expression des dispositifs soft law et donc sur la théorie de

615 Elles peuvent les limiter au-delà des exigences contenues dans le contrat individuel de travail, notamment et renforcent, en raison de sa non contrariété à ce contrat (qui peut être d'adhésion), le caractère contractuel de l'ensemble des éléments substantiels de la relation de travail. En ce sens, la contractualisation présuppose aussi que soit prise en compte l'existence d'acteurs, autonomes, dont il s'agit d'obtenir la coopération et elle passe par un processus de négociation, visant à définir les contours d'une action commune.

616 G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ 1955, p. 272.

617 Par exemple, la Cour de cassation dans son arrêt « Dassault Systèmes » du 8 décembre 2009 a qualifié le « Code de conduite des affaires » de la société d'adjonction au règlement intérieur pour ainsi controler sa conformité avec l'article L.1121-1 du Code du travail. Elle reconnaît ainsi implicitement une portée juridique aux codes de conduite. Voir De QUENAUDON René et GOMEZ-MUSTEL Marie-José, « Un « code de conduite des affaires » en quête de statut juridique », Revue de droit du travail, 2009, p. 311.

618 Il est admis en matière contractuelle que « la force obligatoire ne vient pas de la promesse, mais de la valeur que le droit attribue à la promesse. Cette valeur procède d'une norme extérieure qui seule détient les moyens propres à la garantir l'exécution de la promesse », Conf. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 28, p.33

l'autonomie de volonté. Il s'y ajoute que le soin mis à négocier le contenu de tels actes, tout comme le fait que les dirigeants de société commerciale acceptent parfois l'instauration de mécanismes de *suivi et de contrôle de leur application*, en fournissent des indices assez sûrs. Les degrés de normativité et d'effectivité de ces instruments sont en réalité variables. Pour autant, les codes de bonne conduite peuvent être de nature à créer de nouvelles obligations civiles et cela à deux titres : ils peuvent être un élément d'appréciation de la responsabilité ou bien être tout simplement intégrés dans le contrat et par là même constituer un engagement créateur d'obligations. La Cour de cassation française a admis, dans des arrêts de principe, que les codes de bonne conduite constituent des standards de comportement. À ce titre, ils peuvent servir de fondement à la responsabilité civile et la doctrine semble favorable à cette démarche.[619] Cela conduit à préciser la nécessité de dépasser une réelle difficulté d'ordre théorique relative à la juridicité même de la RSE, sur la question de savoir si elle était constitutive d'un ordre juridique, d'une source de droit, voire d'un ensemble de règles de droit. La définition de la RSE permet, à bien des égards, de considérer que certains contrats qui formalisent l'engagement de bonne volonté en faveur de la responsabilité sociétale, en raison de leur autonomie, puisent leur source dans la théorie du contrat sans loi. Le contrat sans loi « c'est-à-dire l'hypothèse où le contrat constitue un ordre juridique autosuffisant et où la volonté s'inscrit dans le cadre du monisme subjectiviste »[620]. On observera que le développement des approches de RSE semble appeler à une nouvelle façon de conceptualiser la règle molle sans se référer à la sanction et au juge. Dans de nombreuses hypothèses, le caractère non contraignant des engagements RSE ne signifie pas *a priori* que les accords auxquels ils donnent lieu soient dépourvus de toute portée juridique entre leurs parties prenantes ou qu'ils soient des accords purement politiques en produisant aucun effet sur le plan du droit. En l'occurrence, la qualification d'un acte doit s'appuyer sur la rédaction des clauses formelles.[621]*A priori*, la forme et la dénomination d'un acte du *soft law* ne font que donner des indications concernant l'étendue de son engagement juridique. La terminologie n'est pas un élément déterminant de la portée juridique d'un

619 Les codes de bonne conduite peuvent contenir également des recommandations abordant certains détails techniques sur la composition, la structuration et le fonctionnement du Conseil d'administration et surtout la fonction de direction du dirigeant.

620 P. LEVEL, « Le contrat dit sans loi », Trav. com. Fr. DIP., 1967.209; HEUZE, La réglementation française des contrats internationaux, Étude critique des méthodes, GLN Joly 1990. n° 213. 117.

621 Par exemple, des formules employées comme « nous sommes convenu de ce qui suit... », « On devrait... » font ressortir le caractère intentionnel et politique d'une résolution.

acte. L'intitulé d'un accord ne permettant pas de se prononcer sur sa nature juridique, il ne faut pas déduire un lien automatique entre l'appellation et la nature de l'acte.

153. Ces référentiels présentent toutefois le risque d'entraîner une reféodalisation des rapports entre le dirigeant et les salariés. Le contrat postule suivant les propos de M. Alain Supiot[622] *« l'égalité des personnes (pas de hiérarchie entre contractant), la liberté des contractants (pas de contraintes imposées), et surtout la réflexivité la capacité de se lier soi-même (l'expression de l'effet relatif du contrat). Placer ces conventions en dehors du droit peut entraîner une mise en échec d'un de ces éléments. Il en est ainsi de l'effet relatif, la perspective d'une charte, de code de conduite ou d'accords collectifs ayant un impact sur tout le personnel, sans exception, à l'image des conventions collectives. » S'agissant de l'égalité des parties, la contractualisation de la RSE, renforcer la hiérarchisation des parties prenantes et des intérêts. Elle permet la mise en œuvre de nouveau type de contrôle et d'organisation de l'exercice du pouvoir. Il devient instrument d'assujettissement*[623]. Il en résulte une dualité de régime du « contrat sans loi » dont le régime varie considérablement selon qu'il est porté devant « un arbitre, médiateur » ou devant le juge. Ce ne sont pas forcément les mêmes impacts, loin de là. Par exemple, le terme « code de bonne conduite » englobe une ambiguïté intrinsèque. La notion de code renvoie à un ensemble de normes ayant un caractère coercitif[624], un « corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière est issu, soit de travaux législatifs, soit d'une élaboration réglementaire, soit d'une codification formelle de textes préexistants ».[625]Ainsi présentée, la difficulté fondamentale pour ce code[626] réside dans la détermination de sa valeur normative. Sinon, quelle est la place ou l'importance de ce code dans la hiérarchie des normes au Sénégal ? Répondre de manière absolue à une telle question n'est pas une chose aisée en ce sens que ce code n'est ni un texte de loi, ni une nouvelle obligation assortie de sanction en cas de non-respect. Il s'agit simplement d'un

622 A. SUPIOT, « La contractualisation de la société » intervention à l'université de tous les savoirs. 2000 (http://www.canal- u.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/la_contractualisation_de_la_societe.878

623 « *C'est cette construction juridique qui a été au fondement de l'affaire Wal Mart aux États-Unis et en Allemagne.* Voir. C. MARZO, « Les risques juridiques créés par les accords-cadres internationaux (opportunités/dangers/ stratégies », in Moreau, M.-A., Justice et mondialisation du droit du travail, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, inédit

624 L'origine étymologique des codes de bonne conduite renvoie au champ lexical de la morale. En effet «*to deon* » en grec se traduit littéralement comme « ce qu'il faut faire », « l'art de ce qu'il est concevable de faire » il exprime l'idée de devoir, de convenance.

625 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*- Association Henri Capitant, éd. PUF 2003, v. code

626 Ce contexte aidant, l'Institut Sénégalais des Administrateurs avec l'appui des autorités du Sénégal en particulier le Conseil Présidentiel de l'Investissement a lancé en 2008 le projet de rédaction du Code de gouvernance. Voir le Code de bonne gouvernance des entreprises, Sénégal 2011.

ensemble de règles de bonne conduite de l'entreprise qui précisent les textes de l'OHADA. En l'occurrence, l'approche tendant à écarter toute contrainte tout en réaffirmant son ancrage dans la législation en vigueur, s'inscrit de notre point de vue dans des stratégies de détournement des normes existantes. Ce phénomène n'est pas sans conséquence sur leur invocabilité et applicabilité[627], en dehors de toute faute juridique.

B. Une relecture de la fonction de la faute génératrice de la responsabilité contractuelle du dirigeant

154. Si on admet que les instruments soft law puissent faire grief c'est-à-dire modifient par eux-mêmes la situation juridique d'une partie prenante, la perspective de leur invocabilité est sans doute conforme aux principes de garantie et de protection des différents droits des parties prenantes. La tentative est alors grande d'assimiler la faute civile à la faute résultant de la violation de la RSE (1), avec toutes les implications en termes d'inadaptation des mécanismes d'engagement de la responsabilité pour faute (2).

1. De la tentative d'assimilation de la faute civile au manquement à la RSE

155. *A priori,* il y a un obstacle juridique à employer la notion de faute pour invoquer la RSE. Dans la mesure où l'obligation naturelle est entendue comme une obligation dont l'inexécution n'est pas juridiquement sanctionnée, cela revient à considérer que la faute du dirigeant sera difficilement retenue pour violation de norme soft law, orientée vers des questions éthiques. En l'occurrence, l'enjeu sera, pour la détermination de la responsabilité, d'admettre une transformation d'une obligation naturelle[628] en obligation civile. Le droit ne s'occupe que de l'altérité à autrui. Dès lors, le seul moyen pour fonder la valeur juridique d'une promesse unilatérale en dehors de toute acceptation des parties prenantes destinataires consiste à se référer à l'espérance légitime qu'elle a pu faire naître chez les tiers. Ce n'est que lorsque la promesse fut faite avec forte assurance que ceux qui ont eu connaissance seront en droit d'escompter que la prestation promise leur sera due,

627 L'applicabilité désigne l'aptitude d'une règle de droit ou d'une décision à s'appliquer dans l'espace, matériellement et dans le temps. En effet, la grande difficulté attachée à la remise en cause de la responsabilité du dirigeant est liée à l'*invocabilité* des réponses sociales formulées en soft law. Cette expression désigne de manière générale l'aptitude d'un sujet de droit à invoquer le bénéfice d'un droit de manière à l'opposer à auteur. C'est aussi le lieu d'interroger la fonction de la faute.

628 L'obligation naturelle est une obligation qui ne trouve pas sa source dans une obligation juridique contraignante mais plutôt dans un devoir moral que le débiteur consent à exécuter.

c'est-à-dire, au fond, plus l'engagement semblera formel plus son destinataire croira en son exécution et plus son émetteur sera tenu de l'exécuter. « La faute, qu'elle soit transgression d'un devoir préexistant ou méconnaissance d'un standard de conduite abstrait[629], se retrouve dans ce qui n'est pas permis - non *licet* ». Cette faute pourrait donc, casuellement, rejoindre la faute civile et en soutenir la constitution - ou accréditer le respect du standard civil. Elle n'emporte nullement l'automaticité du rapport ainsi établi. La *responsabilité du dirigeant pour faute contractuelle semble s'insérer dans une obligation de faire du dirigeant* un professionnel normalement prudent et diligent. Mais la question est bien plus douteuse de savoir s'il y a faute en droit, lorsque le devoir qui a été omis était prescrit par la morale. Si, en effet, la loi tient parfois compte des devoirs purement moraux (comme au sujet de la cause[630] ou des conditions[631] des conventions), peut-on cependant soutenir qu'elle fasse de tout devoir moral d'agir, un devoir juridique ; de toute faute morale d'omission, une faute juridique ? Il semble qu'on puisse en admettre le principe ; mais la pratique exigerait alors que la plus grande prudence en tempérât, les effets, et qu'un large pouvoir d'appréciation fût accordé aux juges. Dans cette perspective, toute obligation confère à chacune des parties le droit d'exiger de l'autre l'exécution des engagements convenus, et en cas d'inexécution le droit de lui réclamer de ce chef des dommages-intérêts ou, encore si l'exécution reste possible, on la déclare en demeure. Il serait inadmissible qu'il puisse se soustraire à son obligation[632]. Il est intéressant de noter que cela touche de manière intrinsèque au statut du dirigeant et de sa relation hiérarchique. Une fois encore la justification de la hiérarchie devient diffuse. L'énoncé par les organes compétents de la gouvernance des entreprises, spécialement le dirigeant social, des principes de régulation et des normes de comportement à l'aide notamment des règles « soft law » leur permettent généralement de s'affranchir de toute ~~d'~~« invocabilité ».[633] Les actes adoptés en ce sens sont ainsi *a priori* aptes à assurer le respect des engagements, et seulement a priori, dans la

629 Cela est déjà admis suivant la figure du *bonus pater familias*, qui sera plus particulièrement discutée à propos de la responsabilité des personnes privées de discernement.

630 Art. 6 et 1133, C. civ.fr

631 Art. 1172.C. civ.

632 Mais cette exécution est-elle toujours possible au regard de la définition de la RSE ? Il s'agit d'une matière est dominée par la règle qui exclut toute coercition du créancier sur la personne du dirigeant débiteur d'une obligation de faire. Cette règle n'est que le corollaire de la définition de la RSE.

633 Cela appelle dans une certaine mesure une interprétation autonome, potentiellement différente de celle reçue dans le droit positif. Ces normes définissent de manière autonome certains critères d'applicabilité permettant aux destinataires, de ne pas dépendre, tout en cherchant l'efficacité, des solutions juridiques existant. Pour autant, il ya un risque d'interférence, entre le droit des sociétés et les normes de comportement. Ce risque d'inférence ne sera toutefois pas dommageable dès que les parties sans violées les dispositions d'ordre public, inscrivent leur action et engagements en faveur de la responsabilité sociétale dans la cadre d'un consensus.

mesure où le risque demeure également que le système de gouvernance d'entreprise soit le théâtre de véritables oppositions entre le soft law et le droit des sociétés ou toute autre loi en vigueur[634]. C'est le cas de l'invocabilité devant les autorités judiciaires. Cette perspective rejoint la dynamique de l'Avant-projet de réforme en France du droit des obligations, dont l'article 1352 al. 2 énonce que « constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir de prudence ou de diligence ».[635]En principe, les normes RSE formalisées dans la société commerciale peuvent contenir des clauses définissant des procédures contradictoires de règlement non judiciaire des différends. Cela permet en principe d'éviter la saisine de la justice tout en tentant de trouver une solution au litige et en alertant la hiérarchie de l'entreprise[636] d'un non-respect. Pour un auteur[637], on peut dépasser toutefois la difficulté liée à l'invocabilité en faisant la distinction entre la souplesse du contenu de la norme avec celle de l'instrument qui l'énonce. Pour cet auteur, « *seul ce dernier cas de figure peut être rangé dans la soft law. Ainsi des dispositions conventionnelles rédigées de façon à ce que l'objet soit seulement celui de s'efforcer d'atteindre un certain but ne peuvent pas être considérées comme de la soft law car formellement il s'agit d'obligations contractuelles* »[638]. Cela dit, en principe, on ne peut parler de soft law que si la déclaration est suivie d'effet c'est-à-dire d'application même partielle, pourvu qu'elle soit progressive[639]. Ce qui n'est pas évident.

634 Le droit des sociétés reste en principe le droit commun des sociétés commerciales, quel que soit leur objet, sous réserve des textes spéciaux qui contiennent des règles spéciales pour des sociétés ayant pour objet certaines activités économiques ou sociales (d'une telle importance ou d'une telle complexité qu'elles appellent des règles supplémentaires ou suppléant celles du droit commun). Voir l'Art.916 AUSCGIE.

635 Rapport 2006, art. 1340 l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, proposée par le groupe de travail présidé par le Professeur VINEY (G.), énonçant que « tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer ».

636 Cette analyse est d'autant plus intéressante que l'entreprise est juge et partie lors de litiges avec ses parties prenantes, notamment ses salariés.

637 R.J. DUPUY, Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la soft law, in L'élaboration du droit international public, colloque SFDI, 1975, p.132.

638 Sur la nature contractuelle des engagements de RSE, In http://rse.univ-lille1.fr/IMG/pdf/Soft_law.pdf

639 Le soft law a vocation, en principe à être invoqué. Il est certes fortement « localisé dans l'entreprise », mais il est censé être l'expression de consensus sur un certain nombre de valeurs commune. Certains textes qui le consacrent ont souvent un objectif organisationnel, en ce sens qu'ils s'attachent prioritairement à imposer ou interdire des comportements au conseil d'administration, au dirigeant, aux salariés ou aux clients.

2. Du recours inadapté aux mécanismes classiques de réaction à la violation substantielle d'une obligation conventionnelle.

156. L'obligation implicite de parvenir à des résultats économiques et financiers quantifiables peut conduire le dirigeant à se désinvestir de la protection des droits sociaux de l'environnement, notamment et donc négliger l'intérêt de la société en termes de durabilité. Pour autant, la reconnaissance de la nature contractuelle de certains instruments de soft law, devrait aboutir à reconnaître que la faute peut influer sur l'exécution des différentes obligations des parties prenantes. Le principe qui règne en matière est celui de la réciprocité : une partie à un contrat peut ne pas exécuter l'obligation qui lui incombe si son cocontractant n'a pas respecté ses engagements. La question qui se pose notamment est celle de savoir si l'on doit ou si l'on peut contraindre le dirigeant défaillant à fournir la prestation due. L'exécution en nature est-elle envisageable en matière d'engagement unilatéral à satisfaire la RSE ? À cette occasion, même si a priori nous sommes en matière de contrats synallagmatiques, nous pensons que cette idée ne peut être transposée en matière d'engagement unilatéral en faveur de la RSE. En effet, le COCC admet comme garantie d'exécution que *« la condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement »*[640]. La raison en est que, dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chacune des parties est la cause de l'obligation réciproque de l'autre ; une fois le contrat passé, les contractants ne peuvent pas, par leur propre fait, en modifier l'étendue, et si un des deux contractants manque à son obligation, l'obligation réciproque de l'autre n'ayant plus de cause, doit disparaître. De plus chacune des parties ne peut être tenue de subir une conséquence dommageable[641]. Mais alors se pose la question de savoir si la résolution du contrat, c'est-à-dire, l'anéantissement complet du contrat doit être prononcé en cas de violation par le dirigeant de ses obligations contenues dans les référentiels « soft law ». On peut en douter, même s'il est difficile de mesurer la portée, l'absence de consensus autour des exigences de conformité à la RS, d'un échec à la suite de discussion tendant à l'adoption d'instruments soft law. Les démarches RSE ont la spécificité de reposer sur une obligation révocable (caractère volontaire) qui peut être une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.

640Art. 105 COCC

641 Le juge de son côté veille à ce que les libertés fondamentales soient préservées et déclare illicite toute restriction à celles-ci contenue dans les chartes éthiques. Voir Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17.191, Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT c/ Dassault système, RJS 2/10, n° 145.

157. Toutes ces réserves qui accompagnent les tentatives de contractualisation des processus d'élaboration et d'application des normes soft law semblent suggérer que l'on puisse concevoir un nouveau rapport d'obligation dans lequel les parties prenantes seraient « provisoirement inconnues de manière nominative »[642]. Il est alors tentant de proposer une conception objective de l'obligation d'application de la RSE qui tendrait à se détacher de la personne des parties. Cela permettra sans doute au droit de la responsabilité juridique de saisir les atteintes dites de la RSE.

SECTION -II. Le caractère inadapté des fondements actuels de la responsabilité juridique des dirigeants de société commerciale

158. Ce dirigeant est soumis aux règles de responsabilité civile[643] et pénale[644] définies par le droit positif. Toutefois, il est difficile d'instrumentaliser[645] de manière significative cette responsabilité dès lors qu'il s'agit de sanctionner pénalement (§ 1) les « atteintes » qui résultent[646] des activités sociales subies par les salariés, les riverains, les collectivités territoriales, l'environnement, ou de constater l'inadéquation de l'obligation issue de l'engagement sociétal avec la théorie générale de l'obligation (§2). Les démarches RSE présentent le risque de créer des « devoirs » sans que la volonté de la société commerciale créancière soit requise. La mise en œuvre de la responsabilité n'en est pas moins si évidente.

642 A. RIEG, le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand, Thèse, Strasbourg 1961, n° 445, p.448

643 L'obligation de répondre du dommage que l'on a causé en le réparant en nature ou par équivalent, par le versement de dommages-intérêts.

644 La responsabilité pénale est l'obligation de répondre des infractions commises et de subir la peine prévue par le texte qui les réprime.

645 Au-delà de la pondération et de la pertinence de certains critères utilisés par le Législateur OHADA, c'est véritablement ses conditions d'application qui font l'objet de critique. Il a restrictivement circonscrit les faits générateurs de la responsabilité du dirigeant. Dans ce cadre, le débat sur la responsabilité du dirigeant vue comme une réponse appropriée aux problématiques sociétales ne peut que prendre, un relief nouveau, l'inadéquation des textes le rendant particulièrement aiguë. Il en est résulté une situation incertaine qui réclame d'être clarifiée pour la détermination du statut civil et pénal du dirigeant.

646L'enjeu se pose en terme clarification des fondements et mécanismes d'application de la responsabilité civile qui consiste à réparer les atteintes causées à autrui, pour permettre à la RSE d'entrer, au moins pour partie dans le schéma de la responsabilité juridique.

§1. L'instrumentalisation mitigée du droit pénal pour la détermination de la responsabilité sociétale des dirigeants

159. Les dispositions qui définissent le statut pénal du dirigeant en raison des atteintes causées directement ou indirectement par la société commerciale sont à la fois ambiguës dans leur rédaction et inadaptées dans leur esprit (A). Ce caractère inadapté des dispositions pénales se révèle à travers l'option d'une disparité des statuts pénaux des dirigeants, mais aussi par la protection particulière dont bénéficie le dirigeant (B).

A. Le caractère inadapté de la responsabilité pénale du dirigeant aux besoins de protection élargie des parties prenantes

160. Partant du principe que la personne morale n'existe que par ses représentants[647], ses « substratums humains », le législateur OHADA a prévu un certain nombre d'incriminations qui visent à protéger l'intérêt social et certaines parties prenantes, comme le dirigeant. Toutefois, on peut regretter l'absence de lisibilité sur la responsabilité pénale de la société commerciale (1), et l'option du Législateur d'une disparité des statuts pénaux du dirigeant (2).

1. L'absence de lisibilité sur la responsabilité pénale de la société commerciale

161. Cette responsabilité pénale suppose qu'une infraction commise par ses organes ou représentants est établie ; ce que l'OHADA exclut (a). On observera, à ce propos[648], que la constance reste la responsabilité pénale du dirigeant auteurs, incitateurs ou complices d'infraction, avec en fonction de l'échelle prise en compte, la possibilité d'une exclusion de la responsabilité pénale de la société (a). Le débat sur l'imputabilité n'est donc pas tranché.

a- La non reconnaissance par l'OHADA de la responsabilité du fait personnel par représentation

647 Tandis que le législateur OHADA consacre l'irresponsabilité pénale de la société commerciale, il est possible de noter un processus contraire dans certains États de l'OHADA qui consacrent expressément cette responsabilité. De ce point de vue, il sera difficile de soulever une infraction imputable à la société commerciale, au regard du droit OHADA.

648 Certains États membres dans une démarche de « dissidence » le consacrent et prévoient même des sanctions lorsque la société commerciale est tenue pour responsable des infractions commises pour leur compte par toute personne qui exerce un pouvoir de direction en son sein, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale.

162. Dans la mesure où le dirigeant de sociétés a commis une infraction qui entre dans le cadre de ses fonctions et que cette infraction a procuré un profit[649] à la personne morale et qu'elle a servi ses intérêts, il est tout naturel que la responsabilité de la société commerciale, même non dirigeante, puisse être retenue[650]. Suivant un auteur la responsabilité des personnes morales est une « *responsabilité du fait personnel par représentation* ». Le fait personnel de la personne morale et celui de ses organes et représentants ne faisant qu'un, nul besoin d'établir à sa charge des faits distincts de ceux constitutifs de l'infraction qui leur est reprochée.[651] La reconnaissance de cette responsabilité aurait pu permettre qu'on puisse engager la responsabilité de la société commerciale en dehors de la faute du dirigeant, à raison principalement de sa structure ou de son organisation défectueuse, indépendamment de toute faute du dirigeant. Toutefois, même si les délits et crimes sont commis et profitent à la société commerciale, la cible reste le dirigeant. Il est intéressant de noter, malgré tout, que les principales infractions consacrées sanctionnent un certain nombre de comportements du dirigeant[652]. Cela dit, le législateur n'offre aucune précision sur le sens ou le contenu de chacun des types de fait générateur de la responsabilité. S'agissant de la faute de commission, elle consiste en des agissements positifs des dirigeants qui sont préjudiciables à la société[653]. Il est responsable dès lors qu'il a la qualité de représentant[654]. L'accent mis sur la qualité de représentant

649 La formule de Desportes et Le GUNEHEC selon laquelle une "infraction est commise pour le compte de la personne morale quand elle l'a été dans l'exercice d'activités ayant pour objet d'assurer l'organisation, le fonctionnement ou les objectifs du groupement doté de la personnalité morale.

650 Contrairement au droit français qui prévoit à l'Art. 121-2 Code pénal que « les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les dispositions des Art.s 121-4 à 121-7, et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour le compte, par les organes ou représentants (…); la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits », le droit OHADA ne consacre nullement la responsabilité des personnes morales notamment celle des sociétés commerciales.

651 Crim., 26 juin 2001, Bull. crim., n° 161, D. 2002, Somm. p. 1802, obs. Roujou de Boubée ; Dr. pén. 2002, comm. n° 8,obs. J.-H. Robert

652 Le dirigeant est personnellement tenu pénalement responsable des dommages causés par sa faute prouvée, bien sûr si le fait constitue un délit pénal. On peut observer que les différentes dispositions ne concernent que certains actes de publicités et d'information. Cette précision est d'autant plus intéressante qu'il est souvent poursuivi pour omission ou commission d'une infraction aux dispositions législatives et réglementaires, violation des statuts et fautes commises dans leur gestion. Ces infractions sont prévues pour les dirigeants de SA et SARL, par les Art.s 161 et 165, 330, 740 AUSCGIE. Il s'agit notamment d'acte frauduleux, acte de détournement, action déloyale.

653 Il s'agit notamment d'acte frauduleux, acte de détournement, action déloyale, etc. Au regard des Art.s 164 et 170 AUSC le dirigeant « « est responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ».

654 Si on définit le représentant comme un représentant légal, il s'agirait d'un organe de la personne morale et donc quel aurait été l'intérêt du législateur de distinguer les deux notions dans l'Art. 121-2 du nouveau Code

n'entraîne toutefois pas la reconnaissance de la responsabilité de la société commerciale du fait d'autrui. Il consacre plutôt le principe de la responsabilité du fait personnel par représentation[655]. Le législateur OHADA exclut tout étirement de la chaîne[656] de la responsabilité pénale, en évitant ainsi que cette dernière soit en fin de compte menacée de dilution complète[657].

b- Une responsabilité pénale du dirigeant exclusive de celle de la société commerciale

163. La chaîne des responsabilités est fortement réduite à une personne facilement assimilable alors à la figure du « bouc émissaire », à savoir le dirigeant. En ce sens, Pierre Faivre considérait que « *l'immunité des personnes morales repose principalement sur l'élément moral* » et que *« l'absence de volonté criminelle apparaît comme le seul obstacle sérieux à l'incrimination des personnes morales »*[658]. En ce sens, pour protéger les parties prenantes, il faut une sanction ; pour subir la sanction, il faut un responsable. Le vrai responsable fait-il défaut, on en fabrique un. La fin justifiant les moyens, la fonction a vocation à devenir cause et crée une responsabilité fictive pour suppléer à une responsabilité vraie. À cette occasion, seul le dirigeant est responsable, même s'il ne s'est pas enrichi personnellement. Son statut de « victime » dans ce cadre est nié. Comme l'a soutenu Sutherland[659], « la personnalisation de la délinquance est un obstacle à l'analyse et au raisonnement plus systémique. Il convient donc de s'attacher à l'analyse des organisations et des structures d'action collective qui amènent ces comportements

---

Pénal français. Voir Delmas-Marty, *Les sociétés de construction devant la loi pénale*, LGDJ, 1970 (thèse de doctorat).

655 L'expression a été employée par M. Desportes dans son rapport à la Cour de cassation en vue du premier arrêt de la Cour, rendu en matière de responsabilité pénale des personnes morales. Il s'agit de la première décision portant sur la nouvelle responsabilité pénale des personnes morales par la Cour de Cassation : Cass.crim., 2 déc. 1997, J.C.P. 18 fév. 1998.II.10023, Bull. Joly, mai 1998, p.152.

656 L'accent est mis sur la personnalité du dirigeant au détriment des conditions ayant rendu possibles les conséquences d'un tel comportement fautif. On peut aussi avancer l'hypothèse que c'est la personnification de la cause du scandale qui fait que la cible devient une victime potentielle. On exclut ainsi la responsabilité de la société au profit de celle du dirigeant.

657 Voir Jean-Christophe Saint-Pau, « L'identification de la personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant », in. D. Brach-thiel et A. Jacobs, La responsabilité pénale de la personne morale, enjeux et avenir, comité international des pénalistes francophones, l'Harmattan 2015.

658 P. FAIVRE, « La responsabilité pénale des personnes morales », Rev.sc. crim. 1958, p.547

659Edwin H. Sutherland, « Le problème de la criminalité en col blanc », Champ pénal/Penal field [En ligne], Vol. X | 2013, mis en ligne le 09 juin 2013, consulté le 22 septembre 2013. URL : http://champpenal.revues.org/8534 ; DOI : 10.4000/champpenal.8534

délictueux ou du moins les rendent possibles »[660]. C'est d'autant plus important qu'en l'occurrence, il s'agit de la responsabilité sociétale de la société commerciale et non de celle du dirigeant[661]. Elle débouche sur une explication en termes de personnalité. Toutefois, les logiques organisationnelles qui produisent les attitudes transgressives, la faiblesse des mécanismes de contrôle qui les rendent possibles, […] ne sont pas interrogées ». On constatera à ce propos, l'option du législateur de ne pas considérer la responsabilité des sociétés commerciales ou encore de consacrer une « faute diffuse »[662]. C'est tout naturellement que le dirigeant est explicitement identifié comme l'auteur de l'infraction, par la technique de l'imputation, seule possibilité d'engager sa responsabilité.[663] Les peines ne seront donc prononcées qu'à l'encontre des personnes pénalement responsables identifiées, avec la consécration d'une certaine impunité pour certains organes qui peuvent en être les causes (par le défaut de contrôle approprié), voire qui les incitent. Le dirigeant peut effectuer un certain nombre d'actes de gestion avec l'accord tacite des actionnaires qui n'y auraient vu aucun problème tant que ceux-ci ne portaient pas atteintes à leurs intérêts. Il aurait fallu dépasser cette logique de « la pomme pourrie »[664] et procéder à la sanction de la société commerciale.[665] Toutefois, on peut comprendre cette option du législateur en faveur de la non-prise en considération qui peut

660 Cité par Olivier Mazade, in « « Patron voyou » : de la désignation publique à la sanction juridique », Champ pénal/Penal field [En ligne], Vol. X | 2013, mis en ligne le 09 avril 2013, consulté le 23 septembre 2013. URL : http://champpenal.revues.org/8431 ; DOI : 10.4000/champpenal.8431

661 Cela aurait permis aussi une interpellation de tous les organes de la société. Leur défaillance pourrait aussi interroger sur l'implication d'autres parties prenantes telles les salariés qui auraient un rôle de veuille et d'alerte. L'auteur ajoute à cet effet que « l'individualisation, en focalisant l'attention sur des variables individuelles [essentiellement les dirigeants], crée des phénomènes de bouc émissaire qui canalisent la réprobation.

662 La « faute diffuse » est concevable en cas de non identification de l'auteur de la faute. « *La théorie ne peut s'appliquer qu'à une certaine catégorie d'infractions. Il en est ainsi des infractions intrinsèquement liées à l'entreprise en raison des risques résultant de son fonctionnement. C'est l'hypothèse où un produit a été déversé dans une rivière par un ouvrier et aucune responsabilité individuelle ne peut être retenue en raison du défaut d'identification de l'ouvrier et de l'opacité des structures de décision de l'entreprise ».* Voir Adamour Rabani, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales en droit Ohada », Revue de l'ERSUMA, Droit des affaires - Pratique Professionnelle, N° 2 - Mars 2013, Doctrine, pp.43-60.

663 Adamour RABANi, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales en droit Ohada », Revue de l'ERSUMA, Droit des affaires - Pratique Professionnelle, N° 2 - Mars 2013, Doctrine, pp.43-60.

664 Voir O. MAZADE, « « Patron voyou » : de la désignation publique à la sanction juridique », Champ pénal/Pénal field [En ligne], Vol. X | 2013, mis en ligne le 09 avril 2013, consulté le 22 septembre 2013. URL : http://champpenal.revues.org/8431 ; DOI : 10.4000/champpenal.8431

665 Déjà en France, l'Art. 131-39 du nouveau Code Pénal prévoit la possibilité de prononcer la dissolution de la personne morale lorsque celle-ci a été détournée de son objet pour commettre une infraction. Le détournement implique dès lors un dépassement d'attribution des organes qui sont tenus d'agir conformément à l'objet social.

être justifiée par les conséquences potentiellement néfastes qui sont anticipées, en termes de perte d'emploi notamment[666]. S'agissant du dirigeant de la personne morale, il sera poursuivi pour des actes posés dans l'intérêt de celle-ci, car la personne morale est considérée comme une « fiction ». Et dans la mesure où l'intérêt moral commande qu'il n'y ait pas impunité et que le besoin de sanction suffît à susciter une responsabilité, une responsabilité de la société ne doit pas être écartée. Cela peut engendrer des forces qui créeront ou renforceront le respect de la prohibition et aussi influer sur le choix des dirigeants. Il s'agira, il est vrai certes d'une responsabilité artificielle à créer, mais, une telle responsabilité n'est pas étrangère au droit pénal lui-même, les prescriptions qu'il s'agit de sanctionner n'ayant pas toujours de fondement dans la conscience morale[667]. Le principe de la légalité peut constituer également un obstacle à la poursuite du dirigeant dans certaines hypothèses qui intéressent la RSE.

2. L'influence de la protection du dirigeant fondée sur le principe de légalité

164. Face aux incertitudes et controverses qui pèsent sur l'imputation de la responsabilité pénale aux personnes morales dans l'ordre juridique communautaire OHADA, Le principe de légalité des incriminations et des peines rende difficile toute qualification de certains faits perçus comme des atteintes à la responsabilité sociétale, semble pouvoir être une clé de lecture particulièrement utile de la difficile instrumentalisation du droit pénal, tant pour dénoncer les faiblesses du mécanisme actuel de sanction des infractions commises [668] par le dirigeant que pour envisager une évolution de celui-ci à l'aune des nouvelles qualifications proposées.

a- La tentation du recours aux infractions de droit commun définies restrictivement

165. La RSE qui rappelle le rapport des dirigeants de société à la légalité est significative des embarras que posent les nombreuses crises financières, les scandales écologiques, etc.

---

666 Cela aurait permis notamment une meilleure indemnisation des victimes en ce sens que la personne morale aurait été en principe plus solvable que la personne civile incriminée. Dans cette perspective, la culpabilité de ces personnes résulte d'un fait personnel. On distingue l'auteur principal du complice.

667 Une illustration peut être trouvée en matière de contravention, notamment les violations du code la route (les limitations de vitesse ne suscitent guère d'indignation collective). Pour les faire respecter, la conscience publique qui les édicté commine une peine, et, pour pouvoir appliquer cette peine, elle se contente d'une responsabilité grossière qui ne la satisferait pas d'habitude. Notamment elle assimile alors l'acte matériel à l'acte moral, sans rechercher une culpabilité subjective qui, la plupart du temps, serait indémontrable.

668 Dans les hypothèses où la responsabilité pénale du dirigeant est engagée, des difficultés réelles peuvent être soulevées relativement à la définition de son périmètre, étant entendu qu'une infraction n'est punissable que si elle est définie et punie par la loi.

En son nom, le principe de légalité des délits et des peines est de plus en plus mis à mal[669]. Ces tentatives ont pour point commun de retenir l'idée que le dirigeant n'est en réalité responsable qu'en cas de manquement aux devoirs de sa charge. Parce que la protection dont il bénéficie trouve sa source dans la fonction, elle doit être strictement proportionnée aux exigences de celle-ci, le dirigeant étant soumis à des impératifs de profit de ce système. Le risque pénal demeure lorsque le dirigeant met en œuvre des actions de mécénat.[670] Un arrêt français[671] récent montre que le risque pénal de requalification en abus de biens sociaux n'est pas exclu pour les dirigeants de l'entreprise. En effet, dans le cadre du mécénat, il peut certes exister une contrepartie pour l'entreprise, mais à condition qu'elle reste indirecte à long terme et disproportionnée par rapport à l'investissement de cette dernière.[672] Cela dit, on ne peut pas s'empêcher de s'interroger sur la question de savoir si la responsabilité du dirigeant peut être atténuée lorsque d'autres systèmes de mise en cause comme la délégation[673]ou la responsabilité pénale des personnes morales[674] sont concomitamment invoqués ?[675]Aucune réponse satisfaisante n'a été donnée à l'heure actuelle.

b- La difficile détermination des qualifications juridiques en présence de notions floues de type sociétal.

166. La détermination limitative du champ de la responsabilité pénale du dirigeant renforce sa sécurité juridique. En effet, un fait ne constitue une infraction qu'autant que la

669 Toutefois, la consécration d'un livre à savoir la 3e partie AUSCGIE réservée au droit pénal des sociétés entre dans la perspective d'une réaffirmation du principe de légalité des incriminations pénales. En l'occurrence, parler de responsabilité pénale suppose qu'un certain nombre d'éléments dits constitutifs soient réunis.

670 X. DELSOL, « Mécénat et parrainage – guide juridique et fiscal », éd. Juris, 2e éd. 2003, p. 26.

671 L'arrêt du 5 mars 2014 de la Cour de cassation reconnait pour la première fois un abus de biens sociaux impliquant des dons à une association en précisant « qu'est contraire à l'intérêt de la société qui exploite une surface commerciale la donation faite sans contrepartie à une association chargé d'effectuer des recherches historiques sur le nom de famille du dirigeant. Voir crim.5 mars 2014, n°13-350, v. JÀ n°497 :2014 ? P.11. Voir A. CHAUVEAU MAULINI, Abus de biens sociaux dans l'ombre du mécénat, A n°379/2008, p.27.

672 IDELSOL XAVIER, Le mécénat peut-il constituer un abus de biens sociaux ? Jurisassociations 505, 1 octobre 2014, p.37

673 L'OHADA ne consacre pas la responsabilité pénale du dirigeant résultant d'une délégation de pouvoir.

674 De même, en France, entre dans cette catégorie les infractions en matière de pollution que la loi d'adaptation du 16.12.1992 a rendues imputables aux personnes morales. L'infraction ici peut être intentionnelle ou non intentionnelle. Elle est intentionnelle lorsqu'elle requiert chez l'agent l'intention de commettre l'acte. Cette infraction suppose que l'auteur ait voulu un résultat et qu'il agisse en vue de ce résultat (l'auteur est poursuivi dès lors qu'on apporte la preuve d'une intention différente du mobile). Elle est par contre non intentionnelle lorsqu'elle est indépendante de l'intention de l'auteur et est réprimée en raison de la seule violation des dispositions légales.

675 M-J, COFFY DE BOISDEFFRE, Évolution jurisprudentielle quant à la détermination des personnes responsables dans l'entreprise, Petites AFFICHES, 9 décembre 1999.

législation pénale l'a qualifié comme telle et qu'elle y a attaché une action particulière[676]. Alors que la responsabilité pénale ne se rapporte pas notamment aux mesures à prendre à titre préventif pour empêcher la réalisation de dommages futurs, il est de plus en plus proposé soit la mise en œuvre du principe de « précaution » pour justifier les poursuites pénales qui seraient diligentées à l'encontre des dirigeants qui auraient créé, en raison de leur négligence, des risques aux conséquences dommageables[677]. Il s'y ajoute une extension de la responsabilité pénale pour non-respect des engagements éthiques ou pour absence de contrôle du respect de la RSE par ces parties prenantes. En l'occurrence dans un arrêt du 24 septembre 2012 qui sera cassé[678], la cour d'appel de Toulouse a notamment condamné le dirigeant de l'Usine AZF pour homicides et blessures involontaires, après avoir constaté les dysfonctionnements dans la gestion des déchets industriels de l'usine[679], pour défaut de formation dispensée aux sous-traitant intervenants sur le site pour gestion des déchets industriels de l'usine. La qualification est indispensable pour rattacher la problématique sociétale concrète à un cadre juridique *a priori* abstrait, c'est-à-dire aux règles de droit applicables. Sans la qualification, on ne peut pas avancer de solution correctement justifiée en droit destinée à saisir un standard de comportement. Dans la décision de la cour d'appel, l'accent avait été mis sur le chef de l'établissement alors même que les négligences constatées pouvaient être perçues comme relever de la politique de gestion des déchets mise en place par la direction dans son ensemble, et donc être imputées

676 Faute d'indication d'ordre législatif sur la signification des expressions « sociétale », « social », « environnementale », il est important de définir les critères d'appréciation de la « faute du dirigeant » et de la causalité, car, même en l'absence de faute, un lien doit toujours être établi entre un dommage constaté et tel ou tel fait ou situation « relevant » de la responsabilité sociétale » de la société commerciale. De ce point de vue, tout semble opposer la responsabilité pénale (institution juridique tournée vers le passé) du dirigeant à certains principes RSE orienté essentiellement vers l'avenir.

677 La précaution, même si suivant des auteurs « invite d'ores et déjà à interroger ce pan du droit sur la manière dont il appréhende l'incertitude scientifique », son défaut de précaution ne fait pas l'objet d'une incrimination condamnant expressément une attitude qui ferait fi des risques, le contrevenant ne verra donc pas s'aggraver sa sanction. Or, au titre du principe de légalité des peines, le respect des libertés individuelles commande que ce soit la loi elle-même qui définisse strictement les éléments de l'infraction et les peines encourues par le contrevenant. Seulement sans contenu juridique précis, ces notions conservent un niveau d'abstraction tel qu'il serait impossible de renseigner le dirigeant sur le régime de sa responsabilité pénale. Il se pose ainsi un problème de qualification juridique et d'appréciation des situations au regard de la règle.

678 Arrêt n° 6661 du 13 janvier 2015 (12-87.059) de la chambre criminelle qui refuse de condamner notamment le dirigeant et la société pour destruction ou dégradation involontaire par explosion parce que Selon l'article 322-5 du code pénal (France), la destruction ou la dégradation involontaire par explosion ou incendie ne peut être sanctionnée que si est violée une obligation de prudence ou de sécurité imposée spécifiquement par la loi ou le règlement. Or, la cour d'appel a prononcé cette condamnation en se référant implicitement aux fautes de maladresse, d'imprudence, d'inattention ou de négligence constitutives des délits d'homicides et de blessures involontaires, ce qui était insuffisant pour caractériser l'infraction en cause.

679 Une explosion est survenue sur le site de l'usine chimique AZF, à Toulouse, entraînant la mort de trente-et-une personnes, infligeant des blessures à de nombreuses victimes et causant des dommages immobiliers importants.

à la personne morale. À cet effet, on insiste généralement sur le fait que le dirigeant « devait intégrer », « tenir compte » des préoccupations de nature économique, sociale, environnementale, etc., sans préciser le contenu de sa faute[680] étant entendu que la faute détermine des conséquences juridiques précises. Si chacune des parties peut essayer de faire porter sa voie et de faire pression sur le management, seuls les actionnaires peuvent contester des orientations stratégiques au sein de la société. Il est alors symptomatique par exemple que les salariés ne soient pas en mesure d'ester en justice pour dénoncer un abus de bien social, dans la mesure où ils ne font pas parties du contrat de société[681]. En principe, on peut sanctionner le dirigeant pour un acte ou une abstention que dans la mesure où un texte l'a prévu expressément et a déterminé avec certitude la qualification de la faute relevant d'une infraction. Le principe en droit pénal est : « *nullum crimen nulla peona sine lege* »[682]. Autrement dit, la responsabilité pénale d'une personne ne peut être engagée que si l'infraction qu'elle est accusée d'avoir commise a été prévue dans un texte répressif, ainsi que les sanctions qui s'y rattachent. C'est ce que l'on appelle le principe de la légalité des délits et des peines en matière pénale. Les contraintes qu'il pose sont telles qu'agir dans le sens de la RSE, c'est agir contre certaines parties prenantes de la société commerciale. En effet, des auteurs comme Friedmann vont jusqu'à considérer que le dirigeant qui ferait de la RS serait passible de sanction pénale pour abus de bien sociaux. Il considérait plus ou moins explicitement que faire de la RSE avec l'argent de la société est une sorte d'abus de biens sociaux, en tout cas un abus de confiance vis-à-vis des parties prenantes dont on détourne les fonds de leur objectif ontologique. Milton Friedmann indique que rien n'empêche le dirigeant de faire du social, au nom de sa conscience, mais pas avec l'argent de sa société, seulement avec son propre argent. Toutefois, le juge OHADA a refusé d'admettre que l'infraction d'abus de biens sociaux[683] puisse être

680 Sur le fondement de la RSE, le fait d'être donneur d'ordre peut être retenu. Dans l'affaire AZF, le sous-traitant chargé du tri au sein de l'usine, dont la faute a été reconnue par la Cour, a bénéficié d'un non-lieu, la juridiction ayant considéré que la faute constatée était personnellement imputable au directeur du l'usine qui ne s'était pas assuré de ce que le sous-traitant avait bénéficié de la formation suffisante sur les incompatibilités existantes entre les produits chimiques présents sur le site de l'usine.

681 Blanche Segrestin, Kevin Levillain, Armand Hatchuel et Stéphane Vernac, « « L'objet social étendu » : une voie pour réaligner le droit et la théorie des parties prenantes », Finance Contrôle Stratégie [En ligne], 17-3 | 2014, mis en ligne le 27 octobre 2014, consulté le 02 novembre 2016. URL : http://fcs.revues.org/1528

682 Expression attribuée traditionnellement à Cesare Beccaria, philosophe italien du XVIIIe siècle, qui a notamment écrit « Des Délits et des Peines » en 1764.

683 Ce délit suppose la réunion de quatre éléments : un acte d'usage des biens, du crédit ou des pouvoirs, un acte contraire à l'intérêt social, un acte accompli dans un intérêt personnel, un acte accompli de mauvaise foi.

constituée[684] en raison de l'utilisation des biens dans l'intérêt social[685] et conformément à une convention régulièrement conclue et exécutée[686]. Le dirigeant aurait pu être poursuivi sur la base du délit d'abus de bien sociaux lorsqu'il aura été constaté des faits de corruption. On retiendrait ainsi la qualification de délit d'abus de bien sociaux pour le corrupteur, et de recel d'abus de bien sociaux pour le corrompu.

167. On notera une autre illustration caractéristique du problème de la qualification juridique des faits constitués par certains actes de pollution du fait des proposés. Les juges de plus en plus engagent la responsabilité civile du dirigeant en raison des actes posés par leurs préposés. Il s'agit d'une violation du principe de légalité. Cette position peut se justifier si l'on considère l'acte du subordonné comme étant par fiction réputé être celui du maître lui-même. Le subordonné est assimilé à une machine que le supérieur met en mouvement. Si le premier commet un dommage, le second en est responsable ; *« qui facit per alium, facit per se* » on impute au supérieur l'acte du subordonné. Toutefois, un problème d'imputabilité peut véritablement se poser lorsqu'il est reproché aux proposés une infraction. Le Législateur OHADA ne traite pas de la responsabilité pénale du dirigeant pour violation à l'obligation de surveiller. Il consacre le principe selon lequel chacun est garant de son fait et que personne ne répond du fait d'autrui. Cela semble conforme à la façon dont, au moins, la loi pénale est codifiée, avec comme ligne de mire la personnalité des infractions, la théorie de l'imputation[687]. Le principe reste que « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* »[688]. Il importerait peu qu'aux yeux des parties prenantes ou du juge, le comportement du dirigeant poursuivi apparaisse immoral ou socialement dangereux ; en dehors de toute infraction caractérisée, le juge ne peut prononcer aucune sanction pénale[689].

---

684 On observera à ce propos que le délit d'abus de biens sociaux ne s'applique qu'aux dirigeants de SARL et SA. Voir également P-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU, op. cit., n°285, p.130

685 *Ibid*., n°285, p.130

686 Il a fait une bonne application des dispositions de l'Art. 891 AUSC. Voir le Jugement du 10 août 2000, Club des actionnaires de la SONATEL C/Cheikh Mbaye et autres, ohadata J-03-93, ; J. ISSA-SAYEGH, Répertoire Quinquennal OHADA 2000-2005, p.659, n°81

687 Cette perspective est contraire à la position de la jurisprudence française. Voir Cass. Crim, 7 décembre 1981, Bull. Crim. N° 525 - Cass. Crim, 28 février 1956, JCP 1956. II. 92304 : « la responsabilité pénale peut naître du fait d'autrui, dans les cas exceptionnels ou certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un subordonné Elle consacre certaines dispositions qui, sans méconnaître la règle, semblent cependant s'en écarter. Elle sanctionne expressément le dirigeant qui a la charge « de veiller, dans son entreprise, au respect de la législation dans son ensemble ». Cette position est conforme notamment aux dispositions de l'Art. L 4121-1 du code du travail concernant l'hygiène et la sécurité au travail. ».

688 Art. L 121-1 code pénal : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait »

689 Mal armées pour se prononcer sur le fond, les juridictions exercent en revanche un contrôle plus étendu sur la légalité des actes de gestion au regard du droit commun (national) de la responsabilité pénale.

B. L'option d'une disparité des statuts pénaux des dirigeants de sociétés commerciales dans l'espace OHADA

168. Le droit pénal des affaires de l'OHADA reste tributaire pour une large part du particularisme national dans la définition du statut du dirigeant et n'offre aucune réponse pénale harmonisée aux différentes atteintes à la RSE. Cela aurait pu aller dans le sens d'une rationalisation des statuts pénaux.

1. L'exclusion de la dimension sociétale du champ pénal de la compétence de l'OHADA

169. Il est vrai que le droit OHADA prévoie des sanctions appropriées destinées à protéger essentiellement les intérêts de la collectivité des associés ou actionnaires, seulement il ne prévoit aucune disposition, aucune sanction des activités préjudiciables aux règles du droit du travail et de la sécurité sociale ou à l'environnement qui sont considérées comme des matières parties intégrantes des droits positifs nationaux. Les États agissent de manière unilatérale[690] afin de prévenir, de sanctionner les auteurs et de garantir des processus effectifs de recours et de réparation pour les victimes d'atteintes aux droits sociaux et environnementaux. Des dispositions d'incrimination et de sanctions pénales sont adoptées[691]. C'est à la lumière des différents codes pénaux seuls que nous pouvons résoudre ce problème de disparité des régimes applicables. Sur la base de cette diversité résultant – de cultures, mœurs, niveaux de développement économique- la réprobation sociale serait plus ou moins acerbe en fonction du milieu et des intérêts protégés. Elle ignore des faits de crimes et délits nouveaux dont les atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement. À cette occasion, les atteintes ont des aspects transnationaux qui ne peuvent pas être réglés par les États membres pris individuellement. En ce sens, il serait intéressant pour l'OHADA de développer des critères minimaux acceptés sur lesquels les gouvernements, les sociétés commerciales et les autres parties prenantes peuvent évaluer la performance environnementale et l'acceptabilité des activités économiques. Ces critères

690 Suivant après ratification ou transposition de certains des instruments internationaux pertinents.

691 On peut noter que la mise en œuvre de la RSE repose pour une large part sur des normes contraignantes résultant en particulier du droit pénal en vigueur. En ce sens, la construction d'un droit pénal communautaire s'est faite par un empilement de normes d'origine étatique diverse, construites de façon sectorielle et fragmentaire.

seront, en vertu du principe de subsidiarité, être utilisés pour élaborer des normes nationales appropriées devant renforcer les dispositions communautaires. La lutte contre les déchets dangereux en constitue une illustration parfaite. En effet, si les législations nationales interdisent quasiment toutes[692], sans dérogation possible, « l'introduction, la production, le stockage, la détention, le transport, le transit et le déversement sur le territoire national des déchets toxiques et/ou dangereux sous toutes leurs formes »[693], c'est au niveau des sanctions qu'on peut noter des différences notables. Elles diffèrent d'un pays à un autre[694] avec de sanctions plus ou moins lourdes ayant vocation à être une réponse assez dissuasive pour la prévention et la protection de l'environnement. À ce jour, on aurait noté, sinon une impossibilité, du moins une difficulté de conciliation des droits pénaux nationaux à travers la technique habituelle de l'uniformisation.

2. Des statuts pénaux tributaires de particularisme national.

170. La politique pénale est restée dans l'OHADA un attribut essentiel des États et à ce titre, elle est une manifestation de leur souveraineté. Le droit de punir, excroissance de la compétence pénale est donc un droit régalien particulier ce qui justifie les réticences des États quant à son transfert à un organe non étatique. Ce caractère régalien recouvre, en matière pénale, à la fois la souveraineté normative et juridictionnelle des États membres. Ainsi, par exemple, à la lumière de l'article 67 de la Constitution sénégalaise[695]qui fixe les matières relevant du domaine de la loi, seul le parlement a compétence pour définir et sanctionner les infractions pénales. Elle s'intéresse à tout le champ pénal.[696] L'on voit que

692 Sauf en Guinée où la législation est différente des autres législations africaines et des Conventions de Bâle et de Bamako dans la mesure où elle n'interdit pas la production, l'importation ou l'évacuation de ces substances sur le territoire guinéen, mais les soumet «au contrôle et à la surveillance du service de l'environnement ».

693 Art. 1er de la loi camerounaise de 1989 ; mais aussi Art. 42 du code de l'environnement togolais, chapitre III et IV Titre IV de la loi algérienne de 1983.

694 Les dispositions de l'Art. 4 § de la loi camerounaise de 1989 consacrent des sanctions très lourdes. Elles prévoient de manière complètement disproportionnée la peine de mort pour « toute personne non autorisée qui procède à l'introduction, l'importation, le stockage [...] des déchets toxiques et dangereux ». Nous retrouvons également des sanctions assez moins sévères au Togo. Suivant les dispositions de l'Art. 98 du code de l'environnement du Togo, cette infraction est punie de la réclusion à perpétuité. On pourrait relever l'existence de peines plus modérées en Guinée où l'Art. 111 du code de l'environnement de Guinée (le plus modéré) prévoit une peine de 2 à 5 ans d'emprisonnement et/ou une amende de 100 000 à 1 000 F, contre 10 à 20 ans de réclusion et 10 à 50 000 000 FCFA au Congo.

695 Conf. Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001

696 Toutefois, dans le cadre de cette thèse, il conviendra d'entendre par champ pénal, essentiellement l'ensemble droit pénal (droit pénal de fond et éventuellement de procédure) et justice pénale dans le contentieux des affaires, parce que constituant les deux premiers éléments du champ pénal auxquels est confrontée l'OHADA.

l'utilité de telles dispositions est sans pareille car elles permettent d'une part d'avoir la même procédure partout sur toute l'étendue de l'espace intégré OHADA et d'autre part de réduire les obstacles juridiques, pratiques et autres qui pourraient amener à refuser l'accès aux voies de recours. Avec le développement économique, est apparu ce que l'on appelle communément le droit pénal des affaires susmentionné. La caractéristique principale de ce droit pénal des affaires serait de concerner des infractions se rattachant à l'entreprise. Mais quelque légitime et défendable que cela puisse être, une telle démarche aura pour conséquence, la mise en place d'une politique pénale malaisée, avec un champ pénal presque entièrement laissé aux États, option qui contraste fortement avec la volonté affichée d'intégrer le droit des affaires afin de bannir l'insécurité juridique de l'espace OHADA : une véritable incohérence[697]. Toutefois, des codes de l'environnement existent au niveau local mais, faute de règlements d'application ou de structures de contrôle, leur mise en pratique est faible. L'environnement juridique est ainsi favorable aux *auteurs d'infraction qui profitent des disparités entre les droits pénaux des États membres.* De fait, lorsqu'une institution régionale telle la CEMAC[698] ou l'UEMOA[699] adoptent des normes, les États ne prennent pas toujours les mesures nécessaires pour les rendre applicables sur leur territoire[700]. Le droit pénal entretiendrait donc des rapports de résistance ou de méfiance avec le droit communautaire OHADA. Par exemple, au Cameroun, il est possible de noter la consécration d'une aggravation de la peine[701]. Certains pays comme le Sénégal, en plus de la sanction pénale mettent en œuvre une répression administrative et une responsabilité civile. En réalité, il faut plutôt parler de droit répressif englobant ainsi le

697 La dispersion du droit pénal matériel est patente, parce que celui-ci est « disséminé » entre plusieurs frontières, surtout en raison de l'autonomie nationale des sanctions qui ressortissent exclusivement de la compétence de chaque État. Cette première situation de fragmentation rend difficile toute lisibilité du champ pénal matériel. En outre, à cette première dispersion géographique, il faut ajouter une seconde dispersion « matérielle » ou « disciplinaire » de ce droit pénal matériel, ce qui conduit à une parcellisation du droit pénal harmonisé. On aboutit alors à une dichotomie de la politique pénale. Ce système pénal adopté dans le cadre de l'OHADA ne garantit nullement un système de législation cohérent et ne contient nullement de règles de protection de l'environnement, de protection de consommateurs, des données à caractère personnel, etc.

698 Règlement n°09/05-UEAC-14 couche d'ozone qui a été réalisé en prenant en considération la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone.

699 L'initiative de l'UEMOA en adoptant l'Acte additionnel n°04/2001 portant adoption de la politique énergétique commune de l'UEMOA dont l'Art. 3 s'articule autour notamment de la préservation de l'environnement.

700 Exemple du Cameroun où il est difficile de trouver un règlement portant application du règlement de la CEMAC sur la couche d'ozone.

701 Selon les dispositions des Art. 333 et 334 de ceux-ci, le banquier, l'agent de change, le courrier et les mandataires sociaux sont passibles du double de la peine prévue, lorsqu'ils sont coupables de banqueroute frauduleuse.

droit administratif. Ils mettent à la charge de toutes les personnes privées l'obligation de respect des droits sociaux et de l'environnement. Des sociétés pourraient se spécialiser dans l'importation et la vente d'équipements électriques, électroniques et informatiques d'occasion pouvant être assimilés à des déchets (obsolètes ou en fin de vie dans ces pays occidentaux) provenant des pays européens et des États-Unis vers l'Afrique, sans que des actions correctives ou préventives soient engagées[702]. Il se pose donc le problème de l'harmonisation et de la cohérence de ces règles de droit des États membres qui se sont inscrits malgré la création de l'OHADA[703] dans une concurrence visant à attirer le maximum de capitaux étrangers en vue d'une rentabilité immédiate des investissements. Dans le domaine du droit de l'environnement comme celui des lois sociales, le paramètre compétitif repose essentiellement sur l'idée de la mise en concurrence des diverses lois nationales du fait de la mobilité de certains de leurs destinataires, les opérateurs économiques, « qui disposent du pouvoir de se soustraire à l'une pour se soumettre à l'autre au moyen d'un simple déplacement »[704]. A *contrario* du paradigme traditionnel de la subordination du marché au droit, « ce sont désormais les droits nationaux qui seraient soumis à l'arbitrage des opérateurs privés et facteurs de producteurs, investis, du fait de leur nouvelle mobilité, du pouvoir de mettre en compétition les décisions des législateurs étatiques »[705]. Un *statut quo* dans ce cadre pourrait renforcer les risques pour les pays membres de l'OHADA de devenir le lieu accueil d'activités industrielles hautement polluantes, sans être véritablement importateurs de déchets polluants.[706] La violation de cette interdiction a été à l'origine d'une catastrophe écologique les plus marquantes en

---

702 Ces e-déchets sont généralement exportés par des pays développés vers des pays en développement, fréquemment en violation de la Convention de Bâle, constituent un risque environnemental et sanitaire certes moins flagrant mais tout aussi avéré. Ces produits rapidement obsolètes et qui contiennent des composantes chimiques toxiques sont revendus ou jetés dans des décharges qui ne sont pas équipés pour traiter sans risque les déchets dangereux.

703 Elle a vocation à limiter la compétition législative entre les États membres.

704 H. MUIR WATT, « Aspects international du droit privé. Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et juridictions », Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 2004, p. 52.

705 *Ibid.*, p. 53

706 Suivant la Convention de Bamako de 1991, cette importation est soumise à une « interdiction d'importer/exporter des déchets dangereux en provenance/à destination de certains pays dûment spécifiés et de ne pas les immerger ou évacuer dans les fonds marins et leur sous-sol: Obligation de contrôler le volume de production des déchets et de promouvoir des méthodes de production propres; Obligation de gérer les déchets dangereux de façon écologiquement rationnelle; Obligation de limiter les mouvements transfrontières de déchets dangereux et de les soumettre à un système de notification préalable »

Côte d'Ivoire[707]. En tout état de cause, des règles communes devraient servir de cadre pour s'assurer que des industries étrangères fuyant les coûts de dépollution ne profitent du laxisme juridique et surtout du dumping environnemental pour polluer en toute impunité.

§ 2. La difficile unification des fondements de la responsabilité civile du dirigeant découlant de la RSE

171. La responsabilité du dirigeant définie dans les AU semble obéir aux règles communes de la responsabilité pour faute[708] génératrice de la responsabilité civile (A). C'est ainsi que le régime qui lui est appliqué s'avère généralement inadapté en matière de RSE lorsqu'il s'agit de déterminer un lien de causalité entre le fait personnel du dirigeant et les dommages invoqués (B), en vertu de la violation de l'engagement de la société commerciale.

A. De La notion de faute individuelle, fondement de la responsabilité civile du dirigeant

172. L'idée d'une reconnaissance de la responsabilité sociétale de la société commerciale peut être la trame de la responsabilité civile du dirigeant en intégrant à la fois une dimension réparatrice et surtout préventive. Dès lors, on peut interroger le critérium à partir duquel on peut apprécier, les modalités d'appréciation de la faute du dirigeant (1), d'autant plus qu'à terme, cette responsabilité aura tendance à déroger au principe de personnalité des fautes (2).

---

707 En 2006, l'entreprise multinationale de négoce en énergie et matières premières - et numéro trois du négoce pétrolier mondial - Trafigura cherchait en effet à faire traiter des déchets toxiques (contaminés au mercaptan et à l'hydrogène sulfuré, gaz nauséabonds et mortels à forte concentration, ndlr) issus du raffinage du naphta de cokéfaction qu'il lui fallait éliminer afin de pouvoir le vendre comme carburant. En juin 2006, après avoir tenté à plusieurs reprises, sans succès, de se défaire de ces déchets, Trafigura a pris contact avec une entreprise néerlandaise, Amsterdam Port Services (APS), qui a accepté de les prendre en charge. Mais cette dernière a constaté qu'ils étaient plus contaminés que prévu et a augmenté le prix du traitement en conséquence. Trafigura a refusé de payer et fait recharger les déchets sur son navire, le Probo Koala, qui prendra ensuite la route de l'Estonie, du Nigeria, puis de la Côte d'Ivoire. Le 19 août 2006, le Probo Koala fait escale au port d'Abidjan, la capitale. C'est la société ivoirienne Tommy qui prend en charge le traitement et l'épandage des déchets à bas prix alors que Trafigura savait pertinemment que cette toute jeune société n'avait pas l'expertise requise pour les évacuer. Le jour même à Abidjan, Tommy déverse plus de 500 mètres cubes de déchets dangereux, à ciel ouvert, dans la décharge d'Akouédo à Abidjan ainsi que dans une vingtaine d'autres sites publics autour de la ville.

708 Les auteurs s'accordent pour admettre que, dans le silence de la loi, la responsabilité des dirigeants de SNC et de SCS est fondée sur le droit commun de la responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle. Il n'existe pas de règles exclusives de la responsabilité des dirigeants ; on assiste à une articulation entre les règles de responsabilité du droit des sociétés et celles de droit commun.

1. L'exigence d'un manquement aux obligations légales résultant d'une faute détachable

173. La faute de gestion est considérée comme une condition de la responsabilité des dirigeants sociaux. Cette faute est appréciée en fonction des circonstances et concerne ce qu'un auteur a appelé « les imprudences, les négligences ou déloyautés, voire les inactions »[709]. Elle s'apprécie également en fonction du moment de sa survenance. Nous avons plusieurs critères d'appréciation.

a- Une faute appréciée en fonction des circonstances en cause.

174. L'appréciation de la faute en fonction des circonstances peut soumettre la faute à une certaine subjectivité, surtout lorsqu'il s'agit de sanctionner un manquement à une promesse[710]. L'OHADA n'intègre pas l'action non fautive et de l'abstention fautive, qui aurait permis de sanctionner le dirigeant qui ne respecterait pas la RSE. Si le dirigeant n'a pas agi dans les occasions où il doit le faire, on peut employer à son encontre le terme de faute. Mais il apparaît qu'en matière de RSE, c'est une abstention fautive dont il est question. Il n'y a abstention fautive, en principe, qu'en cas de manquement par le dirigeant à une obligation préexistante d'agir de la société commerciale dont il est mandataire. L'abstention fautive peut être définie, pour reprendre la formule très connue de M. Planiol, comme « un manquement à une obligation préexistante »[711] d'agir. L'abstention fautive peut ne pas avoir des conséquences sur le terrain de la responsabilité soit parce qu'il n'y a pas eu de préjudice, soit parce qu'il n'y a pas eu de lien de cause à effet entre l'abstention fautive et le fait personnel, soit enfin parce que la violation de l'obligation d'agir par une abstention intervient dans un domaine où la responsabilité juridique du dirigeant est à engager pour faute. La raison en est que l'abstention fautive peut sanctionner le refus d'adopter un comportement matériel. On peut citer entre autres, la carence à exercer des contrôles sur les activités de la société commerciale. À ce titre, il est difficile de trouver un

709 F.TERRE, Ph.SIMLER, Y.LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, op.cit., n°846, spéc., p.818

710 La RSE se fonde pour l'essentiel sur des engagements volontaires sont obligatoires juridiquement, alors qu'il est constant qu'« une obligation ne naît pas d'une simple promesse », mais résulte de l'autorité seule de la loi, ou nait d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Ce manquement invoqué en ce sens doit être le fait d'une faute ou d'une illégalité. En principe, en droit des sociétés, l'illégalité est la « méconnaissance d'une règle de droit constitutive de la légalité et s'imposant comme telle aux dirigeants ». Par conséquent, toute illégalité n'est pas constitutive d'une abstention fautive pour la simple raison que des actes positifs peuvent être jugés illégaux et être annulés

711 Cette définition= de Planiol de la faute a été citée, entre autres, par J.-F. BRISSON et A. ROUYERE, « Droit administratif », Montchrestien, Paris, 2004, p.567.

régime unitaire pouvant être applicable à tous les dirigeants. La difficulté pourrait venir du fait que les seules données qu'on pourrait avoir seront des faits externes et divers. L'autre difficulté serait liée à l'application d'une règle qui ne serait pas la même pour tous les dirigeants pris dans les mêmes circonstances et enfin le caractère que doit nécessairement avoir toute règle de droit, celui d'être connue à l'avance et de l'être ainsi de tous. L'appréciation *in abstracto* semble seule satisfaire à ces conditions.

175. Il s'y ajoute que la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant pour non-respect des contrats unissant la société et les parties prenantes (travailleurs, fournisseurs, etc.), se heurte à une irresponsabilité[712] du dirigeant. Les tiers cocontractants de la société doivent prouver que le dirigeant avait commis à leur égard une faute extérieure à la conclusion et à l'exécution du contrat.[713]La faute ainsi détachable des fonctions est admise en cas de dépassement des pouvoirs, en cas de dol dans l'exécution du contrat[714], « lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales »[715]. Cette position de la jurisprudence française sera difficilement acceptable au regard du droit OHADA qui ne fait pas la distinction entre les degrés de fautes des dirigeants pour leur imposer la réparation des dommages subis par les actionnaires et par les tiers. On en est arrivé à considérer qu'ils sont plus fautifs d'être passif qu'ignorant ou incompétent[716]. En ce sens, la responsabilité qui en découle devrait être, selon nous, partagée avec ceux qui choisissent les dirigeants, c'est-à-dire les associés. Certains auteurs contestent toutefois cette perspective qui tend à sanctionner plus l'inaction que l'incompétence, car le fait d'accepter des fonctions requérant une certaine compétence constitue un acte générateur de responsabilité[717]. Or, il est sûr que l'existence d'un statut professionnel des dirigeants de société permettrait de fixer un seuil minimal de compétence à observer et donc de responsabilité correspondante et adéquate. La faute devra être aussi appréciée en fonction du moment de sa survenance.

712 L'existence du contrat limite ou annule quasiment la responsabilité civile des dirigeants, même si les actes de gestion posés par eux portent préjudice aux intérêts des tiers, en particulier les créanciers de la société.

713 Cass.com. 8 oct.1998, RTD civ.1989, p.86, obs. P. JOURDAIN; Rev. Sociétés 1989, p.213, note A. VIANDIER.

714 Cass.com.28 avril.1998 précité

715 Cass.com.20 mai 2003.Bull.civ. IV. n°84 p.94 ; JCP, éd. G,2004, chron. I,101, p.23, obs. G. VINEY

716 J.P. BERDAH, *Fonctions et Responsabilités des dirigeants de sociétés par actions* - Sirey 1974 p.261 n°200.

717 *idem*

b- Une faute du dirigeant appréciée en fonction du moment de sa survenance

176. Le fondement de la responsabilité civile du dirigeant peut varier selon le moment auquel son fait générateur s'est produit. Ainsi on distingue selon que la société est *in bonis* ou selon qu'elle est en difficulté. La responsabilité civile des dirigeants des sociétés *in bonis* envers la société et les actionnaires naît des manquements aux multiples dispositions légales, de la violation des statuts[718] qui imposent les devoirs de loyauté et de diligence. Il s'agit d'obligations absolument générales et gouvernant toute action des dirigeants quelles que soient les circonstances[719]. Ainsi, le dirigeant « est responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ». En effet, aux termes de l'article 161 AUSC « chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ». Cette responsabilité du dirigeant social tire son fondement de la faute entendue au sens du droit commun, mais avec la particularité que celle-ci est commise dans l'exercice des fonctions. Dans ce cadre, il s'agit alors de la faute de gestion qui doit être entendue comme le manquement commis par le dirigeant à ses devoirs de direction de contrôle d'administration de l'entreprise et de décision. Lorsque cette faute émane d'un dépassement de ses fonctions, elle devient une violation des statuts de la société qui s'entend du dépassement ou de la méconnaissance de l'intérêt social et de l'objet social.

177. Cette responsabilité du dirigeant social a comme fondement la faute de gestion ou le manquement aux statuts lorsqu'elle est recherchée alors que l'entreprise est *in bonis*. Elle engendre contre le dirigeant l'action individuelle ou l'action sociale. Dans la mesure où la responsabilité naît de toute faute, il suffira qu'il y ait eu un devoir auquel il a été manqué. On peut ainsi tirer un moyen de caractériser la faute, de sa relation avec le devoir. Si on vient à comparer la faute au devoir, on trouve que l'un des éléments du manquement au devoir, à savoir l'absence de la diligence requise pour l'accomplir, peut varier avec la notion du devoir lui-même, encore que ce soit dans un rapport différent[720]. Dans ce cadre, l'OHADA a consacré la responsabilité du dirigeant en raison des fautes commises dans sa fonction et sa gestion. Ainsi, même si le terme fonction est plus neutre que celui de

718 La faute de gestion violant l'AUSCGIE, viole en même temps les statuts car ceux-ci se contentent souvent de reproduire les dispositions de l'AUSCGIE.

719 A. TUNC, Le droit américain des sociétés anonymes, p.138. n°78

720 Si en effet le devoir est très facile à accomplir, l'individu n'aura à exercer qu'une diligence très minime, et plus cette diligence sera minime, plus l'individu qui y aura manqué aura dû être négligent. Si au contraire le devoir est un devoir très spécial et fort difficile à remplir, il exigera une diligence d'autant plus grande, et une attention d'autant plus scrupuleuse : la négligence ici, aura été très minime.

gestion, la fonction du dirigeant social étant de gérer la société. Cette notion n'a pas été définie par les différentes législations nationales encore moins par le droit OHADA.

178. La faute de gestion est celle qui entraîne de mauvais résultats pour l'entreprise. Elle s'apprécie en fonction des obligations du dirigeant et qui sont attachés à son statut. En effet, la faute de gestion signifie non seulement une gestion incompétente mais aussi déloyale, imprudente, ou négligente[721]. Dans ce cas, le dirigeant s'expose à la réparation du dommage qu'il a causé sur les fondements du droit commun[722]. En France, par contre le dirigeant est civilement responsable à l'égard de toute personne, en application des articles 1382 et 1383 du Code civil. La mise en œuvre de cette responsabilité exige d'établir que le dirigeant a commis une faute préjudiciable à autrui. Pour s'exonérer, le dirigeant impliqué doit faire la preuve qu'il a apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaire[723]. Il s'agit d'une responsabilité de droit commun ; il y a une indifférence de la qualité de dirigeant de droit ou de fait.

179. D'un autre côté, lorsque la société est en difficulté, cette faute génère une responsabilité aggravée[724]fondée sur les manquements à l'AUPCAP[725], pour les dirigeants personnes physiques ou morales, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes[726]. À ce titre, les fautes de gestion ayant justifié l'ouverture de procédures collectives tombent à la fois sous le coup de la faillite obligatoire[727], de l'extension de la procédure collective au dirigeant[728] et de l'infraction d'abus des biens et du crédit social[729]. C'est ainsi que le dirigeant peut subir des sanctions patrimoniales et professionnelles lorsque l'entreprise est en cessation de paiement[730]. Si la faute seule peut donner lieu à une action au sujet d'un dommage causé, on conçoit qu'il importe de déterminer soigneusement

721 Le défaut de surveillance par un dirigeant de la gestion sociale fut considéré comme fautif.

722 Il s'agit de la réparation conformément à l'Art. 1382 du Code civil qui dispose : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

723 Art. 1027 du Code des Obligations Civiles et Commerciales

724 G. RIPERT, R. ROBLOT : « Traité de droit commercial » Tome 1, LGDJ, 17e édition, 1998, p. 1311 et 1312.

725 Art. 1024 et s. du COCC et les Art.s 194 à 199 et 228 et 231 de l'AUPCAP

726 Art.194 AUPCAP

727 Art. 196 de l'AUPCAP

728 Art. 189 à 193 de l'AUPCAP

729 Art. 891 de l'AUSCGIE

730 Par « cessation des paiements », il faut entendre « l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible », Conf. Art.1-3.AUPCAP.

certaines hypothèses où la faute n'apparaît pas comme la cause du dommage. C'est ce qui a lieu lorsque l'accident arrive indépendamment de la liberté humaine, c'est-à-dire lorsqu'il y a « cas fortuit », « force majeure » est tout l'opposé d'un acte humain. Le caractère essentiel de tels événements est que leur existence n'a pu dépendre de la personne à qui on les oppose. Chaque fois qu'un de ces événements aura lieu, ce sera une question de fait que de savoir si dans les circonstances données il a été au pouvoir de l'individu de prévoir et d'empêcher ce qui est arrivé. Cela est d'autant plus important que de plus en plus la responsabilité des dirigeants est engagée en dehors du principe de personnalité des fautes.

2. La difficile émergence d'une responsabilité unifiée pour faute du dirigeant dérogeant au principe de personnalité des fautes.

180. C'est naturellement que le dirigeant qui engage une personne à son service doit assumer volontairement un risque dont il doit répondre[731]. Seulement, l'OHADA est silencieux sur la qualité de « patron » du dirigeant et ne consacre pas la responsabilité du fait des préposés, encore moins la responsabilité du fait des choses. Le dirigeant sera soumis alors au droit civil qui consacre les différents régimes de la responsabilité civile, du fait personnel, du fait des choses et du fait d'autrui. Il s'y ajoute aussi que même si nul n'est censé ignorer la loi, les dirigeants ne savent généralement pas forcément de quel régime spécial ils relèvent.

a- La non reconnaissance de la responsabilité civile du dirigeant commettant pour risque professionnel

181. Du point de vue de la prévention, il est probablement utile que le dirigeant soit responsable des fautes commises par ses préposés ; La nature des fonctions du dirigeant est telle qu'il est raisonnable d'engager la responsabilité du dirigeant alors même que la faute d'autrui ne saurait l'obliger du point de vue des Actes uniformes. Cette responsabilité porte sur le dommage causé « dans les fonctions auxquelles » il a employé le préposé. Il s'agit d'une dimension importante dans un contexte où l'obligation d'agir du dirigeant reste à être identifiée et à délimiter. En effet, par exemple, en raison de ses fonctions les actes d'autrui, en l'occurrence le préposé, sont au pouvoir du dirigeant, qui a même une obligation formelle de surveiller et de réprimer, autant qu'il lui sera possible, les actes de

731 D. MARTIN - Droit civil et commercial sénégalais - NEA-Dakar Abidjan - Lomé 1982 P.91 n0362.

son personnel. Cette responsabilité vise à réparer le dommage[732] injustement causé à une personne. C'est dans le domaine des accidents du travail que s'est le plus vite fait sentir la nécessité d'accorder au salarié blessé, ou à sa famille en cas de mort, des indemnisations sans considération des fautes. Il en sera ainsi toutes les fois que le droit du travail, les conventions collectives, la loi, ou toute autre cause auront créé un rapport de supériorité et d'obéissance entre le dirigeant et les personnels ; dans ce cas, le supérieur, c'est-à-dire le commettant ou dirigeant pourra bien se trouver responsable de l'acte de son subordonné, mais ce sera en réalité de son manquement à sa propre obligation de surveiller qu'il répondra[733]. Aussi « le commettant est encore responsable lorsque le préposé a agi, moins apparemment, dans l'exercice de ses fonctions », on parle d'exercice apparent de fonctions[734]. Toutefois, en cas d'abus de fonction, un lien de causalité ou de connexité avec l'exercice des fonctions suffit à rendre le commettant responsable[735]. En l'occurrence, dans l'appréciation de la conduite des dirigeants qui sont employeurs, du moins patrons, on tient compte ici de leur statut professionnel de spécialistes[736].

182. De surcroît, le dirigeant pourrait se poser la question devant les différentes évolutions de la responsabilité, de savoir si sa responsabilité résultant de ses fonctions pouvait « embrasser une dimension préventive, c'est-à-dire devenir le fondement d'actions visant à empêcher la poursuite d'activités susceptibles d'occasionner des dommages graves et irréversibles »[737]. Toutes ces dynamiques ont l'avantage d'influer sur le statut et les conditions du dirigeant, mais surtout sur la sécurité des parties prenantes de la société commerciale. En effet, le dirigeant doit prévoir en principe les causes, non pas seulement habituelles, mais même simplement possibles des accidents qui peuvent être pour ses employés la conséquence des travaux auxquels il les emploie, et prendre les mesures propres à les écarter[738]. À défaut, il commet une faute. Il s'agit d'une faute relative à l'obligation légale commise à l'occasion d'un contrat, de travail, de prestation, sans pour

732 Sur le dommage, voir G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, *Les conditions de la responsabilité civile*, sous la dir. de GHESTIN, 3e éd., L.G.D.J., 2006, n° 248 et s ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations,* 9e éd., Précis Dalloz, 2005, n° 697 et s.

733 Art. 146 COCC

734 Art. 147 COCC

735Art. 148 : Abus de fonction

736 La conduite du patron en tant que chef d'industrie, d'entreprise doit être appréciée en prenant comme critérium la conduite ordinaire d'un patron soigneux et attentif, la conduite de l'ouvrier d'après celle d'un bon ouvrier soigneux de la même catégorie : dans le cercle de leur profession, ils doivent apporter à leur obligation légale de ne léser personne la diligence ordinaire d'hommes de leur métier.

737 J. ROCHFIELD, Les grandes notions du droit privé. PUF.2013. p.511.

738 Dijon, 27 avril 1877. Dall., 1878, I, 297. — Cass., 7 janvier 1878. Dall., 1878, I, 297 qui confirme l'arrêt précité de Dijon.

cela que la faute cesse d'être extra-contractuelle[739]. Il semble à ce propos que les seuls accidents qui puissent être juridiquement rattachés à la notion d'un risque présenté par l'exercice d'une profession, soient les accidents, qu'on peut bien à la vérité prévoir, qu'on pourrait peut-être empêcher, mais que les circonstances rendent inévitables et indépendants de la volonté et de l'activité humaine. D'ailleurs, l'obligation de surveillance, imposée par la loi, résulte encore du fait de commettre une personne à une fonction qu'elle exerce en notre nom : dans ce cas, le commettant doit veiller sur la conduite de son préposé dans l'affaire dont il le charge, et si, dans l'exercice de ses fonctions, ce dernier commet quelque dommage, lui, commettant, est présumé avoir manqué à son obligation de surveillance.[740]

183. En tout état de cause l'intérêt de la question se fait sentir notamment au sujet de la preuve ; on verra en effet, par la suite que c'est à la victime d'un dommage quasi délictuel qu'incombe la preuve de la faute de celui qui l'a commise, tandis que le créancier d'une obligation conventionnelle n'ayant à prouver que l'existence de celle obligation, c'est au débiteur qui y a manqué à prouver que son inexécution ne lui est pas imputable[741].

b- La responsabilité du dirigeant pour risque de préjudice du fait des choses utilisées ou produites

184. Dans l'hypothèse où on engage la responsabilité du dirigeant du fait des choses, une autre conséquence résulterait alors de ce qu'on ne peut imputer à une personne un événement qui n'a pas été en son pouvoir ; c'est qu'on ne saurait jamais en principe être responsable que de ses actes personnels, et par là que de ses fautes propres. Il convient par ailleurs de remarquer que l'événement qu'il n'a appartenu à personne d'empêcher peut avoir

739 Un dirigeant employeur, tout en exécutant ce qu'il a promis par la convention, peut commettre un manquement, non pas à cette obligation contractuelle qu'il s'est créé, mais à l'obligation légale générale de ne léser personne.

740 La règle « *respondeat superior* » s'applique, dans toutes ces hypothèses, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le dommage a été causé à un tiers ou à un autre préposé du même commettant. Il importe peu également que le commettant soit une personne physique ou une personne morale dirigeant. L'obligation de surveillance vient s'ajouter celle de faire un bon choix de son préposé. C'est ainsi que, lorsqu'un accident est dû à la faute d'un employé, comme le patron est responsable de ses préposés, c'est-à-dire du choix qu'il en fait et de la surveillance qu'il exerce sur eux, il pourra être soumis à une action de ce chef. Voir Art. 1384. C. civ. Français.

741 Si c'était par l'effet du contrat que le patron est astreint à veiller à la sécurité de l'ouvrier, d'où viendrait pour lui l'obligation de veiller à la sécurité de ses voisins, des tiers, des étrangers à l'usine ? N'est-ce pas la même obligation que vis-à-vis de ses ouvriers ? Si un accident se produit dans le travail et s'il blesse un passant, c'est bien pour avoir commis une faute quasi-délictuelle que le patron peut être actionné ; or, si dans le même accident un ouvrier est atteint, n'est-ce pas la même faute qui lui a causé un dommage ? Il semble alors bien curieux que, dans les mêmes circonstances, le même fait ne produise pas les mêmes effets. On fera observer que l'obligation de réparer le dommage ainsi causé, n'est pas une obligation *originaire, principale*, mais seulement la sanction du devoir « *neminem loedere* » imposé par la loi. Voir à cet effet Art. 1382 du Code civil.

été accompagné ou suivi de quelque faute qui en ait aggravé les résultats[742]. Dans ce cas, la responsabilité prend naissance non pas de l'événement lui-même, mais de la faute[743]. Toutefois, la prise en compte des conséquences à long terme de l'impact des activités d'une société ouvre un vaste champ de responsabilité, encore non exploré par le législateur OHADA. L'enjeu en l'espèce c'est d'empêcher la poursuite d'activités susceptibles d'occasionner des dommages graves et irréversibles. En l'espèce, on peut se demander, au regard notamment du droit de l'environnement, si l'on peut engager la responsabilité du dirigeant du seul fait qu'il exploite industriellement des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles, ou fait des opérations de manufacture, de transport et de télécommunication ou encore de diriger enfin une exploitation quelconque, où il est fait emploi d'un outillage présentant des caractéristiques données. Si l'on se place sous l'angle des principes de prévention et de précaution, la réponse peut être positive. Relativement au principe de prévention, elle s'applique lorsque les risques sont avérés, tandis que le principe de précaution s'intéresse aux risques potentiels et vise la mise en place de mesures de prévention des risques, lorsque la science et les connaissances techniques ne sont pas à même de fournir des certitudes, principalement dans le domaine de l'environnement et de la santé[744.] L'évolution des idées sur le stockage des déchets [radioactifs] offre un exemple où la réversibilité s'est imposée de manière absolue : après avoir envisagé un enfouissement définitif à grande profondeur, on est revenu et presque partout dans le monde, à étudier des stockages souterrains réversibles. Mais on connaît fort mal leur comportement à l'échelle du temps, sinon on ne ramènerait jamais à l'état de non-être ces opérations irréversibles[745]. Ainsi donc, l'irréversibilité de maints processus obéissants à la loi de l'entropie et dont le dirigeant social est l'enclencheur, oblige en effet à élargir la notion de responsabilité. En France, la loi n° 95-101 du 2 février 1995 (dite loi Barnier)

742 C. civ. art. 1881 et 1882.

743 Domat, Lois civ. Ie Part. II, t. XI.

744 Sur la notion de précaution, in http://www.toupie.org/Dictionnaire/Principe_precaution.htm (consulté le 27 septembre 2013)

745 Dans ce cadre, nous avons les forêts de la Casamance issues de processus biologiques pluriséculaires sinon millénaires, sont happées en quelques minutes par les machines géantes des compagnies finlandaises ou malaises de déforestation ; se renouvelleront-elles jamais ? Avec l'épuisement de la ressource halieutique, soit les masses poissonneuses, c'est à l'épreuve du temps moyen-long qu'est confrontée la « surpêche ». Mais ce temps long n'est pas une entité abstraite à laquelle il faudrait tout sacrifier : les pêcheurs fourvoyés ont droit à des alternatives. La pollution des nappes phréatiques, ainsi en Europe occidentale, est issue de l'agriculture chimique intensive et donne la mesure temporelle de son échec. Les intrants injectés en surabondance dans l'humus n'ont gagné que très lentement le sous-sol et souillé les nappes, dont la capacité de filtrage avait longtemps résisté. Presque irréversible, la dégradation de ces nappes devenues impropres à la consommation humaine ne s'effacera qu'à un horizon temporel très lointain.

relative au renforcement de la protection de l'environnement énonce ainsi le principe de précaution : « *l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ». C'est là des principes qui répondent mal à la définition actuelle de la faute, d'après laquelle c'est un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit[746]. Comme il ne peut y avoir de faute sans que le devoir ait existé ou ait été violé, la proposition ci-dessus énoncée revient à dire qu'il y a un devoir qui nous oblige à n'entreprendre jamais aucune industrie, ce qui ne peut se soutenir. Dans la mesure où la fonction de la responsabilité civile est avant tout de garantir la réparation de dommages existants, nous serions tentés de répondre qu'elle ne se rapporte pas aux mesures à prendre à titre préventif pour empêcher la réalisation de dommages futurs. Or, de ce que le risque professionnel n'est pas une faute, on se trouve amené à conclure qu'il ne saurait engager la responsabilité. L'attention devra être portée également sur la notion de dommage.

B. Du caractère inadapté des conditions juridiques d'existence objective et subjective du dommage subi

185. La nature des dommages tels ceux environnementaux et sanitaires[747] ébranle les notions de « certitude » et « prévisibilité » qui constituent le point d'ancrage de la causalité et de la faute. Face aux difficultés relevant de la pratique judiciaire nationale, comment appréhender juridiquement ces dommages ? Le législateur OHADA[748] opère une spécification des préjudices générateurs de la responsabilité pour le dirigeant et susceptibles d'être réparé. Les exigences de la RSE appellent une nouvelle configuration de la responsabilité orientée principalement vers la responsabilité préventive, au-delà de la

746 Art. 119 COCC

747 François Rousseau, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des « scandales sanitaires », Droit pénal n°5, mai 2013, étude 11 et de Luca D'Ambrosio, « L'affaire italienne Eternit : quelles leçons ? », in. K. Martin-Chenut et R. de Quenaudon (dir.), Développement durable : métamorphoses et mutations de la responsabilité, Pedone 2015.

748 Le législateur OHADA s'est inscrit dans une dynamique de consécration de la règle de l'influence de la nature du préjudice sur le régime de l'action en responsabilité des dirigeants, sans consacrer un véhicule de procédure civile qui permettrait d'englober l'ensemble des préjudices, même « écologique ». A juste titre, peut-être.

réparation[749]. Elle a ainsi vocation à étendre le champ temporel du dommage et remettre en cause sa certitude.

1. La propension à l'extension du champ temporel du dommage causé par la société dirigée par le dirigeant

186. La reconnaissance de la RSE comme structurant la responsabilité du dirigeant a vocation à recevoir un accueil peu enthousiaste dans la mesure où le dirigeant serait confronté à la perte de repère temporel de sa responsabilité, alors que les actes de gestion et de direction qu'il pose se caractérisent par leur indifférence sur toute possibilité d'aggravation de sa responsabilité civile.

a- L'indifférence de l'irréversibilité des actes de gestion sur l'aggravation de la responsabilité civile

187. Le temps, dont le devenir social doit reconnaître le primat à la fois comme moment, comme champ singulier qu'il faut saisir au vol, et comme durée au long de laquelle s'inscrivent toute activité, toute analyse et toute situation. Il est restrictivement circonscrit par le droit de la responsabilité civile qui reste linéaire et inerte. Un auteur considérait que « c*e serait infini pour le droit de rechercher les causes des causes, et les origines de chacune d'elles ; aussi le droit se borne-t-il à la cause immédiate et juge-t-il ainsi les actes commis, sans remonter plus haut* ». Les actes présents de direction du dirigeant social ont des effets différés et irréversibles. Il ne commet aucune faute en ne prenant pas en compte le caractère irréversible de ses décisions et actes de gestion dès lors que la société obtient des performances. Faute d'agir sur les causes de cet emballement, le dirigeant amène ainsi par ces décisions les parties prenantes et l'environnement à subir à l'avenir le déchaînement des éléments, des catastrophes irréversibles. À ce propos, un auteur a fait observer que « *la notion de catastrophe relève des causalités complexes[750], qui sont identifiables par deux indices : le recours systématique et indispensable à l'expertise et le fait que les interactions prouvées ou potentielles entre le dysfonctionnement technique ou technologique et des erreurs humaines qui ne sont pas atténuées par des procédures*

749 La responsabilité civile est essentiellement dominée par l'idée de justice commutative, le but étant l'indemnisation du préjudice.

750 Ex: l'atteinte à l'environnement. Les causalités complexes y mettent en jeu l'écosystème (les pollutions graduelles et diffuses de l'air, de l'eau proviennent de causes multiples : il est difficile de prouver le lien causal entre l'activité du défendeur et la pollution en question). In http://www.studility.com/?q=node/121&page=5 (consulté le 25 septembre 13)

adéquates de sécurité »[751]. Cela dit, malgré la complexité, la faute n'est pas toutefois exclue. Le dommage qu'elle cause peut-être futur. Or, certains auteurs considèrent que par définition « le dommage futur « *même n'existe pas et par conséquent il ne devrait pas donner lieu à une action en responsabilité avant sa réalisation* »[752]. C'est ce qui fait dire à un auteur qu'« *en principe un dommage futur ne justifie pas une action en indemnité* »[753]. Pour autant le COCC considère que le dommage peut être futur et bien sûr non éventuel[754], sans postuler que le préjudice futur est une circonstance aggravante d'un mal présent[755]. La faute peut ainsi être déclarée « *causa proxima* » du dommage. Il semble bien qu'on puisse dire qu'il en sera ainsi toutes les fois que le dommage sera la suite nécessaire de la faute, et qu'il ne pourra avoir d'autres causes. [756]. Il se contente donc de la source immédiate et refuse de remonter au-delà. Il devra déterminer la relation causale qui donc est une conséquence naturelle de la faute, qui est l'élément central. On recherchera notamment la relation entre l'activité dangereuse, la décision qui l'a autorisée et les dommages survenus à proximité. Il aurait fallu que le dirigeant intègre dans sa stratégie de poursuite de l'intérêt social, la réserve de réversibilité qui apparaît ainsi comme « le complément et le prolongement de la démarche séquentielle et comme une modalité opératoire de plus du principe de précaution ». À cet effet, la prise en compte de la faute peut empêcher l'engagement de la responsabilité du dirigeant. Le dommage pourra pallier cette difficulté. Pour qu'un acte de gestion ou de direction résulte de la faute, il faut, comme en toute autre matière, qu'il en résulte un préjudice. Cela dit, avec les préoccupations liées à la RSE, cette perspective présente cependant quelques difficultés, car il reste à se demander quelle relation doit exister entre la faute et le dommage, et si, toutes les fois qu'un dommage de nature sociale et sociétale pourra être rattaché même de très loin à une faute du dirigeant, il y a lieu d'accorder une action à la victime. L'indifférence de l'irréversibilité est accentuée par les délais de prescription. Dans l'espace OHADA comme en France, la prescription est

751 C. LIENHARD, « Pour un droit des catastrophes », Rec. Dalloz, 1995, p. 91.

752 L. DUCHARME, « la réparation du préjudice futur, » Les Cahiers de droit, Volume 4, Number 1, May 1959, p. 5-16 in http://id.erudit.org/iderudit/1004124ar (consulté le 25 septembre 13)

753 H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 5è éd., Paris, Dalloz, p. 97, no. 139.

754 Le préjudice futur s'oppose au préjudice éventuel en ce que le premier se réalisera nécessairement tandis que le second ne se réalisera que si certaines conditions sont posées.

755 En tant que telle, susceptible de réparation anticipée, si on a la-certitude qu'il se réalisera. Il reste

756« *Si les événements démentent complètement et durablement les prévisions qui ont fondé la décision du dirigeant (de faire aussi bien que de s'abstenir), il n'est certes nullement obligé de l'annuler en tout ou en partie sans pertes excessives, le plus longtemps possible. Mais, on peut découvrir un critère de la relation causale que le droit puisse retenir comme condition de la responsabilité du dirigeant. On s'intéressera en l'espèce de l'événement le plus proche dans le temps. Toutefois, ce serait pour le droit une tâche infinie de juger les causes des causes et les actions les unes sur les autres »* F. Bacon (XVI-XVII) (inédit)

de trois ans à partir du fait dommageable ou de dix ans, si la faute a été dissimulée de sa révélation, sauf en cas de crime.[757]La prescription de l'action est identique à celle de l'action publique. Initialement, elle était de trente ans, ce qui poussait les dirigeants incriminés à invoquer une faute pénale pour bénéficier de la prescription réduite de l'action publique[758]. Le droit ne peut ignorer l'écoulement du temps. Lorsqu'il s'agit de préciser le statut du dirigeant adossé à la responsabilité des sociétés commerciales la difficulté est de de savoir quelle place il peut lui donner. Cette interrogation est d'autant plus actuelle que les conditions de la responsabilité sociétale restent extrêmement en pratique délicates à anticiper.

b- Le dirigeant confronté à la perte de repère temporel de sa responsabilité

188. La temporalité du dommage saisi par le législateur OHADA[759]ne correspond pas aux exigences attachées à la prise en compte de la responsabilité sociétale. La RSE « induit une modification profonde de l'appréhension de la durée car il repose sur une lecture du temps qui ne peut se réduire au seul présent ni s'affranchir du long terme »[760]. À ce niveau, on a bien alors affaire à une discordance explicite, qui se cristallise sur le type de dommage pouvant être reproché au dirigeant et la forme de temporalité qui lui correspond. En raison de la propension des systèmes de responsabilité à ériger le présent en valeur cardinale, il est difficile de considérer la possibilité d'engager la responsabilité pour des dommages dont la survenance est probable. En effet, l'émergence de préoccupation sociétale devant être prise en charge par la société commerciale amène à revisiter notre perception de la durée comme *« un espace tridimensionnel où le passé, le présent et le futur entrent en*

757 Arts 1383 COCC et 247 L.1966. Ces délais s'appliquent à toutes les actions : sociales et individuelles.

758 La prescription de l'action sociale était liée à celle de l'action publique, le législateur trouvant scandaleux qu'une personne poursuivie civilement en réparation d'une infraction que les tribunaux ne pouvaient plus réprimer.

759 En France, l'Art. L. 152-1 du code de l'environnement prévoit une prescription de trente ans à compter du fait générateur. Or, en la matière, le dommage peut n'apparaître que des années plus tard. Ainsi, les conséquences de la pollution d'une source peuvent survenir plus de trente ans après la contamination, et la question se pose alors de savoir s'il n'était pas pertinent de fixer le point de départ d'une prescription à compter de l'apparition du dommage et non pas du fait générateur. Dans cette perspective, le rapport entre le dommage avec le fait qui l'a occasionné doit-il être direct, immédiat ; faut-il que le fait ait directement occasionné le dommage ; encore faut-il que le dommage soit la cause indirecte et éloignée, en un mot la cause occasionnelle ? Voilà quelques interrogations qui impactent considérablement sur les conditions d'engagement de la responsabilité du dirigeant social. Elles peuvent trouver réponse dans l'identification de la temporalité de la responsabilité telle que saisie par le Législateur et qui est de plus en plus bouleversée par les exigences de la RSE.

760. Sur la notion, voir http://www.encyclopedie-dd.org/encyclopedie/developpement-durable/le-developpement-durable-victime.html (consulté le 9 aout 2013)

résonance »[761]. Cette référence au temps qui s'inscrit à l'horizon de l'avenir comme du passé est stimulante sinon indispensable, pour saisir dans leur mouvement profond les responsabilités du dirigeant et l'inscrire dans une contribution durable au développement de la société commerciale, en faveur de ses parties prenantes[762]. Si l'on accepte cette idée, c'est le risque de préjudice grave et irréversible qu'il faut désormais considérer[763]. Au regard de l'exigence du caractère certain du dommage, ceux décrits par l'OHADA sont souvent hautement plausibles voire incertains. À cet égard, d'ailleurs, une gradation est souvent effectuée entre deux catégories de risques. Il y aurait, d'une part, les risques avérés, « ou du moins probables », c'est-à-dire que des études scientifiques fiables permettraient d'établir. Il y aurait, d'autre part, des risques incertains, que des données scientifiques permettent néanmoins de penser comme plausibles[764]. Ces risques comportent un changement d'échelle temporelle. Leurs potentialités de destructions et/ou de modification s'exercent non seulement dans le présent, mais également dans le futur, c'est-à-dire que leurs conséquences en seront perçues par les générations à naître[765]. Ainsi, si les conséquences de l'action sont inconnues et risquent d'être très graves, il faut renoncer à l'action tant qu'on n'a pas une meilleure connaissance, c'est le principe de précaution. Toutefois, cela ne risque-t-il pas de freiner les innovations.

189. Il peut en être de même pour création de risque à l'égard d'autrui : le dirigeant social est sanctionné dès lors qu'il engendre un risque, probable voire incertain, de dommage grave et irréversible. Cette manifestation trouve sa concrétisation la plus remarquable dans l'évolution du contentieux des troubles anormaux de voisinage. Au sens de la

761. Voir http://www.encyclopedie-dd.org/encyclopedie/developpement-durable/le-developpement-durable-victime.html (consulté le 9 aout 2013)

762 Elle a pour conséquence de faire planer l'ombre de la responsabilité très longtemps après l'écoulement du délai légal de prescription. Ainsi, au regard de l'exigence que le dommage soit actuel consacré par les différents dispositifs définissant le régime de la responsabilité civile, les dommages peuvent être futurs comme indiqué infra. C'est du fait de leur irréversibilité et de leurs conséquences potentielles qu'ils invitent à prévoir une action ou une indemnisation en l'absence de préjudice constaté. La vie en « mode présent » a des effets différés, parfois irréversibles.

763 J. ROCHFELD, Les *grandes notions de droit privé*, 2013, p.513

764 En Europe, la Directive 2004/35 prévoit qu'elle ne s'applique pas aux dommages qui surviendraient plus de trente ans après son entrée en vigueur. Si cette prescription trentenaire est justifiée en droit commun de la réparation civile et appliquée avec succès aux dommages ordinaires, il reste qu'elle suscite des inquiétudes en matière environnementale. Car, certaines atteintes environnementales très graves mais suffisamment subtiles et sournoises risquent d'être découvertes longtemps après, simplement du fait que la logistique scientifique et les experts qualifiés ne sont pas encore à la portée de certains pays pauvres qui pourraient subir par négligence le déversement de déchets hautement toxiques mais autrement présentées par leurs producteurs de pays développés pourtant conscients des enjeux sanitaires.

765 E. GAILLARD, Générations futures et droit privé : vers un droit des générations futures, préf.M. Delmas Marty, LGDJ, 2011

jurisprudence actuelle, il ya trouble anormal de voisinage lorsque l'on expose son voisin, contre son gré, à un risque de dommage corporel. Cette orientation tend à se développer dans le domaine de la précaution.[766]Il demeure toutefois difficile de déterminer la réalité des dommages résultant de la violation de principes RSE extérieurs.

2. La difficile détermination de la réalité des dommages résultant de la violation de principes RSE

190. Il est nécessaire de préciser que la perspective de la RSE aura des incidences certaines sur le caractère certain[767] et direct du dommage. Suivant les dispositions de l'article 126 COCC « le dommage est certain lorsque, bien que n'étant pas réalisé sur le champ, il se produira nécessairement dans l'avenir », alors que « le dommage est direct lorsqu'il découle de la faute, sans qu'aucun fait postérieur n'ait concouru à sa réalisation »[768].

a- Le caractère inopérant de l'invocation du dommage non constitutif d'une lésion de droit

191. Le simple fait non dommageable peut constituer une violation d'une certaine éthique, une violation de la règle morale, à la religion, et rester justiciable de la conscience, de loi religieuse. Toutefois, il ne fera encourir au dirigeant aucune responsabilité civile et n'autorisera pas notamment l'exercice de l'action en dommages-intérêts. Le Législateur OHADA procède à une hiérarchisation des préjudices réparables lorsqu'une inobservation des règles de gestion entraîne un dommage ou lorsqu'il ya une violation directe de la loi ou des statuts. Ainsi, le préjudice est social lorsqu'il est subi par la société. Il donne lieu à une action sociale[769]. Cette hiérarchisation exprimée se traduit par une prévalence accordée à la réparation des atteintes à l'intérêt social, l'intérêt de la société commerciale, l'intérêt des associés et enfin l'intérêt de certains tiers. L'OHADA opère en effet une spécification des préjudices générateurs de l'action en responsabilité, en considérant notamment que le

766 Les sociétés de téléphonie ont été sommées, à l'initiative des voisins, de retirer leurs antennes-relais alors même que le risque lié aux ondes électromagnétique fait l'objet de débat. Certains juges du fond ont ainsi estimé qu'« exposer son voisin, contre son gré, à un risque certain, et non hypothétique [là gît toute la discussion], constitue en soi un risque de voisinage », et dont « le caractère anormal tient au fait qu'il porte sur la santé humaine », voir TGI Nanterre, 18 sept.2008.JCP G 2008, II, 10208, note J-V. Borel ; CV Versailles, 4 févr.2009, JCP G 2009, act., p.83, obs. C.Bloch, D.2009, p.1369, obs. J-P. Feldman, RTD civ.2009, p.327, obs.P.Jourdain.

767 C'est-à-dire actuel et appréciable.

768 Art. 127 COCC

769 Il s'agit d'une des conséquences de la qualité de mandataire du dirigeant. La faute est saisie ici comme une inexécution ou exécution défectueuse des exigences contenues dans les clauses statutaires autres que celles qui se bornent à reprendre une disposition légale ou réglementaire.

préjudice est social lorsqu'il est subi par la société (baisse des résultats, redressements fiscaux). Le préjudice causé par le dirigeant à « autrui » en ce sens ne constitue un dommage emportant responsabilité, qu'autant qu'il est direct, et il n'est direct que s'il se rattache sans intermédiaire à l'acte incriminé, comme un effet à sa cause directe[770].

192. En dehors du dommage causé dans les termes de la loi, il est difficile d'envisager la responsabilité du dirigeant, fut-elle préjudiciable aux exigences de la RSE. Le dommage doit être certain et toucher une personne. Il l'est lorsque ses éléments sont susceptibles d'évaluation, lorsque la preuve peut en être administrée. En principe, lorsque le préjudice consistera dans une atteinte physique à une personne ou à la chose d'autrui, on sera nécessairement dans les termes de la loi ; mais il n'est pas moins évident que cette matérialité du dommage qu'exige le COCC est plus requise aujourd'hui. À cet effet, on peut émettre des doutes au cas où le préjudice sort de ces deux exigences, touche des domaines relevant de l'écologie[771], etc. En France, le 25 septembre 2012, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu un grand arrêt, sans doute historique, aux termes duquel elle a consacré l'existence d'un préjudice écologique consistant en « l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement »[772]. La perspective de la RSE fait que n'importe quel tort infligé à la victime peut prétendre à la qualification de préjudice, encore faut-il que le dommage soit certain et qu'une absence de droit chez le dirigeant, agent du dommage soit caractérisée. Comme le faisait observer un professeur, « *il faut considérer si l'auteur du délit ou quasi-délit a agi dans son droit ou contrairement au droit, et, par conséquent, en faute* »[773]. S'il ne viole les règles applicables à sa fonction, il

770 Toutefois devant l'ambiguïté dans la détermination du contenu de la notion d'intérêt social, la perspective RSE procède à une ouverture des intérêts protégés et représente, de toute évidence, une force potentielle d'expansion des préjudices réparables. A priori, comme en l'espèce aucun rapport de droit préexistant n'a créé une obligation en faveur du demandeur à la charge du défendeur, c'est au plaignant à établir que la faute du dirigeant a précisément fait naître un tel lien. Ce sera à lui de prouver cette faute, et le préjudice qui en résulte, pour prouver par-là que le dirigeant ayant failli à son égard à l'obligation de ne léser personne, doit en subir la sanction et réparer son méfait.

771 Pourrait-on toujours invoquer un préjudice matériel ou moral pour saisir le risque. Les dispositifs nationaux relatifs à la Responsabilité civile ne peuvent pas être inappliqués parce qu'inapplicable. Jusqu'à présent, pour être réparable, un dommage devait être direct, certain et personnel. Le droit de la responsabilité civile n'est pas approprié pour réparer un préjudice subi par une victime qui est non pas une personne, mais la nature. En effet, il présente un défaut majeur, celui de dresser la liste des dommages, moral et matériel ce qui revient à exclure ceux qui ne sont pas énumérés. De ce point de vue, le dirigeant social qui cause un dommage à la nature n'est pas obligé de le réparer. Il n'a pas une responsabilité environnementale.

772 Le préjudice écologique présente donc désormais un double caractère, à la fois objectif et collectif : ce préjudice est objectif en ce qu'il atteint un objet plutôt qu'un sujet, la nature n'étant pas un sujet de droit, et collectif en ce qu'il ne vise pas une personne. Il s'agit donc d'un *préjudice écologique pur, autonome*, distinct de ceux, traditionnels, que sont les préjudices matériel et moral consacrés par les droits nationaux.

773 M. ORTOLAN, Explication historique des Institutions, n° 1748.

n'ya pas de raison à ce que sa responsabilité soit engagée, sa décision remise en cause, l'activité arrêtée. Il est alors nécessaire de dégager des critères aptes à constater l'imputabilité du dommage, dans la mesure où, en principe, tous les dirigeants sont, en général, réputés agir comme ils le doivent, à moins que quelques circonstances particulières ne fassent naître contre eux une présomption de faute, ainsi qu'on le verra par la suite.

b- La possibilité de recours à des faisceaux d'indices pour déterminer l'imputabilité du dommage au dirigeant

193. Une solution pourrait provenir des dispositions de l'article 125 du COCC et trouver un écho dans le principe selon lequel : « tout acte humain produit diverses conséquences, certaines proches, d'autres lointaines. Selon l'adage, *causa causae est causa causati*. Lorsqu'une pierre est jetée dans un lac, elle provoque la formation de cercles concentriques de plus en plus grands et de plus en plus imperceptibles. De même, chaque acte humain cause des effets éloignés et distants. La formulation adoptée par le COCC n'écarte pas toutefois la grande difficulté qui consistera à isoler le point de passage d'un risque probable à un risque incertain, les dommages ne se présentant pas forcément comme certains ».[774] Cette condition liée à la certitude pourrait se trouver distendue dans les cas où il serait admis de prendre en considération un risque futur, scientifique incertain. En outre, l'établissement de lien de causalité tel que traditionnellement conçu entre le dommage et un fait générateur est également rendu difficile : les dommages évoqués interviennent rarement au bout d'une chaîne causale certaine ; celle-ci se fait davantage diffuse. Ce dommage futur devra être imputable au dirigeant social, étant entendu qu'imputer un fait à quelqu'un c'est le mettre sur son compte, afin de tirer des conséquences bonnes ou mauvaises pour cet individu, suivant que l'acte sera lui-même méritoire ou répréhensible. Inutile de dire que le droit ne s'occupe de l'imputabilité que sous ce second rapport, c'est-à-dire qu'autant qu'une responsabilité doit découler du fait. Seulement, cela ne saurait satisfaire les exigences de la RSE. En l'occurrence, la jurisprudence semble de plus en plus « *amorcer l'avènement d'une responsabilité pour mis en danger d'autrui, par la création d'un risque non maîtrisé, que d'aucuns présentent déjà comme un nouveau fait générateur. Cette responsabilité ne romprait pas totalement alors avec les mécanismes classiques de la responsabilité : on n'y exigerait un fait générateur (la création d'un risque dont il reste à*

774 *Ibid,* p.514

déterminer le seuil de gravité à partir duquel il est répréhensible… Ce qui constitue une question cruciale »[775], un dommage identifié, individuel, souvent actuel et certain, un lien de causalité. On peut estimer qu'il sera nécessaire que l'agent du délit, le dirigeant se soit mis en contact direct ou au moins médiat avec l'objet détruit ou dégradé, que ses actes de gestion ou de direction aient été l'instrument du dommage[776]. Mais, tout en la condamnant, en principe, nous devons constater qu'elles révèlent tout le respect que le Législateur OHADA professe pour la loi[777]. Toutefois, on peut s'interroger légitimement sur la question de savoir si celui qui, dans l'hypothèse d'une société commerciale, allègue d'un préjudice résultant d'une faute de gestion, peut, à son choix, exercer son action en responsabilité sur le fondement des dispositions de l'article 161 AUSC, des codes de l'environnement des pays membres de l'OHADA entre autres ou si l'action en responsabilité prévue par l'AUSC est exclusive de celle du droit commun.

194. Tous ces constats se déclinant ainsi essentiellement sous le vocable de la responsabilité posent immanquablement la question de l'impact d'une prise en compte des RSE dans l'édiction d'un régime de responsabilité des dirigeants sociaux en droit OHADA. Il est donc certain qu'on ne peut opérer pas un déni de la question des fondements ou un évitement si l'on veut arriver précisément au consensus recherché autour de la responsabilité du dirigeant à mettre en œuvre.

775 J. ROCHFIELD, Les grandes notions de droit privé, 2013, p.521

776 Par conséquent, si le dirigeant n'a pas agi dans le cadre de ses fonctions, ou si, ayant agi dans ce cadre, il n'a fourni que l'occasion du délit, s'il a seulement fait naître la cause du dommage, au lieu d'être la cause elle-même, il est en toute logique en dehors des termes de la loi et donc de la réparation.

777 Le Législateur en déterminant ainsi la nature du dommage qui constitue le fondement de la responsabilité civile, y attache une action en indemnité pour en assurer la répression. C'est dire que la question de préjudice est primordiale pour déterminer le droit à réparation et les modalités de la réparation, car celle-ci doit être en principe proportionnelle et dédommager du préjudice subi.

CONCLUSION DU CHAPITRE-I. TITRE II

La détermination de la personne juridiquement notamment, civilement et pénalement, responsable est un préalable nécessaire à la poursuite de l'infraction et la réparation des dommages causés devant le juge compètent. Ce chapitre a fini de poser la problématique de la responsabilité qui apparaît particulièrement plastique et instable. Ce chapitre offre l'intérêt de montrer que le droit positif pourrait utilement s'enrichir en reconnaissant que la société commerciale n'est pas seulement engagée par les actes juridiques conclus par le dirigeant mais aussi par les faits juridiques illicites qu'il est susceptible de commettre au préjudice des tiers. Les éléments juridiques qui sont caractéristiques des carences qui existent dans les nombreuses législations africaines. Du rapport de la culpabilité à la responsabilité, de sorte que même si la responsabilité pénale connaît un regain de vigueur à l'époque contemporaine au point que l'on puisse se demander si l'évolution de la responsabilité vers l'imputation de la responsabilité à la société commerciale redoutée n'est pas fantasmée. Par ailleurs, au plan individuel, en réalité, la responsabilité civile et personnelle du dirigeant ne sera engagée que dans le cadre d'une activité privée. En effet, du fait de leur statut social, en tant qu'agent de la société commerciale, la responsabilité du dirigeant n'est pas personnelle à l'exception peut-être de la situation où la faute à l'origine du dommage serait un faute personnelle détachable du service ou une faute personnelle commise dans leur intérêt personnel ou pour nuire à autrui. L'approche RSE de détermination du statut du dirigeant offre la possibilité d'accéder à différents faits générateurs de la responsabilité de plus en plus diversifiée sur des supports de plus en plus variés et supportant des modes d'interaction de plus en plus différents. Comme il n'existe aucune règle juridique de responsabilité spécifique à l'activité sociales, les règles juridiques générales de la responsabilité disciplinaire, civile ou pénale, sont susceptibles de s'appliquer concurremment, sans hiérarchie entre elles et qui répondent à des objectifs différents et dont les modalités de mise en œuvre divergent. Il traite de la plasticité des sources de responsabilité, c'est-à-dire de leur capacité à s'adapter à la diversité des contextes de mise en œuvre des fonctions et mandat directoriale et à l'environnement dans lequel s'inscrivent leurs interactions. L'objectif a été de fournir un outil qui puisse servir de support pour la conception de système de responsabilisation du dirigeant et qui puisse couvrir les différents aspects du statut du dirigeant, à savoir, la recherche d'un système de contrôle personnalisé des faits générateurs de la responsabilité, la prise en compte des différents modes d'interaction et

d'imbrication des responsabilités. Tout le potentiel créatif qui résulte de la rencontre des différences et de leur reconfiguration mutuelle, du fait de leur interaction, n'est pas suffisamment exploité. Le frottement des différences s'offre comme un axe de changement de grande nécessité du statut du dirigeant. L'enjeu consiste ici à produire des liens sociaux d'un nouveau type, à savoir des liens fonctionnels (d'utilité réciproque) qui se configurent autour des attentes, qui se pourraient se trouver résolues ou transformées en ressources. Pour que la responsabilité du dirigeant soit vraiment plastique et qu'elle s'adapte par rapport au statut du dirigeant, il ne faut pas négliger que la société attend aujourd'hui des sociétés commerciales qu'elles assument leurs responsabilités devant les atteintes qu'elles causent à leurs environnements, pris au sens général du terme[778]. Une évolution du droit qui régit les fonctions du dirigeant et les activités des sociétés commerciales est donc nécessaire. Pourtant, elle ne pourra que résulter, du moins dans ces lignes directrices, d'une volonté commune des États membres de l'OHADA.

[778] SHERPA, « Les entreprises transnationales et leurs responsabilité sociétales, fiches pédagogiques à l'attention des juristes francophones », p.10.

CHAPITRE-II. LA MISE EN ŒUVRE BIGARRÉE DE LA RESPONSABILITÉ DU DIRIGEANT POUR VIOLATION DE LA RSE

195. Le Législateur OHADA prévoit un certain nombre de sanctions à l'encontre du dirigeant s'il commet un préjudice dans le cadre de l'exercice ses fonctions. Seulement, le régime de la sanction du dirigeant n'est pas favorable à l'utilisation des causes de droit commun de la responsabilité du dirigeant[779]. En principe, tout comportement, qu'il soit licite ou illicite, acte ou omission, peut constituer une violation de la responsabilité sociétale. Cette RSE n'est pas toujours vue sous l'angle de la responsabilité juridique, définie comme l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences. Les conditions de cette responsabilité restent extrêmement délicates à anticiper. Toute personne de la génération présente doit se sentir moralement tenue, sans pour autant pouvoir être juridiquement inquiète en cas d'inaction personnelle ou de violation des droits de l'homme dont sont débiteurs[780] la société commerciale et son dirigeant social. Cela aggrave la responsabilité du dirigeant en ce sens qu'il étend les parties prenantes bénéficiaires de la responsabilité, les ayants droit à la réparation notamment[781]. Toutefois, les dispositifs légaux sont en ce sens très souvent lacunaires. Ils n'instaurent aucun recours effectif contre ces violations et ne prévoient aucun mécanisme permettant de traduire en justice les auteurs de violations. Cette partie répond alors à la question du pourquoi et du comment de la réparation en ce sens qu'elle met en exergue l'extension du champ subjectif des titulaires de l'action en responsabilité **(section I),** sans compter la flexibilité dans la détermination de la finalité de l'action et du régime de la sanction pour violation de la responsabilité sociétale des entreprises **(section II).**

779 P-G. POUGOUE (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, Paris, Éditions Lamy, 2011, page 698

780 Un auteur relevait à propos de la notion de « débiteur de droit l'homme » qu'il s'agissait de toute « « personne physique ou morale tenue légalement, soit par action, soit par abstention, d'assurer ou de permettre au *bénéficiaire (le tiers)* d'un droit ou d'une liberté déterminé (e), la jouissance et l'exercice effectifs de celui-ci ou de celle-ci, avec possibilité pour le juge de contrôler l'application de cette obligation, notamment au moyen de certaines sanctions en cas d'inexécution de ladite obligation », Voir NGONDANKOY N-e-L., Droits Congolais des droits de l'homme, éd. Academia Bruylant, coll. Bibliothèque de droit africain, Bruxelles, 2004, p.145

781 Toutefois, l'utilité pour les personnes qui allèguent être victimes de la violation de la RSE par la société commerciale, de pouvoir se référer à des sources juridiques conférant le droit de faire valoir ses droits devant un organe juridictionnel afin d'obtenir la reconnaissance de la violation, la cessation de la violation, si elle continue, et une réparation appropriée, n'est pas forcément démontrée.

SECTION-I. L'extension du champ subjectif des titulaires de l'action en responsabilité dirigée contre le dirigeant social.

196. Les exigences de la RSE ont tendance à modifier les conditions de recevabilité de l'action[782] en responsabilité dirigée contre le dirigeant de société commerciale. Elles étendent notamment leurs titulaires, les sujets actifs qui exercent l'action civile en réparation du préjudice[783] tout en élargissant les hypothèses de poursuite du dirigeant, considéré comme un sujet passif. Toutefois, il peut être difficile de déterminer qui est victime d'une violation[784] de la responsabilité sociétale de la société commerciale. Cela permet d'identifier le bénéficiaire de l'obligation de répondre du dirigeant. Ainsi, la réponse à la question de savoir devant qui le dirigeant est responsable varie selon que l'on place la responsabilité du dirigeant dans un cadre juridique ou sociétal. Tandis que du point de vue juridique, ladite victime doit justifier d'un intérêt[785] et de la qualité pour agir qui font partie des conditions subjectives du droit d'agir, ce qui fait que le juge doit les examiner pour chaque procès portant sur la violation de la responsabilité sociétale des organisations. L'existence d'une qualité pour agir en raison des atteintes à la responsabilité sociétale de la société commerciale (§ 1), la flexibilité dans l'appréciation de la légitimité de l'intérêt invoqué par les victimes et ayant droit à la réparation (§2).

782 Tout droit est muni d'action. L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention. L'action est la garantie de la protection judiciaire du droit.

783 Le préjudice peut être défini comme l'effet du dommage sur la victime : ses conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales. Voir G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 246-1 p. 4. Il ne doit être distingué de la notion de dommage. Le dommage constitue « *la lésion subie* ». Il s'agit d'une certaine appréciation subjective des conséquences du dommage et c'est lui qui permettra d'établir le *quantum* de réparation. Voir PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., spéc. n° 135

784Dans les hypothèses où ils les prévoient les règles sont insuffisantes pour une réparation pertinente des victimes, pouvant aller par ailleurs, si possible au-delà des droits individuels des victimes. Il arrive ainsi qu'une personne subisse une violation de la RSE. Il aurait fallu lui reconnaître le droit de saisir le juge et le droit d'obtenir la réparation. Le présent chapitre met en exergue la portée d'un droit à un recours utile et à obtenir des mesures de correction (notamment la sanction) de la violation de la RSE par le dirigeant.

785 Il s'agit de l'atteinte objective à un intérêt légitime : celle que subit physiquement ou matériellement toute victime subissant la même situation, indépendamment des conséquences subjectives que cela représente pour elle. Voir X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préc., spéc. n° 15 p. 10 - F.-P. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé », *JCP G* 1957, 1351, spéc. n° 11 et s. - M. LEROY, « La réparation des dommages en cas de lésions corporelle », *D.* 1979, chron. 49

§ 1. La reconnaissance de la qualité pour agir en raison des atteintes à la RSE

197. L'action publique et l'action civile sont exercées par les personnes qui ont la qualité pour agir, définie comme le titre juridique qui confère le *droit d'agir*[786]. Ceux qui peuvent revendiquer la qualité à agir ne sont pas seulement les personnes visées directement par la violation de la RSE, elles sont aussi toute personne touchée directement ou indirectement par celle-ci (B). Cela dit, il ressort clairement des dispositions de l'AUSCGIE et de l'AUPCAP, une liste restrictive des personnes pouvant invoquer la qualité à agir en raison de leur participation au fonctionnement de la société (A).

A. La qualité de victime partie prenante au fonctionnement de la société

198. Sous l'effet conjugué de l'internationalisation des entreprises [787]et réseaux d'entreprises, de l'éclatement des groupes[788] et de la segmentation des filières ainsi que de la financiarisation de l'économie, engager la responsabilité devient souvent un pari extremement difficile. Sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue expressément le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé, les personnes qui ont droit à réparation sont celles qui ont subi directement ou indirectement un préjudice comme conséquence d'une violation. Ainsi, en fonction du moment de commission de la faute, Il peut s'agir des

786 Elle représente simplement une condition préalable que doit remplir un requérant avant qu'un grief puisse être entendu. C'est une condition qui se rattache plus à la nature de la personne étant donné qu'elle peut lui permettre d'agir en fonction du statut qu'on peut lui attribuer dans le litige. Seulement on peut s'interroger sur la nature de la qualité que peut invoquer un particulier pour contester une décision ou revendiquer sa qualité de « victime » d'acte de gestion du dirigeant violant la responsabilité sociétale de la société commerciale représentée. La notion de victime est précisée dans la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir qui décrit, au point 1, les «victimes» comme «des personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle, ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions qui enfreignent les lois pénales en vigueur dans un État membre, y compris celles qui proscrivent les abus criminels de pouvoir»

787 Yann Heyraud et Camila Perruso, à propos de : K. Martin-Chenut et C. Perruso, « L'affaire Chevron-Texaco et l'apport des projets de conventions Ecocrimes et Ecocide à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales », in. L. Neyret (dir.), Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement, Bruylant 2015.

788 La responsabilisation des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres et des acteurs de la finance - Paul Bignebat et Sophie Garnier, à propos de : P.-S. Guedj et Y. Queinnec (dir.), Le big bang des devoirs de vigilance ESG : les nouveaux enjeux de RSE et de droits de l'homme, Revue Lamy droit des affaires n°104 mai 2015 p.66, spéc Y. Queinnec et A. Constantin, « Devoir de vigilance – Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne »,

associés, du dirigeant à condition qu'il ne soit pas l'auteur de la violation, des tiers dans leurs grandes diversités.

1. Une qualité pour agir conférée aux associés et aux mandataires ad hoc

199. La responsabilité civile du dirigeant de droit d'une société de personnes est contractuelle à l'égard de la société et des associés car ce dirigeant est mandaté par la collectivité des associés pour assurer la gestion de la société. Il répond donc de l'inexécution[789]ou de la mauvaise exécution de sa mission alors que le dirigeant de fait assume la responsabilité civile d'un fait délictueux ou quasi délictueux qui ne constitue pas la violation d'une obligation relative à la gestion de la société. Par contre, même si le législateur ne se prononce pas à propos du dirigeant de fait on considère qu'il est civilement responsable à l'égard de toute personne, en application du principe général de responsabilité posé par l'article 118 COCC et en France les articles 1382 et 1383 du Code civil. La mise en œuvre de cette responsabilité exige d'établir que le dirigeant de fait a commis une faute préjudiciable à autrui. Ce dirigeant de fait n'a pas été régulièrement choisi pour gérer la société. Ses faits dommageables pour autrui sont appréciés notamment en France en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil. La responsabilité civile du dirigeant de fait d'une société de personnes est donc de nature délictuelle[790]quelle que soit la victime du dommage alors que celle du dirigeant de droit est contractuelle à l'égard de la société et des associés. En ce sens, la règle selon laquelle seul celui qui subit peut agir se complique lorsque ce préjudice est la société elle-même. En principe, les représentants légaux de la société agiront pour elle, dans son intérêt. À défaut, les associés peuvent y procéder[791]. Ils disposent d'une action en justice, une action *ut singuli (*pour les associés*) et une* action *ut universi (*pour les dirigeants au nom de la société). La défense de la société par les actionnaires est une prérogative inhérente à leur qualité d'associé. Normalement, l'action sociale doit être exercée par les représentants légaux, les dirigeants eux-mêmes de

789 Cf. C. civ., art. 1146 à 1148 relatifs aux dommages et intérêts qui sont dus en cas d'inexécution des obligations résultant d'un contrat.

790 Cass. com. le 5 nov. 2002, pourvoi n° 00-17028, legifrance.gouv.fr. Dans cette affaire où un redressement fiscal avait été pratiqué sur une société en nom collectif et sur ses associés, la Cour de cassation a approuvé la décision des juges du fond qui avait fait droit à l'action en responsabilité civile délictuelle fondée sur l'Art. 1382 du Code civil et exercée par ces associés contre le gérant de fait de cette société en raison du préjudice que son activité leur avait causé. Les juges du fond avaient condamné le gérant de fait à payer 100 000 F de dommages intérêts à chaque associé.

791 Lorsque la société subie un dommage du fait de la faute commise par le ou les dirigeants dans l'exercice de leur fonction (Art. 166 AUSC), les associés au nom de la société, ainsi que le dirigeant ont la qualité pour agir.

la société, ce n'est que si ceux-ci n'agissent pas que les actionnaires pourront se substituer à eux, à certaines conditions. Aussi, cette action ne pourra être intentée qu'une fois ces dirigeants révoqués ou démis de leurs fonctions, par les nouveaux dirigeants. Cette action *ut singuli* est ainsi enfermée dans une subsidiarité, d'un délai d'un (1) mois[792]. Suivant cette disposition, pour qu'elle soit valablement exercée, il faut que les associés qui entendent agir, aient au préalable mis en demeure les mandataires sociaux compétents. C'est dans ce cadre d'ailleurs qu'avant l'avènement de la réforme OHADA, au Sénégal, l'article 147 du décret n° 93-153 du 24 février 1993 prévoyait que dans le cas où l'action sociale est exercée par les actionnaires, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants. Aujourd'hui, « l'AUSC prévoit contre les dirigeants lorsque les conditions sont réunies, l'action individuelle et l'action sociale »[793].

200. De même, dès qu'une personne justifie de la qualité d'associé[794], elle est considérée comme une partie prenante et à ce titre elle est fondée à exercer un droit « social », c'est-à-dire un droit qui représente la participation de l'actionnaire à la vie sociale[795]. Il peut en être ainsi du salarié qui peut être considéré comme un « actionnaire ». En effet, en accédant au capital social de son entreprise[796], le salarié accède au statut d'actionnaire et bénéficie ainsi des droits et devoirs attachés à ce statut. En tant que non-actionnaire, il peut néanmoins participer aux assemblées[797] ou encore au conseil d'administration[798] si dans ce dernier cas, le président du conseil l'y a convié. Dès lors qu'il subit, un préjudice personnel il pourra ester en justice. Cependant la difficulté est selon Madame Poisson de distinguer l'action individuelle en défense d'un droit social, de l'action sociale *ut singuli*. La différence entre ces deux actions observe-t-elle, est le reflet de la double nature de la société. La société est une personne morale d'où l'action sociale *ut singuli* mais c'est aussi une collectivité d'actionnaires qui disposent dans ce cadre de droits collectifs - d'où l'action

792 Art. 167AUSCGIE
793 Voir Livre 3 AUSGIE
794 ART. 7 AUSC
795 Au titre de l'Art. 53 AUSC, Les titres sociaux confèrent à leur titulaire : 1. un droit sur les bénéfices réalisés par la société lorsque leur distribution a été décidée; 2. un droit sur les actifs nets de la société lors de leur répartition, à sa dissolution ou à l'occasion d'une réduction de son capital; 3. le cas échéant, l'obligation de contribuer aux pertes sociales dans les conditions prévues pour chaque forme de société; 4. le droit de participer et de voter aux décisions collectives des associés, à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement pour certaines catégories de titres sociaux.
796 Par le rachat des actions (art 640 de l'AUSCGIE) ou au moment des privatisations dans la mesure où un pourcentage leur est réservé.
797Art. 537 de l'AUSCGIE
798Art. 455 de l'AUSCGIE

individuelle en défense d'un droit social[799]. Ces associés peuvent ainsi exercer cette action en fonction des informations qu'ils détiennent. Ils s'appuient notamment sur la mission des commissaires aux comptes. En revanche, ces derniers ne peuvent être considérés comme ayant subi un préjudice et pourtant, ils sont des parties prenantes aux fonctionnements de la société[800]. Malgré tout, dans l'espace OHADA et contrairement en France, les commissaires aux comptes ne sont pas des auxiliaires de justice. Ils ne peuvent révéler au Procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance[801]. Ils n'ont pas la qualité à agir. Tout au plus ils peuvent alerter la collectivité des associés[802]. D'ailleurs on *peut se demander si on ne devrait pas aller plus loin et permettre aux commissaires aux comptes d'agir en justice au nom de la société*[803]. Cette qualité est étendue à d'autres acteurs.

2. Une qualité à agir conférée aux tiers et au ministère public

201. Le Législateur OHADA en énonçant notamment que « …chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions »[804], prend régulièrement le soin d'identifier un certain nombre de tiers, parties prenantes de la société commerciale. Il dégage ainsi une obligation de sécurité, une action directe des tiers contre le dirigeant même si à l'égard des tiers, le mandataire n'est, en principe, guère tenu personnellement[805]. Il s'agit du principe de l'effet relatif des conventions. Il pourrait néanmoins, s'il s'est rendu coupable d'agissements fautifs envers eux, engager sa responsabilité délictuelle[806]. Ainsi, suivant que la société est *in boni* ou en difficulté, les tiers peuvent avoir la qualité pour agir.

202. Une victime peut mettre en mouvement l'action et se constituer partie civile par voie de citation directe, soit par constitution de partie civile devant le juge d'instruction, soit par

---

799 M.D. Poisson - La protection des actionnaires minoritaires dans les sociétés de capitaux en droit français et en droit anglais comparés - Th. Droit Clermont 1 - 1984 - p.274 et s.

800ART. 150 AUSCGIE

801 L'examen des comptes peut révéler des fautes de gestion - entre autres ; les malversations des gestionnaires se faisant souvent par des manipulations comptables, ou étant dissimulées derrière des falsifications comptables.

802 Art. 152 AUSCGIE

803*« Quand leur contrôle met à nu des malversations des dirigeants qui seront peu disposés à agir contre eux-mêmes ? Alerter le Procureur de la République ne suffit pas, car, si celui-ci est partie principale, c'est en matière pénale, or les fautes des dirigeants ne constituent pas forcément des infractions pénales » , Voir* F. DIENG, la direction des sociétés anonymes en droit Sénégalais compare aux droits français, anglais et américain, Thèse, l'Université de PARIS 1, droit, 1996

804 Art. 161 AUSC

805 Art. 1 997 Code civil français ; Art. 51 du COCC.

806 THIOYE M., Cours technique contractuelle, Université Gaston Berger de Saint Louis. DEA, 2005.inédit.

voie d'intervention dans une instance pénale déjà engagée[807] par le ministère public[808]. La possibilité, souvent légitime, pour le ministère public, juge de l'opportunité des poursuites, de ne pas exercer l'action publique peut être considérée comme la non-reconnaissance de la qualité de victime des personnes ayant subi un préjudice qui à sa source dans l'infraction. « Reconnaître, c'est considérer la personne de la victime souffrante »[809]. La reconnaissance à la victime de la qualité d'acteur au procès pénal semble effectivement de nature à conduire à sa réparation, au sens large. C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'il est requis du ministère public une décision[810] de classement sans suite motivée[811]. On observera toutefois qu'en matière environnementale, « le Ministre chargé de l'environnement ou son représentant, engage sans préjudice des prérogatives des autres départements ministériels, les poursuites judiciaires pour infraction aux dispositions du présent code, quel que soit le service dont relève l'agent verbalisateur »[812]. Ce Ministère dispose de l'exercice de l'action publique concurremment avec le ministère public. Il a le pouvoir de transiger[813]. Cette transaction a vocation d'éteindre[814] l'action publique dans toutes les matières où l'administration dispose de l'exercice de l'action publique concurremment avec le ministère public. Cela dit, même si le règlement de la transaction éteint l'action publique, « l'auteur de l'infraction reste tenu à la réparation des dommages causés du fait de la pollution engendrée par sa faute »[815]. Cette qualité est reconnue notamment aux salariés[816], mais aussi aux créanciers de la société dès lors qu'ils subissent

807 La constitution de partie civile est possible à chacun des stades du procès pénale (Code de procédure pénale, Art. 495-13, 420-1, 80-3)

808 En ce sens, s'il ne déclenche pas l'action publique alors que l'infraction est établie, il devra toutefois notifier cette décision aux victimes s'il en existe. Cela peut être à l'origine de frustration pour les victimes qui peuvent peiner à voir leurs droits « propres » reconnus (exceptionnellement requis à peine de nullité) et qui garantissent la dignité et de la personne et les droits humains. Le ministère public a un rôle de représentation des intérêts supérieurs de la société et de protection des droits individuels.

809 R. CARIO, *Quelle place pour la victime* ? Dossier in AJ n°12/2004-Décembre 2004, p.426.

810 Cette décision est susceptible de recours devant le procureur General, de la part de « toute personnes ayant dénoncé les faits » (victime, tiers, autorités, code de procédure pénale, Art. 40, alinéa 2 et 40-3.

811 Art. 40-2 code de procédure pénale.

812 Art. L102 Code de l'environnement du Sénégal.

813ART. L 103 Code de l'environnement du Sénégal : En cas d'infraction aux dispositions du présent code, le Ministre chargé de l'environnement ou son représentant a le pouvoir de transiger.

814ART. L 103 Code de l'environnement Sénégal.

815 Art. L 103 Code de l'environnement Sénégal.

816 Ils ont qualité à agir en raison de la survenance de différends individuels du travail, litiges pouvant s'élever entre les travailleurs et leurs employeurs à l'occasion du contrat de travail, du contrat d'apprentissage, des conventions collectives, des conditions de travail, d'hygiène et de sécurité, du régime de sécurité sociale; entre travailleurs et employeurs à l'occasion du travail; entre les institutions obligatoires de sécurité sociale, leurs bénéficiaires et les assujettis; ou entre les tâcherons et leur entrepreneur. Voir également. Art. L. L.15 et 229 Code du travail Sénégal.

ou vont[817]subir un préjudice. Ils disposent d'une action individuelle en réparation[818]. Il faut observer que dans des pays comme le Sénégal des organisations telles, les comités d'entreprise n'ont pas le droit d'intervenir devant les tribunaux dans des instances pénales intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de la société commerciale. La loi ne prévoit pas la création de comités d'entreprise[819] qui ont la possibilité de se constituer partie civile en France pour les juridictions du fond[820], tandis que la chambre criminelle en revanche se montre réticente, estimant que le délit ne préjudicie qu'à la société et à ses actionnaires et non aux salariés[821].

203. Relativement à la société en difficulté, la qualité de tiers est reconnue aux salariés qui disposent des droits d'opposition et le pouvoir de contrôle dans une société en difficulté[822]. D'une manière générale, lorsque la société est en difficulté, les créanciers ont le droit d'assigner le dirigeant. Toutefois, dès l'ouverture de la procédure collective de redressement ou de liquidation des biens, et lorsque la faute a contribué à l'insuffisance d'actif, les victimes directes de ce dommage, que sont les créanciers, ne peuvent agir directement. L'action est intentée par le syndic ou le tribunal agissant d'office[823]. En principe, seul le syndic à la qualité pour agir. L'article 72 de l'AUPCAP énonce que « La décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager. ». Il ressort clairement de ce texte que le syndic seul peut agir en justice pour défendre les intérêts des créanciers[824]. Il faut reconnaître qu'il

---

817 En matière de procédure collective d'apurement du passif

818 Aux termes des dispositions de l'Art. 162 AUSC : « l'action individuelle est une action en réparation du dommage subi par un tiers (…) du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions ».

819 Il s'en crée spontanément dans certaines entreprises, mais ils ont plutôt un caractère politique. Il est arrivé en matière d'abus des biens sociaux que certains syndicats et comités d'entreprise aient voulu se constituer partie civile estimant que des irrégularités de gestion lésaient l'ensemble des travailleurs par les menaces qu'elles faisaient peser sur l'emploi

820 Lille 29 Mars 1978. Mulhouse 25 Mars 1983 - Caen 9 Mai 1984 cités par Lyon - Caen et Pelissierop. cit. P.733 n0639 bis.

821 Crim. 24 Avr. 1971. Bull. crim P. 303

822 Cela est prévu respectivement aux Art.s 110 et 111 de l'Acte Uniforme, adopté le 10 avril 1998, portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et aux Art.s 48 et art 49 du même acte. Ils ont également cette qualité en raison de leurs créances.

823P-G. POUGOUE et Y. KALIEU, op.cit., cit., n°293, p.98

824 On notera « Toutefois, en cas de carence du syndic, tout créancier contrôleur peut agir dans l'intérêt collectif, après une mise en demeure du syndic restée infructueuse pendant une période de vingt et un (21) jours. Le contrôleur supporte les frais de l'action, mais si celle-ci aboutit à l'enrichissement de la masse, il est remboursé de ses frais sur les sommes obtenues. L'action en responsabilité contre un dirigeant ne peut être intentée que par deux (02) créanciers contrôleurs au moins », voir Art.72 AUPCAP.

n'en a pas toujours été ainsi. Jusqu'à l'arrêt Laroche de la Cour de Cassation française de 1976[825], chaque créancier devait agir individuellement contre la banque dans la limite du préjudice qu'il a personnellement subi, mais par l'intermédiaire du syndic représentant l'ensemble des créanciers réunis au sein de la masse ; masse où l'on retrouve justement, avec d'autres créanciers et lui-même à titre de créancier et de débiteur, le banquier qui a consenti les crédits[826]. La solution retenue par cette cour dans l'arrêt du 19 mars 1974 était qu'« *il n'appartient pas au syndic d'introduire contre le banquier, au nom et pour l'ensemble des créanciers formant la masse, une action en responsabilité…* ». Cette solution a été vivement contestée et considérée comme « *une astuce de procédure* », voire un procédé aboutissant à *« l'irresponsabilité de fait des banques* »[827]. D'ailleurs, en France l'arrêt Laroche du 7 janvier 1976 vient prendre le contre-pied de la jurisprudence antérieure et affirme que « *le syndic trouve, dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, qualité pour exercer une action en paiement des dommages-intérêts contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué, par ses agissements fautifs, à la diminution ou à l'aggravation du passif* ». Cette jurisprudence est d'autant plus intéressante que c'est en des termes voisins que s'est prononcé le Tribunal de première instance de Ouagadougou dans son jugement du 13 juin 1984[828]. Cette position est celle aussi qui a été entérinée par le législateur OHADA à travers l'article 172 AUPCAP. Mais en facilitant la voie de l'action collective contre les banques, le texte de l'OHADA aussi bien que l'arrêt Laroche ont créé un autre problème : si le syndic est recevable à agir, les créanciers conservent-ils leur droit d'action individuelle recevable face à un syndic inactif.

B. De l'extension de cette qualité de parties prenantes externes à l'entreprise à des victimes de violation de la RSE.

204. Cette qualité est reconnue aux victimes des atteintes à la nature, aux victimes non humaines ou aux victimes futures (2) et sans oublier les victimes collectives (1).

825 Chambre commerciale, 7 janvier 1976, Dalloz 1976, 277, note DERRIDA et SORTAIS

826 J. DI VITTORIO, Banque 1977 n°368, p. 1354.

827Ch. GAVALDA, JCP. 1971, II, 16686. A cet égard, il cite une affaire dans laquelle 285 créanciers qui se prétendaient victimes d'agissements fautifs de 3 banques ; les créanciers dans la masse, se voyaient débouter et renvoyer à intenter chacun une action individuelle à l'encontre des banques.

828 Revue burkinabé de droit, n° 12, décembre 1987, p. 501 à 518 ; note SAWADOGO (F-M.)

1. La notion de « victime collective » titulaire d'un droit d'agir.

205. En adoptant une analyse extensive de la notion de tiers[829], on peut y inclure les « victimes dites collectives ». Dans l'exercice de ses fonctions le dirigeant peut commettre des fautes qui produisent une violation touchant plusieurs personnes qui souhaiteraient sûrement pouvoir obtenir réparation selon une procédure collective. Seulement, on peut rester dubitatif sur la nature de l'action qu'elles peuvent invoquer dans la mesure où l'article 162 AUSC[830] paraît déterminer un droit individuel et non collectif. L'action individuelle étant le corollaire d'un droit individuel violé, il reste à savoir si la victime collective peut alors être individualisée pour avoir le titre juridique qui confère le droit d'agir, la qualité à agir. Cela interroge sur la possibilité pour le dirigeant de société qui commet une faute d'être débiteur de droits collectifs. Les droits collectifs sont ceux dont un groupe ou un ensemble de personnes pris collectivement sont titulaires, et qui visent à préserver l'intégrité de cette collectivité[831]. En ce sens, le débiteur des droits de l'homme est donc comme l'écrit un auteur « *celui qui peut être comptable de l'obligation d'assurer le respect, la promotion ou la protection des droits de l'homme au profit d'autrui* »[832]. Cela peut constituer un obstacle à l'indemnisation des « victimes collectives » en ce sens qu'il semble établir la distinction assez étanche entre les droits individuels et les droits collectifs. Il soulève ainsi la question des tiers bénéficiaires des droits reconnus et que le dirigeant peut porter atteinte dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. La notion de victime collective est un concept complexe. Il suffit d'analyser la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir. Elle contient plusieurs références aux droits collectifs : Elle indique aussi que, dans des cas où des dommages sont causés à l'environnement, la restitution doit se faire en faveur de la « communauté », si celle-ci est lésée (principe 10). Ce texte a inspiré la rédaction des Principes de l'ONU concernant la réparation qui mentionne les droits

829Suivant les dispositions de l'Art. 161 AUSCGIE : « Sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ».

830« L'action individuelle est l'action en réparation du préjudice subi par un tiers ou par un associé, lorsque celui-ci subit un préjudice distinct du préjudice que subit la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action est intentée par celui qui subit le préjudice ».

831 P.F. KANDOLO ON'UFUKU wa KANDOLO, De L'exercice des droits et libertés individuels et collectifs comme garantie d'une bonne gouvernance en Afrique noire : cas de la république démocratique du CONGO, Université de Nantes / Université de Lubumbashi - DU 3eme cycle Droits fondamentaux 2005

832 N-e-L. NGONDANKOY, Droits Congolais des droits de l'homme, éd. Academia Bruylant, coll. Bibliothèque de droit africain, Bruxelles, 2004, p.145

collectifs à plusieurs reprises[833]. Ces droits sont organisés par des instruments autres que les dispositions de l'AUSC. Il s'agit notamment en Afrique de certains Traités et Déclarations qui distinguent toutefois les droits des groupes des droits des individus. Les deux principaux groupes mentionnés dans ces instruments internationaux sont les « peuples » et les « peuples indigènes »[834]ou « peuples autochtones » qui sont des créanciers des droits de l'homme. La résolution de l'Assemblée générale sur « la souveraineté permanente sur les ressources naturelles »[835]. C'est également une notion fondamentale sur laquelle repose la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dont l'article 21.2 se lit : « *cas de spoliation, le peuple spolié a droit à la légitime récupération de ses biens ainsi qu'à une indemnisation adéquate* ». La jurisprudence de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a montré que ce droit pouvait être invoqué dans une plainte dont elle était saisie et « rendue effective »[836]. À cet effet, elle s'est également prononcée sur les droits collectifs. Après la dévastation de leurs terres par les compagnies pétrolières, des communautés Agoni du Nigeria ont déposé plainte auprès de cette instance et demandé réparation. La Commission a considéré que les droits collectifs étaient un élément essentiel des droits de l'homme en Afrique. Elle estime qu'il faut mener des enquêtes, en procédant à une évaluation de l'impact écologique, en informant et « *en s'assurant qu'une compensation adéquate soit versée aux victimes des violations des droits de l'homme, de même qu'une assistance pour la réinstallation des victimes de raids menés sur ordre du gouvernement, et en procédant à un nettoyage total des terres et rivières polluées/endommagées par les opérations liées à l'exploitation pétrolière* »[837]. Ainsi, la Commission africaine recommande tant des réparations collectives pour le bien de l'ensemble de la communauté que des réparations individuelles. Toutefois,

833 Voir Principes 8 et 13, Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir.

834 Cette formule « les droits de chaque membre d'un groupe » se retrouve par exemple, à l'Art. 2 du protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ainsi que dans d'autres déclarations ou traités internationaux concernant les minorités. En ce qui concerne les peuples indigènes, la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 1 989 (n° 169) de l'Organisation internationale du travail contient, dans son Art. 15, une disposition novatrice en matière de ressources naturelles. Elle prévoit que si l'État exploite les ressources dont sont dotées les terres des peuples indigènes ou tribaux, « les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités ». Cet Art. reconnaît clairement le droit d'un « peuple » à l'indemnisation.

835 Résolution de l'Assemblée générale 1803 (XVII) du 14 décembre 1962.

836Affaire The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights c. Nigeria, Communication 155/96 (30e session ordinaire, octobre 2001), § 68.

837Ibid.

on regrettera à ce propos, ces procédures qui sont généralement administratives et qui profitent d'abord à l'État et aux sociétés commerciales qui ont les moyens de négocier avec l'administration afin d'obtenir les amendes les plus basses. Elles sont surtout génératrices de corruption[838] et préjudiciables à la conservation des ressources naturelles et au respect des droits des personnes ou groupes victimes des infractions. Ainsi donc, les individus ou groupes d'individus ont la qualité de parties prenantes, mais ils ne peuvent *a priori* pas avoir la qualité pour agir. Il s'agit d'un droit individuel bénéficiant à chaque individu considéré comme tiers pris singulièrement. De ce point de vue, la non-reconnaissance de cette qualité à agir, qui aurait pu constituer une garantie de défense et de protection des droits collectifs, constitue une limite. Même si, on exigeait une obligation de reporting extra-financier (social et environnemental) au profit des populations, du public, cela aurait un impact limité dès lors que des atteintes sont constatées ou confirmées. Ils ne pourraient agir devant les juridictions. L'État est plus à même de défendre leurs intérêts. Il est garant de la protection des droits de l'homme, de l'État de droit. Toutefois, il suffit d'analyser le contentieux de droit forestier au Cameroun, qui n'est pas un cas isolé[839], pour comprendre toute la difficulté pour ces victimes collectives de trouver la qualité à agir en justice[840]. Elles privent de moyens de défense aux victimes de ces atteintes, ce qui est contraire au droit international. Ce contentieux met en exergue la portée juridique de la notion « d'intérêts collectifs » au regard de l'intérêt général, lequel est du ressort des pouvoirs

838R.N. SIME, L'intégration et l'harmonisation des normes de droit international de l'environnement dans le droit africain, in http://data.iucn.org/dbtw-wpd/html/EPLP-069/section13.html#fn1 (consulté le 7 octobre 2013)

839 « *Rares sont les plaintes des populations des zones forestières s'estimant spoliées dans leurs droits par les sociétés d'exploitation du bois, qui sont prises en compte par les tribunaux camerounais ou qui font l'objet d'une décision de justice. L'Etat camerounais a ostensiblement fait le choix de la transaction comme mode de règlement des conflits avec ces sociétés. Ces transactions, qui sont avant tout une procédure administrative, profitent d'abord à l'Etat et aux sociétés qui ont les moyens de négocier avec l'administration afin d'obtenir les amendes les plus basses. Elles sont surtout génératrices de corruption et préjudiciables à la conservation des forêts et au respect des droits des personnes ou groupes victimes des infractions* », V.M.T. CIRELLI, F. Schmithüsen, J. Texier, T. Young, Tendances du droit forestier en Afrique et en Europe, Rome, Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'agriculture, 2003.

840Malheureusement, « rares sont les plaintes des populations des zones forestières s'estimant spoliées dans leurs droits par les sociétés d'exploitation du bois, qui sont prises en compte par les tribunaux camerounais ou qui font l'objet d'une décision de justice. L'État camerounais a ostensiblement fait le choix de la transaction comme mode de règlement des conflits avec ces sociétés. Ces transactions, qui sont avant tout une procédure administrative, profitent d'abord à l'État et aux sociétés qui ont les moyens de négocier avec l'administration afin d'obtenir les amendes les plus basses », V.R.N. SIME, L'intégration et l'harmonisation des normes de droit international de l'environnement dans le droit africain, in http://data.iucn.org/dbtw-wpd/html/EPLP-069/section13.html#fn1 (consulté le 7 octobre 2013)

publics et du ministère public (et donc de l'État). Il s'agit donc sans nul doute d'une question de volonté politique de la part des États de l'OHADA et au-delà.

2. La reconnaissance de la qualité de victimes futures – victimes non humaines - du dommage

206. La responsabilité civile ne peut être mise en jeu que s'il y a dommage. Il permet ainsi de conférer la qualité à agir à un certain nombre de personnes alors même que les victimes ne sont pas forcément humaines ou ne sont pas identifiées. À ce propos, une évolution est de plus en plus notée en dehors des pays membres de l'OHADA, en matière environnementale. Le terme « environnement » est nouveau dans de nombreuses langues, du moins tel qu'on le définit aujourd'hui. Le verbe français « environner » est apparu au XIIe siècle mais ce n'est que depuis le début des années 1960 que l'on utilise le terme de façon régulière[841]. Le Code de l'environnement du Sénégal propose la définition suivante *: « l'ensemble des éléments naturels et artificiels ainsi que des facteurs économiques, sociaux et culturels qui favorisent l'existence, la transformation et le développement du milieu, des organismes vivants et des activités humaines »*[842]. Cela dit, l'une des définitions les plus complètes de l'environnement se trouve dans la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, rédigées dans le cadre du Conseil de l'Europe, et adoptée à Lugano le 21 juin 1993. Suivant les dispositions de son article 2 : « *Au sens de la présente Convention… L'« environnement » comprend : les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs ; les biens qui composent l'héritage culturel et les aspects caractéristiques du paysage* »[843]. Cet environnement peut subir un préjudice, un dommage dit écologique. Le dommage est défini par l'article 2-2 de la Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale comme « *une modification négative mesurable d'une ressource naturelle ou une détérioration mesurable d'un service lié à des ressources naturelles* ». Ces dommages ont été constatés

841 Dans d'autres langues, de nouveaux mots ont été créés à la même époque pour exprimer ce concept : « Umwelt » en allemand, « Milieu » en hollandais, « Medio ambiente » en espagnol, « Al. Biah » en arabe, « kankyo » en japonais, etc.

842Art. L.12.13 Code de l'environnement Sénégal

843 Ce Traité est ouvert à la signature des États membres, des États non membres qui ont participé à son élaboration et de l'Union européenne, et à l'adhésion des autres États non membres. Aucun pays africain n'a signé, ratifié ce Traité.

notamment avec la marée noire[844] aux États-Unis précisément dans le golfe du Mexique, ont occasionné une grande pollution à cause des fuites de pétrole rejeté dans la mer par les installations pétrolières (plateforme « DeepWater Horizon ») de la multinationale British Petroleum ou BP, justifie à elle seule le non-respect des mesures de prévention. Cette pollution est d'ailleurs considérée comme l'une des plus grandes catastrophes écologiques au monde, sinon la plus importante aux USA avant celle de l'Exxon Valdez en 1985, de l'Amoco-Cadiz[845] en 1978 et de Torrey-Canyon en 1967, non seulement par son ampleur et par ses coûts financiers, écologiques, économiques, touristiques, culturels et moraux. En outre, l'on peut évoquer le cas en août 2006 de ce déversement frauduleux de déchets industriels toxiques par la multinationale néerlandaise « Trafigura »[846] (affaire Probo koala) sur onze (11) sites en Côte d'Ivoire. La marée noire de l'Érika du 12 décembre 1999 s'ajoute à cette liste d'atteintes environnementales. C'est non un préjudice indirect pour l'homme qui est consacré, mais bien la dépendance de l'homme à l'égard de son environnement, de son écosystème. Il s'agit essentiellement de reconnaître un droit de la nature et non une responsabilité de l'homme. De ce point de vue, lorsqu'un dommage de type environnemental (destruction significative d'habitats protégés, destruction de la faune et de la flore, pollution du littoral et des plages) est commis par le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions, sa responsabilité devrait pouvoir être engagée. Toutefois, nous sommes confrontés à une réelle difficulté pour saisir et appréhender la notion de préjudice écologique, de sorte que généralement les juges dans pays membres de l'OHADA l'écartent au profit d'autres notions (responsabilité pour faute personnelle, par exemple) sans doute plus traditionnelles et orthodoxes sur le plan du droit commun de la

844 Selon plusieurs sources, le coût pour les assureurs et réassureurs mondiaux pourrait atteindre entre un et un milliard et demi de dollars américains. Parmi ces sociétés de réassurance il y a BERNMUDEDIEN PARTNER RE, TRANSATLANTIC RE, MUNICH RE. Ces derniers jours, la société BP dit qu'elle perdrait au total entre 17 à 20 milliards de dollars dans cette catastrophe sans compter son image de marque. Les ressources végétales, marines, l'écosystème des villes riveraines comme la Louisiane, de la Floride, de l'Alabama sont gravement affectée par cette grande pollution

845 Dans l'affaire de «Amoco Cadiz, marée noire du 16 mars 1978, le Tribunal de Chicago admit le préjudice écologique en concluant à la responsabilité principale de la Société AMOCO CORPORATION et à la responsabilité partielle des chantiers navals ASTILLEROS ESPAFIOLES DE CADIX.

846Probo Koala : un réquisitoire à charge contre Trafigura, jeune Afrique, source internet du 22 juillet 2010. Le procès de cette affaire a été le 1er juin 2010, à Amsterdam (Pays-Bas) contre la société Trafigura, négociant en produit pétrolier, qui avait affrété le Probo Koala (un cargo) en 2006, en Côte D'Ivoire, déversant des déchets hautement toxiques sur onze sites en pleine agglomération qui ont contaminé les eaux et l'environnement et occasionné des intoxications alimentaires, problèmes cutanés et brulures à plusieurs personnes. Pour plus de détails V. Art. internet précité p.1.

responsabilité civile mais qui auraient été profondément injustes pour les victimes. Ils ne sanctionnent pas la responsabilité du fait des dommages à l'environnement.

207. Malgré les critiques formulées à propos de cette position, les obstacles demeurent. Déjà, on peut se demander si l'on peut restreindre la responsabilité environnementale à la faute. Il est fait explicitement référence à la faute pour engager la responsabilité du dirigeant de société commerciale. La question est d'autant plus délicate qu'avec cette suppression le dirigeant ne sera pas toujours en mesure de déterminer avec suffisamment de précision ce qu'il peut attendre du procès. Il s'efforcerait de s'entendre en amont. À ce propos, on peut se demander qui sera titulaire de la qualité à agir en cas d'atteinte à ces ressources et à l'environnement. En principe, un dommage est réparable dès lors qu'il concerne une personne. Le dommage écologique est une atteinte à la nature. Or, celle-ci n'est ni un bien personnel ni une personne, mais un bien commun, collectif et à ce titre protégé[847].

208. L'environnement ne peut être considéré comme une victime humaine, ni comme un bien et rend difficile l'identification des personnes fondées à demander en justice la sanction du dirigeant. La nature n'étant pas une personne, le dommage qui lui est causé n'atteint personne. Or, si personne n'est victime, une responsabilité peut-elle être engagée ? C'est ce type d'enchaînement juridique qu'il s'agit de traiter et de dénouer. On s'aperçoit immédiatement qu'il existe une disjonction entre ce qui constituera bientôt un nouveau sujet de droit, l'environnement, et ce « ressenti » de la société. En la matière, celui-ci est collectif. C'est dans ce cadre que les ONG ont tendance[848] à saisir la justice dans le cadre de la lutte contre les atteintes à l'environnement par la voie juridique. La Troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 septembre 2007 reconnaissait expressément qu'une « association peut agir en justice au nom d'intérêt collectif, dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social »[849]. La cour de Cassation de préciser que « même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social »[850]. Par contre

847 Art. L 96 du code de l'environnement du Sénégal

848 Elles ont un pouvoir d'influence et de dénonciation au niveau local comme international. En France, une association peut toujours agir en justice au nom d'intérêts collectifs qui entrent dans son objet social.

849 V. aussi deuxième chambre civile : 27 mai 2004 n°02-15700 et 5 octobre 2006 n° 05-17602

850Ainsi lorsqu'elles estiment qu'une décision ou un projet porte atteinte à la qualité de l'environnement ou menace la santé des populations, les ONG peuvent décider d'entamer une procédure devant les juges. Elles ont la qualité à agir pour la défense des intérêts collectifs qu'elles sont statutairement chargées de défendre. Mais ce mode d'action n'est pas possible au Sénégal. Elles sont cantonnées à un rôle d'alerte, de contrôle des

les collectivités publiques ont la qualité à agir et demander la réparation de leur préjudice. Aux termes de l'article L 98 Code de l'environnement du Sénégal « Les pénalités prévues par le présent article ne préjudicient pas au droit à l'indemnisation des collectivités publiques ou privées ayant subi des dommages du fait de la pollution ». Cette action de lutte contre la dégradation actuelle de l'environnement et des ressources naturelles, sauvegarde les intérêts des générations présentes contre tout dommage. Cela n'est pas exclusif du besoin de préservation des besoins des « générations futures »[851]. L'autre grande difficulté pourrait venir du fait que la notion de victime est aussi soumise à la *dictature* de l'immédiateté, alors que l'objectif majeur de la RSE est la préservation des intérêts des « générations futures » notamment ; de générations d'êtres humains qui viendront après les générations actuelles. Il s'agit d'une périphrase « *lourd de sous-entendus, mais qui est juridiquement suffisamment imprécis pour rendre le concept inapplicable* »[852]. Il sera de ce point de vue difficile d'invoquer la qualité à agir. Cela implique ainsi d'une prise en considération d'un bien commun ou collectif utile à l'humanité : la nature, entendue comme patrimoine naturel, non susceptible d'une appropriation[853]. Dans cette perspective, la Convention de Bamako de 1991[854] qui a une portée régionale africaine pourrait être d'un apport significatif à savoir : « *l'énonciation en son article 2 § 2 d'un principe d'interdiction générale et absolue d'introduire en Afrique des déchets de toute nature, y compris radioactifs ; l'interdiction en Afrique de tout déchet d'origine étrangère. La convention n'autorise que les mouvements transfrontières de déchets entre États africains soumis à une stricte réglementation ; l'introduction comme à Bâle d'une sanction pénale des infractions au principe de l'interdiction* ». Ces mêmes

---

atteintes à l'environnement et de défenses des intérêts de l'environnement auprès des instances juridiques. Voir également, l'arrêt de la Cour de cassation, 1ère chambre civile, 18 septembre 2008, n° 06-22038

851 La France a adopté une Charte de l'Environnement en 2005, qui expose les principes généraux devant guider toute action en matière de défense de l'environnement. Elle précise notamment que : « les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures… À satisfaire leurs propres besoins. ».

852 E. VIAL, Le concept de responsabilité envers les générations futures dans la gestion et le stockage des déchets radioactifs. Diplôme de droit nucléaire international de l'Ecole internationale de droit nucléaire, ANDRA. Session 2003

853 La valeur non marchande de ces biens est saisie en France par l'Art. 714 du code civil qui dispose qu'« il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Des pays comme le Sénégal ne les définissent pas.

854 Elle réglemente les mouvements transfrontières des déchets dangereux. Elle fait expressément référence à l'Art. 39 de la IVème convention de Lomé, à la Déclaration de Stockholm (principe 21), à la Charte mondiale de la nature dont les principes 6 et 7 et le point 12 affirment respectivement la nécessité d'éviter les rejets de substances toxiques dans les systèmes naturels.

interdictions sont prévues et sanctionnées par le Code l'environnement du Sénégal à travers les articles L 92 et L 93[855].

§ 2. La flexibilité dans l'appréciation de la légitimité de l'intérêt invoqué par les victimes et ayant droit à la réparation

209. L'action civile est en principe recevable pour tous les chefs de dommages aussi bien matériel, moral que corporels qui découleront des faits de la poursuite du dirigeant. La personne physique ou morale qui porte individuellement ou collectivement une requête contre le dirigeant doit être victime de la violation de la responsabilité sociétale alléguée[856]. Nous allons ainsi analyser l'intérêt sous l'angle de la reconnaissance de la qualité de victime et d'ayant droit à la réparation, mais aussi sous l'angle de la prévention des dommages dans la mesure où le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des décisions et des actes de gestion pouvant avoir un impact négatif sur la RSE est extrêmement difficile.

A. La reconnaissance de la qualité de victime et d'ayant droit à la réparation du dommage

210. La responsabilité du dirigeant peut être engagée par tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage ou préjudice, étant entendu que certains auteurs utilisent indifféremment les termes dommage et préjudice comme synonymes[857] En ce sens, l'intérêt à agir est l'avantage personnel, le profit ou l'utilité de nature pécuniaire ou morale susceptible d'être obtenue par celui ou celle qui exerce l'action en justice. Il est perçu comme un profit, un avantage que l'action en justice est susceptible de procurer au

855 Aux termes de l'Art. l 92: Est punie d'une amende de 10.000.000 FCFA à 50.000.000 FCFA et d'une peine d'emprisonnement d'un (1) à cinq (5) ans toute personne qui importe clandestinement des déchets toxiques dangereux sur le territoire sénégalais, tandis que suivant les dispositions de l'Art. l 93: est punie d'une amende de 1.000.000 à 10.000.000 FCFA et d'une peine d'emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans ou de l'une de ces deux peines, toute personne ayant importé, produit, détenu ou/et utilisé contrairement à la réglementation, des substances nocives et dangereuses. En cas de récidive, le montant maximal des peines est doublé.

856 Il s'agit de l'application du principe « pas d'intérêt, pas d'action ». Ainsi, l'action dirigée contre le dirigeant de société est ouverte à tous ceux et toutes celles qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention relative à la violation de la RSE. Ils doivent avoir subi des préjudices, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle, ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions qui constituent une violation de la responsabilité sociétale dans son volet juridique.

857 V. F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc. spéc. n° 698 p. 712 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, 1, *Responsabilité délictuelle*, Litec 5e éd. 1996, spéc. n° 95 - J. FLOUR et J.-L. AUBERT, par E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, préc. spéc. n° 133 p. 157

plaideur. D'un point de vue juridique, l'intérêt à agir doit être légitime[858], né et actuel[859], direct[860] et personnel. Il est recherché l'existence d'un préjudice et de la possibilité de tirer des avantages du procès pour justifier une action tendant à la protection de l'environnement, des droits sociaux, mais aussi dans le domaine sociétal contre toute atteinte avérée.

1. L'intérêt à agir en matière de protection de l'environnement

211. Toute personne ayant subi un préjudice ou pouvant subir un préjudice du fait du dirigeant dans l'exercice de ses fonctions de direction ou de gestion est fondée à saisir le juge. Suivant les dispositions de l'article 2 du code de procédure pénale en France « l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». Ainsi, dans l'Affaire du Probo Koala, dès lors qu'il a été établi un lien entre le déversement des déchets dans des conditions complètement sauvages et la tragédie qui s'en est suivie sur le plan environnemental, sanitaire et en matière d'atteintes graves aux droits humains, il est apparu naturel que l'État ivoirien saisisse la justice. Le préjudice pouvant alors être prouvé en ce sens qu'« en l'espace de seulement cinq mois - entre août 2006 et janvier 2007- plus de 100 000 personnes à Abidjan ont dû se rendre dans des centres de santé pour des consultations médicales car elles souffraient de nausées, de maux de tête, de douleurs abdominales, de diarrhée ou de problèmes de peau. Selon les autorités ivoiriennes, 15 à 17 décès ont également été dénombrés, ce que nous ne pouvons confirmer »[861]. Cela dit, devant la défaillance de l'État en termes de poursuite des auteurs des atteintes, peut-on préconiser la possibilité pour d'autres parties prenantes, telles que les

858 Il faut un intérêt sérieux, la justice ne doit pas être saisie à la légère. L'intérêt recherché ne doit pas être un avantage contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, le juge ne peut statuer que sur des prétentions, des contestations issues de situations légales.

859 L'intérêt doit exister au moment où la demande est formée. Un intérêt simplement éventuel ne suffit pas à ouvrir droit à une action. L'appréciation de l'intérêt se fait au jour de l'introduction de la demande.

860 Un intérêt direct et personnel. L'avantage qui va découler du succès de la prétention doit toucher personnellement l'auteur de la demande en justice. Il doit être le/la premier/e concerné/e. Un particulier ne peut agir en justice pour défendre l'intérêt général. On ne peut agir en justice à la place d'autrui : « Nul ne plaide par procureur ». L'intérêt personnel ou direct n'est plus exigé lorsque la loi attribue à certaines personnes ou groupements la qualité pour agir pour défendre des intérêts spécifiques. Ex: Les syndicats ont qualité pour agir pour défendre l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. Ex : Le ministère public peut agir quand l'ordre public est intéressé ou dans l'intérêt de la loi.

861 F. PERRIN, « Affaire du Probo Koala : le feuilleton judiciaire est loin d'être fini », in Actu-Environnement.com : |01 octobre 2012|Greenpeace et Amnesty ont publié le 25 septembre un rapport, de plus de 250 pages, qui rouvre le dossier de la complexe affaire du cargo-poubelle Probo Koala à Abidjan en 2006 et accable l'affréteur Trafigura. Quelles vérités "toxiques" entend-il faire éclater ?

associations de défenses de l'environnement, les collectifs de victimes, de saisir le juge. Dans le procès de l'Érika, en France, ce sont, des particuliers, des collectivités territoriales, et surtout des associations qui ont mis en mouvement l'action publique en portant plainte avec constitution de partie civile devant le Tribunal de Grande instance de Paris[862]. La position du juge dans la reconnaissance d'un intérêt à agir au profit des associations est assez ambiguë en matière environnementale. Tandis que la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) est souvent réticente lorsque le groupement invoque non un intérêt personnel, mais des intérêts collectifs de la collectivité qu'il prétend représenter, en estimant qu'« on ne saurait accepter le principe selon lequel une association, en sa qualité de représentant d'une catégorie d'entrepreneurs, serait individuellement concernée par un acte affectant les intérêts généraux de cette catégorie »[863], le juge Français considère qu'une association peut toujours agir en justice au nom d'intérêts collectifs qui entrent dans son objet social[864]. Pour cela, il suffit qu'elle ait été déclarée et que sa constitution ait fait l'objet d'une publication au journal officiel conformément à la loi du 1er juillet 1901[865].

212. Mais récemment aussi la Ligue de protection des oiseaux (LPO) et le collectif Marée noire qui poursuivaient Total pour préjudice écologique après une fuite de pétrole à la raffinerie Total de Donges (Loire-Atlantique) dans l'estuaire de la Loire en 2008, ont été déboutés vendredi 27 septembre 2013par la Cour d'appel de Rennes. En effet, le 16 mars 2008, lors du ravitaillement d'un navire à la raffinerie Total de Donges, environ 500 tonnes de fuel lourd s'étaient déversées dans la Loire et sur les berges du fleuve. Fin mars 2008, le parquet de Saint-Nazaire avait ouvert une information judiciaire qui aboutissait un an plus tard à la mise en examen de Total raffinage marketing. La filiale du groupe était poursuivie pour « déversement de substances nuisibles » en mer « avec préjudice sur la faune et la flore » et pour "exploitation non conforme d'installation classée ».[866] Lors du jugement en

862L. NEYRET, « Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement », D. 2008, Chron., p. 2681

863 CJCE, 14 décembre 1962, conférence nationale des producteurs de fruits et légumes/ conseil, affaire citée par BARAV Ami `' le droit au juge devant le TPI et la CJCE" in RIDEAU Joël`'le droit au juge dans l'union Européenne", op. cit., .pp.191-215.

864 Cour de cassation, Troisième chambre civile, 26 septembre 2007

865 Aux termes de l'Art. 6 de la loi du 1er juillet 1901 : « toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en justice, recevoir des dons manuels ainsi que des dons d'établissements d'utilité publique, acquérir à titre onéreux, posséder et administrer, en dehors des subventions de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics »

866 P. COLLET, « Donges : les associations déboutées en appel de leur demande de réparation au titre du préjudice écologique », in Actu-Environnement.com -Juridique- 30 Septembre 2013

première instance, le tribunal avait condamné Total à 300 000 euros d'amende et avait accordé aux associations des dommages et intérêts au titre des préjudices matériels et moraux[867].

213. L'environnement est généralement le domaine de défense d'intérêt collectif, mais aussi de l'intérêt général. Sa violation ouvre l'action en réparation des préjudices écologiques au-delà de l'État, et au ministère public, aux collectivités locales[868], aux établissements publics, fondations et associations, ayant pour objet la protection de la nature et de l'environnement.[869] En l'occurrence, le risque sera sans doute ~~alors~~ que, par leur mission, ces groupements ne deviennent des concurrents du ministère public qui a le monopole de la défense des intérêts généraux et sociaux.

2. L'intérêt à agir dans les autres matières sociétales

214. D'un point de vue social, le salarié a généralement un intérêt à agir. Il en est ainsi aussi bien en cas de conflits individuels que de conflits collectifs de nature contractuelle ou disciplinaire ou délictuelle. Il peut s'agir d'un licenciement, c'est-à-dire de la rupture du contrat d'origine patronale, il peut être pour motif personnel ou économique individuel ou collectif. Le licenciement pour motif personnel doit, pour être valide, avoir un motif légitime, il doit reposer, soit sur un manquement à la discipline de l'entreprise, soit sur une

867 La LPO avait obtenu 35.000 euros et le collectif Marée noire 15.000 euros. En revanche, le tribunal de Saint-Nazaire leur avait refusé le bénéfice du préjudice écologique867. Ce refus est justifié non pas en raison de leur qualité d'association, mais plutôt en raison de leur difficulté à apporter une preuve du préjudice écologique subie directement par elle, d'un intérêt à agir en l'espèce. La possibilité de se constituer partie civile n'est pas contestée. A cet effet, la loi Barnier de 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement a permis aux associations d'exercer les droits reconnus à la partie civile pour ce qui concerne les faits portant préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction à la protection de la nature et de l'environnement.

868 Depuis 2008, grâce à l'adoption d'un amendement déposé par l'auteur de la présente proposition de loi, les collectivités peuvent exercer ces mêmes droits reconnus à la partie civile pour ce qui concerne les faits portant préjudice direct ou indirect au territoire sur lequel elles exercent leur compétence. Autrement dit, le fait générateur peut avoir lieu sur un espace public ou privé de la collectivité.

869 Aux Sénégal, aux termes de l'Art. L 107 « Les collectivités locales et les Associations de défense de l'environnement, lorsqu'elles sont agréées par l'Etat dans le domaine de la protection de la nature et de l'environnement, peuvent introduire des recours devant les juridictions compétentes selon la procédure administrative ou la procédure de droit commun. Elles peuvent également exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits constituant une infraction relevant de la présente loi et portant préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre. Les associations de défense de l'environnement peuvent être reconnues d'utilité publique dans les conditions fixées par décret. Les associations désireuses de bénéficier de la reconnaissance d'utilité publique font une demande écrite adressée au Ministre chargé de l'environnement qui doit donner un avis favorable, avant sa transmission à l'autorité compétente ». Code de l'environnement du Sénégal.

inaptitude du travailleur. Un abus dans le licenciement pourrait fonder une demande en justice tendant à faire cesser le trouble. La charge de la preuve pèsera sur l'employeur.

215. Dès l'apparition d'un conflit collectif, ce dernier doit être immédiatement notifié par la partie la plus diligente à l'Inspecteur du Travail et de la Sécurité sociale lorsque le conflit est limité au ressort d'une inspection régionale du travail et de la Sécurité sociale, au directeur général du travail et de la Sécurité sociale lorsqu'il implique plusieurs inspections régionales[870]. Le Code du travail renvoie à la convention collective quant à la procédure de conciliation prévue. Si la convention collective n'en prévoit aucune ou en cas d'échec de celle-ci, l'Inspecteur du Travail et de la Sécurité sociale ou le directeur général doit, dans les 48 heures après sa saisine, convoquer les parties[871].

216. Toutefois, à travers les observations de ses organes de contrôle sur l'état d'application des conventions 87 et 98, le BIT note des divergences entre les législations nationales et les garanties prévues par la convention n° 87 plus singulièrement. Elles portent sur la discrimination liée à l'âge du travailleur, la constitution de syndicat sans autorisation préalable, les mesures de réquisition, l'interdiction d'occupation les locaux et les abords immédiats en cas de conflit collectif, la dissolution par voie administrative des syndicats et enfin le défaut de soumission des instruments adoptés par l'OIT aux autorités compétentes pour engager l'État au plan international. L'article L.11 du Code du travail ne reconnaît le droit syndical qu'aux mineurs de plus de 16 ans qui peuvent adhérer à un syndicat et cela sauf opposition de leurs parents. Cette disposition est contraire à l'article 2 de la convention n° 87. En outre, la loi n° 76-28 du 6 avril 1976 prévoit la délivrance d'un récépissé par le Ministère de l'Intérieur avant toute reconnaissance syndicale[872]. Ensuite, la réquisition des travailleurs des entreprises privées et des services publics offre implicitement à l'administration un pouvoir discrétionnaire assez large dans la définition des emplois soumis à la réquisition[873]. Plus fondamentalement, si l'État du Sénégal a ratifié nombre de conventions internationales sur les libertés syndicales et le droit à la négociation collective notamment, il reste peu prompt à soumettre ces instruments aux autorités compétentes pour engager sa responsabilité internationale. De façon plus sournoise, certaines pratiques de l'État et d'entreprises tendent à amenuiser les libertés syndicales.

870 Art. L.272 code du travail Sénégal

871 Un délai de dix jours est accordé aux parties pour trouver une conciliation ; passé ce délai, et après un préavis de 30 jours déposé au niveau des syndicats des employeurs ou des travailleurs concernés, le lock-out ou la grève est licite.

872 Les dispositions de cette loi sont d'ailleurs reprises par l'Art. L. 8 du code du travail.

873 C'est la raison pour laquelle la Commission de la liberté syndicale du BIT avait souhaité vérifier la conformité du décret d'application de l'Art. L. 276 du code du travail avec la convention n° 87.

Elles peuvent consister en des sanctions réprimant la tentative de constituer des organisations syndicales, au favoritisme ou à la discrimination à l'égard d'organisations déterminées ou encore l'octroi d'avantages indus à des organisations syndicales les plus représentatives. D'où les collusions souvent qui font monnaie courante entre élites politiques et responsables syndicaux ou encore entre patrons et délégués syndicaux.

217. En matière de corruption, en France, cet intérêt à agir peut être soulevé par une association. Il en était ainsi dans l'affaire dite association Transparency internationale. En effet, selon la Cour de cassation française, « pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale »[874] ». Cette possibilité d'extension profite également aux associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs, si elles ont été agréées à cette fin. Ainsi, suivant l'article L. 421-1 du code de la consommation en France qui consacre l'existence d'un « préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs » ces associations peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile.

B. Le difficile contrôle de l'intérêt à agir en nullité des décisions et des actes de gestion portant atteinte à la RSE.

218. La question du contrôle de l'intérêt à agir ne relève en principe pas de la loi. Le juge a un pouvoir souverain. L'office du juge dans l'appréciation de l'intérêt à agir (2) est rendu assez complexe en raison notamment de l'émergence de la notion d'intérêt partagé corollaire de l'enchevêtrement des préjudices résultant de l'atteinte à la RSE (1).

1. Le contrôle de la notion d'intérêt partagé résultant d'un enchevêtrement des préjudices

874Voir Cour de cassation, chambre criminelle, 9 novembre 2010, 09- 88272, Pour la Cour, l'objet statutaire de celle-ci est de combattre et de prévenir la corruption (…) et à cette fin de mener toutes actions ayant pour but d'identifier tous phénomènes de corruption, de les dénoncer et de les faire cesser. Or « les faits dénoncés …correspondent aux actions menées par cette association qui engageant toutes ses ressources dans cette activité, subit un préjudice personnel, économique, directement causé par les infractions en cause, lesquelles portent directement atteinte aux intérêts collectifs qu'elle défend et constituent le fondement même de son action ». Ainsi, à « les supposer établis, les délits poursuivis seraient de nature à causer à l'association transparence un préjudice direct et personnel en raison de la spécificité de son but et de l'objet de sa mission.

219. Le point central des débats sur la RSE est l'ambiguïté de la figure de la victime définie dans un contexte de concours entre les mêmes actions réparatrices ou pénales et les actions criminelles dérivant d'un même fait. Avec la reconnaissance d'un intérêt à agir élargi à certaines parties prenantes en raison de l'imbrication des textes y relatifs, le dirigeant peut commettre plusieurs préjudices enchevêtrés. En ce sens la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant est difficile en raison notamment de la détermination des fondements textuels devant soutenir l'action en responsabilité du tiers contre le dirigeant. Ainsi, les préjudices peuvent être différents et les intérêts partagés.

220. La reconnaissance de la qualité de partie prenante favorise la consécration du concept d'intérêt partagé, alors qu'il est de principe qu'il ne peut être question de concours entre deux actions qu'autant qu'elles tendent au même but et qu'elles doivent aboutir aux mêmes condamnations. Cette perspective a l'avantage de révéler le caractère inadapté des déterminants de la notion d'intérêt à agir. Les exigences de RSE sont telles que la notion devra être appréhendée d'une manière différente, en ce sens qu'elle devra intégrer notamment la dimension collective. En effet, devant l'émergence de préoccupations sociétales, on peut légitimement se demander envers qui le dirigeant fautif avait le devoir auquel il a manqué, pour qu'on puisse engager sa responsabilité ? Envers qui est ce que le dirigeant est tenu de cette responsabilité dans sa tâche de gestion en tant que dirigeant ? La société comme ensemble des êtres qui vivent en groupe organisé[875] ? L'État ? La société personne morale ? Les tiers ? Les autres organes sociaux ? Les associés ou actionnaires ? Ces questions sont d'autant plus importantes qu'elles permettent de déterminer et de contrôler la qualité de la personne qui pourrait avoir un intérêt à agir en justice contre la société et le dirigeant. Le contrôle est destiné à permettre la vérification de l'existence de l'intérêt à agir prétendu. Ainsi, lorsqu'une action en justice dirigée contre le dirigeant de société est portée devant le juge, ce dernier doit, avant de l'analyser au fond, se demander si la requête est recevable. Parmi ces conditions de recevabilité, l'on trouve l'exigence que le recours soit dirigé contre une décision ou un acte de gestion du dirigeant ayant entraîné un préjudice et que soit démontré un intérêt à agir pour la réparation du dommage. Un dommage est une atteinte objective, tandis qu'un préjudice relève d'un sentiment subjectif, d'un « ressenti » de la victime. Ainsi, pour être réparable, un dommage doit être certain et consister dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial. Dans un arrêt du 27 juillet 1937, la Cour de Cassation a estimé que le dommage ne mérite réparation que

875 Dictionnaire universel, Hachette Edicef, 3e édition, 2000. 1507 p

dans la mesure où il consiste dans la lésion d'un intérêt légitime. Le demandeur ne doit pas justifier d'un dommage quelconque, il doit établir la lésion d'un intérêt légitime. Cela offre aux dirigeants de société commerciale une plus grande sécurité juridique en leur permettant de mieux prévoir les conséquences de leurs comportements.

221. Or, le demandeur à l'action en responsabilité doit, avant de prouver la faute du dirigeant ou le dommage qu'il a causé dans l'exercice de ses fonctions, ~~et~~ montrer que celui-ci avait, envers lui, un devoir. Comme cela a été démontré, les dirigeants sont les représentants de la société. Or, le représentant s'efface devant la société pour laquelle il agit, de sorte que c'est contre la société et non contre ses dirigeants que les tiers devront agir en cas de mauvaise exécution d'un contrat. Une raison de fait est aussi invoquée : en pratique, lorsque la société est *in bonis,* les tiers préfèrent agir contre la société elle-même qui est généralement plus solvable que le dirigeant social[876]. La poursuite de la société commerciale n'est pas exclusive de la poursuite du dirigeant[877]. L'intérêt à agir appartient notamment aux associés qui souhaitent défendre la société. Ils exercent l'action sociale qui est l'action en réparation du dommage subi par la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions[878]. L'action sociale est prévue à l'article 165 et suivant de l'AUSCGIE au profit notamment de l'associé et des tiers, sans préciser le contenu de la notion de tiers. On peut interpréter cette notion comme englobant toutes les personnes qui, en raison de l'effet relatif du contrat de société, ne sont pas parties au contrat de société et peuvent toutefois subir des dommages[879]. En France, la Cour de cassation dans l'affaire d'Érika[880] a prononcé des sanctions à savoir une amende maximale

876 Y. GUYON - Ch. de Leiris - JCP. stés. fasc 132 nC'92

877 Aux termes de l'Art. 161 AUSC « Sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ». Le législateur OHADA pour conférer l'action sociale ou l'action individuelle a établi des critères, en fonction de l'intérêt lésé. Il a posé des solutions précises en matière d'intérêt à agir pour eux. L'objectif affirmé était d'élargir le plus possible le champ du recours pour préjudice individuel. Ces solutions peuvent s'observer tant en ce qui concerne la situation du dirigeant qui commet une faute lorsque la société est in boni ou que la situation où la société est en difficulté.

878 Art. 166 AUSC.

879 Il n'intègre pas la possibilité d'une invocation d'un intérêt collectif qui aurait permis notamment la réparation des atteintes à l'environnement ou aux droits des consommateurs. Des lors qu'ils subissent un préjudice, ils bénéficient d'un droit au recours garantit, c'est-à-dire le droit de faire valoir leurs droits devant un organe indépendant et impartial, afin d'obtenir la reconnaissance de la violation, la cessation de la violation, si elle continue, et une réparation appropriée (un recours procédural et une mesure de correction telle que la réparation).

880 Le navire Erika, pétrolier chargé de fioul lourd affrété par la société Total, faisait naufrage au large des côtes de la Bretagne, causant des dommages considérables : 400 kilomètres de littoral souillé, 150 000 oiseaux retrouvés morts, 18 tonnes de fioul et 8 tonnes de produits cancérigènes déversées dans la mer.

375 000 euros, la condamnation de la société Total à verser des dommages et intérêts de 200 millions d'euros aux différentes parties civiles, l'État, les collectivités territoriales, les associations. Des auteurs se sont alors demandé à quel titre la Cour de Cassation a accordé cette indemnisation. On s'est rendu compte qu'il s'agit en effet non pas d'un préjudice matériel ou moral, mais bien plutôt d'un préjudice d'image pour les collectivités territoriales.

222. Le Législateur OHADA consacre une absolue nécessité d'une lésion à un droit pour justifier un intérêt à agir. Le contrôle portera sur l'existence d'un droit lésé, seules les personnes se prévalant d'une atteinte à un droit de quelque nature que ce soit peuvent se voir reconnaître un intérêt à agir. L'intérêt peut être ainsi direct et personnel. Le demandeur doit être personnellement concerné par l'atteinte subie et avoir un intérêt à ce que son droit soit reconnu ou son préjudice indemnisé. On peut déduire de ce postulat qu'une action fondée sur un intérêt collectif n'est pas recevable si elle est exercée par un particulier. Une telle action n'est en effet admise que si c'est le ministère public ou tout organisme habilité qui la met en œuvre[881]. Cela dit, en l'état du droit positif, la défense de l'intérêt légitime de l'environnement appartient concurremment à l'État, bien sûr, aux collectivités territoriales ou locales et aux associations. L'État pourrait intervenir pour défendre l'environnement. Sa légitimité est renforcée par le fait que la plupart des législations des pays membres de l'OHADA consacrent des régimes d'autorisation ou de déclarations administratives de régulation des interventions des entreprises qui peuvent avoir des impacts non négligeables sur l'environnement. Il pourra exercer en cas de préjudice une action contre l'industriel à qui une telle autorisation a été accordée pour pollution. Il est ainsi nécessaire d'aborder la réalité concrète du périmètre d'intervention du juge judiciaire dans le contrôle de l'intérêt à agir.

2. L'office du juge dans l'appréciation de l'intérêt à agir en réparation du préjudice.

881 En ce sens le titulaire de l'action devant les tribunaux sera un associé ou un tiers et non la nature elle-même, cette dernière n'étant pas une personne. Le législateur n'exclut pas la possibilité d'intérêt partagé. Il ne limite à restreindre les ayants droit à la réparation. Le risque sera alors qu'on assiste à la redondance de la réparation ou à défaut au contraire de son caractère partiel, en raison de l'exclusion de cette partie prenante. Il peut y avoir redondance en matière d'atteinte à l'environnement, lorsque le juge indemnise plusieurs personnes tierces (associations ?) pour un même préjudice, comme, à l'inverse, caractère partiel, lorsque le juge se contente d'une indemnité unique pour réparer des préjudices qui sont multiples, c'est-à-dire à la fois d'ordre matériel, écologique ou moral.

223. Son office dans la détermination des contours de l'intérêt à agir est assez délicat, en raison de la complexité que soulevant la RSE. Cette question d'intérêt n'est qu'une partie du fond, mais atteint la légalité de toute la procédure et la fait s'éteindre sans qu'il soit nécessaire de juger des autres parties du fond, si elle n'est pas présente. Ainsi, son appréciation de l'intérêt à agir nécessite une approche *in concreto* destinée notamment à déterminer l'objet des différentes actions en réparation, dans la mesure où le préjudice entraîne l'action correspondante. Dans la mesure où la recevabilité est appréciée *rationae temporis,* elle doit intervenir dans les délais, *rationae materae*, contre un préjudice, le contrôle sera donc fonction de la nature de la société, de sa situation, mais aussi en fonction de la nature du préjudice invoqué.

Ce contrôle est délicat en raison de la possibilité de cumul de responsabilité civile des dirigeants. Il n'existe pas dans les sociétés de personnes des règles spécifiques de responsabilité des dirigeants, on assiste, relativement à la responsabilité des dirigeants de ces sociétés, à une articulation entre les règles de responsabilité du droit des sociétés et celles de droit commun des États membres de l'OHADA. En l'occurrence, lorsque la société est *in boni*, et que la juridiction compétente est saisie de l'action individuelle ou sociale, il procède au contrôle de l'intérêt à agir. Cela permet de sécuriser la fonction du dirigeant. Cela ne pose pas de problème majeur, la justification d'un préjudice suffit. Lorsque l'action sociale, prévue à l'article 165 AUSCGIE et définie comme l'action en réparation du dommage subi par la société est exercée par celui qui invoque un intérêt à agir, ce dernier doit démontrer l'existence d'une faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. En ce sens, les fautes de gestion donnent rarement lieu à une action individuelle, parce que le préjudice est alors subi par la société. Si les actionnaires subissent un dommage, c'est de manière indirecte et il est proportionnel à l'intérêt que l'actionnaire possède dans la société. Cette faute de gestion est une illustration des risques de confusion existant entre action individuelle et action sociale *ut singuli* comme le montre l'arrêt du 26 janvier 1970[882]. Le juge dans l'appréciation de cet intérêt peut rejeter la demande de certaines parties prenantes, telles les associations, en

882*En l'espèce, un actionnaire se plaignait d'avoir cédé ses titres à perte en raison d'une baisse de leur valeur consécutive à une mauvaise gestion de la société. La Cour de cassation considéra que le préjudice n'était pas individuel, car c'est la société qui en premier lieu subissait un préjudice, et le dommage occasionné à l'actionnaire n'en était que le corollaire. Par conséquent, l'action était une action sociale, laquelle ne pouvait plus être exercée par l'actionnaire qui, ayant cédé ses titres avait perdu cette qualité.* Voir Cass com. 26 Janv. 1970 - JCP 1970. Il. 16385 note Guyon D.1970 643 note Guyénot.

s'appuyant sur le caractère direct et personnel[883]. Par contre, lorsque la société commerciale est en difficulté, précisément, lorsque « *le débiteur est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible…* »[884], situation constitutive d'un état de cessation de paiement[885], le tribunal compétent[886] qui le constate ou est invité à le constater est appelé à contrôler la qualité de créanciers des personnes requérantes ou qui seront affectées par l'ouverture d'une procédure collective. Dès le jugement d'ouverture de la procédure collective, les partenaires de l'entreprise sont plus ou moins directement affectés[887]. Ceux à qui on reconnaîtra des droits verront ces derniers automatiquement restreints. La reconnaissance de ce droit est liée également à la satisfaction de l'obligation de déclaration de leurs créances.[888]. Ainsi, dès leur intégration dans la masse, les créanciers sont égaux *à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence*[889]*permettant de distribuer les sûretés et privilèges dont ils disposent*. Ce contrôle permet de pallier les inconvénients pouvant résulter de la rupture d'égalité entre les créanciers concernés dès lors que ces derniers retrouvent la liberté d'entreprendre des poursuites individuelles contre le débiteur et de saisir son patrimoine.

---

883 Les associations peuvent avoir la qualité sans avoir un intérêt à agir. Elles ne subissent pas directement, ni personnellement le préjudice. Ce dernier critère de l'intérêt à agir est lié à celui de la qualité à agir dans le sens où la qualité peut être attribuée à certaines personnes alors qu'elles ne sont pas totalement concernées par l'action. C'est notamment le cas d'associations qui agissent en justice parce qu'évidemment elles défendent leur cause mais dans ce type de cas, elles ne sont pas personnellement victimes.

884 Art. 25 AUPCAP.

885 L'Art. 25 de l'AUPC est difficile à appliquer aux sociétés de banque notamment en raison des dispositions de l'Art. 86 de la loi 2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire suivant lequel « Nonobstant les dispositions de l'Art. 25 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, sont en état de cessation des paiements, les établissements de crédit qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements immédiatement ou à terme rapproché ».

886 Le tribunal compétent en matière commerciale sans tenir compte de la nature commerciale ou non de la personne concernée. Cette juridiction compétente territorialement est celle dans le ressort de laquelle le débiteur personne physique a son principal établissement ou à défaut, son principal centre d'exploitation.

887 Le juge prend des mesures destinées à organiser la procédure collective entre autres la constitution des créanciers en une masse. À la lecture de l'Art. 72 AUPCAP qui dispose que « la masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision… ». La masse démontrera et défendra d'un intérêt collectif porté par le syndic représentant des créanciers. Leur intérêt à agir individuellement est écarté au profit de la représentation de l'intérêt collectif des créanciers.

888 Les créanciers sont soumis à la procédure de vérification et d'admission des créances. Tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture de déclarer leurs créances pour être admis au passif de la procédure collective. Dans ce cadre, le juge contrôlera avec fermeté le respect de cette représentation en combattant toute velléité des créanciers prétendant agir seuls sans justifier d'un préjudice qui n'est pas distinct de celui causé aux autres créanciers. Voir sur l'énonciation de ce principe, Voir Com. 3 juin 1997, Bull. n° 163 ; Com. 14 décembre 1999, Bull. n° 230

889 Art. 2093 du C.civ.France

224. Pour ce qui est de la nature du préjudice invoqué, les préjudices sociétaux tels ceux écologiques sont souvent des préjudices premiers, dans le sens où ils entraînent d'autres préjudices que la responsabilité civile connaît bien, car ils sont traditionnels. Il peut ainsi s'agir d'un préjudice matériel : c'est le cas lorsqu'un port ou des espaces naturels, qui sont par exemple la propriété d'un département, sont pollués par une marée noire. Il peut aussi s'agir d'un préjudice moral, notamment en cas d'atteinte à l'image d'une région entraînant des perturbations pour les professionnels du tourisme concernés. Ainsi, ~~donc~~ on peut observer que l'évolution de la place des personnes justifiant d'un intérêt et d'une qualité à agir comme victime de la violation de la RSE n'est pas linéaire et celle qu'elle peut acquérir dans l'espace OHADA serait nouvelle[890]. Les dommages invoqués à ce propos peuvent dépasser les individus, être « objectifs »[891] ~~ou, au moins, parfois~~, pour se rendre complexes ; ils mêlent plusieurs formes de dommage, dont le dommage « subjectif » (ressenti par une personne) n'est qu'une composante. Il s'avère nécessaire alors de clarifier le débat sur la question de la flexibilité noté dans la détermination de la finalité de l'action et du régime de la sanction de la violation de la RSE.

SECTION-II. La flexibilité dans la détermination de la finalité de l'action et du régime de la sanction pour violation de la RSE.

225. La flexibilité dans la détermination de la finalité de l'action et du régime de la sanction pour violation de la RSE résulte du fait que le recours à la responsabilité dépend des personnes intéressées, des parties prenantes protégées et implique pour le dirigeant une plasticité, une extension du champ subjectif des débiteurs de la réparation (§1). Et dans la mesure où la sanction des normes concernant la RSE embrasse et dépasse le clivage traditionnel entre les responsabilités juridiques délictuelles, contractuelles, civiles, pénales, administratives, il est utile de relever les fonctions différentiées de la sanction des préjudices causés par le dirigeant social (§2).

---

890 Après avoir déterminé, l'intérêt et la qualité à agir, conditions de recevabilité de la demande des sujets actifs, il est intéressant d'axer la réflexion sur le sujet passif, sans sanction. Pour être indemnisé un dommage devait présenter un certain nombre de caractéristiques, à savoir être individuel, actuel et certain. Cette exigence du dommage individuel est remise en cause au profit du collectif. Ils touchent un nombre significatif de personnes et peuvent même se manifester sous forme de catastrophes collectives.

891Les dommages écologiques « touchent des relations plus encore que des choses. S'il peut consister en destructions ou dégradations ponctuelles, il se manifestera surtout par la rupture de certains équilibres, l'atteinte à des processus écologiques, des écosystèmes, à des espèces et non pas seulement à des individus ». Voir a ce propos C.DE KLEMM, Les données des sciences de la nature, *in* Rapport Piren, p.12-19, cité par C.Thibierge, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », RTD civ. 1999, p.567

§ 1. L'extension du champ subjectif des débiteurs de la réparation.

226. Même si la tendance est d'élever la responsabilité des dirigeants au rang de point central et de principe d'explication de la responsabilité des sociétés commerciales (A), les associés étant en principe irresponsable, elle est manifestement inefficace. L'identification d'autres débiteurs, comme les tiers parties prenantes, semble être une orientation féconde (B).

A. Le dirigeant débiteur initial de la réparation du préjudice

227. L'article 161 et suivants AUSGIE permettent certes de supposer la prédominance des décisions de condamnation du dirigeant à l'origine de faits dommageables survenus dans l'exercice de ses fonctions, mais à l'observation, l'exécution des décisions de condamnation des dirigeants de sociétés commerciales instaure une situation de fait en faveur du dirigeant. Dans ce cadre le principe de la réparation intégrale peut apparaître inefficace et requiert le renforcement des mécanismes actuels de solidarité.

1. Les contraintes liées à la prise en charge de la réparation intégrale

228. Il exerce un contrôle et une direction sur l'activité à l'origine du dommage. Il doit ainsi non seulement être tenu pour responsable mais qui doit aussi supporter les coûts de la réparation. À ce propos, la responsabilité civile a un objet principalement indemnitaire ; la reconnaissance de la responsabilité permet de réparer un dommage, dans son intégralité. Il est important à cet effet, de pouvoir imputer le plus précisément possible les coûts de la réparation du préjudice aux personnes qui en sont à l'origine. En ce sens, l'OHADA pose juste le principe de la réparation par le dirigeant ou la société sans définir son régime, son étendue. Dans l'entreprise, le dirigeant est la personne pénalement et civilement responsable. Il est un débiteur de la réparation. La réparation des préjudices[892]est une obligation du dirigeant. On constatera que les dirigeants ne bénéficient guère de système de mutualisation des risques pouvant permettre une répartition de la charge de réparation. Au regard des exigences de la réparation intégrale, il est difficile aujourd'hui de garantir la solvabilité du dirigeant. Pour pallier cet inconvénient, le Législateur a cherché à travers le système de solidarité un élargissement du champ des garanties qui président à l'exercice des activités de la société commerciale. L'OHADA a ainsi consacré un système de

892 Voir l'Art. 134 COCC qui consacre la réparation intégrale du préjudice subi. . Il est d'autant plus délicat à appliquer que le système de responsabilité du dirigeant n'est pas adossé à un système d'assurance ou de fond de compensation en matière environnementale.

solidarité entre le dirigeant et la société. Cela peut être vu comme la garantie fournie aux personnes ayant subi un préjudice contre l'insolvabilité de l'un du dirigeant. Il reste à déterminer la portée de la mise en cause de la responsabilité de la société commerciale, son incidence sur l'indivisibilité du dommage et de l'exigence d'une réparation intégrale. L'adoption du principe d'indivisibilité aurait tendance à éloigner du but de l'obligation *in solidum* qui est l'assurance à la victime d'une réparation totale en cas de pluralité d'auteurs.

2. La poursuite éventuelle de la société commerciale débitrice in *solidium* de la réparation

229. L'éventualité d'une responsabilité de la société en raison des préjudices causés par le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions, mis en place par le Législateur OHADA constitue sans doute une garantie substantielle pour la victime. Ce sont les personnes physiques par l'intermédiaire desquelles la société[893] a agi, qui sont, dans la réalité des choses, les auteurs des infractions commises et qui en sont pénalement responsables. Toutefois, les actionnaires n'ont-ils pas eux-mêmes désigné ces dirigeants dont les décisions leur portent préjudice ? Ne sont-ils pas indirectement victimes de leur mauvais choix ? Ils ne sont pas civilement responsables. En ce sens, l'OHADA n'exclut pas la possibilité de poursuivre également la société commerciale[894]. On peut se demander s'il s'agit d'une obligation divisible ayant un seul objet et une pluralité de liens[895]. L'expression « Sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société () » employé par le Législateur ne nous renseigne pas sur les modalités de concours de la responsabilité de la société commerciale. Tout porte à croire qu'il ne s'agit pas d'une responsabilité solidaire, mais plutôt d'une responsabilité distincte *in solidium,* la responsabilité solidaire n'étant envisagée que dans l'hypothèse de l'alinéa 2 de l'article 161 qui dispose « *Si plusieurs dirigeants sociaux ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers. Toutefois, dans les rapports entre eux, la juridiction compétente détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage ».* La société n'est certes pas coauteur[896] du préjudice, mais elle est codébiteur *solidium* lorsque l'action individuelle est mise en œuvre, *la condamnation in solidum des débiteurs trouvant son*

893 Voir Jean-Christophe Saint-Pau, « L'identification de la personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant », in. D. Brach-thiel et A. Jacobs, La responsabilité pénale de la personne morale, enjeux et avenir, comité international des pénalistes francophones, l'Harmattan 2015.

894 Sur la solidarité V. l'Art. 161 AUSC.

895 DEMOLOMBE : Cours de code Napoléon, tome XXVI, n° 295

896 L'OHADA est encore l'un des rares espaces d'intégration juridique à ne pas connaitre le principe de la responsabilité morale.

fondement dans le fait que la faute par eux commise a concouru la création de l'entier dommage. Cette responsabilité peut trouver sa justification à travers trois fondements à savoir d'une part l'indivisibilité du dommage, la causalité totale et la garantie. C'est en raison de la faute commise par le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions que la société peut voir sa responsabilité engagée. Il va sans dire que son obligation de réparation ne saurait être divisible, alors que les dispositions de l'article 161 semblent dessiner l'idée d'une responsabilité *in solidium*. Pour autant le doute demeure d'autant plus que l'*éventualité* de la responsabilité dilue considérablement la portée de la reconnaissance de l'obligation *in solidium*. La logique voudrait alors que l'obligation soit alors solidaire. Le premier et le deuxième fondement de l'obligation *in solidium* ne sont en aucun cas compatibles avec le fondement de la solidarité[897]. Chaque codébiteur supporte une obligation principale qui a sa source indépendante et sa propre cause, la totalité de la dette. L'analyse de tous ces fondements fait qu'il est difficile de considérer la responsabilité du dirigeant comme *in solidium*, les deux responsabilités semblant totalement distinctes, autonomes, la garantie étant double pour la victime à une réparation intégrale. La jurisprudence actuelle de la cour de cassation précise que chacun des coauteurs « *d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité* »[898]. Cela n'est pas contradictoire avec l'obligation *in solidium* dans la mesure où chacun des coauteurs peut être tenu sur des bases différentes, l'un sur le fondement du fait d'autrui, la personne morale étant civilement responsable et l'autre sur le fondement du fait personnel. La source de cette responsabilité de la société est légale. Ainsi, en raison de l'unité d'objet[899] l'obligation *in solidum* peut être admise dès lors que l'un des coauteurs est tenu délictueusement et l'autre contractuellement[900]. La victime peut poursuivre l'un d'eux, chacun est tenu à réparer le dommage intégralement. En ce sens, à plusieurs reprises, la cour a estimé que le partage de responsabilité entre les coauteurs n'affecte que les rapports entre eux et non pas à l'égard de la victime qui peut demander la réparation totale sans qu'il y ait lieu de déterminer l'étendue de chaque fait.

---

897 L'obligation solidaire est divisible, et le fondement de la solidarité, qu'il soit la sûreté ou la garantie, est loin de l'idée d'indivisibilité ou de la causalité totale recherchée. Cette perspective d'appréhension de l'obligation *in solidum*, selon ces deux fondements, ne justifie pas le recours du *solvens* contre les autres coauteurs, celui qui paie la dette, paie ce qu'il doit. A ce propos, relativement, au troisième fondement qui est la garantie il se traduit par le fait que chaque coauteur est responsable d'une part et garant de la part des autres coauteurs.

898Com., l4 janv. 1997, Bull. Civ. IV, n° 16, p. 13; Civ. I, 28 mars 1995, Bull. Civ. I, n° 146, p. 104

899 J. Français, thèse précitée, page 127 ; H. et L. Mazeaud, op. cit., n° 1951, p. 793 et 794

900 Cass. Civ. 29 nov. 1948, D. 1949.117, note H. Lalou ; Cass. Civ. 1re, 7 oct. 1958, D

230. On peut considérer que l'éventualité de la responsabilité de la société n'est qu'un prétexte pour mettre l'accent sur l'autre condition de la responsabilité du dirigeant pour faute détachable. En dehors de ces cas précis, nous serions dans une hypothèse de concours de faute[901]. Seulement, le résultat risque d'être le même en ce sens où la jurisprudence ne permet pas à la victime d'obtenir qu'une seule fois la réparation. Ce qui déroge par ailleurs au principe de pluralité d'objets et de liens. De même, le coauteur solvens n'a pas un recours contre les autres coauteurs parce qu'il a payé sa propre dette. Un auteur faisait observer à juste titre que « Celui qui a payé n'a pas payé une dette commune, il a payé comme sienne une dette qui a toujours été sienne pour le tout, et qui ne s'est jamais composée de la dette d'un autre. Donc, il n'y a aucune base juridique au recours qu'il pourrait vouloir exercer »[902]. De ce point de vue, l'OHADA ne prévoit pas une action récursoire, mais permet à la société la mise en œuvre d'une action sociale dès lors qu'elle a subi un préjudice. Cet état de fait n'offre pas en réalité une visibilité sur l'étendue de la responsabilité du dirigeant. La société commerciale sera souvent dénoncée, accusée quelquefois, condamnée rarement, presque jamais punie. Ce résultat peut, à la première vue, paraître insuffisant aux victimes de préjudice qui estiment qu'un châtiment positif et sévère de la société est d'une justice exacte et d'une nécessité absolue.[903]

B. La sanction des tiers parties prenantes coauteurs du préjudice ou complices du dirigeant.

231. La victime peut d'ailleurs par sa propre faute ou bien avoir contribué au dommage même, ou en avoir donné l'occasion[904]. Toutefois, la faute du tiers ne peut être invoquée, ni par ses dirigeants et associés, ni par la société elle-même, dès lors que la situation était

901 Cass. civ. 2e, 19 avril 1956, D. 1956.1.538, JCP 1956.2.9381, note P. Esmein « chacun des coauteurs dans le cas de concours de plusieurs fautes peut être condamne à réparer l'intégralité du dommage lorsqu'il a contribué à son entière réalisation » ; Dans le même sens : Cass. civ., 4 déc. 1939, précité; Cass. Com., 30 déc. 1952, D. 1953.183; Cass. civ. 2e, 26 juin 1953, JCP 1953, éd. G.IV.122 ; Cass. Soc., 8 déc. 1960, BULL. civ. IV, n° 149; Cass. Civ. 1re, 13 nov. 1967, D.S. 1968.97, note Y. Lambert-Faivre.

902 HUC, Commentaire théorique et pratique du code civil, cité par J. FRANÇAIS, De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation *in solidum*, thèse, Paris, 1936, p.137

903 A cet effet, même si le Législateur OHADA dans le cadre de la promotion des investissements accorde une priorité à la sauvegarde de la société commerciale contre la faillite, la ruine, rien n'exclut aujourd'hui que cette société souscrive une assurance en raison de ses activités. Un système de couverture assurantielle des préjudices peut être promu.

904Voir Sourdat, Resp., I, n. 108, 662 et s. — Wharton, Negl., § 300 et s, cité par Henri FROMAGEOT, dans « De la faute Comme source. De la responsabilité en droit privé, Paris, Librairie Nouvelle De Droit Et De Jurisprudence, ARTHUR ROUSSEAU, 1891, 305 pages

connue d'eux ou résultait de leurs fautes[905]. Elle peut l'être toutefois par le biais de l'intermédiaire issu des procédures collectives que l'on nomme le syndic[906]qui agit au nom de la masse ou de l'intérêt collectif des créanciers. Le syndic est appelé à jouer un rôle important. Il est souvent fondé à reprocher à certaines parties prenantes d'avoir contribué à la survenance du préjudice.

1. Le syndic dirigeant poursuivant les créancières parties prenantes pour soutien abusif

232. Les « tiers, créanciers ou non… »[907] ne sont pas obligés de traiter avec cette société, mais en tant que parties prenantes de la vie de la société commerciale. Ils bénéficient d'une certaine protection, quand bien même ils auraient accepté le risque. Les seules personnes dont on puisse dire qu'elles n'ont pas accepté le risque, qu'ils n'ont pas pris de risque, ce sont les tiers qui ne sont pas en relation contractuelle avec la société par exemple, les victimes de la pollution résultant de l'activité d'une entreprise industrielle. C'est sans doute pour eux que la théorie du risque présente le plus d'intérêt et que l'interrogation de SALEILLES redevient d'actualité : « *celui qui a subi passivement, qui n'en est en rien la cause, toute question de faute à part, c'est à lui d'être dédommagé. Voilà la solution morale* »[908]. C'est tout le sens de l'arrêt de la Cour de cassation du 1er août 1876 qui rejeta le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel. Cet arrêt condamnait des banquiers à réparer le préjudice causé au fournisseur de l'un de leur client, client auquel ils avaient octroyé un crédit apparent dissimulant le passif dont il était accablé[909]. Il faut noter que le soutien abusif n'est pas directement visé par le législateur. C'est dans l'analyse de l'article 118 de l'AUPCAP qu'il faut aller pour le trouver. Il peut être défini notamment comme la faute du banquier qui, en continuant d'octroyer du crédit[910], permet la prolongation

905 Dans un de ses arrêts du 5 janvier 1999 la Chambre commerciale a jugé irrecevable l'action de la société et de l'administrateur « le soutien prétendument abusif accordé par la banque à la société débitrice a porté préjudice aux seuls créanciers », PA, 26 janvier 1999, n°19, p. 8.

906 Aux termes de l'Art. 72 de l'AUPCAP « la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager ».

907 Art. 118 de l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives et d'Apurement du Passif

908 SALEILLES. Le risque professionnel dans le code civil. La réforme sociale 1898, p.646-647

909J. MILOGA, « Responsabilité du banquier dispensateur de crédit », séminaire de l'AJBEF du 05 au 09 novembre à Douala, www.ajbef.info.

910 Cette interprétation peut être à l'origine de certaines difficultés liées notamment à la caractérisation de la situation devant donner lieu à l'ouverture de la procédure collective. L'AUPCAP n'interdit pas au tiers de continuer d'accorder sa confiance au débiteur malgré ses difficultés. Aux termes de l'Art.25, al.2 « La cessation des paiements est l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de

artificielle d'une activité dont la continuité était déjà compromise et contribue ainsi à l'augmentation du passif ou à la diminution de l'actif, tout en laissant paraître une fausse apparence de solvabilité[911]. Alors c'est tout naturellement que les tiers qui accomplissent des actes positifs de gestion, de dirigeant de fait[912] puissent être poursuivis, au même titre que le dirigeant[913]. C'est souvent et très généralement en ces qualités de « créanciers dirigeant de fait » au titre de l'octroi d'un crédit à la société commerciale en vue de retarder notamment la cessation des paiements que la banque voit sa responsabilité engagée dès lors que le crédit dispensé est abusif. Il exerce un acte de gestion et doit être sanctionné en conséquence[914]. Un auteur considérait à cet effet, que « dans la pratique, cette solution n'a pas conduit à de fréquentes condamnations des banquiers qui auraient eu pour effet de les inciter à réduire leur concours aux entreprises en difficulté au moment où elles en ont le plus besoin »[915]. On peut poursuivre ainsi le banquier lorsque celui-ci met le crédit à la disposition du client ou en cas de rupture abusive[916] du contrat de crédit. Si cette rupture est à l'origine de la cessation des paiements, il lui sera difficile d'engager la responsabilité du dirigeant pour banqueroute. Il a commis une faute. Aux termes de l'article 118 de l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives et d'Apurement du Passif dispose : « *les tiers, créanciers ou non qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements, à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur l'action*

---

paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible ».

911 La situation irrémédiablement compromise est une cause de rupture légitime du contrat bancaire. Car, comme le précise l'Art. 22 alinéa 2 et 3 de l'ordonnance de 1985 (Cameroun) précité, commet un faute le banquier qui ne rompt pas son concours à une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise.

912 Les personnes qui prennent en fait des décisions réservées aux organes de gestion, qui exercent un véritable pouvoir de *gestion et qui influencent ainsi de manière notable la formation de la volonté sociale.*

913On retient par exemple comme actes positifs de gestion : les décisions prises en matière d'investissement, la signature au nom de la société, de contrat, déclarations fiscales et sociales, comptes annuels, chèques ou traites, la passation de marchés, la fixation des prix, ou enfin l'exercice de pouvoirs en matière de gestion du personnel (recrutement, plan de carrière). Il peut aussi s'agir de pressions (menace, chantage, ultimatum) sur les organes de direction, afin de diriger leurs actions.

914 L'Art. 180 AUPCAP dispose que: «les dispositions du présent Chapitre sont applicables, en cas de cessation des paiements d'une personne morale, à ses dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes ». Cette disposition supprime la précision relative à l'application de cette disposition aux dirigeants de personnes morales apparents ou occultes.

915F-M. SAWADOGO, « OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés », Juriscope 2002, p. 902.

916 Les cas d'exonération possible de la responsabilité du banquier en cas de rupture du contrat de crédit sont : l'arrivée de l'échéance en cas de contrat à durée déterminée ; une modification importante intervenue chez le crédité ; il en est de même lorsque la situation de crédité est irrémédiablement compromise.

du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers… ». La règle est que celui qui se cause à lui-même un dommage ne peut pas, en principe, prétendre qu'on l'a lésé dans son droit « *volentinon fit injuria* ». Dans ce cadre, les législations issues du droit romain[917] donnent au juge un pouvoir d'appréciation. Il doit répartir la responsabilité proportionnellement à la gravité des fautes de chacun, si chacun a subi un dommage, ou examiner si la faute imputable à la partie lésée est telle qu'elle doive atténuer ou annihiler toute responsabilité de la part du défendeur [918]. Ce créancier peut être poursuivi[919] comme complice du délit de banqueroute du dirigeant, notamment par l'utilisation de moyens ruineux, quand le crédit a eu pour objet d'éviter ou de retarder l'ouverture d'une procédure collective.[920]

233. Par ailleurs, pour la détermination des peines, certains pays membres de l'OHADA comme le Cameroun, à travers la loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes, prévoient un certain nombre de sanctions assez sévère. Aux termes de l'article 25 alinéa 1 de la loi Camerounaise : « est coupable de banqueroute simple et puni d'emprisonnement d'un mois à deux ans, tout commerçant, personne physique, en état de cessation des paiements qui, () emploie des moyens ruineux pour se procurer des fonds ». Il est conforme aux dispositions de l'article 231 qui dispose que « sont punis des peines de la banqueroute simple les dirigeants visés à l'article 230 ci-dessus qui ont, en cette qualité et de mauvaise foi. (…).2° dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements de la personne morale, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou, dans la même intention, employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ». Ces dispositions sont complétées au Cameroun par celle de l'article 28 de la loi de n° 2003/008 qui dispose que, « sont punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans les dirigeants visés à l'article 27 ci-dessus, qui en cette qualité, et, de mauvaise foi, ont () employé des moyens ruineux pour se procurer

---

917 Cf. Cass. 15 nov.1871; Dall., 1873, I. 341; Dec. Cons. d'Et., 15 fév. 1872 et 15 avril 1873 : Dall., 1873, III. 57 : Paris, 3 janvier 1884; Sir., 1885, II, 109.

918 DEMOLOMBE, Contrats, VIII, n. 503 cl 510; Cass.. 10 nov.1884: Dall., 1885,1, 433.

919 On peut le poursuivre lorsque celui-ci met le crédit à la disposition du client ou en cas de rupture abusive du contrat de crédit. Si cette rupture est à l'origine de la cessation des paiements

920. En ce sens un auteur soulignait qu'« *on voit mal la cohérence qui pourrait animer le comportement d'un établissement de crédit qui après avoir constaté l'incapacité pour le candidat emprunteur de supporter la charge de l'endettement envisagé et dissuadé, dans cette mesure, ce dernier de conclure le prêt, émettrait néanmoins une offre de prêt, alors qu'il est évident que, si celle-ci est acceptée, les échéances ne pourront pas être respectées. Voir* D. MAZEAUD, cité par E. NETTER et Th. RAVEL d'ESCLAPON, « la responsabilité du banquier dispensateur de crédit », Séminaire de droit bancaire, Université Robert Schuman Strasbourg, 2006, p. 06.

des fonds dans l'intention de retarder la constatation de cessation des paiements de la personne morale () ». Par conséquent, sera puni des mêmes peines, tout banquier qui aurait fourni des moyens ruineux soit à une personne physique ou morale dans l'optique de « retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice… ». Il engage ainsi sa responsabilité civile et est tenu de réparer le dommage causé aux autres créanciers par son fait. Ces créanciers sont les actionnaires ou associés, les salariés[921], le fisc, ou les fournisseurs disposant de sûretés moins solides. Les fournisseurs sont le plus souvent des créanciers chirographaires[922]. Ils sont donc les premiers à subir la cascade des difficultés avec les salariés. En tout état de cause, les créanciers dans la masse subissent généralement un préjudice égal à la différence entre ce qu'ils auraient touché et ce qu'ils auraient dû toucher si le crédit n'avait pas été consenti et donc si la procédure avait été ouverte plus tôt[923]. Alors que les créanciers de la masse subissent la fausse apparence de solvabilité qui les a amenés à contracter avec l'entreprise soumise à la procédure collective[924]. La juridiction compétente choisit, pour la réparation du préjudice, la solution la plus appropriée, soit le paiement des dommages-intérêts, sanction de droit commun, soit la déchéance[925] de leurs sûretés pour les créanciers titulaires de telles garanties ». Il en est également ainsi lorsque des fraudes sont constatées.

---

921 Leur emploi dépend de la survie de l'exploitation. Or l'aggravation du passif diminue les chances de redressement de l'entreprise.

922 On y trouve aussi bien les créanciers chirographaires, que les créanciers titulaires de privilèges généraux, sauf ceux titulaires de sûretés spéciaux.

923 Aux créanciers dans la masse s'applique la discipline collective : arrêt du cours des intérêts, suspension des poursuites individuelles...

924 Il ressort de l'Art. 118 AUPCAP que la loi prévoit deux types de sanctions réparatrices qu'il faudrait envisager : la condamnation au paiement des dommages intérêts et la déchéance des sûretés détenues en raison de ses concours fautifs. Il dispose que « les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à dissimuler l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur l'action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers.

925 La déchéance d'un droit peut être définie comme le fait de ne plus pouvoir en obtenir la reconnaissance en justice. Ainsi, on est déchu d'un droit lorsqu'on ne peut plus jouir de ce droit. Elle peut être le fait du temps, c'est-à-dire la non mise en œuvre d'un droit pendant une période précise. Elle peut aussi être le fait d'une faute commis postérieurement à la conclusion du contrat (Ainsi lorsque dans un contrat de prêt prévoit un remboursement par fractionnement de la dette et qu'une clause édicte qu'en cas de non-paiement d'une seule échéance l'emprunteur sera déchu du terme après une mise en demeure restée sans effet, cela signifie que, du fait de sa négligence, le débiteur a perdu le droit de se libérer par acomptes aux échéances prévues par le contrat et que, donc, la totalité des sommes restant dues au jour de la défaillance devient immédiatement exigible et en sa totalité.) et c'est celle qui a été retenue par le législateur OHADA.

2. Le syndic contre les créanciers pour fraude aux droits des autres créanciers

234. Toute partie prenante d'une société en difficulté qui veut éviter d'être lésée dans ses biens peut être tentée d'agir avec la même diligence que vis-à-vis de la personne ou des biens d'autrui ; et, si le dommage dont elle se plaint, peut lui être en partie attribuée, la question se pose alors de savoir ce que devient son droit d'agir en responsabilité. Elle est complice de fraude commise par le dirigeant. Le préjudice qui en résulte recouvre celui subi en commun par la totalité des créanciers[926]. À cet effet, en principe, « sont punis des peines de la banqueroute simple les dirigeants visés à l'article 230 AUPCAP ci-dessus qui ont, en cette qualité et de mauvaise foi »[927] : *(...) 3° après cessation des paiements de la personne morale, payé ou fait payer un créancier au préjudice de la masse ; (...) 7° en vue de soustraire tout ou partie de leur patrimoine aux poursuites de la personne morale en état de cessation des paiements ou à celles des associés ou des créanciers de la personne morale, détourné ou dissimulé, tenté de détourner ou de dissimuler une partie de leurs biens ou qui se sont frauduleusement reconnus débiteurs de sommes qu'ils ne devaient pas* ». Nous distinguerons les créanciers dont la créance est née antérieurement à la procédure collective et ceux dont la créance est née postérieurement. Cette distinction correspond respectivement aux créanciers dans la masse, et aux créanciers de la masse. La masse est constituée des créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture et ce, même si leur créance est antérieure à la décision d'ouverture[928]. Dans cette perspective, tous les actes frauduleux sont frappés d'inefficacité voire, parfois, de nullité. Inefficacité résulte de l'inopposabilité du contrat liant le dirigeant et son contractant. Le principe est celui du retour à la situation antérieure à la conclusion du contrat. On fait comme si le contrat n'avait jamais existé en procédant à une opération que le Doyen Carbonnier[929] a qualifiée de « contrat synallagmatique renversé ». D'où des restitutions réciproques : dans une vente par exemple, le vendeur reprendra la chose vendue, et l'acheteur le prix qui a pu être payé. Le premier aura désormais la double qualité de propriétaire revendiquant et de débiteur du prix, le second celle de possesseur de la chose d'autrui et de créancier du prix, l'inverse des positions qu'ils occupaient l'un et l'autre

926F. DERRIDA, notes sous Cass. Com. 16 mars 1993, LPA, 20 octobre 1993, n°126, p. 14 et s.
927 ART. 231 AUPCAP
928V. l'Art. 72 alinéa 3'AUPCAP.
929 J. CARBONNIER, Droit civil, tome 4, Les obligations, Thémis, 1996, p.194, n° 107. AddeA. BENABENT parlant de « contrat à l'envers », Les obligations, n° 222.

dans le contrat anéanti[930]. C'est la raison pour laquelle, eu égard à cette situation, le droit positif donne à ces tiers « intéressés » un statut particulier. En effet, même si les principes restent ceux de la relativité et de l'opposabilité des contrats, des voies spéciales sont organisées pour protéger ces tiers. Ils bénéficient notamment d'une action paulienne leur permet d'échapper à l'opposabilité des actes qui, par fraude (insolvabilité organisée), portent atteinte à leur gage. L'inopposabilité du contrat aux tiers concerne le cas où un contrat, parfaitement valable *interpartes*, ne peut pas être opposé aux tiers pour diverses raisons (défaut de publicité ; fraude ; défaut de date certaine d'un acte sous seing privé). Le contrat est donc d'une efficacité limitée, mais il n'est pas nul puisqu'il reste obligatoire entre les parties.

§ 2. Des fonctions différentiées de la sanction des préjudices causés par le dirigeant social.

235. Les fonctions de la sanction sont relatives aux domaines intéressés par la réparation[931]. Que l'ampleur et la nature des préjudices rendent discutables l'efficacité de la réparation du préjudice de nature écologique, ce droit à la réparation doit être consolidé, tant en ce qui concerne les préjudices matériels et moraux. Ce droit doit évoluer au-delà des mécanismes actuels de réparation indemnitaire consacrés. La finalité de l'action serait la prévention[932] et éventuellement la réparation dès lors que la survenance du dommage n'a pas pu être évitée. Elle peut poursuivre également la sanction pénale du dirigeant.

A. Des sanctions patrimoniales et pénales inadaptées

236. Le régime de ces sanctions est composé non seulement par le droit communautaire OHADA[933]mais aussi par les différentes dispositions nationales qui ne lui sont pas

930 A cet effet, les créanciers des parties disposent tous d'un droit de gage général sur leur patrimoine. Ce droit leur permettant, s'il y a lieu, de pratiquer des mesures exécutoires comme des saisies.

931 Elle a un volet administratif à travers la réparation administrative, un aspect répressif, disciplinaire (révocation) et le paiement de dommages et intérêts. Leur analyse paraît être une orientation féconde pour la stabilisation du statut du dirigeant. Malheureusement la difficulté de le mettre en œuvre ou de l'appliquer hors du domaine de la responsabilité pour faute, système consacré par l'OHADA lui enlève une partie de son intérêt. Ce système permet la réparation. Réparer c'est prendre soin de l'autre, en tant que personne *victimisée*, dans la complexité de toutes ses souffrances subies.

932 D.MAZEAUD, « Responsabilité civile et principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité ? », Rev.jur.env.2000, n°spécial, p.75

933Art.194 et s. AUPCAP et Art.226 et s. AUPCAP.

contraires. Les dispositions juridiques en la matière de sanction des faits dommageables commis par le dirigeant sont disparates, souvent vagues et exprimées de façons diverses. En effet, les sanctions des dirigeants s'étendent de l'annulation de l'acte faisant grief[934]à la sanction patrimoniale et elles sont aussi bien d'ordre civil que pénal[935]. La faillite personnelle peut en outre, entraîner la privation des droits politiques. Afin de prévenir du conflit d'intérêts, les actes énoncent des incompatibilités de fonctions. Il est à noter que le droit OHADA encadre également le secteur financier dans ses activités liées au crédit[936]. On notera que la répression pénale est complétée par une réparation des dommages, le premier objectif de la responsabilité étant de permettre l'indemnisation la plus complète des victimes de préjudice.

1. Le prononcé de la sanction pénale contre le dirigeant

237. Le droit pénal des affaires[937]appliqué dans l'espace OHADA est aussi un droit pluriel, au moins en partie car, en dissociant incrimination et sanction, si l'unité de l'espace juridique est acquise en matière d'incrimination, il n'en va pas de même en matière de sanctions[938]. La conséquence la plus significative se pose en termes de dispersion ou fragmentation « disciplinaire », elle est la conséquence du caractère ponctuel de l'intervention de l'OHADA[939]. À ce propos, on regrettera de ne trouver pas des dispositions pénales relatives aux infractions se rattachant à l'entreprise que le dirigeant

934 TGI Ouagadougou, formation correctionnelle, jugement n°860 du 10 janvier 2000, Ministère Public et UAB c.YAMÉOGO Jean Vivien Alfred, Ohadata J-02-51.

935 Pour les infractions relatives au contrôle des sociétés Art.s 897 à 900 de l'AUSCGIE. Ou encore pour la distribution des dividendes fictifs (titre 7 de l'AUSCGIE).

936 CCJA, Avis n°02/2000/EP, 26 avril 2000, Ohaddata J-02-03 : dans ce sens, les établissements bancaires ou financiers peuvent passer les conventions de l'Art. 507 de l'AUSCGIE à condition que celles-ci relèvent de leurs opérations courantes. Toutefois, l'autorisation préalable d'un conseil d'administration est nécessaire, même lorsque la société anonyme fait des garanties qui relèvent de son activité professionnelle.

937 Le Professeur Delmas-Marty le définit comme cette « *branche du droit pénal qui sanctionne d'une part les atteintes à l'ordre financier, économique, social et à la qualité de vie ; d'autre part, les atteintes à la propriété, foi publique, intégrité physique des personnes, lorsque l'auteur a agi dans le cadre d'une entreprise, soit pour le compte de celle-ci, soit pour son propre compte si le mécanisme de l'infraction est lié à l'existence de pouvoirs de décision essentiels à la vie de l'entreprise* ». Voir Delmas- Marty (M) : Droit pénal des affaires, partie générale, Tome I, 3ème édition, collection Thémis, PUF, 1990.

938 Dans ce cadre, le Traité a institué deux sphères de compétence, un concours de compétence en matière d'incrimination (le législateur OHADA et les instances nationales), et une sphère unique en matière de sanctions, à savoir les instances nationales. Cela signifie plus exactement qu'une partie des infractions économiques et d'affaires sera donc traitée sur le plan communautaire et l'autre partie, sur le plan national.

939 Le domaine pénal ne figure pas (encore) parmi les matières retenues par le traité comme faisant partie du droit des affaires, alors que la sécurité juridique tant recherchée aurait plaidé pour une extension du domaine d'intervention de l'OHADA, en y intégrant entièrement le droit pénal des affaires.

pourrait commettre dans le cadre de ses fonctions et qui seraient susceptibles d'intéresser la RSE. En réalité, l'OHADA n'a pas consacré un droit pénal des affaires, et puisqu'il peut faire l'objet d'un traitement national indépendamment du domaine dans lequel intervient l'OHADA, le droit pénal matériel des affaires dans l'espace OHADA est forcément pluriel car il pourrait exister autant de figures du droit pénal des affaires qu'il y a d'États pour la partie non harmonisée. En l'occurrence, en matière environnementale, la question de la sanction[940] du préjudice écologique n'est pas récente. Nous savons qu'un certain nombre de sanctions sont très sévères et concernent la plupart des préjudices causés à la nature indépendamment de celui que subit l'homme sur le plan corporel ou patrimonial. La lutte contre les déchets dangereux en constitue une illustration parfaite. En effet, si les législations nationales interdisent quasiment toutes[941], sans dérogation possible « l'introduction, la production, le stockage, la détention, le transport, le transit et le déversement sur le territoire national des déchets toxiques et/ou dangereux sous toutes leurs formes »[942], c'est au niveau des sanctions qu'on peut noter des différences notables. Elles diffèrent d'un pays à un autre. Ainsi, les dispositions de l'article 4 de la loi camerounaise de 1989 consacrent des sanctions très lourdes. Elles prévoient de manière complètement disproportionnée la peine de mort pour « toute personne non autorisée qui procède à l'introduction, l'importation, le stockage [...] des déchets toxiques et dangereux »[943]. Cette fermeté pourrait être une réponse assez dissuasive pour la prévention et la protection de l'environnement au sens générique. Au Sénégal, les sanctions touchent une diversité d'atteintes. À cet effet, en cas d'importation de produits toxiques l'article L 92 s'applique. Il dispose qu'« est punie d'une amende de 10 000 000 FCFA à 50 000 000 FCFA et d'une peine d'emprisonnement d'un (1) à cinq (5) ans toute personne qui importe clandestinement des déchets toxiques dangereux sur le territoire sénégalais ». Le

940 Voir K. Martin-Chenut, Quelles responsabilités face aux exigences d'une démocratie environnementale ?", in E. Canal-Forgues, Démocratie et diplomatie environnementales: acteurs et processus en droit international, Paris, Pedone, 2015, p. 281.

941 Sauf en Guinée où la législation est différente des autres législations africaines et des Conventions de Bâle et de Bamako dans la mesure où elle n'interdit pas la production, l'importation ou l'évacuation de ces substances sur le territoire guinéen, mais les soumet «au contrôle et à la surveillance du service de l'environnement ».

942 Art. 1er de la loi camerounaise de 1989 ; mais aussi Art. 42 du code de l'environnement togolais, chapitre III et IV Titre IV de la loi algérienne de 1983.

943 Nous retrouvons également des sanctions assez moins sévères au Togo. En effet, suivant les dispositions de l'Art. 98 du code de l'environnement du Togo, cette infraction est punie de la réclusion à perpétuité. On pourrait relever l'existence de peines plus modérées en Guinée où l'Art. 111 du code de l'environnement de Guinée (le plus modéré) prévoit une peine de 2 à 5 ans d'emprisonnement et/ou une amende de 100 000 à 1 000 000,00 F, contre 10 à 20 ans de réclusion et 10 à 50 000 000 FCFA au Congo.

Législateur national punit également « d'une amende de 1 000 000 à 10 000 000 FCFA et d'une peine d'emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans ou de l'une de ces deux peines, toute personne ayant importé, produit, détenu ou/et utilisé contrairement à la réglementation, des substances nocives et dangereuses. En cas de récidive, le montant maximal des peines est doublé »[944]. Par ailleurs, relativement à la violation des obligations administratives en rapport avec l'objet de la société commerciale, en cas de violation de la loi, l'article L 90 dispose que « l'exploitant qui ne s'est pas conformé aux prescriptions fixées par l'arrêté d'autorisation, les arrêtés complémentaires et les modalités particulières d'application ou aux prescriptions générales et spéciales jointes au récépissé de déclaration, est puni d'une amende de 500 000 à 2 500 000 FCFA ». Lorsque le propriétaire est coupable d'une violation de la réglementation sur l'environnement, il est passible de sanction pénale. En effet, aux termes de l'article L 91[945] : « *Tout propriétaire qui aurait enfreint les normes en vigueur est puni d'une amende de 500 000 FCFA à 2 500 000 FCFA pour les installations de première classe et de 200 000 FCFA à 1 500 000 FCFA pour les installations de 2e classe* ». Aussi, lorsque les actes de direction et de gestion du dirigeant de société commerciale exploitant une installation déclarée ou soumise à autorisation sont pris en violation de la législation sur les plans d'urgence, le dirigeant est « puni d'une amende de 1 500 000 FCFA à 2 000 000 FCFA et d'une peine d'emprisonnement d'un (1) mois à six (6) mois ou de l'une de ces deux peines, toute personne exploitant une installation soumise à autorisation en infraction aux dispositions relatives aux plans d'urgence ». Est aussi punie « d'une amende de 500.000FCFA à 1 000.000FCFA et d'une peine d'emprisonnement d'un (1) à trois (3) mois ou de l'une de ces deux peines, toute personne exploitant une installation déclarée en infraction aux dispositions relatives aux plans d'urgence »[946].

238. De même, le dirigeant peut être poursuivi également en cas de violation (pollution) découlant de l'activité de la société commerciale. En effet, aux termes de l'article L 96 « Quiconque aura jeté, déversé ou laissé couler dans les cours d'eau, directement ou indirectement des substances quelconques dont l'action ou les réactions ont détruit le poisson et toutes autres ressources halieutiques ou ont nui à leur nutrition, reproduction ou valeur alimentaire, ou que ces substances contribuent à aggraver la pollution ou à la causer est puni d'une amende de 500 000 à 2 000 000 FCFA et d'un emprisonnement de six (6)

944ART. L 93 Code de l'environnement Sénégal
945 Code de l'environnement Sénégal
946ART. L 95 Code de l'environnement Sénégal

mois à deux (2) ans ou de l'une de ces 2 peines seulement ». S'appliquent également les dispositions de l'article LX 97 : Est punie d'une amende de 500 000 F à 2 000 000 FCFA et d'une peine d'emprisonnement de six (6) mois à un (1) an ou de l'une de ces deux peines, toute personne ayant pollué les eaux de mer et eaux continentales en violation des dispositions correspondantes de la présente loi. En cas de récidive, le montant maximal des peines est doublé. Ces différentes dispositions, en plus de viser le propriétaire ou les capitaines de navire, entité qui n'a pas la personnalité morale, s'intéressent également aux exploitants soit en tant qu'auteurs soit complices responsables solidairement du paiement des amendes encourues[947].

239. On voit que ces différentes sanctions peuvent être dissuasives pour le dirigeant dès lors qu'il exerce un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire ou de la société commerciale en cause. On regrettera juste comme ce fut le cas dans l'affaire Probo Koala, que malgré le fait qu'il avait lancé des enquêtes, le gouvernement ivoirien a signé dès le 13 février 2007 un protocole d'accord à l'amiable avec la société Trafigura assurant au groupe une immunité judiciaire en échange de 95 milliards de francs CFA (145 millions d'euros environ) versés à l'État. Les dispositions nationales relatives aux infractions de type environnemental, prévoit la transaction. En effet, aux termes de l'article L 108 du code de l'environnement du Sénégal « L'administration chargée de la gestion de l'environnement a plein pouvoir pour transiger sous réserve des dispositions de l'article L 103. La demande de transaction est soumise au Ministre chargé de l'environnement qui fixe en cas d'acceptation le montant de celle-ci en rapport avec le Ministre chargé des Finances ». C'est ainsi tout naturellement que dans l'affaire Probo Koala que les autorités avaient ainsi décidé de renoncer à toute poursuite contre la multinationale[948]. C'est dire donc que les sanctions touchent ainsi toutes les atteintes, la

947 Suivant l'ART. L 98 Code de l'environnement « est punie d'une amende d'un million à 10 millions de francs CFA et d'une emprisonnement de six mois à un an, ou de l'une de ces deux peines, tout capitaine de navire sous pavillon du Sénégal qui se rend coupable d'un rejet en mer d'hydrocarbures, ou d'autres substances liquides nocives pour le milieu marin, en infraction avec les dispositions du présent Code et des règlements pris pour son application, ou des Conventions internationales relatives à la prévention de la pollution marine auxquelles le Sénégal a adhéré. Lorsque le navire en infraction est un navire autre qu'un navire-citerne, et de jauge brute inférieure à 400 tonneaux, les peines prévues à l'alinéa précédent vont être réduites, sans que le minimum de l'amende puisse être inférieur à 100.000 FCFA. En cas de récidive, le montant maximum des peines est doublé.

948 Il en est résulté que sur le plan judiciaire, seuls deux Ivoiriens, le directeur de la compagnie Tommy et un agent maritime, ont été condamnés, le 22 octobre 2008, par un tribunal du pays à respectivement 20 ans et cinq ans d'emprisonnement pour leur rôle dans le déversement. Il a fallu attendre le 30 janvier 2012 pour que la cour d'appel d'Amsterdam décide d'autoriser les poursuites contre le président de Trafigura pour exportation illégale de ces déchets depuis les Pays-Bas et non pour les conséquences des dépôts sauvages en

mer, la faune, le sol et le sous-sol[949], l'air[950], etc. À ce propos, même si les amendes ne sont pas toujours élevées, elles restent peu significatives, devant les préjudices constatés. Elles dépassent rarement les 100 000.000FCFA. En plus de ces diverses sanctions pénales[951], le dirigeant peut être tenu de réparer le préjudice causé, l'enjeu étant toujours de trouver un débiteur solvable.

2. L'affectation et quantum des dommages-intérêts

240. Le pouvoir d'appréciation du juge du fait est très étendu dans la mise en œuvre du principe de la réparation des dommages et intérêts, et la détermination du quantum de la réparation. La réparation des préjudices écologiques est envisagée sans qu'on ne trouve, devant l'impossibilité de recourir à la réparation pour la responsabilité civile classique, des mécanismes adaptés déterminant les techniques d'évaluation des préjudices environnementaux en l'absence de procédés universellement définis, de même précisant les modes de réparation spécifiques à l'environnement, les quanta à allouer en l'absence de barèmes et d'indicateurs quantitatifs univoques. Les barèmes prévus par le Code CIMA et applicables en matière de réparation ne sont nullement adaptés.

241. Les textes nationaux comme le code de l'environnement du Sénégal, sont restés silencieux sur le régime de la réparation des dommages environnementaux, dérogatoire du droit commun. De même, tandis qu'en France, l'article 4 de la Charte de l'environnement, qui dispose que « toute personne doit contribuer à la réparation du dommage qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi ». En Afrique, on se demande toujours quelle réparation privilégier ? Certaine opinion[952] envisage une réparation

---

Côte d'Ivoire. Ces différentes sanctions n'empêchent pas les dénonciations de certaines ONG sur le manque de transparence du gouvernement ivoirien sur l'utilisation des 145 millions d'euros environ octroyés en 2007 par Trafigura et sur le fait que 6.000 victimes environ n'ont toujours pas reçu ces compensations.

949 Suivant l'ART. L 100 Code de l'environnement Sénégal : Est punie d'une amende de 1.000.000 F à 2.000.000 FCFA et d'une peine d'emprisonnement de six (6) mois à un (1) an, ou de l'une de ces deux peines, toute personne ayant pollué, dégradé les sols et sous-sols en violation des dispositions correspondantes de la présente loi. En cas de récidive, le montant maximal des peines est doublé.

950 Aux termes de l'ART. L 99 Code de l'environnement Sénégal : Est punie d'une amende de 1.000.000 F à 2.000.000 FCFA et d'une peine d'emprisonnement de six (6) mois à un (1) an ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne ayant altéré la qualité de l'air, en contrevenant aux dispositions correspondantes de la présente loi.

951 Sur l'harmonisation et unification du droit pénal de l'environnement, notamment voir L. D'Ambrosio, « Vers un droit pénal commun de l'environnement : critères et techniques d'incrimination » in. L. Neyret (dir.), Des écocrimes à l'Ecocide, Bruylant 2015

952 B. RETAILLEAU a déposé le 23 mai 2012 une proposition de loi visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le Code civil.

exclusivement en nature, en ajoutant subsidiairement une compensation financière[953] de l'État dans la mesure où, parfois, il ne s'agit pas simplement de dépolluer une plage[954]. Le versement d'une indemnité pour une remise en état peut être envisagé conformément à l'article 2, 8° de la Convention de Lugano qui définit la remise en état comme étant « toute mesure raisonnable visant à réhabiliter ou à restaurer les composantes endommagées ou détruites de l'environnement ». Cette disposition avant-gardiste en préconisant d'une part, la rationalité, d'autre part, simplement la restauration des composantes détruites ou endommagés semble avoir anticipé sur les difficultés de la réparation intégrale en nature pour son coût notamment très exorbitant. En l'occurrence, on peut souligner l'éclairage du Protocole révisant la Convention de Bruxelles sur la réparation des dommages de pollution pétrolière des mers pour mesurer la portée de la remise en état. Il précise notamment à son article 2 que « les indemnités versées au titre de l'altération de l'environnement autres que le manque à gagner dû en raison de cette altération seront limitées au coût des mesures raisonnables de remise en état qui ont été prises ou qui le seront ». En ce sens, un auteur définissait la réparation en nature comme l'obligation de remise de l'environnement et de l'écosystème détruit dans l'état où ils se trouvaient avant la survenue du dommage. Ce qui signifie que pour chaque espèce d'animaux tués, le responsable devrait en rapporter de similaires autant en qualité qu'en quantité. C'est le même processus pour la destruction des paysages, des habitats, des plantes. Pour la destruction des ressources halieutiques, le dommageur doit, en ce qui concerne les poissons qui ont péri, procéder à un empoissonnement de l'eau de la mer ou du fleuve qui les abritait. S'agissant de la pollution enclenchée, les responsables dans le cas de la réparation en nature doivent dépolluer l'atmosphère, les ressources hydriques et veiller à la décontamination des sols et de toute la biodiversité touchée[955]. Toutefois, si, par exemple, une espèce vient à disparaître, la réparation en nature semble impossible. Dans ce cas, il faut prévoir une compensation

953 Les biens communs qui constituent notre environnement ne sont pas des facteurs de production fongibles, comme le travail et le capital. Ils ont une identité propre et ne peuvent être substitués les uns aux autres comme s'ils étaient « hors sol ». Les interactions, synergies et autres dynamiques au sein de l'environnement, c'est-à-dire entre et au sein de la biosphère, de la lithosphère, de l'hydrosphère, de l'atmosphère et de la cryosphère, sont innombrables et continueront encore longtemps à dépasser les capacités d'ingénierie humaine.

954 Après l'ouverture d'enquêtes par le gouvernement ivoirien sur le déversement des déchets toxiques, les autorités du pays ont cherché à contacter des sociétés compétentes de décontamination des déchets toxiques. C'est la société française TREDI qui a été chargée des opérations de nettoyage qui ont débuté le 17 septembre 2006, soit un mois après que ces déchets aient été laissés dans la nature.

955 S. AOUBA, La réparation du dommage environnemental causé par la pollution par des déchets industriels en droit international de l'environnement, Faculté de Droit et de Science économique de l'Université de Limoges (FRANCE) - Master 2 en Droit International et Comparé de l'Environnement 2010

financière au moyen de dommages et intérêts dont le montant sera défini par les tribunaux et affecté à un fonds de l'État ou à un organisme désigné par lui[956]. À ce propos, en France, « l*e jugement rendu le 16 janvier 2008 à propos de l'Érika n'est pas à proprement parler une première mais ce qui est remarquable, c'est le montant de l'indemnisation des dommages causés à l'environnement »*[957]. Aussi, la priorité a été donnée à la réparation en nature et non au paiement de dommages et intérêts, qui sont, on le sait bien, un moyen d'acheter une bonne conscience, mais sans garantie d'effet sur l'environnement dégradé.

242. La réparation en nature semble être plus juste parce qu'elle permet une remise en l'état initial. Le Code de l'environnement prévoit aussi la possibilité d'une réparation en nature. Aux termes de l'article L 91 alinéa 2 « Un délai d'un (1) à trois (3) mois lui est accordé pour qu'il puisse entreprendre la restauration du milieu dégradé. À défaut l'amende est quintuplée et la procédure de fermeture de l'installation est déclenchée par le Ministre chargé de l'environnement en rapport avec le Ministre chargé de l'industrie ». Elle est également plus efficace, parce qu'elle supprime la cause d'autres préjudices, notamment de préjudices dérivés.

243. La question de l'affectation des dommages-intérêts issus de l'action intentée contre le dirigeant social et les complices a connu aujourd'hui une évolution en concordance avec les exigences de la RSE. C'est d'autant plus intéressant que l'évaluation du préjudice n'est pas toujours facile par manque de preuve. *A priori*, la position du juge n'est pas prédéterminée. Il a la faculté d'aller au-delà de la réparation par les dommages et intérêts[958]. Faut-il le souligner, les dommages-intérêts issus de la réparation d'un préjudice individuel d'un associé ou un tiers, fût-il créancier de la masse dans le cadre des procédures collectives, ne posent en pratique aucun problème. D'ailleurs, les associés en vertu de l'article 168 peuvent transiger « (…) avec la ou les personnes contre laquelle ou contre

956Sur le préjudice écologique réparable, in http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_prejudice_ecologique_20130914.pdf

957 « Les prévenus ont en effet été condamnés solidairement à verser à 70 victimes 192 millions d'euros, qui s'ajoutent aux 184 millions distribués par le FIPOL, et aux 200 millions pris en charge par la compagnie Total pour restaurer les pompes et pomper les cuves de l'épave. Pour la première fois, la Ligue de protection des oiseaux s'est vue allouer une somme de 75 euros par oiseau mort. Jusque-là, elle n'avait pu prétendre qu'à la prise en compte des dépenses qu'elle avait engagées pour nettoyer et soigner les oiseaux. C'est la première fois qu'un tribunal lui alloue une réparation pour les oiseaux morts équivalents au coût nécessaire pour permettre la nidification et l'élevage des oiseaux de remplacement. », Conf. Arrêt de la Onzième chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Paris, 16 janvier 2008.

958 Au Sénégal nous constatons qu'aux termes de l'Art. 133 COCC : « le préjudice est en principe réparé par équivalence en allouant à la victime des dommages et intérêts. Toutefois, sous réserve du respect de la liberté des personnes ou des droits des tiers, les juges peuvent d'office prescrire, au lieu ou en plus des dommages et intérêts, toute mesure destinée à réparer le dommage ou à en limiter l'importance.

lesquelles l'action est intentée pour mettre fin au litige »[959]. Aux termes de l'article 167 AUSC « un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale après une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans le délai de trente (30) jours. Les requérants sont habilités à demander la réparation du préjudice subi par la société. En cas de condamnation, les dommages et intérêts sont alloués à la société et non au (x) requérant (s) ». Toutefois, cette affectation des dommages-intérêts censés réparer les dommages causés aux créanciers pose quelques difficultés pratiques, notamment la répartition des sommes aux créanciers[960]. En effet, le principe de l'égalité suppose que les sommes, en cas de liquidation de l'entreprise, soient réparties au marc de franc entre tous les créanciers[961]. La Cour de cassation française a ainsi rappelé que « *les créanciers doivent participer de manière égalitaire à la répartition des dommages et intérêts sans qu'aucun ne puisse invoquer la sûreté dont il pourra être titulaire.* » Cette forme de répartition met en mal les créanciers titulaires de privilèges et qui voudraient bien les faire-valoir. C'est sans doute pour cette raison que le législateur français contrairement à son homologue de l'OHADA a introduit une exception à cette pratique en introduisant un privilège en ce qui concerne les créanciers dont les créances sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture, sauf au stade de la liquidation judiciaire, où les créances antérieures assorties de sûretés l'emportent sur les créances postérieures.

244. En effet, celui qui souffre d'un préjudice et obtient gain de cause reçoit la totalité des sommes mises à la charge du fautif, ce qui est différent de l'action sociale. La réparation intégrale est difficile à atteindre lorsque la société est soumise aux procédures collectives d'apurement du passif. L'AUPCAP semble donner « *la priorité à la reconstruction du patrimoine de l'entreprise débitrice* »[962], de sorte que les dommages-intérêts issus de la condamnation du dirigeant doivent être versés dans le patrimoine du débiteur. Ces sommes peuvent être affectées à l'apurement du passif de l'entreprise en difficulté, ou en cas de continuation de l'activité de l'entreprise, elles le seront selon les modalités prévues par le plan de redressement. Le nouvel objectif recherché par le législateur OHADA est de reconstruire l'entreprise défaillante et désintéresser les créanciers. Ainsi, le dirigeant peut subir des sanctions civiles et pécuniaires lorsque l'entreprise est en cessation de paiement.

959Art. 168 AUSCGIE.

960G.A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de MESTRE (J.), Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Litec, 2° éd. 2001, spéc. p. 417 et s.

961 Cass. Com. 28 mars 1995, Bull. civ. IV, n°105, D. 1995, 410, note DERRIDA (F.), Rev. Droit bancaire 1995, 118, obs. CAMPANA et CALENDINI ; RTD Com. 1996, 127, obs. MARTIN-SERF (A.).

962 G.A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de MESTRE (J.), Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Litec, 2° éd. 2001, spéc. p. 414 et s.

Il peut être condamné à supporter tout ou partie du passif dès lors qu'il a contribué, par une faute de gestion, à l'insuffisance d'actif.

245. Par ailleurs, certaines dispositions de l'AUPCAP[963] rappellent l'exigence pour le dirigeant de préserver le patrimoine de la société commerciale et faire en sorte notamment de ne pas disposer du crédit ou des biens de la personne morale comme des siens propres ou encore poursuivre abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale. Cette exigence met l'accent sur la responsabilité entière du dirigeant, de tous les dirigeants ou certains d'entre eux. Ainsi, « Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic ou même d'office, que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux »[964]. A ce cela, il faut ajouter que dans les sanctions civiles la faillite constitue la sanction principale qui réprime les négligences ou comportements répréhensibles du dirigeant[965]. Elle peut être obligatoire ou facultative aux termes des articles 1033 et suivants du COCC. Il y a aussi la condamnation du dirigeant au comblement du passif de la société en difficulté[966]. Dans ce cas, le dirigeant sera tenu seul ou avec d'autres de tout ou partie du passif social résultat de sa faute de gestion. Ces sanctions civiles peuvent également être l'extension des procédures collectives aux dirigeants[967] responsables de certains comportements condamnés par le législateur et nuisible à l'entreprise qui relèvent son état d'insolvabilité notamment la disposition du crédit ou des biens de l'entreprise comme des siens propres.

246. À côté des sanctions civiles, il y a des sanctions professionnelles qui frappent le dirigeant en cas de faute lorsque la société est en difficulté. Ces sanctions professionnelles sont, outre les déchéances la privation du droit de vote[968], la cession forcée de parts, ainsi que l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une personne morale. Comme sanction pénale il faut citer la banqueroute[969]. Elle peut être simple ou frauduleuse. Elle consiste en l'accomplissement de faits frauduleux liés à l'activité de l'entreprise ou à sa

963Acte adopté le 10 avril 1998 et paru au JO OHADA n°7 du 1er juillet 1998.
964Art. 183. AUPCAP
965 Art. 196 et s. AUPCAP et 1031 et s. COCC.
966Art. 183 et s. AUPCAP et 1027 COCC.
967Art. 1028 COCC et 189 AUPC.
968Art. 199 AUPC.
969Art. 226 et s. AUPC.

comptabilité, après la cessation des paiements ou avant, lorsque les faits reprochés ont eu pour objet ou pour effet de provoquer ledit état[970].

247. Au constat, les sanctions qui frappent le dirigeant social en cas de faute de gestion sont lourdes et elles peuvent même sous certains cieux être politiques[971]. Bien que lourdes et appropriées, ces sanctions ne constituent pas un carcan dans lequel il n'est pas offert au dirigeant social des allégements. Les différentes dispositions afférentes rappellent toute la sensibilité liée à la gestion des sociétés. Le dirigeant supportera les dettes liées à l'actif en totalité ou en partie dès lors que par sa faute (faute de gestion), une insuffisance d'actif est constatée. Une action en comblement de l'insuffisance d'actif pourra être ouverte contre lui. Elle sanctionne toutes fautes de gestion, d'imprudence, de négligence lorsqu'elles auront permis d'entraîner ou d'accroître l'insuffisance de l'actif de l'entreprise. À cet effet, « la juridiction compétente peut enjoindre aux dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif de la personne morale de céder leurs actions ou parts sociales de celle-ci ou ordonner leur cession forcée par les soins du syndic, au besoin après expertise ; le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes de la personne morale mise à la charge de ces dirigeants »[972]. Toutefois, lorsqu'un dirigeant d'une personne morale est déjà déclaré en état de cessation des paiements, le montant du passif mis à la charge de ce dirigeant est déterminé par la juridiction compétente qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale.

248. Relativement, aux dirigeants complices et coauteurs d'infractions, il peut être difficile de déterminer le quantum de la réparation, pour tenir compte de sa contribution à la survenance du préjudice. Puisque le préjudice subi du fait de l'octroi du crédit par la banque est le plus souvent un préjudice pécuniaire, l'octroi des dommages-intérêts est dès lors nécessaire. Cette réparation pose encore deux sortes de difficultés, que M. LIKILLIMBA, dans sa thèse a dégagées, la première, théorique, est relative à la détermination de la date à prendre en compte pour la fixation des dommages-intérêts ; la seconde, plus pratique, est relative à l'affectation du produit de l'action intentée contre le banquier[973]. Pour l'affectation, la somme est colloquée à la masse des créanciers. Les

970C. com., Art. 626-1 et s. Voir pour la définition de la banqueroute « Dictionnaire du vocabulaire juridique », sous la direction de Rémy Cabrillac, Litec édition du Juris-Classeur, 2002, 391p.

971Au Sénégal l'Art. 1037 du COCC prévoit l'incapacité d'exercer des fonctions électives contre les dirigeants sociaux dans certains cas par le jugement qui ouvre les procédures collectives.

972 Art. 185 AUPCAP

973G.A.LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de MESTRE (J.), Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Litec, 2° éd. 2001, spéc. p. 412 et s, n°529 et s. cité par CAPOEN (A-L.), « la responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté », THÈSE Toulouse I, 2008, p. 284.

dommages-intérêts issus de l'action contre le dirigeant du préjudice subi par la société résultant de l'action *ut singuli* portée par la masse des créanciers, pourraient intégrer le patrimoine de la masse des créanciers, et être ensuite répartis entre eux. Ces sommes devaient servir de dédommagement aux créanciers qui ont été trompés par l'apparence de solvabilité créée par l'octroi de crédit au débiteur, aggravant ainsi sa situation financière.

249. Mais s'agissant de la date à prendre en compte pour l'évaluation du préjudice, La date à prendre en compte pour la fixation des dommages et intérêts est sans doute celle à laquelle le passif du débiteur a commencé à s'aggraver. Les solutions du juge du fond étaient assez divergentes en la matière, prenant la date de report de la cessation de paiement, celle du jugement d'ouverture de la procédure collective ou encore la date à laquelle le banquier est supposé avoir pris connaissance de la situation financière réelle du débiteur[974]. Cette date cessation des paiements est soit la date d'ouverture de la procédure collective c'est-à-dire celle qui la constate, soit une date fixée par le juge[975]. Toutefois, la doctrine fait remarquer, qu'en général, la jurisprudence se fixe sur une période allant « *de la date à laquelle le banquier a effectivement pris connaissance de la véritable situation de son client à celle de l'ouverture de la procédure collective* » ; de sorte que le « *montant de la condamnation du banquier pourrait en principe être fixé à partir de la différence entre la valeur de l'actif réalisé et le montant du passif antérieur déclaré et admis* »[976]. À ce propos, la Cour de cassation française dans un arrêt du 22 mars 2005[977] a considéré que « *l'établissement de crédit qui a fautivement retardé l'ouverture de la procédure collective de son client n'est tenu de réparer que l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a ainsi créée* », de sorte que le montant des dommages-intérêts ne peut être calculé que sur le montant de l'insuffisance d'actif constaté. « *Il appartient au juge de le proportionner, de le limiter aux effets du crédit abusif. () L'établissement ne peut se voir imputer le passif né avant la date à laquelle il a maintenu artificiellement l'activité de l'entreprise en poursuivant le financement*[978]. » La Chambre commerciale l'a encore admis dans un arrêt

974G.A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Préface de MESTRE (J.), Bibliothèque de Droit de l'entreprise, Litec, 2° éd. 2001, spéc. P. 412 et s, n°529 et s. cité par CAPOEN (A-L.), « la responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté », thèse Toulouse I, 2008, p. 284.

975 Art. 34 de l'AUPCAP. Cet Art. permet de fixer la période suspecte

976G.A. LIKILLIMBA, ibid., p. 284

977Cass. Com 22 mars 2005, n°03-12.922, Crédit industrielle de l'ouest c/ Chataignère, bull. civ. IV, n°67, Gaz. Pal. Proc. Coll. 2005/2, 6-7 juillet, p.32, obs. ROUTIER (R.) ; D 2005, AJ p 1020, obs. LIENHARD (A) ; Bull. Joly Société 2005, p 1213, note, LUCAS (F-X.) ; Banque et droit juillet août 2005, p 71, obs. BONNEAU (T.).

978A. LIENHARD, Sauvegarde des entreprises en difficulté, 2°éd. Delmas 2007, p 470, n°2305.

du 16 octobre 2007[979]. Les mêmes difficultés peuvent être constatées en cas de recours à la sanction-prévention.

B. Du recours à la sanction-prévention contre le dirigeant social

250. Agir de manière responsable signifie alors réfléchir aux conséquences des actions sur soi-même et autrui[980]. Cette réflexion est déterminante dans la prévention. Il s'agit d'un autre objectif de la responsabilité sociétale du dirigeant. Elle est promue en matière environnementale, mais dépasse cette réalité et permet une intervention dans la gestion du dirigeant, dès lors que des menaces planent sur l'activité de la société commerciale.

1. La détermination de mesures préventives à la charge du dirigeant

Les mesures préventives sont principalement relatives à la « sanction » du dirigeant pollueur et la mise en œuvre de mécanismes dit de non-répétition par le dirigeant de société commerciale.

a- La Sanction du dirigeant « pollueur-payeur »

251. Dans la mesure où, le dirigeant peut être désigné responsable d'une atteinte environnementale, il est soumis à un système de sanction-prévention. Le volet préventif est un élément incontournable du dispositif de promotion de la RSE. C'est pourquoi aussi « *La meilleure politique de l'environnement consiste à éviter dès l'origine la création de pollutions ou de nuisances plutôt que de combattre ultérieurement leurs effets* »[981]. Pourtant, sanctionner en présence d'un moindre « risque » réel ou futur, c'est là l'une des originalités du droit international de l'environnement qui, face au haut désir de prévention

979 La Cour a censuré les juges du fond : « *il n'y a pas lieu de distinguer entre les créanciers qui ont contracté avec le débiteur antérieurement à la date de l'octroi des concours et ceux ayant contracté postérieurement à cette date. Même si l'apparence de solvabilité créée par le soutien abusif a amené ces derniers à prendre des engagements qu'ils n'auraient pas pris le risque d'accepter s'ils avaient connu la réalité de la situation, les établissements de crédit qui, par leur faute, ont retardé l'ouverture de la procédure collective, ne sont tenus de réparer que l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'ils ont ainsi contribué à créer* ». Conf.Cass. Com. 16 octobre 2007, n°06-15.386 (arrêt n°990, F-D), Gaz. Pal. 23-24 janvier 2008, p 59, obs. ROUTIER (R).

980 CAPRON M., QUAIREL-LANOIZELÉE F., 2007, La responsabilité sociale d'entreprise, Collection Repère, Éditions la Découverte, Paris, cité par Delphine Gendre-Aegerter, la perception du dirigeant de pme de sa responsabilité sociale : une approche par la cartographie cognitive, THÈSE, le 27 mai 2008. Faculté des Sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg (Suisse)

981 Selon le 1er programme d'action des communautés européennes en matière d'environnement, JOCE, n° C 112 du 20 déc. 1973, p. 1.

et de protection, fait fléchir les règles de responsabilité de droit commun. Toutefois, même s'il apparaît légitime de faire supporter la totalité de conséquences pécuniaires nées de sa faute, il serait difficile de faire supporter la réparation au dirigeant, au titre de la prévention. Les évolutions de la réparation des dommages écologiques ne paraissent pas justifier un nouveau dispositif de réparation destiné au dirigeant. La prudence s'impose. Elle est requise essentiellement pour l'admission des risques futurs ou simplement éventuels parce que la base d'appréciation fait défaut. Faut-il accepter la réparation par le dirigeant de société d'un préjudice qui peut survenir ou qui pourrait ne pas l'être ? Ainsi, même s'il viole son obligation de diligence qui voudrait que toutes les dégradations qui peuvent être évitées ou atténuées doivent l'être, et les moyens nécessaires pour y parvenir doivent être accordés aux personnes physiques et morales concernées. Un devoir de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement s'impose au dirigeant. La « sécurité » est de ce point de vue une préoccupation constante, le dispositif de vigilance et de prévention mise en œuvre à cet effet, ne constituant nullement une sanction.

252. Ainsi, relativement à la sanction en matière de responsabilité de type environnementale peut concerner le dirigeant. C'est le cas avec le principe du « pollueur payeur » qui est appliqué et qui consiste à répercuter sur le coût de revient des produits ou des activités des frais qui, sans cela, seraient injustement répercutés sur la collectivité. Avec ce type de principe, l'identité du pollueur importe peu. Il s'agit d'un système de la responsabilité objective qui pour l'allocation d'une réparation, n'est pas basé sur la faute, sur un quelconque mécanisme juridique d'imputabilité, d'imputation de la responsabilité. Il s'agit d'un système de reconnaissance d'un « droit de polluer » dont l'exercice est subordonné à l'acquittement d'un prix. Ce prix est adossé à l'autorisation administrative[982]. Ainsi, lorsque la société commerciale n'a pas demandé l'autorisation requise, l'Art L 86[983] dispose qu'« est punie d'une amende de 1 000 000 à 1 500 000 CFA toute personne qui exploite une installation de 1ère classe sans l'autorisation prévue par la présente loi. En cas de récidive, il est prononcé une peine d'emprisonnement de deux (2) à six (6) mois et d'une amende de 1,5 million à 3 millions FCFA ou l'une de ces deux peines. Est punie d'une amende de 500 000 à 1 000 000 FCFA toute personne qui exploite une installation

982ART. L 89: Tout demandeur qui exploite son installation avant l'obtention de l'arrêté d'autorisation ou du récépissé de déclaration est puni des mêmes peines que celles prévues à l'Art. L 86. Code de l'environnement du Sénégal.

983 Code de l'environnement Sénégal

de 2e classe sans l'autorisation prévue par la présente loi[984] ». Ces différentes sanctions ont une dimension préventive. Ces différentes dispositions représentent un progrès important pour le droit de l'environnement et un facteur d'aggravation de la responsabilité du dirigeant. Le dirigeant n'est pas en réalité poursuivi en vertu d'une responsabilité sans faute, mais plutôt pour violation d'une obligation de diligence. *Il contribue notamment à la prévention des dommages à l'environnement en prévoyant des sanctions pénales aggravées et appropriées dès la création d'un risque de dommage qualifié à l'environnement. Il ne sera donc plus nécessaire d'attendre que le drame se soit réalisé pour condamner certains comportements. En ne sollicitant pas une autorisation, le dirigeant commet une infraction de mise en danger de l'environnement*.[985] Sa responsabilité est aggravée en cas de pollution résultant de l'activité, en dehors de toute faute. Il n'est pas en adéquation avec le système de responsabilité de l'OHADA basé sur un préjudice. À ce niveau se posent une question d'articulation du droit OHADA de la responsabilité des dirigeants et les droits nationaux. Au Sénégal, l'Article L 71 dispose que « La responsabilité civile du pollueur est engagée, en l'absence de toute faute, lorsque l'établissement à l'origine du dommage causé est un établissement « à risques ». Il ajoute que « La responsabilité définie au présent article ne peut être écartée qu'en apportant la preuve que la pollution et ses conséquences dommageables sont uniquement dues à un événement ayant le caractère de force majeure, à une faute d'un tiers ou de la victime qui, par son action ou son abstention, aura contribué à la réalisation du dommage ». Le Code de l'environnement contient également des dispositions spécifiques à certains dommages. En effet, aux termes de l'article L 72 « Dans le cas particulier d'un dommage de pollution par les hydrocarbures provenant de la cargaison d'un navire pétrolier, le propriétaire de ce navire est responsable de la réparation des préjudices causés selon les règles et dans les limites des Conventions internationales auxquelles le Sénégal a adhéré en la matière. Le Capitaine ou l'exploitant de tout navire transportant une cargaison de plus de 2 000 tonnes d'hydrocarbures en vrac, transitant dans les eaux territoriales ou dans les ports sénégalais, doit pouvoir justifier d'un certificat d'assurance conforme à la convention internationale visée à l'alinéa précédent, ou d'une garantie financière équivalente, faute de quoi l'accès aux eaux et ports sénégalais lui sera refusé ». Dans cet esprit, ce processus a pour objectif de faire converger dans la même

984 En cas de récidive, un emprisonnement d'un (1) à trois (3) mois et une amende de 1.000.000 à 1.500.000 FCFA ou l'une de ces deux peines seulement est prononcée. Code de l'environnement

985http://www.actu-environnement.com/ae/news/directive_commission_erika_prestige_infraction_2253.php4

mobilisation les efforts de tous les dirigeants. La réparation n'est en effet pas toujours possible. La dégradation ou la destruction d'écosystèmes endémiques, par exemple, ou encore la pollution de nappes d'eau fossiles peuvent parfaitement se révéler irréversibles. Une réparation compensatoire qui se ferait ailleurs par des restaurations, des remises en état jugées équivalentes, ne permettra jamais vraiment de retrouver la valeur perdue.

253. Cette prévention a un impact considérable sur l'image de la société commerciale. Elle permet de satisfaire le besoin de notoriété « la réputation ». La notion de réputation comme il a été déjà noté est un actif, « un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'événements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs »[986] qui se construisent sur un long terme. Le dirigeant d'entreprise diligent, en bon père de famille, devrait alors développer une ultra-sensibilité à la notion de risque de réputation. Le risque de réputation peut être défini comme l'éventualité qu'une mise en cause publique de l'entreprise, personne morale ou du dirigeant, personne physique, qui entraîne une détérioration de la confiance et l'estime dont ils font l'objet. Il est aussi vrai qu'il ne faut pas céder à la naïveté et espérer idéalement une sécurisation de l'environnement à partir des seules mesures préventives car les hommes guidés par leurs intérêts ont naturellement du mal à agir spontanément dans le bon sens et dans le respect des normes de la société. C'est dire donc que leurs déviances sont ainsi prévisibles.

b- L'obligation de non-répétition par le dirigeant de société commerciale

254. La seule garantie de non répétition des faits dommageables prévue par le Législateur OHADA semble être la possibilité de révocation ou la démission forcée du dirigeant. Ce système n'est pas performant, dans la mesure où, d'autres mécanismes peuvent être consacrés pour faire cesser et prévenir des difficultés irrémédiables. Il s'agit de mécanismes de cessation du comportement illicite, à savoir « que l'acte illicite a un caractère continu ». Dans les Principes de l'ONU sur la réparation, les garanties de non-répétition et la prévention constituent une forme de réparation[987] et la cessation un élément de la satisfaction[988]. Il s'agit d'« aspects du rétablissement et de la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte »[989]. Elle considère que la cessation

986 http://www.plancomptable.com/titre-II/211-1_definition_actif.htm

987 Principe n°23. Principes de l'ONU sur la réparation, les garanties de non-répétition et la prévention.

988 Principe 22 a) Principes de l'ONU sur la réparation, les garanties de non-répétition et la prévention.

989 Commentaire concernant l'Art. 30, § 1./ la Commission du droit international

est plus qu'un simple élément du devoir d'exécuter l'obligation primaire ». La question de la cessation ne se pose qu'en cas de violation. Par ailleurs, si les organes internationaux de défense des droits de l'homme estiment que l'obligation de cessation va de soi et est implicite[990], ils exigent expressément la garantie de non-répétition en tant que conséquence juridique de leurs décisions ou arrêts. En matière environnementale, elle est le résultat d'action de l'administration publique qui après mise en demeure peut sanctionner le dirigeant qui n'est pas diligent, en ne déférant pas à la mise en demeure de régulariser la situation de la société. En effet, au Sénégal par exemple, aux termes de l'article L 104 « *Indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées et lorsqu'un inspecteur des installations classées ou un expert désigné par le Ministre chargé de l'environnement a constaté l'inobservation des conditions imposées à l'exploitant d'une installation classée, l'autorité compétente met en demeure ce dernier de satisfaire à ces conditions dans un délai déterminé* »[991]. L'accent devra alors être mis sur le renforcement du rôle de l'État dans la prévention des préjudices susceptibles d'être cause la société commerciale.

2. Le renforcement du rôle de l'État dans la prévention des préjudices susceptibles d'être causés par la société

255. Plusieurs personnes ont vocation à intervenir pour garantir la mise en œuvre de la prévention qui intègre la dimension stratégie de la société commerciale. En ce sens, la RSE n'est pas et ne devrait pas être séparée de la stratégie d'entreprise car elle a pour but justement d'intégrer les préoccupations sociales et environnementales dans les stratégies et activités opérationnelles de l'entreprise. Le défaut de prévention est sanctionné par des mesures de correction par priorité à la source des atteintes. Il s'agit notamment des associés qui peuvent requérir la nullité des actes de gestion, de l'État dans le contrôle des

990 Voir Observation générale No. 31: La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte : CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 15, 26

991 Suivant cette disposition si, à l'expiration du délai fixé pour l'exécution, l'exploitant n'a pas obtempéré à cette injonction, l'autorité compétente peut: a) Obliger l'exploitant à consigner entre les mains d'un comptable public une somme correspondant au montant des travaux à réaliser, laquelle sera restituée à l'exploitant au fur et à mesure de l'exécution des mesures prescrites; b) Faire procéder d'office, aux frais de l'exploitant, à l'exécution des mesures prescrites; c) Suspendre par arrêté, après avis des ministères concernés, le fonctionnement de l'installation, jusqu'à exécution des conditions imposées et prendre les dispositions provisoires nécessaires. Les sommes consignées en application des dispositions du a) peuvent être utilisées pour régler les dépenses entraînées par l'exécution d'office des mesures prévues aux b) et c) ». Code de l'environnement Sénégal.

processus d'évaluation d'impact environnemental des activités des sociétés commerciales, mais également le juge qui peut en cas de péril, s'immiscer dans la gestion du dirigeant.

a- *Le contrôle par l'État de l'accomplissement d'étude d'impact environnemental de l'activité sociale*.

256. L'entreprise est responsable des conséquences de l'impact social de ses actions mais aucun principe ne permet de délimiter avec certitude ses responsabilités ni la manière de les assumer[992], il est souvent mis à sa charge une obligation d'évaluation de l'impact de ses activités. Ces différentes sanctions ont l'avantage de mettre en exergue l'importance de la prévention à travers l'intégration des préoccupations sociales et environnementales dans les stratégies et activités opérationnelles de l'entreprise. En ce sens, le dirigeant de société commerciale concerné devra avoir de ce point de vue une bonne perception de l'environnement de l'entreprise et une volonté de respecter les intérêts des différentes parties prenantes[993]. Ainsi, « si l'entreprise prend sérieusement conscience qu'elle, en particulier, ou les entreprises dans leur ensemble, sont responsables des conséquences de leurs actions sur la société, il devient alors nécessaire de compléter l'analyse fins-moyens par une analyse effets-causes ».[994] Mais comme l'affirment les auteurs, les paroles sont plus faciles que la pratique. Pour autant, cette obligation est sanctionnée par l'administration. À cet effet, le dirigeant en ce sens qu'il exerce un pouvoir de contrôle, de gestion et de direction sera un débiteur de la réparation. En ce sens, peuvent être considérés également comme actes de gestion et de direction les décisions d'évaluation des impacts environnementaux. En ce sens, le dirigeant peut être poursuivi en vertu de l'article L 94[995]qui dispose qu'« est punie d'une amende de 2 000 000 à 5 000 000 FCFA et d'une

992 R.W. ACKERMAN., R.R. BAUER. ,« Pour une approche empirique », Revue Française de Gestion, vol. 12-13, novembre – décembre1977, pp.32-[s.p.] (cité par Delphine Gendre-Aegerter, la perception du dirigeant de pme de sa responsabilité sociale : une approche par la cartographie cognitive, THÈSE, le 27 mai 2008. Faculté des Sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg (Suisse)

993 R.E. FREEMAN, VELAMURI S.R., 2006, Chapitre 1: A New Approach to CSR: Company Stakeholder Responsibility, dans KAKABADSE A., MORSING M. (dir.), Corporate Social Responsibility: Reconciling Aspiration with Application, EABIS, PalgraveMacMillan, New York, pp.9-23 (cite par Delphine Gendre-Aegerter, la perception du dirigeant de pme de sa responsabilité sociale : une approche par la cartographie cognitive, THÈSE, le 27 mai 2008. Faculté des Sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg (Suisse)

994R.W. ACKERMAN, BAUER R.R., Pour une approche empirique, Revue Française de Gestion, vol. 12-13, novembre – décembre1977, p.32, cité par Delphine Gendre-Aegerter, la perception du dirigeant de pme de sa responsabilité sociale : une approche par la cartographie cognitive, THÈSE, le 27 mai 2008. Faculté des Sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg (Suisse).

995 Code de l'environnement du Sénégal.

peine de six (6) mois à deux (2) ans de prison ou de l'une de ces deux peines, toute personne ayant : - réalisé un projet visé à l'article L 50 sans étude d'impact ;

- réalisé un projet non conforme aux critères, normes et mesures énoncés dans l'étude d'impact ; - fait opposition à l'accomplissement des contrôles et analyses prévus dans la présente loi ».

b- L'intervention du juge en cas de péril dans le fonctionnement de la société commerciale.

257. Dans l'espace OHADA, le juge devrait pouvoir intervenir lorsque les agissements de la société commerciale ont vocation à entraîner et entraînent déjà une situation de crise grave mettant en péril le fonctionnement normal de la société. En effet, l'OHADA a consacré un régime général de l'administration provisoire. Il ne s'agit plus d'une évocation incidente comme prévu dans l'article 131 de l'ancien AUSCGIE, mais plutôt d'une véritable institution. Il s'applique lorsque la société est mise en cause, en cas de difficultés graves au sein de l'entreprise. L'option du législateur c'est de consacrer cette immixtion lorsqu'une crise intervient. Le premier alinéa est assez explicite. En effet, aux termes de l'article 160-1 AUSCGIE : « Lorsque le fonctionnement normal de la société est rendu impossible, soit du fait des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit du fait des associés, la juridiction compétente statuant à bref délai, peut décider de nommer un administrateur provisoire aux fins d'assurer momentanément la gestion des affaires sociales ».

258. Le juge intervient ainsi pour tenter de mettre un terme aux « crises »[996] ou difficultés de fonctionnement en élaborant des schémas. Ces schémas consistent à désigner un administrateur provisoire par le juge des référés, à recevoir l'action introduite par un ou plusieurs actionnaires victimes d'abus de majorité ou d'abus de minorité. Le juge autorise la désignation d'un administrateur provisoire et d'un juge des référés si l'existence d'une urgence est reconnue. Le juge des référés intervient à titre provisoire, de manière rapide, sans décider de manière définitive sur le fond du problème puisqu'il ne juge pas le litige. Il n'intervient pas non plus dans la gestion de la société, car il n'a pas le pouvoir de gérer la société à la place des actionnaires. Il nomme, dès qu'il est saisi à la requête soit des

996 Cette situation de crise doit être distinguée de situation constitutive de cessation de paiement c'est-à-dire lorsque la société se trouve dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. Cette perspective qui met en relief un état de trésorerie à un moment donné, peut donner lieu à l'ouverture de procédure collective d'apurement du passif et à la désignation d'un administrateur provisoire. Les missions de ce dernier tournent autour de la surveillance, l'immobilisation de l'actif du débiteur, de protection des intérêts des créanciers.

organes de gestion, de direction ou d'administration, soit d'un ou plusieurs associés, un administrateur provisoire. En effet, aux termes de l'article 160-2 alinéa 2 « *La juridiction compétente nomme en qualité d'administrateur provisoire une personne physique qui peut être un mandataire judiciaire inscrit sur une liste spéciale ou toute autre personne justifiant d'une expérience ou une qualification particulière au regard de la nature de l'affaire et remplissant certaines conditions de qualification et de réputation* ». Cet administrateur est aussi investi judiciairement de pouvoirs des dirigeants comme l'administrateur provisoire désigné conformément aux dispositions de l'article 160-1 alinéa 3 AUSCGIE[997].

259. L'enjeu se situe au niveau du dessaisissement total ou partiel des dirigeants sociaux que cela permet, l'administrateur provisoire représentant la société dans le cadre de sa mission et dans la limite de ses pouvoirs. Tout acte qu'il accomplit en outrepassant ces pouvoirs est inopposable à la société[998]. Cela remet en cause les attributions des organes sociaux et essentiellement des associés. Ces attributions sont relatives à la nomination, au vote (abus de minorité et d'égalité), etc. Si bien que l'administration provisoire a vocation à priver les dirigeants de leurs pouvoirs et se substitue à eux. Ainsi, « L'administrateur provisoire, dans les quatre (4) mois de la clôture de l'exercice, établit les états financiers de synthèse annuels au vu de l'inventaire qu'il a dressé des divers éléments de l'actif et du passif existant à cette date et un rapport écrit par lequel il rend compte des opérations de l'administration provisoire au cours de l'exercice écoulé »[999]. Il dispose également, sauf dispense accordée par la juridiction compétente, d'un pouvoir de convocation des associés qui statuent sur les états financiers de synthèse annuels, donnent les autorisations nécessaires et, le cas échéant, renouvelle le mandat du commissaire aux comptes. Cette position du législateur OHADA en faveur de l'institutionnalisation rejoint la position de certains auteurs français comme MESTRE qui considérait que : « le rôle du juge dans la

997 Aux termes de ces dispositions : « la décision de nomination de l'administrateur provisoire : 1°) détermine l'étendue de sa mission et ses pouvoirs ; 2°) indique, le cas échéant, ceux des organes de gestion, de direction ou d'administration qui restent en fonction et précise les pouvoirs et compétences qui leur sont maintenus ; 3°) fixe sa rémunération, qui est à la charge de la société, ainsi que la durée de sa mission laquelle ne peut excéder six (6) mois, sauf prorogation décidée par la juridiction compétente à la requête de l'administrateur provisoire, les parties étant appelées. Dans sa demande de prorogation, l'administrateur provisoire doit indiquer, à peine d'irrecevabilité, les raisons pour lesquelles sa mission n'a pu être achevée, les mesures qu'il envisage de prendre et les délais que nécessite l'achèvement de la mission. La juridiction compétente fixe la durée de la prorogation sans que la durée totale de la mission ne puisse excéder douze (12) mois ».

998 Art. 160-4 AUSCGIE

999 Art. 160-6 AUSCGIE

vie des sociétés est aujourd'hui un rôle de première importance. Certes, on a pu autrefois objecter que les tribunaux n'avaient pas à intervenir dans un domaine essentiellement contractuel, qu'ils n'avaient pas à influencer la gestion d'un patrimoine privé, qui demeurait la « chose » des associés. Mais, ... les idées ont ici bien évolué. L'éclairage s'est progressivement déplacé vers l'aspect institutionnel de la société. Le contrat donne naissance à une personne morale autonome, distincte des associés qui l'ont initialement créée, et cette personne morale... a un intérêt propre qu'il faut protéger, une vie propre dont il faut, autant que possible, assurer la pérennité »[1000].

260. Ce dernier demeure toutefois soumis au contrôle des associés qui peuvent prendre communication des documents sociaux dans les mêmes conditions qu'antérieurement. Dans ce cadre, on notera, suivant l'article 160-8 : « L'administrateur provisoire est responsable, à l'égard tant de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ». Il est alors tentant quoique difficile de considérer cette immixtion comme une ouverture vers la prise en compte de préoccupations autres que la recherche du profit. Toutefois, les termes de l'article 160-2 ne nous permettent pas de préjuger de cela. On peut estimer que lorsque la juridiction compétente est saisie à la requête des organes de gestion et de direction, cette saisine peut être justifiée par un conflit d'intérêts qui met en péril le fonctionnement normal de la société. Un auteur fera observer à ce propos que : « en constituant une société, les associés donnent naissance à une personne morale autonome, distincte d'eux. Cette société a ensuite une vie propre, elle embauche des salariés, joue un rôle économique »[1001].

261. .Le dirigeant peut alors être sensible à la nécessité d'intégrer dans ses processus de décisions les autres parties prenantes qui sont en relation avec la société qu'il dirige et qui peuvent être potentiellement ou effectivement affectées par les choix des associés justifiés par des objectifs de maximisation du profit. Il peut s'estimer être l'ultime arbitre de la gestion adéquate et appropriée capable d'assurer la continuité de la société. cela, dans le

1000 J. MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », Rev. jurisp. com. avril 1985, p. 81

1001 « Elle a, dès lors, un intérêt propre qui mérite protection lorsqu'il vient éventuellement en conflit avec l'intérêt personnel de tel ou tel associé. Dans cette conception institutionnelle de la société, c'est généralement au juge qu'il revient de protéger l'intérêt social, un juge qui n'hésite pas à le faire, même sans le secours de textes précis. Ainsi, s'expliquent notamment les décisions annulant les délibérations des associés entachées d'abus de majorité, celles nommant un administrateur provisoire ou encore celles accueillant la proposition de rachat des parts sociales d'un associé demandeur en dissolution, formulée par les associés défendeurs et permettant d'assurer la pérennité de la société » A. JAUFFRET, *Droit commercial*, 22ème édition par j. mestre, L.G.D.J., 1995, p. 181

respect des obligations de la société qui s'étendent au-delà des dimensions purement techniques, financières, légales et économiques.

262. La mise en œuvre de cette responsabilité concerne donc l'hypothèse selon laquelle un juge saisi[1002] propose une solution réglée ou non par un texte. Il s'agit d'un enjeu majeur qui divise les légalistes aux partisans des systèmes volontaristes de réponses conformes aux règles sociétales. Ces règles incitatives sont plutôt glissantes pour le « juge » qui est saisi d'un recours dirigé à l'encontre d'une société émettrice d'un engagement dit socialement responsable ne le respectant pas. Le caractère éminemment volontaire des démarches dites socialement responsables doit être naturellement souligné. Ainsi, si la règle sociétale est glissante, sa sanction est également et naturellement fugace. Plus que sur la sanction proprement dite, la RSE compte sur la pression psychologique et économique, à travers le boycottage dont les effets sont « redoutables[1003]. Et l'on peut se demander dès lors s'il a une véritable différence à cet égard entre la simple recommandation et la décision proprement dite : une recommandation exécutée sous la pression psychologique et économique n'est, après tout, pas tellement éloignée d'une véritable décision. Toutefois, sans préjuger de la réaction des juges, on estime qu'ils pourraient toujours sans doute se placer sur le terrain du droit des obligations ou de la matière pénale. Il suffira que les faits portent sur certaines matières, droit des salariés, de l'environnement, etc., pour que soit déclenché le jeu des règles légales. De ce point de vue, il est vrai que des sanctions juridiques sont concevables. Cela permet de dire que les différentes obligations juridiques peuvent constituer des sources effectives de responsabilité pour le dirigeant.

1002 On notera que le juge ne peut toutefois pas s'auto saisir d'office, cela à juste titre dans la mesure elle ne dispose pas *a priori* d'information sur la situation de crise de la société. Il s'agit d'un espace privé soumis également à une diversité de règles qui organisent sa gouvernance, son fonctionnement et donc le jeu des parties prenantes.

1003 P. REUTER, Le droit économique international, Cours Institut des Hautes Études Internationales, 1952-53, p.26. Inédit.

CONCLUSION DU CHAPITRE-II. TITRE II.

Loin d'être un inventaire de toutes les questions induites par la RSE, les modalités de mise en œuvre, de mises en exergue dans ce chapitre ont trait aux principales problématiques juridiques contemporaines liées à la RSE. La mise en œuvre de la responsabilité pour des atteintes à l'environnement pose le plus de problème. Elle implique la poursuite des omissions ou agissements contraire à la responsabilité sociétale de la société commerciale, imputable personnellement au dirigeant et aux préposés, l'appréciation des mesures de prévention des infractions et aussi la prise en compte des hypothèses d'impossible identification à l'avance de la nature des dommages. L'enjeu se situe de plus en plus au niveau du rôle du dirigeant dans « l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économique acceptable ». La difficulté réside dans la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant dès lors que ce dernier n'arrive pas à satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, ou encore aller au-delà et n'investit pas « davantage » dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes[1004]. Il n'existe pas à proprement parler de responsabilité du dirigeant pour violation de la RSE faisant émerger des règles répressives substantielles ou processuelles spécifiques à l'activité des sociétés commerciales qui organiseraient la sanction du dirigeant ayant commis une faute ou une infraction à l'occasion de l'exercice de sa fonction ou mandat.

Ce constat permet de se demander si cette absence de fautes ou d'incriminations « sociétales » spécifiques exprime l'absence d'une volonté répressive ou si en définitive les dispositions générales actuelles suffisent à organiser l'amplitude et la qualité de la répression en cas d'écarts du dirigeant. Les divers mécanismes de mise en jeu de droit commun de la responsabilité juridique apparaissent comme une réponse partielle aux problématiques induites par la mise en œuvre des activités des entreprises qui échappent aujourd'hui sur certains aspects à tout contrôle étatique. Le dirigeant reste soumis au droit interne, les pays membres de l'OHADA n'ayant pas prévu des régimes juridiques particuliers à la RSE. Ainsi pour que la responsabilité pénale du dirigeant puisse être retenue, il faudra que sa culpabilité soit démontrée et qu'il puisse être reconnu comme auteur responsable au titre de l'imputabilité. Ce chapitre a donc mis en exergue les difficultés ou contraintes de procédure à une mise en œuvre de la responsabilité, malgré les

[1004] Définition de la RSE proposée par la Commission de l'Union européenne, « promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », Livre vert, juillet 2001.

évolutions notées en termes de « judiciarisation » des aspects volontaires qui vont « au-delà » des obligations juridiques *stricto sensu*.

Ces aspects seraient de plus en plus soumis à un mode d'évaluation de ses pratiques par la justice, bien qu'aucunes statistiques officielles ne permettent de corroborer l'ampleur du phénomène. Ces questions interrogent les États sur la mise en place de condition d'accès à des voies de recours judiciaires et non judiciaires pour les victimes d'atteintes commises par les entreprises. En somme, malgré l'incompréhension que les tentatives de mise en œuvre de la responsabilité ont suscitée et sur fond de frustration judiciaire, toutes les questions soulevées sont ou peuvent devenir des sources de régulation des conduites du dirigeant.

CONCLUSION TITRE 2. PREMIÈRE PARTIE

263. Il serait illusoire de ne considérer la responsabilité du dirigeant que sous l'angle défini par le Législateur OHADA. Il n'est donc pas surprenant que l'analyse de la tension RSE/statut du dirigeant ait mis en lumière de manière relativement nette une tendance à une extension du cadre normatif du fondement de la responsabilité des dirigeants. Cette tendance s'observe particulièrement venir l'adoption d'une diversité de normes sociales (normes juridiques- légales et conventionnelles- et normes éthiques), coexistant avec les normes techniques (ISO et autres) qui contribuent à l'aggravation subséquente du régime de responsabilité des dirigeants. Tout se passe comme si la condamnation à elle seule cristallisait l'unique réponse possible. Seulement, nous avons énoncé toute la difficulté rencontrée pour toute entreprise de mise en œuvre du paradigme de la responsabilité-sanction de la faute, civile ou pénale[1005]. La sanction est « la peine ou la récompense qu'une loi porte, décerne pour assurer son exécution »[1006]. Le système de réparation consacré par l'OHADA se caractérise par une certaine rigidité. Il n'offre pas une réponse adaptative au changement en cours en matière de responsabilité, dans d'autres espaces d'intégration juridique et économique. L'enjeu se pose maintenant en termes de mise en œuvre efficace de la « responsabilité-couverture du risque qui, indépendamment de l'hypothèse de la faute, vise à dédommager la victime du préjudice »[1007], mais de la responsabilité prévention qui est, suivant l'expression de M. OST, « au fondement de quelques-unes des solutions les plus originales du droit de l'environnement ».[1008]Il est ainsi noté une certaine flexibilité dans l'appréciation du dommage, sa temporalité, ses dommages à venir -, une extension du champ subjectif des victimes ou titulaire de l'action en responsabilité - victimes futures, victimes non humaines, victimes diffus- et la plasticité dans la détermination de la notion de faute, appelant de manière pertinente à l'extension du champ subjectif de la responsabilité et la reconnaissance de nouveaux acteurs du dommage, en conformité avec le statut du dirigeant-acteurs non humains-personnes morales.

1005 F. OST, la responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement. Droit et société 30/31-1995, p.281
1006 P.-E.LITTRE, Dictionnaire de la langue française (dir) à partir des contributions de J.Baudeneau, C.Bégué, Paris, Encyclopedia Universalis. Voir sanction (sens 3)
1007 F. OST, la responsabilité, fil d'ariane du droit de l'environnement. Droit et société 30/31-1995, p. 281
1008 *Ibid.*

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Le système de gouvernance des entreprises situées dans l'espace OHADA qui définit le statut juridique du dirigeant social ne semble en l'état actuel à même de proposer des règles et des cadres institutionnels opérationnels permettant d'avancer sur les pistes d'une gouvernance sociétale des sociétés commerciales résultat de l'interaction de toutes les parties prenantes. En réalité, cette gouvernance est en train de se constituer mais en dehors de tout cadre institutionnel « normal », d'où la nécessité d'une vision intégrée du statut du dirigeant, de la fonction managériale, ou de l'entreprise que les dirigeants ont à gérer. L'enjeu sera notamment systémique avec précisément l'exigence d'une interprétation du droit des sociétés comme un moyen pour autoriser l'engagement de multiples parties dans l'entreprise. M. Vinogradoff note à ce titre que « la vie des groupes a deux facettes : une teneur sociale qui est réelle et qui produit l'union, et la forme légale qui doit être arrangée artificiellement par l'État dans l'objectif de sauvegarder les intérêts privés et les intérêts publics »[1009]. En ce sens, la société doit être conçue une entité véritablement sociétale distincte reconnue par le droit et non une entité légale socialisée : « plusieurs personnes s'associent d'elles-mêmes et se conforment à certaines formes prescrites par le droit, et le résultat est quelque chose ayant une identité et une existence entièrement indépendante de ces personnes, et avec des droits, des pouvoirs et des devoirs à part »[1010]. Or, à ce stade ce n'est pas le cas. Par ailleurs, si notre analyse concerne les processus d'appropriation de la RSE par la société commerciale soumise au droit OHADA, les analyses antérieures ont fini de mettre en exergue le fait qu'une implication légitime du dirigeant n'est pas évidente, parce qu'aucune obligation d'agir en ce sens n'est abordée directement, ni promue par le législateur. On pourrait la déduire des principes normatifs du statut du dirigeant à identifier, qui concernent et expliquent les décisions de la société en faveur de la prise en compte des intérêts des parties prenantes. Ces principes normatifs ont la particularité de ne pas décrire l'objet ou une forme de connaissance point de vue ontologique, relevant de la philosophie, ni un axiome ou un système de règles construit par la raison du point de vue logique, relevant de la science du droit, mais des normes juridiques édictant un devoir – être si l'on tient compte du point de vue normatif, relevant seul du droit.

1009 P.Vinogradoff, « Juridical Persons », Colombia law review , vol. 24, n° 6, 1924, p. 604
1010 Raymond, Raymond R. L., "The Genesis of the Corporation", Harvard law review , vol. 19, n° 5, p. 350-365. 1906, p. 350

PARTIE II-

LA RSE, INSTRUMENT DE RENFORCEMENT DE LA SOCIALISATION DU STATUT DU DIRIGEANT SOCIAL

264. Le Législateur OHADA s'est inscrit dans une dynamique tendant à dire que le dirigeant a, d'un point de vue économique, l'obligation de maximiser le profit, avec le prétexte des exigences qu'il fait naître, tous les mécanismes destinés à consolider la relation d'agence, de soumission vis-à-vis des associés. On doit pouvoir basculer avec les exigences actuelles de RSE vers un système d'administration, de gestion et de direction des sociétés commerciales beaucoup plus sociétale qui prendrait en compte l'ensemble des préoccupations des parties prenantes. Elles permettent de renforcer le processus de développement des entreprises soumises au droit OHADA. Le statut est au confluant de plusieurs intérêts qui appellent avant tout à reconnaître cette réalité mal décrite, invisible en droit des sociétés, et que crée le management. Ce qui est en jeu, c'est donc la définition du périmètre, voire de la fonction de l'entreprise. Cette perspective devrait interpeller le Législateur sur la nécessité d'une requalification du statut de dirigeant social en dirigeant sociétal[1011], du moins la consolidation de la dimension sociale de ses fonctions respectueuses de la responsabilité sociale de la société commerciale.[1012]Nous l'employons en effet dès lors que nous marquons une préoccupation majeure de protection des intérêts[1013] de toutes les parties prenantes -internes et externes- en face d'éventuelles

1011 Il ne s'agit toutefois pas d'une suppression du « capitalisme », la tendance au gain en tant que principe d'organisation de l'échange, mais une atténuation de la propriété privée des entreprises, qu'il ne s'agit pas d'abolir. Personne ne pourra contester que l'inégalité des conditions qui en résulte n'ait un caractère irritant, qu'il créer des frustrations, des conflits sociaux difficile, une menace pour la pérennité de la société commerciale. N'est-il pas possible de remédier à ces abus manifestes sans supprimer le capital et l'entreprise privée ? C'est ce que nous étudierons notamment dans le cadre de cette partie.

1012 Il y aurait, dans l'usage de ce mot, un inconvénient sérieux, c'est de lui donner une signification qu'il n'a pas reçue, jusqu'ici, dans le langage du Législateur. Et pourtant, cette perspective d'appréhension du statut est conforme à ses fonctions. Elle permet un élargissement du statut du dirigeant social qui est à la fois un agent socialisé (pour les aspects relatifs à sa qualité de mandataire social) et un acteur de la socialisation des activités de la société commerciale. Ainsi, au vu des facteurs de son émergence en droit et au-delà, on peut constater que la fonction de la notion de « sociétale » se fait principalement défensive.

1013 La socialisation de ce point de vu, peut être saisie comme la forme qui se réalise d'innombrables manières différentes et dans laquelle les individus à cause de leurs intérêts - sensuels ou idéaux- momentanés ou durables conscients ou inconscients poussés causalement ou tirés téléologiquement deviennent une unité

atteintes découlant de la protection des intérêts des associés[1014]. Il s'agira pour lui d'être plus en cohérence avec la véritable identité du dirigeant quitte à remettre en cause toute perspective de priorisation des formes de socialisation de ses fonctions. Ce processus de promotion de la RSE ne cesse d'éroder les modes actuels de fonctionnement des sociétés commerciales, comme la culture d'entreprise, etc. En effet, s'interroger sur les moyens de rendre l'entreprise socialement responsable ouvre le débat aux différentes modalités de régulation envisageables. Cela revient à définir des cadres de gouvernance d'entreprise pertinents[1015], appuyer les initiatives des organes de gestion, de direction et de contrôle pour les amener à être les moteurs de leurs propres initiatives, et enfin valoriser la fonction de direction des dirigeants. Dès lors la conception du statut du dirigeant proposée respecte le principe de cohérence à un double niveau : cohérence intrinsèque à chaque corps de textes OHADA mais aussi cohérence externe en tenant compte de la nécessaire articulation avec les autres textes applicables relatifs à l'environnement, au droit social, etc. En ce sens, l'élaboration d'un statut juridique sociétal pertinent, à la mesure de la vision que renferme le « RSE » devrait se traduire par un environnement légal qui soit, prévisible, protecteur[1016], sécurisé : en termes de réalisation de la meilleure adéquation entre les impératifs de sécurité juridique et les impératifs de préservation des intérêts des parties prenantes et intégrateurs. Se pose alors la question de l'exigence d'une réception cohérente des principes sociétaux dans les règles définissant les obligations et responsabilités du dirigeant sociétal **(TITRE I).** C'est également par une démarche méthodique que la mise en œuvre des fonctions du dirigeant sociétal pourra déboucher sur un dispositif normatif et institutionnel respectant les impératifs suivant à savoir la pertinence et la cohérence. Le statut du dirigeant ne sera pertinent d'un point de vue juridique, technique, économique, socioculturel que s'il répond aux besoins de sécurité, d'efficacité et de légitimité. Il s'agit d'un statut instrumentalisé au service d'une stratégie de construction des mécanismes

---

intérieure de laquelle ces intérêts se réalisent, Voir. G. SIMMEL, La sociabilité, Sociologie et épistémologie, op. cit. p.122

1014 Son statut sociétal fait cohabiter les formes de socialisation établies par le droit OHADA au profit de la société et des associés et les formes de socialisation nouvelles qui viendront les remplacer, du moins les compléter.

1015 Evaluer les lieux sociétaux dans lesquels le dirigeant exerce sa fonction revient à interroger leur pertinence par rapport aux enjeux qui déterminent les évolutions économiques, sociales et environnementales de l'objet social. Il importe aussi d'évaluer leur cohérence en rapport avec l'ambigüité du statut du dirigeant quant à la source de l'obligation, son agir, le profil des parties prenantes avec lesquelles il interagit.

1016 En termes de préservation et de conciliation des intérêts souvent divergents de tous les acteurs impliqués dans la mise en œuvre des affaires sociales par le dirigeant. Cette perspective prend en charge la question de savoir si les textes applicables sont contenus dans le périmètre défini par les enjeux sociétaux de la gouvernance d'entreprise.

viables de gouvernance d'entreprise, mais aussi de prise en charge de la responsabilité sociétale de la société commerciale. La conception du statut sociétal du dirigeant doit tenir compte des lignes directrices de la responsabilité sociétale qui permettent d'identifier les parties prenantes et de définir le positionnement dans la société commerciale. Il s'agira alors d'interroger la portée du processus de sociétalisation du statut du dirigeant sociétal (**TITRE II).**

TITRE -I. LA RECONNAISSANCE D'UN STATUT SOCIÉTAL AU DIRIGEANT DE SOCIÉTÉ COMMERCIALE

265. Le droit des sociétés commerciales ne semble pas prendre en charge, totalement la question des comportements des acteurs, en dehors du rapport dirigeant et associés[1017] alors même que les attentes placées en eux et leurs engagements effectifs sont largement influencés par le contexte de sous-développement dans lequel ils se trouvent. La plupart des théories ne s'intéressent pas aux principes qui sous-tendent les actions du dirigeant. Ces principes constituent pourtant l'essence même de la fonction de direction, sa substance intime et profonde. À la lecture des Actes uniformes on a l'impression que le droit est redevenu cet instrument technique qui se veut neutre avec une certaine mise à l'écart des principes généraux. Le droit positif, technique et semble-t-il amoral, prétend régler les rapports entre les hommes et ceux-ci s'en contentent et réclament plus de lois[1018], alors que le progrès du droit ne se reconnaît certainement pas dans l'abondance des lois, mais dans la suprématie des forces morales[1019]. Parfois, il peut y avoir superposition entre réponses législatives et réponses sociétales. Il peut s'agir alors de perturbations temporaires du système, soit de rejet ou d'indifférence des parties prenantes vis-à-vis des règles législatives. Elles ont tendance à récuser les balises du droit. Elles lui substituent les faits sociaux tels que les normes, la déviance[1020] et les mécanismes du contrôle social[1021]. À ce propos, on avance même que la manière dont certains principes de responsabilité sociétale sont énoncés n'est pas de nature à en faciliter l'exécution. Il est donc nécessaire que le

1017 Ce droit sous le prisme des principes de hiérarchisation et de spécialisation tend à faire coexister, en harmonie au mieux, deux catégories d'acteurs : les associés ou actionnaires, apporteurs de capitaux et véritables maîtres de l'affaire sociale qui est destinée à leur procurer du profit et ceux qui sont « mandatés » par eux, les dirigeants sociaux qui, même s'ils sont associés ou actionnaires eux-mêmes doivent être considérés comme devant gérer au mieux de l'intérêt social.

1018 Il faut donner plus de lois à la jungle des affaires, voir A. ETCHEGOYEN, La valse des éthiques. Paris : F. Bourin, 1991, p.118 : il faut donner plus de lois à la jungle des affaires.

1019 RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, n°73, p.183.

1020 La déviance désigne un état plus diffus de non-conformité avec les normes du groupe.

1021 M. DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 1983,321p.

législateur précise dans la définition des règles de gouvernance d'entreprise respectueuses de la responsabilité sociétale ce que le dirigeant « doit tenir pour dit »[1022], sous peine de voir son régime devenir incohérent et ingérable à certains égards[1023]. Elles impactent considérablement sur le statut du dirigeant, c'est-à-dire sa qualité juridique, sa condition et la sécurité de ses interlocuteurs. Ainsi, dans la mesure où les actions obligatoires du dirigeant sont multiples et de nature diverse et qu'il serait impossible de les citer toutes, il ressortira de nos analyses que, pour être acceptable, elles doivent être cohérentes à tout point de vue[1024]. Il importe ainsi d'évaluer cette cohérence en rapport aux différents objectifs assignés à la société commerciale et surtout essentiellement par rapport au profil du dirigeant à dresser son insertion dans un système[1025]de gouvernance performant et son aptitude à développer des interactions avec les autres parties prenantes[1026]. L'utilisation de l'approche systémique est requise, fondée sur de nouvelles représentations de la réalité de la fonction de direction prenant en compte l'instabilité, l'ouverture, la fluctuation, désordre, le flou, la créativité, la contradiction, l'ambiguïté, le paradoxe. L'approche systémique proposée repose sur l'appréhension concrète d'un certain nombre de concepts tels que l'interaction[1027], la régulation, l'organisation, la finalité, vision globale, évolution, etc. Elle permet ainsi d'agir sur la complexité de la fonction qui ne peut être abordée de façon réductionniste. Elle pose des problèmes de limites, de relations internes et externes, de mise en cohérence des règles juridiques, interprétations, principes, et la volonté des

1022 Christophe GUETTIER, « Modulation dans le temps des effets d'une modulations, CE Ass.11 mai 2004, Ass.AC ! et autres », RDP, op.cit., p.541

1023 Il ne s'agira pas toutefois pour lui de fixer toutes les obligations d'agir déterminées, empreintes par conséquent d'une certaine automaticité, en raison du fait que cela diminuerait sensiblement le pouvoir d'appréciation du dirigeant.

1024 Elles doivent satisfaire aux exigences de validité interne et d'autre part aux exigences de validité externe, c'est-à-dire qu'elles doivent être adéquates à la réalité.

1025 Plusieurs définitions peuvent en être données et nous retiendrons dans le cadre de ce travail celle « large » de Jacques LESOURNE qui considère qu'« u*n système est un ensemble d'éléments en interaction dynamique », et* la définition dite « étroite » donnée par Joël de Rosnay pour qui « *un système est un ensemble d'éléments en interaction dynamique, organisé en fonction d'un but ». V.* DE ROSNAY, Le macroscope, Seuil, 1975

1026 Cette partie suggère une méthode d'analyse systémique du statut sociétal du dirigeant. La fonction de direction du dirigeant est un constituant du système de gouvernance des sociétés commerciales, le dirigeant lui-même devant être considéré comme un acteur du système de gouvernance dont le bon fonctionnement repose sur l'équilibre entre les acteurs, beaucoup plus que sur leur opposition. Le système, notion centrale dans cette étude du statut du dirigeant, peut être défini de plusieurs manières. Un auteur le décrit comme « une totalité organisée, faite d'éléments solidaires ne pouvant être définis que les uns par rapport aux autres, en fonction de leur place dans cette totalité ».

1027 On distingue deux catégories d'interactions : les relations internes à l'entreprise, les relations externes (Entreprise - environnement) ; son état, c'est-à-dire l'ensemble des valeurs prises à une date donnée par les éléments qui le composent (la culture d'entreprise est la valeur de référence du système entreprise).

parties. Il convient alors d'analyser les déterminants (**chapitre I)** de la socialisation du statut du dirigeant avant de mettre en lumière les processus de détermination **(chapitre II)** du statut du dirigeant sociétal.

CHAPITRE- I. LA PLURALITE DES DÉTERMINANTS DU STATUT SOCIÉTAL DU DIRIGEANT DE SOCIÉTÉ COMMERCIALE

266. Ce chapitre rend plus visible le jeu des forces[1028], juridiques, techniques, éthiques, etc., qui détermine ou bloque les mouvements de socialisation du statut du dirigeant sociétal et qui l'inscrive dans une perspective de soumission/domination ou d'une autonomie « reliant ». Cela suppose que soient recherchées des définitions adaptées qui apportent à la fonction une amélioration en termes de sécurité[1029], de finalité élargie et non un bouleversement. Il s'agit d'un statut sociétal, à consacrer, qui se doit d'être transversal, carrefour qui met en cause plusieurs normes, au-delà du droit des sociétés commerciales. En plus d'une dimension juridique, il doit s'enrichir de dimensions éthiques et contextuelles. Les déterminants peuvent être saisis à partir de deux niveaux d'analyse, à savoir l'émergence d'un statut sociétal de compromis enserrée dans un système de gouvernance d'entreprise cohérent[1030] et adapté aux contextes économiques, sociaux et environnementaux (section I) et la recherche, spécifiquement la reconnaissance des points de convergence entre les différentes réponses sociétales proposées et qui influent sur la

1028 Ces déterminants donnent à vérifier l'intérêt de la mise en œuvre concrète de la RSE dans les activités sociales exercées au profit de la société. La survie de la société commerciale est fonction de sa capacité à s'adapter. Il est inconvenable de se préparer en permanence à réagir aux pressions et exigences des parties prenantes de la vie de la société commerciale.

1029 Le système proposé par l'OHADA est essentiellement axé sur le cadre légal statutaire. Il offre une certaine stabilité et pallie les disparités antérieurement constatées et qui résultaient de la dissemblance des environnements légaux et réglementaires des entreprises. Ils affectaient plus ou moins la forte concentration de la répartition des capitaux propres entre les mains des actionnaires. Le dirigeant cherche à cet effet, à maximiser le profit de la société commerciale et utilise à cette fin toutes les imperfections des marchés, que ce soit : pour les marchandises, les écarts de couts de productions, les écarts de technologies, la main d'œuvre et les salaires, etc. Ces processus font peu de place à la gouvernance sociale de la société commerciale, aux autres objectifs qu'elle peut s'être fixée en dehors de la maximisation du profit.

1030 Le statut sociétal du dirigeant comporte en ce sens en lui-même la notion d'interdépendance : en tant que concept de « gouvernance » d'une part, et en tant qu'éthique impliquant une mise en dynamique des valeurs sociétales. Il en résulte une recherche de cohérence de l'acte d'autorité du dirigeant dans ses rapports avec les autres parties prenantes, notamment les associés, les salariés, dans le cadre des relations sociales, et avec son environnement.

perception du rôle des protagonistes, principalement des dirigeants[1031] de société commerciale (section II).

SECTION-I. D'un statut essentiellement légal à enserrer dans un système de gouvernance d'entreprise ….

267. La définition du statut du dirigeant est d'abord une question juridique qui fournit une orientation de fond aux différentes fonctions du dirigeant. Toutefois, à quelque échelle que ce soit, il y a régulation donc à la fois production de règles ou de normes et ajustements réciproques de toutes les parties prenantes, sans exclusive. C'est donc ce double processus qui sera saisi à savoir la consécration d'une structure de gouvernement d'entreprise conforme aux principes de gouvernance sociétale (§1) qui permette une modélisation d'un statut sociétal légal renforcé du dirigeant de société commerciale (§2).

§-1. L'opportunité d'une structure de gouvernement sociétal d'entreprise…

268. L'hypothèse est que l'ensemble des phénomènes sociétaux complexes qui impactent sur les décisions et actions du dirigeant peut être ramené à la question de la gouvernance d'entreprise[1032]. Leur appropriation par le Législateur pourrait constituer, sans doute, l'ultime enjeu du changement de système de gouvernance[1033] des sociétés commerciales. Ce système doit être structurant dans le sens de moins de hiérarchie, la réaffirmation du principe de spécialisation des pouvoirs[1034] et un contrôle renforcé pour l'atteinte des objectifs et la pérennisation des activités sociales. Il va sans dire que le Législateur devra prendre la mesure de la complexité de la gouvernance d'entreprise (A) et le développement d'une culture du management et de gestion des libertés dans la société commerciale (B).

A. L'enjeu de la complexité de la gouvernance d'entreprise soumise à l'OHADA

1031 Cette conception du statut du dirigeant n'est pas négative. Elle s'élargie aujourd'hui en vue d'assurer la satisfaction des besoins collectifs des parties prenantes et la protection de l'intérêt social, ce qui implique un aménagement harmonieux des fonctions et pouvoirs du dirigeant.

1032 Elle intéresse l'organisation, la séparation et l'équilibre des pouvoirs au sein des sociétés et donc leur gouvernance. Ce n'est pas seulement le statut du dirigeant, appréhendé de manière structurelle qui est mise en cause dans ses équilibres fondamentaux, mais la totalité du système de gouvernance d'entreprise dans tous ces aspects. Et parce que la totalité du système de gouvernance se trouve concerné, les moyens employés jusque-là pour sa protection sont à repenser.

1033 Gouverner vient du latin *gubernare* qui signifie diriger. Aussi, est-il permis de se demander qui dirige réellement la société commerciale ? Les actionnaires ou les dirigeants ? Ainsi, même si le titulaire est identifié il faudra voir quel équilibre à trouver entre les différentes instances ou acteurs impliqués ?

1034 M. DIOUF, L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales. THESE. 2007 Cheikh Anta Diop, p.156

269. Les pouvoirs du dirigeant touchent un domaine qui met en présence des forces opposées dont l'importance a subi de profondes transformations et s'est considérablement complexifiée. En l'occurrence, l'analyse des mécanismes de gouvernance est un enjeu de première importance. Elle mette en relief quelques « nœuds » qui se manifestent à travers le risque de gouvernance sans les parties prenantes (1), gouvernance qui nécessite une négociation et une définition de la qualité d'être au monde des affaires (2).

1. Le risque d'une gouvernance d'entreprise sans les parties prenantes

270. Si l'on définit la gouvernance comme l'ensemble des régulations qui permettent à une société commerciale de se développer durablement et de garantir sa pérennité à long terme, la question des acteurs et des jeux d'acteurs ne peut être que centrale. Ce sont les acteurs qui construisent la société commerciale et non l'inverse et cette société commerciale est le produit de l'engagement variable d'un ensemble d'acteurs qui occupent des positions différentes. Elle est centrale dans la mesure où elle structure la gouvernance d'entreprise comme le produit des régulations qui prennent leurs sources tant du côté de l'encadrement et de la direction, que du côté des subordonnés ou des exécutants et autres parties prenantes. Cette gouvernance s'enracine dans les réalités et les pratiques des sociétés commerciales et donc structure la responsabilité du dirigeant de ces sociétés. En effet, appliquée à la responsabilité du dirigeant, celle-ci, c'est-à-dire « *l'obligation de répondre (…) de certains actes, d'être garant de certains actes* »[1035] signifie que ce dirigeant investi d'un mandat social lui conférant la qualité d'organe social est tenu de rendre compte de ses actes d'autorité (de direction, de gestion ou d'administration) et d'en assumer les conséquences. Il est intéressant à ce propos de noter que cette responsabilité a la particularité de n'être saisie, vis-à-vis des tiers, parties prenantes que par le biais de la responsabilité civile. L'acte d'autorité (de gestion, de direction ou d'administration) ne peut, en principe, être contesté par le biais du recours pour abus d'autorité, qui n'est pas consacré par l'OHADA, alors que l'acte de gestion peut l'être par un recours en réparation. Seule cette perspective est véritablement saisie par le Législateur. Le droit OHADA est resté une technique d'organisation[1036] de la société et non de l'entreprise qui intègre la dimension « interdépendance » entre toutes les parties prenantes. Pourtant, il suffit d'évoquer les principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE de 2004 pour se rendre

1035 Sur la Notion de responsabilité, « responsabilité » in http://www.littre.org/definition/responsabilité

1036 Voir ce propos, J. PAILLUSSEAU, qui estime que Le droit est aussi une science d'organisation – et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques : RTD com. 1989, p. 1. – V

compte[1037] des interdépendances des parties prenantes. Le principe IV énonce qu'un « *(...) régime de gouvernement d'entreprise doit reconnaître les droits des différentes parties prenantes à la vie d'une société (...), et encourager une coopération active entre les sociétés et les différentes parties prenantes pour créer de la richesse et des emplois et assurer la pérennité des entreprises financièrement saines* ». Pour François Ost[1038], « raisonner en termes d'acteurs, de rôles et de jeux c'est postuler que les conduites ne sont ni totalement aléatoires, ni totalement programmées ; c'est admettre aussi que les systèmes qui en ordonnent le cours ne relèvent pas nécessairement d'une simple logique mathématique, fut-elle probabiliste comme dans la théorie des jeux »[1039]. Cette analyse est d'autant plus intéressante qu'elle insiste sur le relatif déterminisme des règles juridiques du jeu des affaires, « l'incertitude et la certitude » qui caractérisent son environnement, ses affaires, et surtout son agir. Son agir n'est pas prédéterminé. Tout au plus il est ouvert pour permettre la libre expression de l'initiative économique et le développement des échanges.

271. Étymologiquement, le mot gouvernance trouve son origine dans la langue française, au XIIIe siècle[1040] et plus particulièrement du grec *kubernân* (piloter un navire ou un char). La gouvernance fut utilisée pour la première fois de façon métaphorique par Platon pour désigner le fait de gouverner les hommes[1041]. Il a donné naissance au verbe latin *gubernare*, qui revêtait les mêmes significations et qui, par le biais de ses dérivés, dont *gubernantia*, a lui-même engendré de nombreux termes dans plusieurs langues[1042] qui ont cours dans l'espace OHADA, avec en français : gouverner, gouvernement, *gouvernance*, etc., en Anglais : govern, government, *governance*, etc., en espagnol : gobernar, gobierno, *gobernanza*, etc., et portugais : *governare, governo, governamento*, etc. De sorte que dans

---

1037 OCDE, « Principes de gouvernement d'entreprise », 2004

1038 Pour une théorie ludique du droit. 1ere partie de l'Art. signé par François OST et M. Van de Kerckove sous le titre « les rôles du judiciaire et le jeu du droit » paru dans Acteurs social et délinquance. Hommage à Christian Debuyst, Liège-Bruxelles, 1990, pp.271-293.

1039 Cf. l'ouvrage fondateur de cette théorie : J. Von Neumann et O.Morgenstern, *Theorie of games and Economic Behavior,* new York, 1964 (1ere édition 1944). Pour une critique des présupposés philosophiques de cette perspectives, cf.M.Plon, *La théorie des jeux: une politique imaginaire,* Paris, 1976.

1040 UQAM, les nouveaux modes de gouvernance et la place de la société civile, Chaire de recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie - Montréal, 16 mars 2004. p.2 www.chaire-mcd.ca/ consulté le 22 janvier 2006.

1041 Manuel de Oliveira Barata, Etymologie du terme « gouvernance », service de la traduction de l'Union Européenne, s.l.n.d http://ec.europa.eu/governance/docs/doc5_en.pdf consulté en décembre 2005.

1042 C'est au XIVème siècle que la gouvernance est passée dans la langue anglaise, donnant naissance au terme de governance (action ou manière de gouverner). Le portugais *governança* dérive également du mot français et a revêtu des acceptions très similaires dans les sphères politico administrative et domestique. L'espagnol *gobernanza* (forme archaïque : governança) daterait à peu près de la même époque, mais il aurait surtout été employé au sens de gouvernement.

ce cadre, il peut être étonnant de parler de gouvernance tout en posant la perspective d'une absence des parties prenantes qui sont censées porter cette gouvernance. Acteurs ou sujet, toute partie prenante est « contraints à participer à la gouvernance d'entreprise », que ce soit comme sujet (subissant) ou acteur (agissant) des jeux de pouvoirs et de contrôle. Sans acteurs occupants et créant les espaces d'échange, de production, la gouvernance est vouée à la dictature des plus puissants et au totalitarisme des procédures, etc. La gouvernance a besoin d'acteurs. Il s'agira pour la société commerciale de promouvoir un système de gouvernance qui associe[1043] des mécanismes[1044] juridiques imposés, des mécanismes spontanés liés au marché et des mécanismes intentionnels associés à la hiérarchie[1045]. Une attention particulière devra être portée aux contrats qui unissent la société aux parties prenantes. Ils sont éminemment sociaux. M. SAVATIER[1046] considère à ce propos que comme les contrats sont des émissions de volontés, toute une partie de la conduite du dirigeant qui exerce des fonctions de direction et de gestion consistera notamment à les susciter et à les promouvoir. Elles constituent l'activité économique. Le social ne doit être vu simplement comme un sous-produit de décisions économiques, de décisions financières mais doit devenir un élément de la stratégie parce qu'une entreprise est un magma de capitaux, de techniques, de produits, un système d'organisation, mais c'est d'abord des hommes et des femmes qui ont des attentes en matière de salaire, de formation, de conditions de travail. Donc, il faut intégrer ces éléments de façon à ce que les gens se sentent impliqués dans la stratégie de l'entreprise et soient motivés. Alors, ce qu'il faut en matière de gouvernance d'entreprise c'est de faire en sorte que le social soit un élément de la stratégie et que les représentants du personnel puissent intervenir sur ces éléments stratégiques[1047]. En l'occurrence, l'intervention du droit, qui entend ainsi imprimer une

1043 O.E. WILLIAMSON, « Comparative Economic Organization, The Analysis of discrete structural alternatives », Administrative Science Quarterly, N°36, 1991, p.269-296.

1044 En utilisant le terme « mécanisme » soulignons principalement un point de vue fonctionnel et résolument dynamique qu'on pourrait sommairement saisir par la question générique « comment cela marche ?

1045 Les mécanismes spontanés jouent à l'intérieur de l'espace discrétionnaire laissé par les mécanismes intentionnels. Inversement certains mécanismes intentionnels sont issus, après formalisation, des mécanismes spontanés. Il pourra aussi s'appuyer sur une vision dualiste avec une priorité donnée à la défense et à la protection des intérêts des propriétaires, sans toutefois exclure les intérêts des salariés et des autres parties prenantes.

1046 R. SAVATIER, La théorie des obligations, vision juridique et économique. 1967 ; Précis Dalloz. p.138

1047 Car la tendance aujourd'hui dans les entreprises c'est de prendre les représentants du personnel comme les « brancardiers » du système qu'on instrumentalise pour accompagner les mesures liées aux décisions prises pour une espèce d'avant-garde éclairé économique et financière. Et c'est cela qu'il faut modifier et permettre notamment aux représentants du personnel d'intervenir en amont des choix stratégiques.

« bonne gouvernance », a l'avantage de proposer des modèles de gouvernance à prétention universelle pour éviter des initiatives individuelles reposant sur une morale[1048] peut constituer des modèles très instables dans la réalité actuelle[1049]. Elle a aussi l'avantage de définir la qualité d'être au monde des affaires.

2. L'essai de définition de la qualité d'être au monde des affaires

272. La gouvernance d'entreprise n'est pas un fait nouveau, une manière neuve de concevoir et gérer l'action sociale de la société commerciale, mais elle nécessite un regard nouveau sur une réalité préexistante et les pratiques sociales de gestion. Le système de gouvernance d'entreprise définit par l'OHADA doit procéder en dernier ressort d'une gouvernance sociétale, ayant une base contractuelle fondée sur des principes éthiques. Cette gouvernance sociétale qui est promue induit un changement de regard sur les objectifs poursuivis, les principes éthiques qui doivent guider l'action et les règles de coopération entre parties prenantes. Elle appelle une redéfinition de la responsabilité de la société commerciale. Son premier devoir est en principe un devoir de conformité aux règles établies, aux décisions collectives prises par les instances sociales. Au point que sa responsabilité, civile ou pénale, n'est engagée que dans la mesure où il n'a pas « respecté les règles », il a commis une faute. Dans ce contexte, il est tout naturel que, bouleversée dans son cadre traditionnel d'existence environnemental, privée de ses moyens de protection habituels et confrontée à des problèmes qui souvent la dépasse, la partie prenante cherche à assurer, souvent en vain, une plus grande sécurité, réclame de nouvelles protections et le respect de principes de « bonne gouvernance » qui sont exprimés en termes d'accès à l'information, de devoir des dirigeants de rendre compte afin qu'elle ait prise sur les décisions qui la concernent directement. En ce sens, le Législateur OHADA doit proposer des principes directeurs de conduite communs malgré des différences innombrables de contexte culturel, social, politique, historique, économique et écologique. Ces principes communs seront sous-tendus par des valeurs et portés par un cadre juridique et institutionnel qui peut impacter sur les représentations que se font les acteurs et, en aval, sur la pratique réelle des organes sociaux. Ces principes qui traduisent l'unité et la diversité des solutions « spécifiques » doivent respecter les interdépendances des parties prenantes à

1048 La morale faisant référence à des « usages », sa portée est donc contextuelle et limitée.

1049 Ils proposent des modèles de gouvernance susceptibles d'engendrer soit des conflits plus ou moins ouverts et explicites entravant l'élaboration de régulations communes pacifiques, soit des phénomènes de domination contraires au principe de diversité. Ils peuvent même menacer la vie de la société commerciale. La grève en est un exemple, le contrat de travail y cesse d'être exécuté. La faillite de la société en est un autre ; elle aussi peut résulter de l'inexécution des contrats.

la vie des sociétés commerciales. Toute la vie de l'entreprise repose sur les contrats que les organes passeront avec les fournisseurs et ses clients. Chacun des engagements ainsi échangés engendrera des créances. C'est par le canal de ces créances que circulent les richesses. C'est d'ailleurs dans ce cadre que la comptabilité de la société commerciale traduira en valeurs cette succession de contrats. C'est tout naturellement que le positionnement des unes et des autres parties prenantes traduira la qualité d'être au monde des affaires.

273. Cette qualité d'être au monde des affaires constitue un défi majeur à la gouvernance des pratiques d'affaires surtout lorsque l'on note que la participation des acteurs dans leur totalité à la gouvernance, d'une manière générale, apparaît extrêmement ambiguë. Loin de résulter de quelconque effet de système où de la faute de quelques classes dirigeantes, c'est le rapport aux affaires et les comportements qui s'avèrent ambigus. Les rapports de pouvoir et les façons de gouverner sont en jeu, ainsi que les capacités d'adaptation des individus. La complexité change profondément la manière d'analyser les paramètres en jeu. La gestion centralisée s'avère notamment de moins en moins efficiente. La planification rigide se heurte à la fois à l'incertitude et au nombre de variables à prendre en compte. En ce sens, les acteurs sont partagés entre envie de participer (surtout les salariés) et démission, entre initiatives et passivité, entre contestation et conformisme, entre responsabilité et sentiment d'impuissance, entre culpabilité et égoïsme[1050] entre une compréhension plus ou moins intuitive de ces phénomènes et une ignorance parfois volontaire des conséquences et implications dans leur propre vie. Il suffit de constater le comportement des consommateurs qui se plaignent ~~en~~ régulièrement des produits alimentaires industriels, alors même que les supermarchés et grandes surfaces ne désemplissent pas. On pourrait dire qu'ils subissent toutes ces transformations en cours. L'enjeu fondamental résidera dans la capacité qu'auront les acteurs à s'adapter positivement, individuellement et collectivement, pour tirer avantage et influencer les évolutions en cours, et non seulement à les subir. Les mesures que pourraient prendre les États ou autres organismes internationaux n'y suffiront pas. Si l'enjeu est politique, il est de l'ordre de la culture et des individus eux-mêmes et donc éthique. À cet effet, il serait aussi illusoire et de moins en moins convainquant de gérer la masse des parties prenantes créanciers sans se soucier de leur environnement, ni de leur bien-être[1051]. Ce niveau de

1050 Le système de rémunération est favorable aux parachutes dorés, malgré les difficultés sociales

1051 Dans l'idée de la gouvernance éthique toute décision devrait être mise en perspective à partir des trois (3) dimensions ou grille de lecture, à savoir la gouvernance de la société commerciale, la gouvernance des

lecture met l'accent ~~ainsi l'accent~~ sur la définition des valeurs nécessaires à partir de l'interaction entre les trois dimensions. C'est dans la mise en dynamique de ces trois dimensions qu'apparaissent leurs valeurs qui ont pour vocation de guider la gouvernance d'entreprise. Il en résulte une pluralité d'échelles de valeurs irréductibles et devant appeler à une mise en cohérence entre les différents niveaux de gouvernance. La qualité d'être au monde des affaires sera alors fonction de la seule « bonne volonté » ou sincérité des acteurs au-delà peut-être du « tout économie ».

274. Dans cette perspective une activité sociale est tirée par une motivation (des mobiles), sous-tendue par des buts, décomposable en opérations pour lesquelles des moyens sont mobilisés et conditionnés par des modalités. Dès lors, la situation des acteurs ne pourra être contrôlée du moins régulée durablement que si le cadre d'une régulation globale dépasse l'échelle individuelle[1052] du dirigeant, notamment, sans jamais le négliger. L'enjeu fondamental réside dans la capacité qu'auront les dirigeants et les associés à s'adapter positivement, individuellement et collectivement, pour tirer avantage et influencer les évolutions en cours, et non seulement à les subir. Il va s'en dire alors que cette gouvernance s'enracine dans les réalités et les pratiques de direction et de gestion des activités sociales de la société commerciale. Elle est appréhendée beaucoup mieux par sa pratique quotidienne, en raison de la diversité des représentations et les corps sociaux qui les incarnent.

B. Le développement d'une culture du management et de gestion éthique des libertés dans la société commerciale

275. L'objectif de la gouvernance d'entreprise est de favoriser la maximisation de la valeur de la société dans l'intérêt des actionnaires sans porter préjudice aux autres parties prenantes (*stakeholders*)[1053] qui ont tendance à devenir proactives (1). La prise en compte de leur besoin dans les décisions directionnelles, qui s'apparente à un comportement socialement responsable de l'entreprise, appelle un réel management des parties prenantes

---

rapports économiques (« mieux vivre ensemble en société ») et la gouvernance du rapport à la nature (« mieux être dans son environnement »). L'arbitrage se fera à la fois entre l'impact de la décision, des actes de la société commerciale sur l'environnement et les relations économiques et sociales, mais également sur la capacité de gouvernance propre des dirigeants.

1052 Cette gouvernance à la fois individuelle et collective parce qu'impliquant une intervention des assemblées d'associés ou Conseil d'administration, embrasse les domaines sociaux politiques et économiques.

1053 Réforme de la Loi sur les compagnies, Mémoire soumis au Ministère des Finances par Raymonde Crête et Stéphane Rousseau, 18 avril 2008.

et donc le recours à la régulation sociétale adossée à une culture ~~d'une culture~~ d'entreprise[1054] (2).

1. La proactivité des tiers parties prenantes aux activites sociales

276. Si l'on s'accorde sur le postulat que le droit issu des Actes uniformes porte sur des matières à forte connotation économique, il faudrait convenir que l'OHADA est un droit uniforme inachevé, volontairement ;dans un certain sens, surtout pour ce qui concerne la gouvernance des sociétés cotées. Ce droit les encourage fortement à adopter un code de gouvernance ou à s'expliquer. Le Législateur OHADA n'a pas hésité à insérer des nouvelles dispositions mettant à la charge de la société une obligation d'« appliquer ou expliquer », à l'article 831-3 AUSGIE. Cette exigence devra être étendue aux autres sociétés commerciales. On s'aperçoit que l'environnement de gouvernance d'entreprise dans lequel il est enserré a subi, depuis la réforme du 30 janvier 2014, une réelle mutation vers la gouvernance sociétale sans toutefois remettre en cause l'équilibre crée entre la satisfaction des droits sociaux et patrimoniaux des associés et la nécessaire protection de la personne de la société commerciale. L'existence même d'un droit communautaire des affaires[1055] est la preuve de l'existence d'intérêts communautaires propres, d'un ordre public[1056] communautaire qu'il convient de protéger. Il n'intègre pas un certain nombre de dimensions, essentiellement sociales et contractuelles nécessaires à une protection substantielle de toutes les parties prenantes. Il s'agit des personnes qui, engagées dans la gestion de la société commerciale, ont la qualité de tiers et qui ne peuvent constituer qu'une catégorie minoritaire, pour ne pas dire marginale. Pourtant, ces personnes sont certes des tiers au contrat de société, mais peuvent être des créanciers de la société commerciale participant activement à la production de richesse. Ils acquièrent, de ce point de vue, la qualité de partie prenante à la vie de la société commerciale née et croissante en raison d'accords de volonté des créateurs d'effets de droit, c'est-à-dire de contrats. Cette perspective semble fixer l'orientation des approches de responsabilité sociétale qui se caractérisent par une nette tendance à consacrer une conception extensive de la

---

1054 Une culture d'entreprise ne se décrète pas, elle est le reflet des valeurs du dirigeant et des différentes parties prenantes, essentiellement les salariés. Cette culture doit être comme un espace de liberté que se donnent les hommes dans l'entreprise. En aucun cas, elle ne doit constituer un carcan, qui enfermerait les dirigeants et les figerait dans leurs certitudes. Elle se vit et évolue en permanence.

1055 Il semble inutile de revenir sur la terminologie « droit des affaires » retenue par le Traité

1056 « Ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment même où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet non seulement de la volonté privée mais aussi des lois étrangères ». Cf. Vocabulaire juridique Association Henri Capitant par G. Cornu, PUF 1987, p.49.

« participation directe » à la conception des principes directeurs de la gouvernance et à l'exercice de la fonction de direction et de gestion. À ce propos, dans la pratique, il s'agit d'une gouvernance « multi acteurs » l'État et le Législateur OHADA n'ayant plus le monopole de la régulation. La gouvernance « multi acteurs » comporte la double caractéristique de comporter à la fois la notion de respect de la *diversité* existante, tout en conduisant à une recherche de convergence pour faire face à l'interdépendance et faciliter les négociations attenantes au principe de gouvernance[1057]. Toutefois, les rôles et attentes des uns et des autres n'étant pas bien définis, le Législateur sans véritables stratégies d'ensemble se trouve tiraillé entre des intérêts agissant au coup par coup selon les enjeux du moment. Dans la conception de la gouvernance des sociétés commerciales proposée actuellement, le Législateur OHADA n'exprime lui-même aucun intérêt général et se dit être conscient « qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement », se limite à arbitrer entre les intérêts particuliers liés aux activités économiques. C'est donc tout naturellement qu'il régule les relations dans la société commerciale dans l'intérêt commun des associés[1058], apporteurs de capitaux. Pour autant, l'État au même titre que les associations consuméristes, les consommateurs, les acteurs économiques privés d'une manière générale doivent pouvoir participer à la gouvernance des sociétés commerciales. Cela se traduit par l'attribution de la qualité de parties prenantes qui éprouvent souvent le besoin d'agir pro-activement afin de développer des règles adaptées à leurs contextes[1059]. Cela est d'autant plus compréhensible que le droit ne couvre pas toutes les situations, les comportements et relations entre les acteurs socio-économiques. Les affaires sont des cadres pluriels dans lequel les agents économiques et leurs clients ont le loisir d'aller vers les lieux régulés

1057 La régulation des affaires qui a cours dans cet espace OHADA a l'avantage de révéler un jeu de rôle des différentes parties prenantes réunies autour des contrats de travail ou de société. Le corolaire de la proactivité des acteurs privés sera alors le désengagement du Législateur OHADA, ce qui ne peut être envisagé, au regard de la faiblesse des initiatives de promotion de la responsabilité sociétales des entreprises.

1058 Art. 4 et 5 AUSCGIE

1059 « *L'acteur social ne se laisse jamais totalement emprisonner dans des cadres de dépendance. L'acteur social revendique de faire reconnaître ses droits, de pouvoir développer des initiatives locales, d'affirmer sa capacité à produire ses propres règles d'action, ou sa volonté de cogérer un système. Son action constitue une réponse face à des contraintes, face à des dispositifs hétéronomes, face à un État unitaire, face à des dispositifs extérieurs de structuration des activités, face à des institutions qui règlent ses comportements, face à des mécanismes de contrôle et de sanction. Les acteurs tentent de faire reconnaître comme légitime leurs actions ou d'affirmer leur contribution efficace dans la définition des règles ; ils tentent d'exercer leur autonomie en grignotant des marges de manœuvre ou en négociant.* », Voir Gilbert DE TERSSAC, in « La théorie de la régulation sociale : repères introductifs ».

selon leurs attentes et leurs valeurs ou aller prendre des risques dans des sites à la régulation plus contingente[1060]. La fonction du dirigeant consistera à valoriser, améliorer et maîtriser les différents systèmes de relations contractuelles de nature variée[1061]. Pour Reynaud dans l'entreprise, « ce qui s'affronte, ce ne sont pas seulement des intérêts, mais des prétentions aux règles, des volontés de régulation. Mais l'une des parties en détient, dans la pratique, l'énoncé et l'exécution. L'autre cherche à faire valoir des pratiques informelles, des réseaux clandestins de complicités : au mieux, à les introduire dans l'organisation officielle ; au moins à les abriter et à les faire respecter ». Pour lui, « il est commode de présenter cette rencontre comme celle de deux régulations, une régulation de contrôle[1062] et une régulation autonome »[1063]. C'est dire, dans ce rapport de pouvoir, que le management apparaît à la fois comme le point d'application de principes directeurs définis en référence aux parties prenantes, l'espace de coopération entre les différents niveaux de gouvernance et le lieu à partir duquel on pense, on évalue, on ouvre de nouvelles pistes. M. Fayol fera observer à ce propos que le management suppose que ceux qu'il appelle les « administrateurs » soient capables de mettre en œuvre la palette des compétences

1060 On considère que pour soutenir la concurrence au plan de la régulation et des règles du jeu afférentes à une gouvernance d'entreprise ou un environnement des affaires, il faut offrir un niveau optimal de sécurité juridique. Il faut que les règles soient formulées dans l'intérêt de l'ensemble des protagonistes et comportent des avantages suffisamment réciproques pour que tous conservent la motivation à les respecter. D'où l'intérêt d'élaborer méthodologiquement des règles adaptées à la gouvernance d'entreprise en cause. L'Etat est ainsi contraint de déléguer des taches opérationnelles pour ne conserver que des fonctions de coordination, perdant de ce fait de son pouvoir notamment au profit des acteurs privés qui assument souvent plus efficacement les mêmes tâches. Face à cela, on assiste à une reconfiguration progressive des outils, méthodes et règles de la gestion privée. Les rapports contractuels se multiplient avec pour conséquence d'accroître encore la diversité et la complexité des échanges et des régulations au détriment du pouvoir de régulation proprement étatiques.

1061 C'est précisément l'importance nouvelle de ces relations qui amène à repenser les systèmes de management, le pilotage de l'action collective au sein de la société commerciale. C'est à partir du système de management qu'il faut principalement penser la gouvernance d'entreprise. Pour penser les relations, on ne peut que penser à partir des réalités sociales que l'on peut interroger la réalité des besoins (de la société, des associés, des salariés, des clients, des clients, etc.) que l'on prétend satisfaire, que l'on peut esquisser des alternatives.

1062 Dans ce type de régulation, « *Les règles de contrôle visent à construire un certain ordre social efficace et si possible légitime; elles sont développées pour maintenir les individus ensemble, selon une certaine discipline visant à faire respecter un ensemble d'obligations sociales; qu'elle soit imposée ou consentie, cela ne change rien à l'incontestable tentative de contrôle qui se loge dans ces régulations, y compris pour obliger les partenaires à entrer dans le jeu, à s'investir dans des espaces d'action déjà délimités* ». Voir les analyses de Gilbert DE TERSSAC, « La théorie de la régulation sociale : repères introductifs », *Revue Interventions économiques* [En ligne], 45 | 2012, mis en ligne le 27 juin 2012, consulté le 27 juin 2014. URL : http://interventionseconomiques.revues.org/1476.

1063 Reynaud Jean Daniel (1999), *Le conflit, la négociation et la règle*, Toulouse, Octarès, « Travail », 1° éd., 1995, p. 20(268 p).

essentielles, à savoir : « *Prévoir. Organiser. Commander. Coordonner. Contrôler* »[1064]. Ce management, en tant que culture, suppose pour le dirigeant le pouvoir de transformer son environnement, énoncer ses responsabilités, référer à des acteurs concrets.

277. Ainsi, cette proactivité des parties prenantes, axe fort du management, vise, au-delà de la technique, à renforcer l'ancrage sociologique des activités sociales. En effet, la négociation, et le conflit qui la précède, sont un ensemble d'interactions qui se gouverne de manière endogène, en ce sens que cet ensemble crée ses propres règles de manière continue. C'est la recherche d'un accord qui rend l'échange possible. Car les règles qui en découlent vont ordonner les interactions, et assurer le contrôle des acteurs en situation[1065]. Cela amène à considérer que la société commerciale est l'espace d'articulation d'intérêts distincts et de rapports de force entre acteurs, économiques, politiques et sociaux relevant de multiples échelles. Cela requiert un dirigeant garant de l'intérêt général établissant l'articulation et la responsabilité réciproque des acteurs dans le cadre des activités sociales par le biais de la négociation et des règles assez diverses[1066]. Cette articulation pourra s'appuyer sur le paradigme de la négociation. Cela nécessite de notre point de vue, au-delà de la règle de droit, l'intégration de l'éthique[1067] au centre des rapports sociaux. Le comportement des dirigeants aura ainsi sans doute des répercussions directes sur leurs subordonnés, et ainsi, sur les résultats de la société commerciale. C'est de leur responsabilité de prendre en compte l'éthique dans les décisions qu'ils prennent et les actions qu'ils mettent en œuvre, afin de pouvoir s'ajuster au comportement des parties prenantes. Cela dit, le caractère multidimensionnel de la RSE et la variété de comportements auxquels elle renvoie pourraient être à l'origine de la difficulté à faire émerger un consensus quant à leur impact sur la performance. L'enjeu est alors d'inscrire ces comportements dans le cadre de la régulation sociétale.

1064 H. FAYOL, Administration industrielle et générale, DUNOB.1916, 133 pages

1065 Voir à ce propos, les analyses de Jean-Daniel REYNAUD, Les Règles du jeu : L'action collective et la régulation sociale, Armand Colin, 1997.

1066 Selon, M. Reynaud « même si les acteurs peuvent parfois construire librement par la négociation le système de règles qui leur permet d'agir collectivement, ils ne le construisent pas ex-nihilo. Ils s'appuient au contraire sur un système de règles extérieures [de nature éthique] né des contraintes qui émanent de l'environnement ». Voir Gilbert DE TERSSAC (dir.), La théorie de la régulation sociale de Jean-Daniel Reynaud - Débats et prolongements, La Découverte, Paris, 2003

1067 http://fr.wikipedia.org/wiki/Théorie_de_la_régulation_sociale

2. Introduction de la régulation sociétale dans le fonctionnement des sociétés

278. La notion de régulation est utilisée en des sens différents, mais reste au cœur de la vie sociale pour désigner et rendre compte de la variété des échanges sociaux[1068] qui s'emboîtent, des différents niveaux de décision qu'il faut articuler, des relations entre des éléments hétérogènes qu'il faut coordonner, des ajustements entre de multiples actions qu'il faut faire[1069]. La régulation sociale permet la communication et l'échange social, la collaboration et le conflit, l'arbitrage et le compromis. En effet, selon Jean-Daniel Reynaud[1070], la vie des règles, leur élaboration et leur renouvellement constituent une régulation sociale qui est l'objet même de la Théorie de la Régulation Sociale qu'il élabore. Appliquée à la société commerciale, on peut observer que cette fonctionne à coup de « réglage » entre l'intégration et l'exclusion de parties prenantes, à coups de « compromis » entre les décisions prises « en haut-par les assemblées d'associés et Conseils d'administration » et leur mise en œuvre « en bas » par le dirigeant, entre sa subordination et sa volonté d'y déroger par affirmation de son autonomie. Ainsi, c'est au travers de ces réglages que se construisent les notions de justice, d'équité[1071] et donc d'éthique. Cette dimension pose la question de savoir si une entreprise privée a le droit de poursuivre des objets moraux ou éthiques, au-delà des objectifs de rentabilité financière. Cela permet de préciser la portée des fonctions finalisées du dirigeant. En principe, l'objet des sociétés commerciales n'autorise pas la poursuite d'objectifs autres que l'intérêt des actionnaires. Les dirigeants qui se lanceraient à valoriser des démarches éthiques qui ne servent pas prioritairement à enrichir les intérêts matériels des actionnaires ne pourront bénéficier de protection légale[1072]. Ils sont exposés. L'éthique en ce sens qu'elle prend en

1068 « Les acteurs construisent un système d'échange et de coopération pour la production des règles ; c'est ce système d'actions et d'interactions durables, ce qui est appelé […], une régulation sociale. Cette régulation sociale est bien ce qui ordonne l'action, fixe les contraintes », in « La théorie de la régulation sociale : repères introductifs », Revue Interventions économiques.
[En ligne], 45 | 2012, mis en ligne le 27 juin 2012, consulté le 25 juin 2014. URL : http://interventionseconomiques.revues.org/1476.

1069 J-C. THOENIG « L'usage du concept de régulation », *Revue droit et société*, vol 24, 1998, p. 36.

1070 REYNAUD J.D., (1997), *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, Paris, A Colin, coll. « U », 2° édition, 1993 ; 1° édition, 1989, 314 p

1071 DE TERSSAC, G, « La théorie de la régulation sociale : repères introductifs », *Revue Interventions économiques* [En ligne], 45 | 2012, mis en ligne le 27 juin 2012, consulté le 27 juin 2014. in : http://interventionseconomiques.revues.org/1476.

1072 Dans l'affaire opposant la Ford Motor Company à ses actionnaires qui, n'obtenant pas de distribution de dividendes, ont poursuivi la société, Henry Ford s'est targué de favoriser le bien-être général En même temps,

compte les intérêts des parties prenantes, c'est-à-dire dirigeants, les actionnaires, les institutions financières, les salariés, les clients, fournisseurs, les membres de la collectivité, etc., touche pour une large part au management des entreprises. Elle privilégie les approches partenariales de développement des entreprises sans les substituer à la vision actionnariale de l'entreprise. Elle permet de trouver des points d'équilibre entre cette théorie de la gouvernance, du moins de la firme[1073] et celle axée sur le rôle de l'entreprise dans la société et qui permet la reconnaissance de la qualité de partie prenante[1074]. La théorie développée en ce sens insiste principalement sur les obligations autres que fiduciaires [1075] des dirigeants envers les autres parties prenantes, c'est-à-dire l'introduction dans la gouvernance de l'entreprise des intérêts et droits des non-actionnaires. Dans cette perspective ces parties prenantes[1076] dans la mesure où elles ont un intérêt dans l'entreprise, participent légitimement à la gouvernance de l'entreprise. Des obligations éthiques sont à la charge de chacune de ces parties prenantes. On peut considérer D'ode[1077] et Barnard[1078] comme des pionniers de la théorie des parties prenantes lorsqu'ils avancent l'idée que l'entreprise doit équilibrer les intérêts concurrents des différents participants dans le but de maintenir leur coopération nécessaire. Selon M. Ans off « *la responsabilité de l'entreprise est de concilier les intérêts contradictoires des groupes qui sont en relation directe avec elle : dirigeants, employés, actionnaires, fournisseurs, distributeurs. L'entreprise doit donc ajuster ses objectifs de manière à donner à chacun d'eux une part équitable de satisfactions. Le profit est l'une de ces satisfactions, mais n'a pas*

---

le tribunal a refusé d'ordonner à la société de distribuer des dividendes, mais il y a lieu d'y voir la réticence, d'ailleurs légitime, du juge à s'immiscer dans la gestion des affaires.

1073 Suivant la théorie de la firme la gouvernance trouve son fondement dans la théorie des coûts de transaction qui consiste à arbitrer le contrôle, toujours onéreux, et la minimisation des coûts. L'objectif est exclusivement le maintien et, en général, le développement de l'efficacité de l'appareil et donc de maximisation du profit.

1074 Cette qualité est basée sur l'interdépendance des acteurs en situation d'interactions dans les activités sociales de la société commerciale. Cette interdépendance les oblige à se confronter et à échanger, y compris sur leurs différences. Cette interdépendance les oblige à trouver des règles communes pour régler leurs différends et à s'engager dans un échange social.

1075 La théorie des parties prenantes cherche donc à se substituer à la vision traditionnelle de l'entreprise, dénommée « Stockholder Theory », qui postule que les dirigeants ont l'obligation fiduciaire d'agir exclusivement selon les intérêts de leurs actionnaires.

1076 Ce terme de partie prenante est apparu dans les années soixante mais son origine remonte aux travaux de Dodd in Dodd E. M., « For Whom are Corporate Managers Trustees ? », Harvard Law Review, vol. 45, n° 7, 1932, p. 1145-1163 et Barnard (Barnard, C. I., The Functions of the Executive, Harvard University Press, Cambridge, 1938)

1077 DODD E. M., « For Whom are Corporate Managers Trustees ? », Harvard Law Review, vol. 45, n° 7, 1932, p. 1145-1163

1078 BARNARD, C. I., The Functions of the Executive, Harvard University Press, Cambridge, 1938

nécessairement une place prépondérante dans cet ensemble d'objectifs »[1079]. En effet, il est impossible de parler de gouvernance sociétale des activités sociales de la société commerciale sans une recherche constante, bien que difficile de la cohérence qui épouse trois dimensions, à savoir la cohérence avec l'autre, dans le cadre des relations sociales ; et avec son environnement[1080]. Il s'agira alors dans le cadre de la gouvernance d'entreprise de diriger, de gérer notamment les contradictions interne et externe du système d'ordonnancement des normes dans l'espace OHADA, la manipulation des antinomies juridiques dans la diffusion du sens de l'obligation ou du droit et l'appréhension des incertitudes dans l'application et l'exécution des règles de droit par le dirigeant et les autres acteurs du jeu des affaires. Ce processus pourra ainsi contribuer une modélisation d'un statut juridique[1081] du dirigeant hybride parce que sociétal.

§-2. Une structure de gouvernance favorable à une modélisation d'un statut juridique hybride

279. Certains facteurs justificatifs de l'inexécution de la RSE par le dirigeant concernent pour une large part les rapports entre ce dernier et les associés en l'occurrence. En ce sens, des décisions contradictoires interviennent dans ces rapports. Mais elles sont rares il s'agit souvent de prétendue contrariété de décisions- et avantageuses pour le dirigeant en raison de l'application du régime de la direction de fait[1082]. Aujourd'hui, la clé du système sera le renforcement du statut légal du dirigeant en précisant la portée de son autorité décisionnelle et de gestion (A), mais également son introduction dans un système contractuel souple (B) en ce sens qu'il permet le partenariat entre associés et dirigeants, de repenser leurs responsabilités réciproques et l'articulation entre les différentes échelles de gouvernance d'entreprise.

1079 ANSOFF, I., Stratégie du développement de l'entreprise, éditions Hommes et Techniques, traduction française, Paris, 1968.p. 35.

1080 Il apparait que la cohérence ne devrait pas être appréhendée comme ce processus d'homogénéisation d'éléments en a point douter différentiés. L'on partira du principe que « lorsque deux éléments sont identiques, il n'y a aucun besoin de les mettre en cohérence ». Ils sont de fait assez cohérents.

1081 Cette l'épithète « juridique » ainsi accolée au terme de statut marque simplement que sont juridiques l'origine et les manifestations objectives d'un phénomène essentiellement politique.

1082 Il faudra y attirer l'attention du législateur afin que les conflits d'intérêt soient ramenés à une portion congrue. Ainsi, même si actuellement, le législateur OHADA ne prévoit aucune possibilité de règlement de conflits de décision (en dehors de la règle du dirigeant de fait), l'accent doit être mis aujourd'hui, sur la consolidation de l'autorité décisionnelle dans la société commerciale, avec la prééminence du dirigeant.

A. La nécessaire consolidation du statut actuel d'autorité décisionnelle du dirigeant

280. Le parti pris qui est le nôtre consiste à orienter le processus de gouvernance vers plus de contrôle et un renforcement de l'autonomie et de l'autorité du dirigeant. Le fonctionnement des organes sociaux peut faire l'objet d'aménagement aux fins de renforcer l'efficacité du contrôle des financiers sur la gestion des dirigeants opérationnels, mais le statut du dirigeant proposé doit aller bien au-delà d'une simple délégation de compétence entre le dirigeant et les associés. Le législateur ne se contentera pas alors de faire de la fonction directionnelle et de gestion le niveau d'élaboration des réponses concrètes, il en fera aussi le lieu privilégié de la mise en œuvre de principes directeurs élaborés en commun avec les associés et les autres parties prenantes, dans le cadre de la négociation[1083]. Ainsi ce processus renforce l'indépendance du dirigeant dans son statut de codécideur (1) et rappelle l'exigence de sa protection lorsque s'exprime sa qualité d'arbitre des intérêts en présence (2) dès lors que la pérennité de la société est en jeu.

1. Le dirigeant, un codecideur dans l'exercice de ses fonctions

281. L'OHADA considère, à la suite de certains auteurs, comme J.F. Bulle, le dirigeant comme celui qui est, régulièrement titulaire « d'une fonction attribuée par les organes sociaux, conformément aux règles fixées par la réglementation des sociétés »[1084]. Il exerce des fonctions institutionnalisées avec des pouvoirs déterminés par les associés dans l'acte de société ou tout acte ultérieur auquel les statuts ou la loi renvoient le cas échéant[1085]. Cela est favorable à l'institutionnalisation de relation d'agence qui est fortement contractuelle. En effet, les aspects contractuels font partie des rouages sans lesquels les changements ne se produisent généralement pas. Ils ne doivent pas servir de prétexte pour diluer l'autorité[1086] du dirigeant et permettre que l'exercice de la fonction de direction cesse d'être envisagé comme de la responsabilité exclusive du dirigeant, mais devienne

1083 La négociation est un échange réglé qui suppose de se mettre d'accord sur des règles de telle sorte que l'échange ait lieu ; négocier c'est fabriquer des règles communes, car pour lui « ce qu'on échange, ce sont des règles » et c'est bien cette production de règles qui est au fondement de l'échange social.

1084 J.F. BULLE, Le statut du dirigeant de société, préc., n° 2, p. 23 ; D. Gibirila, *op. cit*., n° 7, p. 8

1085 Encyclopédie, du droit de l'OHADA, page 705

1086 Le terme « autorité » désigne ici « le pouvoir d'une personne de se faire obéir, d'imposer sa volonté dans un groupe ou un espace donné. Cette autorité doit être exercée en toute indépendance, sans immixtion dans la gestion de la société. Toutefois, il est possible de s'interroger sur le domaine d'exercice de cette autorité. Voir NZE NDONG DIT MBELE jean-richard, *le dirigeant de fait en droit prive français*, Thèse. Université Nancy 2. 2008, p.145

une responsabilité partagée avec les associés. Se limite-t-elle à l'exécution, la gestion des activités sociales conformément aux décisions collectives ou intègre-t-elle tout le processus de gouvernance de la société commerciale ? L'activité de gestion autonome est celle réalisée par le dirigeant de droit qui a une réelle influence sur la société et le personnel social, sans aucune emprise aboutissant à priver ce dirigeant de la liberté qui caractérise l'exercice de ses fonctions. En réalité, le statut légal du dirigeant est lié à la forme de l'exécutif, de la composition des organes direction, de l'existence de dualisme dans ces organes (avec ou sans conseils d'administration) et à son mode de désignation (dans les statuts ou après la signature des statuts de la société commerciale) et non à une conception de la primauté de la fonction de direction sur les organes de contrôle ou de surveillance. Dans tous les cas, comme démontrer infra c'est l'indépendance mutuelle des pouvoirs qui est la marque distinctive des différents types de gouvernement des sociétés commerciales. Si avec ce régime la vocation du dirigeant est d'exercer le leadership à travers une certaine forme de concentration des pouvoirs, celle-ci est compatible avec l'exigence libérale uniquement parce que le jeu des *cheks and balances*, adossé aux Assemblées Générales ou aux Conseils d'administration, vient régulièrement endiguer l'exorbitance du pouvoir de direction[1087].

282. Nous avons également un autre aspect du statut légal qui découle d'une dérive de l'exercice de la fonction de direction. Il tend vers l'autoritarisme. La différence avec le statut précédent est que dans cette hypothèse, le dirigeant est nommé et désigné à cette fonction il reçoit habilitation par le droit. La conséquence est une hyper concentration des pouvoirs exercés sans limite (en dehors de la faculté de révocation ad nutum) puisqu'aucune autre institution n'est suffisamment dotée pour pouvoir s'opposer aux actes de gestion ayant fait naître des créances légitimes. En effet, le législateur impose souvent au dirigeant des contraintes qui n'ont pas pour finalité la protection de l'intérêt social mais visent à assurer la protection des intérêts de personnes tierces à la société et de l'État (exemple : la fiscalité). Les tiers restent protégés, seules les décisions non encore exécutées et contraire à l'intérêt social étant annulables. Cette hypothèse semble renvoyer au statut légal du dirigeant dont l'étendue des pouvoirs est déterminée à partir du critère de l'intérêt social. De ce point de vue, une compétence concurrente ne saurait alors être en principe

1087 Cet endiguement possible par le jeu des facultés d'empêcher que représente l'exercice du droit de votes pour les décisions collectives et de révocation du dirigeant, la non reprise des actes ou l'engagement de la responsabilité du dirigeant pour préjudice ; ou encore par les rééquilibrages systémiques avec la réglementation des conventions. Cette réglementation prescrit des autorisations et des interdictions qui s'imposent à toute personne exerçant le pouvoir de gestion.

une source de contrariété de décision cela dans la mesure où seule « la contrariété à l'intérêt social » pourrait constituer le critère de restriction du pouvoir de direction. Il reste néanmoins à craindre que la décision du dirigeant ne manque de légitimité. Cette légitimité peut être renforcée par le système de collaboration promu par le législateur. Ce système confère au dirigeant le statut de codécideur dans l'exercice de ses fonctions de direction, étant entendu que l'AG des associés reste la clé de voûte des systèmes de gouvernance[1088]. Si les conditions dans les collaborations sont faites changent régulièrement, l'enjeu reste le même et dans cette perspective, le rôle de dirigeant devient de plus en plus important car c'est de la manière dont il est ~~fait~~ exercé que dépend le sort des autres parties prenantes. Cela tient notamment au fait que le dirigeant exerce, en toute autonomie[1089], une autorité externe à la société dès lors qu'il est perçu par les tiers comme ayant le pouvoir d'engager par ses décisions cette société. Ces décisions concernées doivent répondre à un objectif de protection de l'intérêt social afin d'éviter tout conflit, entre le dirigeant et les associés. Toutefois, la rencontre entre le dirigeant et les associés au travers du conflit permet la constitution d'une communauté capable de construire une action collective, de définir un intérêt commun, de s'engager ensemble, en un mot de gérer leurs interactions économiques et sociales en inventant des règles communes et admises par eux, qui seront les règles du jeu. La notion de règle du jeu est centrale pour désigner le produit de la rencontre des acteurs, puisque ce que produisent et ce qu'échangent les acteurs, ce sont des règles. Comme l'écrit Reynaud dans sa préface à la deuxième édition des « règles du jeu », « *agir, c'est poser des règles, car les acteurs affirment une prétention aux règles. La contribution à la formation des règles, à leur maintien ou à leurs transformations est consubstantielle à l'action, et non le résultat d'une quelconque soumission de cette action à des valeurs* »[1090]. L'important c'est la création de règles qui vise à mettre de l'ordre dans les interactions, à cadrer et à mettre sous contrôle les actions des parties en présence. S'il est alors possible

1088 Toutefois, il n'est codécideur que dans l'exercice de pouvoir de direction. Cette qualité ne concerne pas la gestion. En effet, une autre personne ne peut jouir d'une autorité interne dans la société que si elle a un pouvoir de domination sur les dirigeants de droit. Une telle autorité existe donc au détriment de la liberté des dirigeants sociaux ; elle constitue une atteinte à leur indépendance, une immixtion dans la gestion sociale. Elle peut se substituer au dirigeant, même après une mise en demeure.

1089 A défaut, lorsque l'activité de gestion externe est réalisée par une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant de droit car la gestion externe de la société entraîne l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à son auteur. Cette personne qui exerce sans en avoir le droit, la gestion externe de la société a une autorité auprès des tiers parce que son activité de gestion a, aux yeux de ces tiers, l'apparence de la régularité. Elle est sanctionnée en conséquence.

1090 REYNAUD Jean Daniel (1997), *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, Paris, A Colin, coll. « U », 2° édition, 1993; 1° édition, 1989, 314 p.(p. IV)

d'élaborer les réponses de direction et de gestion les plus adaptées en application de principes directeurs attachés à la gouvernance d'entreprise reconnus par tous, l'absence de recherche d'une telle adaptation engage la responsabilité notamment du dirigeant. Il doit pouvoir y procéder en raison de son autorité, en tant que seul arbitre des intérêts en présence.

2. Le dirigeant, véritable arbitre à protéger

283. Le dirigeant se veut une des réponses au maintien de l'équilibre d'un système de gouvernance, car ce que produisent les acteurs, c'est le système lui-même : les valeurs et les normes ne peuvent pas être posées comme des régulateurs du système social, puisque c'est l'action qui régule le système et contribue à construire ces normes et ces valeurs[1091]. L'art de la gouvernance du dirigeant consiste à atteindre le maximum de cohésion avec la plus grande liberté d'initiative, la plus grande unité avec le maximum de diversité[1092]. En effet, au regard de sa responsabilité juridique et du principe de spécialité, le dirigeant est amené, soit individuellement soit collectivement, à arbitrer les exigences souvent contradictoires entre le court terme et le long terme, la distance et la proximité avec les associés, le sens du collectif et le management individualisé, plus de rentabilité et plus de social/environnemental, plus de résultats et moins de moyens. Cet arbitrage est facilité par la reconnaissance et la protection de l'autorité interne ~~est celle~~ dont bénéficie une personne dans une société ou dans la réalisation de la gestion interne d'une société. A priori, elle n'est reconnue qu'au dirigeant de droit puisque c'est ce dernier qui a un pouvoir hiérarchique sur les personnes qui participent à l'activité sociale. Il s'agit là d'un aspect qui est intimement lié à la question de la compétence du dirigeant et qui fait qu'il ne soit pas tenu d'une obligation de motivation des actes de direction et de gestion. Ainsi, même si les mécanismes juridiques consacrent une redevabilité, une obligation de rendre compte périodique, l'exigence de motivation des actes de gestion ou de direction n'est pas consacrée par le législateur. Partant de là, on peut estimer que le dirigeant n'est pas obligé de motiver ces décisions en rapport à sa fonction de direction. Il bénéficie d'une présomption de compétence. Toutefois, même si « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser »**[1093]**, on ne saurait poursuivre le dirigeant que dans la mesure où son acte a causé

1091 G. DE TERSSAC, « La théorie de la régulation sociale : repères introductifs », *Revue Interventions économiques* [En ligne], 45 | 2012, mis en ligne le 27 juin 2012, consulté le 25 juin 2014. URL : http://interventionseconomiques.revues.org/1476

1092 P. CALAME « La Démocratie en miettes » de. Ed. Charles Léopold Mayer, Descartes. Paris. 2003

1093 « C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser : il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites [...] Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses,

un préjudice. Ainsi, à la faveur d'un tel risque d'arbitraire, les associés disposent de Droit extrapatrimoniaux liés à l'information. Ce droit à l'information n'est alors reconnu qu'aux associés et aux commissaires aux comptes. Les autres parties prenantes ne peuvent l'exercer. C'est ainsi que la réforme devra également s'intéresser à cet aspect du système d'information en faveur de son extension aux autres parties prenantes.[1094]

284. Pour autant, l'exercice de ces droits ne doit pas être interprété comme des actes d'immixtion dans la gestion du dirigeant. Ce dernier bénéficie d'une protection légale contre toutes immixtions pouvant résulter de personnes souhaitant avoir ou exerçant une emprise indue sur les dirigeants légaux. Elles ne peuvent leur imposer des décisions ou les supplanter simplement dans la gestion de la société commerciale. Seulement, il peut être difficile d'identifier les faits d'emprise qu'une personne pourrait exercer indûment sur la gestion de dirigeants légaux de sociétés commerciales. Cette emprise peut être confondue avec la simple influence exercée par une personne sur les dirigeants sociaux, au lieu d'une caractérisation de la domination de ceux-là par celle-ci. La reconnaissance légale du régime du dirigeant de fait doit être explicite. Il importe notamment, indépendamment du rappel de l'exigence des actes de gestion dans la qualification de la direction de fait, « de préciser le critère de l'emprise que l'auteur de la gestion indue de la société a sur les dirigeants sociaux, c'est-à-dire l'élément qui permet de reconnaître un caractère autonome à une activité exercée dans le domaine de la gestion par une personne qui n'a pas la qualité de dirigeant légal ».[1095] Cette protection du dirigeant doit le préserver de toute immixtion en termes de maîtrise de l'affaire qui permet à l'auteur des actes de gestion, dirigeant de fait, d'avoir « le contrôle non seulement des dirigeants sociaux, mais aussi de la société, des associés et du personnel social car, à défaut, ses décisions n'auraient pas été respectées par ces personnes, elles n'auraient pas été suivies d'effet »[1096]. En France, dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris le 3 mars 1978, une banque qui apportait un soutien financier à une société avait délégué une personne pour gérer les fonds mis à la disposition de cette société. Les juges ont relevé que la personne mandatée par la banque faisait preuve

---

le pouvoir arrête le pouvoir »., Charles de Secondat de Montesquieu, Esprit des lois, 1758, Édition établie par Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995, voir in http://archives.ecole alsacienne.org/ CDI/pdf/ 1400/14055_MONT.pdf.

1094 Le dirigeant exerce à ce propos, un pouvoir social au regard d'une définition fonctionnelle et à ce titre on peut lui reprocher d'avoir détourné son pouvoir, d'avoir trahi l'esprit de la mission qui lui a été confiée par les associés. Il doit assurer un équilibre entre tous les intérêts en présence, dans la mesure où la satisfaction de l'intérêt particulier au détriment de l'intérêt social est un détournement de pouvoir.

1095 NZE NDONG DIT MBELE jean-richard, *le dirigeant de fait en droit prive français*, Thèse. Université NANCY 2. 2008, p. 146

1096Voir NZE NDONG DIT MBELE jean-richard, *op cit*, p.153

d'une autorité telle qu'il apparaissait qu'elle prenait seule les décisions importantes et les imposait aux dirigeants légaux[1097]. L'enjeu est alors de faire en sorte qu'aucune autre personne ne puisse supplanter le dirigeant de droit qui exerce en toute indépendance ses fonctions de direction, de gestion[1098] ou d'administration. Le statut proposé doit assurer un équilibre entre l'exigence pour les associés et les autres organes de la société d'un retrait par rapport à la fonction de gestion avec l'énoncé explicite d'un régime de la direction de fait et la nécessité de renforcement du droit d'alerte des parties prenantes à la vie de la société. Cela soulève des questions de grande portée. Sont en jeu la qualité du système de gouvernance d'entreprise, la promotion des parties prenantes surtout social. L'accent devra être mis sur les mécanismes qui ne favorisent pas une asymétrie de l'information en raison du rôle essentiel joué par l'information dans la gestion.[1099] Il est déterminant pour la promotion d'un bon climat social (absence de revendications, de grèves) en ce sens qu'une information qui remonte et descend la ligne hiérarchique, qui est associée à un processus de décision (délégation, décentralisation…) génère de l'initiative et de la motivation parmi les salariés d'une entreprise. De fait, l'impossibilité pour les associés et le législateur de tout prévoir, compte tenu de la multiplication des risques et du caractère abstrait du marché, donne aux dirigeants une responsabilité accrue et une marge d'action dans la protection de l'intérêt social contre les pressions exercées par les actionnaires, les salariés, les consommateurs, certaines ONG et le cadre réglementaire influencent de plus en plus les dirigeants.

B. Vers un nouveau modèle de statut d'inspiration contractuelle souple.

285. La relation d'agence à laquelle sont confrontés les dirigeants sont un déterminant majeur du choix organisationnel du statut juridique[1100] du dirigeant, notamment dans la

1097 La Cour d'appel a conclu que ce mandataire exerçait une activité de gestion autonome de la société et a attribué la qualité de dirigeant de fait au mandant, c'est à dire à la banque. Voir. C.A. Paris, 3 mars 1978, *D.* 1978, IR, obs. M. VASSEUR.

1098 Contrairement à la france, il est deploré le silence gardé par le legislateur en matiere de direction de fait.

1099 Dès lors l'information devient significative parce que considérée comme la matière première de la décision. Elle va pouvoir alors faire l'objet de traitements, d'interprétations, permettre de prendre des décisions. Elle intéresse la gouvernance d'entreprise, dans la mesure où l'information, instrument de communication dans l'organisation permet d'assurer la coordination entre les activités des différents membres et organes de la société commerciale.

1100 Ce statut tend à infériorisier le dirigeant au profit des associés. Mais infériorisation ne signifie pas systématiquement effacement. Preuve en est la théorie classique qui se fonde sur le principe de la collaboration des pouvoirs et le principe de spécialité. Avec notre perspective de changement de statut, il va sans dire que les mesures d'écart à la norme qui définissent la responsabilité du dirigeant seront revues. Ce processus sera le résultat de l'abandon d'une lecture rigide de la séparation des fonctions dans la société

relation associés-actionnaires-dirigeants[1101]. La palette des régimes contractuels (statutaire et conventionnel) montre bien, la diversité des statuts du dirigeant ; mais on retiendra ici une hypothèse-matrice, la nécessaire répartition[1102] de la responsabilité dans l'entreprise qui appelle une reconfiguration de la relation entre le dirigeant et le conseil d'administration. Voilà le renversement de perspective qui s'achève par une ouverture qui permet de penser l'ensemble du système de gouvernance d'entreprise. Ainsi, tout en consolidant l'indépendance du dirigeant dans l'appréciation commerciale (2), le Législateur procède à l'ajustement du modèle de conseil d'administration et d'assemblée des actionnaires vers plus de responsabilité (1).

1. L'ajustement du modèle de conseil d'administration et d'assemblée des actionnaires vers plus de coresponsabilité

286. Avec la RSE on doit assister à de profonds changements de mode de gouvernance, reflets des intérêts et rapports de pouvoir notamment. S'ensuivent des adaptations importantes allant dans le sens de la « bonne gouvernance » pour prendre la mesure des enjeux qui y sont attachés. La notion de pouvoir[1103] ne doit pas être négligée, tant ce sont ses abus et son encadrement qui sont au cœur des débats. Le dirigeant doit constamment renégocier sa légitimité avec des acteurs et instances sociales de plus en plus diversifiés, tenir toujours plus compte d'intérêts divers pour prendre ses décisions, contractualiser ses interventions pour s'assurer de leur application et négocier avec d'autres auteurs parties prenantes. L'objet de l'examen est de déterminer s'il est nécessaire d'apporter de nouvelles améliorations au fonctionnement des instances en charge du contrôle de ses décisions. Une réforme en ce sens reposerait notamment sur trois grands piliers à savoir la refonte de la

---

commerciale d'une part, et d'une définition stricte du rôle et responsabilité des associés et des différents administrateurs.

1101 Ces analyses ont l'avantage de révéler les difficultés liées à la détermination des sources des pouvoirs du dirigeant. Le débat à leur propos ne s'est que partiellement engagé dans l'espace OHADA et les positions restent marquées par des *a priori* et réticence. A ce propos, les dirigeants ont commencé à prendre conscience de la nécessité de changements, manquent de repères quant aux orientations à prendre et restent souvent prisonniers d'approches traditionnelles de gouvernance

1102Le terme « répartition » renvoie à l'action de «partager, de distribuer en attribuant à chacun ce qui lui revient », Voir Dictionnaire historique de la langue française, par A.Rey(d ir.): Le Robert. Or comme le précise le Pr Rousseau (François), cette idée de partage de responsabilité n'est envisageable qu'en présence de plusieurs responsables. Il ne fait aucun doute que les responsabilités pénales sont potentiellement nombreuses au sein de l'entreprise. Mais, il convient de bien cerner cette idée de pluralité de responsabilité, qui peut correspondre à deux réalités bien différentes.

1103 Le pouvoir est la faculté et la possibilité dont un ou plusieurs individus ou groupes d'individus disposent pour appliquer, faire accepter, faire exécuter ou imposer fût-ce-t-il par la force des décisions d'ordre physique, moral, intellectuel ou psychologique, à un ou plusieurs individus ou groupes d'individus.

structure du Conseil d'administration, la révision des attributions des organes et la mise en place de mécanismes de partenariat entre le dirigeant et ces autres organes sociaux. Ces points suivants feront l'objet d'une attention particulière à savoir la pleine association de l'associé unique ou des membres du Conseil d'administration, l'engagement plus actif de toutes les parties dans le processus de décision stratégique, la transparence accrue grâce à un recours systématique aux consultations informelles et au suivi des décisions du Conseil d'administration, la mise en avant des fonctions de prise de décision et de gouvernance du Conseil d'administration et enfin une meilleure communication permettant aux trois groupes (salariés, dirigeant et actionnaires) d'échanger leurs points de vue et de parvenir à une position commune en cours de session.

287. S'agissant de la possibilité d'élargissement de la composition du Conseil d'Administration, elle retient notre attention dans la mesure où l'objectif sera l'amélioration de la transparence et un fonctionnement efficace. À cet effet, selon M. FAMA « le conseil d'administration doit comprendre en son sein, des administrateurs internes, c'est-à-dire des individus qui participent quotidiennement à la vie de l'entreprise et possèdent des informations spécifiques. Leur rôle est d'informer les autres administrateurs de ce qui se passe concrètement dans l'entreprise »[1104]. Cet auteur indique que cela suffit à contrôler l'opportunisme du dirigeant, sauf en cas de collusion entre les administrateurs internes[1105] et le dirigeant qu'ils sont chargés de contrôler. On peut estimer qu'il faudra pour garantir l'indépendance du conseil d'administration, la présence en son sein d'administrateurs externes et indépendants[1106] et spécialistes du contrôle. Ces administrateurs peuvent être cooptés ou nommés par un comité de nomination mis en place par le Conseil d'administration. Il peut s'agir des dirigeants d'autres sociétés. Préoccupés de leur valeur sur le marché des administrateurs, ces derniers n'ont pas intérêt à être soupçonnés de collusion avec le management. En appui des activités du CA, de nouvelles instances pourraient être adoptées pour plus d'efficacité, à savoir des directoires avec notamment comme membres des salariés. Il s'agit d'un conseil exécutif. En effet, le débat

1104 E.F. FAMA, « Agency problems and the Theory of the firm », Journal of Political Economy,1980, p.288-307

1105 L'apport des personnalités extérieurs ou des parties prenantes internes (les salariés) ne doit pas être négligé au regard du regard différent sur les décisions du conseil et la vision stratégique ou des représentations de l'environnement qui peuvent s'avérer erronées. Ces personnalités pourront ainsi apporter au C.A. une expertise complémentaire dans certains domaines.

1106 Leur indépendance pourra être déterminée par rapport à l'absence de relation financière, contractuelle ou familiale significative (avec mandataire ou un actionnaire) susceptible d'altérer l'indépendance du jugement. Toutefois, il appartient au conseil d'administration d'examiner au cas par cas la situation des administrateurs proposés en se référant à leur compétences et expérience.

sur la gouvernance des entreprises doit sortir du binôme actionnaires-dirigeants. Il faut en priorité moderniser et étendre les droits d'intervention des salariés[1107]. L'enjeu se situe aussi au niveau des attributions du conseil d'administration qui doivent être recentrées sur les questions stratégiques et le transfert de certaines de ses attributions antérieures au dirigeant. Le mandat du conseil d'administration est de superviser les activités commerciales et les affaires internes de la Société. Il doit agir comme guide auprès de la direction de la Société afin qu'elle puisse atteindre ses objectifs et maximiser la valeur pour les actionnaires. Le contrôle pourra être renforcé afin d'obliger le dirigeant à entrer dans le jeu, à s'investir dans des espaces d'action déjà délimités dans les statuts ou toute autre convention de direction. Ainsi, la fréquence des réunions des organes de gestion peut être accrue. Le dirigeant se voit aussi souvent imposer une obligation d'information périodique renforcée (*reporting*) permettant de mesurer l'évolution financière et opérationnelle de la société commerciale. Il s'agit de promouvoir des pratiques de gouvernance rigoureuses *a priori* essentielles pour veiller à la prospérité et à l'efficacité commerciale de la Société et ainsi bien servir les intérêts des actionnaires de sociétés commerciales.[1108] Ainsi, le conseil d'administration doit toujours exercer des missions d'évaluation et de contrôle sur la marche générale de la société commerciale[1109], sur le fonctionnement des pôles d'activité[1110]. Cela permet aux théoriciens de l'agence de considérer que le conseil d'administration représente l'organe principal de contrôle. Il a pour mission principale de défendre les intérêts des actionnaires en limitant le pouvoir discrétionnaire des dirigeants. En ce sens, il doit vérifier que le dirigeant gestionnaire applique bien la stratégie élaborée par le top management, tout en veillant que cette stratégie débouche sur des choix judicieux. Il doit aussi contrôler les initiatives stratégiques à court terme et en évaluer la pertinence en fonction du calendrier, du budget et des résultats désirés. Selon une

1107 C'est indispensable au moment où les centres de décision s'éloignent de plus en plus du lieu de travail. Le législateur doit intervenir pour imposer la diversité des différentes parties prenantes dans les conseils d'administration. Les formules proposées tournent également autour de la consolidation du rôle du conseil dans la définition de la stratégie de la société à travers la recherche de l'adhésion de tous les administrateurs non dirigeant.

1108 Cela traduit les idées développées par M. SMITH qui considère que « *les directeurs de ces sortes de compagnies (les sociétés par actions) étant les régisseurs de l'argent d'autrui plutôt que de leur propre argent, on ne peut guère s'attendre à ce qu'ils y apportent cette vigilance exacte et soucieuse que des associés apportent souvent dans le maniement de leurs fonds* », in *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Tome 2, 1776, p.401

1109 Cette mission sera suivie de la décision de réalisation d'un audit, proposition et adoption d'un plan de redressement.

1110 Cette évaluation débouche sur la définition des modalités et des critères d'évaluation annuelle des contrats internes, même ceux autorisés.

problématique propre à la théorie de l'agence, des auteurs distinguent la décision management du *decision control*[1111]. Le premier renvoie aux droits d'initier et d'engager des propositions en matière d'allocation des ressources, tandis que le second renvoie aux droits de ratifier et de contrôler l'engagement des ressources. Dans les grandes entreprises, le système de *décision control* repose en grande partie sur le conseil d'administration, émanation directe du vote des actionnaires, ce dernier a en effet le pouvoir d'embaucher et de renvoyer les dirigeants de l'entreprise, d'une part, et de ratifier et de contrôler les décisions importantes, d'autre part. Il s'agit d'une relation d'agence qui est d'autant plus favorisée lorsque les dirigeants ne sont pas propriétaires[1112].

288. En tout état de cause, il faut impérativement donner la priorité aux débats d'orientation et aux débats débouchant sur des décisions. En ce sens le conseil d'administration et les autres assemblées des associés ne conservent leur raison d'être qu'autant qu'ils répondent aux besoins actuels de contrôle, de surveillance, et d'orientation généraux des activités sociales. Par contre si cette condition n'est plus remplie, *on doit les modifier ou les supprimer*.[1113] On peut dire que le système de gouvernance doit aller vers plus de responsabilité des autres organes sociaux et des administrateurs de la société commerciale. Si une telle représentation vient en contradiction avec la représentation la plus communément admise par l'OHADA, elle reflète le besoin de régulation conjointe de la société commerciale. Cette régulation est entendue comme « toute régulation qui est le résultat de plusieurs légitimités », qui se construisent l'une contre l'autre dans un rapport de pouvoir.[1114] Toutefois, l'autorité des administrateurs membres ou non du conseil d'administration ne doit pas s'exercer au détriment de celle du dirigeant, dès lors que la direction de la société qu'elle entraîne laisse supposer que ces administrateurs qui la réalisent ont un pouvoir de domination sur les dirigeants légaux ou du moins, que ceux-ci acceptent son autorité. Ainsi, si le risque juridique lié à cette situation apparaît limité, une

---

1111 E.F. FAMA et M.C. JENSEN, « Separation of ownership and control », Journal of Law and Economics, n°26, 1983, p.301-326

1112 Ce Conseil d'administration a en ce sens un pouvoir d'approbation des délibérations, les pouvoirs de substitution, la mise en demeure d'adopter un plan de redressement, la sollicitation d'une administration légale.

1113 Certains considèrent le Conseil d'administration comme un « *organe intermittent, qui se borne généralement, surtout dans les sociétés importantes, à autoriser les actes les plus graves, exprimer son avis sur les grandes orientations de la direction et exercer sur la conduite des affaires sociales une surveillance plus ou moins active qui est sanctionnée par la jurisprudence à défaut d'être organisée de façon précise par la loi* ». Conf. Y. GUYON, Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et sociétés, Éditions Economica, 9ème édition, 1996, § 1308

1114 REYNAUD Jean Daniel (1997), *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, Paris, A Colin, coll. « U », 2° édition, 1993; 1° édition, 1989, 314 p.

conception restrictive du principe de spécialité, le désir des associés d'obtenir un retour de résultat proportionnel à leur apport, dans l'immédiat et surtout une réticence des autres organes de gouvernance notamment de contrôle et de surveillance, etc. à s'engager dans des initiatives de nature sociétale, n'en constituent pas moins une gêne pour l'efficacité de l'action du dirigeant. L'objectif sera de susciter et d'inciter à une adhésion des actionnaires eux-mêmes aux préoccupations de la responsabilité sociétale. Un moindre engagement de ces organes en faveur de la responsabilité sociétale pourrait participer à la cohérence dans la définition de l'intérêt social.

2. L'indépendance du dirigeant en matière d'appréciation commerciale

289. La responsabilité d'élaborer des réponses concrètes de gouvernance et essentiellement de gestion relève des dirigeants, même s'il ne s'agit pas pour eux d'agir en toute liberté mais au contraire de se conformer à un certain nombre de principes directeurs communs définis notamment avec les associés. De sérieuses mésententes peuvent être évitées en ce sens entre l'associé et le dirigeant. Les associés n'hésitent pas dans ces hypothèses à révoquer les dirigeants en cas de mésentente grave, même en dépit des statuts prévoyant seulement une révocation pour faute grave.[1115] En l'occurrence, l'atteinte à l'intérêt social ou la préservation de celui-ci se situe au cœur de la polémique relative à la révocation des dirigeants concernés.[1116] Peut ainsi être souligné le pragmatisme du Législateur qui dégage les conditions de définition des pouvoirs du dirigeant, sans exiger l'application de la « réglé de l'appréciation commerciale » qui confère concrètement une indépendance d'action. Le Législateur OHADA confère au dirigeant les pouvoirs les plus étendus sans consacrer à son profit la règle de l'appréciation commerciale, les associés ayant toujours la possibilité et les moyens de limiter les pouvoirs du dirigeant. Il s'agit d'une règle qui pose le principe du contrôle effectif des affaires sociétales et précise le critère d'imposition de la qualification du dirigeant. La reconnaissance de cette autorité pourrait d'une part préserver l'autorité décisionnelle du dirigeant et d'assurer la cohérence des interventions des dirigeants sociétaux. Elle vient rappeler que la qualité de dirigeant sociétal ne se décrète

1115 Cass. com., 14 avr. 2015, n° 14-15.869, Jacqueline Delaunay.

1116 Une Présidente de SAS se plaignait du fait que malgré leur divergence sur les meilleures solutions à adopter, l'associée unique « prenait les décisions qu'elle voulait », et qu'après discussion, elle appliquait consciencieusement les décisions de celle-ci. La réalité des faits, plus précisément une lettre du 6 juin 2010 et un courriel du 9 septembre 2010, révèle des divergences de la présidente avec l'associé unique et les dirigeants du groupe, portant sur l'organisation du travail, la stratégie commerciale, les relations avec la clientèle, le refus de l'intéressée d'appliquer les règles de fonctionnement interne au groupe ou les normes comptables, sans compter une attitude d'opposition et de critique permanente vis-à-vis des décisions de l'associé unique et de celles du groupe. Voir. Deen Gibirila, « Juste motif de révocation et principe de la contradiction », Journal des sociétés, N° 135 novembre 2015, p.49.

pas, elle s'acquiert par la réalisation effective et habituelle d'actes matériels, des actes juridiques, de gestion ou de direction, indépendamment de la volonté des parties concernées. À ce propos, il est difficile d'identifier des mécanismes permettant d'assurer un équilibre entre l'imposition de normes de conduite aux administrateurs, par l'entremise des devoirs, et la protection des décisions d'affaires prises de bonne foi dans l'intérêt de la société. Pour s'en convaincre, il suffit d'analyser la solution rendue par l'arrêt BCE Inc.c. Détenteurs d'obligations de 1976[1117] («BCE ») de la Cour suprême, qui réfère à l'arrêt Magasins à rayons Peoples c. Wise[1118] («Peoples ») que la Cour suprême a rendu en 2004. Ces deux arrêts mentionnent la règle de l'appréciation commerciale.[1119] Dans l'arrêt BCE, la Cour écrit[1120] que : « les tribunaux doivent faire preuve de la retenue voulue à l'égard de l'appréciation commerciale des administrateurs qui tiennent compte de ces intérêts connexes, comme le veut la « règle de l'appréciation commerciale ». Cette règle appelle les tribunaux à respecter une décision commerciale, pourvu qu'elle s'inscrive dans un éventail de solutions raisonnables ». La Cour suprême a réaffirmé la « règle de l'appréciation commerciale » à l'égard de l'obligation de diligence des administrateurs. Cette règle sous-entend que les tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés pourvu que le tribunal détermine que les décisions des administrateurs étaient raisonnables au moment où elles ont été prises. Cette doctrine américaine a été confirmée en droit canadien lors de la décision de la Cour suprême du Canada dans Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) C. Wise.[1121] Il s'agit d'une appréciation factuelle, qui fait qu' « au *lieu de traiter les administrateurs comme un groupe homogène de professionnels dont la conduite est régie par une seule norme immuable, cette disposition comporte un élément subjectif qui tient compte des connaissances personnelles et de l'expérience de l'administrateur, ainsi que du contexte de la société visée, notamment son organisation, ses ressources, ses usages et sa conduite. Ainsi, on attend plus des personnes qui possèdent des compétences supérieures à la*

1117 BCE Inc. c. Détenteurs d'obligations de 1976, [7] BCE Inc. c. Détenteurs d'obligations de 1976, 2008 CSC 69 (CanLII), (2008) 3 RCS 560, par. 39 et 40.

1118 Arrêt *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de)*

1119 La règle de l'appréciation commerciale est mieux connue sous l'expression anglaise « Business judgment rule ».

1120Voir.http://www.edilex.com/edilexpress/index.php/le-devoir-de-loyaute-des-administrateurs-revisite/#ixzz2kLWX5BU7 (consulté le 11 novembre 2013)

1121 Sur la règle de l'appréciation commerciale, voir http://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A8gle_de_l%27appr%C3%A9ciation_commerciale (consulté le 1 décembre 2013)

moyenne »[1122]. Eu égard à cela, le dirigeant, en raison du principe de spécialisation jouit de la liberté d'appréciation dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, lequel lui est confié légalement en tant que pouvoir discrétionnaire, sans qu'une compétence lui soit exigée. L'appréciation étant une forme d'arbitraire, on dit aussi de ce qui est abandonné à l'appréciation du dirigeant. On est tenté de dire de ce point de vue que cette règle d'appréciation commerciale soustraie les administrateurs à toute responsabilité aux termes d'une obligation de diligence qu'imposerait le Législateur OHADA, cela dans la mesure où « une personne prudente peut n'avoir aucune compétence ni faire preuve de soin, ce qui aura pour effet qu'en pareilles circonstances, elle ne fera preuve que du degré de compétence et de soin qu'elle possède déjà, sans plus »[1123]. Seulement, il importe de se rappeler que le recours en cas d'abus de droit qui a été considéré comme une réelle possibilité par la Cour suprême du Canada dans le contexte de l'affaire Peoples pourrait être consacré et invoqué. En effet, plutôt que d'avoir recours à une clause d'exonération, il paraît préférable de s'en remettre à la règle de l'appréciation commerciale qui permet un contrôle des abus des recours en responsabilité civile, sans pour autant mettre de côté la fonction du devoir de prudence et diligence.[1124] En ce sens, le dirigeant pourra s'appuyer sur un certain nombre d'indicateurs liés à son obligation de diligence et de loyauté. Il devra exercer leurs fonctions en agissant avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts véritables de la société, dès lors que « *les décisions prises doivent constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir »*[1125]. Cela doit en principe requérir une certaine compétence du dirigeant, même s'il est constant que le Législateur n'a jamais été exigeant à l'endroit des dirigeants. Mais cette option devrait être écartée par le législateur OHADA. Les dirigeants doivent donc, dans l'exercice de leurs fonctions, agir avec la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente. S'il est compétent et si à cette qualité il joint une habileté qui puisse s'employer dans l'intérêt social, si à ces choses il joint des mœurs et une conduite probe et sans reproche, il ne faut pas hésiter à lui accorder sa confiance. Cette quête de fondement

1122 [1998] 1 C.F. 124, par. 33 et 40 (C.A.), de même que dans les arrêts *Cadrin* c. *Canada*, 99 D.T.C. 5079 (C.A.F.) et *Smith* c *Canada*, (2001) 198 D.L.R. (4th) 257 (C.A.F.).

1123 Y. LAUZON, « La perception judiciaire des devoirs des administrateurs de personnes morales : quel progrès ? », dans *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998. p. 228. Voir aussi, dans le même sens : Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 458 et s.

1124 S. ROUSSEAU, « Le devoir de prudence et diligence des administrateurs de sociétés par actions : droit et économie », (2005) 73 *Assurances et gestion des risques p.*255.

1125 *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de)* c. *Wise*, précité, note 15, par. 67.

axiologique des fonctions du dirigeant est sans doute déterminante dans la définition du statut de ce dernier, dès lors que les principes et les valeurs ne peuvent être séparés du corpus juridique qui encadre les fonctions du dirigeant.

SECTION-II. … À une reconnaissance expresse du caractère structurant des principes de RSE

290. La RSE constitue un défi central pour la gouvernance légitime des sociétés commerciales. Considérer que la responsabilité sociétale puisse impacter sur la définition du statut sociétal du dirigeant c'est accepter que des règles et principes non juridiques définissant des standards de comportements puissent être instrumentalisés et utilisés comme référentiel de pratiques de direction, de gestion et d'administration. En ce sens, gouverner ou diriger repose inévitablement sur des normes et des valeurs généralement implicites parce qu'il ne saurait y avoir ni rationalité ni légitimation juridique de la responsabilité sociétale sans égard à une éthique du bien et des valeurs qui sont inhérents à la culture d'entreprise. Il s'agira d'introduire au sein même du statut juridique social existant, un nouveau « statut complémentaire Sociétal »[1126]. Ce statut tout en inscrivant le traitement de la question du sociétal dans la sphère de l'initiative personnelle (§1), devra permettre aux dirigeants d'avoir un comportement social responsable, en considérant l'éthique comme l'un des fondements de ce dit statut sociétal(§2).

§-1. La circonscription du questionnement sociétal à la sphère de l'initiative personnelle du dirigeant

291. Le choix des valeurs par la société commerciale et donc par le dirigeant est déterminant pour une véritable socialisation du statut du dirigeant (A). Toutefois, dans la mesure où les sociétés commerciales se conforment avant tout à la réglementation et que le contenu de leurs rapports dépasse rarement ce qui est exigé par la loi, les principes sociétaux doivent avoir un caractère structurant pour retenir l'attention du législateur (B).

1126 Sa vocation est l'obtention de ce qui est appelée « le bénéfice sociétal », c'est-à-dire tout ce qui favorise l'épanouissement des parties prenantes au sein et avec de la société commerciale. Par sa dynamique interne le statut complémentaire sociétal sera capable de résoudre « mécaniquement » un grand nombre de problèmes écologiques et humains que la logique capitaliste comptable ne sait pas traiter et amplifie même parfois.

A. La socialisation des fonctions du dirigeant appuyée par le choix des valeurs sociétales essentielles

292. L'essence de la responsabilité sociétale résiderait dans le fait qu'elle se définit et se réalise par des initiatives volontaires de la part des entreprises pour aller au-delà de ce qui est requis par la loi. En ce sens, l'attitude du dirigeant face aux principes et exigences de nature sociétale sera fortement différenciée par le choix du point de référence, de valeurs. Les valeurs adossées à des règles sont en elles-mêmes des critères qui permettent d'effectuer des choix et de sanctionner des résultats. Ce sont des critères de gouvernance à part entière qui entrent dans ce que nous avons défini comme la « fonction objectif »[1127]. Ce choix met l'accent notamment sur une définition subjective du statut du dirigeant dans la mesure où il est propre à sa chaque entité, individu, dirigeant et donc à chaque sujet éthique. Ces valeurs participent de l'autoréglementation[1128] entre acteurs[1129], de sorte que l'adhésion à ces valeurs et principes sociétaux (1) par le dirigeant entraîne la perte de la neutralité axiologique de ses fonctions de dirigeant (2).

1. L'adhésion aux valeurs et principes sociétaux structurants

293. L'engouement pour la RSE, qui se traduit en pratique par des engagements contenus dans des codes de conduite, de politiques d'investissement socialement responsables, ainsi que par la mesure et par la divulgation de la performance sociale, est adossé à des choix véritables de valeurs et principes sociétaux[1130]. La norme ISO 26 000 précise que, outre les principes énoncés dans l'article 6 relatif aux questions centrales de la responsabilité

1127 On peut aller au-delà et se demander quels sont « les critères des critère », autrement dit, quels sont les déterminants des valeurs ? Il existe en effet derrière les valeurs des structures d'interprétation du monde et des « paradigmes » de pensée qui sous-tendent à la définition même des valeurs, au même titre que l'éthique sous-tend à la morale …

1128 Cette autoréglementation fait référence, d'une manière générale, aux normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité. La nature première des règles auto réglementaires, c'est d'être volontaires, c'est-à-dire de ne pas être obligatoires au sens où l'est la règle de droit édictée par le Législateur OHADA ou l'État.

1129 La fragilité des « droits » des différentes parties prenantes face au dirigisme, voir à l' « autoritarisme » du dirigeant, trouve ses racines précisément dans l'absence d'un accord sur les règles applicables et aussi sur les principes fondamentaux de cette catégorie de droits qui y sont attachés. Cet accord peut être construit autour de principes rationnels, ce qui permettra d'une part d'attribuer au statut sociétal du dirigeant une dimension universelle et permettre en conséquence la recherche constante d'un équilibre entre les valeurs quantitatives économiques et qualitatives sociétales.

1130 L'emploi de l'expression « principes sociétaux » à promouvoir reflète autant cette globalité que l'imprécision conceptuelle qui en résulte, dans son utilisation. Elle peut signifier des situations économiques, sociales, politiques et culturelles différentiées : elle exprime souvent des manifestations émotives devant les abus et à l'injustice ; en fait, la multiplicité de ses usages indique surtout le manque de fondements éthiques communs qui pourraient contribuer à l'universalisation de sa signification. Les aspects subjectif et volontariste y sont très marqués.

sociale, « les organisations doivent minimalement appliquer les sept principes suivants à savoir la responsabilité de rendre compte, la transparence, le comportement éthique, le respect des intérêts des parties prenantes, le respect du principe de légalité, le respect des normes internationales de comportement, le respect des droits de l'Homme »[1131]. Ces prescriptions qui, au premier abord, paraissent claires, et pourrait-on croire, minimales, mais qui se révèlent en pratique, au quotidien, ambiguës et terriblement exigeantes. L'acte de gouverner, de diriger, d'administrer et de gérer implique nécessairement l'existence d'objectifs ou de finalités. Il s'oppose par nature à « la dérive », au « non choix », à la « non décision ». On ne gouverne jamais « pour rien », sans une intention, sans avoir une idée plus ou moins précise des perspectives, des objectifs ou des finalités à atteindre. Or, ces « finalités » font souvent intervenir des considérations de nature idéologique et des pratiques. Elles reposent sur des critères qui servent à orienter et à sanctionner les choix. Ces critères sont des valeurs ou une « éthique ». L'idée centrale est de gouverner sur la base de valeurs ; et selon une modalité de « gouvernance sociétal». Pour autant les questions axiologiques ont depuis fort longtemps été sujettes à de nombreux débats, d'interrogations. Existe-t-il une ou des valeurs absolues et universelles ? Peut-être. Certains invoquent les droits de l'Homme. Mais la notion même de droit ne semble déjà pas constituer une valeur universelle. Sans compter que certains articles apparaissent totalement comme des emprunts d'une morale jugée comme occidentale par la plupart des autres cultures du monde. Cela pour montrer que l'ambition universaliste reste encore très hypothétique en l'état actuel. Cela dit, partant du principe qu'on ne peut saisir une réalité sans la comprendre au préalable, cela d'autant plus « il n'est guère possible de défaire un nœud si l'on ignore comment il a été noué »[1132], il serait intéressant de partir de la définition de l'éthique. En ce sens qu'elle vise à définir les limites de l'infranchissable, l'éthique définit la qualité d'être au monde des affaires pour tous les acteurs. L'éthique est par définition subjective, dans le sens où elle est propre à chaque sujet, à chaque entité, individu, groupe social, etc. Elle peut, de ce fait, varier considérablement selon les acteurs et les cultures. Il y a plusieurs acceptations de la notion d'éthique. D'une manière générale, et de façon relativement consensuelle, on peut la définir comme étant un « ensemble de

1131 International Standard Organisation (ISO). (2008). *Guidance on Social Responsibility / Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, Voir dans :<http://isotc.iso.org/livelink//traduction _CD_ ISO_26000__ décembre_2008.pdf?nodeid=7873014&vernum=0>.

1132 ARISTOTE, Métaphysique, B,1, p.93. Conf LIVRE I, Confusion entre la Morale et de l'axiologie. Axiologie.

valeurs propres à une entité, individu ou groupe social »[1133]. Elles touchent intimement au caractère absolu et universel des valeurs promues généralement considérées comme dominantes et qui sont des emprunts d'une morale jugée occidentale et extérieure aux cultures africaines. Or, une éthique saisie par l'OHADA se doit de poursuivre l'universalité quoi que l'ambition universaliste[1134] à ce stade du raisonnement reste encore hypothétique. Parmi les valeurs éthiques il est possible de trouver les valeurs dites d'ordre fondamental qui correspondent à des buts à atteindre (exemple l'équilibre écologique), et des valeurs d'ordre instrumental destinées à l'atteinte de ces buts comme la responsabilité. Il y a également les valeurs abstraites telles la solidarité et les valeurs correspondant à des objets, et également des valeurs qui sont intrinsèques (la nature). Ces valeurs sont aussi subjectives que relatives[1135] dans le temps et dans l'espace. Elles sont subjectives car elles représentent « la valeur » que l'on attribue aux choses du regard que l'on porte sur les choses et les sentiments qu'elles procurent aux sujets éthiques. Une valeur constitue la capacité que possèdent des choses, des réalisations, des institutions de représenter un bien pour une personne ou pour une collectivité. Les définitions de la notion sont nombreuses[1136]et relatives à la société dans laquelle on évolue. Par leur aspect social, les

1133 Le scientifique J. Bernard propose une définition plus élaborée. Il existe deux origines étymologiques de l'éthique : le terme « ithos », qui signifie la tenue de l'âme, et le terme « ethos », complémentaire du premier, peut désigner l'ensemble des normes nées du respect dans la mesure. L'éthique est une science qui prend en considération l'ithos et l'ethos. Elle est la garantie de l'harmonie qui résulte de la bonne tenue de toute chose, de tout acte, de l'accord entre l'âme et le développement. Elle suppose une action rationnelle, elle est le propre de l'homme. Cette définition convient bien. L'éthique englobe la morale telle qu'elle a été définie ci-après.

1134 Les valeurs éthiques sont des valeurs universelles, c'est-à-dire appréciables, pour toute personnes où qu'elle puisse être en tout temps ; mais qui ont pris en Afrique de l'Ouest et un moment donné des contours et des manifestations particulières créateurs eux-mêmes d'attitudes et de comportements spécifiques. On est tenté, à cet effet, de noter aussi qu'à partir de la colonisation l'Afrique va emprunter des systèmes de valeurs européennes pour irriguer l'économie.

1135 On constate donc, en rapportant aux propos d'Audigier (1999) qu'il est inutile de s'attacher à déterminer une liste bien établie et cohérente de valeurs, puisse que dans toute situation, dès qu'il faut prendre une décision, les valeurs se trouvent en contradiction les unes avec les autres. Mais elles définissent comme un point de vue à partir duquel évaluent, au sens fort du terme évaluer, les actes sociaux, les comportements, voire les opinions.

1136 Le mot renvoie à une sémantique large et assez ambivalente, qui va de la valeur boursière à la valeur morale, en passant par celle d'une œuvre d'art. En économie, Marx a tenté de définir objectivement la valeur d'un objet en mesurant son coût de production et en jugeant de son utilité sociale. La société de consommation étant passée par là, la valeur d'échange d'un objet atteste de nos jours davantage du désir – subjectif – de le posséder que d'une utilité objective. En sociologie, la valeur désigne un principe permettant à un groupe de se mobiliser ou de justifier son action. Dans ce sens, tout principe d'action partagé, toute référence commune mobilisatrice peut constituer une valeur. Dans une acception très large, qui inclut aussi le domaine économique et le champ esthétique, on peut définir une valeur comme une référence qui marque le prix ou le caractère de perfection attribué à un être ou une chose.

valeurs forment (voire formatent) ainsi notre regard et induisent nécessairement l'idée d'adhésion, d'un certain affect envers la valeur identifiée. Cette adhésion qui a une dimension éminemment volontariste, permet aux dirigeants de contribuer eux-mêmes à l'idéalisation d'un certain nombre de valeurs comme « norme minimale de conduite » qui expose la société commerciale à un véritable « risque de réputation. Même si les dirigeants prennent la précaution de défendre des interprétations particulières en ce qui concerne l'étendue et le propre fondement de leurs obligations et responsabilité, ils tiennent généralement à affirmer leur allégeance à ces valeurs en accordant un grand soin à la publication des rapports annuels sur la RSE de leur entreprise. À ce propos, tout le problème de la définition du statut sociétal du dirigeant réside évidemment dans l'identification de ces balises du « socialement responsable ». Un des problèmes qui se pose à la pensée éthique est l'existence d'une pluralité des sphères d'activités sociales de la société commerciale et d'une pluralité des « devoirs »[1137] du dirigeant. L'exercice de la fonction est fait de contraintes et de situations multiples qui ne sont pas nécessairement « d'égale valeur »[1138], qui ne sont pas « d'égale importance ». Toutefois, le principe de toutes les fonctions exercées par les dirigeants situés dans l'espace OHADA doit être l'équité, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus intègre, de plus loyal, de plus laborieux. Ces fonctions sont sociétales en raison de ce qu'ils s'en rapprochent, elles ne le sont pas en raison de ce qu'ils s'en éloignent. Cela amène à remettre en cause le principe de neutralité de la fonction de dirigeant. Sa mise en œuvre dépasse le cadre de la technique juridique et doit s'inscrire dans une dynamique de légitimité et enracinement des pouvoirs conférés conformément à l'intérêt social.

2. La perte de la neutralité axiologique de la fonction de dirigeant

294. Il s'agit de la deuxième propriété d'une appropriation de la responsabilité sociétale qui a pour ambition de reposer sur des valeurs, à savoir que l'on ne saurait appliquer une

1137 Dans la mesure où l'éthique n'a pas de contenu défini a priori, la complexité du sujet requiert que le problème des valeurs soit posé de manière adéquate. L'ambigüité du concept de valeur ne doit pas être sous-estimée d'autant plus que certains auteurs tendent à considérer qu'il a été mal posé ou plus exactement qu'il n'a jamais été posé. L'éthique apparait comme un contenant, un concept substantiel à contenu variable relatif dans le temps et dans l'espace. La cohérence pourra être assurée des lors que ces principes corrélés avec le rôle sociétal du dirigeant sont considérés *prima facie,* limités à certains contextes d'exercice de ces dites fonctions au profit de la société commerciale.

1138 La multiplicité des principes implique qu'il y aura un grand nombre de situations auxquelles plus d'un seul principe s'applique, et qu'il y aura un certain nombre de situations dans lesquelles les principes respectifs exigent des actions contradictoires.

éthique sans la mettre en processus. Ce qui signifie qu'il existe une dialectique fondamentale entre les valeurs et leurs champs d'application, les deux étant voués à se modifier mutuellement : les valeurs « se laissent transformer » au gré des expériences faites et des vicissitudes de leur application par la société commerciale– ou de leur non application – tandis que la conviction mise dans leur application étant capable de transformer la réalité de façon à pourvoir leur ouvrir des champs d'application. Les différentes définitions de la RSE font valoir que la responsabilité sociale réside dans le fait d'aller au-delà de la loi et de la réglementation, il va sans dire que le dirigeant qui souhaite la mettre en œuvre devra en plus de la nature juridique de sa fonction, se couvrir d'un manteau éthique. Il se doit, de ce point de vue, d'être socialement responsable, c'est-à-dire aller au-delà des exigences de la loi. C'est donc tout naturellement que sa fonction ne peut être neutre[1139] axiologiquement et être adossée essentiellement sur l'idée[1140] que « « la seule et unique responsabilité d'une entreprise est de consacrer ses ressources et ses activités à l'accroissement du profit, tout en respectant la loi et en évoluant dans un régime de libre concurrence, sans fraude ni malhonnêteté ».

295. Cette neutralité axiologique n'est, de notre point de vue, qu'une illusion surtout qu'elle s'appuie sur une position tendant à considérer que le droit des affaires ou le droit civil (le droit des contrats) doit s'abstenir de formuler des jugements de valeur et doit se limiter à la description[1141] d'un système logique et cohérent de règles, débarrassé de l'influence des valeurs sociales, des fins du droit et de la morale[1142]. Le risque serait de réduire le droit uniquement « à un ensemble de procédés ou de procédures, de mécanismes, d'instruments »[1143], alors que « tout ordre juridique positif repose en définitive sur une représentation globale de l'homme et de la société »[1144]. Le droit doit permettre de « consolider les choix de valeurs en permettant de les formaliser et de les mettre en œuvre. Derrière le miroir du droit, se trouvent, sous-jacents, les valeurs et les principes. Parfois confondues, ces deux notions sont intrinsèques à la notion même de droit, et servent de soubassement à la formulation de décisions judiciaires ». De ce point de vue, il est difficile

1139 Du latin *neuter*, « ni l'un ni l'autre », formé de ne, adverbe de négation, et *uter*, l'un des deux, la neutralité semble caractériser le positionnement du droit. Au-delà des combats des mots, il serait utile de voir comment le droit peut servir l'éthique en définissant les comportements des personnes d'une manière générale et du dirigeant en particulier.

1140 La responsabilité sociale d'entreprise dans la PME ; option marginale ou enjeu vital ? Alain Lapointe et Corinne Gendron Octobre 2004, Cahier 06-2005 Page 8 (sur 23)

1141 Hans Kelsen (1881-1973) : Théorie pure du droit, LGDJ, Paris 1999.

1142 Voir M. Troper, Pour une théorie juridique de l'État, PUF, 1994, p. 30.

1143 M. VIRALLY, La pensée juridique, Ed. Panthéon-Assas-LGDJ 1998 (1re éd. 1960), p. XXVII.

1144 M. VIRALLY, op. cit., p. XXIII

de considérer qu'en matière d'affaire, il n'y a pas besoin d'axiologie, d'autant plus que le dirigeant est soumis au droit commun de la responsabilité civile et pénale. Tandis que la responsabilité civile va assujettir à l'obligation de corriger ou d'éviter les effets dommageables de certains comportements sur l'environnement, la personne, la fonction axiologique[1145] du droit pénal découle de ce que celui-ci est le reflet et la mesure du système des valeurs d'une société[1146]. De même, en prohibant certaines abstentions, le droit pénal crée ainsi des devoirs positifs correspondants qu'il entend promouvoir pour le bien général.[1147] Soulignant précisément cette importante fonction du droit pénal, un auteur écrit : « le droit pénal constitue le centre de convergence des valeurs sociales qui exigent une protection particulière de la part des pouvoirs publics »[1148]. Pour des auteurs comme VOUIN, le législateur trouve ces valeurs « dans les profondeurs de la conscience sociale où les lois s'élaborent et puisent leur autorité »[1149]. Cela se justifie en raison de l'essence axiologique[1150] de la matière juridique. Ici c'est la conception idéologique du droit qui est en jeu, un certain positivisme juridique, selon lequel « le droit positif est bon parce qu'il émane de l'État. Il faudrait donc lui obéir quel que soit son contenu »[1151]. Il s'agit quelque peu du culte de l'État et de l'obéissance des sujets. À ce propos, il semble que le droit ne soit pas trop affecté par ses propres marqueurs de neutralité pour ne pas prétendre à impacter positivement sur les relations d'affaires. Aujourd'hui, « le droit n'est plus une fin, mais simplement un moyen, une technique d'organisation sociale ; il est instrumentalisé »[1152]. Les enjeux sont tels aujourd'hui qu'il constitue quoique imparfaitement, un instrument de régulation des tensions. L'instrumentalisation du droit civil interpelle les juristes sur le rôle du droit pour savoir s'il est vecteur d'atténuation ou d'amplification des tensions entre l'économie et le social. Cette instrumentalisation du droit

1145 Axiologique (des mots grecs « axia », valeur et "logos", discours) signifie : qui se rapporte aux valeurs. C'est l'étude ou la théorie des valeurs. Voir COMBES Joseph, "Valeur et liberté", Initiation philosophique, PUF, Paris, 1960, p. 5.

1146 En réprimant certains agissements, le droit pénal désigne *a contrario* les valeurs fondamentales que la société juge particulièrement importantes au point de les protéger sous la garantie de la contrainte pénale.

1147 R. MERLE et VITU André, Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la législation criminelle, droit pénal général, procédure pénale, Cujas, Paris, 1967 n° 122, pp. 134-135; Jean PRADEL, op. cit. p. 86.

1148 J. LEAUTE, « Droit pénal et démocratie », in *Mélanges ANCEL*, éd. Pedone, 1975, pp. 151 à 156.

1149 Voir R. VOUIN. « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », in *Dalloz, chronique*, 1947, p.83.

1150 Voir P. DUBOUCHET, Trois essais pour une théorie générale du droit, L'Hermès 1998, p. 27 et s. ; W. Sabete, « La théorie du droit et le problème de la scientificité », in Arch. phil. Droit. 1999, p. 303

1151 http://www.universalis.fr/encyclopedie/positivisme-juridique/3-une-ideologie-du-droit/(Michel TROPER (professeur à l'université de Paris-X-Nanterre, membre de l'Institut universitaire de France)

1152 J-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », Archives de philosophie du droit, T.45, 2001, p.303.

à l'effet d'éviter que le droit perde le contact avec son objet, les relations privées. En réalité, même si les opérateurs sont soumis à un droit dérogatoire, en matière de contrat, le législateur OHADA n'a pas encore adopté un Acte uniforme qui structure cette matière. L'exigence de la protection de la partie faible devra être un des axes du projet actuel de réforme, de l'avant-projet d'Acte uniforme portant « droit des contrats » et intéresse l'exercice des pouvoirs de représentation de la société commerciale par son dirigeant[1153]. Il envisage de reprendre certaines dispositions contenues dans les principes UNIDROIT et qui donne une place accrue notamment au principe de bonne foi et ses implications. Ces principes « placent un accent marqué sur la bonne foi (art. 1.7) et certaines de ses conséquences : interdiction de se contredire (art. 1.8), sanction de la mauvaise foi dans les négociations (art. 2.1.15), devoir de collaboration (art. 5.1.3), atténuation du préjudice (art.7.4.8). »[1154]. Des dispositions correspondantes ont donc été retenues dans l'avant-projet d'Acte Uniforme[1155]. L'intégration des principes éthiques dans les normes civiles applicables aux relations d'affaires marque une certaine transformation du droit civil qui perd quelque peu sa neutralité au profit de la régulation des comportements des personnes, agents économiques ou non. Il consacre des obligations contenues dans les contrats ou encore en raison d'un dommage causé (par sa faute ou pour risque) la responsabilité qu'elles entraînent, celle-ci étant perçue comme une obligation. Toutefois, il demeure malgré les risques que la possibilité de sanction de la violation de ces principes éthiques consacrés par le droit uniforme compense le déficit motivationnel des acteurs économiques. La consécration des valeurs et vertus éthiques par le droit uniforme de l'OHADA est opérée sous forme de dispositions générales et particulières, mais aussi dans les systèmes d'information juridiques. La positivation d'un principe général en règles générales positives et en règles particulières exige la cohérence interne globale qui ne peut être atteinte qu'au prix d'un effort de systématisation. Quelle qu'en soit l'appellation, à savoir la norme de conduite, devoir général, obligation légale ou obligation contractuelle implicite, tout manquement, toute violation constituera une non-conformité et souvent une faute au sens juridique du terme. Ces normes de conduite de nature éthique ont vocation à être des normes juridiques édictant des devoirs-être positifs, ultime ressource pour

1153 Ce pouvoir de représentation lui permettra d'engager la société en matière contractuelle, en matière d'actions en justice et plus généralement dans tous actes juridiques.

1154 Voir M. FONTAINE, « Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, note explicative à l'avant-projet », 2004.

1155 Voir les Art.s 3/10, 7/6 et 7/31 , Avant-projet d'Acte Uniforme relatif au droit des contrats. OHADA.

l'interprétation judiciaire démunie[1156], cela « dans tous ces cas où les rapports juridiques sont menacés de déséquilibre. Ils servent de ce point de vue de « contre poids des excès potentiels. Certains auteurs estiment même à ce propos, que « le droit est sollicité à des fins qui l'obligent à réintroduire l'éthique dans son discours »[1157].

296. Ainsi, à travers la positivation des valeurs et de vertus éthiques, le législateur communautaire pourrait définir les fins qu'il poursuit et les conditions essentielles pour les réaliser. De ce point de vue le droit uniforme ne saurait être perçu comme un discours anti valeur, étrangers aux valeurs, voire au-delà du bien et du mal », ni une alternative à une morale courante. Ces valeurs adoptées peuvent contribuer à moduler les relations dirigeant-partie prenante, dès lors qu'elles s'expriment sous forme de principes sociétaux traduits sous forme de règles consensuelles. Ils peuvent avoir comme vocation de s'inscrire en effet dans la dynamique du modèle (de comportement) de référence. En ce sens, la RSE constitue également une variable stratégique de l'entreprise et présente un caractère structurant dans les pratiques de gestion et d'administration de la société commerciale.

B. Le caractère structurant des principes sociétaux applicables

297. Ces valeurs ne sont pertinentes dans le cadre de l'analyse du statut du dirigeant que dans la mesure où elles permettent l'enracinement des pouvoirs du dirigeant. Les valeurs personnelles des dirigeants ont vocation à influencer considérablement les pratiques de gestion et d'administration des entreprises, en les rendant socialement légitimes[1158]. À cet effet, même si les « valeurs » sont des pseudo-normes conjoncturelles dont le caractère structurant est absolument aléatoire (2), et sont déterminées par un positionnement du dirigeant lui-même pour justifier sa propre appropriation et lui donner un « pseudo-sens » (faux-sens, contresens, simulacre de sens, etc.), la volonté individuelle joue un rôle déterminant (1), surtout devant la contingence de la responsabilité sociétale. Ces valeurs sont des valeurs sociétales qui doivent être impérativement appréhendées, sur lesquelles et autour desquelles s'organise le fonctionnement des entreprises et de l'économie[1159].

1156 Voir P. MORVAN, « Le principe de droit privé », éditions Panthéon-Assas, 1999, n°38.

1157 Voir A. LACROIX, « L'éthique et les limites du droit », dans A. LACROIX, L. LALONDE et G.A. LEGAULT, « Transformation du droit et théories normatives », RDUS, vol. 33, 2002-2003, p. 197-217.
LACROIX, A., L. LALONDE et G.A. LEGAULT (2002-2003), « Les transformations sociales et la théorie normative du droit », RDUS, vol. 33, p. 3-9.

1158 Se pose la question de « la légitimité », cette valeur ajoutée au pouvoir qui fonde son acceptation et son obéissance sur les parties prenantes. C'est donc à la compréhension et à l'analyse des différentes sources de légitimité du pouvoir du dirigeant, de leurs interactions et des régulations plurielles qui en résultent.

1159 Voir J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.*, 1999, chron., p.157, *spéc.* p.165, n°40.

1. La construction volontaire de leur caractère structurant

298. Le concept de responsabilité sociétale des entreprises signifie que celles-ci décident de leur propre initiative de contribuer à améliorer la société et à rendre plus propre l'environnement. C'est tout naturellement que les valeurs qui inspirent les actions du dirigeant doivent être structurées et structurantes à travers un certain nombre de principes d'action, de principes sociétaux construits comme des objectivations sociétales de certains intérêts notamment l'intérêt social et des relations partenariales qu'ils entraînent. Ce caractère structurant se construit à plusieurs niveaux : individuel (personnel), collectif (conventionnel), mais aussi légal (la positivation). Au niveau individuel, le dirigeant qui pratique une éthique est libre, normalement, de choisir ses principes prioritaires à son gré. Il a ainsi la latitude du jugement subjectif. La décision sur la priorité des « principes » en cas de conflit est remise au jugement personnel du dirigeant, en laissant sous déterminés la plupart des décisions morales[1160]. L'éthique n'est pas « naturelle ». Il s'agit au contraire d'un *construit* qui nécessite en quelque sorte un *effort*[1161], plus ou moins conscient. Étant propre et « intérieure » à chaque dirigeant, ou chaque personne, l'éthique implique par définition nécessairement l'existence d'une certaine liberté, d'une autonomie dans l'action et surtout de la pensée[1162]. Si l'on définit l'autonomie comme étant la capacité à se fixer ses propres normes, le lien avec l'éthique – ensemble de valeurs propres à chaque entité – est évident : éthique et autonomie[1163]. Cette conception permet ainsi au dirigeant d'introduire ses propres évaluations de ses actions. On notera à ce propos que tant qu'il y a des conflits de rôle, il y aura des conflits de principes dans une éthique des rôles.

299. Relativement à la dimension conventionnelle, on relèvera que les valeurs bien qu'importantes ne permettent pas, de leur virtualité, le traitement juridique des hypothèses de mise en œuvre des fonctions directionnelles du fait de leur caractère vague et

1160 Cela dit, Il peut obtenir la cohérence de son choix en établissant une corrélation entre certains principes éthiques, son rôle et fonctions sociétales.

1161 La notion d'effort doit ici être comprise dans le sens d'être « acteur », actif.

1162 Les deux étant dans une certaine mesure indissociable : il ne peut y a voir de pensée propre sans possibilité d'expérimentation.

1163 L'autonomie est à la fois la condition *sine qua non* rendant possible l'apparition d'une pensée propre, et donc d'une éthique. Et à la fois la résultante, car toute personne autonome dans sa pensée, disposant d'une éthique, d'une pensée propre, se comportera de façon autonome quelles que soient les circonstances, même lorsque le cadre de liberté est des plus retreints. Il ne faut cependant pas confondre autonomie et indépendance.

indéfinissable[1164]. Par contre les « principes » sont des normes structurelles (structurantes par essence) qui doivent être nécessairement utilisées pour orienter structurellement les pratiques d'exercice[1165] des fonctions du dirigeant. Les deux aspects sont déterminants dans la définition de la responsabilité sociale dans la mesure où la principale caractéristique de la responsabilité sociétale se traduit par la volonté de l'organisation, d'une part d'assumer la responsabilité des impacts que ses activités et ses décisions induisent sur la société et l'environnement, et d'autre part, d'en rendre compte. On ne se réfère en droit aux valeurs que lorsqu'on ne peut pas décider sur la base de règles juridiques formelles[1166]. En l'occurrence, ces valeurs humaines représentent le socle de l'entreprise et vont définir cette culture qui attirera tel ou tel client et tel ou tel salarié, en dehors de toute règle formalisée. La portée de ces valeurs est tributaire des attentes raisonnables des parties prenantes. Selon la Cour suprême du Canada, « le concept d'attentes raisonnables est objectif et contextuel […] tient compte tenu des faits propres à l'espèce, des rapports en cause et de l'ensemble du contexte, y compris la possibilité d'attentes et de demandes opposées »[1167]. Pareille philosophie s'est développée tandis que se faisait jour un processus de moralisation de plus en plus visible du droit, un indéniable « retour offensif de la morale »[1168], affectant tous les secteurs et les formes de production de la norme juridique. Ce sont aujourd'hui de pures exigences morales que le droit ignore, absorbe ou promeut, *noiens volens,* sans que la positivation ne souffre[1169] du caractère figé du droit. Ainsi, même si on glisse vers la défense d'un « ordre moral » a contenu subjectif[1170], le juge s'autorise lui-même à vérifier l'atteinte à un tel ordre morale et à dénouer les conflits de valeurs. Il n'est pas toutefois à l'abri de la censure.

1164 Voir, par exemple, Hans-Martin Pawlowski, Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes, [Méthodologie pour juristes. Théorie de la norme et de la loi], C. F. Müller, Heidelberg, 1991, p.381

1165Ces principes qui sont considérés comme structurant ont comme avantage de permettre d'apporter des solutions novatrices et intégrées à des problématiques sociétales considérées comme prioritaires, d'avoir des impacts sur la cohésion des actions du dirigeant, d'avoir un effet levier, d'être soutenu par un partenariat élargi avec les parties prenantes et ainsi améliorer la qualité des relations.

1166 Ibid., p.383.

1167 *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, par. 62.

1168 Voir J. CARBONNIER, Flexible droit, dixième édition, Paris, LGDJ.2000

1169 Il s'agit de valeurs qui inspirent des normes juridiques et que de ce point de vue elles n'en sont pas une. Et pourtant, il ne fait aucun doute que la consécration de ces principes ou plutôt ces valeurs est un processus de protection comme des valeurs indispensables au fonctionnement du système juridique.

1170 J.-P. THERON, « Dignité et libertés, Propos sur une jurisprudence contestataires », in Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mougeron, BRUYLANT, 1998, pp.295 à 306.

300. Il intéresse les dirigeants représentant de la société auprès des tiers, dans la mesure où, qu'il s'agisse de contrats[1171] translatifs de propriété dont l'objet est le transfert de la propriété d'une chose, de contrats générateurs d'obligations de faire ou de contrats de prestation de service ou encore de contrats relatifs à la remise d'une chose, la seule vraie règle générale et omniprésente dans toutes les combinaisons possibles c'est sûrement le fait qu'ils seront conçus à titre onéreux[1172]. Ce lien de droit s'exprime sous forme d'obligation active (créances) ou passive (dettes), obligations à la source desquelles se trouvent, en bonne place, les actes juridiques dont les contrats.[1173]Choix ne peut alors être plus judicieux de saisir les contrats conclus par les dirigeants de société commerciale comme le cadre d'énonciation[1174] et de valorisation par excellence des principes éthiques, la liberté[1175] et donc la volonté des parties constituant le socle des contrats[1176], du rapport de confiance. Ce rapport rend le contrat obligatoire[1177], contraignant. Il est structuré autour de la négociation des règles et normes applicables. Ainsi, chaque partie prenante, essentiellement chaque dirigeant qualifie ou disqualifie de normatif les valeurs et principes structurants ses comportements déjà inclus dans d'autres systèmes normatifs tels que la

1171 « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

1172« Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit un avantage. Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange ». Article 44 COCC

1173 Art. 1101 et s C.Civ français et les Art.s 39 et suivant du COCC

1174 Les contrats sont l'un des grands moyens de création de liens de droits, d'acquérir ce qu'on n'a point encore et disposer de ce que l'on a, il est normal qu'on s'intéresse au contrat considéré comme « un accord de volontés générateur d'obligations ». Dans le langage courant, le mot « obligation » sert à désigner toute forme de devoir dont la personne peut être tenue en vertu des normes les plus diverses, que ces normes soient morales, religieuses, mondaines, déontologiques... ou juridiques. Du point de vue juridique en général, le sens du terme est beaucoup plus étroit, car seuls les devoirs nés d'une règle de droit sont concernés. Autrement dit, il n'est d'obligation juridique que lorsque cette obligation est assortie d'une sanction juridique.

1175 « Libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». Il ne faut toutefois pas confondre le droit des bonnes mœurs, qui relèvent de l'éthique. Le mot Éthique vient d'un terme grec *Ethiqué*, qui signifiait "les mœurs". Le même passage du fait au droit s'est opéré dans le mot "morale" qui peut signifier « les mœurs » dans l'expression "la morale des Gaulois" ou un système d'exhortation à se conformer à des règles relatives au Bien et tenues comme universellement et inconditionnellement valables. ART. 42 Liberté de contracter. COCC.

1176 Art. 257 du COCC, « Les règles applicables aux différents contrats résultent de la convention des parties, de la loi et des usages ».

1177 Toutefois, la portée de cette force obligatoire est limitée en principe aux rapports *inter partes*. Il met à leur charge une obligation notamment de bonne foi, les parties étant tenues d'une obligation de loyauté dans la mesure où suivant les dispositions de l'Art. 1134 al. 3 du Code civil qui dispose que les conventions *« doivent être exécutées de bonne foi »*. A ce propos, chaque contractant est tenu d'exécuter fidèlement ses engagements, d'adopter une attitude rendant plus difficile l'exécution de l'obligation par l'autre partie.

morale, l'éthique, en fonction de la vision qu'il a des exigences de sa fonction directionnelle et de gestion[1178].

301. Or, s'agissant de la positivation, elle apparaît comme un processus de positivation qui saisit ces valeurs en dehors de toute construction volontariste. À ce niveau, la positivation des principes a une visée de réglementation et d'obéissance. Ils introduisent des règles de direction ou protectrices de la partie faible. Ils deviennent des propositions de droit, étant étendu que « les propositions de droit sont des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique, national ou international, donné à la connaissance juridique, si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu »[1179]. Elle constitue un processus d'atténuation du pluralisme juridique en ce sens qu'elle rend compte à l'absorption des principes et valeurs éthiques dans le droit. Le résultat peut être important, en raison de son caractère subjectif, « la norme éthique « nage dans le mou » par l'absence de contrainte, dans le flou par l'imprécision ou dans le doux par le niveau de force obligatoire »[1180]. Toutefois, dans la mesure où « l'éthique réfère à l'identification et à l'expression de valeurs ou de principes devant sous-tendre l'action responsable des personnes »[1181], il serait nécessaire de prendre la mesure des principes et notions juridiques qui la consacre et qui sont contenus dans le contrat pris dans son ensemble. La positivation apporte un autre éclairage sur la dynamique de construction *imposée* de leur caractère structurant. Dès lors, dans cette démarche, si ces principes de nature axiologique et normative sont reconnus, ils sont incorporés (par légalisation, codification, etc.), quitte à être déformés, recodés ou coupés de leurs significations socioculturelles dans le droit positif de l'État[1182]. Ainsi,

---

1178 Cette perspective permet de dépasser la simple expression de la légalité (au sens du droit moderne) et de sortir d'une approche du droit applicable à sa fonction uniquement focalisé sur le Législateur (Etat ou OHADA), au profit d'une conception de normes de comportements qui prenne en compte l'ancrage sociétal de sa fonction. Elle est donc volontariste.

1179 H. KELSEN, Théorie pure du droit, 2e éd. préc., p. 79

1180 M. MEKKI, « Propos introductifs au droit souple », dans ASSOCIATION HENRI-CAPITANT, Le droit souple – Journées internationales, t. XIII, Boulogne-sur-mer/Paris, Dalloz, 2009, p. 1-23.

1181 JUSTICE QUÉBEC, Éthique, probité et intégrité des administrateurs publics. Rapport du groupe de travail sur l'éthique, la probité et l'intégrité des administrateurs publics, [En ligne], [www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/ rapports/ethique.htm], (17 février 2010).

1182 Les régulations sociétales sont, en effet, aussi porteuses de valeurs sous-jacentes qui insufflent aux normes leurs significations sociales et leur rôle dans la régulation sociale. Ces valeurs ne sont pas figées, elles sont évolutives, en l'occurrence de par leurs frottements quotidiens aux valeurs fondant les autres systèmes. Or, le plus souvent, dans la perspective décrite ici, seuls sont intégrées dans le droit moderne de l'État les normes, par ailleurs retranscrites dans des codes nouveaux, posées sur des valeurs relevant d'un autre système normatif (celui de l'État moderne). Au lieu de favoriser les interactions constructives entre valeurs, cela peut aboutir à les figer, côte à côte, voire face à face. Voir « La démarche interculturelle

même si à travers le processus de positivation des valeurs éthiques le droit participe de « la construction de leur obligatoriété bien que ce soit comme normes à contenu variable »[1183], cela ne dénature nullement le droit. L'office de la loi comme le rappelait Portalis, « c'est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »[1184]. D'ailleurs, dans la mesure où les échanges économiques sont essentiellement structurés autour de la liberté des personnes, cette positivation ne manque pas et a l'avantage de consacrer, comme le rappelle M. Verhaegen, des valeurs revêtant un « rôle opérationnel indéniable dans la construction du sens de la norme, dans son interprétation »[1185]. À cet effet, le droit *tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que les règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes, il peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, telles que l'équité, le raisonnable, l'ordre public, la faute, en laissant aux juges le soin de les préciser dans chaque cas*.[1186] Quoi que, malgré la difficulté à appréhender les valeurs prétendument immuables et universelles qui « innervaient » la trame du droit applicable aux fonctions du dirigeant, la consécration de ces principes leur permet de passer dans une certaine mesure de « ce qui doit être » à « ce qui est » en dépassant la subjectivité de celui qui porte un jugement. Cela veut dire qu'au lieu que ce soit les valeurs qui fondent les normes juridiques, c'est plutôt les normes qui fondent les valeurs éthiques. Ce processus consacre des règles éthiques obligatoires relativement à certains aspects des rapports contractuels, tant en interne que dans les relations avec les principales parties prenantes aux activités sociales. Les dispositions qui consacrent les valeurs étant dès lors obligatoires dans leur contenu, officielles et

---

d'élaboration de la jurisprudence : outil privilégié pour une approche plurielle des droits de l'Homme. » de Séverine Bellina, In http://www.institut-gouvernance.org/fr/chapitrage/fiche-chapitrage-51.html

1183 J. LENOBLE, et M. MAESSCHALCK, L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance, Sherbrooke, Éditions RDUS.2009.

1184 Portalis, Discours préliminaire au premier projet de Code civil, Préface de Michel Massenet, collection « Voix de la cité ».ed Confluences. p.19

1185 J. VERHAEGEN, « Notions floues et droit pénal », dans C. PERELMAN et al., Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, Bruylant,1984, p. 7-19.

1186 C.PERELMAN, et al., Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, Bruylant. 1984.p.365.

punissables[1187]. Elles font partie des principes généraux du droit général des contrats, c'est-à-dire des règles qui vont s'appliquer à défaut de régime particulier.

302. D'un autre côté, une foule de « choses sont nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. »[1188] D'ailleurs, selon la définition civiliste, l'acte juridique « est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit »[1189]. Les publicistes partagent cette définition dans la mesure où ils considèrent que l'acte juridique est celui qui modifie « l'ordonnancement juridique »[1190]. L'acte matériel, quant à lui, est défini *a contrario* ; il est l'acte qui n'est pas juridique. Il caractérise des gestes, des mouvements d'acteurs ; il est un acte « de réalisation ou exécution finale du droit »[1191]. M.Eisenmann définit donc l'acte juridique par rapport au résultat auquel il tend, c'est-à-dire la création ou l'extinction de droits et d'obligations, en un mot, par rapport à un résultat juridique. Mais, puisque les actes matériels visent le même résultat que l'acte juridique, ils perdent par voie de conséquence leur qualification d'actes matériels dans la mesure où le résultat, lui, est juridique[1192]. Sans aucun doute alors, le pluralisme des critères de construction de leur caractère structurant est un argument assez fort en faveur de l'appropriation de la RSE par le dirigeant[1193]. L'attrait principal de ce processus de construction volontariste sera de retenir également l'idée selon laquelle la décision du dirigeant repose dans une certaine mesure dans la perception, mais aussi sur une éthique pluraliste en quête permanente de cohérence vue

---

1187 Louise LALONDE, « Les « lois éthiques », un défi pour le droit », Éthique publique [En ligne], vol. 13, n° 1 | 2011, mis en ligne le 20 décembre 2011, consulté le 19 août 2012. URL : http://ethiquepublique.revues.org/394 ; DOI : 10.4000/ éthique publique.394

1188 Portalis, Discours préliminaire au premier projet de Code civil, Préface de Michel Massenet, collection « Voix de la cité ».ed Confluences. P19

1189 M. FABRE-MAGNAN, « Les obligations », Puf, 2004, p. 8, n° 6 ; voir aussi J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « Les obligations : l'acte juridique », Armand Colin, 11ème éd. 2004, p. 35, n° 60.

1190 J.-A. MAZERES évoque longuement dans ses cours précités de ce qu'est l'acte juridique en droit public. Il pense notamment que l'acte juridique peut signifier un comportement à effets juridiques dans la mesure où l'acte ou décision juridique semble découler de plus en plus du comportement de l'administration (silences, actions non formalisées) que de la rédaction d'un écrit (C.E. ass, 29 septembre 1995, « Association Green Peace France », R.D.P. 1996, p. 256, concl. Sanson).

1191 BONNARD cité par EISENMANN, « Cours de droit administratif », t2, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 217 & s. (p. 188).

1192 EISENMANN, Ibid., p. 186 & s.

1193 Du reste, il est évident que cette construction volontariste de ces valeurs en de principes structuraux constitue l'un des défis pour une acceptabilité de ces principes structuraux éthiques, sans toutefois que ce processus consacre un droit de compromettre la liberté du dirigeant. Elle s'exprime dans une pluralité irréductible de valeurs, ce qui appelle dans le cadre de la construction volontariste à une éthique pragmatique destinée à établir certains points de repère consensuels (nommés « principes ») capables de servir à identifier, structurer et juger des cas particuliers de l'éthique pratique énoncée sous forme de valeurs sociétales.

dans un sens structural et unitaire. Cela ne manque pas de rappeler que le modèle de fonction sociétale du dirigeant est tributaire du contexte de mise en œuvre. L'éthique ne sert pas seulement à la systématisation mais aussi à l'orientation et à la motivation des actions du dirigeant.

2. Le risque d'instabilité du modèle de fonction sociétale du dirigeant

303. L'entreprise fait l'objet depuis ces dernières années de multiples requêtes à travers lesquelles on l'enjoint de tenir compte de ses parties prenantes et d'élargir la mesure de sa performance à de nouvelles dimensions sociales et environnementales affectant ou pouvant être affectées par la réalisation des objectifs de la société commerciale. Si bien que les gestionnaires doivent aujourd'hui faire face à des injonctions contradictoires. De ce point de vue, la question du déterminisme ne peut laisser indifférent celui qui cherche à établir un pont entre les principes de responsabilité sociétale et la définition juridique des conditions d'exercice des fonctions du dirigeant. C'est presque un lieu commun que d'invoquer l'indéterminisme gouvernant le statut sociétal pour mettre à mal la crédibilité de son caractère structurant dans la définition du statut du dirigeant. Pourtant, il est constant qu'on peut voir une incompatibilité entre le déterminisme rigide (ou vu comme tel) et la liberté du dirigeant. Il est une contrainte nouvelle et incontournable de la gouvernance en ce début de XXIe siècle : celle des interrelations, et de l'interdépendance. Cette évolution du contenu du statut du dirigeant s'amorce peut-être, dont rien n'assure qu'elle sera linéaire et qu'elle aboutira à une pratique de la fonction de dirigeant en accord avec la conception revisitée de la responsabilité de la société commerciale. La RSE n'étant pas encore consacrée par le droit positif, « la plus grande partie des comportements dictés par des considérations de RSE correspond à une démarche volontariste de la part des entreprises »[1194]. Comme ces engagements RSE relèvent juridiquement de l'engagement unilatéral, ils n'engendrent d'obligations qu'à certaines conditions très restrictives (intensité et fermeté de la volonté exprimée, l'engagement doit être précis et ferme), si bien que « la RSE comme source de responsabilité juridique pour les entreprises reste donc encore largement de l'ordre du mythe »[1195]. Seulement, implicitement, la représentation de la responsabilité sociale s'appuie sur la présomption de la capacité des entreprises de s'autoréguler, c'est-à-dire de concilier volontairement et de façon proactive leurs intérêts

1194 B. ROLLAND, *« Quelle responsabilité pour la RSE ? L'exemple de la responsabilité gouvernementale »,* communication au colloque sur *« La RSE, réalité, mythe ou mystification »*, Grefige Nancy 2,17 et 18 mars 2005.

1195 ibid.p.9

privés et l'intérêt public. L'essence de la RSE résiderait à ce propos, dans le fait qu'elle se définit et se réalise par des initiatives volontaires de la part des sociétés commerciales pour aller au-delà de ce qui est requis par la loi sans toutefois aboutir à un modèle stable.

304. L'enjeu est de définir le statut sociétal du dirigeant comme compromis entre des intérêts divergents qui illustre parfaitement (même si elle ne la résume pas) l'absence de stabilité de ce modèle nouveau de statut. Cette instabilité caractérise la difficulté à définir son rôle sociétal et à obtenir à cet effet un accord entre les acteurs sociaux, pour des raisons objectives -les intérêts qu'ils défendent sont la plupart du temps divergents- et subjectives[1196]. Il ne s'agit « évidemment » de réaliser une évaluation comme on réalise un bilan de fin d'année, en pesant le pour et le contre, et en cherchant à améliorer les points négatifs tout en renforçant les points positifs, le responsable étant mis à la porte si le bilan n'est pas favorable. Si l'on considère une entreprise, c'est même l'inverse qui se produit souvent : le dirigeant affirme des valeurs qui ne sont pas respectées, créant ainsi des attentes inassouvies ; la déception étant à la hauteur des attentes, la partie prenante n'ose ou ne peut réagir efficacement ; il s'en trouve démotivé, la productivité baisse, et certains, souvent les plus performants, quittent l'entreprise ; d'autres se sentent tellement mal à l'aise qu'ils ne prennent plus aucune initiative ; le dirigeant, quant à lui, reste à son poste et ne souffre pas de la situation si la rentabilité en vient à trop se réduire. Cela pour montrer qu'il existe une certaine forme d'évaluation de l'éthique, et que celle-ci est peu objective. Toutefois, cette contingence n'est pas l'apanage de la responsabilité sociétale. Il est considéré aussi que « les principes juridiques sont une « indétermination orientée » selon Dworkin. Plus précisément, c'est un élément du langage juridique à contenu indéterminé qui indique simplement une direction. Il y a à la fois l'idée d'indétermination et de direction »[1197]. Cette contingence de la RS n'est pas nécessairement un « risque » par sa définition même éventualité, possibilité qu'une chose arrive ou non[1198]. Elle n'est risque que lorsque l'événement attendu s'avère négatif, inutile, stérile, improductif. Si la responsabilité sociétale est en soi contingente, son application peut devenir essentielle,

1196 L'attitude face au risque de non prise en compte des attentes et intérêts des parties prenantes est sans doute aussi affectée par un paramètre d'inconsistance dynamique. Le positionnement sociétal du dirigeant ne dépendrait que de la situation matérielle présente. Lorsqu'une attente existe, les administrateurs ne peuvent la frustrer par un comportement constituant un abus, un préjudice injuste ou une omission injuste de tenir compte d'un intérêt pertinent. Il s'agit d'une responsabilité sociétale contextualisée et difficilement évaluable. L'idée d'évaluer la mise en acte de la responsabilité sociétale peut sembler à prime abord saugrenue.

1197 R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in (http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2008/01guastini.pdf)

1198 Nouveau LARROUSSE Universel, t. 1, v° contingence.

lorsqu'il est impossible de trouver des corrélats synonymiques plus pointus, en termes plus simples, des substituts possibles aux obligations juridiques du dirigeant. Si ces obligations juridiques s'avèrent être substituables par des termes plus précis, alors sa contingence peut ne pas devenir un embarras : à quoi bon la responsabilité sociétale[1199] . On évoque souvent le fait que la morale exige de toujours prendre en compte l'autre, alors que « le droit connaît des hypothèses dans lesquelles le sujet de droit est aussi tenu dans l'exercice de son droit de propriété privée de prendre compte l'autre, sans que cela n'implique un devoir de solidarité »[1200]. L'exercice de la fonction du dirigeant est ainsi souvent jalonné par des crises qui se traduisent par des revendications collectives dans l'entreprise en termes de respect des attentes, de respect de l'environnement, de responsabilité sociale et de souci éthique. Au-delà du dirigeant, il est souvent reproché au droit OHADA de s'être éloigné de certaines parties prenantes de la société commerciale et de s'être transformée en une matière technique peu soucieuse de répondre aux véritables problèmes sociaux qui affectent l'activité sociale de la société commerciale. En réponse, il s'agit de procéder à un arrimage du statut juridique du dirigeant à l'éthique, sans toutefois faire de l'éthique un simple argument « marketing » à la mode ne reflétant pas une vraie prise de conscience de la responsabilité sociétale de la société commerciale. L'éthique vise à répondre à une question qui préoccupe tout homme de valeur : *comment agir au mieux ?* Cet arrimage du statut du dirigeant à la dimension sociétale de ses fonctions doit être une volonté partagée par l'ensemble des parties prenantes à la vie de la société pour lui donner une nouvelle identité juridique et asseoir son autonomie.

1199 Cette contingence est d'autant plus marquée que les dirigeants et les parties prenantes, surtout les associés peuvent être confrontés à une mésentente majeure mais sans pour autant être en mesure de démontrer l'existence d'un acte abusif ou inéquitable.

1200 Cette propriété privée est à la fois un droit limité dans son usage et un droit fondamental lié à l'individu et à sa liberté, saisi notamment par la Déclaration des Droits de l'homme de 1789 qui établit la propriété comme faisant partie des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » (art. 2). Le Code civil le définit à l'Art. 544, comme « droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

§-2. L'introduction de dimensions éthiques professionnelles dans les fondements des fonctions du dirigeant sociétal

305. En redéfinissant le statut social de l'entreprise privée prioritairement eu égard aux comportements de son (ses) dirigeant(s), il s'agit ainsi de contribuer à la positionner comme une institution sociale légitime. Il est proposé des perspectives non pas forcément alternatives, mais complémentaires de l'entreprise commerciale susceptible de refonder les responsabilités du dirigeant sur un spectre plus large que les seuls indicateurs financiers. Il va sans dire que l'éthique du dirigeant qui sous-tend le rapport à autrui, partie prenante demeure une condition et une limite à sa liberté comme sujets éthiques et inscrit ce rapport sous le signe de sa responsabilisation. L'éthique professionnelle peut être perçue comme « la prise en compte d'une responsabilité vis-à-vis de ses employés, de ses clients et de l'environnement. Rien à voir avec la morale. L'éthique est avant tout un comportement, une ouverture sociale qui doit servir à contrebalancer la recherche de profit à tout prix[1201] »[1202]. Force est alors de constater que cette perspective ne saurait donc être matérialisée, constituer une rupture que si le processus continu de changement qui le porte, se rattache à un cadre d'appropriation de nouveaux aspects sociétaux dans l'exercice des fonctions des dirigeants (A). Les effets de transition semblent à ce propos, importants, sachant qu'aucun processus de légitimation ne se construit *ex nihilo,* le souci de responsabilisation devant être constant (B).

A. L'appropriation des aspects sociétaux de la fonction du dirigeant

306. À la qualification du dirigeant on doit adjoindre des caractéristiques plus personnelles rapportées au vocable de « postures sociétales »[1203] qui interviennent en appui comme

1201 Voir définition de l'éthique dans l'entreprise par Yann A Gourvennec, in http://visionarymarketing.com/fhtmlabs.html

1202 Sur la notion d'éthique, voir Bruno Mathon dans Le Guichet du savoir, août 2005 in http://www.guichetdusavoir.org/ipb/index.php?showtopic=10928 (consulté le 24 juillet 2014)

1203 On associe souvent à cette perspective de prise en compte des aspects sociétaux à une démarche de direction et de gestion de la société commerciale basée sur le fait que les dirigeants ont tendance à mesurer les perspectives de création et de maximisation de la valeur non pas dans l'absolu, mais plutôt relativement aux autres parties prenantes. Cela devrait avoir pour conséquence de permettre la reconnaissance de la possibilité de recours en cas de comportements ou d'actes abusifs ou inéquitables (injustes) des lors que les décisions prises n'auraient pas satisfaits l'exigence d'une prise en compte de l'impact sur les parties prenantes. L'injustice peut résulter soit de du comportement, soit de la façon dont la société conduit ses activités commerciales et ses affaires internes ou soit de la façon dont ses dirigeants exercent ou ont exercé leurs pouvoirs ».

facteurs de performance personnelle. Il s'agit, corrélativement à son rôle d'acteur monopolistique, d'acteur central de la gouvernance des sociétés commerciales qu'il gère, administre, et dirige des postures intellectuelles : visions, originalité d'esprit, d'élément de personnalité (motivation, persévérance), et d'attitudes spontanées en rapport avec des valeurs (respect des autres, éthique, sens des devoirs sociaux). Cette dernière posture qu'on peut décomposer en deux sous postures sociétales de garant (1) et de médiateurs (2) retiendra notre attention. Ces différentes postures des dirigeants influencent fortement les processus décisionnels et de gestion de plus en plus complexes des sociétés commerciales.

1. La posture sociétale de garant de l'intérêt social de la société commerciale

307. Quelle que soit la structure de l'équipe dirigeante -entreprise familiale, entreprise managériale -les dirigeants restent garants de l'intérêt social qu'ils définissent. Ils sont « les seuls détenteurs réels et légitimes du pouvoir. Il semble donc plus naturel de leur confier la mission de déterminer l'intérêt social de la société »[1204]. S'il y a aujourd'hui une qualité plus importante qui entre en ligne de compte dans l'atteinte des objectifs fixés par la société commerciale, le leadership du dirigeant vu comme garant en est un. Pour M. Didier, le pouvoir de définition de l'intérêt social repose plus généralement sur le représentant et fonde l'imputabilité de l'acte au représenté : « la représentation recouvre des situations où une personne se voit imputer les actes d'une autre parce que cette dernière a défini ce qu'était l'intérêt de la première. La personne est représentée parce que l'acte qu'on veut lui imputer est présumé conforme à son intérêt »[1205].

308. En revanche, même si la notion de garant ne se laisse pas saisir facilement, un accord unanime étant difficile à trouver sur sa définition, le concept se présente comme un besoin non négligeable au changement de perception du statut du dirigeant. Car il implique une influence à exercer par le dirigeant pour l'atteinte des objectifs. Son leadership est d'autant plus marqué que l'actionnaire n'est pas plus propriétaire de l'entreprise que le dirigeant n'est son agent. Il n'en demeure pas moins protecteur des droits et libertés dans la société commerciale. Les incertitudes apparaissent lorsqu'on se demande à qui le dirigeant doit s'efforcer d'imposer le respect de l'intérêt social et sur les moyens dont il dispose. Les deux questions sont le plus souvent liées et commandent l'étendue du champ d'action du dirigeant, son autorité et son leadership. L'autorité correspond à l'aspect formel du pouvoir. Son détenteur bénéficie d'un statut qui l'habilite à commander, à être obéi par les

1204 S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés ; Les connexions radicales*, LGDJ 2002, spéc. n° 255, p.127

1205 PH. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préc. spéc. n° 179 p. 128

subordonnés[1206]. À cet effet, la reconnaissance des normes éthiques comme applicables aux fonctions du dirigeant appelle quelques réserves chez certains auteurs qui souhaitent, semble-t-il, éviter d'entrer dans le « marécage des sentiments », pour reprendre l'expression du M. Paul Martens[1207]. L'enjeu se situe dans l'amplitude interprétative des normes juridiques qui ne peuvent pas, pour des objectifs d'efficacité et de sécurité des affaires, aller dans le sens où la nature de l'éthique le commanderait[1208]. La jurisprudence *Said V. Butt*[1209] en constitue une parfaite illustration. Suivant cet arrêt, les dirigeants ne sont pas responsables du délit d'inciter la société à violer un contrat, dans la mesure où, ils n'ont pas dépassé leur pouvoir et n'ont pas agi à leur profit personnel ni par pure malveillance ou mauvaise volonté[1210]. On peut même affirmer qu'il n'est en aucune manière nécessairement vraie que les règles de droit reflètent ou donnent satisfaction à certaines exigences morales, bien qu'en réalité elles l'aient souvent fait[1211]. En cette matière les points d'achoppement touchent à l'énonciation des principes à contenu variable. On remarque que même si des notions comme la licéité renvoient à des considérations éthiques, il n'en est pas ainsi toujours. Comme le rappelle par exemple Carbonnier, « le licite n'est pas toujours moral »[1212]. Il est sanctionné parce que la loi l'a prévu et non parce que contraire aux exigences éthiques. Les agents économiques demeurent libres[1213]. Pour autant, partant du principe qu'« un échange social élémentaire

1206 Le dirigeant qui est investi de cette autorité peut, dans le cas échéant, s'appuyer sur des sanctions et mesures coercitives : contravention, blâme, mutation, licenciement ; ou d'avantages matériels, symboliques, psychologiques : félicitations, augmentation de salaire, promotion.

1207 P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, Collection de la Faculté de droit de l'université de liège. 2003, p.201.

1208 L. LALONDE, « Les « lois éthiques », un défi pour le droit », Éthique publique [En ligne], vol. 13, n° 1 | 2011, mis en ligne le 20 décembre 2011, consulté le 19 août 2012. URL : http://ethiquepublique.revues.org/394 ; DOI : 10.4000/ éthique publique.394

1209 Affaire Said v. Butt, [1920] 3 K.B. 497 (Eng. K.B.).

1210 Une telle perspective, même si elle satisfait une analyse purement juridique, ne permet pas de saisir toutes les dimensions de la fonction du dirigeant. Elle ne peut être uniquement juridique, dans la mesure où « le droit constitue certes un cadre comportemental minimum en deçà duquel la paix sociale et, par conséquent, la sécurité des citoyens seraient sérieusement compromises, il est loin d'être un idéal achevé ». D'autres normes sont supplémentaires.

1211 Le concept de droit (traduction française par Michel Van de Kerchove). Bruxelles, Faculté universitaire Saint Louis, 1976, p224.

1212 J. CARBONNIER, *Flexible droit,* dixième édition, Paris, LGDJ. 2000.p94.

1213 Cette vision de primauté de la liberté contractuelle sur toute autre considération a été réitérée et accentuée par l'Art. 1134 du code civil faisant du contrat librement et valablement signé la « loi » des parties. La reconnaissance de cette liberté impose des limites. Ici, c'est le rapport interindividuel qui est plus privilégié. De sorte que le recours à la moralité implique que ce rapport tienne compte en plus de la protection de la partie contre elle, sa décision librement exprimée, mais aussi de la société. C'est d'ailleurs les raisons qui semblent présider au refus d'une consécration d'une obligation de recherche de l'éthique du

entre deux individus n'est réellement équilibré que si l'action en retour de l'une des parties par rapport à l'autre apporte à ce dernier une satisfaction égale à la satisfaction de la première partie par rapport à l'action de la deuxième, les coûts respectifs des deux actions étant eux-mêmes égaux » [1214], la prise en compte de l'éthique aurait nécessité donc un équilibre dans les différents avantages attendus du contrat. La justice saisie du point de vue éthique est recherchée ici. Or, à la lecture du code des obligations civiles et commerciales, il est permis de relever que le droit est assez insensible au déséquilibre des prestations. Le législateur, relativement à la constatation de la lésion, précisera que « la lésion résultant du déséquilibre des prestations promises dans le contrat au moment de sa formation n'entraîne la nullité ou rescision du contrat qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi »[1215]. Des auteurs tels Ripert n'hésiteront pas à ce propos, à considérer que les rédacteurs du Code civil n'ont donné à la rescision pour lésion qu'un domaine très limité, presque « à regret » [1216]. Les contrariétés se traduisent également par une désaffection de la révision lorsque des circonstances ont bouleversé l'équilibre du contrat.[1217]

309. Les conditions dans lesquelles le contrat pourra malgré tout être remis en cause sont ensuite énumérées de manière très restrictive, et la procédure mise en place (renégociation préalable entre les parties, intervention du juge) présente toutes les garanties contre les recours abusifs[1218]. L'acceptation de certains écarts et les concessions n'affaiblissent aucunement la nécessité d'appliquer ses principes éthiques ; au contraire, le seul fait d'admettre l'existence même de limites à l'application de principes éthiques est susceptible de conduire à une prise de conscience des écarts acceptables. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'acceptation préalable de l'existence d'une telle limite n'est en soi pas une entrave, mais peut même constituer un élément favorisant l'application même de l'éthique.

---

profit. Dans ce cadre, le droit se soucie moins de l'équilibre des prestations, les obligations contractuelles n'étant pas le siège de la proportionnalité. L'éthique du profit n'est pas une exigence juridique. Le droit civil est quasiment indifférent devant les relations disproportionnées, ou d'avantages injustifiés. Il consacre très peu de techniques de correction de situations très équitables.

1214 J. PIAGET, « Introduction à l'épistémologie génétique. (III) La pensée biologique. La pensée psychologique. La pensée sociologique, 1950, vol. 2, p. 347

1215 ART. 75 COCC. Sénégal

1216 G. RIPERT, Le régime démocratique et le droit civil moderne, LGDJ, 1936, n° 93, p. 179.

1217 L'option prise par le COCC de ne pas accepter la possibilité de révision ne va sans contrarier l'éthique. La possibilité de remettre en cause les contrats risqueraient d'ouvrir la porte à la mauvaise foi, à des recours abusifs. C'est d'ailleurs la raison qui a poussé les rédacteurs de l'avant-projet de rappeler dans l'Art. 6/22 de l'avant-projet AU portant droit des contrats commence par rappeler fermement le principe de la convention-loi : « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes … ».

1218 Art. 6/23 et 6/24 Avant-projet AUDC.

Il est même fort probable que la connaissance de la limite acceptable des écarts – qui est propre à chacun rappelons-le – nécessite d'en avoir expérimenté la transgression. Cette perspective d'analyse est d'autant plus intéressante qu'en principe le gardien de l'intérêt social en est nécessairement l'interprète. Comment en effet le dirigeant pourrait-il prétendre le faire respecter s'il n'était habilité d'abord à dire ce qu'il impose ? Cela vaut pour l'exercice de ses propres pouvoirs : le dirigeant en dehors des statuts de la société, définit lui-même ce que lui commandent la loi et son éthique. Chacun de ses actes suppose une interprétation au moins implicite de leurs règles et principes : lorsqu'il agit il doit y être autorisé par elles et ses abstentions auront parfois pour objet de les faire respecter. Cela implique par ailleurs une responsabilité en termes de protection de la réputation de la société commerciale. La fonction de dirigeant n'a pas pour seule vocation de s'exercer dans l'ordre interne. Même si on conviendra, que les statuts peuvent ne pas lui donner une compétence générale et absolue dans ses rapports avec les associés-actionnaires, sa désignation comme « dirigeant » a pour effet de créer à son profit un domaine propre, « réservé », comprenant la représentation auprès des tiers, où il agit à sa guise, sous réserve de son éventuelle responsabilité. Il peut alors volontairement prendre des engagements supplémentaires relatifs aux droits de l'homme – tels que la promotion de certains droits de l'homme – pour des raisons philanthropiques, pour protéger ou améliorer leur réputation ou encore pour ouvrir de nouveaux marchés[1219]. Ici encore il faut se demander sur quoi portent exactement les devoirs et responsabilités des dirigeants[1220]. On peut estimer que de la réputation de la société commerciale, sa croissance, des accords et contrats signés engageant la société dirigée, il est institué garant ; on conclut qu'il en est responsable et répond de leur respect. Par ailleurs, dans la foulée de cette qualité appelée à structurer

1219 « *Nombre de groupes de pression et de mouvements revendicateurs de la société civile voient essentiellement dans la RSE et ses outils d'application des stratégies marketing destinées à améliorer l'image de l'entreprise et à se concilier les bonnes grâces des parties prenantes. Ce qui n'est guère surprenant quand on considère la nature des bénéfices annoncés de la RSE par de réputées et influentes associations d'affaires comme le Conference Board du Canada ou Business for Social Responsibility: diminution des coûts d'opération, amélioration de l'image de marque et de la réputation, meilleure qualité et productivité, augmentation des ventes et de la loyauté des consommateurs, amélioration de la capacité d'attraction et de rétention des meilleurs employés… un véritable « Graal » des affaires* » Voir La responsabilité sociale d'entreprise dans la PME; option marginale ou enjeu vital ?, Alain LAPOINTE et Corinne GENDRON, Octobre 2004, Cahier 06-2005 Page 8-23.

1220 Les dirigeant chercheront à tout prix à maintenir une bonne réputation, en termes de respect de la dignité humaine des travailleurs, de l'environnement et y réfléchiront à deux fois avant d'exposer la société commerciale aux scandales, de peur de ne pouvoir pas soutenir les conséquences économiques et financières néfastes qui pourraient en résulter. Ils seront donc peu enclins à prendre des risques qui pourraient mettre en péril ce niveau. On voit donc apparaître ici un nouveau déterminant de l'aversion au risque dans cette propension à former des pratiques éthiques de gestion et d'administration.

toutes les initiatives prises par le dirigeant, il faut également ajouter une autre dimension, la médiation, destinée elle aussi à sous-tendre toute action du dirigeant en leur fournissant en quelque sorte un plancher.

2. La posture sociétale d'arbitre des intérêts catégoriels des parties prenantes

310. Le dirigeant a une fonction qui exige de lui qu'il décide et régule les activités sociales dans le cadre de règles légales et/ou négociées établies conformément à l'intérêt social. Cela suppose une posture tendant à briser toute soumission et la construction d'une autonomie reliant. En effet, la posture de médiation qu'implique sa fonction fait qu'il devra se coltiner la loyauté et composer avec elle car elle est le socle de son enracinement affectif, elle est constitutive de son identité, de dirigeant sociétal. Son statut du dirigeant dans l'espace OHADA se trouve dans une situation paradoxale et difficile : d'un côté, sont proclamés dans divers textes légaux un nombre croissant de droits civils, politiques, sociaux, économiques et culturels, qui constituent, dans l'histoire du droit, l'affirmation la plus achevée des exigences de la responsabilité sociétale, d'un autre côté, toutefois, ces mêmes droits deviennent des idéaux utopiques dans la mesure où ils sont systématiquement enfreints par d'autres exigences économiques, de maximisation des profits, étant entendu qu'il s'agit là d'un principe directeur[1221].

311. Malheureusement, les crises économiques récurrentes qui ont eu pour effet d'émouvoir l'opinion et de faire réagir les pouvoirs publics[1222], ne sont pas simplement financières, elles ne sont pas simplement économiques, elles ne sauraient être sociétales simplement. Par tradition les questions des impacts environnementaux[1223], sociaux[1224] et de gouvernance[1225] sont longtemps demeurées hors du champ d'action[1226] du dirigeant, au

---

1221 Cela peut entrainer une collision frontale des valeurs, intérêts et attentes en présence, qu'elle soit la maximisation du profit, l'équité, de justice. Cela interpelle le dirigeant dans la recherche de l'équité dans leurs rapports internes et externes, le problème majeur que soulève cette conception réside dans la contradiction existant entre ces affirmations et la logique de fonctionnement actuel des entreprises qui est centrée d'abord sur l'actionnariat et sur l'objectif de maximisation du retour sur investissement pour les actionnaires.

1222 Voir, Théorie de l'agence : évolutions réglementaires pour une rémunération plus éthique des grands dirigeants - in http://blogrhkurtsalmon.com/2012/06/06/theorie-de-lagence-evolutions-reglementaires-pour-une-remuneration-plus-ethique-des-grands-dirigeants/#sthash.XyGS76rO.dpuf (consulté le 14 décembre 2013)

1223 Ils portent sur l'impact direct ou indirect de l'activité de l'entreprise sur l'environnement.

1224 Ils portent sur l'impact direct ou indirect de l'activité de l'entreprise sur les parties prenantes par référence à des valeurs universelles (droits humains, normes internationales du travail, lutte contre la corruption, etc.)

1225 Ils portent sur la manière dont l'entreprise est dirigée, administrée et contrôlée, et notamment les relations qu'elle entretient avec ses actionnaires, son conseil d'administration et sa direction

contraire des préoccupations économiques. Aujourd'hui les choses ont changé car ces questions sont étroitement liées à la performance financière de l'entreprise. Cette évolution signifiant une étroite liaison entre la durabilité et la comptabilité ainsi que l'émergence d'une fonction nouvelle dans la définition du statut du dirigeant. Ce dernier ne peut plus éluder les questions de durabilité et les performances financières ont commencé à devenir interdépendantes. Cet environnement devrait contribuer à maximiser la valeur de l'entreprise dans l'intérêt des actionnaires et des autres parties prenantes et ultimement favoriser le bien-être collectif des citoyens. Cette perspective est de plus en plus remise en cause par l'exercice de la RSE qui tend à faire valoir un ensemble de principes dans les rapports de la société commerciale avec ses parties prenantes (actionnaires, salariés, clients, fournisseurs), le tissu social, l'environnement naturel, et dans son propre fonctionnement, sur le terrain de la transparence et de l'éthique »[1227]. Un auteur indique à ce propos, que « la démarche consiste à prendre en compte l'impact potentiel de chaque activité de l'entreprise sur son environnement, qu'il soit humain ou naturel », mais également qu'elle « s'intègre de plus en plus étroitement à la gestion de l'entreprise »[1228]. Il en résulte un conflit né de la contradiction et de la mauvaise interprétation des fondements des différentes obligations du dirigeant. Or, ce conflit entre valeurs universelles, textes légaux et pratiques d'affaires, culture d'entreprise, a fini par faire considérer que les exigences sociétales ne sont qu'une promesse utopique, vouée à la disparition dans le monde éthéré des idéaux non réalisés.

312. Même si l'approche « stakeholders » laisse implicitement entendre que l'intérêt commun, auquel devrait contribuer la RSE, se résume à l'addition simple des intérêts individuels des parties prenantes, la convergence de ces intérêts individuels et du bien commun n'est pas automatique. Cela laisse entière la question de la priorité des intérêts, alors même que le dirigeant doit imprimer la direction et gérer la société. De ce point la qualité de médiateur ne constitue pas un statut du dirigeant mais une posture déterminant dans la définition du statut sociétal. Cela n'atténue nullement la portée de son statut d'autorité, d'organe de pouvoir. Il a un droit de commander, le pouvoir -reconnu ou non-

---

1226 Les fonctions du dirigeant sont focalisées sur la valeur actionnariale et gestion de la contradiction entre les préoccupations des actionnaires qui détiennent des actions – mais ne sont pas propriétaires des actifs, qui sont détenus par la société. Sans doute faudrait-il insister sur le lien entre la recherche, par les dirigeants de l'entreprise, de la maximisation du profit et la pression exercée par les actionnaires.

1227 Sur la « Responsabilité Sociale d'Entreprise (RSE) dans les entreprises bancaires in http://www.observatoire-metiers-banque.fr/f/etudes/sf/plus/s/responsabilite_sociale_entreprise_rse (consulté le 5 décembre 2013)

1228 *Ibib.*

d'imposer l'obéissance. Selon les circonstances et les applications, chacun de ces termes peut avoir une connotation positive ou négative. Le pouvoir peut être considéré comme une relation d'échange entre deux individus, entre deux groupes (conception positive) ou comme une contrainte par celui sur lequel il s'exerce, comme un droit incontestable par celui qui l'exerce (conception négative). L'autorité ou la manière dont elle est exercée (il abuse de son autorité) est souvent contestée mais, lorsqu'on est confronté à une situation anarchique, qu'on s'estime lésé dans ses intérêts, qu'on se sent en insécurité, on déplore l'absence ou l'insuffisance de l'autorité, on la réclame. Dans les expressions, il fait autorité ou il a de l'autorité, le terme se réfère à une qualité personnelle qui lui permet de gérer en toute responsabilité les conflits de loyauté[1229]. Dans la loyauté et le souci du respect des intérêts de chacune des parties, il est maître des modalités d'exécution de ses missions, que ce soit dans les relations au sein de son entreprise, et entre les organes sociaux de l'organisation et l'extérieur (avec les autres parties prenantes). La loi confère ainsi au dirigeant un rôle d'arbitrage au-dessus des luttes « politiques » des associés, mais la portée de celui-ci est singulièrement limitée actuellement, et doit, dans une certaine mesure, s'accommoder du maintien de la primauté des actionnaires, vidant potentiellement dès lors la RSE de toute substance réelle. Cela dit les choses ne sont pas aussi évidentes. En effet, une double mission est tracée au dirigeant : assurer d'une part le fonctionnement régulier des organes de la société commerciale et, d'autre part, la continuité de l'entreprise. L'accent n'est pas mis sur une conformité à la loi, ni aux statuts, mais sur la performance, sur un déroulement dans le temps, sur la nécessité pour les organes et entités de la société commerciale de fonctionner sans interruption, de façon « régulière », continue, d'où l'idée complémentaire de continuité de la société commerciale[1230]. Or actuellement, il y a plutôt une confusion entre culture, carcan et moule qui constituent alors autant de garde-fous et qui empêchent ainsi de prendre des risques. Rares sont les entreprises qui s'imprègnent de ces valeurs, pour les concrétiser par des pratiques managériales et éthiques. De ce point de vue, il peut être intéressant, lorsque toute perspective volontariste ~~ne~~ s'avère nulle, de

1229 Selon le dictionnaire Robert, la loyauté renvoie à la fidélité vis à vis de nos engagements, et à notre capacité d'obéir aux règles de l'honneur et de la probité.

1230 A la suite d'une défaillance, d'un vide, d'un conflit, c'est-à-dire de situations de fait sans lien avec une quelconque violation des Actes Uniformes et des statuts, il arrivera que le fonctionnement des entités et organes sociaux se bloque. Tous les problèmes de cette nature ne relèvent pas forcement de lui. Il a de ce point de vue, une compétence d'arbitrage qui l'oblige à réagir. Ne soulève pas de difficultés non plus l'idée que l'arbitre reçoit un mandat limité, il est appelé à se prononcer sur des questions précises, il ne peut sortir du champ soumis à son appréciation. Ce pouvoir n'est qu'un moyen au service d'une fin, d'ailleurs des mécanismes sont prévus et des responsables désignés pour y remédier, et la continuité pouvant être rétablie en dehors du dirigeant (saisine du juge et désignation d'un administrateur provisoire).

recourir au droit afin de combler les lacunes et provoquer des actions. Le dirigeant devra notamment mettre en œuvre une démarche globale et proactive visant à identifier les risques sur l'ensemble des décisions et activités sociales de la société commerciale, dans l'objectif d'éviter ou de limiter les risques en question. Cette recherche de l'équité pose ainsi le problème de la relation entre l'éthique et la stratégie d'action, autrement dit, entre l'aspiration à un idéal et les contraintes de l'exercice des fonctions de dirigeant qui ne permettent pas toujours – voire rarement – d'appliquer *tout* ce que l'on pense, tout ce que l'on souhaite. Non seulement le dirigeant est toujours plus ou moins contraint à effectuer des « concessions »[1231] ; mais en plus, des décalages inattendus par rapport à l'intention[1232] de l'action surviennent inévitablement a posteriori, ni prévus ni même prévisibles, résultant de l'incertitude inhérente à l'action. Nous obtenons ainsi une ligne de tension[1233], entre l'éthique et la réalité, dont le dirigeant est personnellement – selon le principe de responsabilité – seuls juges possibles Dès lors, c'est la capacité à « exercer en toute loyauté, diligence » la contradiction qui permet de la surmonter, soit d'effectuer les arbitrages et de trouver les régulations permettant à l'antagonisme de ne pas empêcher la performance. Autrement dit, cette « loyauté » ou cette « diligence » permet de trouver la capacité à négocier des tensions (avec les autres parties prenantes et déjà en soi-même) constructivement en toutes circonstances[1234]. La question réside dès lors essentiellement dans la capacité à gérer des « lignes de tension », comme celles existant entre l'éthique, les stratégies et la réalité. Ce qui nécessite en premier lieu l'acceptation *bienveillante* de sa qualité de partie prenante. C'est sans doute cette voie du milieu, d'équilibre qui est toujours menacée d'être taxée de tiédeur, de compromis, mais qui peut être aussi le gage d'une tension vraiment féconde, d'une action plus juste et plus humanisante. Elle sera irriguée par des principes tels la loyauté qui sont au cœur de multiples tensions qui traversent l'exercice des fonctions des dirigeants placés à l'interface des intérêts catégoriels. On peut ainsi considérer que ces deux postures du dirigeant constituent les deux grands schémas de référence qui se dégagent et qui font que la gouvernance est

1231 Par concession, considérons les écarts volontaires et/ou conscients.

1232 Toute action résulte d'une « intention », même si celle-ci ne constitue pas à proprement dit une « finalité ».

1233 Une « ligne de tension » marque un antagonisme fondamental ; mais qui n'est cependant pas irréductible si l'on admet pour principe que *certaines* contradictions peuvent coexister dans un même système concret ou de pensées.

1234 Il ne s'agit cependant pas de modifier ses principes éthiques au gré des circonstances, ou d'adopter une morale circonstancielle et contextuelle. Mais bien d'admettre que l'application de principes éthiques ne saurait en effet être définitive et rigide.

envisagée soit dans une optique plutôt « paternaliste »[1235] (le dirigeant est un guide), soit ~~elle est~~ considérée davantage ~~dans~~ comme une fonction de médiation et d'arbitrage (le dirigeant a pour rôle de rassembler et de faire interagir des intérêts divers au bénéfice de l'intérêt social). Elles définissent certaines situations d'exercice des fonctions du dirigeant et nourrissent aisément des effets structurants si, et seulement si, les changements sont traduits en apprentissage. Voilà sans doute circonscrits quelques principaux chantiers qui s'offrent le plus immédiatement aux dirigeants de conjuguer leurs efforts de direction des sociétés commerciales avec les attentes sociétales. On peut les identifier comme leurs prédispositions au changement social.

B. Le souci de la responsabilisation du dirigeant comme évitement de la responsabilité juridique

313. L'idée de responsabilité renvoie de nos jours à deux séries de connotations : une série négative avec le sens juridique du terme, et une série positive avec son sens moral. On parlera plutôt de responsabilisation fondée sur l'éthique (1), contrairement en droit, tant pénal que civil ou administratif, pour lequel l'idée de responsabilité est essentiellement négative et vise la sanction et la réparation. Le processus de responsabilisation va au-delà de cette dynamique conséquentialiste (2).

1. Les fondements éthiques de la responsabilisation du dirigeant

314. Lorsque le processus d'intégration des dimensions sociétales aura permis de neutraliser les processus qui inscrivent profondément dans les fonctions du dirigeant les postures de soumission ou de domination (des associés) ainsi que les dispositifs qui assurent le maintien régulier de telles postures, l'autonomie du dirigeant ne doit pas donner lieu à l'arbitraire. Ces pratiques doivent être régulées par des éthiques dont les « standards » et les règles serviront de repères. Elles auront alors une prise dans l'exercice de ses fonctions. Les principes éthiques consacrés à cet effet mettent l'accent particulièrement sur la responsabilisation[1236] des acteurs économiques et surtout du dirigeant. Du latin *respondere*, répondre : obligation ou nécessité morale de répondre de ses actions ou de celles des autres, de s'en porter garant devant une autorité, d'accepter pour quelqu'un de supporter les conséquences de ses actes.

1235 le manager paternaliste s'en distingue par l'établissement de relations de proximité avec les subordonnés. Tout en conservant de façon arbitraire la maîtrise des processus décisionnels, les dirigeants communiquent avec les salariés et peuvent prendre en compte leurs suggestions. L'efficacité de ce style de direction dépend de la personnalité et des valeurs du dirigeant.

1236 A. ETCHEGOYEN, *La vraie morale se moque de la morale*, Seuil, « Essais », Paris, 1999, pp.107, 128 et suivants.

315. En l'occurrence, la responsabilité que promeuvent les principes éthiques est considérée comme la juste contrepartie de la liberté comme principe d'action[1237], le dirigeant personne physique n'étant libre que pour autant qu'il assume les conséquences de ses actes. Dans ses actions, le dirigeant responsable est invité à évaluer les effets prévisibles de ses décisions et de ses actes, à déterminer et gérer l'application et les conséquences de ses décisions. Ainsi, sans être un semblant de scrupule, vite dissipé, quand tout aura été décidé rationnellement, cette responsabilité définit un certain nombre de standards de comportements, ce, souvent indépendamment de la véritable intention des dirigeants. L'élément psychologique ne doit toutefois pas être écarté dans l'appréciation des comportements. Il est demeuré important lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est de bonne foi ou non.

316. S'agissant de la dimension collective de la responsabilité, l'analyse met toujours l'accent sur l'individu et donne à l'éthique une dimension collective. Cette dimension est un des piliers, des fondements de la vie en société[1238]. Ils considèrent par ailleurs que l'équilibre sera naturellement assuré par les acteurs eux-mêmes, ou plus précisément par une main invisible. Le droit constitue à cet effet, une limite à l'hégémonie du système capitaliste et définit certaines règles du jeu auxquelles sont soumis les acteurs économiques. Ce qui règle les rapports sociaux, c'est la contrainte. Or, la société est œuvre de raison et de volonté puisque la vie sociale est une inclination naturelle de l'homme. Au bout d'un moment, l'homme finit par se révolter au nom de la liberté individuelle. Il est vrai aussi que l'enjeu réside dans la reconnaissance de ce bien commun qui transcende tous les biens particuliers. En effet, les dirigeants ont souvent tendance à négliger le bien commun au profit d'intérêts particuliers des associés-actionnaires qui seuls doivent avoir cours. Ils considèrent par ailleurs que l'équilibre sera naturellement assuré par les dirigeants eux-mêmes, ou plus précisément par une main invisible[1239].

1237 C'est-à-dire un principe d'anticipation, de précaution et de diligence dans la conduite des affaires.

1238 En l'occurrence, le comportement d'un individu est examiné plus par rapport à une norme plutôt que par rapport à sa véritable intention. Il est ainsi défini une certaine normalité. La responsabilité du dirigeant de ce point de vu apparait comme cette obligation morale qui le place sous le registre des devoirs, des devoirs d'agir, devoir de ne pas être négligeant, etc. La mise en pratique de ce devoir pose les enjeux de la reconnaissance du bien commun des parties prenantes qui transcende tous les intérêts particuliers, catégoriels. En effet, les acteurs économiques ont souvent tendance à négliger le bien commun au profit d'intérêts particuliers qui seuls doivent avoir cours.

1239 Le libéralisme répond que le bien commun n'est qu'une fiction pour désigner l'ensemble des biens particuliers de chacun. La différence entre bien commun et bien particulier n'est donc pas essentielle mais simplement numérique. Il se produit une autorégulation des appétits particuliers dans la société qui évite

317. Pour autant ses choix peuvent ne point les contenter. Dans la délibération éthique, toutes les positions à droit égal s'expriment de sorte qu'on décrète éthiques les normes et règles reconnues comme telles par consensus puis les décisions prises par consensus en référence à des règles d'éthiques particulières. De la confrontation et la négociation résulte des modèles de gouvernance de la conduite qui engendrent des conflits plus ou moins ouverts et explicites. Le risque demeure l'émergence de phénomènes de domination contraires au principe de diversité, fondements des principes éthiques. La difficulté résidera aussi dans la prise de position par rapport au respect de l'autre. La partie prenante quoique dissident ne devrait pas perdre ses droits du seul fait de la dissidence et par rapport à la subjectivité et l'intersubjectivité. Il reste dès lors à préciser les modalités de la responsabilisation, c'est-à-dire le rappel et l'imposition d'un devoir de responsabilité touchant la modification du statut, des référentiels d'exercice de la fonction de dirigeant et de ses comportements.

2. L'expression de la responsabilisation dépassant le conséquentialisme

318. L'analyse décisionnelle en termes de conséquences probables est absolument incontournable en matière éthique. Une telle perspective conséquentialiste peut avoir des effets pervers[1240], voire immoraux si elle ne rencontre pas de correctif déontologique. En effet, « le voile social » est brandi pour soustraire le dirigeant de la responsabilité des actes qu'il pose au nom et pour le compte de la société. Il ne peut être poursuivi personnellement. Toutefois, dans certaines circonstances, il peut être tenu personnellement responsable dès lors que le droit civil est invoqué ou lorsqu'il quitte son rôle de représentant de la société et agit dans son intérêt personnel. Cela ne doit pas permettre au dirigeant d'abuser de sa position en réduisant à rien ou presque rien la portée de son engagement principal[1241] en faveur de la société commerciale qu'il dirige et gère. « Ne rien devoir (ou presque rien) en cas de violation des obligations de la société commerciale revient à n'être pas obligé »[1242]. En effet, les dispositions légales peuvent être limitatives

---

l'égoïsme et permet à chacun de trouver son compte. Les actions individuelles s'harmonisent d'elles-mêmes, grâce à une main invisible. En cherchant leur bien propre, les individus réalisent le bien commun.

1240 En insérant systématiquement les actes et décision du dirigeant dans un pur calcul utilitariste, on en arrive facilement à ce que la fin justifie les moyens, alors même que la relation partie prenante-dirigeant repose sur des attentes légitimes.

1241 Juris-data n°1996-003942; Bull. Civ. 1996, IV, n°261; JCP G 1997, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan ; D. 1997, Jur. 121, note A. Sériaux et Som. Com. 175, obs. Ph. Delebecque ; Contrats, conc., consom., 1997, comm. 24, obs. L. Leveneur ; JCP G 1997, II, 22881, note D. Cohen ; Defrénois, 1997, 333, obs. D. Mazeaud ; RTDciv.1997, 418, obs. J. Mestre

1242 Ph. GRIGNON, Technique contractuelle, Chronique, JCP E 2008, 1467, n°4.

de responsabilité et peuvent dès lors contribuer à l'inexécution de devoir éthique. À ce propos, la possibilité qu'une méconnaissance de la responsabilité sociétale puisse, casuellement, rejoindre la faute civile et en soutenir la constitution ou qu'un comportement sociétal correct puisse accréditer le respect du standard civil n'emporte nullement l'automaticité du rapport ainsi établi. Même si la responsabilisation est déterminante en matière d'éthique, l'engagement de la responsabilité sur le terrain du droit ne satisfait pas toujours les exigences éthiques. La responsabilité juridique ne peut être assimilée à la responsabilité éthique. Elle est essentiellement axée sur l'exigence de réparation[1243]. Cette responsabilité est donc structurée principalement autour de la faute, le manquement à un devoir, du dommage et un lien causal entre ces deux premiers éléments.

319. Cette responsabilité civile s'analyse en l'espèce au regard de la législation. C'est la législation qui énonce et sanctionne « ce dont on doit répondre »[1244], tandis que la responsabilité sociétale permet au dirigeant d'évaluer ses décisions à l'aune de certaines obligations éthiques générales qui incombent à chaque personne en vertu de son caractère fondamental d'être autonome, c'est-à-dire d'individu présumé capable de diriger sa volonté et de se soumettre librement à des règles morales. Toutefois, il s'agit d'un terme qui n'est pas spécifique au langage juridique. P.-M. DUPUY montre en effet que la responsabilité est « à l'épicentre du système juridique[1245] », et qu'elle a plusieurs fondements et remplit plusieurs fonctions[1246]. Ce dernier est saisi par le droit pénal, tandis que le premier est appréhendé dans le cadre de la responsabilité civile. Saisi sous l'angle éthique, l'engagement de la responsabilité doit répondre du souci du questionnement. Elle est quelque chose qui se mesure, qui s'ajuste avec l'action. Elle va au-delà de la responsabilité juridique, même si elle intègre cette responsabilité. Bien que déterminante, elle intègre et déborde du conséquentialisme. À travers le conséquentialisme le dirigeant évalue la décision en fonction de ses conséquences prévisibles, en termes de balance

1243 La responsabilité civile implique l'obligation de réparer les dommages commis, ceux-ci étant définis soit en référence à la loi, soit en référence à des engagements contractuels. La responsabilité civile est définie dans le Robert comme : « l'obligation de réparer le dommage causé par sa faute, l'obligation de réparer une faute, de remplir un devoir ou de tenir un engagement ». Conf. in http://www.tout-sur-le-caferuis.com/pages/Ethique_et_responsabilite-2092532.html

1244 http://www.em-consulte.com/Art./57006/responsabilite-civile-aspects-ethiques-et-juridique.

1245 P-M. DUPUY., « Responsabilité », p.1343, in ALLAND D., RIALS S. (ss dir), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, LAMY, 2003. p.1343

1246 Il dégage ainsi deux « polarités » de la responsabilité, dans un ordre chronologique d'apparition : « l'une (…) est objective. Axée sur la réparation du trouble ou dommage causé, elle oblige son auteur à répondre via à vis de la victime des préjudices qu'il lui a causés. (…) L'autre polarité subjective, se concentre au contraire sur le comportement du sujet de droit et sa déviance par rapport à l'obligation juridique à laquelle il était soumis. (…) », DUPUY, Ibid, p.1344

bénéfice/dommage ou bénéfice/fardeau probable du résultat. Dans cette perspective, ce qui rend l'action bonne, c'est le caractère globalement positif du résultat escompté. Sous sa forme la plus radicale, l'éthique conséquentialiste ici décrite s'appelle utilitarisme et n'admet alors comme seule règle morale que le principe d'utilité : « le plus grand bien pour le plus grand nombre » ; ou encore : agis de telle sorte que le résultat prévisible produise le maximum de « bien » et le minimum de « mal », étant entendu que le « bien » et le « mal » sont à évaluer de façon impersonnelle et impartiale »[1247]. Le conséquentialisme s'intéresse ainsi avant tout aux comportements et aux conséquences des actes. Une action moralement juste est une action dont les conséquences sont bonnes. Il s'agit donc également d'une démarche téléologique qui ne s'occupe pas du caractère moral de l'homme mais qui cherche à maximiser le bien et le bonheur, ou à minimiser le mal et le malheur.

320. De ce point de vue, les dimensions éthiques et juridiques de la responsabilité ne s'opposent guère et poursuivent la même finalité. À ce propos, d'ailleurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi récemment réaffirmé que « le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties ». À ce propos, Mme Yvonne Lambert-Faivre expliquait ainsi qu'en matière civile, « l'éthique de la responsabilité impose la recherche d'une totale équité par laquelle la victime est totalement indemnisée des dommages causés par le responsable, sans pour autant effectuer un enrichissement de ce fait : l'accident ne saurait être le dé d'une loterie à qui perd, gagne. Le principe indemnitaire exige donc que l'indemnisation ne soit pas supérieure aux préjudices subis ».[1248] Toutefois, on ne saurait assimiler la responsabilité éthique, à la responsabilité civile. Même s'il n'existe aucun cas où la responsabilité éthique mise en acte qui ne puisse être rattachée[1249] à la théorie générale des obligations ou au droit commercial ». La responsabilité civile qui recherche la réparation ne s'intéresse pas à la gravité de l'acte. Seul le dommage est pris en compte. En effet, « le juge ne peut se prononcer qu'en considération de la seule valeur du dommage, sans que la nature de la faute puisse avoir une quelconque influence sur le montant de l'indemnité due à la victime »[1250]. Toutefois, dès lors que la responsabilité éthique dépasse le juridique, son application reste dans le domaine du volontariat, de la liberté, alors que celle juridique

1247 Alex Mauron, Ethique déontologique et éthique conséquentialiste, 1996, 2004, in *www.unige.ch/medecine/ib/.../glossaire/Ethique_deontologique.pdf*

1248 Y. LAMBERT-FAIVRE, L'éthique de la responsabilité, Revue trimestrielle de droit civil, 1998, p. 1.

1249 F.G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale) », Répertoire sociétés Dalloz, mars 2003 ; p.4. / Responsabilité sociale des entreprises, quelle réalité derrière les mots ? op. cit, p.565

1250 Arrêt, 2éme Chambre civile de la Cour de cassation, 8 mai 1964

insiste sur l'obligation. À ce stade de la réflexion, la responsabilité juridique implique une obligation, mais aussi l'engagement1251. La liberté du sujet est valorisée et sanctionnée en conséquence.1252 Retenir cette responsabilité comme pouvant réguler les rapports serait assez illusoire, surtout lorsqu'elle est axée sur certaines préoccupations sociales. M. SUPIOT estimera à cet effet que : « l'intégration volontaire de préoccupations sociales » évoque les promesses d'ivrognes jurant à la cantonade qu'ils vont cesser de boire demain, plutôt que la responsabilité au vrai sens du mot »1253. On remarquera par ailleurs que l'opposition entre la responsabilité éthique et responsabilité civile s'exprime également dans le fait que tandis que cette dernière poursuit essentiellement la réparation, la responsabilité sociétale vise la responsabilisation du sujet.

321. Cette analyse des déterminants sociétaux du statut du dirigeant semble être un exercice préalable à la détermination d'un statut sociétal du dirigeant. Elle a permis de préciser les éléments qui permettront de valider la pertinence d'un renouveau dans la conception du statut du dirigeant et, le cas échéant, de développer une démarche de révision appropriée. En effet, si décidément la conception de la fonction de dirigeant arrêtée par le législateur OHADA est inadaptée, si un consensus s'est établi sur une transformation du rôle du dirigeant, si on n'estime ni possible ni souhaitable de revenir à la conception classique de la fonction du dirigeant, tout sera alors fonction de la méthodologie d'articulation de toutes les règles et principes applicables à sa fonction. L'analyse des principes sociétaux demeure stimulante ainsi pour une analyse théorique des déterminants du dirigeant et pour une compréhension de sa dimension sociétale. Son intérêt a reposé sur des considérations notamment théoriques, en ce sens qu'elle vise à comprendre les facteurs expliquant le comportement du dirigeant. La mise en œuvre de ces principes de responsabilité sociétale constitue un cadre d'analyse du renouveau du statut du dirigeant, en ce sens qu'elle met en relief plusieurs variables : son système de valeurs, les attentes des parties prenantes, les spécificités des situations de gestion rencontrées.

1251 Selon M. Alain ETCHEGOYEN distingue la responsabilité juridique (je suis obligé de répondre de mes actes) de la responsabilité morale qui s'exprime dans le principe de responsabilité : « je veux répondre de mes actes ou décisions et de leurs conséquences devant l'autre ». Voir M.Y. PESQUEUX, Y. Biefnot, *L'Éthique des affaires*, Éditions d'organisation, 2003.

1252 Alain ETCHEGOYEN, La vraie morale se moque de la morale, Seuil, « Essais », Paris, 1999, pp.128 et suivants.

1253 A. SUPIOT, Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises, in Étude offertes à Jean PELLISSIER, Analyse juridique et valeurs en droit social, Ed. DALLOZ, 2004, p.541 et s, p.548.

CONCLUSION DU CHAPITRE -I. TITRE I.

322. Envahissante, l'éthique s'intéresse aux pratiques de direction des activités sociales et à leur contrôle, les dirigeants ayant besoin autant de libertés que de vertus. Les logiques qu'elle sous-tend ne cessent d'être mises en opposition avec le droit de l'environnement, des sociétés, du travail, etc., perspective qui pourrait sembler incongrue dans la mesure où il est dit que le droit se suffit à lui, à consacrer sa création et permettre son application effective aux affaires sociales ; étant entendu que ces affaires intéressent une diversité de matière (droit privé des affaires, droit public des affaires, l'environnement), avec des dimensions à la fois pénales et extra pénales, nationales, communautaires et internationales.

Pour autant l'émergence de nouvelles approches éthiques participent du pluralisme et de l'inflation des normes sociales et techniques applicables aux activités sociales, marquées de notre époque, et impriment un éclatement des sources de la régulation.

323. Le système proposé par l'OHADA est essentiellement axé sur le cadre légal statutaire. Il offre une certaine stabilité et pallie les disparités antérieurement constatées et qui résultaient de la dissemblance des environnements légaux et réglementaires des entreprises. Ils affectaient plus ou moins la forte concentration de la répartition des capitaux propres entre les mains des actionnaires. Le dirigeant cherche à cet effet, à maximiser le profit de la société commerciale et utilise à cette fin toutes les imperfections des marchés, que ce soit : pour les marchandises, les écarts de couts de productions, les écarts de technologies, la main d'œuvre et les salaires, etc. Ces processus font peu de place à la gouvernance sociale de la société commerciale, aux autres objectifs qu'elle peut s'être fixée en dehors de la maximisation du profit.

324. Ainsi, la mise en œuvre des fonctions du dirigeant est peut-être le premier exemple de confrontation des différentes exigences de la RSE. Son statut sociétal, en définitive, construit les modalités du « partenariat » non par l'abolition des normes privées et volontaires mais par leur articulation au droit commun, le droit des sociétés commerciales. La prééminence du droit des sociétés commerciales sur les droits « dits souples » ne se manifeste pas par l'abolition de ceux-ci mais par la prééminence de l'un sur l'autre. Pour autant, cette articulation n'est pas faite une fois pour toute, par l'énoncé d'un droit écrit qui résoudrait tous les problèmes, mais résulte de la construction permanente de la négociation qui nourrit les relations entre les différentes normes secrétées par ou avec les autres parties prenantes. Le statut sociétal du dirigeant comporte en ce sens en lui-même la notion

d'interdépendance : en tant que concept de « gouvernance » d'une part, et d'autre part, en tant qu'éthique impliquant une mise en dynamique des valeurs sociétales. Il en résulte une recherche de cohérence de l'acte d'autorité du dirigeant dans ses rapports avec les autres parties prenantes, notamment les associés, les salariés, dans le cadre des relations sociales, et avec son environnement.

325. Ces déterminants ont donné à vérifier l'intérêt de la mise en œuvre concrète de la RSE dans les activités sociales exercées au profit de la société. La survie de la société commerciale est fonction de sa capacité à s'adapter. Il est inconvenable de se préparer en permanence à réagir aux pressions et exigences des parties prenantes de la vie de la société commerciale, sans chercher à anticiper. La conception sociétale du statut du dirigeant n'est pas négative. Elle s'élargie aujourd'hui en vue d'assurer la satisfaction des besoins collectifs des parties prenantes et la protection de l'intérêt social, ce qui implique un aménagement harmonieux des fonctions et pouvoirs du dirigeant.

CHAPITRE -II. LA DÉTERMINATION DIFFÉRENTIELLE DU CONTENU DU STATUT SOCIÉTAL DE DIRIGEANT DE SOCIÉTÉ COMMERCIALE

326. Les réflexions devraient également trouver des réponses aux préoccupations sociétales des parties prenantes, et être de ce fait à la hauteur des nouveaux défis climatiques, environnementaux, socio-économiques. Plus spécifiquement, ces défis appellent au changement qualitatif et à des ruptures majeures dans les modèles de développement économique et social des sociétés commerciales, et donc les modes de gestion, d'administration et de direction. L'enjeu est alors de proposer des pistes d'améliorations législatives et/ou réglementaires susceptibles de prendre en charge, voire corriger cette évolution du statut du dirigeant[1254]. Ce statut ne peut être déterminé de manière cohérente que si le processus intègre la dimension plurielle des normes fixant les obligations du dirigeant et les principes qui les sous-tendent. Cela suppose une méthodologie[1255] appropriée pour permettre l'élaboration d'un cadre juridique de confiance pertinent à la mesure des exigences de la fonction de dirigeant et sa dimension sociale à retrouver. L'enjeu pour le législateur communautaire sera d'inscrire la démarche d'articulation des principes sociétaux et les dispositions applicables aux fonctions du dirigeant dans un processus d'expérimentation du pluralisme juridique devant permettre d'identifier une échelle des pratiques allant de la contrainte légale à l'invitation **(section I**), Il s'agira afin d'impacter sur la perception des modes de traitement des litiges y afférents **(section II).**

1254 Les réformes juridiques intervenues antérieurement en 1997 dans l'espace OHADA n'intègrent pas de façon spécifique les principes permettant aux dirigeants de contribuer durablement à l'amélioration des conditions de prise en charge des préoccupations sociétales, de l'environnement, des parties prenantes ayant une créance légitime sur la société commerciale. Or, le cadre juridique des affaires devrait être un instrument au service du développement de l'innovation, de la compétitivité, de l'emploi, de la croissance économique, etc. C'est donc dans cette perspective que cette partie intègre et évalue les différentes formes qui émergent et sont susceptibles de féconder, transformer et renforcer le dispositif juridique de régulation des fonctions du dirigeant dans l'espace OHADA. Envahissante, elle participe du pluralisme et de l'inflation des normes sociales et techniques applicables aux affaires, et imprime un éclatement des sources de leur régulation.

1255 En d'autres termes, la méthodologie, requise pour l'appropriation des principes et valeurs sociétale devant contribuer à la mise en place d'un environnement juridique adapté à la réalité des sociétés et le contexte de mise en œuvre de leurs activités économiques et financières des sociétés commerciales.

SECTION-I. L'expérimentation d'un pluralisme juridique dans la détermination du statut du dirigeant sociétal soumis au droit OHADA

327. La mise en œuvre des activités sociales des sociétés commerciales situées dans l'espace OHADA est traversée par une multitude de registres normatifs[1256] et donc de dynamiques régulatrices *a priori* sous tension. Elle s'inscrit dans un pluralisme juridique[1257] qui nécessite pour une réelle cohérence du statut du dirigeant et donc un décloisonnement et un enchevêtrement partiel des normes applicables (§1), mais aussi de rechercher de zones de convergence desdits registres (§2).

§ 1. L'enchevêtrement partiel des normes sociétales fondant les responsabilités des dirigeants.

328. La figure du pluralisme proposée c'est celle qui consiste à procéder à l'institutionnalisation de certains principes sociétaux dans les dispositifs juridiques formels, tout en préservant la spécificité des initiatives volontaires. Il ne s'agira pas de créer une hiérarchie entre les sources législatives et non législatives du statut du dirigeant (A), mais de penser le multiple, en créant un enchevêtrement[1258] des normes secrétées par des systèmes non hiérarchisés[1259]. L'enjeu aujourd'hui c'est d'arriver à une convergence, voire une interaction constante entre le droit des affaires[1260] et les principes de RSE qui ont vocation à donner des orientations aux actions et fixent des attitudes des différentes parties prenantes (B).

1256 Ces registres imposent souvent des obligations explicites ou diffuses aux dirigeants. La faiblesse des liens qui existent entre ces différents registres, parfois même leur relatif hermétisme font qu'en pratique, la gestion de la régulation, la production, la gestion des règles ou des normes, est difficile et soumise aux jeux des alliances opportunistes qui ne sont pas nécessairement favorables à la stabilisation du statut du dirigeant. Toutes les initiatives qui vont dans le sens d'instaurer un dialogue productif, donc régulateur, entre ces registres sont dès lors en encourager.

1257 C'est-à-dire un système dans lequel la règle peut émaner de différentes parties prenantes qui n'entretiennent pas nécessairement de rapport hiérarchique entre eux. Sur le pluralisme juridique, voir *Le pluralisme, A.P.D.,* tome 49, Dalloz, 2006. En particulier, D. TERRE, *Le pluralisme et le droit*, p.69.

1258 Cette tentative de saisine des tensions qui traversent le rapport entre les principes de responsabilité sociétale et le droit des affaires pourra sembler incongrue dans la mesure où il est dit que le droit se suffit à lui, à consacrer sa création.

1259 Voir également. Mireille Delmas-Marty, Pour un droit commun, Éditions du Seuil, 1994 - 305 pages

1260 Le droit des affaires demeure ce corps, cet ensemble de règles et normes générales et impersonnelles qui attribuent prérogatives et droits aux personnes physiques et morales, et qui sont susceptibles d'une exécution sous la contrainte institutionnalisée Voir http://fr.wikipedia.org/wiki/Droit

A. Sans entrer dans un système pyramidal des pôles d'édition de standards de conduite du dirigeant sociétal…

329. Sans pour autant remettre en cause la difficulté liée à la détermination *a priori* du contenu variable[1261], relatif dans le temps et dans l'espace, du concept substantiel de responsabilité sociétale, il est possible d'en dégager les deux grands axes. Ces axes sont structurés autour des principes de responsabilité sociétale à portée générale qui guident les comportements des dirigeants parties prenantes au même titre que les autres acteurs des affaires dans leurs rapports réciproques (1) et dans l'évaluation et le contrôle de leurs conduites (2).

1. Des principes de RSE davantage pluriels guidant les comportements du dirigeant

330. La responsabilité sociétale dans certains de ses aspects normatifs peut être érigée en modèle de comportement du dirigeant dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Ce modèle pourrait reposer sur un certain nombre de principes qui inspirent et définissent une ligne de conduite, des comportements recommandés, voire obligatoires. Il s'agit d'un guide pluriel visant à maintenir l'intégrité, l'honnêteté et le professionnalisme, mais aussi l'équilibre des rapports juridiques entre les personnes, le respect de la vie, des droits et de la propriété d'autrui, le souci de l'environnement, la sécurité de l'environnement de travail, etc. Ils touchent notamment à l'équité, la licéité, la bonne foi, le comportement raisonnable du bon père de famille, etc. Ces principes sont essentiellement éthiques étant entendu que cette dernière va au-delà des règles pour cheminer vers un « idéal pratique » pour reprendre l'expression de M. Legault[1262]. Il ne s'agit donc plus seulement de respecter le droit et les règles de nature déontologique, mais d'interroger sa pratique quotidienne en regard d'idéaux non codifiés de justice et d'égalité. Ils ont vocation à édicter des comportements éthiques sous forme de devoir-être. Ce devoir-être est un acte de volonté qui doit être apuré de toute inclinaison, cela conformément à certaines notions cadres.[1263]

1261 La démarche de reconnaissance des normes sociétales dans l'espace OHADA en particulier, comme sources et cadre de définition du statut du dirigeant ne saurait s'inscrire dans un rapport hiérarchique. Le rapprochement est par contre privilégié, étant entendu que ce « rapprochement supposerait toutefois de rompre avec l'exigence de conformité, d'identité entre les différents systèmes [normatifs], conception totalitariste et hégémonique poursuivant un objectif d'unification.

1262 Voir G. LEGAULT, « Vous avez dit … professionnel ? », Ethica, vol. 8, 1996, No 2, 91-101.

1263 Par notions cadres, il faut entendre « les notions générales, au contenu variable, indéterminé, susceptible d'une appréciation subjective et évolutive. Elles échappent à une définition précise et se réfèrent à des comportements humains, impliquant une comparaison avec la réalité, avec les valeurs admises par la société ».

En l'occurrence, la poursuite de la sécurité pourra entrer en contradiction avec l'affirmation de l'emprunt du risque qui justifie ou légitime le profit. « Toute activité qui fonctionne pour autrui fonctionne au risque d'autrui ». Il s'agit d'un principe qui a irrigué toute la théorie générale du droit des obligations qui postule que « nul ne doit faire du tort à son prochain ». Cette sécurité constitue un enjeu majeur dans l'espace OHADA. Ce principe permet de prévenir toute atteinte aux personnes et à leurs biens. Pour leur protection, le principe de sécurité mobilise souvent comme levier le principe de permission qui permet de déterminer les choses dans le commerce.

331. S'agissant de la notion d'équité, comme indiquée infra, elle est utilisée pour déterminer les exigences de justice et d'équilibre qui doivent être poursuivies[1264]. Il s'agit aussi de la Licéité. Même si comme le rappelle M. Carbonnier « le licite n'est pas toujours moral »[1265] poursuivant d'autre finalité que l'éthique, il renferme une dimension éthique non négligeable. Elle retient l'attention dans la mesure où, il guide le dirigeant et la société commerciale en ce sens qu'elle concerne notamment la concurrence loyale et dénonce la fraude, l'espionnage industriel, les transactions d'initiés, les pots-de-vin de toute forme et les pratiques anticoncurrentielles.

332. Relativement à la bonne foi, elle permet de faire pénétrer l'éthique dans le droit positif, elle occupe une place importante dans la structuration des rapports juridiques. Elle est particulièrement difficile de la définir. Le COCC ne contient pas de définition de la bonne foi[1266], alors qu'elle innerve tous les rapports juridiques. Portalis écrira qu'*« il faut de la bonne foi, de la réciprocité et de l'égalité dans les contrats »*. Pourtant, il est difficile de trouver un tel principe dans les Actes uniformes de l'OHADA. Au contraire le COCC au même titre que le Code civil exige un devoir de loyauté pesant sur chacune des parties prenantes à la vie des sociétés commerciales. Elles sont tenues d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. Cette règle de bonne foi, encore appelée « règle de jugement »[1267], « expression d'une conscience juridique »[1268] est saisie

1264 Le Code civil donne le ton en posant le principe selon lequel l'engagement par convention oblige à toutes les suites que l'équité impose selon sa nature. Il n'est pas rare de trouver ce principe énoncé dans des chartes ou code d'éthique sous forme d'engagement de la société commerciale et donc du dirigeant, envers les employés référant à un traitement équitable, digne et respectueux, à un milieu de travail sain et sécuritaire, à une embauche et une rémunération équitable et non discriminatoire, au respect de la vie privée et à la condamnation du harcèlement et de l'intimidation sous toutes leurs formes. Voir Art1135 C. Civ.fr.

1265 J. CARBONNIER, *Flexible droit,* dixième édition, Paris, LGDJ.2000, p.94.

1266 Sur la bonne foi, http://www.asclcp.fnsea.fr/sites/asi/actualites/070702gestionenperedefamille.aspx.

1267 F. EWALD, *L'État-providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 485

1268 M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994 à la p. 83.

comme idéal de justice « en suspension dans l'esprit de notre droit »[1269]. Cette notion constitue pour M. Carbonnier un principe directeur transcendant qui, atteignant ainsi un degré de généralité plus grand que la loi, lui est supérieur et donc opposable. Vu par ailleurs comme émanant des règles de droit existantes, lu par déduction amplifiante[1270] et « en l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature »[1271]. Il serait alors naturel que nul ne puisse invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui.[1272] Dès lors que la loi en fait dépend de la naissance ou des effets d'un droit, elle est toujours présumée[1273]. L'éthique prend ici la forme d'un commandement suggérant aux individus de se comporter comme s'ils étaient tous dignes de confiance. La loyauté joue ici un rôle tout aussi important que la confiance accordée, car la dimension sociale de la confiance n'est valable que si elle est garantie par la loyauté[1274].

333. S'agissant de la notion de « bon père de famille » (ou *bonus pater familias*), il s'agit d'une norme fondamentale[1275]. Elle fait aussi partie des notions cadres[1276] rencontrées dans le code des obligations civiles et commerciales, mais aussi dans des chartes ou codes de conduite à travers notamment l'énonciation d'engagements envers les collectivités locales qui concernent à la fois la protection de l'environnement et l'amélioration de la qualité de vie, à travers notamment une contribution au développement local et l'instauration d'un dialogue avec la collectivité. Le ressort profond de ce principe est éthique. La dimension subjective de la notion est mise en exergue par l'appréciation de « bon ». Le terme « bon »

1269 J. CARBONNIER, *Flexible droit,* dixième édition, Paris, LGDJ, 2000, p.94.

1270 J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction*, Paris, PUF, 1990, aux nos139-41

1271 ART. 103 Lacune dans le contrat. COCC

1272 Art. 3 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (Etat le 1er janvier 2012) in http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/210.fr.pdf

1273 Il s'agit d'une présomption légale. Suivant les dispositions de l'Art. 10 COCC, « Celui qui établit les actes ou faits auxquels la loi a attaché une présomption bénéficie pour le surplus d'une dispense de preuve ». Cette bonne foi ainsi présumée appelle la confiance des acteurs. Ainsi lorsque l'une des parties à la relation privée honore la confiance qui lui est accordée, on dit qu'il a été loyal, digne de confiance

1274 R. PUTNAM, Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community, New York, Simon and Shuster.2000.

1275 Le bon père de famille est utilisé par le droit comme « mètre étalon » pour définir, dans un contexte donné, la norme comportementale en se rapportant à un individu de référence. Il s'agit d'une obligation de soin dans l'usage et la conservation des choses qui concerne une diversité de personnes tenues de se comporter en bon père de famille.

1276 La consécration de la notion de bon père de famille permet au même titre que la bonne foi et les bonnes mœurs d'apprécier le comportement du dirigeant devant chaque situation. Il permet notamment d'engager la responsabilité civile de la personne dont le comportement n'est pas conforme au standard du « bon père de famille » et est à l'origine de dommage. Le dirigeant doit être diligent.

renvoie à l'éthique, même si le terme d'homme raisonnable en est l'équivalent. L'éthique traite du "bon" ou du "mauvais" considérés comme valeurs relatives. Elle est fonction des situations, des personnes, des habitudes. Elle est centrée sur le sujet, son comportement. Il s'agit de cet individu abstrait considéré comme la norme comportementale en fonction de laquelle se mesure[1277] le comportement d'une personne donnée pour déterminer l'existence ou la mesure d'une éventuelle faute[1278]. En définitive, centrées sur le sujet, ces principes ont, en l'occurrence une connotation morale assez subjective. Ils traitent du « bon » ou du « mauvais » considérés comme valeurs relatives, qui ne sont pas exclusives d'évaluation, et qui sont des normes objectives de la conduite sociétale du dirigeant.

2. De la diversité des normes objectives d'évaluation des conduites du dirigeant sociétal

334. L'idée d'évaluer la mise en acte de la responsabilité sociétale par le dirigeant peut sembler à prime abord saugrenue, lorsque l'on sait que les approches d'appréhension des principes sociétaux interrogent l'intention et la volonté des acteurs qui doivent prendre en compte les préoccupations sociales et environnementales. À ce propos, il est possible de porter un jugement de valeur sur leurs conduites, tant il est vrai que les intentions qui ont présidé à la mise en œuvre ne sont que des signes chargés d'une diversité de significations, des symptômes qui ont besoin d'être interprétés. Il ne s'agit évidemment pas de réaliser une évaluation comme on réalise un bilan de fin d'année, en pesant le pour et le contre, et en cherchant à améliorer les points négatifs tout en renforçant les points positifs, le dirigeant responsable étant mis à la porte si le bilan n'est pas favorable. Si l'on considère une entreprise, c'est même l'inverse qui se produit souvent : le dirigeant affirme des valeurs qui ne sont pas respectées, créant ainsi des attentes inassouvies ; la déception étant à la hauteur des attentes, le personnel n'ose ou ne peut réagir efficacement ; il s'en trouve démotivé, la productivité baisse, et certains, souvent les plus performants, quittent l'entreprise ; d'autres se sentent tellement mal à l'aise qu'ils ne prennent plus aucune initiative et en viennent même parfois à tomber malades ; le dirigeant, quant à lui, reste à son poste et ne souffre pas de la situation si la rentabilité en vient à trop se réduire, du moins en théorie. Il sera très sensible à certains standards qui permettent de prendre la mesure de certaines violations des principes de responsabilité, de révéler leurs différentes

1277 Le bon père de famille est utilisé par le droit comme « mètre étalon » pour définir, dans un contexte donné, la norme comportementale en se rapportant à un individu de référence. Il s'agit d'une obligation de soin dans l'usage et la conservation des choses qui concerne une diversité de personnes tenues de se comporter en bon père de famille.

1278 http://fr.wikipedia.org/wiki/Bon_pére_de_famille.

manifestations. Il s'agit de certains concepts, tels le risque, la faute, l'abus, l'erreur et la fraude. Ils invitent les parties prenantes à dénoncer les comportements non conformes aux exigences posées par lesdits principes.

335. S'agissant de l'abus, il s'agit d'un indicateur qui permet d'évaluer la conformité des conduites du dirigeant par rapport à ses prérogatives, ses pouvoirs, son autorité ou ses biens, sa faute. Il révèle à cet effet un comportement déraisonnable suivant les circonstances. L'exercice de la fonction directoriale ne saurait impliquer une faute en soi, seul son abus est rejeté parce qu'impliquant un usage contraire à l'intérêt social, donc socialement contestable, personnellement profitable à son auteur et, par conséquent, puni pénalement pour certains, et seulement civilement pour d'autres. Nous rencontrons, dans le droit des sociétés, différents types d'abus pouvant être commis dans l'exercice des droits. Il s'agit notamment de l'abus de droit[1279] de vote, de minorité, l'abus de majorité, de biens sociaux et de crédit qui concernent dans une grande partie le dirigeant. On devra tendre vers la reconnaissance de l'abus de fonction[1280], pour ne pas parler d'abus de droit. Ce principe permet notamment d'apprécier la conduite de la personne par rapport aux prérogatives qui lui sont accordées.[1281] Toutefois, pour d'autres auteurs comme JOSSERAND, l'abus de droit consiste « à agir à l'intérieur de son droit mais de manière contestable »[1282], entraînant de la sorte un dommage. Il nous faut préciser toutefois qu'il se distingue par essence du dépassement de droit, car le titulaire du droit n'est pas sorti des limites de celui-ci qu'en réalité l'intention du dirigeant de droit, partie à une relation d'affaires qui voit son acte qualifié d'abus s'estompe lorsqu'il s'agit de qualifier un comportement d'excessif ou de déraisonnable. C'est l'usage qu'il en fait qui est critiquable.

1279 À partir de ce principe s'est développée la théorie de l'abus de droit. Il s'agit d'un principe qui limite l'étendue l'exercice des droits subjectifs dont la portée *contra legem* ne fait plus de doute et a la particularité de s'appliquer même en l'absence de texte. L'application de ce principe se justifie en raison du dommage que peut entrainer le comportement du dirigeant, du moins son action au quotidien.

1280 À travers ce principe tout usage du droit d'exercer les fonctions de dirigeant qui dépasse les « bornes » de l'usage raisonnable de ce droit devrait être sanctionné. Pour autant une personne titulaire d'un tel droit, du moins désigné comme dirigeant de droit, est pleinement libre de l'exercer à charge pour elle de ne pas porter atteinte aux droits des autres. D'ailleurs une doctrine considère qu'« il doit exister une limite que l'on peut déceler à l'intérieur du droit exercé et qui permet de critiquer ou d'interdire la conduite envisagée sur le fondement de l'abus de droit ». Voir http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes1/ECK.pdf

1281 Il limite la liberté de l'individu, ce qui ne manque pas de soulever la critique de certains auteurs comme M. Planiol pour qui « celui qui use de son droit ne peut faire de tort à personne », avec comme postulat que si « le droit cesse où la nuit commence et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque parce qu'un même acte ne peut pas être tout à la fois conforme et contraire au droit », Voir M. PLANIOL, *Traité pratique de droit civil,* t. 2, L.G.D.J., 1953, n° 909

1282 L. JOSSERAND, De *l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, 1927, 2e éd.1939. p.333

336. L'OHADA n'a pas prévu la possibilité de mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant aux termes du « recours en cas d'abus ». Le législateur OHADA pourrait permettre une meilleure prise en charge des préoccupations et attentes légitimes des parties prenantes. En ce sens par exemple, un tribunal saisi d'une demande destinée à constater et sanctionner les comportements du dirigeant qui abusent dans l'exercice de ses fonctions des droits des parties prenantes (détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs, etc.) d'une manière générale, des dirigeants en particulier, devrait pouvoir redresser la situation provoquée par la société ou l'une des personnes morales de son groupe qui se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts[1283]. Cette idée est défendue par la Cour suprême du Canada[*1284*]. Cet abus traduirait une faute, pouvant être sanctionnée[1285]. Cette faute peut être intentionnelle « *en vue de nuire à autrui* »[1286] ou alors non intentionnelle « *d'une manière excessive et déraisonnable* »[1287], faute par action ou par omission, faute lourde, légère. À ce propos il faut relever que l'appréciation de la faute peut s'avérer très difficile, lorsque l'on sait qu' « en affaire, trompe qui peut ». Mais une démarche éthique ne devrait pas être assimilée à une règle d'abstention qui ferait du « dommage zéro » et de la sécurité absolue une nouvelle norme sociale des affaires. Loin s'en faut, car « *cette norme serait irrationnelle. Comment ne pas voir qu'elle aboutirait rapidement à la paralysie totale de*

1283 Soit en raison de son comportement, soit par la façon dont elle conduit ses activités commerciales ou ses affaires internes, soit par la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leurs pouvoirs.

1284 Elle considère que « t*out actionnaire peut demander au tribunal de rendre une ordonnance aux termes de la présente disposition pour l'un des motifs suivants : a les affaires de la société sont ou ont été conduites, ou les pouvoirs des administrateurs sont ou ont été exercés, d'une manière abusive à l'égard d'un ou de plusieurs actionnaires, y compris le demandeur ; b) un acte de la société a été ou risque d'être accompli, ou une résolution des actionnaires ou des actionnaires détenant des actions d'une catégorie ou d'une série a été adoptée ou est proposée, qui s'avère injuste à l'égard d'un ou de plusieurs actionnaires, y compris le demandeur, en leur portant préjudice». Voir* BCACB, par. 227(2).

1285 Dans l'accomplissement des activités économiques, l'entreprise doit se préoccuper notamment des effets même lointains ou indirects mais prévisibles de ses actions. Elle doit aussi effectuer les démarches requises afin de prévenir les dommages possibles. C'est ainsi qu'aux termes des dispositions de l'art.165 de l'AUSCGIE : « chaque dirigeant social est responsable individuellement envers la société, des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ». Elle résulte notamment de la violation d'un certain nombre d'obligations qui recouvrent une injonction morale.

1286 Art. 7. Code civil Québec.

1287 Art. 7 et 1437 Code civil Quebec. La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielle qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

l'action des acteurs et que l'esprit d'entreprise serait réduit à néant »[1288]. On est amené à noter qu'il s'agit d'un indicateur de l'agir humain diversement entendu et assez difficile à saisir. Il est assez ambigu dans sa formulation. Elle suppose un jugement de valeur portant sur un comportement précis. Dans cette perspective, ce principe permet d'engager la responsabilité des acteurs. Cette responsabilité recouvre une dimension morale touchant à la culpabilité personnelle, et un aspect juridique et social, qui concerne l'organisation collective et l'indemnisation des victimes[1289.]

337. Pour ce qui est de la fraude[1290], il s'agit d'un concept moral qui réaffirme un certain nombre de valeurs et mais aussi des limites à la liberté. Elle est justement le franchissement de ces limites et la négation de ces valeurs[1291]. Cette fraude est dirigée contre une règle obligatoire[1292], qu'elle soit de valeur législative ou conventionnelle[1293]. À cet effet, il faut noter que le législateur OHADA n'a pas défini toutes les hypothèses de fraude, toutefois, dès lors que le juge se trouve devant des faits pouvant se rattacher à la fraude, il pourra sanctionner la conduite incriminée, cela en vertu de l'adage « *Fraus omnia corrompit* ». Une doctrine est favorable en vertu de l'application dudit adage pour que le juge confronté à un acte frauduleux puisse être en mesure d'appliquer le droit c'est-à-dire la règle intentionnellement écartée[1294]. La maxime « *fraus omnia corrumpit* » formule ainsi l'une des règles fondamentales qui constitue l'ossature de notre droit, sur

1288 A. THOMASSET, « De la prudence à la précaution », Ceras - revue *Projet* n°293, Juillet 2006. URL : http://www.ceras-projet.com/index.php?id=983.

1289 Voir François EWALD, Histoire de l'Etat providence, Grasset et Fasquelle, 1996, et « Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution », dans O. Godard (dir.) Le principe de précaution, Maison des sciences de l'homme, Inra, 1997, pp. 99-126.

1290 La fraude est définie comme étant « un acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'exécution des Lois ». Étymologiquement, le mot fraude vient du latin *fraus* ou encore *fraudis* qui signifie « tort fait à quelqu'un ». Dans le langage courant, la fraude est ainsi souvent considérée comme un dommage résultant d'une erreur ou d'une tromperie. Voir Dictionnaire historique de la langue française, sous dir. A. Rey, Le Robert, 1998.

1291 La fraude suppose généralement un élément matériel, à savoir une machination pour tourner une règle impérative, et un élément intentionnel ou psychologie, à savoir une volonté de contourner la loi. En effet, les différents acteurs des affaires sont régulièrement tentés dans leurs activités de recourir à des procédés illicites, des ruses, des tromperies pour accroître leurs profits. Ces procédés peuvent résulter de l'utilisation de l'acte juridique pour échapper au Droit, ou encore de la violation des droits des tiers.

1292 Art. 443 de l'AUSCGIE.

1293 VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, éd. Dalloz, 1957, préf. G. Marty, p

1294 On peut d'ailleurs considérer inutile la distinction entre la fraude à la loi et la fraude aux droits des tiers. D'abord, pour lui il est quasi-impossible de démontrer que l'intention frauduleuse, élément purement psychologique, est principalement d'éluder une loi ou plutôt de porter atteinte aux droits d'un tiers. Ensuite, la sanction est toujours l'inopposabilité.

lesquelles repose notre système juridique, et peut-on penser tout système juridique suffisamment perfectionné : elle est un principe général du droit.[1295]

338. En dehors de ces principes d'évaluation négative du comportement du dirigeant, nous avons des principes d'évaluation positifs au rang desquels nous avons la transparence. Elle est consacrée dans certains domaines notamment en matière de comptabilité. En l'occurrence, le comportement éthique consiste à ce que les acteurs de l'entreprise appliquent la transparence de l'information comptable (appelée la reddition des comptes) qui est une procédure visant à ce que l'organisation fournisse aux personnes habilitées à vérifier les comptes toutes les informations relatives aux différents documents comptables et états financiers[1296]. Ces dispositions permettent d'une part de protéger tous les associés, surtout ceux minoritaires et les dirigeants, d'autre part soulignent la complexité du concept de responsabilité du dirigeant qui est mieux soulignée en anglais qui distingue souvent entre *accountability,* en référence à l'exigence de rendre des comptes, obligation de transparence de l'être responsable, et *liability* pour rendre l'idée d'un lien juridique dont on ne peut se défaire.

339. Subséquemment, ces principes semblent s'inscrire dans un effort rationnel vers le bon ou le juste, certes, mais les questions d'évaluation ne doivent nullement être survalorisées. D'aucuns vont même jusqu'à considérer que les propositions qui tiennent compte des attentes et intérêts de toutes les parties prenantes ne sont pas vérifiables ».[1297] L'analyse ainsi faite se déroule dans le domaine fortement subjectif des choix d'actions, des comportements quotidiens des dirigeants. Dans ce cadre, ne pas inclure ces paramètres dans une réflexion sur le statut du dirigeant revient à ériger le mimétisme institutionnel en principe fondamental en dehors de toute contextualisation. Ainsi est-il nécessaire de construire des mécanismes de convergence, de mise en cohérence entre tous les registres normatifs.

B. Des zones de convergence des divers registres normatifs fondant la responsabilité du dirigeant

340. La mise en cohérence des registres normatifs, juridiques, éthiques et techniques a vocation à être une réponse au processus d'opérationnalisation des fonctions du dirigeant.

1295 VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, éd. Dalloz, 1957, préf. G. Marty, p. 386

1296 La gestion des affaires des entreprises de droit privé obéit à certaines règles obligatoires de publicité.

1297 A. BERGMANN, E*thique et gestion,* in Encyclopédie de gestion, P. JOFFRE et Y.SIMON (dir).Paris Economica, 1989, t.2, n°1 et 2, p.1111.

Ils peuvent servir[1298] dans la définition des conditions et limites de la liberté du dirigeant dans l'exercice de pratique RSE (1), tout en favorisant la construction de la normalité des attitudes sociétales y afférentes (2).

1. Un potentiel de définition des conditions de la liberté du dirigeant en matière de pratiques RSE

341. À l'examen, les exigences de responsabilité sociétale sont saisies sous l'angle de leur fonction régulatrice. Les principes RSE ont souvent des visées organisationnelles telles que le développement d'un système de référence commun ou la motivation des employés vers des objectifs à moyen et long termes[1299]. C'est dans ce cadre qu'il est souhaité, que le Législateur OHADA facilite la traduction juridique de ces principes RSE. Il apparaît dès lors que l'autoréglementation est généralement contrôlée[1300]. Aussi, sans limiter la créativité et la proactivité des acteurs le Législateur OHADA, ~~voir~~ l'État se doit d'intervenir lorsque l'ordre public, les libertés fondamentales et d'autres valeurs de base sont en jeu. En effet, bien que certaines normes telles les codes émanent exclusivement d'initiatives non institutionnelles, ils peuvent toutefois avoir une base légale ou avoir une base contractuelle, et plus généralement, ils peuvent être reconnus d'un point de vue juridique. Même si l'existence d'une base juridique (référence légale, contractuelle, etc.) ne conditionne pas la validité et l'application d'un code, il n'en demeure pas moins que le code est susceptible de faciliter l'humanisation des relations d'affaires et il peut également fournir plus de sécurité juridique aux diverses parties concernées[1301]. Mais faut-il encore comprendre les enjeux. L'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen affirme que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi

---

1298 Toutes les normes sociétales, mais aussi les principes sociétaux devront avoir la spécificité d'être transversalité irrigant tous les Actes uniformes avec comme rôle de constituer l'une des conditions et limites de la liberté du dirigeant.

1299 C. GENDRON, Les codes d'éthique : de la déontologie à la responsabilité sociale, 2005.

1300 Elle peut présenter l'expression spontanée d'une communauté réelle mais ce sera rarement le cas. Aussi, le droit étatique se doit de fixer au moins les standards à partir desquels se déclineront l'autoréglementation et les autres techniques normatives et veiller à ce que les mécanismes de mise au point de ces techniques de réglementation et l'application du contenu de ces normes privées soient transparents et prennent en compte l'intérêt des divers acteurs.

1301 Toutes ces démarches formalisées ou peu formalisées ou encore souvent tacites, ont un potentiel régulateur non négligeable. Afin de rendre compte du potentiel régulatoire des codes de conduites, un auteur comme Gendron propose de distinguer quatre catégories non mutuellement exclusives : les codes-principes, les codes-outils de gestion, les codes sujets à vérification et les codes impliquant une reddition de comptes », Voir C. Gendron, « Les logiques de transformation de l'entreprise comme institutions indirectes par les problématiques sociales et environnementales », Colloque CIRIEC, Actes de colloque de l'ACFAS, 1999, p. 47.

l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être toutes déterminées par la loi.[1302] Dans tous les cas de figure, il sera alors question de transformer le cadre et le fonctionnement de la régulation, c'est-à-dire de la production de règles ou de normes, et cela à des échelles diverses. On passe à cet effet de la règle conçue comme contrainte à la règle comme structure réfléchie, objet de négociation[1303]. En l'occurrence, la volonté joue un rôle décisif dans l'autolimitation. On relèvera en ce sens que la soumission volontaire à une loi[1304] ou à une règle est d'abord une question éthique. Elle touche à la fois à la soumission à la loi que l'on se donne à soi-même (autonomie) mais aussi à la loi qui est donnée de l'extérieur (hétéronomie). La loi appelle certes une adhésion de l'esprit, mais encore et surtout du vouloir de la personne. Les éthiques normées sont des éthiques de la volonté. Situation extrême, quelqu'un qui ne comprend pas le sens de la loi qu'il se donne ou qui lui est donnée, peut et même doit encore lui obéir. Il le fera sans doute à l'aveuglette, mais l'important est qu'il le fasse : c'est là tout ce qu'on attend de lui[1305]. C'est son devoir. L'éthique recouvre de ce point vu une dimension limitative. En l'espèce, la conscience[1306]prend le dessus sur la menace d'une contrainte institutionnalisée.

342. L'une et l'autre dimension sont évidemment inséparables même si, souvent, en pratique, on est amené à les appréhender séparément. Elle contribue ainsi à la construction de la normalité des attitudes et conduites sociétales des dirigeants.

2. Une construction de la normalité des conduites sociétales des dirigeants

343. Les réponses offertes pour la satisfaction de la RSE s'expriment à travers des principes ou normes éthiques[1307] consacrés, qui ont quelque peu la prétention de proposer un référentiel des attitudes et conduites conformes, « normales » au regard des exigences de responsabilité sociétale des entreprises. Cela ne va pas sans ramener le débat sur la

1302 Introduction à la responsabilité du gérant par in http://www.incepto.fr/2011/09/12/introduction-a-la-responsabilite-du-gerant/ (posté le 2 septembre 2013, consulté le 13 janvier 14)

1303 Seront prises pour cible les deux dimensions que comporte tout processus de régulation, d'une part une dimension publique car les règles, leur production, leur usage et leur contrôle sans parler de leur communication-sont une affaire publique ; d'autre part une dimension personnelle puisqu'en fin de compte, les règles sociétales ou les lois sont toujours destinées à être mise en œuvre par les dirigeants ou toute autre partie prenante de la société commerciale.

1304 Générale (s'affichant d'emblée pour tous) ou spéciale (ne valant présentement que pour un cas mais potentiellement généralisable).

1305http://www.centre-ethique.univ-ezanne.fr/fileadmin/FDSP_CentreEthique/documents/Actes_colloque_96_-_Ethique_des_ Affaires.pdf

1306 Au sens intellectuel d'"être conscient de", "prendre conscience de". Cum sciencia : en sachant ce que l'on fait.

1307 La normalité vient de "norme", c'est-à-dire une sorte de comportement général.

dialectique de la « normalité » qui demeure plus que jamais une notion anthropocentrique. À ce propos d'ailleurs, certains auteurs considèrent que la normalité est un concept absurde qui cache une vérité sous-jacente à savoir que : chaque individu est libre d'être ce qu'il est, et ce n'est pas à la société de lui dicter ce qu'elle veut qu'il soit[1308].

344. Déjà les définitions qui sont proposées pour saisir la normalité qui vient de « norme » demeurent assez ambiguës[1309]. Le terme « norme » revêt des sens multiples l'expression étant utilisée pour désigner un principe servant à prescrire un comportement ou encore pour décrire l'état habituel conforme à la majorité des cas[1310]. La « normalité » est généralement entendue au sens d'une « moyenne », ou de quelque chose d'« habituel », définissable entre autres par opposition au pathologique, qui peut être tenu, à première vue, pour une modification qualitative, soit une altération de l'état normal, la « norme » s'opposant à l'« exception ». Son sens actuel nous renvoie davantage à trois aspects à savoir[1311,] la normalité statistique[1312], la « normalité idéale »[1313] et la « normalité fonctionnelle »[1314] . Cette normalité se trouve dissoute dans l'affirmation de la norme. En effet, l'attribution de la propriété de normalité à une action du dirigeant guide l'interprétation des actes à venir. Par exemple, on notera que le dirigeant déviant est

---

1308 Qu'est-ce la normalité ? Posté par John P. Manson le 1 mai 2007. http://jpmanson.unblog.fr/2007/05/01/qu'est-ce-la-normalité/

1309 D'origine latine le mot « norme » désigne une équerre (utilisée dans la géométrie), puis est utilisé pour désigner quelque chose d'« irrégulier » c'est-à-dire *é-norme*. Peu à peu elle prendra un sens moral pour signifier : régulier, conforme à la règle ou encore, qui sert de modèle («Ecole Normale»). Le mot « normal » quant à lui désigne le sens ordinaire de ce qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel qui est conforme au type de fréquent.

1310 P. ROBERT, Dictionnaire alphabétique et analogie de la langue française, Paris, Société du Nouveau Littré, p1160, cité par Robert F. LEGGET, les normes au Canada, Etude préparée pour le Conseil économique du Canada et le conseil des sciences du Canada, Ottawa, Informatique Canada, décembre 1970, p2.

1311 Sur le plan psychologique, distinction élaborée par le psychologue Jean DELAY. (in http://cogito.forumculture.net/t77-la-norme-la-normalite-des-definitions-ambigues)

1312 La « normalité statistique » qui renvoie à ce qui est statistiquement fréquent, à une moyenne des comportements ou des faits observés (ex-température « normale » pour la saison = moyenne des températures observées à une date donnée). De ce point de vue, l'anormalité se définit à partir des deux extrêmes (les moins nombreux) (être de taille « normale ») à partir de la loi du plus grand nombre ou sur la base d'un simple constat (jugement spontané qui instaure une sorte de « zone neutre » dans les apparences, comportements)

1313 Elle s'appuie sur un « idéal » de comportement qui répond aux exigences d'une société, (ex : on valorise l'ambition, l'esprit de compétition, la concurrence ; on souhaite que cela devienne un comportement courant chez tous les enfants = normalité statistique), ou un « idéal » répondant aux valeurs propres à un groupe, ou à ses croyances. On note une forte idée de modèle, en l'espèce construit par le groupe.

1314 Qui renvoie à cet état qui est bien approprié à un dirigeant en fonction de ses caractéristiques et de ses objectifs. Adaptation réussie par exemple à un poste de travail, à un loisir (personnalité épanouie, équilibrée). Il s'agit d'une construction individuelle.

enfermé dans l'anormal, l'anormal étant alors enchaîné à l'immoralité des activités affairistes, à l'affût d'affaires malhonnêtes ou juste prêt à profiter des carences de leurs adversaires ou de la naïveté, de la crédulité attisée par l'appât du gain de leurs partenaires, partie prenante de la vie de la société commerciale. Aussi, considérant qu'une norme est un discours[1315] (plus ou moins explicite) ou un comportement, descriptif ou prescriptif dans la mesure où cette description ou cette prescription permet d'évaluer ou de mesurer (à la limite de sanctionner) la conformité de son sujet à son objet, pour autant, on peut avoir des doutes sur la prétention à l'universalité de cette normalité éthique. Toute vision de la réalité est fondée sur la nature, les expériences et les choix des dirigeants. Si, donc, leur personnalité, leur compétence, leur expérience et leur choix de conduite sont différents, qu'en est-il de leur vision des choses et de leur responsabilité ? Doit-on oublier cette vision, doit-on la refouler sous prétexte que d'autres en ont une différente ? Quand un argument d'autorité ou un argument sentimental vient polluer cette vision de la réalité, de la pertinence de certaines conduites, quand un prétexte externe vient renforcer cette vision au goût d'obligation, la réalité devient prétexte pour la coercition, dans le monde économique, social, professionnel, etc. Puis, un jour, on ouvre les yeux et l'on choisit.

345. Au demeurant, en matière de responsabilité sociétale et surtout d'éthique des affaires, il est proposé une référence arbitraire[1316] qui se veut universelle. Étant un construit, la normalité qui propose une référence arbitraire se veut normative. Elle est arbitraire, du moins partiale et partielle parce qu'expression d'un modèle dominant, d'une vision particulière de la personne, de sa dignité et de ses besoins (environnement, emploi, etc.). Cette vision est portée par certains membres de la société (les ONG notamment) ou des groupes quasiment majoritaires et qui s'y reconnaissent. Ils confèrent à cette normalité un caractère normatif et donc devant entraîner une mise en conformité[1317.] Un auteur comme M. Bourgeonnât notera que c'est en référence à elle que se font les mises à l'écart et les prises en charge[1318], mais aussi les initiatives de redressement ou de normalisation des affaires.

346. Il demeure que les canons de normalité ne sont pas définis. L'établissement d'une normalité pourrait résulter d'un compromis jugé acceptable après le débat. Pour le

1315 P. TRUDEL, *recherche sur les rationalités des règles de droit et les techniques de réglementations-Éléments d'un modèle*. P. 4

1316 G. Bourgeault, *Éthiques, dit et non-dit, contredit, interdit*, Essai. Collection éthique. Presse de l'Université du Quebec.1933, p76.

1317 Lise Noël, L'intolérance. Une problématique générale. Montréal. Boreal, 1989, 308 p.

1318 G. Bourgeault, *op.cit.*

Professeur Guy Bourgeault[1319], ce compromis acceptable sera celui qui, adopté par la majorité, portera atteinte le moins possible aux droits et aux aspirations des autres, de ceux et celles qui se retrouvent dans la ou les minorités[1320]. Ainsi, l'acceptation de certains écarts et les concessions n'affaiblissent aucunement la nécessité d'appliquer ces principes éthiques dans les relations privées. Au contraire, le seul fait d'admettre l'existence même de limites à l'application de principes éthiques est susceptible de conduire à une prise de conscience des écarts acceptables. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'acceptation préalable de l'existence d'une telle limite n'est en soi pas une entrave, mais peut même constituer un élément favorisant l'application même de l'éthique. Il est même fort probable que la connaissance de la limite acceptable des écarts – qui est propre à chacun, rappelons-le – nécessite d'en avoir expérimenté la transgression. De même, si cette normalité ne semble pas prendre acte de la pluralité des dirigeants des activités sociales, de la diversité de points de vue et d'intérêt éventuellement opposés et conflictuels, il demeure que les rapports sociaux, politiques, économiques ~~ne~~ seraient sans doute impossibles sans normes. De sorte que les normes éthiques qui définissent la normalité, même si elles n'épuisent pas l'activité humaine créatrice de normes[1321], demeurent déterminantes. Une norme est en fait une convention sociale conformiste qui préfère donner crédit à un préjugé plutôt qu'à susciter la réflexion et la remise en question, du moins *a priori*. Cette convention peut s'appuyer sur des actes de communication, le plus évident étant la parole ou le texte qui instaure formellement telle règle. Il faudra compter aussi avec cette réalité commune à toutes les sociétés qui fait que nombre des règles ou de normes ne passe pas par l'expression directe[1322]. Elles sont alors inscrites, soit dans les situations, soit dans les activités elles-mêmes ou, plus exactement, dans la façon de les mener. À chaque usage, la règle et la norme oscillent entre ces deux pôles : stabilité ou évolution, de sorte que l'usage en vient à la déformer. En effet, le changement social ne commence-t-il pas dès qu'il y a

1319 G. Bourgeault, op.cit.

1320 J. RAWLS. *Théories de la justice* (1971), trad.de l'anglais (États Unis) par Catherine Audard. Paris Ed, du Seuil.1987 et 1997

1321 P. TRUDEL, Directeur du Centre de recherche en droit public, faculté de droit, Université de Montréal. « La recherche sur les rationalités des règles de droit et les techniques de réglementation. Éléments d'un modèle » p.4

1322 La vie de la norme sociétale comporte toujours au moins trois moments importants : celui où la parole la crée, souvent à la suite d'un processus de délibération, celui où cette parole est ensuite ~~parfois~~ codifiée formellement, que ce soit par la ritualisation ou par l'écrit, et, enfin, celui où elle prend place et forme dans les structures matérielles ou immatérielles de la vie des affaires, c'est-à-dire cette phase où elle ne fait plus l'objet d'une délibération ni même souvent d'une expression explicite qui la prend pour objet car elle est rentrée dans les gestes, les comportements, les objets, les dispositifs…dans tout ce qui constitue la vie en société dont elle est devenue constitutive.

changement dans les dispositifs sociaux qui produisent les règles ~~et dans la vie même des règles~~ ? N'en va-t-il pas de même lorsque la régulation des fonctions du dirigeant est prise explicitement pour objet de négociation entre les parties prenantes de la société commerciale porteuses de perspectives divergentes ? Par essence, un rapport de force, concept central du statut du dirigeant, s'inscrit dans un registre des règles, qu'il faut nécessairement mettre en cohérence. Il s'agit alors de favoriser l'instrumentalisation des principes RSE sous forme de standards de conduite du dirigeant représentant de la société commerciale.

§ 2. …Favoriser l'instrumentalisation des principes RSE par le droit sous forme de standards de conduite du dirigeant sociétal.

347. Une convergence pourra être trouvée dans l'énoncé d'une obligation globale d'agir conformément à une obligation de loyauté envers toutes les parties prenantes et envers la société commerciale et avec soin, diligence et compétence, dans les différents registres normatifs. Le Législateur communautaire doit donner le ton, en légiférant, tout en assurant l'encadrement des initiatives volontaires qui prendraient et préciseraient les modalités concrètes de leur mise en œuvre. On pourrait assister à une certaine superposition voire une subsidiarité[1323] des instruments de coopération entre le dirigeant et les parties prenantes, tout en préservant la prééminence des règles impératives sur les autres règles volontaires, souvent de nature contractuelle.

A. La mise en conformité des textes statutaires pour la prise en charge des bonnes pratiques RSE

348. Les textes OHADA imposent une obligation d'observation générale, énoncée comme suit : Dans la mesure où les dirigeants doivent observer l'Acte Uniforme, les statuts, les règlements administratifs ainsi que les conventions unanimes des actionnaires, l'enjeu sera essentiellement de faciliter l'instrumentalisation de la volonté des associés en faveur de la RSE de la prise en compte des impacts des décisions sociales sur les autres parties prenantes.

1323 Sur le principe, les dispositions abrogatoires de l'OHADA semblent regler le problème. Il exclut la possibilité pour un quelconque texte « emprunt de juridicité» contraignant ou non d'invincer les dispositions des AU sous le convert du principe volontariste dont la portée *contra legem* peut être souvent relevé. Elles s'inscrivent dans une perspective de recherche d'une sécurité juridique et judiciaire, ces paramètres constituant la raison principale de l'avènement du traité de Port-Louis.

1. L'institutionnalisation de la volonté des associés en matière de RSE dans les statuts juridiques de la société.

349. En énonçant à l'Article 2-1 AUSCGIE que « Sous réserve du respect des dispositions du présent Acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires, (…) », le législateur renforce l'importance et donne une place prépondérante aux statuts juridiques de la société qui doivent définir par écrit, à côté des règles légales, les règles du jeu. Tous les référentiels pris par les associés ou encore les dirigeants doivent être conformes aux statuts qui ont un caractère institutionnel, réglementaire et contractuel. Ces derniers sont appréhendés en l'espèce comme « un ensemble de dispositions contractuelles, légales ou réglementaires qui définissent les règles impersonnelles et objectives applicables à une situation juridique déterminée ». D'emblée, les dispositions de l'article 10 AUDSCGIE qui déterminent les conditions d'établissement des statuts énoncent que : « les statuts sont établis par acte notarié ou acte sous seing privé ». Elles suppriment la possibilité d'établissement de ces statuts « par tout acte offrant des garanties d'authenticité dans l'état du siège de la société déposé avec reconnaissance d'écritures et de signatures par toutes les parties au rang des minutes d'un notaire. Ils ne peuvent être modifiés qu'en la même forme »[1324]. Elles consacrent les deux formes d'Actes juridiques générateurs d'obligations, à savoir les actes authentiques et les actes sous seing privé. Pour ce dernier, le législateur considère que « lorsque les statuts sont établis par acte sous seing privé, il en est dressé autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et l'exécution des diverses formalités requises par les textes en vigueur »[1325]. Ces statuts[1326] sont soumis à deux régimes différents en fonction des sociétés commerciales. Ils sont soumis tantôt aux règles obligatoires, impératives de l'OHADA, tantôt au régime de l'autonomie de la volonté des associés. Le premier régime est applicable aux sociétés commerciales, autres que les sociétés par action simplifiée[1327], tandis que le second l'est

1324 Art. 10 ancien AUSCGIE.

1325 Art. 11 AUSCGIE

1326On peut définir les statuts d'une entreprise comme étant les différentes dispositions conventionnelles qui organisent les relations entre les membres associés des sociétés civiles, commerciales ou d'une association, ainsi que les interactions des associés avec des tiers par l'intermédiaire de la personne morale qu'ils ont créé. », Voir Sur la définition des statuts in http://www.observatoiredelafranchise.fr/fiches-pratiques/statuts-entreprise-definition-notions generales.htm (Rédigé le 17.06.2011 /consulté le 15 septembre 2012)

1327 En l'occurrence, les statuts sont des dispositions conventionnelles qui régissent les relations entre associés et la société, les associés entre eux, et celles de la société avec les tiers. À ce titre et suivant les dispositions de l'Art.12 AUSCGIE : « les statuts constituent soit le contrat de société, en cas de pluralité d'associés, soit l'acte de volonté d'une seule personne, en cas d'associé unique ». Elles suppriment les dispositions de l'Art. 12 AUSCGIE (ancien) qui confèrent aux associés la qualité de propriétaire aux associés

pour les sociétés par actions simplifiées. L'aspect contractuel est très présent dans la caractérisation des statuts des sociétés par actions simplifiées[1328]. Cela implique donc en vertu du principe de l'autonomie des associés dans la détermination des pouvoirs du dirigeant, qu'ils puissent procéder à la consécration des principes généraux destinés à orienter le positionnement social, voir sociétal du dirigeant.

350. Les statuts apparaissent également comme une institution qui traduit toute l'attention que le législateur porte à la société qu'il appréhende également comme un système institutionnel. Les associés doivent respecter des conditions de fond, avec des mentions obligatoires, et des conditions de forme fixées par le législateur OHADA. Ils sont, ainsi que les fondateurs et les membres des organes sociaux, en présence d'une obligation légale de « déclaration de régularité et de conformité »[1329]. Cette mise en conformité porte sur le contenu des statuts, certes contractuels, mais qui doivent néanmoins inclure nécessairement certaines clauses impératives. Ces clauses contractuelles doivent être conformes aux obligations légales[1330], de sorte que si, dans les statuts à aménager, ces éléments en tout ou partie font défaut, il conviendra de les y intégrer et de les compléter par les dispositions

---

signataires des statuts en ces termes : « Les associés propriétaires de la société doivent choisir et signer les statuts autorisés par l'Acte uniforme de l'OHADA ». Cette disposition mettait quelque peu en lumière avec la notion de « propriétaire », l'emprise des associés sur la société, leur propriété exclusive. La suppression de cette mention ne préjuge toutefois pas de la volonté du législateur.

1328 La société par actions simplifiée est définie comme « une société instituée par un ou plusieurs associés et dont les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement de la société sous réserve des règles impératives du présent livre. Les associés de la société par actions simplifiée ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et leurs droits sont représentés par des actions ». Art. 853-1 AUSCGIE

1329 Elle est exigée à peine de rejet de la demande d'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier, aux termes de l'Art. 73 AUSCGIE.

1330 Ils doivent contenir des énonciations obligatoires posées par l'Art. 13 AUSCGIE relatives à la forme de la société, sa dénomination suivie, le cas échéant, de son sigle, la nature et le domaine de son activité, qui forment son objet social, son siège social, sa durée, l'identité des apporteurs en numéraire avec, pour chacun d'eux, le montant des apports, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport, l'identité des apporteurs en nature, la nature et l'évaluation de l'apport effectué par chacun d'eux, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport, l'identité des apporteurs en industrie, la nature et la durée des prestations fournies par chacun d'eux, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport (éléments intégrés par l'Art. 13 AUSCGIE), l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci. Ils fixent aussi le montant du capital social, le nombre et la valeur des titres sociaux émis, en distinguant, le cas échéant, les différentes catégories de titres créées ; les clauses relatives à la répartition du résultat, à la constitution des réserves et à la répartition du boni de liquidation et enfin les modalités de son fonctionnement. A cet effet, on note que la responsabilité solidaire des organes de gestion et de direction peut être engagée pour « préjudice causé soit par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société ». Il peut s'agir de clauses, initiales ou mises à jour, réglementant la constitution, les modifications, la fusion, la prorogation, l'organisation, la réorganisation, la dissolution, là où tout arrangement de la société.

correspondantes. À cet effet, les associés qui ont compétence pour édicter les règles applicables à ces différents rapports se trouvent ainsi eux-mêmes soumis aux règles juridiques dont la fonction de régulation est ainsi affirmée et légitimée. Dans ce cadre, les compétences des différents organes de la société sont précisément définies et les normes qu'ils édictent pour une meilleure exécution de leur fonction (conventions autorisées, interdites, conventions avec les autres parties prenantes, mesures administratives) ne sont valables qu'à condition de respecter l'ensemble des normes statutaires. Ainsi, les statuts adoptés peuvent contenir toute disposition que l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et GIE et toutes autres règles de droit autorisent à y insérer. Le législateur les dote d'une consistance propre et détachée des volontés qui l'ont fait naître et installée, l'institution va imposer sa loi aux membres de la société[1331]. Il répute non écrite « toute clause statutaire contraire à une disposition du Nouvel AUSCGIE »[1332].

351. Pour autant, malgré la volonté du Législateur communautaire de promouvoir et de garantir la liberté contractuelle élargie dans les rapports entre associés et entre ceux-ci et les dirigeants, il demeure que les statuts qui les lient ne peuvent satisfaire les exigences sociétales, sociales et environnementales, que la garantie d'équité ne pourra y être incluse et développer ses effets que si le droit définit les grandes orientations, voir les conditions. Il est vrai que les associés dans leurs rapports mutuels ne font qu'exprimer leur droit de propriété, leur droit de créance, même si par ailleurs une doctrine considère que, de principe, le titulaire d'une créance n'a qu'un droit indirect sur la chose, il n'a pas de droit réel[1333], donc il n'a pas la propriété de celle-ci[1334]. Nous estimons que l'associé détient un certain droit de propriété sur les titres émis par les sociétés ou son capital, ce droit étant saisi en l'espèce comme un moyen permettant à l'individu de réaliser ses libertés. Seulement, la propriété oblige. Il est difficile de tracer la frontière entre le domaine de l'habilitation concernant la détermination par voie légale du contenu et des limites du droit de propriété. C'est l'omniprésence du principe de la liberté d'expression d'une certaine catégorie de parties prenantes qui est de rigueur avec pour conséquence pour cette liberté

1331 L. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », in L'institution, PUF 1981, p. 3, spéc. p. 6.

1332 Alinéa 2 Art. 2 AUSCGIE

1333 « Certes, la psychologie du porteur est celle d'un propriétaire. Il n'en demeure pas moins que la qualification de droit personnel conduit à exclure le droit de propriété de l'associé ». Voir R. KADDOUCH, Le droit de vote de l'associé, thèse préc., p. 39 et s. Selon ce même auteur, il semble que les décisions qui considèrent l'exclusion comme une atteinte au droit de propriété « aient confondu le titre *instrumentum*, pouvant faire l'objet d'un droit réel, encore que cette analyse soit discutable, et le titre *negocium*, représentatif de la créance de l'associé, non susceptible de propriété »

1334 R. POESY, Bref retour sur une question controversée : l'exclusion judiciaire de l'associé d'une société non cotée, art. préc., p. 162.

de ne pouvoir être limitée que par des intérêts supérieurs qui sont dans une certaine mesure strictement nécessaires à la protection de l'intérêt général ou de l'intérêt social particulièrement. L'efficacité de la réglementation est en jeu.

2. L'efficacité des clauses statutaires au regard des objectifs de protection des parties prenantes contre les abus.

352. Les statuts constituent le pacte social par excellence. Les clauses contiennent souvent des dispositions qui fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée[1335]et aussi assurent la police de l'actionnariat et des rapports entre dirigeant et associés. À ce niveau, il faut noter que la liberté contractuelle est fortement limitée par certaines dispositions d'ordre public sociétaire. L'alinéa 1 de l'Article 2 AUSCGIE est assez explicite lorsqu'il énonce que : « *Les statuts de la société commerciale et du groupement d'intérêt économique ne peuvent déroger aux dispositions du présent Acte uniforme sauf dans les cas où celui-ci autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer des clauses statutaires aux dispositions du présent Acte uniforme, soit à compléter par des clauses statutaires les dispositions du présent Acte uniforme* ». Il apparaît alors qu'une consécration des principes généraux dans l'Acte Uniforme constitue un gage de respect de cette exigence. Lorsque les statuts sont établis conformément aux dispositions impératives de l'OHADA, ou lorsqu'en dépit de la liberté des parties dans la définition de son contenu, les parties auront respecté certaines dispositions obligatoires, leur violation appelle des sanctions. Les associés sont tenus par les Actes uniformes de respecter les diverses obligations légales et statutaires d'ordre public. Ces obligations constituent une garantie pour les différents associés, comme les tiers, même si pour ces derniers cela reste à démontrer.

353. Or, en raison du principe de la relativité des contrats, ces tiers sont a priori exclus du contrat de société et ne pourront contraindre les associés à limiter ou orienter leurs prérogatives vers la satisfaction de leurs intérêts[1336]. Il est difficile de voir comment le dirigeant pourrait prendre en compte les intérêts des autres parties prenantes en violation des clauses statutaires. Le non-respect de ses obligations est susceptible de sanction et/ou

1335 Art. 853-7 AUSCGIE

1336 Aux regards des dispositions de l'Art. 4 AUSCGIE : « *la société commerciale est créée par deux (2) ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme. La société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés* ».

d'exécution forcée selon les cas[1337]. On peut dire alors que le cadre juridique et institutionnel tel qu'il est élaboré permet essentiellement aux entreprises d'être des sources de valeurs pour l'enrichissement des associés. En poursuivant l'intérêt des actionnaires, il encourage les investissements à vocation rentable. Toutes initiatives tendant à menacer leurs intérêts peuvent être une occasion pour engager la responsabilité civile des dirigeants sociaux. La question peut se poser notamment lorsque le dirigeant veut engager des actions de mécénat, c'est-à-dire le soutien matériel apporté, sans contrepartie directe de la part du bénéficiaire, à une œuvre ou à une personne pour l'exercice d'activités présentant un intérêt général[1338]**.** De ce point de vue, certains principes généraux doivent être posés dans l'Acte Uniforme comme règles impératives et non supplétives pour une meilleure flexibilité dans la mise en œuvre des fonctions de dirigeant, mais aussi pour prévenir certains abus. Ils auront, à cet effet, vocation à être des devoirs positifs dans tous ces cas où les rapports juridiques sont menacés de déséquilibre. Ils servent de contrepoids des excès potentiels dans l'exercice de la fonction directoriale, ce qui renforce pour le dirigeant la portée de la mention qui consacre l'élaboration de normes générales de conduite, suivant laquelle *« les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions [pour le compte de la société]1339, agir : a avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société ; b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente1340, raisonnable* ». Il s'agit en l'espèce de poser ces principes généraux à charge pour les associés-actionnaires de procéder à l'élaboration de règles plus précises qui soient bien adaptées[1341] à leur contexte particulier de gouvernance d'entreprise. Cela renforce le caractère institutionnel de la fonction directoriale qui permet le rattachement des différents devoirs à la fonction de direction d'une société commerciale.

1337 L'Art. 1134 du Code Civil énonce à ce propos que : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

1338 Arrêté du 6 janvier 1989 relatif à la terminologie économique et financière (en France).

1339 Dans le cadre de modifications apportées à la LSAO (L.O. 2006, c. 34, ann. B, art. 24), les termes entre crochets ont été ajoutés en date du 1er août 2007. L'ajout semble faire suite à l'arrêt Magasins à rayons Peoples inc. analysé ci-après. Pour plus de détails, voir la page 14.

1340 LCSA, par. 122(1); BCAA, par. 122(1); BCACB, al. 142(1)a) et b); LSAO, par. 134(1). En droit québécois, l'équivalent se trouve à l'Art. 322 du CCQ, qui dispose : « L'administrateur doit agir avec prudence et diligence. Il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la personne morale. » Il ne faut cependant pas oublier que nombre de sociétés établies au Québec sont constituées sous le régime de la LCSA. Le CCQ s'applique à titre de droit supplétif par rapport à la LCSA dans la mesure où les dispositions de celle-ci n'abordent pas la question en particulier.

1341 Le droit OHADA offre avec la dernière réforme une plus grande liberté dans la rédaction des stipulations statutaires, surtout pour les sociétés par actions simplifiée. Cette perspective renforce le caractère contractuel de la société, cela ne doit pas impacter sur les fonctions du dirigeant.

En ce sens, même si les associés ont la liberté d'établir de manière consensuelle les statuts de la société, le Législateur OHADA ayant privilégié la flexibilité et le consensualisme dans la définition des règles de gouvernance d'entreprise notamment la détermination au profit des dirigeants « des pouvoirs les plus étendus »[1342], le dirigeant est tenu en sa qualité de dirigeant de respecter ces principes. La démarche promue par l'OHADA consacre « une conception du gouvernement d'entreprise focalisée principalement, sinon exclusivement, sur la maximisation (souvent à court terme) de la valeur pour l'actionnaire[1343] ». On est même tenté de dire que le dirigeant est quasiment au service des associés, ceux au profit desquels est créée la société commerciale. À ce propos, l'AUSGIE a mis en place tout un système de protections pour les actionnaires[1344], des règles permettant aux actionnaires de s'assurer que les sociétés, dont ils détiennent des parts ou actions, sont dirigées en conformité avec leurs propres intérêts. Les titres sociaux émis par la société, en contrepartie des apports faits par les associés et qui sont considérés comme des biens meubles[1345], confèrent à leurs titulaires des droits qui sont énumérés par l'article 53 AUSCGIE[1346]. Cette perspective repose sur ce que nous appellerons le principe de superposition plurielle[1347]. On sait que la société commerciale fonctionne sous le système démocratique, divisé entre majoritaire et minoritaire, voire égalitaire. En découle une conséquence immédiate. Tout comme la proximité avec les tiers, fournisseurs, salariés, clients induit la collusion, la superposition de l'institution de la fonction de dirigeant à la

1342 Cela pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social. Voir Art. 853-8 AUSCGIE

1343 M. FRIEDMAN, « Capitalisme et liberté », traduit de l'anglais par A. M. Charno, Robert Laffont, 1971, *spéc*. p.169 ; M. Friedman, « The Social Responsibility of Business is to increase its profits », *New York Times*, 13 septembre 1970.

1344 Certains Actes uniformes contiennent des dispositions destinées exclusivement à la reconnaissance, la défense, au renforcement et à la sauvegarde des droits individuels, collectifs (patrimoniaux et extrapatrimoniaux) et pouvoirs des actionnaires.

1345 Art. 52 AUSCGIE

1346 Il s'agit d'un certain nombre de droits à savoir : *« 1°) un droit sur les bénéfices réalisés par la société lorsque leur distribution a été décidée ; 2°) un droit sur les actifs nets de la société lors de leur répartition, à sa dissolution ou à l'occasion d'une réduction de son capital ; (…); 4°) le droit de participer aux votes des décisions collectives des associés, à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement pour certaines catégories de titres sociaux* ».

1347 D'abord, superposition de la représentation et du pouvoir de direction. De cette étroite proximité découlent un certain nombre de collusions qui font que le dirigeant ne peut être qu'être attentif aux besoins des tiers, parties prenantes. L'objectif dans ce cadre c'est de préserver et/ou développer une relation de confiance nécessaire à leur crédibilité et leur pérennité et essentiellement permettre la réalisation de profit. Malheureusement aussi les entreprises ne s'intéressent jamais tant à la RSE que lorsque son absence ou son insuffisance est de nature à contrarier ses profits. Ces tiers sont donc des interlocuteurs du dirigeant, au même titre que les associés, pour son maintien à son poste de dirigeant. Justement à leur propos, on parle de superposition du fait de sa désignation ou nomination aux fonctions de dirigeant.

structure de nomination, l'assemblée des associés ou le conseil d'administration permet un clientélisme qui se traduit dans la pratique du favoritisme dans le respect de la légalité[1348]. Cela ne doit pas empêcher le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions directoriales de s'approprier et mettre en œuvre les principes généraux, qu'ils soient proclamés ou non dans les statuts de la société commerciale. Ainsi, qu'il soit statutaire ou contractuel, tous les dirigeants, même le président (du conseil d'administration) et les éventuels autres dirigeants statutaires sont concernés, même en l'absence d'une insertion[1349] de clauses spécifiques qui proclameraient ces principes dans les statuts. La proclamation permettra toutefois, de préciser le contenu du comportement attendu des dirigeants, et d'en renforcer l'effectivité à travers la rédaction de certaines stipulations statutaires originales. Ces stipulations n'enlèvent en rien la portée générale des principes généraux qui irriguent toute la fonction du dirigeant. De sorte que ces principes sont opposables, en toutes circonstances, aux dirigeants qu'ils en aient eu connaissance, et les aient acceptés ou pas[1350]. Dans cette perspective, les décisions violant les clauses statutaires et l'AUSCGIE qui définissent ces principes généraux seront soit frappées de nullité soit ~~encore~~ considérées comme non écrites. De même on notera que si une consécration implicite ou explicite peut être fortement encouragée, dans les relations statutaires desdits principes généraux, on ne peut en déduire une exclusion de la possibilité d'un engagement contractuel à les respecter dès lors que l'AUSCGIE l'évoque[1351]. On dira que cette mention par l'AU prend également la réalité de l'engagement contractuel du dirigeant non statutaire.

1348 La désignation du dirigeant, sa nomination ou son accession à certaines responsabilités (les associés peuvent limiter ses pouvoirs) aux responsabilités reposent bien souvent sur le principe de préférence, lié à sa compétence, ses rapports avec les majoritaires, etc. Une relation de confiance avec les majoritaires est synonyme de stabilisation de la fonction et de sécurité juridique, là où le pluralisme « politique » représente une forme de menace dans le maintien au pouvoir du dirigeant. La conséquence est que l'emprise des majoritaires peut réduire le jeu démocratique, en subtilisant au pluralisme « politique » un monolithisme dans les systèmes de délibérations et de décision ; et, d'autre part, en s'érigeant en garant de l'inamovibilité du dirigeant.

1349 Une mention spéciale insérée dans le contrat ou le procès-verbal de nomination du dirigeant, et aux termes de laquelle ce dernier s'engagera, de manière explicite et claire, à respecter les dispositions relatives aux principes généraux prévus dans les statuts de la société en application de l'AUSCGIE, de sorte que la signature du contrat ou du procès-verbal entraine son acceptation par le dirigeant.

1350 La seule nomination en qualité de dirigeant de la société emporte soumission aux principes généraux et les clauses d'application que la société entend se prévaloir sans qu'il soit nécessaire de solliciter une acceptation expresse de la part du dirigeant non associé.

1351 Les statuts de société sont on le rappelle un contrat qui ne lie que les personnes qui y font parties, à savoir les associés. Le dirigeant non associé étant étranger au pacte social, celui-ci ne peut donc pas, ipso facto, lui imposer une obligation de loyauté ou de diligence. Ce qui ne pourrait être admissible, dès lors qu'on estime que ces obligations sont attachées à sa fonction et non à la nature contractuelle des statuts, en vertu du principe de l'effet relatif.

Il n'appartient pas aux associés de restreindre par cette voie, contractuelle, les cas dans lesquels il est requis du dirigeant le respect des principes. Le cadre d'exercice des fonctions du dirigeant ainsi défini dans les statuts en conformité avec l'AUSCGIE permettra au juge d'avoir des indicateurs d'appréciation et d'évaluation des décisions et actions du dirigeant, surtout en cas de litige. Ce cadre réglementaire devra être renforcé par des initiatives volontaires des acteurs.

B. Le renforcement du régime des conventions extrastatutaires d'appropriation des pratiques RSE

354. L'une des définitions les plus courantes de la responsabilité sociale assimile cette dernière à des initiatives corporatives volontaires à caractère social et environnemental allant au-delà des obligations fixées par la loi. Ces pratiques RSE qui vont au-delà du pacte social, trouvent leur sens dans la responsabilisation des associés, des dirigeants et autres parties prenantes. Ils peuvent collectivement ou individuellement recourir à des référentiels de bonnes conduites sociétales (1), en veillant à pallier leur faible juridicité (2).

1. Le recours à des référentiels de bonnes conduites sociétales…

355. Un récent rapport de l'OCDE souligne que : « l'efficacité des systèmes de gestion des responsabilités sociales de l'entreprise est fonction de la capacité des sociétés commerciales à formuler et canaliser adéquatement des pressions raisonnables pour susciter les comportements appropriés ; l'on ne peut s'attendre à ce que les initiatives privées fonctionnent si les autres parties du système, incluant les lois et réglementations, ne fonctionnent pas adéquatement ».[1352] Aujourd'hui, il ne fait aucun doute aussi que certaines préoccupations sociétales sont consacrées dans les différents instruments juridiques élaborés par l'OHADA. Elles apparaissent sous forme de principes de droit, même si les dogmatiques dénient à ces principes tout rattachement à l'éthique, ou encore sous formes de modèle de gouvernance des entreprises. Les exigences éthiques sont généralement exprimées sous la forme déclarative et sont dotées de toutes les caractéristiques des principes généraux du droit : universels, immuables, permanents. Même codifiés, ils ne s'enferment pas dans le texte. Ils sont *extra legem, supra legem*, *infra legem,* et parfois *contra legem* ; ce qui se justifie par la nature intrinsèque des éthiques réalités plurielles et multiformes ». Toutefois, dans la mesure où le postulat de

1352 OCDE 2000-2001*, Ibid,* p. 3.

base est la reconnaissance de la diversité incontournable des modes de gouvernance, l'enjeu doit être mesuré à l'aune des perspectives de bonne gouvernance. Toutefois, les montages, réalisés, souvent complexes, font appel la plupart du temps, à nombre d'instruments distincts et interdépendants, de manière formelle ou de *facto*. Ainsi, les « blocs contractuels » obtenus comportent tout aussi bien des éléments synallagmatiques qui correspondent à un échange de prestations distinctes que des éléments associatifs qui ressortissent de la mise en commun de moyens en vue de la réalisation d'un objectif prédéterminés. L'enjeu sera pour le législateur de reconnaître la juridicité des normes de conduite privée formalisées, dès lors qu'elles apparaissent comme définissant les obligations et responsabilités des parties prenantes comme le dirigeant. Ici, les démarches RSE ont tendance à compléter les règles de droit. À cet effet, elles consacrent des dispositifs sanctionnés par le droit, mais si la plupart du temps, elles n'ont pas le caractère obligatoire et garde toute leur spécificité. Il faudra alors que leur juridicité soit reconnue afin qu'elles puissent avec le droit des affaires interagir entre eux et s'analysent comme un pôle unique de régulation dont les domaines se recoupent sans toutefois fusionner.

356. Le législateur confère aux associés la faculté d'adopter des règles privées destinées à contribuer à la régulation. En effet, au-delà des dispositions de l'Acte uniforme qui sont d'ordre public prévues à l'article 2[1353] AUSCG, les dirigeants, les organes de la gouvernance et les autres parties prenantes peuvent soumettre certains de leurs rapports à des codes ou chartes de conduites, formels ou pas[1354]. Ces pactes, chartes ou codes de conduite ne doivent pas accentuer les relations asymétriques entre parties prenantes. C'est pourquoi, lorsqu'un associé est dépendant et sans pouvoir véritable sur ses partenaires, il pourra recourir aux dispositions de l'Acte uniforme, voire au-delà[1355]. Le jeu des délibérations permet en principe aux associés d'exprimer leurs besoins et attentes légitimes. Elles sont le lieu d'expression de points d'accords (consensus fort) et des champs de tension (forts contrastes entre les positions des associés). Ces points d'accords

1353 Aux termes de cet Art. qui dispose que : « les dispositions du présent Acte uniforme sont d'ordre public, sauf dans les cas où il autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer les dispositions dont ils sont convenus à celles du présent Acte uniforme, soit à compléter par leurs dispositions celles du présent Acte uniforme »

1354 Ces derniers, par renvoi au droit des contrats, peuvent être compris comme des référentiels ayant une dimension contractuelle. C'est la liberté des parties prenantes qui est de mise, même devant le juge. C'est la loi des parties. Ils tiennent leur caractère obligatoire du contrat et permettent d'assurer la régulation des sociétés et la préservation du « bien commun ». Ils impliquent à la fois de se mettre d'accord sur un certain nombre de règles essentielles (c'est le principe d'unité) et de faire du respect de l'autre l'un des principes fondamentaux de cet accord (c'est le principe de diversité).

1355 C'est le cas par exemple des innovations de produits ou de *process* défendues par des brevets

ont l'avantage de recueillir le consentement des acteurs, tandis que le champ de tension peut être défini comme un point jugé important par tous et sur lequel, même après discussion les coassociés n'arrivent pas à trouver un consensus ou un compromis durable. Cela entraîne des conflits que le dirigeant est censé gérer pour la continuité des activités sociales. Des démarches RSE peuvent être proposées en conséquence pour la résorption des champs de tension. Ces champs de tension révèlent les principaux domaines dans lesquels les parties prenantes auront besoin de construire avec le dirigeant une communauté d'intérêt ; au vu de la diversité qui existe toujours dans une société, il n'est pas toujours possible de les transformer en consensus forts (on ne peut pas s'entendre sur tout) mais il est souvent possible de les réduire (c'est-à-dire trouver un moyen terme entre les positions extrêmes par la clarification, les concessions réciproques, etc.)[1356]. Ce processus articule les changements majeurs souhaités dans la société commerciale et précise les changements attendus de chaque d'acteurs. Il débouche sur l'élaboration de contrats de comportements qui n'ont pas, il est vrai, vocation à se substituer à celles prescrites par les textes légaux de l'OHADA, ou par les textes internes en vigueur dans les pays de l'OHADA.[1357] Ils n'émanent pas d'une autorité étatique supérieure, mais de ceux qui ont un intérêt à son adoption[1358]. En ce sens, le dirigeant, disons l'employeur, est responsable de l'application de la législation sociale à l'intérieur de son entreprise. Il a

1356 Les référentiels RSE, à chaque fois propose des démarches et méthodes pour la construction de nouveaux accords sur les domaines couverts par ces champs de tension. Tout le processus précédent vise à donner un contenu consensuel à un projet RSE de gouvernance des relations entre associés, voir au-delà. La nature, les modalités de cette gouvernance, les valeurs et les priorités et modalités de gouvernance pourront ainsi être définies de façon inclusive et participative, pour des gains en termes de pertinence, d'efficacité, de transparence et d'efficience, etc.

1357 Ces référentiels privés dépassent le cadre des relations entre associés et touchent de manière spécifique la fonction du dirigeant, au processus de socialisation du statut du dirigeant. Les associés peuvent approuver dans le cadre du conseil d'administration un certain nombre de référentiels élaboré par le dirigeant qu'il serait intéressant d'interroger. La production de normes de conduites privées notée à ce propos est dans la plupart du temps destinée à servir d'outil technique de management et de gestion pour le dirigeant. Elles sont considérées comme indiqué dans la première partie, comme des normes soft law entrant dans le cadre de la « normalisation ». Ces contrats de comportements consacrent des obligations qui s'ajoutent aux textes en vigueur quels qu'ils soient, et forment pour tous les associés signataires, un ensemble de règles qui doivent être appliquées en toutes circonstances. Ces pactes ne doivent contenir des dispositions contraires à la loi. Ces référentiels peuvent venir compléter les Actes uniformes, les suppléer lorsqu'ils sont lacunaires. Seulement il est difficile de concevoir ces référentiels s'opposer à ces actes uniformes et donc être *contra legem*.

1358 Ce sont souvent les mêmes qui créent et qui bénéficient de la norme : il y a alors un risque confusion d'intérêts.

autorité sur le personnel de l'entreprise. Cette autorité se traduit par deux sortes de pouvoirs : un pouvoir de direction[1359] et son corollaire, le pouvoir disciplinaire[1360].

357. Elles constituent un appoint en cas de besoin, en cas de défaillance exceptionnelle de la loi et pour la durée de la défaillance, donc une intervention *a priori* provisoire. La subsidiarité doit s'appliquer donc à l'intérieur de chaque entreprise. On estime que les normes de conduites doivent être prises, autant que possible, au niveau des personnes qui en subiront les conséquences éventuelles : c'est le principe de subsidiarité théorisé dès le XIIIe siècle par saint Thomas d'Aquin. Il s'agit ainsi de faire de la régulation des conduites l'affaire des parties prenantes, telles le dirigeant ; que chacune d'elle soit acteur dans la production et la gestion des règles ou des normes qui la concernent. En effet, la légitimité d'une action, politique ou intervention se détermine avant tout par le fait qu'elle doit être reconnue et admise par tous[1361]. Toutefois, les règles et normes dites sociétales restent encore largement le domaine réservé d'une minorité. Aussi cet axe propose-t-il de contribuer, de dynamiser et de démocratiser les modes de production et de gestion des règles, à faire en sorte que ce ne soit plus toujours les mêmes sociétés commerciales ou les multinationales- qui s'approprient l'exclusivité de la régulation, mais que cette fonction soit de plus en plus, non seulement accessible au plus en grand nombre, mais qu'elle en devienne un centre d'intérêt permanent. En pratique, cette perspective touche de très près à la gouvernance d'entreprise. L'enjeu de la gouvernance réside devant tout dans les rouages de la régulation. C'est à ce titre que la régulation occupe une position si centrale dans la prise en charge de la responsabilité sociétale des entreprises. Cet axe décale le pouvoir, non plus sur des personnes mais sur la finalité régulatrice des fonctions qu'exercent les dirigeants. Cela peut découler de choix individuels des dirigeants ou de choix collectifs des parties prenantes. D'abord par un choix individuel dans la mesure où la formalisation de l'éthique commence par l'application des règles de conduite par le dirigeant lui-même, qui va insuffler l'esprit éthique de l'entreprise aux employés et autres parties prenantes. Les

1359 Il a le pouvoir de donner des ordres individuels ou collectifs, afin d'assurer la marche de l'entreprise. Ce pouvoir prend sa source dans le contrat de travail, qui comporte par définition un lien de subordination, mais aussi dans l'institution de l'entreprise.

1360 Dans le silence des textes législatifs conventionnels, l'usage des référentiels de réglementations patronales et normes de comportements s'impose aux parties s'il n'est pas contraire à l'ordre public. Inversement si de tels textes existent, un usage contraire (sauf s'il est plus favorable) ne peut y déroger. On peut pallier cette difficulté en inscrivant ces processus dans le cadre de la normalisation.

1361 Cela interpelle sur la représentativité des référentiels dans la mesure où on se rend compte que souvent ces normes émanent directement des organes sociaux et n'intègrent pas le dialogue pour leur formation. Cette représentativité de toutes les parties est non seulement nécessaire mais aussi impérative pour plus d'efficacité et de légitimité.

chartes adoptées comprennent des valeurs générales, dont les résultats sont significatifs, des valeurs spécifiques, qui sont directement inspirées du charisme personnel des fondateurs, des dirigeants et des valeurs opérationnelles, qui inspirent toutes les stratégies de travail ainsi que les comportements des parties prenantes dès la signature de leur contrat de collaboration. L'éthique informelle qui s'exprime dans les comportements et qui sous-tend les relations interpersonnelles est bien évidemment déterminante ».1362 Ensuite, ce choix peut être renforcé par un processus d'élaboration de normes négociées destinées à structurer le partenariat entre associés et les dirigeants, mais aussi avec les autres parties prenantes. Ce type de processus volontariste basé sur la cogestion et co-responsabilisation peut être impulsé et piloté par le dirigeant[1363]. En ce sens pour pouvoir réaliser une cogestion[1364] harmonieuse, il faut que règne avant tout « une culture de confiance, »[1365] où les représentants d'intérêts différents ont la volonté d'aboutir à un compromis dans « un esprit de tolérance mutuelle »[1366] pour atteindre un objectif valorisant le « bien commun ». Une crise peut résulter notamment de la perte de confiance des associés issue de la transgression par le dirigeant de leurs instructions relatives au maniement des fonds sociaux et à la gestion des comptes bancaires, la divergence entre le dirigeant et les associés sur les mesures à adopter pour redresser la situation de la société, le risque de perte du client unique de la société, mécontent des prestations fournies. Dans ces hypothèses, ~~ou espèce~~ la responsabilité sociétale de la société semblait être insuffisamment prise en compte par le dirigeant. L'atteinte à l'intérêt social ou la préservation de celui-ci se situe au cœur de la polémique relative à la révocation des dirigeants concernés Ce n'est pas une idée vague ou simplement démocratique. Ce n'est pas de l'égalitarisme (tout le

1362 V. S. MERCIER, « La formalisation de l'éthique en entreprise, un état des lieux », dans l'éthique d'entreprise a la croisée des chemins, J. Lauriol et H. Mesure (dir.), Paris, L'Harmattan, 2003, p.67-87

1363 Pour qu'elles soient valides et efficaces, la co-responsabilisation des dirigeants, des salariés et non-salariés concernés exigent un partage des bénéfices résiduels ex-post ainsi qu'une participation croissante des parties prenantes à la propriété de l'entreprise. Ceci se répand à l'heure actuelle grâce à l'actionnariat et à la réduction du nombre d'entreprises purement familiales ou individuelles. Il est alors dans l'intérêt des dirigeants de favoriser une image saine de leur culture d'entreprise pour attirer des actionnaires économiquement fiables et prêts à s'engager dans une activité entrepreneuriale mue par des exigences humaines.

1364 La cogestion consiste en une pyramide organisationnelle plate et en une décentralisation des responsabilités, confiées aux personnes qualifiées directement concernées. La confrontation des idées hétérogènes de ces dernières s'avère alors nécessaire et salutaire pour répondre à une demande plus exigeante, plus diversifiée et plus compétitive du marché ainsi que pour satisfaire de nouveaux besoins, promouvant l'offre de l'entreprise et lui faisant gagner de nouvelles parts de marché.

1365 Recommandations de la Commission Cogestion, cogestion et nouvelles cultures d'entreprise, Verlag BERTELSMANN STIFTUNG, Gütersloh, 1998, p.4

1366 *Ibid*

monde est égal, tous les avis se valent, etc.), mais l'affirmation que chacune des parties prenantes peut et doit pouvoir apporter une pierre au développement des activités sociales de la société commerciale. À condition, bien entendu, que cette partie prenante reconnaisse aussi ses limites, ses manques et qu'elle accepte l'*autorité* de ceux qui sont chargés de prendre les décisions finales pour le *bien commun.*[1367]. La participation bien organisée, fondée sur le respect des engagements souscrits de ceux qui participent (dirigeants comme dirigés) conduit finalement à un ordre social juste qui reconnaît l'autorité comme un service. Tous ces référentiels qui se veulent des déclinaisons de l'éthique, ne peuvent pas *a priori* être contraires aux dispositions des Actes uniformes qu'ils doivent d'ailleurs intégrer, en ce sens qu'ils permettent l'association des différents acteurs parties prenantes à la vie de la société, autour de certaines valeurs qui déterminent des engagements de l'entreprise à leur profit, mais également, des comportements attendus de ces derniers. C'est d'ailleurs à ce niveau que se pose le problème de leur juridicité.

2. …Tout en palliant la faible juridicité des référentiels sociétaux promus

358. L'émergence d'initiatives de prise en charge par les sociétés commerciales de la responsabilité sociétale est en suspens dans l'espace OHADA, faute d'un investissement subjectif suffisant. Cet état de fait rend complexe l'analyse des processus de normalisation et de codification des pratiques directoriales. Il s'y ajoute qu'« aucune articulation n'est proposée, les mécanismes utilisés étant exclusivement orientés vers l'« autorégulation ». Elles ne s'inscrivent nullement dans un processus de corégulation, le droit des sociétés, de la gouvernance des entreprises ayant principalement une dimension « réglementation », c'est-à-dire « un mode de gouvernance fondé sur un texte obligatoire »[1368]. Il existe en effet parfois une forte activité de normalisation, non maîtrisée, c'est-à-dire existant hors des structures officielles, souvent confidentielles, des sociétés commerciales et de leurs organes sociaux qui recourent à un ensemble de documents de référence qu'elles contribuent en partie à créer[1369]. À leur sujet essentiellement la question de l'efficacité et de la légitimité peut se poser en raison de leur faible juridicité. Avec le risque que ces référentiels restent à l'état de discours incantatoire, leur juridicité est d'autant plus faible que souvent, ne sont exprimés que des valeurs ou encore des principes d'action exprimés

1367 La doctrine sociale de l'église en dix questions, in www.parcourszachee.com

1368 H. AUBRY, « La fabrique du bien commun des normes techniques aux normes de services ». Actes du colloque du 18 mars 2010. Université Paris Dauphine.

1369 H. AUBRY Actes du colloque du 18 mars 2010. « La fabrique du bien commun des normes techniques aux normes de services ». Université Paris Dauphine

dans « des formules comme l'entreprise « favorise », « est attentive », « participe », « souhaite contribuer », « vise à promouvoir », « encourage » ne permettent pas de déceler des engagements juridiques dont la méconnaissance donnerait lieu à sanction »[1370]. De plus en plus on assiste à l'adoption de référentiels qui s'inscrivent dans une perspective de normalisation des conduites des organes sociaux. Nous avons au Sénégal, le Code de gouvernance d'entreprise du Sénégal. L'élaboration de ce Code entre dans le cadre d'une normalisation, étant entendu que « la normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées… ». La démarche a l'avantage d'offrir un référentiel à l'attention des entreprises sénégalaises lorsqu'elles ont recours à ce type de mécanisme d'autorégulation, en leur permettant de se conformer aux recommandations et qu'il respecte des critères de transparence (publicité des accords notamment) et de représentativité des parties impliquées[1371]. À ce propos, Mme Aubry en dégageant les deux caractères de la norme technique - élaboration par les parties intéressées et absence de force obligatoire- considère qu'il s'agit en l'espèce des éléments déterminant leur qualification de « soft law » ou, pour retenir une expression française du « droit souple »[1372]. Pour elle toutefois, il est « difficile de considérer ces instruments comme entrant dans le cadre de la définition de référentiel, consécration de principes de mise en œuvre de la responsabilité sociétale des sociétés commerciales. Ils n'ont pas le caractère de normes d'intérêt général au profit d'intérêts particuliers »[1373]. Ces processus de « normalisation » intéressent particulièrement la RSE chaque fois « qu'elles représentent une valeur ajoutée pour l'intérêt général ».[1374] Le caractère volontaire de la plupart des initiatives de RS des sociétés commerciales axées

1370 PAUL-HENRI ANTONMATTEI, Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes. Janvier 2007 (www.ladocumentationfrancaise.fr)

1371 H. AUBRY, Actes du colloque du 18 mars 2010. « La fabrique du bien commun des normes techniques aux normes de services ». Université paris dauphine.

1372 Le droit souple, Actes du colloque organisé par l'Association Henri Capitant, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009 ; C. THIBIERGE, Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit, RTDCiv. 2003, p.599.

1373 Pour H. AUBRY, « si les professionnels sont les seuls à faire les normes qui leur sont applicables, alors la formule de l'Art. premier du décret du 16 juin 2009 signifie en réalité que la normalisation est une activité des professionnels au profit des professionnels et que l'intérêt général mis en œuvre par la normalisation n'est qu'une pure façade, qui sert d'alibi à l'intérêt particulier des professionnels. Ils ne perdent pas toutefois, leur capacité d'autorégulation et conserver leur caractère d'intérêt général" in Actes du colloque du 18 mars 2010. « La fabrique du bien commun des normes techniques aux normes de services ». Université paris dauphine.

1374 L'accord institutionnel « mieux légiférer » signé entre la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil en 2003, pose des principes relatifs à l'usage des systèmes alternatifs de régulation associant pouvoirs publics et instances privées.

sur l'exerce d'une « diligence raisonnable en matière de droits de l'Homme, en fonction de leur taille, de la nature et du contexte de leurs activités et de la gravité des risques d'incidences négatives sur ces droits »[1375], leur permet de choisir – souvent sans véritable concertation avec leurs parties prenantes – les référentiels ou les thématiques sur lesquelles elles vont s'impliquer. Ainsi, pour le dirigeant, le respect des principes extra-juridiques relève d'une faculté, ce qui pourrait entrer en contradiction avec les visées des processus de normalisation[1376].

359. De manière un peu naïve, même si on croit que ces normes *soft law* voudraient imposer ce que le Législateur lui-même n'impose pas, il faut bien comprendre que ces normes soft law n'imposent rien : elles font des propositions de conduites qui sont compatibles avec l'AUSCGIE. Il s'agit, semble-t-il d'une règle technique purement descriptive et nullement impérative, elle ne constitue qu'une « ardente » recommandation à laquelle les professionnels tirent, dans la majorité des cas, des avantages à se soumettre. Souvent présentée comme un instrument de gestion de l'entreprise, la charte éthique peut avoir une portée normative. L'objectif principal n'est certes pas de compléter un environnement juridique déjà dense et souvent complexe. La juridicité des chartes est bien faible lorsque ne sont exprimés que des valeurs et des principes d'action destinés à rassurer les parties prenantes externes à l'entreprise. Mais l'intérêt d'une expression sociétale ne consiste pas seulement à formuler des valeurs, sauf à rester dans un discours incantatoire. Si la RSE se prête à un discours philosophique intéressant, elle mérite surtout une traduction comportementale concrète. Dans le langage éthique, on parle aussi de « modérateurs situationnels »[1377] spécifiques au climat éthique de l'entreprise. Il s'agit de proposer des réflexions, des indications de conduite qui concernent par exemple le rôle que doivent jouer les dirigeants ou la façon de traiter les travailleurs ou encore l'écologie. Ses propositions sont toujours associées à une vision du rôle de la société, sa responsabilité vis-à-vis des parties prenantes, notamment celle des droits de l'homme[1378]. Toutes les propositions qui sont faites s'imbriquent les unes dans les autres pour former un ensemble

1375Voir le chapitre « Droits de l'Homme » des principes directeurs de l'OCDE in www.oecd.org

1376 Il s'y ajoute le caractère inintelligible de certains principes qui font que même si le dirigeant se décidait de les mettre en application, il aura du mal à y parvenir. Cela constitue un handicap à la mise en œuvre de la RSE par la société commerciale. L'exigence de mise en œuvre devient incertaine, surtout qu'il n'existe pas d'arrêt au niveau des juridictions (ccja et cours et tribunaux nationaux) qui renseigne sur la question. Aussi, la doctrine ne s'en préoccupe-t-elle pas.

1377 S. MERCIER, *L'éthique dans les entreprises*, Ed. La Découverte, 2004, p.39

1378 C'est l'ensemble des échanges de biens et de services qui créent, mais aussi distribuent la richesse. Elle assure les conditions pour que tous les humains puissent avoir une vie décente, c'est-à-dire compatible avec la dignité de l'homme.

harmonieux et cohérent au regard de la finalité de préservation de la réputation. On dira donc que ces démarches RSE de la société commerciale sont promues comme une partie intégrante de la stratégie d'entreprise, de la culture d'entreprise. Il est alors possible, pour le législateur de requérir l'élaboration de bilan environnemental en annexe du rapport de gestion[1379], décrivant les initiatives et activités. Toutefois, la production de ces normes ne peut s'examiner du seul point de vue de la stratégie de l'entreprise, elle doit aussi embrasser la dynamique sociale de régulation qui la sous-tend et qui mène à sa production. Ces dispositifs peuvent également fixer un ensemble de règles de conduite à adopter dans l'exercice de leur activité professionnelle. Cela dit, on ne peut simplement faire appel pour justifier certains aménagements des rapports entre le dirigeant et les parties prenantes, à la liberté contractuelle. Ces normes peuvent être de nature réglementaire avec l'adoption de règlements intérieurs de nature disciplinaire[1380] qui restent des instruments obligatoires, dont la sanction est assurée par le dirigeant. Si en plus de ces règlements, il élabore des dispositifs dénommés « charte éthique », « code éthique », code de déontologie,[1381] qui consacrent à la fois des valeurs, des règles de comportement, des procédures internes, des consignes générales, des obligations pour l'employeur ou le salarié. Il s'agit d'instruments non reconnus par le Législateur OHADA, alors que dans certains pays ils sont utilisés comme réponses à la régulation des rapports dirigeant-salariés conforment aux dispositions des articles L. 120-2, L. 122-45 et L. 432-1, alinéa 1 du Code du travail de la France. Lorsque ces documents rappellent des obligations déjà prévues par la loi[1382], les conventions collectives ou le règlement intérieur, ce n'est qu'à titre informatif et le code n'a, de ce point de vue, aucune valeur juridique[1383]. En réalité, ces dispositifs peuvent être

1379 Le gérant de SARL, SNC, SCS, ou le CA ou l'administrateur général (dans les SA), selon le cas doit établir un rapport, en vertu des dispositions des Art.s 138 AUSCGIE et 71, 72, 99 à 101, 104, 110 de l'Acte Uniforme portant organisation et harmonisation ces comptabilités.

1380 Ces règlements intérieurs fixent les règles de discipline intérieure en rappelant les garanties dont leur application est entourée et précise certaines dispositions d'hygiène et de sécurité. Ils viennent en complément des dispositions conventionnelles applicables dans la branche ou le secteur d'activité ainsi que des accords d'entreprise.

1381 « A la différence des codes de déontologie élaborés par des ordres professionnels qui acquièrent une valeur réglementaire via un décret, la déontologie d'entreprise n'a pas de juridicité particulière ». Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes. Janvier 2007 (www.ladocumentationfrancaise.fr)

1382 Comme le mentionnent Simard et Morency « on constate que même si des entreprises adoptent des codes d'éthiques, ces derniers se ramènent le plus souvent à de simples guides d'information sur des règles de droit existantes ». Voir.Simard, J. et M.-A. Morency. 2002. « Droit, déontologie et éthique : distinctions et applications en gestion », *Organisations et territoires*, printemps été 2002, p.16 (p. 13-18)

1383Code d'éthique, charte de bonne conduite, code de déontologie de sociétés : quelle valeur juridique?, par Matthieu Nicolet le 08/10/09, in

considérés comme des sources internes (accords collectifs d'entreprise, règlements, usages...) du droit du travail au même titre que les sources externes (règles internationales, Codes du travail, conventions collectives, etc.). Leur portée peut être renforcée par le législateur qui peut imposer leur adoption.

360. Relativement aux règlements intérieurs, leur établissement est généralement soumis à des règles légales strictes suivant les pays. Ils définissent des ordres collectifs valant pour l'ensemble du personnel. C'est pourquoi, on estime qu'il s'agit d'un pouvoir réglementaire, d'un document rédigé par le dirigeant-employeur et qui contiennent des règles relatives à l'organisation technique du travail, à la discipline et aux prescriptions concernant l'hygiène et la sécurité nécessaires à la bonne marche de la société commerciale[1384]. Ils permettent aux dirigeants de prévenir la détérioration du climat social[1385] dans l'entreprise qui peut s'avérer fatal pour la survie de l'entreprise. À l'analyse des contenus de ces règlements intérieurs, il est souvent possible de constater certaines références à la déontologie d'entreprise[1386], à certaines obligations de nature contractuelle[1387] pour les salariés[1388]., mais surtout l'affirmation de sanctions disciplinaires. Il est même obligatoire pour des pays comme le Sénégal[1389], le Mali[1390], le Togo[1391] lorsque les entreprises comportent vingt salariés.

---

http://avocats.fr/space/matthieu.nicolet/content/code-d-ethique--charte-de-bonne-conduite--code-de-déontologie-de-sociétés--quelle-valeur-juridique-_CEDBF4A3-76F8-4575-AE2C-F69A0BBE9015 (consulté le 20 janvier 2014)

1384 Benin : Art. 74 code du travail, Cameroun : Art. 34 Code du travail, Gabon : Art. 56 code du travail, Niger : Art. 34 code du travail, etc.

1385 Ce processus laisse à l'employeur un large champ de manœuvre, notamment en matière de discipline, en termes d'édiction de certaines règles. Celles-ci ne sont illégales que si la loi ou la convention collective (nous y reviendrons) contiennent des dispositions plus douces disciplinaires plus douces, si, d'autre part, la mesure édictée est une sanction disciplinaire interdites par la loi par exemple l'amende).

1386 Les expressions empruntées à cet effet, peuvent être contenues dans les contrats de travail, à savoir notamment « discrétion, confidentialité, voire parfois non-concurrence à l'issue du contrat.

1387 Il n'est pas surprenant de considérer que le règlement intérieur rédigé par le dirigeant comme une partie du contrat. Il crée naturellement des obligations à la charge du dirigeant qui se trouve notamment tenu de veiller à la santé et à la sécurité des travailleurs qu'ils engagent. Cependant, il s'agit quand même d'un contrat qui ne peut avoir force obligatoire que dans la mesure où il a été accepté par le salarié. On notera que la nécessité du visa de l'inspecteur du travail contredit l'idée et s'apparente à la conception institutionnelle (soumission au contrôle de l'autorité publique). Il s'agit d'une garantie pour les travailleurs qui sont protégés contre d'éventuel abus du dirigeant-employeur.

1388 On considère que le salarié accepte implicitement, en signant le contrat de travail, les conditions fixées par le dirigeant-employeur dans le règlement intérieur. Autrement dit, les clauses du règlement intérieur feraient l'objet d'un accord de volonté. Cela renforce pour une large part l'idée que le contrat de travail est un contrat d'adhésion, du moins sur ces aspects.

1389 V. Décret n°67-1360 du 9 décembre 1967, JO, n°3932, 1967.

1390 Art. 51 code du travail Sénégal. Il est obligatoire au Mali pour les entreprises agricoles, des lors que ces dernières sont composées de trente travailleurs au moins.

361. À l'état actuel de leurs législations, ces référentiels sont considérés comme de simples « déclarations d'intention » ou de « normes de comportement » énonçant des valeurs organisationnelles d'une part, et des engagements volontaires d'autre part, qui ne créent pas d'obligation ou d'engagement. Il ne peut s'agir de règles juridiques au sens strict. Ce point est donc essentiel, notamment pour comprendre les conséquences de l'inobservation des chartes et code d'éthique. Cette disparité de fondement de la responsabilité des dirigeants entraîne une disparité de traitement.

SECTION-II. Le traitement différentiel du contentieux relatif au statut sociétal du dirigeant

362. Le contexte d'exercice des fonctions du dirigeant offre une situation de pluralisme juridique qui se traduit par la coexistence de plusieurs ordres institutionnels de traitement des contentieux[1392] ou litige[1393] y afférent ; en raison des nombreux paramètres qui entrent en jeu et expriment l'idée d'intérêts ou de prétentions en opposition qui malheureusement ne sont pas toujours claires. Cela pose un problème de légalité et de légitimité[1394]. Ces acteurs titulaires du droit de regard interviennent dans le domaine technique de gestion et des attributions directoriales à l'égard duquel certaines parties prenantes sont dépourvues de moyens appropriés et de compétences[1395]. Dans cette perspective, il faut distinguer les différentes figures de contrôle et de traitement du contentieux relatives à l'inconduite et à la responsabilité du dirigeant (§1), avant de s'intéresser au processus de mise en cohérence (§2).

1391 Art. 31 code du travail Sénégal.

1392 Pour M. GOHIN le contentieux s'attache au traitement du litige auquel il importe, pour le rétablissement de la paix sociale, de trouver une solution définitive, Voir, O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 2ème édition, Litec, Paris, 1999, p. 2.

1393 Du latin *litigium*, le *litige* est souvent synonyme de procès ou de cause. Plus précisément, différend, désaccord, conflit considéré dès le moment où il éclate (litige né) comme pouvant faire l'objet d'une transaction, d'un compromis d'arbitrage entre autres modes de solution des litiges (renonciation), indépendamment de tout recours à la justice étatique. Voir Gérard CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8ème édition, PUF, Paris, Novembre 2009, p.555

1394 Résultant de la définition, de l'interprétation ou de l'appréciation des obligations et attributions du dirigeant qui cristallisent des rapports de force et intérêts d'ordre public et privé, ce contentieux est déterminant en ce sens qu'il permet de rappeler la qualité de dirigeant social.

1395 Le contentieux de ce point de vue éclaire les processus de socialisation des fonctions du dirigeant en défendant les principes inaliénables qui les sous-tendent et qui ont la vertu d'assurer la protection du dirigeant, des tiers, parties prenantes qui pourraient être victimes d'abus résultant de mauvaise lecture ou insuffisante de la loi ou des exigences éthiques plurielles.

§ 1. La diversité des figures de contrôle et de traitement du contentieux relatives au statut du dirigeant

363. Ce sont les différents ordres institués par la loi[1396], les parties prenantes ou les agences de certifications qui assurent le contrôle de l'application des normes éthiques et sanctionnent les écarts vis-à-vis de ces normes. Il est donc important d'identifier[1397] l'institution de traitement du contentieux et son rapport entre les institutions avec les cadres institutionnels déjà définis par la législation (A), définir le régime de la volonté des parties prenantes qui souhaitent faire sanctionner les écarts des dirigeants sociaux, c'est-à-dire tous ceux qui, de fait ou de droit, ont pouvoir pour engager et qui sont chargés d'assurer la gérance, l'administration, la direction de la société (B).

A. Le rapport de l'institution de traitement à l'autorité publique étatique

364. L'analyse du rapport des formations ou de la personne chargées de juger les dirigeants sociaux, à l'État ou à la Cour commune de justice et d'arbitrage, permet de distinguer les différents types de règlement, juridictionnel et non juridictionnel[1398]. Cette classification permet de saisir les enjeux des règlements des différends portant sur le statut du dirigeant, en termes de réglementation, de régulation, de corégulation ou d'autorégulation. Ainsi, au mode de règlement juridictionnel des litiges appelé à garantir le respect du droit[1399], on oppose les autres modes de règlement alternatifs des litiges confiés à des juges non investis de prérogatives publiques.

1396 Les ordres ont en commun de représenter la profession vis-à-vis des pouvoirs publics, de contrôler l'admission des membres à l'exercice de la profession et d'assurer une discipline interne. V.Hélène Aubry, Dalloz 2009.2504).

1397 À la question de savoir qui juge le dirigeant, on dira que c'est le juge au sens générique du terme ou au sens organique, c'est-à-dire toute autorité publique, privée ou mixte, institutionnelle ou ad hoc investie par l'État ou par les parties, du pouvoir de régler un différend lié au statut du dirigeant en le dénouant ou en le tranchant. C'est cela une autorité qui est investie de la mission de juger et qui exerce la fonction de juger.

1398 La portée de leur intervention ne fait aucun doute dans le processus de renforcement de la dimension sociale des fonctions. Elle déplace les lignes en réduisant le caractère privé de la gestion sociale et permet, dans certaines hypothèses, de promouvoir la coopération, de mobiliser les relations de proximité et, plus largement, de s'engager dans une dynamique de confiance et de performance soutenable à long terme.

1399 La peur de la justice est à cet effet le moteur de la résolution du conflit.

1. Le règlement juridictionnel de différends portant sur des comportements prohibés du dirigeant

365. Le contact du statut juridique du dirigeant avec les exigences RSE se traduit par un conflit permanent entre deux systèmes normatifs, à travers la volonté d'expansion des référentiels éthiques et le refus d'une marginalisation des normes juridiques. Ce développement des normes RSE ne paraît toutefois pas se traduire par une remise en cause fondamentale des systèmes de règlement juridictionnel des contentieux. Les difficultés auxquelles peut donner lieu l'exercice des droits naturels des parties prenantes relèvent en principe de l'autorité judiciaire ou tout autre juge « privé », choisi par les parties.

a- Le Règlement privé juridictionnel

366. Le règlement privé peut être un mode de traitement du contentieux relatif au statut du dirigeant. Il intervient soit par le biais de l'arbitrage, soit par le biais de la conciliation. Suivant les dispositions de l'article 147 AUSCGIE : « Sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, tout litige entre associés ou entre un ou plusieurs associés et la société relève de la juridiction étatique compétente. Si une clause statutaire ou conventionnelle le prévoit, ce litige peut être soumis à l'arbitrage ou à un mode de résolution amiable des différends. » Ainsi, dans la mesure où « *c'est devant elle qu'on doit se défendre contre les atteintes qui leur seraient illégalement portées* »[1400] soit par les associés ou par le dirigeant, on peut tenir pour juge « toute personne ou tout organe appelé à résoudre des litiges, en se référant normalement à un ordonnancement de règles préexistantes et suivant une procédure déterminée par avance »[1401]. Relativement à l'arbitrage, on distinguera l'arbitrage institutionnel de l'arbitrage ad hoc[1402] qui fera l'objet d'une analyse ultérieure. On observera qu'ils font l'objet d'une attention particulière de la part du Législateur OHADA qui a adopté, le 11 mars 1999, l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage, et le Règlement d'Arbitrage de la CCJA qui fixe les règles applicables à l'arbitrage CCJA. L'article 1er AUDA dispose que « le présent Acte Uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États-parties ». L'arbitrage institutionnel peut être qualifié de procédure juridictionnelle privée de règlement des différends. Son caractère juridictionnel résulte du fait que c'est la loi qui

1400 E. LAFERRIERE, *Tribunal de la Juridique.administrative*, 1896, t, 1, p.529

1401 A. LECA, *La genèse du droit, Essai d'introduction historique au* droit, 3e ed, Presses universitaires d'aix-marseille, 2002, p.289

1402 C'est un « mode alternatif de règlement des litiges qui consiste à faire trancher un différend par de simples particuliers »

investit les arbitres[1403] d'un pouvoir juridictionnel et ils interviennent dans le cadre d'un règlement de procédure institutionnelle du Centre d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA[1404]. Ainsi, l'organe juridictionnel suprême en l'espèce demeure la CCJA[1405]. La CCJA propose à cet effet une diversité d'organes qui ont vocation à participer à la garantie d'une bonne justice conventionnelle, mais il peut apparaître inadéquat de soumettre le contentieux relatif au statut du dirigeant à un arbitrage institutionnel. Les lourdeurs procédurales notées dans sa mise en œuvre et les moyens financiers nécessaires peuvent être des freins au traitement rapide du contentieux. On peut, toutefois, recourir à la conciliation avec éventuellement la nomination d'un mandataire ad hoc, qui dans une acception exclusive d'un pouvoir de représentation, reçoit mission d'accomplir certains actes ou de déployer une certaine activité dans le but fixé par le juge. Le mandataire ad hoc reçoit assez souvent mission de tenter la conciliation des parties, ou d'exploiter les voies et moyens d'une telle conciliation[1406]. En réalité, c'est le juge qui est investi de cette mission. Et pourtant l'un n'exclut pas l'autre. Si l'objectif visé est d'amener les parties à la conciliation, ces textes ne devraient pas s'opposer à ce que le juge fasse recours à un tiers pour ensuite procéder à une sorte d'homologation du procès-verbal de conciliation.[1407] Cela dit, les parties au contentieux peuvent recourir au mécanisme juridictionnel public de règlement des litiges pour le vider.

1403 L'arbitrage est la procédure qui permet de soumettre un litige non pas à un juge étatique, mais à un juge privé, qui est un simple particulier réputé pour ses compétences techniques en la matière du litige et son intégrité. Cette personne doit faire partie des institutions de l'arbitrage, notamment figurer dans la liste des arbitres. L'arbitre rend ainsi une décision appelée sentence, qui est reconnue, exécutée et peut être contestée.

1404 Les signataires du Traité OHADA de Port Louis du 17 octobre 1993 avaient précisé, dès le préambule et l'Art. 1er dudit Traité la volonté d'encourager le « recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels » et de « promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ».

1405 Aux termes de l'Art. 1er du Règlement d'arbitrage de la CCJA « *la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage exerce les attributions d'administration des arbitrages dans le domaine qui lui est dévolu par l'Art. 21 du Traité (...). Les décisions qu'elle prend à ce titre, en vue d'assurer la mise en œuvre et la bonne fin des procédures arbitrales et celles liées à l'examen de la sentence, sont de nature administrative (...). Elles sont prises par la Cour dans les conditions fixées en Assemblée Générale sur proposition du Président. Le Greffier en chef assure les fonctions de Secrétaire Général de cette formation administrative de la Cour* ».

1406 La désignation du mandataire ad hoc n'a pas de fondement légal au regard des dispositions de l'AUSCGIE. Au Sénégal, on peut se demander si la mission du conciliateur peut alors entrer dans les prévisions des Art.s 7 et 30 du code de procédure civile En principe, ces dispositions n'envisagent pas le recours à un tiers pour favoriser la conciliation.

1407 En France, l'Art. 21 du nouveau code de procédure civile prévoit désormais qu'il entre dans les missions du juge de concilier les parties. Mais la cour de cassation française avait considéré que « *la médiation dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'Art. 21 du nouveau code de procédure civile tendant au règlement amiable des litiges* ». Cette solution a donc été finalement

b- Règlement public juridictionnel

Les instances judiciaires participent à l'établissement de mécanismes de socialisation des fonctions du dirigeant, par la voie de l'action civile, les poursuites répressives, etc. Mais, on a observé que le juge judiciaire faisait parfois preuve d'une certaine timidité, une prudence tenant notamment au fait qu'il intervient dans un domaine où ses interventions sont critiquées. Ce règlement juridictionnel est prévu[1408] chaque fois que le dirigent commet une faute dans l'exercice de ces fonctions. Même s'il n'est besoin d'un texte spécial pour autoriser le juge à trancher les litiges[1409], il faut néanmoins déterminer la juridiction compétente pour connaître du contentieux relatif à la mise en œuvre des fonctions du dirigeant[1410]. Le règlement public concerne la matière civile et le pénal, et relève en principe des juridictions de droit commun[1411], mais aussi de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, par la voie du recours en cassation, dès lors que le règlement ne concerne pas l'application des sanctions. Cette dernière est compétente conformément aux dispositions de l'article 14 du Traité OHADA révisé. Les rapports entre la formation judiciaire nationale qui connaîtra de certains agissements du dirigeant propres aux transactions commerciales et au fonctionnement des sociétés commerciales et qui est censée être réprimés par les AU de l'OHADA, ne sont pas toujours bien clairs en raison de

---

consacrée par la loi 95-125 du 8 février 1995 en ses Art.s 21 et suivants. Voir Cass. Civ. 16 juin 1993, Bull. civ. II, n° 211, JCP 1993, ed. G, IV, 2116

1408 Terme générique utilisé pour permettre un renvoi systématique aux juridictions compétentes nationales. Toutefois, il faut noter que le droit OHADA ne définit nullement les juridictions compétentes pour connaître des actions en responsabilité civile ou pour juger les infractions prévues dans les Actes uniformes. Il se contente de faire observer que la juridiction compétente pour connaître du contentieux lié à la mise en œuvre des dispositions de l'AUSCGIE est la « juridiction compétente en matière commerciale. Elle est donc en principe compétente pour connaître le contentieux relatif au statut du dirigeant. En effet, le contentieux relatif à l'interprétation et à l'application des Actes uniformes de l'OHADA est assuré en amont par les juridictions nationales.

1409 G. BOLARD, administrateur provisoire et mandat ad hoc, JCP éd. ENTREPRISE 1995.1509.p.479 s

1410 Le traitement judiciaire du contentieux du statut du dirigeant est transversal, en ce sens qu'il constitue un carrefour qui met en cause plusieurs droits : droit privé, droit public, droit communautaire, droit international, etc. Les administrateurs et les dirigeants doivent observer la loi, ses règlements d'application, les statuts, les règlements administratifs ainsi que les conventions unanimes des actionnaires. Cela assure le caractère exécutoire d'un large éventail d'obligations.

1411 Journal Officiel de l'OHADA, n°4 du 1er novembre 1997, p.1 et suivantes. En effet, l'Art. 13 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique attribue la compétence aux juridictions nationales de première instance et d'appel. Le juge national est ainsi compétent pour connaître de l'action en responsabilité civile qui est en principe de la compétence des juridictions de droit commun, même si un seul fait peut réaliser deux fautes (civile et pénale). Il y aura donc un choix de l'action devant les juridictions civiles ou pénales en tenant compte du principe de la préséance du pénal sur le civil.

quelques difficultés pratiques. Il y a un manque de lisibilité. En effet, la doctrine ne manque pas d'attirer l'attention sur les difficultés actuelles inévitables[1412] de prise en charge efficace en raison de la consécration du mécanisme de renvoi systématique au droit national. Effectivement l'incrimination[1413] sera fondée sur un texte communautaire, supranational, alors que la sanction relèvera, quant à elle, des législations nationales[1414]. C'est ce que M. Jacques BORE a appelé la « mobilisation du droit national au service du droit communautaire »[1415]. Cela dit, comme le fait observer M. ISSA SAYEGH, « à l'expérience, il n'est pas certain que cette attitude vertueuse de renvoyer aux droits nationaux soit heureuse dans la mesure où l'on peut être confronté à une difficulté sérieuse : le vide juridique si le droit national ne comporte pas de disposition idoine[1416] ». Il est difficile alors dans ces conditions de considérer que le dirigeant puisse être poursuivi[1417] au plan national pour des comportements incriminés exclusivement par le droit OHADA[1418].

1412 Elle considère que *« ce mécanisme a pour conséquence de créer des situations dans lesquelles des dispositions du droit uniforme ne peuvent produire leur plein effet car, l'État membre ne connaît pas l'infraction prévue par le droit uniforme ; et/ou ne dispose pas d'un dispositif propre à l'infraction prévue par le Droit uniforme ; et/ou encore n'a pas pris de disposition pour mettre en œuvre le dispositif de sanction adapté* ». Voir N. DIOUF, *Actes Uniformes et droit pénal des Etats signataires du Traité de l'OHADA : La difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace OHADA*, Revue Burkinabé de droit, 2001.

1413 L'incrimination peut être analysée comme l'acte législatif ou réglementaire par lequel une autorité compétente détermine les éléments constitutifs d'une infraction. En effet, pour qu'une infraction soit constituée, il faut que le comportement répréhensible soit défini et que le quantum de la peine applicable soit fixé.

1414 En principe, aux termes de l'Art. 5, al. 2, Traité OHADA, *« les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ». Cependant, la plupart des États parties n'ont pas toujours pris des textes internes nécessaires destinés à compléter ce Droit pénal des Affaires OHADA par l'édiction des sanctions devant réprimer les infractions ainsi définies par le législateur communautaire. Voir à ce propos, F. ANOUKAHA et autres, op. cit. p.228.

1415 J. BORE, « *La difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire* », Mélanges en l'honneur d'André VITU, Droit pénal contemporain, Cujas, 1989, p. 25-49.

1416 Joseph ISSA SAYEGH : L'ordre Juridique OHADA, Communication au colloque ARPEJE, ERSUMA, Porto Novo, 3-5 juin 2004, in www.ohada.com/ Ohadata D-04-02, page 4

1417 Le principe de la légalité est un principe d'ordre public contenu dans l'adage latin *« nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege »* qui suppose que les crimes et les délits doivent être légalement définis avec clarté et précision, ainsi que les peines qui leur sont applicables. Aussi, l'éclatement de la procédure qui résulte de l'impossibilité pour la CCJA d'apprécier en cassation les décisions appliquant des sanctions pénales, constitue le point focal des critiques faites à l'endroit intégration judiciaire. Si une réforme devait intervenir en ce sens, il s'agira de rationaliser les compétences de la CCJA en matière pénale, seul gage de l'application cohérente de la politique pénale commune.

1418 En principe, un État ne pourrait se substituer au législateur OHADA pour incriminer une action ou une omission communautaire sans violer le principe de l'unité des incriminations acquise et inscrite dans le Traité OHADA révisé.

367. Le règlement public peut aussi être rendu difficile par les réticences des parties à soumettre leur litige au juge judiciaire. Toutefois, si les mécanismes légaux et statutaires internes ne permettent pas le règlement des conflits, le juge sera obligé, lorsqu'il est saisi, de jouer le rôle de tiers arbitre. Ainsi, par son pouvoir d'appréciation des actes du dirigeant, il crée les uns, modère les autres, dirige ainsi l'action « politique » de la société commerciale, en la tempérant sans y participer[1419]. En réalité, il ne fait que les préciser ou les faire dépendre de certaines circonstances. Cela a fait dire au M. Nzouabeth[1420] qui cite MM Gueunant, Troussier et De Vendeuil[1421] que « *l'examen de la jurisprudence permet de noter (désormais) que les juges autorisent, désignent, contrôlent, révoquent, remplacent, rémunèrent, temporisent, suspendent, condamnent, excluent, interdisent, ajournent, annulent, récusent et même tuent* ».

368. Ce contentieux nécessite souvent l'intervention du juge de référé au détriment du juge du fond lorsqu'une urgence est caractérisée. L'analyse de la compétence du juge des référés est justifiée par des difficultés pratiques d'identification des conditions de sa mise en œuvre. Par exemple, au Sénégal, le juge des référés n'hésite pas à se déclarer compétent sans auparavant avoir caractérisé l'urgence ou même l'avoir simplement invoquée alors qu'elle apparaissait comme une condition dans ces cas précis. Ainsi, dans l'affaire Sadibou Ndiaye c/société Abdoul Ahad shipping company, le juge des référés a statué comme s'il avait une compétence de droit commun[1422]. Il en est de même dans l'affaire Maymouna Sall et Ahmet Ba c/François Lissouk[1423] où la juridiction des référés ne mentionnait pas l'urgence dans ses motifs. Au regard des textes invoqués, l'urgence apparaît comme une condition nécessaire de la compétence du juge. Dans certains cas, elle est présumée et résulte des circonstances[1424]. Ainsi, pour retenir sa compétence, le juge des référés de

---

1419 Cette intervention pourrait être analysée comme une violation du sacro-saint principe de la non immixtion du juge dans la gestion des sociétés. Seulement, l'intervention du juge dans la gestion des crises politiques et juridiques qui affectent l'exercice des pouvoirs au sein de la société, tend à permettre l'application de sanctions traditionnelles (nullité relative et condamnation à des dommages et intérêts. C'est pourquoi Le Cannu écrit que « *l'époque récente a vu se multiplier les mesures judiciaires dans la gestion des sociétés commerciales. Le développement du référé, l'affinement de l'administration provisoire, la mise en œuvre des actions ouvertes par les lois modernes aux minoritaires et aux représentants du personnel, ont progressivement fait du juge un partenaire essentiel des jeux de pouvoirs qui animent ou gangrènent les sociétés* », V. Le minoritaire inerte, Bull. Joly 1993, § 152

1420 D. NZOUABETH, les litiges entre associés, thèse UCAD 2005

1421 GUEUNANT, T. et De VENDEUIL, le rôle du juge dans la vie des sociétés, ouvrage collectif ; Glossaire, Fidal 1993.

1422 Cass. Crim.174 octobre 2000, Bull.Joly mars 2001.

1423 Crim.11 mars 1993, Bull.crim.N°112.

1424 Martin R., « Les cas d'ouverture des référés », Ann. Loyers 1981.655

Dakar avait invoqué l'article 247 nouveau du code de procédure civile qui dispose que « *dans tous les cas de d'urgence, le président du tribunal peut à titre provisoire ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* »[1425]. En l'occurrence, pour le juge « *la contestation sérieuse s'entend de celle que le juge des référés ne peut rejet en quelques mots et qui le contraint à trancher une question de fond pour justifier la mesure qu'il est sollicité de prendre* »[1426]. Toutefois, même si la notion de contestation sérieuse reste à être définie, elle ne peut cependant pas constituer un obstacle à la compétence du juge des référés que si la mesure demandée implique le règlement par le juge lui-même de cette contestation[1427]. Aussi, le moyen pris de l'existence d'une contestation sérieuse peut être présenté en tout état de cause[1428]. Selon Bertin, il faut entendre par contestation sérieuse celle que « *le juge ne peut sans hésitation rejeter en quelques mots* »[1429]. Elle doit être constatée par le juge[1430] sous le contrôle de la cour de cassation. Elle s'apprécie à la date de la décision[1431]. La présomption d'urgence résulte de l'article 248 du Code de procédure civile du Sénégal[1432]. L'imminence du dommage est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges[1433] du fond contrairement à l'illicéité du trouble contrôlée par la chambre commerciale de la cour de cassation comme un moyen de pur droit[1434]. Cette appréhension de l'urgence tranche avec la perspective posée par le Législateur OHADA

1425 L'Art. 248 du même code dispose quant à lui que « *le juge des référés peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicites* ».

1426 Affaire Bara TALL c/Cheikh TALL DIOUM-YOUSSOU : TRHC Dakar., réf.n°583 du 23 avril 2003-en appel CA de Dakar, arrêt n°564 du 26 décembre 2003, inédits

1427 TGI Paris, 26 févier 1981, rev.soc.1981.438, obs. Normand.

1428 Ce moyen concerne l'exercice des pouvoirs du juge de référés et ne constitue donc pas une exception d'incompétence. Du fait qu'il s'agit d'un moyen mixte c'est-à-dire mélangé de fait et de droit, il ne peut être soulevé pour la première fois en cassation, Voir Civ.2eme 19 mars 1986, gaz.Pal 1987, somm.55, obs.Guinchard et Moussa.

1429 Bertin, in rep.pr.V° référé n°149

1430 Com.1er mars 1983, JCP 1985.IV.158

1431 Surtout que le juge de référé peut être tenté de faire la distinction entre constater la nullité d'un acte juridique (qui serait de sa compétence) et prononcer effectivement la nullité de l'acte (qui serait de la compétence du juge du fond.

1432 Selon ce texte, le juge des référés peut prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit en vue, notamment de prévenir un dommage imminent soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Ce texte vise, sans le nommer, la voie de fait définie par la cour de cassation française « *comme un acte manifestement insusceptible d'être rattaché à un pouvoir conféré à l'administration par la loi et exercée en conformité avec celle-ci, et portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté fondamentale* ».

1433 Civ.20 mai 1978, Bull.Civ.I, n°116.p.94

1434 Com.9 mai 1990, Bull.civ.IV n°44

qui ne saisit la responsabilité du dirigeant essentiellement qu'à la survenance d'un préjudice, une action étant ouverte à la société, aux associés et aux tiers[1435]. Il est donc permis de voir qu'en matière de règlement de conflits où le droit lui-même est plus présent que dans tout autre espace de proportionnalité, le juge doit souvent intervenir pour faire respecter le droit.

369. Dès lors, les enjeux sont variés. Toutefois, avec la réticence de certains agents économiques à accepter l'intervention du juge dans le fonctionnement de la société commerciale, espace privé, il est nécessaire de procéder à une relecture de l'intervention du juge judiciaire. C'est d'ailleurs tout le sens de la suggestion de l'institution d'une espèce de magistrature économique adaptée, à défaut d'une incitation au recours de règlement non juridictionnel des conflits.

2. Le règlement non juridictionnel des comportements prohibés

370. Il s'agit sans doute d'une certaine *intériorisation* de la procédure de règlement des conflits. C'est à l'intérieur même du cadre de l'organisation qu'une solution est recherchée, et sans qu'il soit fait appel à un tiers-juge ou arbitre, conciliateur. Les formules concrètes sont extrêmes variées. Dans certains cas, c'est l'organe de l'organisation, tel le Conseil d'administration, ou le directoire qui est appelé à intervenir, soit pour adresser des recommandations aux parties, soit même pour prendre une décision définitive dont on peut alors se demander si elle conserve le caractère administratif ou acquiert un caractère judiciaire. Dans d'autres cas, on recourt à des organes techniques du type des « panels » de parties prenantes, dont le rôle est surtout d'instruire l'affaire afin de permettre soit à l'organisation de prendre des recommandations soit aux parties de se livrer à des négociations[1436]. Les différents conflits internes sont généralement du ressort de mécanismes d'autorégulation qui généralement n'ont aucun lien avec le système légal défini de traitement des litiges. Cela découle de la nature des contentieux en cause. Cela peut être renforcé par le choix d'une approche des parties prenantes qui, sans se limiter à

1435 Ces incertitudes seraient de nature à créer des lacunes dans la protection de toutes les parties prenantes. Cela aurait permis surtout en matière environnementale au juge d'ordonner des mesures d'instructions et des expertises, dont la portée psychologique est non négligeable. Et même si les conclusions de l'expert ne leur sont pas favorables, les parties prenantes requérantes ont au moins la satisfaction d'avoir été à même de se faire pleinement entendre.

1436 Notre droit procédural connaît d'autres options que le procès pour régler les conflits ou d'autres différends. A cet effet, les différends relatifs aux pratiques de gestion et de direction des sociétés commerciales sont souvent considérés comme particulièrement aptes à un processus amiable de résolution favorisant la reprise de dialogue entre les parties prenantes. Le règlement se passe dans un circuit d'autorégulation, dans des espaces fermés.

une définition procédurale de la responsabilité sociale, intègre le débat sur le contenu substantif de celle-ci. Selon cette approche, la responsabilité sociale se traduit par l'établissement d'une procédure de dialogue et de négociation permanente à laquelle l'entreprise choisit de se plier. C'est uniquement à ce prix que le traitement du contentieux pourra être satisfaisant au regard de l'intérêt social. Nous sommes intrinsèquement, dans la promotion des solutions pacifiées des différends qui permettent de passer d'un règlement destructif à une solution constructive du conflit, de remplacer la « confrontation » par la « coopération ».[1437]

371. En Afrique, certains pays[1438] ont institutionnalisé soit la médiation, soit la conciliation, d'autres les admettent sans les institutionnaliser en tant que telles[1439] et d'autres n'ont pas recours à ce procédé informel[1440]. La tendance générale est de minimiser ces procédés de médiation considérés comme de la « sous-justice », parfois en dissociant justice et médiation : « *La justice et la médiation ont des raisons d'être différentes. Les propagateurs et les utilisateurs de la médiation attendent des caractéristiques telles que la proximité, l'originalité, la souplesse, la rapidité, la participation [...] La justice, mue par un principe différent, institutionnalisée au plus haut niveau [... 1 ne peut ni ne doit par nature se conformer à toutes ces attentes [...] La justice vient d'en haut, la médiation surgit de la base*[1441] ». Et pour mieux en réduire l'importance, on évoque notamment la prégnance du modèle légal dans les mentalités, l'absence de confiance dans le médiateur et *l'habitus* des magistrats et des avocats peu disposés à utiliser ces procédés[1442].

372. Aussi en cas d'épuisement des procédures au sein de l'entreprise, afin d'éviter encore le juge, il est souvent proposé de recourir à l'arbitrage. Ainsi, au lieu des clauses attributives de juridictions, on trouve alors des clauses d'arbitrage tendant à soustraire un

---

1437 Même si la portée d'une règle dépend en grande partie de sa prise en considération par la jurisprudence et que de ce point de vue, on peut être amené à admettre la nécessité de maintenir les institutions judiciaires, garants des différents droits et de la sécurité judiciaire, il n'en demeure pas moins important de promouvoir des modes alternatifs de règlement des contentieux relatifs au statut du dirigeant. La violation d'une norme technique ne justifie pas toujours à elle seule la mise en œuvre de la responsabilité du professionnel, cette norme technique, même d'application volontaire, étant essentiellement prise en considération pour apprécier le comportement du professionnel. Il s'y ajoute aussi que « les juridictions étatiques, trop lentes, trop dogmatiques ou inflexibles (*dura lex sed lex*), trop procédurières, et finalement incapables de réellement mettre un terme à un litige. Voir Mme F. CAMARA, arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher. Mai 2009

1438 Mali, Madagascar, la Guinée, la Côte-d'Ivoire, le Bénin, le Rwanda, le Burundi, in la *justice dans les pays francophones,* Paris, ACCT, 1995, pp. 19-27.

1439 Mentionnons la Centrafrique, le Cameroun, le Niger, le Togo et le Tchad, cf. op. *cit., pp.* 19-27.

1440 Op. cit., in la *justice dans les pays francophones,* Paris, ACCT, 1995, pp. 20-21.

1441 M. G. HOFNUNG, *la Médiation,* Paris, PUF, " Que sais je ? ", pp. 113-114.

1442 J. P. BONAFE-SCHMITT, *la Médiation : une justice douce,* Paris, Syros, 1992, pp. 257-258.

litige actuel (compromis) ou éventuel (clause compromissoire) aux juridictions étatiques pour les confier à un tribunal ou commission arbitral. L'arbitrage, à travers l'amiable composition au même titre que les autres modes alternatifs de traitement des différends[1443], à savoir la transaction, la médiation, la conciliation, et même ma renonciation à agir en justice[1444], peuvent jouer un rôle important de pacification des contestations liée à la mise en œuvre des obligations et pouvoirs des dirigeants contentieux. Monsieur Pierre MEYER se réfère à des critères de distinction des modes de règlement par un tiers. Pour lui, si les parties ont conféré au tiers un pouvoir juridictionnel qui, en s'exerçant, videra le litige en les départageant, nous sommes en présence d'un arbitrage. Si au contraire, la mission du tiers ne consiste pas à statuer, mais à suggérer un règlement qui recueille l'adhésion des parties, nous sommes en présence d'un règlement amiable[1445] qui peut être la transaction, la conciliation, la médiation ou la procédure simulée ou « mini trial[1446] ». Mais seul l'arbitrage a fait l'objet de codification à travers l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage. Que ce soit sur la base de la clause compromissoire[1447] ou du compromis[1448], les parties sont libres de choisir l'un des deux systèmes d'arbitrage. L'arbitrage ad hoc est celui qui se déroule sans l'appui d'un centre d'arbitrage conformément aux règles que les parties ou le tribunal arbitral eux-mêmes pourront choisir sous réserves des règles impératives de la loi applicable. Il s'agit ici de l'AUSCGIE et certaines dispositions des lois nationales existantes sur l'arbitrage (chambres consulaires)[1449].

373. S'agissant de la matière, on estime qu'en principe, toute personne peut recourir à l'arbitrage. Mais suivant les dispositions de l'article 2 AUDA, cela ne peut se faire que

1443 M. ARMAND-PRÉVOST, L'expérience de la France dans le domaine du règlement alternatifs des différents Rev.Juris.Com.2000, p.1.

1444 L'action en justice a un caractère facultatif et libre.

1445 P. MEYER, *OHADA, Droit de l'arbitrage*, Collection D.U.A, Juriscope, Bruylant Bruxelles, 2002, p.20

1446 Jean Claude NAJAR, *Le mini trial, chimère ou panacée ?* Droit et Pratique du Commerce International, 1988, p. 451 et s. ; M. DE BOISSESON, *le mini trial, un procès fictif*, Les petites affiches, 1987, n° 126, p. 134 et s.

1447 La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.

1448 Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes. Ceci suppose l'existence de droits litigieux dont les parties ont la libre disposition (voir art. 2059 du Code civil). Dès lors, elles ne peuvent compromettre sur les matières qui intéressent l'ordre public.

1449 Cela dit le recours à l'arbitrage peut être limité en l'espèce en raison de la matière ou des organes chargés de le mettre en œuvre. Par rapport aux organes, il reste que le fait même de confier l'arbitrage et donc contrôle du respect des règles notamment celles définies dans les codes de conduite à une organisation ou entité rémunérée par la société commerciale posera toujours problème ; le recours à des experts privés, embauchés, formés et gérés par le privé suscitera toujours un problème de crédibilité et d'impartialité.

relativement aux droits dont cette personne a la libre disposition[1450]. En effet, aux termes de l'article 2 AUDA « toute personne physique ou morale peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition. Sous réserve de l'ordre public ». Cela signifie que tout différend peut être soumis à l'arbitrage à condition qu'il ne porte pas sur des droits qui nécessitent l'intervention d'une autorité publique[1451], comme c'est le cas en matière sociale. Il va sans dire qu'il ya de forte chance que toutes les règles, de nature disciplinaire contenues dans les référentiels de régulation des rapports entre le dirigeant-patron et les salariés, puissent être du ressort des instances judiciaires. En effet, la RSE peut être abordée en tant que pratique de ressources humaines visant à la fidélisation et au management des salariés dans l'entreprise.

374. Toutefois, les parties prenantes, les dirigeants y compris, ont toujours la possibilité de privilégier la conciliation[1452] opérée en référence aux dispositions légales et de l'équité, dont la clé de voûte est l'inspecteur du travail qui est un corps de l'Administration[1453]. Il peut ainsi charger comme en France « de veiller à l'application des dispositions du Code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail, ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail »[1454]. Dans cette perspective, l'inspecteur peut consulter l'ensemble des livres, registres et documents rendus obligatoires et réaliser des prélèvements des produits et matériaux, manipulés par les salariés, aux fins d'analyses[1455]. Il peut intervenir, ainsi pour contrôler la légalité du règlement intérieur de l'entreprise[1456].

1450 Art. 2 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage.

1451 La détermination de ces droits dépend de la loi nationale applicable dans chaque Etat partie ; sont visés par exemple des droits sur le statut personnel.

1452 La conciliation est cette procédure suivant laquelle les parties demandent à une tierce personne ou à un groupe de personnes de les assister dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable de leur litige relatif

1453 La portée de sa mission peut être saisie en référence à la Convention 81 de l'OIT à l'administration nationale chargée de l'inspection du travail la mission « d'assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession, telles que les dispositions relatives à la durée du travail, aux salaires, à la sécurité, à l'hygiène et au bien-être, à l'emploi des enfants et des adolescents, et à d'autres matières connexes, dans la mesure où les inspecteurs du travail sont chargés d'assurer l'application desdites dispositions », Art. 3 de la Convention sur l'inspection du travail C81, OIT, 1947

1454 Art.s L. 1152-1 et L. 1153-1 du Code du travail France

1455 Art. L. 8113-3 et L. 8113-4 du Code du travail France

1456 Il peut ainsi s'autosaisir ou être saisi par toute partie prenante, même par les délégués syndicaux en vertu de l'Art. L. 2313-1 du Code du travail du Sénégal confère également aux délégués du personnel la mission de « saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle ». Ces délégués peuvent devant l'indifférence du dirigeant qui ne fait pas droit à leurs prétentions légitimes, saisir l'inspecteur pour conciliation. En effet,

375. On observera toutefois que ces pouvoirs dépassent la conciliation. Il peut dans le cadre de ces missions de contrôle s'autosaisir, et dresser un procès-verbal. Ainsi, en l'absence de réaction de l'employeur, ou si l'infraction est d'une certaine gravité, l'inspecteur peut dresser saisir les juridictions pénales[1457]. Toutefois, avant de dresser procès-verbal, il est tenu de mettre en demeure l'employeur de se conformer aux prescriptions légales[1458], sauf lorsque les faits qu'il constate « présentent un danger grave ou imminent pour l'intégrité physique des travailleurs »[1459]. Enfin, en cas d'urgence, l'inspecteur du travail peut saisir le juge des référés[1460].

376. Nous avons aussi en matière environnementale, une procédure administrative permettant de résoudre les contentieux de nature environnementale dans lesquels les dirigeants sont impliqués[1461]. En réalité, tous ces modes doivent contribuer à anticiper le contentieux et faciliter la recherche d'une solution commune à leur différend. Ainsi, *a priori* même si les tiers et organes de traitement privés des conflits n'ont aucun lien avec l'État, ce dernier doit prévoir le recours à ces mécanismes dont le rapport pourra ensuite être produit en justice. Il s'agira de permettre aux parties prenantes d'avoir recours à des

---

ces derniers peuvent présenter leurs réclamations lors de réunions avec l'employeur devant se tenir au minimum mensuellement, Voir Art. L. 1322-1 du Code du travail et Art. L. 2315-8 du Code du travail France. Il faut préciser que la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que « la réception des délégués du personnel est impérative, que son inobservation, hormis le cas de force majeure, ne saurait être justifiée que par le refus ou la défection des délégués », Cass. crim., 30 juin 1987, n° 86-92558 : inédit.

1457 M. COHEN, « Les effets du procès-verbal d'un inspecteur du travail », *Dr. social* 1997, p. 456 – B. SILHOL

« L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. social* 2000, p. 959

1458 Art. L. 4721-4 du Code du travail - J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 72.

1459 Art. L. 4721-5 du Code du travail

1460 « Pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser le risque, tel que la mise hors service, l'immobilisation, la saisie des matériels, machines, dispositifs, produits ou autres, lorsqu'il constate un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur » résultant de l'inobservation des règles légales », conf.Art. L. 4732-1 du Code du travail - F. ZAPATA, « L'inspection du travail et le juge des référés », *Dr. social* 1975, p. 434

1461 Les lois sur l'environnement imposent une responsabilité personnelle aux dirigeants de sociétés commerciales contrevenantes. Les autorités chargées de la protection de l'environnement vont préférer intenter une poursuite au titre de ce type de responsabilité lorsque le contrevenant tente de se soustraire à sa responsabilité. L'administration intervient en l'espèce non pas en tant qu'organe non juridictionnel, mais en tant qu'autorité en charge de la protection de l'environnement. Les entreprises peuvent également mettre en place des comités éthiques qui ont vocation à assurer le contrôle de l'application des codes de conduites et chartes éthiques, qu'il s'agisse de règles qui s'insèrent formellement dans un système normatif ou de normes autonomes de tout système étatique. Cette dimension contrôle de l'application constitue un enjeu majeur en termes de régulation des pratiques des affaires, de restauration de l'équilibre faussé du fait de l'écart pris par le dirigeant vis-à-vis des normes éthiques. Ils peuvent être souvent considérés comme des juridictions « professionnelles », entourées de garantie d'indépendance et de fonctionnement contradictoires chargé de l'application de la norme

techniques de preuve très avancées dès la phase amiable du processus de traitement non juridictionnel des contentieux[1462]. C'est dire qu'à bien des égards les rapports de ces instances et tiers et de l'État ne sont pas l'objet de tension, peut-être parce que, de notre point de vue, les parties prenantes ont la possibilité d'intervenir dès la phase amiable, sans que cette intervention entraîne une tension ou défiance vis-à-vis des procédures classiques de traitements des différends. Cela renforce ainsi l'idée que le droit ne peut être conçu que comme instrument de conciliation, un instrument destiné à sauver l'ordre et la cohésion des parties prenantes en évitant autant que possible la rupture entre les titulaires d'intérêts en conflit. L'importance donnée à ces modes de traitement des conflits fera éviter notamment le lynchage public par exemple et restituera à la justice sa véritable place entre l'éthique et le juridique[1463].

B. La volonté des parties prenantes dans le règlement du contentieux lié au statut du dirigeant

377. La rencontre des parties prenantes et les rapports de droit qui en naissent entraînent forcément la rencontre de leurs droits qui peuvent être en opposition. Ainsi, quel que soit le mode de règlement des différends y afférent la volonté des parties est déterminante, tant dans le choix du dit mode que dans le règlement proprement dit.

1. Deux niveaux d'appréciation des différends à distinguer….

378. Même si les parties prenantes ont une certaine liberté de choix du « temps »[1464], des priorités de traitement des différends, elles ne peuvent perdre de vue qu'il existe à côté des modes de règlement choisis librement, des modes imposés dès lors que le différend porte sur des questions d'ordre public -justice étatique ou alternatives- liées à la mise en œuvre des fonctions du dirigeant.

1462 Cela dit même dans les situations plus tendues où l'ambition du conflit ouvert entre le dirigeant et les autres parties prenantes est moins facilement envisageable, le processus de traitement non juridictionnel trouvera sa place encore plus appropriée dans la recherche des accords, bien souvent, en amont de la saisine du juge, dans la mesure où, très vite se scelle ensuite dans les mesures provisoires d'urgence conforme à l'intérêt social.

1463 BIDIMA Jean-Godefroy, *La Palabre, une juridiction de la parole,* Michalon, Paris, 1997.

1464 La plupart du temps on imagine que les parties conviendront d'une mesure de procédure amiable de traitement des différends au plus tôt, en amont du dépôt de requête auprès du juge pour tenter d'obtenir, à la suite de leurs différends, un accord qui les amènera à la pacification des rapports entre toutes parties prenantes.

a- Les modes de traitement des différends choisis

379. Les parties prenantes ont toute liberté pour convenir du choix du mode de traitement des différends qui les opposent aux dirigeants et à la société, et autres parties dans les différents référentiels normatifs régissant certaines conduites et relations économiques, sociales et portant sur l'interprétation ou l'application desdits référentiels normatifs. Cela suppose notamment que les parties aient accepté au préalable de recourir à un processus amiable de règlement des différends. En ce sens, les modes alternatifs de règlement des litiges sont ceux qui constituent une autre option, un autre choix aux parties qui peuvent nommer *ad litem*[1465] des personnes ou organes pour traiter les litiges qui naissent de l'exercice des fonctions du dirigeant[1466]. Il s'agit de pratiquer une procédure de traitement raisonnable, adapté en temps et en coût qui peut notamment être maîtrisé[1467]. Cette possibilité de choix semble plus adaptée à la perspective de mise en œuvre des mécanismes concertés de la responsabilité sociétale des entreprises. Ces mécanismes n'appellent pas forcément la reconnaissance de contentieux pouvant être liés à la mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises par le dirigeant. On ne perdra pas de vue que l'exigence du respect des normes éthiques répond tantôt du souci de sanction des écarts, tantôt de mesure d'incitation. Toutefois, on notera que « *par l'intermédiaire de la croyance légitime des tiers en leur juridicité, des engagements sont juridique et seraient pris en considération par le droit étatique ; ne les validant pas substantiellement, il se contenterait d'en sanctionner la seule méconnaissance, considérée en soi comme une faute* »[1468]. De sorte que les parties doivent également respecter les clauses des référentiels qui prescrivent l'obligation de recourir à des modes alternatifs des conflits[1469]. Dans cette hypothèse, « elle

1465 Pour un seul litige.

1466 En dehors des questions d'ordre public les parties disposent d'une certaine liberté en matière de traitement de litiges relatifs aux obligations et responsabilité du dirigeant sociaux. Elles disposent d'une liberté de décision de résolution des différends. Cette perspective est d'autant plus intéressante que les entreprises commerciales, soucieuses de préserver leur image de marque, redoutent particulièrement les mesures qui peuvent nuire à leur réputation vis-à-vis de leurs partenaires économiques et de leur clientèle. Parmi ces mesures, on peut citer la publication du jugement et la fermeture d'établissement. La complexification du procès par le partage de compétences répressives peut se répercuter non seulement sur les libertés individuelles du dirigeant personne physique, mais également sur la continuité de l'exploitation commerciale.

1467 Il s'agit notamment de recourir à une expertise professionnelle conventionnelle, le tiers (personne ou organe) intervenant ne pourra être révoqué que du consentement unanime des parties prenantes en conflit. Ces dernières s'engagent pour ce faire donc à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable des différends. Cela ne signifie pas que ce processus puisse être exclu après le dépôt d'une requête du juge.

1468 R. LIBCHABER, obs. préc.RTD civ. 1998. spéc.221.

1469 Il s'agit en l'espèce de faire concorder le choix des parties avec des accords existants prescrivant une procédure de conciliation, de médiation, d'arbitrage obligatoire. Ce sera seulement en cas d'échec que les

prime même sur la loi supplétive »[1470] et peut justifier le recours aux procédures de traitement imposées des différends.

b- Les modes de traitement des différends imposés

380. Il existe un certain nombre de procédures imposées aux parties. Il en est ainsi comme nous l'avons relevé, en matière sociale au sujet de laquelle les dispositions prohibent tout recours à l'arbitrage conformément l'article 2 Acte Uniforme relatif à l'arbitrage qui limite la volonté des parties relativement au recours aux procédures arbitrales en ce sens qu'il précise que l'arbitrage doit porter sur des droits dont la personne a « la libre disposition »[1471] Dans ces différentes procédures imposées, la volonté des parties est diversement appréciée suivant le mode d'introduction de l'instance, la conduite du « procès » et la recherche de la preuve. En principe le consensus dans le choix du juge n'est pas privilégié. Le mode de saisine unilatérale est possible en l'espèce et permet toutefois au juge, situé dans un système inquisitoire, de centrer la procédure sur lui. C'est le cas en matière délictuelle et criminelle. Le juge peut à cet effet se saisir spontanément de l'affaire, en raison de ses fonctions (*ex officio*), fut-ce sur une simple rumeur, la commune renommée, la mauvaise renommée (provenant souvent des travailleurs ou des ONG) et de conduire une enquête (*inquisitio* en latin, d'où la dénomination de procédure *per inquisitionem*)[1472]. Par contre, la volonté des parties n'est pas moindre dès lors que la procédure est de type accusatoire. Dans ces systèmes procéduraux de types accusatoires, le juge joue un rôle second par rapport aux parties, se bornant à diriger les débats, en en tempérant les éventuels excès[1473]. Il lui sera difficile à cet effet, d'aller au-delà de la volonté des parties, placées sur un même pied. Il va sans dire qu'en retenant la responsabilité du dirigeant en cause, l'enjeu ne sera pas de protéger un système, mais seulement de sanctionner une faute, et éventuellement de réparer un dommage. La

---

parties pourraient recourir au règlement juridictionnel. En plus des ordres et comités éthiques, le juge pourra même se saisir du contentieux relatif à la violation de normes éthiques sans que son intervention puisse être qualifiée d'immixtion dans les relations privées. D'ailleurs pourrait-il si besoin se fait sentir considérer l'objet du litige comme relevant du régime des usages.

1470 C. PERES-DOURDOU, *la règle supplétive,* LGDJ, 2002, n°17.

1471 Il est nécessaire que l'arbitrage porte sur un droit disponible, c'est-à-dire un droit « sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner voire y renoncer »

1472 Dans cette perspective également la volonté des parties est déterminante. Selon Solus et Perrot, « Le Litige apparaît comme l'expression judiciaire d'une contestation ». Pour exister ou naître, le litige doit être porté à la connaissance du juge. Voir A. LECA, La genèse du droit, Essai d'introduction historique au droit, 3e éd, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p.302

1473 A. LECA, La genèse du droit, Essai d'introduction historique au droit, 3e éd, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p.290

procédure accusatoire est plus indiquée pour les différends de nature civile, la constatation de préjudice et leur réparation.[1474] M. JUGAULT ajoutera également que « l'élément qui fait surgir la violation d'une règle de droit est la demande au juge de faire cesser cette violation »[1475]. Pour autant, certaines réticences des parties aux conflits à saisir le juge ne sont pas fortuites, bien qu'elles y soient expressément invitées. Elles sont liées d'une part à la lenteur dans le traitement des litiges, alors que les différends relatifs aux actes de gestion et d'administration doivent être résolus rapidement ; d'autre part du fait que le juge, organe extérieur à la société commerciale, serait inapte à trancher des problèmes économiques complexes et qu'il convenait de conserver des techniques souples et empiriques permettant d'aboutir à des solutions transactionnelles[1476]. Ces différents modes ont ainsi leurs avantages et leurs inconvénients respectifs, leur dualisme noté offre une certaine autonomie et liberté aux parties en fonction des finalités du règlement des différends.

2. …Pour un règlement adapté et pluriel du contentieux du statut sociétal du dirigeant

381. Nous avons une diversité de figures de règlements qui peut être utilisée pour régler des différends opposant les parties prenantes et le dirigeant, ou entre parties prenantes parties aux différents référentiels normatifs ou soumises au droit OHADA régissant les différentes conduites et relations économiques, sociales et portant sur l'interprétation ou l'application desdits référentiels normatifs.

a- En matière judiciaire

382. On ne peut faire de différences entre les modes de règlement judiciaire qui débouchent tous sur un jugement[1477] du juge qui joue un rôle important si l'on songe au moyen de pur

1474 Le Juge est ici compris au sens large ; il s'agit aussi bien que de l'arbitre qui ont tous deux vocations à trancher les conflits d'intérêts.

1475 De la liaison du contentieux, Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel, Thèse Rennes 1969, P.33.

1476 Cette perspective pertinente, de notre point de vue peut s'expliquer par la particularité qu'offre la notion de différends en matière de statut du dirigeant. D'une part, en effet, interpénétration qui existe ici entre les techniques de négociation et celles de règlement des conflits rend malaisée dans bien des cas la délimitation même de différend : Si le différend conduit à la négociation, il advient également que la négociation soit l'occasion de faire apparaître un différend. La notion de différends n'est, d'autre part, pas toujours liée, en matière sociétale, à une contestation de caractère juridique. La distinction du droit et de l'intérêt paraît au surplus s'estomper en l'occurrence : le différend peut porter sur des « avantages », un « bénéfice », bref sur de simples intérêts.

1477 Le jugement est une pièce constitutive de l'ordre juridique au même titre que la règle de droit, Le plus souvent on ne veut reconnaître le jugement comme une pièce de l'ordre juridique qu'autant qu'il s'est répété,

droit relevé d'office, à la restitution de l'exacte qualification. Les instances judiciaires participent à l'établissement de mécanismes de socialisation des fonctions du dirigeant, par la voie de l'action civile, les poursuites répressives, etc. Mais on a observé que le juge judiciaire faisait parfois preuve d'une certaine timidité tenant notamment au fait qu'il intervient dans un domaine où ces interventions sont critiquées. Ce mode de règlement pourrait être très fréquent même si cela peut entrer en porte à faux avec la démarche volontariste supra légale des sociétés commerciales qui l'adopte. Seulement dans la mesure où l'application du droit, la conformité, reste la première étape d'une démarche en RSE, il est certain que ce mode de règlement sera omniprésent. La responsabilité qu'elle implique a des conséquences pénales, civiles, environnementales, administratives. En ce sens, M. Nzouabeth relevait « qu'à chaque stade de la vie de la société, les juges « *autorisent, désignent, contrôlent, révoquent, remplacent, rémunèrent, temporisent, suspendent, condamnent, excluent, interdisent, ajournent, annulent, récusent et même tuent* »[1478]. Seulement, on ne perdre de vue que la jurisprudence est aussi l'œuvre des parties[1479]. La prétention matérialisée par la demande en justice permet de fixer avec précision le moment où le litige existe si celui contre qui elle est dirigée décide de ne pas y faire droit. En effet, il se peut qu'un justiciable, sans avoir a tenté de résoudre la difficulté amiablement, fasse délivrer un acte introductif d'instance et que celui à qui il est notifié accepte immédiatement de faire droit à la demande ainsi formulée. Dans ce cas, il n'y a pas de litige[1480], d'autant plus que pour qu'il soit nécessaire de recourir à un juge, il faut soit que naisse un litige entre sujet de droit, soit qu'apparaisse une situation objective qui appelle légalement un règlement juridique particulier. Ainsi, lorsque la mauvaise administration ou gestion du dirigeant aurait compromis la continuation de la société commerciale, l'intégrité

---

qu'autant qu'il s'est constitué en jurisprudence, précisément parce qu'à ce moment-là, il apparaît comme une règle, comme une coutume qui s'est dégagée par la répétition.

1478 V.GUENGANT, Toussiere et de Vendeuil, Le rôle du juge dans la vie des sociétés, ouvrage collectif. Glossaire Fidal 1993.

1479 Pour exercer et vérifier la réalisation la plus orthodoxe ou la plus opportune de la règle de droit au cas soumis-en vue d'une décision qui contribuera peut-être à faire jurisprudence-, le juge est seulement, pour l'essentiel, amené à comparer la valeur persuasive de deux analyses, de deux approches, et devant la Cour de cassation, de deux raisonnements strictement juridiques, tels que présentés par les parties ou surtout leurs conseils. Le rôle du juge est moins d'inventivité personnelle que de choix, certes dynamique, entre deux argumentations proposées, ce qui conduit tout de même à souligner le rôle des parties dans la genèse de telle ou telle jurisprudence, à travers leur façon de rechercher le succès de leur cause : la logique juridique, le réalisme, l'équité plus ou moins déguisée, la clarté rédactionnelle ne laisse pas le juge indifférent.

1480 C'est la volonté du demandeur et du défendeur qui se manifeste soit de façon positive, soit de façon négative. Le litige suppose donc une prétention et une résistance à cette prétention. En effet, le litige résulte de la confrontation d'au moins deux prétentions antagonistes. Il s'agit d'une situation de fait qui peut ou non déboucher sur un procès et qui, en toute hypothèse, il est préalable.

de la fonction de dirigeant, sans néanmoins avoir enfreint d'une manière directe aucune loi positive, on peut s'interroger sur l'opportunité de l'intervention du juge. L'option du législateur c'est de consacrer cette immixtion lorsqu'une crise intervient[1481]. Le juge intervient ainsi pour tenter de mettre un terme aux difficultés ou crise[1482] de fonctionnement en élaborant des schémas[1483]. Il nomme, dès qu'il est saisi à la requête soit des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit d'un ou plusieurs associés, un administrateur provisoire[1484]. Cet administrateur est aussi investi judiciairement de pouvoirs des dirigeants comme l'administrateur provisoire désigné conformément aux dispositions de l'article 160-1 alinéa 3[1485]. L'enjeu se situe au niveau du dessaisissement total ou partiel des dirigeants sociaux que cela permet, l'administrateur provisoire représentant la société[1486] dans le cadre de sa mission et dans la limite de ses pouvoirs. Tout acte qu'il accomplit en outrepassant ces pouvoirs est inopposable à la société[1487]. Cela

1481 En l'occurrence, le fait est que l'OHADA a consacré un régime général de l'administration provisoire. Il ne s'agit plus d'une évocation incidente comme prévu dans l'Art. 131 de l'ancien AUSCGIE, mais plutôt d'une véritable institution. Il s'applique lorsque la société est mise en cause, en cas de difficultés graves au sein de l'entreprise.

1482 Cette situation de crise doit être distinguée de situation constitutive de cessation de paiement c'est-à-dire lorsque la société se trouve dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. Cette perspective qui met en relief un état de trésorerie à un moment donné, peut donner lieu à l'ouverture de procédure collective d'apurement du passif et à la désignation d'un administrateur provisoire. Les missions de ce dernier tournent autour de la surveillance, l'immobilisation de l'actif du débiteur, de protection des intérêts des créanciers.

1483 Ces schémas consistent à désigner un administrateur provisoire par le juge des référés, à recevoir l'action introduite par un ou plusieurs actionnaires victimes d'abus de majorité ou d'abus de minorité. Le juge autorise la désignation d'un administrateur provisoire et d'un juge des référés si l'existence d'une urgence est reconnue. Le juge des référés intervient à titre provisoire, de manière rapide, sans décider de manière définitive sur le fond du problème puisqu'il ne juge pas le litige. Il n'intervient pas non plus dans la gestion de la société, car il n'a pas le pouvoir de gérer la société à la place des actionnaires.

1484 Voir l'Art. 160-2 alinéa 2.

1485 Aux termes de ces dispositions : « la décision de nomination de l'administrateur provisoire : 1°) détermine l'étendue de sa mission et ses pouvoirs ; 2°) indique, le cas échéant, ceux des organes de gestion, de direction ou d'administration qui restent en fonction et précise les pouvoirs et compétences qui leur sont maintenus ; 3°) fixe sa rémunération, qui est à la charge de la société, ainsi que la durée de sa mission laquelle ne peut excéder six (6) mois, sauf prorogation décidée par la juridiction compétente à la requête de l'administrateur provisoire, les parties étant appelées. (…) ».

1486 Cette position du législateur OHADA en faveur de l'institutionnalisation rejoint la position de certains auteurs français comme MESTRE qui considérait que : « le rôle du juge dans la vie des sociétés est aujourd'hui un rôle de première importance. Certes, on a pu autrefois objecter que les tribunaux n'avaient pas à intervenir dans un domaine essentiellement contractuel, qu'ils n'avaient pas à influencer la gestion d'un patrimoine privé, qui demeurait la « chose » des associés. Mais, ... les idées ont ici bien évolué. L'éclairage s'est progressivement déplacé vers l'aspect institutionnel de la société. Le contrat donne naissance à une personne morale autonome, distincte des associés qui l'ont initialement créée, et cette personne morale... a un intérêt propre qu'il faut protéger, une vie propre dont il faut, autant que possible, assurer la pérennité », J. MESTRE, Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés, Rev. jurisp. com. avril 1985, p. 81.

1487 Art. 160-4 AUSCGIE.

remet en cause les attributions des organes sociaux et essentiellement des associés. Ces attributions sont relatives à la nomination et au vote, etc. Aussi, l'administration provisoire a vocation à priver les dirigeants de leurs pouvoirs et se substitue à eux. Ainsi, «… *l'administrateur provisoire, dans les quatre (4) mois de la clôture de l'exercice, établit les états financiers de synthèse annuels au vu de l'inventaire qu'il a dressé des divers éléments de l'actif et du passif existant à cette date et un rapport écrit par lequel il rend compte des opérations de l'administration provisoire au cours de l'exercice écoulé* »[1488]. Dans ce cadre, on notera, suivant l'article 160-8 : « L'administrateur provisoire est responsable, à l'égard tant de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ». Il est tentant quoique difficile de considérer cette immixtion comme une ouverture vers la prise en compte de préoccupations autres que la recherche du profit. Toutefois, les termes de l'article 160-2 ne nous permettent pas de préjuger de cela. On peut estimer que lorsque la juridiction compétente est saisie à la requête des organes de gestion et de direction, cette saisine peut être justifiée par un conflit d'intérêts qui met en péril le fonctionnement normal de la société. On notera que la juridiction ne peut toutefois pas s'autosaisir d'office, cela à juste titre dans la mesure où elle ne dispose pas a priori d'information sur la situation de crise de la société. Il s'agit d'un espace privé ; ce qui justifie souvent le recours au mode de règlement extrajudiciaire des conflits relatifs à l'exercice des fonctions directoriales.

b- En matière extrajudiciaire

383. Il s'agit de mode de règlement facultatif, les parties n'étant pas obligées de recourir aux modes alternatifs de règlement de conflit. Ces modes alternatifs de règlement des litiges sont très divers dont la mission se concentre dans la phase conventionnelle de « pré-judiciarisation » des conflits ou autres différends. Le terme « Alternatif » vient du latin *alternatum* qui signifie « faire tantôt une chose, tantôt une autre »[1489]. En effet, de plus en plus, les codes contiennent des techniques de médiation, d'arbitrage, de conciliation visant la résolution des litiges. Ils désignent également les organes et instances chargés de les

1488 Il dispose également, sauf dispense accordée par la juridiction compétente, d'un pouvoir de convocation des associés qui statuent sur les états financiers de synthèse annuels, donnent les autorisations nécessaires et, le cas échéant, renouvelle le mandat du commissaire aux comptes. Ce dernier demeure toutefois soumis au contrôle des associés qui peuvent prendre communications des documents sociaux dans les mêmes conditions qu'antérieurement. Voir Art. 160-6 AUSCGIE

1489 G. CORNU, op. Cit., p. 52

connaître le juge étant souvent totalement absent de ce catalogue[1490]. Ces modes constituent une alternative au procès devant les juridictions de l'État, à travers la désignation de personnes privées auxquelles les parties soumettent leur différend soit pour le juger, soit pour les aider à atteindre une solution amiable[1491]. Contrairement au traitement au droit commun judiciaire, les institutions et tiers intervenant tiennent leur mission d'une mesure « conventionnelle », mais ils peuvent de dérouler comme en matière de droit commun judiciaire, de manière objective et impartiale, dans un contexte de loyauté à l'égard de toutes les parties prenantes concernées. La partie prenante qui prend l'initiative de la conciliation, de l'arbitrage ou de la médiation, de tout autre mode de règlement alternatif des différends, communique à l'autre partie une invitation écrite[1492] à ce mode de traitement du conflit. Une difficulté peut survenir lorsque le Conseil d'administration, organe de gouvernance d'entreprise est sollicité comme tiers intervenant, saisi pour aider à résoudre les différends[1493] . L'autorité saisie se propose moins de trancher le litige en déduisant une solution de la stricte application du droit existant, suivant des règles de formes générales, qu'à éteindre le conflit[1494]. C'est pourquoi, lorsque

1490 Cela dit, on fera observer que ces modes de résorption du litige au contentieux, qui s'inscrivent dans le processus actuel de contractualisation de la société, sont difficiles à identifier. On trouve d'ailleurs très peu, voir jamais d'arrêts sur le statut juridique du dirigeant dans la jurisprudence communautaire. Les parties prenantes, parfois même renonçaient à toute contestation. C'est le secret qui règne, et le secret conduit à éliminer le contentieux.

1491 F. CAMARA, arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher. Mai 2009

1492 Le terme par « écrit » peut viser des méthodes de communication électronique. Ainsi, la procédure de règlement débute quand l'autre partie (dirigeant ou partie prenante) accepte d'une part l'invitation au traitement extrajudiciaire de leur contentieux ou quand l'invitation parvient à l'autre partie dans le cas où il y a une obligation de recourir à la conciliation comme en matière sociale ; et d'autre pas que le tiers choisi n'a pas été récusé en raison de l'existence de circonstances de nature à soulever des doutes sérieux sur son impartialité ou son indépendance. Il s'agit d'une part d'éviter le recours à un organe judiciaire dont la technique, les procédés légaux paraissent trop automatiques, trop figés pour des conflits nuancés et variables tels les conflits économiques ; et d'autre part d'éviter une procédure rigide et formaliste qui laisse un vainqueur et un vaincu. À une décision qui tranche le débat en donnant raison à l'un et tort à l'autre on préfère en matière sociétale des solutions d'ajustement et de compromis pour lesquels le juge est mal préparé.

1493 Le Conseil d'administration est un organe d'administration qui peut être considéré comme « juge et partie ». Même si le conseil d'administration intervient, il doit accomplir sa mission « avec conscience, diligence et impartialité, dans le respect du principe du contradictoire ». Il va sans dire par ailleurs qu'il sera difficile de lui appliquer le principe selon lequel « le tiers intervenant doit révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance afin que les parties en tirent les conséquences qu'elles estiment utiles ». Voir aussi l'Art. 1548 code de procédure civile. France

1494Les parties doivent alors de bonne foi coopérer avec le tiers ou l'organe choisi et notamment s'efforcer de satisfaire aux demandes de ce dernier de produire des documents écrits, de fournir des informations et de participer à des réunions. La célérité de la mission encadrée par les délais du processus de traitement négocié extrajudiciaire qui prévoit nécessairement son terme, pourrait souffrir de l'inertie de l'une ou l'autre partie prenante. L'intérêt social et la continuation des activités sociales peuvent en pâtir.

l'inertie d'une des parties empêche de mener à bien, il peut dresser un procès-verbal à transmettre à l'assemblée des associés, les organes délibérants à défaut les parties peuvent saisir la justice. Pour l'application de cet accord, les parties à l'accord peuvent proposer l'institution d'un comité de mise en œuvre, afin de les aider à mettre en œuvre l'accord issu des négociations. On fera observer au passage que la primauté de la volonté des parties sur les modalités de traitement des différends. Elles peuvent ainsi définir au tiers intervenant une mission d'amiable compositeur[1495]. Dans ce cadre, les sentences arbitrales peuvent être sanctionnées par la nullité, par le juge. C'est tout le sens de l'arrêt n° 010/2 003 du 19 juin 2003[1496] de la CCJA[1497]. À cet effet, suivant l'article 15 in fine de l'Acte uniforme, l'amiable composition pour un arbitre n'est pas un simple pouvoir, mais une véritable mission. Par ailleurs, l'accent devra être mis sur la mise en cohérence des figures de contrôle et de traitement du contentieux du statut du dirigeant.

§ 2. La mise en cohérence des figures de contrôle et de traitement du contentieux du statut du dirigeant

384. La mise en cohérence semble appeler au compromis nécessaire à l'appropriation de la responsabilité sociétale des sociétés commerciales[1498]. Elle doit se faire à la fois sur le fond (A) comme sur la forme (B) de traitement des différends qui surviennent.

A. La mise en cohérence des règles de fond de traitement des conflits

Il s'agit de chercher les critères de mise en cohérence des règles de fonds les plus pertinents en tenant en compte les enjeux sur les modalités (A) et sur les finalités (B).

1495 Si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée

1496 CCJA, arrêt n° 010/2003 du 19 juin 2003. Audience publique du 19 juin 2003, pourvoi n0 011/2002/pc du 28 mars 2002.

1497 A cet effet, attendu qu'à l'appui de son action, la SOTACI soutient que les arbitres ont totalement méconnu les termes de la mission d'amiables compositeurs qui leur est confiée par l'Art. 10 alinéa 2 de la convention de cession de titres signée par les parties le 16 février 1998, repris au demeurant dans l'« acte de. mission» ; que l'arbitre qui statue en amiable compositeur est celui qui a reçu des parties le pouvoir de rendre sa décision en équité, à savoir que la sentence qu'il prononce doit être à la fois logique, cohérente, mais aussi conforme à la morale et en l'espèce à la morale des affaires ; que les arbitres désignés avaient, en l'espèce, pour mission essentielle de dire, en tant que professionnels de la comptabilité, ce qu'il convenait d'entendre par « passif net », les parties à la convention n'ayant donné aucune définition à cette notion ; …).

1498 Cette partie analyse et interroge les modalités de mise en communication de l'ensemble des réponses judiciaires et extrajudiciaires de traitement des différends relatifs au statut du dirigeant de société commerciale. Toutes ces réponses s'entrecroisent dans l'univers de la gouvernance des sociétés commerciales, menant à une perte possible de cohésion et à un potentiel accru de collisions.

1. Les enjeux sur les modalités du traitement du contentieux

385. L'intensité des enjeux en présence relativement aux modalités de traitement du contentieux, protection des titulaires de créances litiges, protection de l'intérêt social, la protection du dirigeant, maintien de l'ordre public, se traduit par la nécessité d'une clarification institutionnelle des rapports entre législation et normalisation. Ce processus de mise en cohérence devra aboutir à construire la régulation sur la responsabilité juridique, étant entendu que les litiges sont composés d'une part à sa base d'un conflit des intérêts et, d'autre part, d'une prétention éthique et juridique[1499]. La défense des intérêts des parties concernées par certaines des dimensions des décisions du dirigeant s'appuie sur la saisine et la contestation des instruments juridiques qui sont à l'évidence les leviers de l'action politique du dirigeant[1500].

a- Le rapport du juge au processus de négociation conforme à la contractualisation des rapports entre parties prenantes

386. Ce rapport réside dans deux idées essentielles à savoir l'impartialité morale[1501] et la légitimité politique fondée sur l'acceptation unanime des normes qui justifient le pouvoir et la coercition[1502] résultant de la mise en œuvre de la fonction directoriale. Ces deux idées pourraient expliquer l'attrait qu'exerce le modèle de la négociation[1503] sur le juge, et ce

1499 Selon Boyer, « c'est en œuvre la prétention qui élève le conflit d'intérêt du plan économique ou du plan moral jusqu'au plan juridique ». Il poursuit en décomposant la prétention : « dans la majeure, le demandeur affirme qu'il y a eu violation d'une règle de droit objectifs, dans la mineure, il indique le ou les faits qui constituent selon lui cette violation, dans la conclusion, il indique au juge les mesures que prévoit le droit pour que cesse ou soit empêchée cette violation… »

1500 Pour autant, la tendance doit résider dans la flexibilité, la souplesse des modalités de règlement. Cette flexibilité se manifeste à travers deux éléments quasi permanents dans le traitement du contentieux : le caractère négocié et la recherche de l'équité pour la prise en charge des attentes raisonnables des parties prenantes.

1501 Le principe d'impartialité décrit un état d'esprit ou une attitude que devraient avoir ceux qui délibèrent en vue de prendre une décision ou de poser un jugement pratique. Le juge doit administrer la justice conformément au droit et aux faits établis, tout en gardant l'esprit ouvert aux points de vue de toutes les parties intéressées. L'impartialité judiciaire constitue une condition essentielle de la primauté du droit et de ses vertus, telles que l'équité des procès et l'égalité devant le droit.

1502 Ces deux idées incarnent et expriment une position éthique fondamentalement « égalitariste ». Elles confèrent une force normative au modèle de la proportionnalité et fournissent une raison de l'accepter dans le cadre d'un environnement des affaires pluraliste profondément divisée sur le sens des valeurs et des principes qui doivent justifier le pouvoir politique et la coercition.

1503 Ce modèle négocié vise la prévention du conflit, mais peut permettre la résolution des conflits nés. On ne sait pas *a priori* quel est le meilleur mode de règlement du contentieux lié au statut du dirigeant. Il doit être négocié en raison du fait que les relations sociales tendent vers une indépendance des parties prenantes basée sur des contractualisations. Cette modalité plus novatrice tient à l'internalisation des conflits. L'organisation du règlement des conflits en interne peut être plus ou moins construite. Elles ont vocation à

même lorsque ces derniers sont incapables de le justifier par une référence explicite au texte invoqué ou à l'intention de ses auteurs[1504]. Cette perspective n'entraîne pas un renoncement des mécanismes juridiques qui sont, comme rappelés, parties intégrantes des processus de mise en œuvre de la responsabilité juridique qui, en vertu d'une disposition des Actes uniformes et autres dispositions législatives non contraires, serait par ailleurs imputable au dirigeant à l'égard d'une faute, d'une négligence dont le dirigeant peut être coupable relativement à la société[1505].

387. La mise en cohérence des systèmes de traitement des contentieux permet de valoriser les différents référentiels (juridiques, technique et éthique) en fonction du niveau d'engagement qu'ils supposent, en distinguant radicalement les simples énoncés de politiques autoproclamés[1506] et auto-vérifiés[1507] des systèmes de gestion des enjeux qui impliquent des structures formelles de reddition de compte. L'un dans l'autre, le caractère négocié se retrouve, dans la mesure où les conflits et crises internes peuvent être une occasion de relecture des pouvoirs et responsabilité du dirigeant. Ils permettent de préciser les pouvoirs de certaines parties prenantes et la nécessité de participation d'autres.

388. Dans le premier système, le contrôle de la conformité relève de l'entreprise elle-même, d'une association industrielle, des professionnels externes payés par l'entreprise (agence de certification), d'une combinaison multipartite d'acteurs, des groupes d'intérêt sociaux sans

---

prévenir un procès par le règlement d'un différend au sein de l'entreprise. La tendance devant être au dénouement du litige. Il s'agit d'une expression du mou et doux du contentieux.

1504 Bien que plusieurs codes ou chartes éthiques n'en contiennent pas, il semble que la tendance soit aujourd'hui à une multiplication de ce genre de clauses de négociation. De plus en plus, les codes contiennent des techniques de médiation, de résolution du litige qui sont des techniques non judiciaires. Il est intéressant de remarquer que le juge peut ne pas être totalement absent de ce catalogue. Il peut servir de dernier recours, de tiers garant. Pour assurer un mécanisme fiable permettant d'éviter qu'il ne soit fait échec au processus de règlement alternatif des différends, le dispositif à adopter prévoit que les parties prenantes procéderont aux nominations des personnes ou organes de traitement des différends si les parties ne s'entendent pas sur le choix d'une personne ou institution, ou si la personne ou institution choisie n'agit pas.

1505 Nous nous proposons ainsi de donner un essai de réponse à une objection, selon laquelle la RSE ne peut servir de fondement à l'engagement de la responsabilité civile, administrative ou pénale du dirigeant. Cette réponse maintien le principe de discrétion managériale qui entre en jeu, et qui commande de la part des gestionnaires des décisions et des comportements compatibles avec leur nature d'acteurs éthiques, tout en évitant que le dirigeant puisse se soustraire à sa responsabilité juridique éventuelle en cas de manquement à l'obligation de diligence et de loyauté à prévoir par la loi.

1506 Les simples énoncés de politiques pourraient alors être considérés, comme le suggère le rapport de l'OCDE, comme une simple première étape de la mise en œuvre de la RSE.

1507 A cet effet pour avoir un réel impact sur les firmes, les processus d'évaluation devraient impliquer, en plus des dirigeants d'entreprise, les différents acteurs sociaux (dont les employés) et des représentants des gouvernements. Une participation constructive des différentes parties intéressées pourrait être le gage d'une véritable transparence et de ce fait même, offrir un réel potentiel de régulation sociale.

implication de l'entreprise, et des autorités légales officielles[1508]. Le caractère négocié est important en l'espèce dans la mesure où comme le rappellent certains auteurs « *l'efficacité des codes ne dépendrait pas tant de la nature des normes ou engagements qu'ils contiennent que du processus de vérification de conformité. Bien sûr, comme le rappelle Hepple, des normes très faibles ne sont pas susceptibles d'engendrer des comportements très socialement responsables mais, à la différence de standards flous et imprécis, une surveillance et un contrôle déficients sont encore plus pernicieux étant donné la nature discrétionnaire de ces codes »*[1509]. La procédure de mise en cohérence instituée à cet effet peut avoir plusieurs volets. Elle consiste, dans tous les cas, au minimum, en l'octroi d'un droit reconnu à tout associé ou salarié ou partie prenante[1510] d'informer l'entreprise de tout comportement violant l'accord avant toute saisine, de l'inspecteur et du juge. La partie prenante plaignante qui allègue un abus ou une faute doit généralement démontrer qu'il s'attendait raisonnablement à la protection de l'intérêt en question, comme le fait remarquer la Cour supérieure de l'Ontario (Canada)[1511].

389. Les principes de l'interprétation des obligations constituent en l'occurrence, un outil important. Cela commence par l'hypothèse générale selon laquelle si les obligations se prêtent à des interprétations diverses, il y aurait lieu de prendre en compte la plus compatible avec d'autres normes juridiques car l'on ne peut supposer que les dirigeants avaient l'intention de s'engager dans des obligations conflictuelles. De ce point de vue, le processus de traitement des litiges qui peuvent survenir à cet effet, ne peut être que négocié. Lors de l'identification d'un litige, celui-ci sera pris en charge par des membres désignés au sein de l'entreprise dans le cadre d'un comité d'entreprise notamment. Les représentants des comités d'entreprise désignés peuvent être chargés, en collaboration avec

1508 KOLK, A. et al. (1999), "International codes of conduct and corporate social responsability: Can transnational corporations regulate themselves?" Transnational Corporations, 8, pp. 143-180

1509 A. LAPOINTE, Emmanuelle Champion et Corinne Gendron, Les limites de l'autorégulation par le biais de la responsabilité sociale volontaire, Les cahiers de la Chaire – collection recherche, N° 18, 2003, p.12

1510 Les associés et actionnaires jouent un rôle déterminant. Cette partie prenante contrôlant la société commerciale exerce une influence décisive sur la société grâce à ses pouvoirs de destituer les dirigeants ou de donner ou de refuser son acquiescement à certains changements fondamentaux touchant la société. Or, la partie prenante, selon nous par-delà ces droits et devoirs qui sont les siens sur le plan politique et économique dans la société commerciale, c'est elle qui participe au progrès, à la sauvegarde de l'entreprise. De ce point de vue, elle n'a aucun intérêt à la pérennisation des crises sociales.

1511 Dans une décision rendue en 2006, elle estime que « *l'enquête n'est pas centrée sur l'intention de l'auteur éventuel de l'abus. Bien qu'une conclusion de mauvaise foi ou de manque de probité puisse indiquer un abus, ce sont les attentes raisonnables, et non l'intention de nuire, qui sont au cœur de l'enquête* » J.S.M. Corp., note 157, au paragraphe 67 des motifs du tribunal de première instance.

le management de la société commerciale de régler les plaintes[1512]. Ils sont alors chargés du règlement des différends en collaboration avec le management[1513.] Un troisième volet procédural consiste en la mise en place d'un panel d'experts indépendants. Ce qui n'est pas évident au regard de la configuration souvent familiale des sociétés commerciales. Ces organismes ad hoc regroupent généralement, encore une fois, les syndicats et le management[1514]. On assiste alors au passage d'un dialogue social bilatéral à un dialogue civil trilatéral ou trialogue[1515] en matière environnementale entre la société commerciale, des ONG ou associations et de l'État. Enfin, la dernière solution tient à l'établissement d'un comité paritaire.

390. Par ailleurs, on estime que le juge doit entretenir un rapport spécifique avec la négociation. D'ailleurs, au-delà de la saisine, c'est l'importance fondamentale accordée à la négociation directe entre les parties, c'est-à-dire en pratique au compromis[1516]. Pour Appel et Habermas, le principe normatif de l'éthique de la discussion instaurée dans un tel cadre est le suivant : « toutes les questions litigieuses, tous les conflits, surgissent entre partenaires qui communiquent et ne peuvent être tranchés qu'au moyen d'arguments susceptibles de produire un consensus »[1517]. En conséquence, cette modalité de traitement bien qu'importante doit être complétée par d'autres paramètres qui influencent les règles

1512 Par exemple, EADS, Generali, Suez en 2007 et Total en 2004

1513 L'Accord de Schneider Electric dispose que « the EMF and the General Management shall seek an amicable solution for these disagreements within a reasonable period of time and in a spirit of cooperation ».

1514 Par exemple, Ford 2000, Danone 2001

1515 DE JESUS BUTLER, I., "Non-governmental Organizations Participation in the EU Law-Making Process, the Example of Social Non-Governmental Organizations in the Commission, Parliament and Council", 2008, 14, *European Law Journal*, 5, p. 558 et s.

1516 L'intérêt de ces procédures relève d'une implication directe des partenaires sociaux pour pallier le manque de confiance et les préjugés qui se traduisent par des tensions et un manque d'écoute mutuel. Cela dit, les parties prenantes peuvent se mettre régulièrement à la table des négociations, ces rencontres restent souvent empreintes de suspicion des deux côtés, alors même qu'elles devraient aboutir à un équilibre à cause des abus des deux côtés, Parfois les différents droits reconnus aux différentes parties prenantes sont, parfois, détournés de leurs buts pour en faire un moyen de chantage vis-à-vis des employeurs, ou même de surenchère entre syndicats.

1517 L'éthique de la discussion fait prévaloir « ce que l'on est tenu de faire » sur la question du bien elle s'oppose donc à l'utilitarisme. Même si elle n'exclut pas le bien-être comme faisant partie l'ordre éthique. La spécificité de cette éthique de la discussion est précisément de ne pas préjuger dogmatiquement du bien, cela lui permet de reconnaître le pluralisme des formes de vie toutes soumises au même principe de justice. Les normes permettent de décider ce qu'il faut faire, tandis que les valeurs nous indiquent le comportement préférable. « Les différentes normes ne peuvent pas se contredire ; elles doivent former un texte cohérent, autrement dit faire système. En revanche différentes valeurs rivalisent pour leur priorité », Voir également Habermas : Morale et communication, Conscience morale et activité communicationnelle, coll., Passages Apel : " l'éthique de la discussion : sa portée ses limites, in l'Univers philosophique, encyclopédie philosophique universelle, Paris 1989, p.154-165.

substantielles de traitement des conflits. Il s'agit de la recherche de l'équité pour favoriser l'évolution du traitement des antagonismes.

b- L'attrait sur le juge du modèle de la proportionnalité dans le traitement équitable des conflits.

391. Il procède de l'équilibre notamment du « modèle de la priorité des droits » dans les rapports entre associés et du « modèle de l'optimisation des valeurs en conflit » qui se traduit dans le processus de justification des restrictions aux droits des associés garantis, juridique et politique par le modèle[1518] de l'optimisation des valeurs en conflit[1519]. Le traitement des différends dans ces modalités à travers l'expression de prétentions, doit viser le rétablissement de l'équilibre rompu par le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions directoriales, mais aussi et surtout la restauration de la sécurité de la société commerciale ébranlée par les différends relatifs à la mise en œuvre des obligations du dirigeant[1520]. Cela dit, « sauf à faire preuve d'un légalisme désuet, on ne saurait dénier au juge le pouvoir de poser ainsi des principes *supra leges*, inspirés de l'équité et de la raison »[1521]. La principale préoccupation d'une disposition ayant trait au règlement des litiges devra être une conciliation des intérêts, un large examen des positions respectives, et l'ajustement des différends de manière à ce que les règles adoptées puissent s'appliquer à la satisfaction générale de toutes les parties prenantes contractantes[1522].

1518 Avec les approches RSE, ce dernier modèle est privilégié, alors qu'il aboutit au subjectivisme. L'équilibre est nécessaire à tous les niveaux de traitement. A cet effet, la mise en cohérence des modalités juridictionnelles et extrajudiciaires consiste à bien des égards à privilégier l'équité dans le traitement des différends tout en insistant sur l'importance de l'application de la loi pour sortir des impasses auxquelles elle peut donner lieu en cas de refus de fonder le traitement des différends sur elle. Cette modalité jette un pavé dans la mare des relations entre parties prenantes de la société commerciale, qui a été souvent marquée par les accusations réciproques.

1519 Les normes sociétales écrites et non écrites expriment un ensemble de valeurs concurrentes. Ces valeurs peuvent être des droits individuels ou collectifs, des intérêts individuels ou collectifs, des buts sociaux, des biens collectifs ou n'importe quel objet politique désirable. Cela fait du principe de proportionnalité le critère ultime de la validité constitutionnelle des restrictions aux droits constitutionnels. Elle postule que nulle restriction aux droits garantis n'est constitutionnellement valide, à moins qu'il puisse être démontré, conformément à la norme de la prépondérance des probabilités, que l'équilibre concret qu'elle établit entre les valeurs en conflit, dans le contexte factuel d'une affaire donnée, optimise chacune d'elles de manière proportionnelle.

1520 Cette recherche de l'équité se traduit également et surtout par la protection des créanciers et autres parties prenantes. L'effet relatif des contrats a ainsi été écarté au profit de l'immixtion du juge du fond qui dispose d'un pouvoir d'appréciation souveraine des faits. Cette dernière révèle une forte part de subjectivité et d'incertitude sur l'évaluation et la sanction des écarts de comportements des associés.

1521 Y. PACLOT, note sous Cass. Com., 12 mars 1996, J.C.P., éd. E, 1996, II, 831

1522 On peut s'interroger sur comment porter un regard critique sur ce qui fonde l'intérêt social, le « non-abus ». Le débat se place dans l'intersubjectivité dans l'appréciation du rapport des associés et des dirigeants au « bien », à la « vérité », qui est difficilement saisissable, suivant les seules dispositions légales. On peut

392. Ces parties prenantes contestataires des décisions du dirigeant expriment des attentes qui peuvent s'exprimer en termes de compensation financière qui reste un des principes fondamentaux des marchandages en économie. En matière environnementale, les parties prenantes peuvent ne souhaiter que l'émission d'une injonction du dirigeant ou du juge administratif à cesser les atteintes à l'environnement, l'activité jugée indésirable. Il va sans dire que le juge doit pouvoir juger en équité alors même que la nature du régime de la responsabilité implique la nécessité d'investir les juges du droit d'appliquer et même, de choisir la peine[1523]. L'intervention du juge à cet effet, puis la jurisprudence, si elle est imitée, est déterminante en ce sens qu'il permet de stabiliser l'orientation générale des fonctions du dirigeant qu'il faut adapter à la pratique, combler les insuffisances et les lacunes de la jurisprudence du législateur et interpréter. Interprétative, la jurisprudence dissipe *les incertitudes et obscurité*, harmonisatrice, elle résout les *antinomies*[1524]. C'est ainsi qu'on peut affirmer que la plupart des prises de position émises dans le cadre du contentieux qui implique le dirigeant en raison de ses fonctions, sont des directions plutôt que des directives[1525]. Il est nécessaire de tenir compte des faits et circonstances qui appellent soit une indulgence vis-à-vis du dirigeant ou sa sanction. Indulgence, parce que le juge, à travers sa décision, doit faire de sorte que le dirigeant soit préservé de toutes les « passions populaires ». On notera à ce propos aussi, l'engagement de la responsabilité du dirigeant pivot de la société commerciale est toujours lourd de conséquence qui peut être à

---

estimer qu'il est question ici d'un appel à des valeurs supérieures sur ce qui est essentiel pour les associés et pour la société. Son intervention des juges se situe dans une démarche RSE qui consiste à une hiérarchie des valeurs, de ce qui est bon ou bien. Il s'agit d'une démarche « d'évaluations morales », c'est-à-dire « d'évaluations fortes fondées sur des processus de priorisation qui mettent en cause le sens du bien commun entre associés. On y voit aussi le signe que l'associé ne peut se déterminer en fonction de son seul intérêt. Généralement, les interventions dans ce cadre n'impliquent pas la dissolution de la société. Il constitue la seule garantie pour l'État de contrôler la gestion de la société. L'enjeu de son intervention se trouve dans la dichotomie entre le droit et la norme RSE. Des actes peuvent être pris dans le respect des conditions légales (la régularité au plan de formel de la résolution), et être annulés pour abus des droits individuels des associés ou d'abus des fonctions directoriales.

1523 Ces juges sont investis de la puissance discrétionnaire d'apprécier ses motifs c'est-à-dire de peser des probabilités toujours incertaines. Cette faculté donnée au juge de ne prononcer que d'après sa conscience et de choisir ou de mitiger la peine. Le juge doit procéder à une application juste de la loi lorsqu'elle est claire ou chercher une application équitable qui tient compte de la qualité du dirigeant, du contexte de mise en œuvre de la fonction.

1524 JEAN CARBONNIER, *Droit civil : Introduction*, Paris, PUF, 1990, aux nos139-41

1525 Cette perspective permet de doser la répression en toute connaissance de cause, en tout cas de punir pas plus qu'il n'est juste et pas plus qu'il n'est nécessaire. C'est d'ailleurs à cet effet, que l'Art. 93 du code pénal camerounais disposait que « *la peine ou la mesure prononcée dans les limites fixées ou autorisée par la loi doit toujours être fonction des circonstances de l'infraction, du danger qu'elle présente pour l'ordre public, de la personnalité du condamné et de ses possibilités de reclassement et des possibilités pratiques d'exécution* ».

l'origine de la disparition de la société commerciale. Toutefois, cette indulgence qui est une justice dans l'examen des questions de responsabilité sociétale, doit disparaître quand il s'agit d'actes illégaux ou arbitraires. Alors, les lois communes (communautaire et national) reprennent leur force, les tribunaux ordinaires doivent prononcer, les peines doivent être précises, et leur application littérale[1526]. Plus qu'une remise en cause du rôle du dirigeant, le conflit, par les signaux qu'il émet et par le marchandage politique, du moins sociétal qui le caractérise, permet d'ajuster et de perfectionner les fonctions du dirigeant[1527].

393. On estime que la prise en compte de l'équité peut permettre d'assurer la protection des parties prenantes sans fragiliser les fonctions directoriales. Le comportement des dirigeants jugé hostile vis-à-vis de certaines parties prenantes peut être justifié. La société commerciale peut être parfois prise dans le piège d'un rapport de force en sa défaveur. Obligé de prendre en compte les intérêts des parties prenantes de la société commerciale, le dirigeant de la société commerciale peut être dans l'incapacité de défendre les intérêts de cette dernière, surtout lorsque ces parties prenantes sont dominantes. C'est dans ce cadre qu'on peut noter en France, un certain nombre de lois[1528] qui permettent de réguler le risque de déréférencement. En effet, aux termes de l'article 36-4 et 5° de la loi de 96-588[1529], toute rupture brutale ou la menace des relations contractuelles est particulièrement prohibée. Il faut toutefois, noter que le principe d'équité comporte deux parties, la première qui établit que les institutions ou les pratiques doivent être justes[1530], la seconde qui précise les actes volontaires exigés. Le principe que nous souhaitons poser en l'espèce est que le dirigeant est obligé d'obéir aux règles d'une institution à deux conditions : tout d'abord que l'institution soit juste (ou équitable), c'est-à-dire qu'elle satisfasse les deux principes

1526 Parce qu'il est de l'équité scrupuleuse, il est du devoir strict du Législateur OHADA ou étatique d'apporter à l'exercice du pouvoir du dirigeant tous les adoucissements que la sûreté des autres parties prenantes et l'État comportent. En ce sens, si l'on considère l'exercice de la position directoriale qui tient compte des intérêts catégoriels des parties prenantes, l'acte de gestion, de direction et d'administration de la société commerciale fait surgir l'obligation de satisfaire les devoirs de cette position et des devoirs déterminent le contenu de l'obligation. Ici, il faut entendre par devoir non pas au sens moral, mais comme les taches, les obligations et donc les responsabilités attachées à la position directoriale.

1527 Nous constatons ainsi que le conflit est assimilable à un mécanisme de réintégration des « parties prenantes » dans la sphère informationnelle et décisionnelle de la gouvernance des sociétés commerciales. La gestion et le pouvoir directionnel de la société commerciale semble ainsi s'exprimer dans la conflictualité.

1528 Loi relative aux nouvelles régulations économiques

1529 Cette loi n°96-588 du 1er juillet 1996 a donc renforcé le Titre IV de l'Ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986.

1530 La première formule donc les conditions qui sont nécessaires si ces actes volontaires doivent donner lieu à des obligations. Il n'est donc pas possible d'être lié par le principe d'équité à des institutions injustes ou, du moins, à des institutions qui dépassent les bornes d'une injustice tolérable (défini vaguement par les exigences éthiques).

de justice et ensuite, qu'on ait accepté librement les avantages qu'elle offre ou que l'on ait profité des possibilités qu'elle donne de promouvoir nos intérêts personnels.[1531] Ainsi, en s'acquittant de ses obligations de loyauté et de diligence envers la société « dans son ensemble », le dirigeant peut parfois n'avoir d'autre choix que d'agir d'une manière touchant défavorablement les intérêts d'une ou de plusieurs catégories d'intéressés[1532]. Il faut observer que par définition, les exigences définies par le principe d'équité sont des obligations. C'est ainsi que se présentent toutes les obligations. Des relations d'obligation présupposent des institutions justes, ou du moins assez juste, eu égard aux circonstances. Des précisions s'imposent à ce propos, relativement à la nature des obligations. L'enjeu d'une telle analyse se situe au niveau du fait que les obligations se distinguent des autres exigences morales par de nombreuses caractéristiques[1533]. On peut néanmoins avoir une raison éthique, basé sur les principes que nous avons dégagés, pour accomplir ces devoirs, tout comme le principe d'équité nous oblige à le faire. Conséquemment, celui qui occupe une position directoriale a des obligations vis-à-vis des parties prenantes dont il a cherché la confiance et avec lesquels il coopère pour faire fonctionner la société commerciale. Le dirigeant acquiert ainsi des obligations par ses promesses et par des accords tacites ou exprès.

2. Les enjeux attachés aux finalités du traitement du contentieux

394. Un processus de mise en cohérence du traitement des différends sur le fond devra s'appuyer sur la responsabilité pensée sous couvert de la théorie des incitations, de la

[1531] L'idée principale est la suivante : quand un certain nombre de personnes s'engagent dans une entreprise de coopération mutuellement avantageuse selon des règles et donc imposent à leur liberté des limites nécessaires pour produire des avantages pour tous, ceux qui se soumirent à ces restrictions ont le droit d'espérer un engagement semblable de la part de ceux qui ont tiré avantage de leur propre obéissance. Voir à ce propos, C. SCRIBNERS, *The Life of reason in Common Sense*,New York, 1905, p.237 *sq*

[1532] Les parties prenantes ne seront pas toutefois fondées à soulever la faute ou la mauvaise foi qui ne peuvent être facilement prouvées. On doit pouvoir leur offrir la possibilité de fonder leur demande sur un abus. Il peut s'avérer, dans certaines circonstances, que ceux qui sont ainsi touchés défavorablement obtiendront gain de cause dans une poursuite pour abus même si dirigeant a « fait de son mieux » en agissant dans l'intérêt de la société dans son ensemble.

[1533] Tout d'abord, elles résultent d'actes volontaires consistant à redéfinir le pacte social en se préoccupant d'avantage des impacts sociaux et environnementaux de ses activités et, plus fondamentalement encore, comme une manière de réconcilier concrètement les intérêts de l'entreprise et ceux de la société en général. Ces actes volontaires peuvent être des engagements exprimés ou tacites, comme des promesses et des accords. Ensuite, le contenu des obligations est toujours défini par une institution ou une pratique d'affaires dont les règles précisent ce qui est exigé ou peut être exigé. Et enfin, les obligations s'adressent normalement à des individus pas nécessairement précis, mais on imagine qu'il s'agit de ceux qui coopèrent ensemble au maintien et à la pérennité de la société commerciale en question.

sanction ou simplement de la discipline[1534]. Les réponses proposées pour saisir cette responsabilité seront fonction des différentes espèces de règles de l'action à mettre en cohérence[1535]. La fonction des sanctions est à cet effet, plurielle, la peine ou récompense étant destinées à confirmer un jugement concernant la conduite ou l'action d'une personne[1536]. Sur le principe, le traitement de contentieux est destiné à établir ou exclure la responsabilité du dirigeant qui commet un préjudice ou une infraction ou qui s'écarte de la norme éthique définie[1537]. Ces sanctions peuvent affecter les biens ainsi que la personne du dirigeant.

a- La sanction de l'inconduite alléguée affectant les biens et la personne du dirigeant

395. Cette sanction est saisie relativement au traitement du contentieux de l'indemnisation, mais aussi au contentieux de la répression des infractions commis par le dirigeant.

Relativement à l'indemnisation, la force obligatoire des normes de RSE relève toute l'ambiguïté des enjeux de l'adhésion aux normes sociétales, qui autant s'appliquent de plein de droit aux relations qu'elles structurent, autant consacrent une liberté des parties prenantes à l'appliquer sans autres contraintes. L'application est laissée paradoxalement à la discrétion des parties prenantes. Mais la réalité des choses est bien différente, et nous devons repousser énergiquement cette conception, et affirmer même, s'il est nécessaire, de prendre quelques libertés avec la dogmatique -que les normes RSE possèdent en même temps un double caractère hypothétique et catégorique[1538]. Le caractère catégorique est

---

1534 V.J. SIMON, Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires, Mélanges P.Bézard, Montchrestion, 2002, P.147. Selon l'auteur, « l'étymologie du mot sanction : *sancire*, établir une loi, met parfaitement en valeur le lien entre la sanction et la règle applicable, la sanction étant généralement définie comme un élément caractéristique de la norme ».

1535 La règle juridique crée un espace de délibération permettant de comprendre « la sanction comme la vocation de la règle à être mise en œuvre, et à voir discuter son sens et sa portée dans une situation concrète, dans un cadre institué pour le règlement de différends » Voir Jeammaud, 2003

1536 De Eirick Prairat (2001) sanction et socialisation, idées, résultats et problèmes// http://www.aix-mrs.iufm.fr/formations/filieres/cpe/formation_1ere_annee/gfp/fiches_synthese/sanction_et_socialisation.pdf

1537 La sanction des écarts à la norme sociale peut viser soit une réparation envers celui ou ceux qui ont été victimes de la transgression et de la réinstauration de la norme, soit la discipline du sujet éthique et s'exprime par la réprimande, d'une suspension et d'une exclusion. Cette question de la mise en cohérence des sanctions mise en rapport avec la responsabilité sociétale des organisations est assez délicate. La sanction est une notion polysémique. Elle peut avoir un sens négatif, soit un sens positif. Elle est la punition d'une faute, mais vue sous l'angle de son « résultat », c'est un traitement, une transformation, une réaction impliquant une intervention extérieure visant à corriger un phénomène. L'idée de traitement semble plus riche que celle de punition, car elle signifie que la sanction vise des objectifs plus vastes (dissuasion, punition ou répression, solution et réparation).

1538 L'obligation générale qui se résume dans la formule classique : *neminem laedere* est catégorique en ce sens, qu'elle ne dépend pas de la volonté du sujet, mais elle s'impose à ce dernier, de telle sorte qu'il lui est

cependant parfaitement le même. Mais, justement à l'égard de plusieurs personnes, la RSE établit, par ses impératifs, une série de limites, une sphère à l'intérieur de laquelle le sujet peut agir facultativement[1539].

396. La sanction dans cette perspective est « une mesure, même réparatrice, justifiée par la violation d'une obligation »[1540] ou encore une mesure de traitement d'une illicéité qui a porté atteinte aux droits d'une partie prenante ou à l'efficacité d'un acte[1541]. Les textes spéciaux visent expressément trois types de faute ouvrant droit à réparation ou sanction : les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, les violations des statuts et les fautes de gestion. À cet effet, le dirigeant qui ne manque à aucun de ses devoirs juridiques (*homo juridicus*) peut très bien être dénué de sagesse et d'humanité[1542].

397. À côté de ce contentieux de l'indemnisation, il faut ajouter celui de la répression des infractions qui est tout aussi importante. Cette sanction est différente suivant que le dirigeant est considéré comme un déviant ou un délinquant en raison d'un écart par rapport à la norme juridique[1543]. Quand on ne respecte pas une norme sociale, d'une règle qui

---

absolument défendu de s'y dérober. Il n'y a donc là aucune différence entre l'impératif éthique sociétal et l'impératif juridique, qui ont pour caractéristique propre d'établir un rapport entre des personnes ou parties prenantes à la vie de la société commerciale. Le caractère catégorique est cependant parfaitement le même. Mais, justement à l'égard de plusieurs personnes, la RSE établit, par ses impératifs, une série de limites, une sphère à l'intérieur de laquelle le sujet peut agir facultativement. Toujours à l'intérieur de cette sphère survient alors une distinction ultérieure, selon laquelle certaines de ces actions facultatives, à la différence d'autres actions, engendrent, dès qu'elles sont accomplies, de nouvelles obligations pour le sujet (la société commerciale) lui-même et pour les tiers, parties prenantes. Mais cela ne veut pas dire que ces obligations perdent leur valeur catégorique parce qu'elles sont, d'une certaine façon, conditionnées ; elles jouent non seulement si le sujet le veut, mais même si celui-ci modifie sa volonté par la suite.

1539 Le traitement du litige qui y est relatif laisse entendre que le spectre d'une action en justice n'a pas pu être écarté et que, par hypothèse, les mesures de prévention mises en place n'ont pas joué. L'enjeu majeur en termes de finalité du traitement du contentieux réside dans la restauration de l'équilibre faussé du fait de l'écart pris vis-à-vis de la norme. Cette restauration peut se faire par le biais de la réparation.

1540 V.G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association H..Capitant, éd.P.U.F. Paris 2000, V. « Sanctions »

1541Le droit OHADA ne dit pas l'usage que le dirigeant doit faire de la liberté dans l'exercice de ses fonctions que lui-même concède ; alors même que l'exercice des pouvoirs du dirigeant peut mettre en péril les intérêts de la société et peut être de nature à faire obstacle à son bon fonctionnement en raison d'un certain nombre d'actions en justice. , quelles que soient ses modalités ou sa gravité, toute sanction est une atteinte pour celui qu'elle concerne. Seulement, le Législateur OHADA ne conçoit ce type de contentieux que dans l'hypothèse d'un préjudice. Il s'intéresse aux biens du dirigeant à travers la réparation du préjudice.

1542 Le simple caractère de ce qui est licite ou non est loin d'exprimer une pleine valeur éthique : il signifie seulement qu'on condamne sa violation de la part d'autrui (*sub spetie alteritatis*). Cela nous permet de voir combien il est erroné de croire qu'il soit toujours moralement licite de se prévaloir de tous ses droits. Suivant les mêmes considérations nous devons repousser aussi la thèse selon laquelle, dans tous les cas, il serait bon et digne d'approbation de faire valoir son propre droit jusqu'à l'extrême.

1543 L'introduction du pénal dans le droit des affaires s'explique par la nécessité d'assainir le monde des affaires afin de discipliner tant soit peu les opérateurs économiques.

indique ce qui est normal, et pas forcément ce qui est légal[1544], elle est liée à des valeurs c'est-à-dire on est un déviant[1545]. De la sanction découle l'autonomie : « être capable de se donner librement des règles de conduites conforme à des valeurs et à des objectifs »[1546] Toutefois, il est à craindre des dérives lorsque l'on considère que les règles éthiques sont par nature définies de façon peu précise par exemple en termes d'« obligations de loyauté, de bonne foi… »[1547].

398. Il reste à savoir si la sanction éthique pourrait être formatrice et permettre une « réhabilitation et la réintégration du sujet coupable »[1548]. L'interpellation de la conscience qu'elle permet est aussi importante que les sanctions disciplinaires, même si on doute qu'une personne morale ait une quelconque conscience. Nous avons une série de sanctions pertinentes qui agit dans un domaine très vaste que le Législateur tarde à harmoniser[1549] malgré la consécration des incriminations afférentes[1550]. Les incriminations actuellement

1544 Norme juridique : elle indique ce qui est légal (mais pas forcément normal).

1545 On peut retrouver toute la pertinence des approches éthiques de régulations lorsque l'on considère la sanction comme devant contribuer à la construction identitaire du sujet éthique. « En imputant à un sujet la conséquence de ses actes, la sanction le met en situation de s'interroger sur ses actes et donc sur lui-même.

1546 La sanction exige une « éthique de la responsabilité » - Le principe de responsabilité articule : conséquentialisme (les actes doivent être évalués en fonction de leur conséquence) et déontologie (certains actes sont moraux *a priori*). Cette éthique se soucie de l'autonomie du sujet tout en admettant a priori que certaines actions lui sont préjudiciables.

1547 D'ailleurs, il est dans certaines situations offert au déviant mis en cause la possibilité de régulariser la situation d'écart pour éviter la mise en œuvre de la sanction à travers les procédures de médiation, de mise en conformité prévues dans les chartes, codes et autres documents de référence en matière d'éthique. À cet effet, on notera que les décisions qui résulteront des délibérations des organes de contrôle de l'application quand elles sont couvertes par la confidentialité peuvent être rendues publiques pour satisfaire les exigences de transparence.

1548 http://educ-spe.forums1.net/t832-la-sanction-educative.

1549 Cette perspective ne facilite pas toujours la sanction de certains comportements du dirigeant. L'obstacle réside dans le principe de légalité des délits et des peines, imposant une définition précise des éléments constitutifs des infractions. Le principe de la légalité des délits et des peines commande que l'infraction ne soit réprimée que dans la mesure et à la condition que cette incrimination soit suivie de la peine également prévue par la loi. En effet, une action ou une abstention, si préjudiciable qu'elle soit à l'ordre social, ne peut être sanctionnée par le juge que lorsque le législateur l'a visée dans un texte et interdite sous la menace d'une peine.

1550 S'agissant de la nécessité de ces principes communs, il convient de rappeler que l'OHADA, en laissant aux États membres la charge d'édicter les sanctions qui doivent compléter les incriminations effectuées par le législateur communautaire, conduit à un éclatement de l'élément légal de la norme pénale communautaire ; et l'on risque d'aboutir à une « renationalisation » de la sanction pénale, donc à une probabilité réelle de voir les mêmes incriminations recevoir des sanctions différentes selon les États (même si le législateur communautaire prend souvent le soin de déterminer le type de sanction pénale applicable à telle incrimination). Dès lors, cette situation d'intégration par référence remet quelque peu en question l'idée d'espace juridique commun. Dans sa vocation de s'étendre tous les États africains, l'OHADA pourra théoriquement accueillir d'autres pays de la Common Law, des pays de droit islamique. L'hétérogénéité des sanctions pénales et plus généralement des pratiques de politique pénale découlant de ces diversités nationales peut favoriser l'émergence de paradis pénaux ou forums shopping et l'on risque de déboucher sur

prévues dans le droit OHADA sont contenues dans les actes uniformes, AUSCGIE et AUPCAP[1551], au point qu'il ne serait pas dénué d'intérêt de jeter ici un coup d'œil sur les diverses espèces d'incriminations contenues dans les Actes Uniformes, en raison du fait que certaines d'entre elles se trouvent parfois en rapport avec l'exigence de prise en compte des intérêts de certaines parties prenantes, malgré leur profonde différence d'origine.[1552]Les dirigeants peuvent abuser des biens et du crédit de la société. Leurs comportements qualifiés d'abus ou d'atteintes ayant trait aux valeurs patrimoniales que sont les biens sociaux[1553] ou le crédit[1554] de la société. Le crédit social est celui qui s'attache à l'établissement, eu égard à son capital, à la nature et à la bonne marche de ses affaires. Au sens large et économique, le crédit de la société est sa renommée commerciale et donc, sa capacité à emprunter[1555]. En faire l'usage revient à engager la signature sociale, à exposer la personne morale à des paiements ou à des décaissements éventuels, à lui faire courir des risques qui en principe ne lui incombent pas. Le crédit abusé ne porte donc pas seulement sur le renom moral de la société, mais aussi sur sa capacité financière telle qu'elle apparaît aux tiers**[1556]**.

---

une véritable injustice entre les citoyens ou les investisseurs tant sur le plan normatif que judiciaire. C'est toute la question de l'égalité entre États, entre opérateurs économiques ou encore entre justiciables qui se trouve ainsi soulevée.

1551 L'OHADA consacre à l'encontre du dirigeant des mesures comme la publication de jugement, l'interdiction d'exercer la profession, l'interdiction d'exercer une fonction élective, administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle, les déchéances et incapacités résultant de la faillite personnelle en application de l'Art. 203 de l'AUPCAP. En principe, la plupart des délits incriminés par le droit OHADA ont trait à la constitution de la société, d'autres concernent l'organisation, le fonctionnement et le contrôle des sociétés, alors que nous nous intéressons particulièrement aux obligations et responsabilité du dirigeant en liant avec la mise en œuvre de la responsabilité sociétale et qui supposent notamment sa mauvaise foi. Si l'immatriculation fait défaut alors qu'elle représente une étape fondamentale dans la vie sociale, ou si, d'une façon générale, les formalités de constitution ne sont pas régulièrement accomplies, le délit est constitué même en l'absence de mauvaise foi.

1552 Il s'agit de la violation du devoir de loyauté du dirigeant envers la société et les associés c'est-à-dire, les porteurs de parts ou d'actions à qui la loi reconnaît un certain nombre de droits. Cette violation est perceptible lorsque le dirigeant abuse des biens et du crédit de la société commerciale ou encore lorsque le dirigeant porte atteinte au droit d'accès aux assemblées générales.

1553 Les biens sociaux représentent toutes les valeurs qui forment l'actif de la société, autrement dit, l'ensemble des biens mobiliers *(fonds sociaux, matériels et marchandises)* et immobiliers, corporels ou incorporels (*droit de créance*, *droit d'exploitation d'un brevet d'invention, droit de clientèle)*, constatés ou non par les documents comptables. Voir D. Gibirila, « L'identification de l'abus de biens sociaux », Journal des Société, N°86 Avril 2011, p.12.

1554 Le crédit social correspond de façon générale à la confiance financière qui est attachée à la société à raison de son capital, de la nature de ses affaires et de la bonne marche de celles-ci.

1555 M. Dagot et C. Mouly, L'usage personnel du crédit social et son abus, *Rev. Sociétés*,1988, p. 1.

1556 D. Gibirila, « L'identification de l'abus de biens sociaux », Journal des Société, N°86 Avril 2011, p.12

399. Sa mauvaise foi est donc requise, ainsi que la poursuite des fins personnelles, le but d'intérêt personnel et égoïste qui constitue le dol spécial[1557]. Sont ainsi sanctionnés les dirigeants qui traitent le patrimoine social comme leur patrimoine propre, en méconnaissance du principe de séparation des patrimoines, ou qui gèrent la société dans leur intérêt personnel, quand bien même leur mandat est un mandat de gestion dans l'intérêt de la société. Cette situation consacre l'effectivité du partage des compétences juridictionnelles entre la CCJA et les Hautes juridictions nationales[1558]. En effet, le Législateur OHADA exclut expressément[1559] les décisions appliquant des sanctions pénales[1560] de la compétence de la CCJA, en faveur des juridictions nationales, parmi lesquelles les Hautes Juridictions Nationales qui ont le pouvoir, de déterminer de manière exclusive[1561] un régime général de peines susceptibles d'être prononcées contre le dirigeant délinquant, en distinguant de manière abstraite entre peines principales, peines complémentaires, peines accessoires et/ou mesures de sûreté[1562]. Cette option du législateur OHADA consacre un éclatement du contentieux, la CCJA étant donc en vertu de cet article 14 alinéa 1, seul compétente pour juger de la qualification des faits relevant des incriminations de l'OHADA et donc assurer dans les États Parties l'interprétation et l'application communes desdits actes. C'est la raison pour laquelle, en dehors des décisions de condamnation et donc en cas de décisions des juges nationaux notamment d'acquittement ou de relaxe liés à la culpabilité ou à l'interprétation des actes reprochés au

---

1557 A ce propos, donc, L'Art. 891 AUSCGIE dispose : « e*ncourent une sanction pénale, le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, font du bien ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement* ».

1558 Issa Sayegh (J) et autres, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2002, p.44.

1559 Le Traité OHADA s'est contenté de poser de façon péremptoire à l'Art. 5 alinéa 2 in fine : « … Les États Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ». Les problèmes peuvent alors surgir lorsque les parties litigantes ne s'accordent pas sur la qualification à retenir. Le juge national, chargé seulement d'appliquer la sanction, sera obligé de renvoyer la question de la qualification au juge de la CCJA, chargé d'assurer l'harmonisation de l'interprétation et de l'application des actes uniformes définissant les incriminations pénales.

1560 En intégrant celles qui statuent uniquement sur la qualification, ce qui n'est négligeable lorsque l'on considère qu'il faut d'abord qualifier les faits avant de prononcer la peine applicable.

1561 Les mesures comme la publication du jugement, l'interdiction d'exercer la profession, l'interdiction d'exercer une fonction élective, administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle, les déchéances et incapacités résultant de la faillite personnelle en application de l'Art. 203 de l'AUPCAP.

1562 G. NTONO TSIMI, « *Le devenir de la responsabilité pénale des personnes morales en droit camerounais. Des dispositions spéciales vers un énoncé général ?* », Juridis Périodique n°89, Janv.-fév.-mars 2012, pp. 82 et s.

dirigeant, la CCJA pourra être saisie en cassation pour réexaminer la qualification des faits. Sinon, à procéder comme actuellement, on échappera difficilement au « forum shopping », ce qui rompra inévitablement l'égalité entre les économies nationales[1563]. Outre les États, l'opérateur ou le justiciable installé par exemple en Côte d'Ivoire pourra ne pas recevoir le même traitement que ceux installés en Île Maurice ou au Mali en raison des divergences des réponses à l'infraction. Sur le plan judiciaire, l'on aboutira au même résultat car la norme d'incrimination n'étant pas commune ou harmonisée, les justiciables ne pourront obtenir la même interprétation.

400. En définitive, nonobstant le « droit à la différence »[1564], en dépit de l'utilité d'une préservation de la diversité de l'espace juridique, il paraît essentiel de poser des principes communs en matière pénale, à défaut de règles uniques. Favoriser l'émergence de principes directeurs implique de réduire les différences dans les États membres de l'espace OHADA, intégration normative à « géométrie et à géographie variable » afin de « *composer, à travers la complexité des pratiques nationales et supranationales, le prélude à une harmonie…* »[1565].

401. La compétence d'édicter la sanction principale devra être suffisante. Mais, comme on le remarque déjà dans certains actes uniformes, la nécessité d'édicter des peines complémentaires n'est plus à démontrer. En effet, s'étant déjà autorisée à fixer certaines peines complémentaires, le législateur communautaire a, par exemple, défini dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives, des peines accessoires telles que la publication par un failli, de la décision judiciaire, l'interdiction de vote, etc.[1566].

1563 Des « forum shopping » pourraient être constitués de « *ceux d'entre les pays de l'espace OHADA qui pour diverses raisons adopteront les sanctions moins lourdes et attireront par la même occasion les investisseurs peu enclins à se conformer aux prescriptions de la loi communautaire* », Voir ANOUKAHA et alli. ; *OHADA, Sociétés Commerciales et GIE*, Bruylant Bruxelles, 2002, page 237

1564 C'est dire qu'en réalité, les divers obstacles invoqués pour justifier les difficultés d'intégration du champ pénal ne sont pas insurmontables. Ils requièrent tout au plus une interprétation plus utilitaire. Il s'agit alors d'avoir une lecture utilitaire de la souveraineté des États membres. L'instauration d'une politique pénale commune, même difficile, est éminemment nécessaire pour la préservation de l'unité juridique de l'espace OHADA. Difficile certes, cette politique pénale commune est néanmoins possible, sous réserve de démontrer que les arguments pris de la souveraineté des États et des particularités nationales n'excluent pas fondamentalement une intégration du domaine pénal.

1565 C'est dire que l'harmonisation ou l'uniformisation de ces types de sanctions est souvent utile afin de ne pas créer des déséquilibres à l'intérieur de l'espace juridique communautaire. Dès lors, il ne serait pas anodin de conférer officiellement à l'OHADA la possibilité de fixer la sanction jusque dans la peine complémentaire. Sur la pertinence d'une harmonisation. Voir Mireille Delmas Marty, les grands systèmes de politique criminelle, op. cit, p.356

1566 Pour illustrer ces propos, nous pouvons citer l'Art. 199 de cet acte Uniforme qui dispose que « *la faillite personnelle des dirigeants des personnes morales prive ceux-ci du droit de vote dans les assemblées*

402. Quant à l'intégration du droit processuel, elle ne fait pas explicitement partie des matières à intégrer[1567]. Cependant, l'on a remarqué que déjà, dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives, le législateur a pris soin d'instituer des procédures spécifiques en cas d'ouverture de procédures collectives[1568]. D'ailleurs, cette nécessité s'est clairement révélée concernant les cas d'ouverture à cassation qui devront justifier la saisine de la CCJA[1569]. En tout état de cause, ledit règlement s'est contenté de poser de façon péremptoire à l'article 28 : « *le recours indique les Actes uniformes ou les règlements prévus par le Traité dont l'application dans l'affaire justifie la saisine de la Cour* ». En pareille occurrence, et sans autre indication sur les règles d'ouverture à cassation, c'est seul le droit national qui déterminera les causes, les délais, bref, les règles de procédure à respecter pour se pourvoir valablement en cassation, donc, saisir la CCJA, car, « *le recours en cassation étant une voie de recours extraordinaire, seul un texte peut en déterminer les conditions d'exercice* »[1570]. Cela étant inévitablement source d'incertitude ou de variabilité, l'harmonisation, voire l'uniformisation de la procédure judiciaire (dans la proportion nécessaire) s'avérera indispensable. Une extension de la compétence de l'OHADA serait bienvenue, sinon, les dirigeants seront souvent dénoncés, accusés quelquefois, condamnés rarement, punis presque jamais[1571]. Cette extension doit

---

de ces personnes morales contre lesquelles est ouverte une procédure collective, ce droit étant exercé par un mandataire désigné par le Juge-commissaire à cet effet à la requête du syndic ».

1567 L'utilité de telles dispositions est sans pareille car elles permettent d'avoir la même procédure partout sur toute l'étendue de l'espace intégré. Même s'il est impensable de songer à l'intégration de tout le droit processuel, il demeure qu'une intégration de certaines procédures stratégiques sera un plus pour l'œuvre communautaire.

1568 Par exemple, l'Art. 234 alinéa 1 et 2 dispose : « *la juridiction répressive est saisie, soit sur la poursuite du représentant du Ministère Public, soit sur la constitution de partie civile, soit par voie de citation directe du syndic ou de tout créancier agissant en son nom propre ou au nom de la masse… Le syndic ne peut agir au nom de la masse qu'après y avoir été autorisé par le Juge-commissaire, les contrôleurs, s'il en a été nommé, étant entendus* ».

1569 Doit-on se référer à la procédure prévue par chaque droit national pour les cas d'ouverture à cassation desquels dépend le pourvoi devant la Cour Commune, ou au contraire, devra-t-on se fonder sur le règlement de procédure devant la CCJA ? Autrement dit, comme le soulève si bien le professeur ISSA-SAYEGH, « *la CCJA est-elle compétente pour énoncer elle-même les cas d'ouverture du recours en cassation ou doit-elle se conformer à ceux prévus par la loi nationale de chaque État partie ?* », Voir J. ISSA-SAYEGH, *quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA*, page 21, in www.ohada.com/ohadata D-02-11; publié également dans Revue de droit uniforme, 1999-1, p. 5. Unidroit.Rome.

1570 J. ISSA-SAYEGH, *quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA, op.cit,* p.21.

1571 Ce résultat peut, à première vue, paraître insuffisant aux parties prenantes qui pensent que, pour les délits des dirigeants, comme pour ceux des individus, un châtiment positif et sévère est d'une justice exacte et d'une nécessité absolue. Nous ne partageons pas cette opinion. La responsabilité me semble devoir atteindre surtout deux buts celui d'enlever la puissance aux dirigeants coupables ; et celui d'entretenir dans la société

également porter sur la poursuite de la société commerciale.[1572] En conséquence on ajoute comme deuxième trait, la sanction affectant les décisions et actions du dirigeant.

b- La sanction affectant les décisions et actions du dirigeant

403. Certaines sanctions touchent aux décisions et actions du dirigeant qui doit aussi remplir ses devoirs positifs et constructifs dans le domaine spécial de l'action qui lui est assigné. Il s'agit d'un contentieux dit de l'annulation qui implique un renforcement de l'immixtion du juge dans la gestion de la société commerciale.

404. S'agissant de l'extension du contentieux de l'annulation aux actes du dirigeant, c'est la loi elle-même qui prévoit la possibilité d'annulation des délibérations irrégulières et plus précisément l'article 244 AUSCGIE[1573]. Aux termes de cet article 244 « la nullité de tous actes, décisions ou délibérations ne modifiant pas les statuts de la société ne peut résulter que d'une disposition impérative du présent acte uniforme ». On notera à ce propos que la Loi Uniforme reste silencieuse sur les actes du dirigeant, sur les recours pouvant être utilisé pour leur annulation. Il aurait été intéressant, dans la mesure où le Législateur a consacré son immixtion- de permettre le recours pour « excès de pouvoir » ouvert à tout plaignant. Il s'agit d'un mécanisme prévu en matière administrative[1574]. Néanmoins même si le juge peut librement déduire d'une règle l'existence d'une nullité[1575], on peut douter de la possibilité d'une annulation des actes du dirigeant constitutifs d'une non prise en compte de la responsabilité sociétale des entreprises[1576]. Dans ce type de traitement, il n'y a pas à

---

commerciale, par la vigilance de ses parties prenantes, un esprit d'examen, un intérêt habituel à la préservation de l'intérêt social.

1572 Le contentieux de la répression doit s'étendre aux infractions en matière environnementale. Elle doit intégrer la responsabilité des sociétés commerciales et l'atténuation de la responsabilité du dirigeant pour des infractions en matière environnementale commises par leurs sociétés lorsqu'ils ont pris les mesures raisonnables pour les contrer. Il est toutefois légitime de s'attendre à ce qu'il voit à la mise en place d'une structure interne convenable qui permette de prendre en considération les conséquences environnementales des activités de la société et de régler les problèmes environnementaux correctement et rapidement. Les décisions que le dirigeant prend devraient pouvoir être remis en cause.

1573 Cass.Com. 6 mai 1975, D.1975, p.102 note GUYON ; Rev. Soc, 1975, p.81. note J.H.

1574 Le recours pour excès de pouvoir est un « recours contentieux tendant à l'annulation d'une décision administrative et fondé sur la violation par cette décision d'une règle de droit ». Il « est ouvert même sans texte et a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité », Voir « Recours pour excès de pouvoir », in http://avocat.nice.free.fr/recours_pour_exces_de_pouvoir.htm

1575 Il en est ainsi notamment en matière de licenciement. Il en est ainsi en matière de licenciement et de résiliation du contrat. Il obéit à certaines règles de fond et de procédure à tout à fait étrangères au contrat qui lorsqu'elles sont violées peuvent nécessiter l'intervention du juge pour l'annulation de l'acte ou l'engagement de la responsabilité civile de la société.

1576 À l'égard des tiers le dirigeant semble disposer d'un pouvoir originaire et illimité. De sorte que si le dirigeant ne respecte pas les limites qui lui ont été assignées par les statuts, par les Actes uniformes ou par la

proprement parler de parties a priori[1577], de sorte qu'en cas d'annulation, l'acte annulé est réputé n'être jamais intervenu. Bien que les actes du dirigeant en cause puissent avoir une portée juridique suffisante pouvant justifier leur annulation, il semble selon les mots du M. J. MESTRE « *que nous soyons dans l'un de ces domaines où, le juge ne doit être que la bouche de la loi* »[1578]. Il s'agit d'un pouvoir limité aux décisions émanant d'organes directoriaux de la société[1579] susceptibles de produire des effets de droit (résolutions, nominations, révocations, etc.) qui ne peut remettre en cause les actes de gestion et d'administration des organes sociaux compétents. C'est sous ce rapport qu'il serait avantageux de s'intéresser aux contentieux de l'annulation des actes du dirigeant[1580]. Les parties prenantes intéressées devraient ainsi pouvoir saisir le juge pour demander l'annulation desdits actes[1581], surtout si les actes violent des règles impératives. Selon GHESTIN une disposition est impérative chaque fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »[1582]. À cet effet, deux manifestations du caractère impératif de la disposition peuvent être décelées, l'une dans les termes même de la loi, à

---

loi nationale, on dira qu'il agit *ultra vires. Cela peut donner lieu à réparation (action sociale, action at singuli), alors que la perspective qui inscrit le traitement du conflit sur l'annulation de l'acte litigieux implique d'axer le* procès sur l'acte. Le dirigeant qui éparpillerait son activité, négligeant ses propres devoirs définis en termes de performances économiques et financières, notamment dans les statuts, pour suivre un programme abstrait de recherche systématique et prise en compte de préoccupations sociétales quelconques, quelquefois simplement affirmé et non démontré, ne pourrait certes pas être indiqué comme modèle, parce que de cette manière, en effet, sa contribution effective à la réalisation des droits des associés et de la société serait probablement moindre que s'il observait avant tout la maxime : *suum agere*.

1577 Ce recours en annulation ne peut être toutefois formé qu'à condition que l'acte directorial attaqué ait un caractère décisoire, c'est-à-dire qu'il modifie l'ordonnancement juridique et les droits des parties prenantes.

1578 J. MESTRE, Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés commerciales, Rev.Juris.com, 1985, p.81 et s.

1579 Il s'agit de l'Assemble générale, assemblée d'actionnaires, etc.

1580 L'annulation peut être fondée sur la violation d'une disposition impérative de l'Acte uniforme, sur la violation des dispositions régissant les contrats ou les statuts de la société commerciale, l'accomplissement d'activités prohibées notamment en matière environnementale. En principe, aucun acte de direction ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi, sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public. En dehors, des hypothèses des conventions autorisées ou interdites (qui n'intéressent pas en réalité les préoccupations sociétales, en dehors de la protection de l'intérêt social), le législateur OHADA n'a pas défini de formalité substantielle liée à la prise des actes de gestion et de direction.

1581 Dans ce cas, la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour la partie prenante qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public. Au sens de l'Art. 244 AUSCGIE, une reprise de l'Art. L-235-1 du code de commerce français la disposition impérative n'est pas uniquement celle que la loi édicte sous la sanction expresse de la nullité.

1582 GHESTIN, droit civil, les obligations, n°93.

travers notamment une formule de commandement[1583] ou d'interdiction et l'autre dans l'existence d'une éventuelle sanction pénale l'assortissant. La cour d'appel de Montpellier[1584] qui a jugé que l'article 51 de la loi de 1966[1585], frappant d'interdiction certains actes accomplis par les gérants de SARL, était impératif « *comme ayant pour cause un fait réprimé par la loi* »[1586]. Il en est de même de certaines dispositions du nouveau Code français du travail qui consacre en vertu de l'article L 1 161-1, la nullité de la décision patronale relativement à des actes de corruption. Il s'agit là d'un article et d'une décision française dont on peut douter de leur possible transposition dans l'espace OHADA[1587]. Et pourtant, cela trouverait sa pertinence eu égard aux objectifs de protections[1588] des parties prenantes de la société commerciale.[1589] C'est d'ailleurs cette logique qui prévaut en matière de la prohibition de certaines décisions du dirigeant notamment lorsqu'il fait obstacle[1590] au contrôle, à la vérification ou tout simplement refuse la communication[1591] des documents obligatoires, de pièces utiles comme les contrats, les livres, les documents comptables et les registres des procès-verbaux des assemblées générales. Il en est également ainsi de l'acte frauduleux de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle de la situation de certaines

1583 Il en est ainsi de l'Art. 455 AUSCGIE qui prévoit que les administrateurs ainsi que toute personne appelée à participer aux réunions du conseil d'administration sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président de séance.

1584 C.A., Montpellier, 7 janvier 1980, rev. Soc.1980, P.738, note Mouly.

1585 Nouveau Art. L223-21 du code de commerce. France

1586 Art. 425 de la loi de 1966, actuel Art. L241-3 du code de commerce.

1587 L'AUSCGIE ne sanctionne pas au plan pénal ces irrégularités.

1588 Par conséquent, il ne suffit pas d'avoir un droit matériel des affaires intégré pour disposer d'un droit efficace. Les règles matérielles, pour être efficaces, ont sans doute besoin d'être protégées par l'édiction de sanctions (au sens péjoratif et étroit du terme). Les nullités édictées par les Actes Uniformes en ce sens constituent par exemple une forme de protection de l'ordre juridique communautaire. Seulement, ces sanctions ne sont pas toujours suffisantes ; la sécurité juridique, l'égalité entre opérateurs économiques en appellent à l'édiction d'un certain nombre de règles dissuasives destinées à sanctionner les violations des règles communautaires : c'est l'utilité, voire la nécessité d'associer le droit pénal à la protection du droit communautaire.

1589 Il va s'en dire qu'admettre ce contentieux de l'annulation doit présenter un certain nombre de caractères pour plus d'efficacité. À ce propos d'ailleurs certains auteurs considèrent à l'image de Madame Grillet PONTON que « *les incriminations pénales […] ont vocation à suppléer la nullité, soit que cette dernière soit matériellement sans objet ou inefficace, soit que pour une raison proprement juridique, l'irrégularité ne puisse donner prise* », Voir G. PONTON, la méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes ou délibérations des organes de la société, Rev.Soc.1984, p.273.

1590 Ce fait d'obstacle au contrôle des associés, d'entrave aux fonctions des organes de contrôles comme les commissaires aux comptes, suppose la mauvaise foi du dirigeant qui agit en connaissance de cause.

1591 Le délit se commet par un refus catégorique ou exprès opposé à la demande de communication, par omission délibérée de satisfaction de la demande de communication mais il le peut aussi en différant sans cesse la satisfaction de la demande du commissaire, par promesses incessantes de communication qui ne sont pas tenues en définitive.

sociétés[1592]. Pour pallier ces situations, dans le cadre de la prévention du contentieux résultant du préjudice, l'exercice judicieux du droit d'alerte doit être étendu. Cette alerte permet de prévenir les abus pouvant déboucher sur la survenance de préjudice.[1593] Aux termes de la LSAO du moins, on peut soutenir qu'il serait difficile d'obtenir gain de cause dans un recours en cas d'abus fondé sur des actes qui, quoiqu'ils aient risqué d'être accomplis, ne l'ont jamais été[1594]. Cet abus de fonction du dirigeant ou son illégalité[1595] est difficilement considéré comme une faute et donc ne peut ne pas être à l'origine d'une responsabilité[1596]. L'obstacle semble être l'absence d'un préjudice[1597]. Un jugement ontarien (Canada) récent résume la règle : [Traduction] « *la conduite abusive doit être une action ou un défaut d'agir volontaire, qui se montre injuste à l'égard du plaignant en ne tenant pas compte de ses intérêts* », mais l'action ne doit pas nécessairement avoir été [Traduction] « *entreprise avec l'intention de nuire au plaignant* »[1598]. Tout ce processus semble investir le juge du droit de déclarer les dirigeants indignes de la confiance des

1592 En ce sens suivant les dispositions de l'Art. 890 AUSC : « encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui auront sciemment, même en l'absence de toute distribution de dividendes, publié ou présenté aux actionnaires ou associés, en vue de dissimuler la véritable situation de la société, des états financiers de synthèse ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle des opérations de l'exercice, de la situation financière et de celle du patrimoine de la société, à l'expiration de cette période ».

1593 Les définitions de l'« abus » englobent expressément les actions qui « risquent » de se produire. Toutefois, il a été jugé que des actions imminentes ne pouvaient être abusives sauf si, [Traduction] « selon la prépondérance des probabilités, il est clair qu'un tel abus aurait lieu »., Voir Ontario Inc. v. Ballard (1991), 3 B.L.R. (2d) 133, conf. par (1991) 3 B.L.R. (2d) 113 (Ont. Div. Ct.), par. 201.

1594 Greenlight Capital Inc. v. Stronach (2006), 22 B.L.R. (4th) 11 (C.S.J. Ont.), par. 106.

1595 Les moyens susceptibles d'être invoqués à l'appui d'un recours pour l'annulation des actes directoriaux, de gestion peuvent être tirés notamment de l'illégalité externe (incompétence du dirigeant l'auteur de l'acte qui est un moyen d'ordre public qui peut être soulevé d'office par le juge) ou d'illégalité interne, c'est-à-dire de vices liés au contenu, à la substance de l'acte (violation directe de la règle de droit, erreur de droit ou de fait, violation de l'intérêt social et de l'objet social).

1596 Cette responsabilité des dirigeants est toutefois encourue en cas de nullité de la société ou des actes et délibérations. Les Art.s 1844-17 alinéa 2 du Code civil et L. 235-13 alinéa 2 du Code de commerce disposent ainsi que « la disparition de la cause de nullité ne met pas obstacle à l'exercice de l'action en dommages-intérêts tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entaché »

1597 Il peut en être ainsi lorsqu'il est reproché au dirigeant des actions de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, alors même qu'il est difficile de déceler une faute. Une conclusion d'abus ne dépend pas d'une conclusion de faute, il est probable qu'une ordonnance rendue contre un dirigeant personnellement se limite aux situations où ce dernier assume personnellement au moins une part de responsabilité dans l'abus.

1598 L'abstention fautive peut ne pas avoir des conséquences sur le terrain de la responsabilité soit parce qu'il n'y a pas eu de préjudice, soit parce qu'il n'y a pas eu de lien de cause à effet entre l'abstention fautive et ce dernier. Cela s'explique exclusivement par la théorie de l'imputation selon laquelle toute personne, y compris le dirigeant, doit réparer les préjudices qui sont la conséquence de ses actes. Voir MacMillan v. Brantpack Distributing Ltd., 2006, 52 C.C.E.L. (3d) (C.S.J. Ont.), par. 28.

associés et autres parties prenantes. Il en est de même de son intervention directe dans la gestion de la société commerciale.

405. Relativement à la possibilité d'un dessaisissement à caractère disciplinaire du dirigeant, il faut relever que malgré quelques hésitations et réticences de la doctrine à consacrer cette intervention, on notera la position singulière du législateur OHADA à cet effet. Son option, on ne peut plus claire marque une véritable rupture, au regard des dispositions de l'article 131AUSCGIE[1599]. Les premières hypothèses peuvent ne pas concerner le dirigeant alors même qu'il peut être personnellement à l'origine de la crise[1600]. Cela vient accentuer le flou qui entoure la qualité et les pouvoirs du juge habilité à choisir et définir les missions[1601] de l'administrateur ou le mandataire ad hoc, ou les contours, et les conditions encore mal définies de la légitimité et la légalité de cette intervention constatée dans la pratique depuis l'arrêt *Fruehauf*.[1602] Dans l'arrêt Fruehauf[1603], la cour d'appel de Paris avait désigné un administrateur provisoire[1604] tout en reconnaissant que la société fonctionnait normalement alors que la jurisprudence antérieure, soutenue par une doctrine

1599 Suivant les dispositions de l'Art. 131.2. : « La juridiction compétente peut désigner un mandataire ad hoc aux fins de représenter à une prochaine assemblée les associés minoritaires ou égalitaires dont le comportement est jugé abusif et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social y compris celui des différents associés ».

1600 Il procède pour les besoins de la prochaine assemblée à la substitution des administrateurs provisoires aux minoritaires ou égalitaires dont le comportement est abusif. Il vote en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social y compris celui des différents associés. Voir Cass.com., 3 juillet 1984 : Bull.civ.IV,n°210 ; Bull.civ.IV, n°2 ; Rev. Sociétés 1989, p.209, note Guyon.

1601 Cette intervention remet en cause d'une part les attributions des associés minoritaires ou égalitaires qui disposent d'un droit de vote, protégé par les dispositions de l'Art. 55 AUSCGIE qui disposent que : « Les droits mentionnés à l'Art. 53 ci-dessus doivent être exercés dans les conditions prévues pour chaque forme de société. Ces droits ne peuvent être suspendus ou supprimés que par des dispositions expresses du présent Acte uniforme ». On peut considérer à cet effet, l'abus peut permettre cette suspension conformément à l'Art. 131 AUSCGIE.

1602 CA Paris, 22 mai 1965 : JCP 1965, éd.G, II, 14274 bis, note Nepveu ; D.1968, p.147, note Contin.

1603 Les faits de l'espèce étaient très simples. La société « *Fruehauf France*», contrôlée par un groupe financier américain avait passé en décembre 1964, avec la société des automobiles Berliet, un important marché portant sur la construction de semi-remorques. Ce matériel était destiné à l'équipement de camions vendus par la société des automobiles Berliet à la République populaire de Chine. Ayant appris cette destination, « *les contrôlaires* » américains de Fruehauf donnèrent l'ordre au conseil d'administration de cette société d'annuler l'exécution de ce marché, jugé contraire à l'intérêt national des États Unis. Cette résiliation aurait non seulement privé la société d'un gain certain, mais elle aurait encore perturbé très gravement l'activité de l'entreprise sans compter les dommages- intérêts que la société des automobiles Berliet aurait légitimement réclamés ce qui, pour Fruehauf, serait financièrement dramatique. Devant de telles conséquences, les trois administrateurs français dont le P.D.G. démissionnèrent de leurs fonctions. En dépit de la régularité formelle de leur remplacement, ils demandèrent et obtinrent en référé la nomination d'un administrateur provisoire « *chargé de gérer activement et passivement la société notamment d'exécuter les contrats en cours* ».

1604 Bien que l'arrêt utilise le terme de mandataire judiciaire

unanime et concordante, estimait que la nomination d'un mandataire de justice chargé de gérer la société au lieu et place de ses organes légaux n'était possible que dans l'hypothèse où la gestion ne pouvait plus être normalement assumée[1605].

406. Comme son nom l'indique, l'administrateur provisoire est désigné pour une durée limitée, ses fonctions sont temporaires, sa désignation ne vaut pas décision sur le fond du litige.[1606] Le juge des référés du tribunal régional hors classe de Dakar[1607] n'a pas hésité à nommer un administrateur provisoire[1608] après avoir constaté que la mésentente était grave et était de nature à porter gravement atteinte aux intérêts de la société. À cet effet, les juges confondent parfois l'administration provisoire[1609] et le mandat ad hoc qui n'emporte pas dessaisissement. Ainsi, le juge des référés du tribunal régional hors classe de Dakar a désigné un administrateur provisoire avec pour mission de procéder à l'audit de la gestion financière des deux cogérants, de faire un état de situation de libération de capital et la franchise entre la société « *Sitrat Boutique Sénégal* » et « *Martinsart* »[1610]. Pouvant être

---

1605 Dans cette affaire, la cour d'appel de Paris n'a pas donné ordre à l'administrateur d'exécuter les contrats que les majoritaires voulaient abusivement résilier pour se conformer aux injonctions de l'administration américaine. Voir aussi M. KOKO, juriste et enseignant à la faculté des sciences juridiques et politiques de l'université de Douala et consultant : « *le juge ne doit entrer dans la vie de la société qu'à travers la fenêtre d'une crise grave* », entretien publié au journal le messager in http//, www.wagne .net

1606« La nomination d'un administrateur provisoire est une mesure n'entrant dans la compétence du juge des référés que s'il n'est pas amené, pour l'ordonner, à prendre parti sur l'existence des droits revendiqués, que les juges appelés à connaître du fond du litige auront à apprécier », voir Cass. 3éme civ.15 janvier 1975, Bull.civ.III, n°17 ; D.1975, inf.rap. p.61, plus récemment, cass.1ere civ. 4 mai 1994, Bull.civ.In°161 ; JCP 1994, ed.G.IV 1657

1607 T.R.H.C Dakar, ord.réf.n°939 du 16 septembre 1996, Aduo KOUAME c/Sadibou NDIAYE es qualité et société Abdoulahat shiping campany. inédit.

1608 *Saisie d'une demande de désignation d'un administrateur provisoire, le juge sénégalais des référés du tribunal régional de Thiès, par ordonnance en date du 30 décembre 1999 très remonté contre Jacky Adam constate qu'il existe un refus délibéré et systématique de ce dernier d'obtempérer aux différentes décisions de justice qui ont été prises dans la cause. Ce que le juge reproche entre autres à Adam, c'est d'avoir fait fi de l'ordonnance du 2 février 1999 qui avait désigné un mandataire judiciaire désigné avait convoqué ladite assemblée générale pour le 20 janvier 2000, le gérant Adam s'était empressé lui-même de tenir une assemblée générale le 23 décembre 1999 à la suite de laquelle une motion de confiance a été votée en sa faveur par la majorité des associés.*

1609 Quand on sait que les circonstances justifiant la désignation d'un administrateur provisoire exigent en elle-même un débat contradictoire, on peut légitimement comprendre la pauvreté de la jurisprudence sénégalaise en matière d'ordonnance sur requête dans ce domaine. En effet, c'est souvent à la suite d'une mésentente entre minoritaire et majoritaires pouvant entrainer le blocage du bon fonctionnement de la société que la désignation d'un administrateur provisoire est sollicitée, sans que ne soit justifier la pertinence d'une mise à l'écart du dirigeant.

1610 Une telle mission devrait plutôt appeler à la désignation d'un mandataire contrôleur de gestion parce qu'elle ne dessaisit pas les organes légaux de leur pouvoir. Comme l'administrateur provisoire des sociétés, le mandat ad hoc est une création jurisprudentielle aujourd'hui consacrée par le législateur. Mais contrairement à l'administrateur provisoire qui est un organe de dessaisissement, le mandat ad hoc est un organe d'assistance des organes légaux lesquels conservent leurs pouvoirs

considéré comme son dérivé, le mandat ad hoc constitue une soupape de sûreté tolérée pour tempérer la rigueur du droit et combler les lacunes de la loi[1611]. Aussi, contrairement à l'administration provisoire, le mandataire ad hoc n'a pas de pouvoir de représentation[1612]. C'est tout l'enjeu de la légitimité des acteurs qui ont la possibilité de sanctionner le dirigeant en procédant à son dessaisissement du dirigeant ; cette solution étant aujourd'hui consacrée par le Législateur OHADA par le biais de la réforme de 2014. Il s'agit d'une notion qui était principalement rencontrée en droit des procédures collectives[1613]. Ce dessaisissement est différent dans la mesure où « l'organe dessaisi est privé de tous pouvoirs en suite de la désignation d'un administrateur provisoires » lequel lui est « substitué »[1614]. Si au contraire les dirigeants reprennent ces actes à leur compte, aucune difficulté ne se présente. D'autre part, l'incertitude sur la détermination des pouvoirs de l'administrateur risque de porter atteinte aux intérêts des tiers[1615]. Le risque pourra cependant être amoindri par le recours à la théorie du mandat apparent chaque fois que la croyance du tiers aux pouvoirs de l'administrateur est légitime par exemple lorsque les

1611 G. BOLARD, administrateur provisoire et mandat ad hoc : du fait ou du droit, J.C.P. 1995, éd. Entreprises, 1509. P. 479 s.

1612 Le mandat ad hoc se rattache alors à la notion commune de mandat évocatrice d'un ordre, ou d'une mission. En procédure civile, on parle plutôt de « *mission* ». Ainsi, selon l'Art. 156 du code de procédure civile, « *lorsqu'au cours d'un procès ou avant tout procès,* l'appréciation *des faits de la cause ou des mesures à ordonner exige des* connaissances *qui sont étrangères au juge, l'expertise est ordonnée par un jugement qui énonce la mission… ».*

1613 V. Ripert et Roblot, Traité théorique et pratique des procédures collectives, t.2, 9eme ed. LGDJ, n°146

1614 On peut en effet se demander quel est le sort des mesures décidées par l'administrateur provisoire, une fois que la société est de nouveau gérée par les dirigeants sociaux. On peut trouver un début de réponse dans l'analyse de Monsieur *Mountaga qui soulignait qu'« Il est hors de doute que les dirigeants ne pourront pas revenir sur les effets déjà produits par les actes conclus par l'administrateur provisoire. La société est-elle tenue de continuer d'exécuter les décisions dont tous les effets ne sont pas encore réalisés ? La réponse varie selon l'attitude de dirigeants entrés en fonction ou après la cessation de l'administration provisoire. Ces derniers doivent pouvoir en effet résilier les contrats conclus par l'administrateur sous réserve des droits acquis par les tiers ».* Cette intervention interroge donc à la fois sur le contenu des pouvoirs de ces administrateurs et mandataires et sur la durée de leur mis en œuvre. En effet, cette dynamique d'intervention en faveur de l'intérêt de l'entreprise et des associés n'enlève pas l'incertitude sur sa capacité à prendre en charge des préoccupations de nature sociétale. D'une part, les dangers pour les tiers-parties prenantes résultent de l'incertitude dans le temps des pouvoirs de l'administrateur provisoire. Voir également à ce propos, Cass.Com. 6 mai 1990 et Cass.Com.2eme civ.12 juillet 1976 préc. Note 90.

1615 On sait que le tiers qui conclut avec un dirigeant d'une société commerciale ne court pas de risques particuliers. Le dirigeant est réputé avoir tout pouvoir pour agir dans l'intérêt de la société qui peut être engagée même si le dirigeant agit en dehors de l'objet social. Aucun texte particulier ne le protège et les dispositions sus visées ne leur sont pas transposables. Par conséquent, les restrictions de pouvoir produisent leur effet qu'il s'agisse de restrictions provenant de la décision de désignation ou des principes généraux d'intervention. Dès lors les tiers parties prenantes ne risquent–ils pas de conclure un contrat avec un administrateur provisoire agissant *ultra vires* et qui, par conséquent, n'engage pas la société. Voir les Art.s 329 436 465 AUSCGIE

circonstances autorisent le tiers à ne pas vérifier lesdits pouvoirs[1616]. En ce sens, la sécurité de la société commerciale doit rester une finalité de la norme juridique. La discipline doit aussi être un objectif[1617], sans que l'intervention du juge n'entraîne ~~pas~~ systématiquement le remplacement du dirigeant.[1618]

407. Par ailleurs, au-delà de la nécessité de mise en cohérence de fonds du contentieux relatif aux fonctions directoriales, l'enjeu se situe également au niveau de la forme de traitement.

B. La mise en cohérence de la forme du traitement des conflits liés à la RSE

408. La mise en cohérence des formes vise d'une part à pallier l'antinomie des systèmes de traitement formels[1619] des différends portés à leur connaissance et d'autre part à créer tant la sécurité, qu'« un sentiment de sécurité[1620] », surtout des personnes qui courent les risques. Cette sécurité prend la forme de règles de procédures (1), mais également de preuve (2) pour lesquelles des combinaisons peuvent être provoquées[1621].

1616 La prise en charge de ces différentes inquiétudes est importante lorsque l'on considère que l'objectif c'est de protéger la société, les affaires. En tant que partie prenante, elles ont aucun intérêt à ne pas protéger la société commerciale en faisant attention à ce que l'engagement de la responsabilité du dirigeant social et donc de la société n'ait un effet néfaste sur elle. Voir. BASTIAN, La réforme des sociétés commerciales, n°57.JCP 1967 I, 2121

1617 Cette discipline rappelle l'obligation pour le dirigeant d'assurer la sécurité de la société commerciale, en veillant notamment à sa sécurité sur le plan économique. « C'est une obligation naturelle et impérieuse, dictée par le jeu du marché, dont la sanction est l'élimination du marché ». *Sécurité et vie de l'entreprise*, par Jacques MESTRE et Catherine PRIETO in Actes du colloques de la faculté de droit et de sciences politique d'Aix-Marseille (11-12 mai 2000) , *Le droit face à l'exigence comptemporaine de sécurité* p.182.

1618 Cette perspective intègre les approches parties prenantes sociétales. En effet, « la norme juridique peut donc inciter l'entreprise à des règles de bonne gestion, en termes d'anticipation des risques ou de réactions saines lors de la survenance de certains risques. Le traitement des différends doit tendre à soutenir le dirigeant dans un effort de vigilance sur la sécurité économique de la société. Il y va de l'intérêt de toute les parties prenantes, l'Etat y compris de faire en sorte que la norme juridique exerce un rôle incitatif, voir éducatif pour les dirigeant.

1619 Il s'agit d'une initiative respectueuse du pluralisme des normes et formes de traitement des litiges. A cet effet, ce changement ne peut s'opérer que par une nouvelle attitude des parties prenantes, et par certaines altérations aux fondements et philosophies de la justice civile notamment.

1620 G. David « L'obligation de sécurité dans le cadre particulier des CECOS », in Actes du colloque de la faculté de droit et de sciences politique d'Aix-Marseille, « Le droit face à l'exigence contemporaine de sécurité », 11-12 mai 2000, p.47.

1621 C'est ainsi que nous proposons des formes mixtes et complémentaires de traitement des différends qu'il faut « ordonner», sans leur imposer pour autant une uniformisation hégémonique, relativement aux règles applicables à la procédure, et aussi à certains aspects du droit de la preuve.

1. L'harmonisation des règles applicables à la procédure de traitement des conflits

409. Lorsque des compétences sont en conflit, c'est le droit du système de règlement le plus fort qui prévaut[1622]. Pour autant, l'harmonisation pourrait s'appuyer sur les principes de subsidiarité ainsi que le principe de proportionnalité qui peuvent régir l'exercice des compétences des personnes nommées pour le traitement des différends. Ces principes visent à réguler l'exercice des compétences[1623] entre les instances de traitement des différends selon le double critère de la nécessité de l'intervention des organes et instances de traitement qui se traduit par l'adoption du principe de subsidiarité et de leur intensité structurée autour du principe de proportionnalité.

a- La subsidiarité des procédures applicables

410. Le principe de subsidiarité a vocation à jouer un rôle capital en tant que concept régulateur, dans le choix entre la régulation institutionnelle et la régulation conventionnelle. Il y va donc du partage des compétences entre les divers échelons de traitement des litiges. Appliqué au traitement des différends relatifs à l'exercice des fonctions du dirigeant, le principe de subsidiarité sert de critère régulateur de l'exercice des compétences non exclusives des personnes ou instance de traitement. Il exclut l'intervention des juridictions étatiques lorsqu'une matière peut être traitée de manière efficace par le biais des MARC en interne et il légitime le juge étatique à exercer ses pouvoirs lorsque les parties prenantes ne sont pas en mesure de réaliser les objectifs d'une action de traitement envisagée de manière satisfaisante[1624]. Dans ce cadre, les règles de procédure édictées pour traiter les différends sont destinées à faire apparaître le droit et en

---

1622 La force se mesure, dans de tels cas, essentiellement en termes de savoir si le système est obligatoire et contraignant. Pour autant, nous inscrivant dans une dynamique de pluralisme, l'enjeu sera de juxtaposer les systèmes processuels en favorisant leur complémentarité dans tous les domaines, exclusion faite des crimes et délits. Dans la mesure où comme le rappelle le doyen J. Carbonnier « la relation qui existe entre le bloc des normes juridiques et les normes non juridiques n'est pas réciproque. La norme juridique a un pouvoir de s'approprier n'importe quelle autre règle sociale, tandis que l'inverse n'est pas vrai », en faisant ainsi le constat d'un déséquilibre de la relation au profit de la règle juridique, les enjeux d'une mise en cohérence des processus de traitement pluriels se posent avec plus d'acuité. Voir J. Carbonnier, "Les phénomènes d'internormativité", in "Essai sur les lois", Répertoire du notariat Defrénois", 1979, p. 251.

1623 La compétence est, en droit, le droit qu'un tribunal ou un juge a de connaître de telle ou telle matière, de telle ou telle cause.

1624 Il convient alors d'analyser dans quelle mesure ce principe de subsidiarité, pris dans son aspect procédural, contribue à orchestrer et à rendre cohérentes, d'une part, la pluralité d'ensembles juridiques, et d'autre part, la pluralité de procédures législatives et plus largement normatives, coexistantes voire même concurrentes, aussi bien au sein de la société commerciale qu'entre la société commerciale et les parties prenantes. Cela afin de donner un sens et une portée effective aux notions de pluralisme juridique et de pluralisme procédural en matière d'élaboration normative sociale.

assurer la sanction ; et à moins d'une disposition contraire, l'inobservation de celles qui ne sont pas d'ordre public ne pourra affecter le sort d'une demande que s'il n'y a pas été remédié alors qu'il était possible de le faire. La discussion entre parties doit être prioritairement privilégiée[1625]. Pour ce faire, en cas de difficultés, des solutions telles la sentence arbitrale doivent pour cela au préalable être homologuées par un juge. Cette homologation consiste à vérifier que les conditions de la *jurisdictio*, de l'*auctoritas* et celles de l'*imperium* sont réunies par la solution proposée. Le juge ajoute alors sa signature à la formule exécutoire de réquisition apposée par le secrétariat-greffe. Cette mention ou formule exécutoire n'entre pas dans la composition de sentence, mais consiste en un acte administratif additionnel d'articulation entre les pouvoirs, ici judiciaires et exécutifs[1626]. Une mise en cohérence est ainsi constatée. Les parties prenantes ont donc la possibilité de procéder à un aménagement d'une priorité d'action. Pour les parties qui s'engagent à n'entamer, au cours de la procédure de conciliation, de médiation ou d'arbitrage, aucune procédure arbitrale institutionnelle ou judiciaire relative à un litige soumis à la procédure ARC, étant entendu toutefois qu'une partie peut entamer une procédure arbitrale ou judiciaire lorsque, à son avis, une telle démarche est nécessaire pour préserver ses droits et/ou pour prendre des mesures provisoires de protection de ses droits. La contestation, le litige, mis en forme, c'est l'instance, c'est le procès[1627].

411. Dans certaines hypothèses, le juge, analysant les faits et leur appliquant la règle de droit pertinente, le juge *dit le droit* (*jurisdictio*) en *relevant* (*auctoritas*) la solution applicable parmi celles discutées à travers une procédure au contradictoire des parties. Sa décision, souvent appelée jugement devant les tribunaux et arrêt devant la CCJA ou la Cour suprême (cassation), décide (*imperium*) les parties à exécuter la solution relevée au

1625 La recherche du dialogue peut justifier les procédures consacrées par les MARC. La négociation collective ou bilatérale occuperait une place privilégiée dans ce processus. Elle permet de limiter les formalités à celles qui sont nécessaires pour que soient atteintes les fins qui les justifient. Autrement, le formalisme pourrait compromettre les droits mêmes que la procédure a pour mission de sauvegarder. Le recours prioritaire au dialogue est destiné à apporter un assouplissement au formalisme des procédures.

1626 La notion de juge, in http://fr.wikipedia.org/wiki/Juge (consulté le 13 mars 2014)

1627 Le procès parait essentiellement un rapport de conflit entre deux individus, parfois entre deux groupes d'individus. Ce n'est pas le seul rapport de conflit que l'on puisse découvrir dans la vie sociale. Le procès aussi est un rapport de conflit et ce qui lui est singulier c'est que le conflit ici est organisé, monté par le droit lui-même. Le conflit parait être nécessaire au droit, le conflit parait faire partie de son essence. Avec le procès, affaire à un phénomène social puisqu'il lie une partie prenante au dirigeant, autre partie prenante exerçant des fonctions directoriales, une partie prenante à une autre. Le lien juridique d'instance comme disent les procéduriers, c'est un rapport social (en rapports de conflits, rapports de compétition ou de concurrence, rapports de coopération), une interaction.

besoin par le bras du pouvoir exécutif requis par la « *formule exécutoire »*[1628]. En ce sens, le législateur a consacré des formes de traitement imposées notamment dans le cadre de la mise en œuvre de la compétence d'attribution[1629] (*ratione materiae*) qui énonce que la matière portant sur l'application et l'interprétation relève du domaine des tribunaux nationaux et de la CCJA. Il peut être saisi par requête ou une plainte[1630] pour engager la responsabilité pénale du dirigeant. Cette responsabilité punit les personnes qui ont agi de façon contraire à la loi pénale (il faut un texte[1631]). La responsabilité civile a pour objet la réparation d'un dommage causé injustement à une personne. La réparation n'est pas une punition, mais un moyen d'essayer de revenir au statu quo ante (réparation en nature ou en argent). En droit de la responsabilité civile, le préjudice[1632] est la condition et la mesure de la réparation. Ce n'est pas le degré de la faute qui va déterminer le montant des dommages-intérêts[1633].

412. Ces analyses se sont plus concentrées sur le droit Sénégalais[1634]. Il n'existe pas de droit uniforme OHADA dédié à la procédure[1635] civile ou pénale. L'on voit que l'utilité de telles

---

1628 La notion de juge, in http://fr.wikipedia.org/wiki/Juge (consulté le 13 mars 2014)

1629 Les dispositions impératives des Actes Uniformes ou des lois nationales doivent être respectées, la procédure judicieusement observée demeurant une garantie additionnelle du respect des droits des justiciables.

1630 Lorsque les litiges résultent d'infraction aussi à des règles pénalement sanctionnées, constituant le droit pénal, ou ne consistent qu'en cette catégorie d'infractions, le juge pénal s'il est saisi relève la culpabilité éventuelle et décide alors d'une peine ou dispense

1631 Sa consécration vise l'ordre public. Le critère qui distingue les lois d'ordre public des autres types de lois réside dans l'intérêt public qui constitue la base des règles du jeu de la société, plutôt que simplement privé, dont se soucie le législateur.

1632 L'exercice d'une action en justice à cet effet est soumis à un certain nombre de conditions particulières dont l'inobservation risque d'entraîner l'irrecevabilité de la demande.

1633 À côté de ces différentes procédures, l'urgence justifie souvent la saisine du juge des référés qui peut décider un dessaisissement du dirigeant. Ce dessaisissement est provisoire. Au Sénégal l'Art. 247 du code de procédure civile autorise le juge des référés à ordonner *« dans tous les cas d'urgence […] toutes les mesures […] que justifie l'existence d'un différend ». L'Art. 248 ouvre aussi le référé en vue d'une « mesure conservatoire » propre à prévenir un dommage imminent ».* Par nature l'administration provisoire est conservatoire et l'atteinte à l'intérêt social peut effectivement constituer un dommage irréversible imminent

1634 Contrairement en France où des ordonnances sur requête désignent des administrateurs provisoires sont fréquentes, au Sénégal les Art.s 820-1 et suivants du code de procédure civile ne semblent pas favoriser la saisine du juge des requêtes. En effet, suivant les dispositions de l'Art. 820-1 du code de procédure civile du Sénégal *« dans les limites de sa compétence, le président du tribunal départemental ou le président du tribunal régional, selon le cas, est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi et les dispositions réglementaires ».* Il ajoute *« il peut également, dans les mêmes limites, ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ».*

1635 L'intégration du droit processuel ne fait pas explicitement partie des matières à intégrer. Cependant, l'on a remarqué que déjà, dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives, le Législateur a pris soin d'instituer des procédures spécifiques en cas d'ouverture de procédures collectives. Par exemple, l'Art. 234 alinéa 1 et 2 dispose : « *la juridiction répressive est saisie, soit sur la poursuite du représentant du Ministère Public, soit sur la constitution de partie civile, soit par voie de citation directe du syndic ou de tout*

dispositions est sans pareille car elles permettent d'avoir la même procédure partout sur toute l'étendue de l'espace intégré. Même s'il est impensable de songer à l'intégration de tout le droit processuel, il demeure que l'adoption de certaines procédures stratégiques sera un plus pour l'œuvre communautaire. D'ailleurs, cette nécessité s'est clairement révélée concernant les cas d'ouverture à cassation qui devront justifier la saisine de la CCJA. Doit-on se référer à la procédure prévue par chaque droit national pour les cas d'ouverture à cassation desquels dépend le pourvoi devant la Cour Commune, ou au contraire, devra-t-on se fonder sur le règlement de procédure devant la CCJA ? Autrement dit, comme le soulève si bien le professeur ISSA-SAYEGH, « *la CCJA est-elle compétente pour énoncer elle-même les cas d'ouverture du recours en cassation ou doit-elle se conformer à ceux prévus par la loi nationale de chaque État partie ?* »[1636]. En pareille occurrence, et sans autre indication sur les règles d'ouverture à cassation, seul le droit national qui déterminera les causes, les délais, bref, les règles de procédure à respecter pour se pourvoir valablement en cassation, donc, saisir la CCJA, car, « *le recours en cassation étant une voie de recours extraordinaire, seul un texte peut en déterminer les conditions d'exercice* »[1637]. Cela étant inévitablement source d'incertitude ou de variabilité, l'harmonisation, voire l'uniformisation de la procédure judiciaire (dans la proportion nécessaire) s'avérera indispensable. Une extension de la compétence de l'OHADA serait bienvenue et pourrait se réaliser de plusieurs manières. Mais l'on pense d'emblée soit à une modification du traité, soit à une révision des actes uniformes déjà adoptés et comportant des incriminations pénales. Dès lors, point besoin de mentionner que la nécessité de cette rationalisation vise essentiellement à limiter les risques d'hétérogénéité jurisprudentielle précédemment évoqués (voir chapitre I, dernier §). Ce risque de disparité découle de l'hybridation de la norme pénale dont l'élément légal ressort à la fois du législateur communautaire pour l'incrimination et des organes normatifs nationaux pour la sanction. Or, comme le soulève avec pertinence un auteur, « il est possible que le litige porte, à la fois sur des questions de

---

créancier agissant en son nom propre ou au nom de la masse… Le syndic ne peut agir au nom de la masse qu'après y avoir été autorisé par le Juge-commissaire, les contrôleurs, s'il en a été nommé, étant entendus ».

1636 Ledit règlement s'est contenté de poser de façon péremptoire à l'Art. 28 : « *le recours indique les Actes uniformes ou les règlements prévus par le Traité dont l'application dans l'affaire justifie la saisine de la Cour ». Voir* J. ISSA-SAYEGH, *quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA*, page 21, in www.ohada.com/ohadata D-02-11; publié également dans Revue de droit uniforme, 1999-1, p. 5. Unidroit. Rome.

1637 J. ISSA-SAYEGH, *quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA,* Art. précité, page 21.

droit uniforme et de droit interne »[1638]. La subsidiarité serait donc sans doute en mesure de réguler le processus d'harmonisation pluraliste qui prendrait en compte la pluralité de parties prenantes et des procédures, sans que les uns puissent prévaloir au détriment des autres, contribuant ainsi à la production de normes reflétant cette diversité. Toutefois, le processus de traitement différentiel des litiges ne doit pas être réduit à l'application du principe de subsidiarité. Il faut également le principe de proportionnalité. C'est, avec le principe de subsidiarité, l'un des deux principes qui caractérisent le processus de traitement des différends.

b- L'enracinement de la diversité des espaces de proportionnalité

413. Le caractère éminemment volontaire[1639] de ces démarches dites sociétalement responsables ~~qui~~ doit être naturellement souligné ; nous avons jusque-là précisé que ces démarches s'exercent aujourd'hui dans un cadre juridique dont l'élaboration n'est vraisemblablement pas achevée[1640]. L'enjeu sera notamment d'interroger le contenu des litiges qui ne peuvent et ne doivent plus être une bataille ; ainsi, le regain de confiance accompagnera peut-être l'abandon de la terminologie de justice « *adversariale* » ou contradictoire, et son remplacement par les notions de justice collaborative[1641].

414. Or, devant le tribunal : « les parties partagent avec le tribunal la charge de favoriser une solution du litige équitable, efficace et raisonnablement rapide. Les parties doivent s'abstenir de tout abus de procédure […] ». La proportionnalité devient donc une responsabilité partagée entre les parties et le juge. De plus, elle entraîne une responsabilisation des parties et du juge quant à l'équité des processus et résultats du litige.

1638 « *Dans cette hypothèse, il serait logique de rendre à la CCJA ce qui lui appartient et à la Cour de cassation nationale ce qui lui revient, encore qu'il ne soit pas toujours possible de fractionner le procès en deux parties nettement distinctes, notamment lorsque la solution de certaines questions de droit interne dépend de celle du droit uniforme ou inversement. Par quelle juridiction commencer ? » Voir* J. ISSA SAYEGH, « L'ordre Juridique OHADA », op.cit. page 4

1639 Il s'agit notamment de la définition que donne du concept la Commission européenne en décidant que la RSE s'appréhende comme « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes » [Livre vert, juillet 2001].

1640 Le dialogue ne se tient pas n'importe où, et le choix du lieu fait déjà l'objet d'un mini dialogue, d'où l'aspect hautement symbolique de l'espace du dialogue. Un lieu ordinaire s'érige ainsi en espace signifiant, se convertit en une arène où s'affrontent à travers des parties prenantes des préoccupations sociétales. Dans ce contexte, face aux conflits et pour gérer cette pluralité intérêts tout en la réduisant, les parties prenantes ont créé des mécanismes transversaux de régulation : la création d'espace de proportionnalité, permettant de prévenir et de gérer des conflits, et représentant ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui la culture du dialogue.

1641 J. MacFarlane, *The New Lawyer*, Vancouver, UBC Press, 2008.

La proportionnalité veut « que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs et n'entraîne pas une utilisation abusive [des] institutions de la justice civile »[1642]. Tant que les parties n'inscriront pas le traitement de leurs conflits dans cette perspective, et ce, même pour les dossiers les plus complexes, l'absence de négociation d'une véritable entente avant la présentation ne permettra pas de limiter le litige à l'essentiel ; de plus, il sera très difficile, voire impossible, de rendre efficace la présentation et les autres mécanismes de gestion ou de règlement des conflits et d'appliquer la règle de la proportionnalité[1643]. Cette application doit intervenir dès l'identification des questions en litiges, dès la qualification juridique des faits[1644], en passant par l'interprétation des règles, sans que la plus grande rapidité d'exécution de la justice proportionnée n'affecte l'équité et la qualité[1645] des processus judiciaires et de leurs résultats[1646]. Sans que cela ne justifie la poursuite et le prononcé d'une peine pour déni de justice, il doit être possible au juge de fonder aussi ses décisions sur la proportionnalité. Ils doivent obligatoirement s'assurer que les recours intentés sont proportionnés à la nature et à la finalité du litige, eu égard aux coûts et au temps exigés et, à défaut, doivent intervenir pour rectifier la situation[1647]. En même temps, il faut pouvoir balancer le droit fondamental d'accès à la justice et celui à une défense pleine et entière. À cet effet, la proportionnalité vise à effectuer un double contrôle sur l'instance. D'abord, un contrôle de pertinence, de justification : le moyen employé « doit permettre effectivement d'atteindre le but

1642 *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, [2009] 3 R.C.S. 65 [*Marcotte*]. Cette formulation de l'objectif du principe de la proportionnalité a été reprise abondamment par la jurisprudence ultérieure, notamment par la Cour d'appel dans l'affaire *Vergers Leahy inc. c. Fédération de l'UPA de St-Jean-Valleyfield*, 2009 QCCA 2401 au par. 42.

1643 En l'occurrence, nous suggérons de manière idéale de prendre en compte l'application du principe de la proportionnalité procédurale qui n'est pas entièrement nouveau et d'en faire une règle à élever au rang de principe directeur de procédure de traitement de conflits dans lesquels le dirigeant est impliqué.

1644 Il s'agit en l'espèce de la mise en place d'un certain mécanisme de vérification des ententes pour permettre, dès le début de l'instance, l'intervention d'un juge afin de s'assurer du respect de la règle de la proportionnalité.

1645 Lorsque le juge décide de manière proportionnée, c'est qu'il a choisi, et délaissé, de manière réfléchie, une option par rapport à une autre. Cela veut-il dire que les processus judiciaires ou leurs résultats sont moins équitables ou moins justes, car nécessairement incomplets ?

1646 Le fait de mieux circonscrire des questions en litige, de choisir une voie de traitement judiciaire ou extrajudiciaire considérée plus convaincante qu'une autre, une requête plus efficace qu'une autre, ou ayant des chances de succès plus grandes, ne veut pas dire que le justiciable sera moins bien servi – bien au contraire.

1647 Que l'on navigue à travers l'une ou l'autre des modes de traitement des conflits dans lesquels le dirigeant est impliqué en raison de ses fonctions, les préoccupations sociales sous-jacentes à la proportionnalité sont les mêmes. De fait, on déclame que la justice a un coût qui est à la fois économique, social et humain, et qu'il faut se munir d'outils efficaces permettant de détecter et de dissuader les pratiques judiciaires « abusives ».

poursuivi » par le recours[1648]. Ensuite, « un contrôle d'incidence ou de conséquences ». Dans Éthique à Nicomaque, Aristote écrivait : « la proportion est un moyen et le juste une proportion »[1649]. Pour Lord Woolf, la proportionnalité implique que l'on « … [traite] chaque instance d'une manière qui soit proportionnée à son importance, à la somme en jeu, à la complexité des questions en litige et à la situation financière des parties »[1650]. La proportionnalité[1651] permet d'assurer une meilleure proportionnalité entre la nature de la cause et la procédure utilisée, et d'atténuer les effets négatifs du système contradictoire[1652]. Pour le Doyen Cornu, la proportionnalité réfère à une « juste mesure, [un] principe d'adéquation, de modération… [à la] mise en œuvre de moyens appropriés à l'objectif à atteindre… »[1653].

415. Toutefois, en matière civile, dès la survenance de préjudice et que les montants en cause sont élevés, le tribunal n'a pas à tenir compte de la proportionnalité. Aussi en raison de la complexité ou à l'importance du litige, les parties doivent-elles nécessairement recourir au juge étatique compétent. La garantie procédurale de proportionnalité requiert, quant au litige considéré individuellement, que les parties aient eu chacune la possibilité de présenter leur cause de manière proportionnée et équilibrée. Ainsi compte tenu de « l'incertitude des normes »[1654], des stratégies de déresponsabilisation dans l'espace privé -

---

1648 N. DUPONT, « Droit au respect de la vie privée versus droit à la preuve » *Gazette du Palais* no 337 (2 décembre 2008) 33.

1649 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, Paris, Librairie philosophique Jacques Vrin, 1990 à la p. 230.

1650 The Right Honourable The Lord Woolf, Master of the Rolls, « Access to Justice – Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales », Londres, Her Majesty's Stationery Office, juillet

1996 (28 octobre 2010), en ligne : DCA <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm> [*Rapport Woolf*].

1651 Dès 1789, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* prévoyait à son Art. VIII que « [l]a loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », décrétée par l'Assemblée Nationale dans les séances des 20, 21, 23, 24 et 26 août 1789, acceptée par le Roi (28 octobre 2010), en ligne : Sosnet <http://sos-net.eu.org/etrangers/ddhc/ddhc89.htm>.

1652 C'est ainsi que l'objectif de proportionnalité pourrait être réalisé en créant, un nouvel éventail de procédures simplifiées pour les litiges dont la valeur est inférieure 1000000f. En ce sens une proposition de transaction précise l'amende transactionnelle que l'auteur de l'infraction devra payer et les obligations qui lui seront imposées pour faire cesser l'infraction, éviter son renouvellement ou réparer le dommage. À cet effet, notamment dans le domaine environnemental, l'administration a la possibilité de résoudre le problème avec le délinquant écologique par la voie de la transaction.

Ce dialogue substitue les mots à la violence brute et révèle souvent, par-là, un lien social oublié. Le dialogue dit la justice parfois hors du cadre strict du droit, et même si elle utilise celui-ci, elle le déborde pour toucher à la morale.

1653 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005.

1654 A. GARAPON, *le Gardien des promesses,* Paris, Odile Jacob, 1996, pp. 119-13 1.

allant du « repli du droit »[1655], à « l'illusion de la transparence »[1656] en passant par la perte des repères collectifs et par la possibilité de redonner au sujet de droit partie prenante à la vie de la société commerciale « la parole » qui lui est confisquée et qu'il délègue à ceux qui sont là, mais ne pourront penser à sa place. « Être sujet de droit partie prenante à la vie de la société commerciale, c'est se voir destiner une parole : celle qui sépare, celle qui accompagne, celle qui réconcilie[1657] », qui à travers le dialogue est l'un des premiers pas vers la constitution de la qualité de partie prenante[1658]. La résolution des conflits par le dialogue consolide une sorte de pédagogie sociale ; la solution au litige n'est pas extérieure aux litigants, l'important n'étant ni dans l'exécution d'une obligation, ni dans l'expiation d'une peine, mais dans la préservation des rapports qu'ils pourront avoir ultérieurement[1659]. Ainsi l'obligation des tiers intervenants peut être réglée notamment par des obligations de motiver leurs avis[1660]. Les parties seront obligées de considérer ces modes avant de s'adresser aux tribunaux, sans que les différentes initiatives n'entraînent un affaiblissement de l'État de droit[1661]. Cela implique par ailleurs un affermissement de l'encadrement des mécanismes de preuves.

1655 Ibid., p. 95.

1656 *Ibid., pp.* 82 et sq.

1657 *Ibid., p.* 222.

1658 Tout ce processus formel ou informel d'enracinement des espaces de proportionnalité, souligne l'urgence de rétablir dans le traitement des conflits impliquant le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions, une justice de proximité, à la procédure simplifiée pour redonner chair au concept de justice.

1659 Quelle que soit la forme des modes de traitement de différends, ils doivent offrir une sécurité, du moins un sentiment de sécurité en termes de transparence, de gestion des conflits d'intérêt. Il s'agit de risque systémique qu'il faut gérer *: « qu'adviendra-t-il de la confiance sur laquelle repose le système s'il s'avère que les [professionnels] qui ont la charge servent des intérêts autres que celui du système ? , Voir «* La prise en charge par le droit des systèmes à risques », par Marie-Anne FRISON-ROCHE, in Actes du colloques de la faculté de droit et de sciences politique d'Aix-Marseille (11-12 mai 2000) , Le droit face à l'exigence comptemporaine de sécurité, p.279

1660 Mais dans la perspective de ces différents résultats, on sait aussi que sans un minimum d'ordre, ces procédés de traitement des différents conflits plus souples ne sauraient représenter le pluralisme mais l'arbitraire ou du moins la prééminence du plus fort. D'où la nécessité a priori, de l'emploi et du contrôle de l'application du principe de subsidiarité et de proportionnalité, en permettant des combinaisons peut être provoquée, relativement aux règles applicables à la procédure, et aussi à certains aspects du droit de la preuve.

1661 Le recours à des «critères autres que ceux du droit» pour régler un différend remet en cause les fondements mêmes d'un État de droit, cette inquiétude pourrait être écartée dès lors que le dispositif consacre le fait que les parties puissent «prévenir ou régler leur différend en faisant appel à des normes et à des critères autres que ceux du droit, sous réserve du respect qu'elles doivent aux droits et libertés de la personne et aux autres règles d'ordre public», Voir « Vers la privatisation de la justice, in http://www.nouvelles.umontreal.ca/campus/activites-speciales-et-invites/20120312-vers-une-privatisation-de-la-justice.html (mise en ligne le 12 MARS 2012, consulté le 20 mars 2014)

2. L'affermissement de l'encadrement du droit de la preuve par les exigences du respect de la RSE

Le régime de la preuve[1662] doit aujourd'hui étoffer et affermir pour s'adapter aux enjeux actuels liés à l'émergence des normes RSE. La preuve se rattache au droit judiciaire par sa fonction qui est de convaincre le juge de l'existence d'un droit, mais elle ne se laisse pas pour autant dissocier de ce droit dont elle est la condition d'actualisation[1663]. Son importance est telle que c'est pareil que de ne pas être considéré comme partie prenante ou que de ne pas pouvoir prouver cette qualité (a). Elles tiennent à la coexistence des différents régimes de responsabilité et de leur nécessaire mise en cohérence (b).

a- La preuve de l'existence de droits en rapport avec sa qualité de partie prenante

416. Il est vrai qu'en matière de preuve, la réalité première est celle des modes classiques de preuve. Seulement, on peut s'interroger sur l'organisation de la preuve en vigueur en matière d'application des règles sociétales[1664] adoptées sous la forme de code de conduite[1665]. Les mécanismes de saisine des ordres ou comités éthiques consacrent à la fois la dénonciation, l'auto saisine, la saisine par la direction de l'institution concernée, saisine pour avis par une partie prenante[1666]. Ce problème est très délicat, en raison de l'incertitude

1662 La preuve consiste à convaincre le juge de la vérité d'un fait ou d'un acte et c'est en cela qu'elle est nécessaire à la réalisation du droit subjectif. En ce sens la difficulté du droit de la preuve vient de ce qu'il se trouve à la charnière du droit judiciaire et du droit substantiel.

1663 A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, Coll. « Bibliothèque de droit international privé », Paris, Dalloz, 1965, 395 pages.

1664 L'encadrement du droit de la preuve par les exigences du respect de la RSE appelle une recherche permettant en termes de détermination de la loi applicable à la preuve. Il appartient au juge saisi de juger suivant la procédure et d'admettre les moyens de preuve en vigueur pour cette matière. A ce propos, même si l'administration de la preuve dépend bien évidemment de la norme du juge saisi, les discussions les plus intéressantes concernent l'admissibilité et la force probante des moyens de preuve.

1665 On sait bien, en effet, qu'aucun juge ne saurait se considérer comme " automatiquement lié par l'intention des parties de priver leur accord de toute valeur obligatoire, et donc de sanction judiciaire ; cela signifie donc que – saisis d'une telle difficulté – les juges français devraient qualifier la charte au regard des catégories juridiques françaises, sachant donc, on le vient de le voir, que plusieurs d'entre elles sont tout à fait envisageables. Plus précisément encore, rien de moins étonnant que le Droit du travail et celui de la consommation apparaissent comme les fers de lance d'une approche juridique de ce type d'engagements éthiques : on comprend en effet que les salariés et les consommateurs étant les principales parties prenantes intéressées par ce type de démarche, ils méritent, à ce titre, une protection toute particulière ». *Isabelle DESBARATS* L'encadrement juridique de la responsabilité sociétale des entreprises : réalisations et potentialités du droit français »

1666 Dans cette même logique on notera que les procédures d'examen des demandes tendant à la sanction de la violation différente d'une corporation à une autre, les procédures (souvent disciplinaires) appliquées n'étant pas forcément exclusives d'une procédure judiciaire qui aboutit à des sanctions pénales. Dans ces hypothèses, il est constaté un renoncement aux règles de preuves classiques, au profit de modes alternatifs des conflits.

et de la mouvance des règles de preuves définies par les parties elles-mêmes. Le droit tend à réduire sensiblement la portée de cette perspective, d'une part le choix des parties est écarté *de facto* quand l'usage du moyen de preuve qu'elles admettent contrevient à une règle de fond ; et d'autre part, en matière de fait juridique, la compétence de la loi des pays membres de l'OHADA laisse intact le droit pour les parties prenantes de se prévaloir également des règles de preuve, supposées plus favorables[1667]. Aussi une éventuelle « prise en compte des violations et atteintes à la responsabilité sociale » nécessite-t-il le recours aux systèmes classiques de preuve. Par exemple, la plupart des actions en réparation de dommages environnementaux sont portées soit devant le juge civil, soit devant le juge pénal par des parties civiles – ce qui est le cas des affaires les plus médiatiques, d'AZF à l'Érika[1668] qui entend réparer le dommage écologique[1669]. À ce propos, dès lors que l'on met l'accent sur l'aspect judiciaire, d'un système procédural à un autre le régime probatoire connaît des éléments invariants. En ce sens si les parties souhaitent invoquer l'existence de liens de droit, des obligations[1670] les obligations juridiques qui peuvent être institutionnelles (légales, réglementaires, jurisprudentielles) ou volontaires (obligations conventionnelles ou engagements unilatéraux) consacrées, elles ont à leur disposition les deux régimes probatoires, à savoir les preuves objectives et les preuves libres reconnues en matières commerciales.

417. Or, les règles ne sont pas assez évidentes. Il s'agit d'une question qui impacte considérablement sur l'existence de droits, leurs reconnaissances[1671], mais aussi sur leur corollaire à savoir l'existence de devoirs du dirigeant nés d'une règle de droit « tant il est vrai qu'un droit trop difficile à prouver est un droit qui n'existe pas effectivement »[1672]. Il faut nécessairement souligner les liens qui unissent la preuve et le droit contesté, poussant

1667 A. HUET, « Les conflits de loi en matière de preuve », In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 18 N°1, Janvier-mars 1966. pp.309-311. In http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/Art./ridc_0035-3337_1966_num_18_1_14535

1668 Tribunal correctionnel de Paris, 16 janvier 2008, n° 9934895010 et CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278.

1669 Il n'est pas rare, que le droit -par ailleurs norme sociétale- se saisisse de préoccupations sociétales pour les entériner et, donc, les sanctionner. Il en est ainsi en matière sociale, environnementale, en matière commerciale (procédure collective, droit des sociétés), etc.

1670 « Le mot « obligation » sert à désigner toute forme de devoir dont la personne peut être tenue en vertu des normes les plus diverses, que ces normes soient morales, religieuses, mondaines, déontologiques... ou juridiques ». Cours du Pr Moussa Thioye. 2005 UGB St Louis.

1671 *Parum est non esse et non probari.* CARBONNIER J., Flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 9ème éd., 1998, p. 28 : "L'exigence de preuve rejette hors du droit tout ce qui ne peut être prouvé".

1672 P. SARGOS, rapport Cass.civ.1°, 25 février 1997, Gaz.Pal.,27-29 avril, p.274

ainsi à opter pour une qualification substantielle[1673]. À cet effet, la règle de preuve a une fonction. Celle-ci fixe-t-elle les conditions d'existence du droit contesté, elle se confond alors avec lui et doit être soumise à la loi qui le régit au fond[1674].

418. Ces questions se posent avec une réelle acuité en matière environnementale dès qu'il nous est permis de nous poser la question de savoir si la nature a des droits pouvant justifier une réparation en raison d'atteinte à l'environnement. Le problème majeur à ce niveau réside dans la nature du dommage qui ne revêt pas un caractère personnel[1675]. Autrement dit l'atteinte à l'environnement met-elle en cause un droit, et si oui qui en est le titulaire ? Dans la mesure où les dispositions de l'article 1382 du Code civil ~~quant à lui,~~ n'obligent à réparer que le dommage causé « à autrui » donc, à une personne et en l'absence de victime identifiable, en l'absence de réparation possible, certains finissent ainsi par contester l'existence même de cette obligation de réparation.[1676] Ainsi pour Josserand la preuve conditionne l'accès au droit[1677]. En effet, il ne suffit pas d'invoquer l'existence d'un droit à son profit pour être considéré comme en étant le titulaire dans ses rapports avec autrui. Il faut encore être en mesure de prouver l'existence de ce droit qu'on prétend avoir et qui résulte soit d'un acte soit d'un fait juridique[1678]. En principe, en droit positif, c'est à celui qui avance un fait d'en rapporter la preuve devant le juge.

419. C'est ainsi que sur le fondement de la spécialité de l'objet social, de l'intérêt à agir, les associés ou la société ou toute autre partie prenante tels les associés peuvent être amenés à

1673 A. HUET, « Les conflits de loi en matière de preuve ». In Revue internationale de droit comparé. Vol. 18 N°1, Janvier-mars 1966. pp.309-311. In http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/Art./ridc_0035-3337_1966_num_18_1_14535

1674 En tant qu'une question purement procédurale, mais aussi et surtout substantielle elle interroge la qualité desdites parties prenantes susceptibles de saisir le juge : qui est habilité à engager l'action en justice en réparation du dommage environnemental ? Les associations, les communes, les voisins, l'État ? Elle renvoie à une question de fond : si l'on admet l'existence d'une obligation de réparation, et, symétriquement, d'une créance, qui est alors le titulaire de cette créance ? La preuve se contente-t-elle au notamment de renforcer l'efficacité d'un droit qui existe en dehors d'elle, elle devient alors un mode d'extériorisation de ce droit ; Voir A. HUET, « Les conflits de loi en matière de preuve », In Revue internationale de droit comparé. Vol. 18 N°1, Janvier-mars 1966. pp.309-311.
In http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/Art./ridc_0035-3337_1966_num_18_1_14535

1675 Cette condition commande notamment la recevabilité de l'action en justice : une victime ne peut pas se prévaloir d'un dommage qui ne lui serait pas personnel.

1676 En l'occurrence, on estime que dès lors qu'un grand nombre de dommages à l'environnement découle des risques inhérents aux activités humaines, génératrices de pollution et de nuisance, plutôt que d'intentions malveillantes, les régimes de responsabilité objective retenus par la jurisprudence sont plus favorables à la victime, qui n'a pas besoin de rapporter la preuve d'une faute.

1677 JOSSERAND, *Traité, tome I*, p. 350 : "*Il ne suffit pas d'avoir un droit ; il faut être à même de prouver les faits juridiques et actes juridiques qui en forment le fondement*".

1678 L'objet de la preuve se limite aux faits générateurs du droit invoqué. La règle de droit consacrant le droit invoqué n'a pas à être démontrée par le plaideur. Le juge est présumé en avoir connaissance

administrer la preuve[1679]. C'est la spécificité de l'objet social qui caractérise alors le préjudice personnel et direct de l'association qui fonde l'intérêt à agir[1680]. Toujours est-il que l'enjeu se situe au niveau de la reconnaissance de droit à certains acteurs considérés comme des parties prenantes, sans que leur rapport avec la société soit établi. En principe, seul les obligations juridiques sont sanctionnées, ce qui peut être justifié par le fait qu'il n'est d'obligation juridique que lorsque cette obligation est assortie d'une sanction juridique[1681]. Il reste le problème de la protection de la partie faible qui invoque des normes éthiques qui ne font pas toujours l'objet de sanctions juridiquement organisées. Tant qu'elles peuvent invoquer des faits juridiques, cela ne pose aucun problème, dans la mesure où « la loi attache la création d'obligations à ce qu'il a été convenu d'appeler des faits juridiques « *des engagements qui se forment sans convention »*[1682]. Des effets de droit sont attachés à de tels événements, intentionnels ou non, notamment lorsqu'ils causent un préjudice[1683].

420. L'autre enjeu, et non des moindres, est relatif à la question de savoir si les nécessités probatoires peuvent justifier des immixtions dans la gestion du dirigeant social ? La question mérite d'être posée car une réponse négative n'apparaît plus comme une évidence. En matière pénale, des difficultés peuvent apparaître lorsque le ministère public est saisi par le biais de la dénonciation. Les salariés peuvent être tentés, voire incités[1684] de soustraire ou obtenir des informations « par tout moyen approprié ». Ils ne disposent pas d'un droit d'alerte et peuvent être poursuivis dans un système organisé pour délation

1679 Ils ont l'intérêt à agir. Pour les associés ou la société ils seront amenés à prouver l'existence d'un préjudice. Pour les associations de défense de l'environnement de nombreuses décisions ont admis depuis les années 1970 que, hors habilitation législative, qu'elles avaient intérêt à agir en justice au nom des intérêts collectifs qu'elles défendent dès lors que ceux-ci entrent dans leur objet social.

1680 Sur le principe de l'existence d'intérêt à agir des associations, Voir Crim. 14 janv. 1971, Bull. crim. n° 14, recevabilité de l'action d'une association à la mémoire des victimes de la déportation qui subit un préjudice direct et personnel du fait de l'apologie des crimes de guerre, et a un intérêt à agir en raison de la spécificité de son but et de l'objet de sa mission.

1681 Pour qu'une prescription puisse être qualifiée de juridique, il faut qu'elle soit contraignante en droit, c'est-à-dire que sa violation fasse l'objet d'une sanction juridique, d'une sanction matérielle socialement prévue et organisée : celui qui méconnaît, sans raison légitime, son devoir juridique, s'expose à une telle sanction, impliquant l'intervention étatique et, si nécessaire, celle de la force publique pour en assurer le respect.

1682 Voir le Titre 4 du Livre 3 du Code civil France

1683 C'est naturellement donc que les différentes jurisprudences unifient la question de la recevabilité de l'action à celle de la preuve du préjudice puisque c'est justement la preuve du bien-fondé de l'action, c'est-à-dire la preuve de l'atteinte aux intérêts individuels et collectifs des parties prenantes (associés, tiers au contrat de société), qui la rendra recevable.

1684 La loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption qui a instauré un régime de protection des salariés dénonçant, de bonne foi, soit à l'employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, des faits de corruption révélés à l'occasion de leurs fonctions, JO 14 novembre.

professionnelle[1685]. On peut penser par exemple que ces dispositifs destinés à encourager les salariés à révéler les faits dont ils ont connaissance et qui portent atteinte aux intérêts de l'entreprise ou à ceux de tiers constituent des modes de preuve possibles[1686]. C'est sur ces questions ambiguës du niveau plus ou moins formel d'imputabilité du dirigeant accompagnant l'administration de la preuve que l'accent doit également être mis.

b- ***La mise en cohérence des règles de preuve des écarts du dirigeant par rapport à la norme*****.**

421. L'analyse des modes de preuve qui permettent à chaque partie de prouver conformément à la loi ou toutes autres normes sociétales les faits des dirigeants nécessaires au succès de sa prétention, s'inscrit en toute logique dans une perspective plurale. L'enjeu se pose pour lui en termes de mis en débat de la pertinence de ses actions et d'identification des écarts qui peuvent lui être reprochés concrètement[1687]. C'est la seule condition permettant d'engager la responsabilité juridique du dirigeant. La « responsabilité » renvoie à l'idée de l'engagement d'un acteur vis-à-vis d'une partie prenante extérieure. Pourtant, le terme de « redevabilité » se distingue de la seule « responsabilité » en y ajoutant une exigence supplémentaire : celui de donner à voir[1688] que la responsabilité sociétale a été assumée et que les engagements ont été tenus[1689]. La redevabilité peut ainsi se définir comme étant l'obligation de rendre compte de l'exercice[1690] d'une responsabilité. La preuve doit ainsi porter sur la violation de cet engagement, voire cette obligation.

1685 Il n'est pas nécessaire que la preuve apportée par les parties prenantes. Nous sommes dans le système inquisitoire. Les poursuites peuvent être facilitées par certains systèmes de dénonciation.

1686 La protection des fonctions du dirigeant contre les immixtions des tiers n'est donc plus absolue et peut céder, sous certaines conditions, devant des nécessités probatoires. En l'occurrence, il peut en effet être nécessaire de réunir les preuves soit à titre préventif pour en éviter la disparition, soit pour justifier d'un élément invoqué. Il sera donc nécessaire de justifier des éléments dont on fait état.

1687 Le concept de redevabilité est tantôt assimilé à la « responsabilité », tantôt à la « reddition de compte » sans qu'il ne se réduise à l'un ou l'autre, ou même aux deux à la fois

1688 C'est-à-dire donner la preuve que la responsabilité exercée a été correctement assumée et que des résultats ont été obtenu conformément à un engagement initial.

1689 L.WENAR, *Accountability in International Development Aid*, Ethics and International Affairs vol. 20, no. 1 (2006): 1-23.

1690 Elle renvoie de ce point de vue, à un aspect de la redevabilité c'est à dire la reddition des comptes. La reddition de comptes opère sur une échelle plus réduite, en l'espèce dans les rapports entre les associés et le dirigeant et renvoie à une redevabilité limitée consistant à rendre compte d'une gestion, technique ou financière le plus souvent. Cette perspective, quoi qu'intéressante, ne permet pas de saisir toute la perspective sociétale, qui englobe une réalité politique plus large et touche aux modalités qui peuvent encadrer un système de gouvernance plus ou moins ouvert et responsable à l'intérieur duquel des parties prenantes interagissent sur la base d'un consensus relativement stable.

422. Pour se faire, la recherche des preuves est essentielle dans le traitement des conflits de type agonistique qui oppose le dirigeant (la société), aux autres parties prenantes, c'est-à-dire tous les acteurs[1691], individuels ou collectifs (organisation), activement ou passivement concernés[1692] par une décision ou l'activité sociale de la société commerciale. La preuve a pour but de soustraire la prétention des parties à l'arbitraire et d'alourdir le verdict final du juge. Cet autre détour des débats auxquels contraint la preuve fait que la sanction et la délibération ne sont pas immédiates. Ces différents processus engagés, il peut se poser la question de recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure cette fois judiciaire. Une mise en cohérence des moyens de preuve s'impose et peut être résolue par les parties qui peuvent s'engager à ne pas invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant l'objet de la procédure de médiation ou conciliation : « les vues exprimées ou les suggestions faites par l'autre partie à l'égard d'une solution éventuelle du litige ; les faits admis par l'autre partie au cours de la procédure de conciliation ; les propositions présentées par le conciliateur ; le fait que l'autre partie a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition d'accord présentée par le conciliateur ». Il s'agit en quelque sorte d'une certaine limitation de la liberté de la preuve[1693]. Toutefois, dans la mesure où, nous sommes en matière commerciale, le principe gouvernant l'admissibilité de la preuve devant les différents juges (privé et judiciaire) est donc celui de la liberté de la preuve[1694].

423. D'évidence, c'est moins la liberté de la preuve qui pose problème que la possibilité de renonciation à ces preuves. La mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des conflits appelle souvent la renonciation à se prévaloir d'une disposition impérative[1695].

1691 Notion de partie prenantes *in http://fr.wikipedia.org/wiki/Partie_prenante*

1692 Des acteurs dont les intérêts peuvent être affectés positivement ou négativement à la suite de son exécution ou de sa non-exécution.

1693 Alors qu'il s'agit de règle d'ordre public. Ce caractère d'ordre public de la règle de preuve implique que l'on ne peut déroger, notamment par convention, aux dispositions de celle-ci. Autrement dit, cette règle s'impose à tous, telle qu'elle est. Ce caractère implique également que le juge, saisi d'un litige, vérifie d'office si les conditions de la loi ont été respectées et n'est nullement tenu par un accord qui aurait été conclu entre parties prenantes.

1694 La preuve peut être rapportée par tout moyen. S'il est possible de prouver les faits par tout moyen, quelques règles essentielles conditionnent leur recevabilité. La culpabilité doit en effet se décider « au-delà du doute raisonnable », et le juge ne pourra valider la thèse de l'accusation seulement si celle-ci parvient à établir une forte probabilité de culpabilité. À défaut de système légal de preuve, les faits rapportés peuvent être prouvés par tous moyens et il leur appartient de tirer librement les conclusions des faits qui leur sont présentés ou qu'ils découvrent de quelque manière que ce soit. Voir Cons conc n° 93-D 21, 8 juin 1993

1695 La procédure transactionnelle par laquelle est résolue une grande partie des conflits environnementaux ne semble pas assurer un équilibre entre les intérêts écologiques et économiques dont la conciliation est difficile mais pourtant indispensable.

Cette renonciation suppose que soit rapportée la preuve que l'intention de la partie prenante (consommateur, salarié) est bien de renoncer, ce qui suppose notamment la démonstration qu'elle avait connaissance de l'infraction[1696]. Dans la jurisprudence de la Cour de cassation, la renonciation d'une partie à un droit est de stricte interprétation et ne peut se déduire que de faits non susceptibles d'une autre interprétation. En fait, il est établi, quelle que soit la volonté des parties, que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* »[1697].

424. Ce qui jusqu'à présent n'avait pas de conséquences juridiques et relevait du domaine de l'engagement ou de la bonne volonté[1698], a maintenant force engageante, voire contraignante. Il en résulte qu'il faut être en mesure d'apporter des éléments factuels et des preuves à ce qui est annoncé, car les déclarations de bonnes intentions non suivies d'effets sont prises en compte par les magistrats. Même s'il s'agit de la « soft law », cela pèse en cas de contentieux. Pour prononcer une sanction le juge doit disposer de preuve « plus claires que le jour à midi » (*luce meridiona clariores*) pour prendre les propos de Bartole[1699]. La preuve en ce sens, selon la définition d'Henri Lévy-Bruhl, est « un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain »[1700]. Cette perspective de traitement des questions de preuve place les parties dans une dynamique d'opposition devant contribuer à la manifestation de la vérité judiciaire « dans les formes admises par la loi ». De ce point de vue, on estime que la preuve est intimement liée à la fonction même du procès[1701] dès lors qu'il est assigné une fonction de protection d'une des parties à l'instance. De ce fait, la recherche systématique ne semble pas a priori compatible avec la valorisation des modes alternatifs de règlement des conflits. Ces derniers peuvent ainsi la réduire au silence. En cet effet, la portée de la preuve peut être assez faible lorsque les parties prenantes et le dirigeant inscrivent la résolution de leurs conflits sous le régime des modes alternatifs de règlement des conflits. Ils sont de plus en plus utilisés lors de conflits commerciaux complexes où les parties, tandis qu'elles souhaitent résoudre un conflit, désirent également

1696 F. PATOUL, La portée de des sanctions de la loi sur le crédit à la consommation, J.J.P., 2006, p.46
1697 Art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme Droit à un procès équitable
1698 En raison du volontarisme dans la mise en œuvre de la RSE restait
1699 LEVY, J.P., « L*a hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age, depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV*° s », Annales de l'Université de Lyon, 1939 ;
1700 La preuve judiciaire, étude de sociologie juridique
1701 P. RICOEUR, *le juste*, éd Esprit 1995, p. 25

conserver autant que possible une relation commerciale continue. Dès lors, il est difficile de préciser en ce sens le contenu et la nature de l'écart qui peut être reproché au dirigeant et qui justifie la saisine du juge afin de bénéficier soit d'un jugement déclaratif[1702] ou d'un jugement constitutif[1703]. Le jugement déclare ou constitue les droits subjectifs auxquels les parties au procès prétendent avoir droit[1704]. Le dirigeant est placé pour donner de la confiance, s'il manque à sa mission, sans qu'on ait à se soucier de sa faute, ni même de son intention, il sera responsable. Le plus souvent, la question de la preuve se pose à l'occasion d'un litige, porte sur la faute, le risque, l'infraction et le préjudice ou le dommage qu'il faut démontrer. En réalité, nous avons divers faits générateurs qui engagent la responsabilité de son auteur est l'infraction, la faute ou l'atteinte[1705], le dommage, compris ici comme le préjudice, n'en étant que la conséquence, dont la victime demande réparation. L'imputabilité d'un dommage, d'un préjudice ne doit pas être discutée, même en matière environnementale où les approches pénales et civiles sont conjointement utilisées. La société commerciale, en raison de la faute du dirigeant doit être à l'origine de l'atteinte à l'environnement ou aux intérêts collectifs. Un simple manquement à une réglementation environnementale suffit à engager la responsabilité de son auteur. Ainsi, toute faute devrait être de nature à engager cette responsabilité, y compris les fautes simples résultant de la négligence ou de l'imprudence. Le dommage ou le préjudice est défini par l'opinion dominante comme la lésion d'un intérêt quelconque[1706], étant entendu que le terme intérêt fait référence à l'utilité, l'avantage, l'importance qu'ont les choses. Il désigne ce qui importe, ce qui est bon, ce qui est opportun, avantageux, bénéfique. Un intérêt apparaît comme une utilité matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste mais parfois altruiste d'une entité porteuse d'intérêt.

1702 « Le jugement déclaratif met en avant un droit qui préexistait, c'est-à-dire qu'il n'est pas nouveau mais qu'il était simplement contesté par une partie. La majorité des jugements sont déclaratifs » in http://fr.jurispedia.org/index.php/Caractere_déclaratif_ou_constitutif_du_jugement_(fr).

1703 Le jugement constitutif créée un droit au profit ou à l'encontre d'une partie. Le juge constate alors le fait que les conditions d'existence de ce droit sont réunies », in http://fr.jurispedia.org/index.php/Caractere_ déclaratif_ou_constitutif_du_jugement_(fr).

1704 Soit le droit préexistait et le jugement ne fait que le déclarer, soit le droit est constitué par le jugement, et le jugement le fonde. Partant du principe, que la sanction souhaitée doit s'appuyer sur la responsabilité du dirigeant, l'enjeu se situe au niveau de l'organisation probatoire, l'édifice de la preuve et surtout dans les présomptions.

1705 On peut distinguer la notion de *«* dommage *» (le fait, l'atteinte en tant que telle) et de celle de «* préjudice *» (la conséquence qui découle du dommage et donne lieu à réparation).*

1706 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 3 éd., 2008, n° 256 s.

425. En matière environnementale, la difficile évaluation économique du dommage écologique ne permet pas souvent une indemnisation adéquate du préjudice subi par la nature et par certaines personnes. En ce sens il faut bien entendu distinguer le dommage proprement « écologique » qui est un dommage objectif, affectant exclusivement la nature sans qu'aucune personne ne soit victime, des autres types de dommages. Une même atteinte à l'environnement est susceptible d'entraîner plusieurs types de conséquences. Elle peut d'abord être à l'origine de préjudices subjectifs individuels, subis directement par des sujets de droit, personnes physiques ou morales : ce sont souvent des dommages matériels (pertes économiques) ou corporels (atteinte à la santé), mais il peut également s'agir d'un préjudice moral[1707]. En l'occurrence, il faut observer que la notion de préjudice entretient un double rapport avec la notion d'intérêt : d'une part, d'un point de vue processuel, toute action en réparation d'un préjudice suppose l'existence d'un intérêt à agir. D'autre part, d'un point de vue substantiel, la qualification d'une situation dommageable en préjudice suppose la lésion d'un intérêt[1708]. On peut penser qu'à la base du contentieux il y a un conflit d'intérêts déjà réglé par le droit. L'intérêt confère sa dimension objective au préjudice. Cependant tout intérêt ne saurait bénéficier de la protection de la responsabilité civile, il faut que le droit le juge digne de respect. Mais tout conflit d'intérêts s'en greffe un second, relatif à l'application de la norme juridique et par la suite duquel le règlement rétabli par le droit ne joue pas. Et pourtant, il serait injuste d'ignorer ces intérêts[1709].

426. Par ailleurs, l'« équité » dépend essentiellement de savoir si les dirigeants ont bénéficié de possibilités suffisantes pour faire entendre leur cause et contester les preuves qu'ils considèrent comme fausses[1710]. La partie qui soutient qu'une restriction à un droit garanti ou a priori reconnu par l'OHADA est suffisamment justifiée doit montrer à la satisfaction

---

1707 La pollution d'une rivière par une installation industrielle entraînera des nuisances pour les voisins ou des pertes d'exploitation par la réduction du nombre de poissons, pour une exploitation piscicole située en aval.

1708 Notion de préjudice morale, voir Marta Torre-Schaub, in http://serdeaut.univ-paris1.fr/publications/publications-dans-le-cadre-du-contrat-droit-au-logement-opposable-dalo

1709 Il peut s'agir de protection de l'ordre social assurée par la matière pénale (droit pénal, droit de l'environnement). Il ne s'agit pas d'une procédure « accusatoire » consistant à donner l'occasion à chaque partie de produire, de gérer les preuves, de recevoir et de commenter au procès les observations ou les preuves présentées par l'autre partie. Cette procédure permet au juge de recherche directement la vérité, dès qu'il est saisi comme c'est le cas en matière de dénonciation.

1710 Il est nécessaire que soit garanti le respect des droits de la défense au dirigeant qui conteste le bien-fondé des droits invoqués ou une obligation qui doit être interprétée de manière réelle plutôt que formelle, peuvent porter non seulement sur l'existence réelle d'un droit, mais également sur l'étendue ou les modalités d'exercice de celui-ci. Les droits de la défense, dont la valeur constitutionnelle a été expressément reconnue et, parmi lesquels figure le respect du principe du contradictoire dont les règles sont précisées par les Art.s 14 à 19 du code de procédure civile.

du juge, conformément à la norme de la prépondérance des probabilités, que la restriction en question équilibre les valeurs en conflit. De sorte que chacune puisse atteindre son effet optimal dans le contexte factuel particulier de l'affaire en cause. Le cas échéant, on pourrait dire que les valeurs qui sous-tendent l'objectif de bonne gouvernance « justifient » l'atteinte au droit[1711]. La preuve devient de notre point de vue le cœur du pouvoir, la source de l'équilibre du système définissant le statut du dirigeant social. Or, une attention moindre est accordée aux formes de redevabilité du dirigeant et qui semble-t-il, justifie l'émergence de conflits entre le dirigeant et les parties prenantes. Ces conflits s'apparentent à des « demandes de redevabilité » adressées aux dirigeants.[1712]. Il convient en fin de compte de rappeler que les contentieux et les normes qui facilitent leur traitement et qui s'intéressent aux obligations d'agir du dirigeant sociétal et donc à sa responsabilité, tels qu'ils ont été tour à tour définis, saisis, rappelés, sont transversaux. Ils touchent la plupart des branches du droit des affaires, et pas uniquement en droit des sociétés. Toutefois, le degré précis de soin, de diligence et de compétence exigé d'un dirigeant est devenu, comme il fallait s'y attendre, une pomme de discorde.

1711 En tout état de cause pour requérir la sanction du dirigeant il faut apporter la preuve d'un lien causal suffisamment fort entre les actes et faits du dirigeant dans l'exercice des fonctions directoriales et le préjudice ou dommage.

1712 Selon les contextes de mise en œuvre des fonctions directoriales, le dirigeant est soumis à une plus ou moins forte demande d'information et de contrôle. Le prisme de la redevabilité interroge en profondeur le rapport des dirigeants à leur propre système d'information et les confronte à trois défis de taille : le renforcement de la transparence de leur action en faveur de la société commerciale, l'expression optimale de leur pouvoir discrétionnaire, leur indépendance, et la systématisation d'une information sur leurs performances financières, sociales et environnementales. Ces défis s'accompagnent en réalité d'une série de résistances réglementaires, mais aussi et surtout d'importantes contraintes financières et méthodologiques, qui mettent en lumière les limites et les dangers d'une approche trop littérale de cette logique de redevabilité. Ces résistances sont telles que le système de gouvernance qui les consacre ne permet pas aux dites parties prenantes d'avoir les moyens d'accéder à l'information, la possibilité de l'apprécier encore moins le pouvoir de sanctionner, ou de demander la sanction dès lors que les responsabilités sociétales n'ont pas été assumées. De ce point de vue, il est peu probable qu'ils puissent émettre une demande de redevabilité en direction de leurs dirigeants.

CONCLUSION CHAPITRE-II. TITRE I.

427. Les réformes juridiques intervenues antérieurement en 1997 dans l'espace OHADA n'intègrent pas de façon spécifique les principes permettant aux dirigeants de contribuer durablement à l'amélioration des conditions de prise en charge des préoccupations sociétales, de l'environnement, des parties prenantes ayant une créance légitime sur la société commerciale. Or, le cadre juridique des sociétés commerciales devrait être un instrument au service du développement de l'innovation, de la compétitivité, de l'emploi, de la croissance économique, etc. C'est donc dans cette perspective que cette partie intègre et évalue les différentes formes qui émergent et sont susceptibles de féconder, transformer et renforcer le dispositif juridique de régulation des fonctions du dirigeant dans l'espace OHADA. L'enjeu était primordial pour ce chapitre de prendre la mesure de la place de l'éthique dans la normativité applicable au statut. Il ambitionne de décrire la tension entre la densification normative et les initiatives de valorisation de l'éthique des affaires.

Avec l'attention accrue portée au sociétal, la réflexion a été portée vers une approche qui part des acteurs qui sont inscrits dans de multiples réseaux et donc dans des situations de pluralisme. L'enjeu pour le législateur OHADA sera d'inscrire la démarche d'articulation des principes sociétaux et les dispositions applicables aux fonctions du dirigeant dans un processus d'expérimentation du pluralisme juridique devant permettre d'identifier une échelle des pratiques allant de la contrainte légale à l'invitation. En d'autres termes, la méthodologie, requise pour l'appropriation des principes et valeurs sociétales devra contribuer à la mise en place d'un environnement juridique adapté à la réalité des sociétés et le contexte de mise en œuvre de leurs activités économiques et financières des sociétés commerciales. Cette méthodologie nous a conduit à envisager son application au statut du dirigeant, avec l'idée d'articulation des niveaux d'exercice des fonctions directoriales. Il s'agit de poser les principes de l'articulation des niveaux de droit selon le principe de subsidiarité active et de dégager le premier stade de densification, à savoir le rôle de suppléance de l'éthique, d'auxiliaire du droit qu'elle influence. L'idée d'appliquer le principe de subsidiarité active aux droits définissant le statut du dirigeant est nouvelle et fondamentale.

428. Or, la méthode de subsidiarité active n'énonce pas seulement un principe, elle propose son mode de mise en œuvre, de leur effectivité. Le droit OHADA deviendrait alors l'obligation de résultat correspondant aux différents droits hard low et soft law », soit en introduisant de nouvelles obligations de résultat qui n'étaient pas prises en charge par ces

droits traditionnels, par exemple ceux ayant trait aux droits de l'environnement, droit du travail, etc. ou à des questions nouvelles comme le rapport entre propriété et gouvernance d'entreprise. On ferait ainsi de la mise en œuvre du principe de subsidiarité active un moyen de compléter chaque « droit » et de faire émerger le corpus commun par le double mouvement de confrontation de ces différents droits et de mise en interaction avec des réflexions universelles sur l'éthique et le droit. Il s'agira afin d'impacter sur la perception des modes de traitement des litiges y afférents**.**

CONCLUSION TITRE I. DE DEUXIÈME PARTIE

429. Ce titre donne l'occasion d'évoquer les régulations, la coexistence de deux logiques normatives différentes-droit étatique/droit non étatique, privé- sans arbitrage de sorte qu'au même moment, des règles ou des normes de nature ou d'origine différente s'appliquent contradictoirement et régissent la responsabilité du dirigeant social et les instances, les initiatives de régulation qui y agissent. Or, en plus du constat d'un véritable déficit de fonction régulatrice prenant en charge cette inflation d'instances, il est possible de noter l'ambivalence des règles ou normes sinon leur ambiguïté quasi structurelle en fait tantôt des ressources quand elles arrangent, tantôt des contraintes quand elles gênent.

430. De toute évidence, la régulation au sens large du terme occupe une place centrale dans la détermination du statut des dirigeants de sociétés commerciales. Plusieurs constats semblaient particulièrement significatifs, notamment parce qu'ils désignent d'une part des logiques normatives à la fois linéaire, binaire et diachronique du droit et des logiques du réseau et de la récursivité, logique synchronique et polychronique ; et d'autre part la rencontre de deux raisons judiciaires divergentes dans la détermination du régime de responsabilité du dirigeant social. Ces dernières, sans trop rechercher une mise en cohérence, s'appuient sur une procédure publique et centralisée d'émergence du droit, mais aussi sur un processus décentralisé et une multiplicité des acteurs normatifs. Leur ambiguïté tient particulièrement au fait qu'à l'avance, de notre point de vue, il est impossible de prévoir si elles seront conçues, comme ressources ou comme contraintes. Enfin, il faut particulièrement souligner le fait que souvent les processus de régulation seraient d'abord dirigés contre « autrui » ou à l'encontre des autres parties prenantes (la règle comme contrainte externe). Les règles seraient alors soutenues par une visée protectrice avant d'être formulées pour le dirigeant lui-même, c'est-à-dire comme une

disposition qui restreint sa propre marge de manœuvre[1713]. Or les mécanismes de mise en jeu de la responsabilité sociétale ne relèvent pas de la simple technique juridique. Ils renvoient à une certaine conception du lien social, à une certaine façon de penser et d'organiser les rapports sociaux. La portée du processus doit alors pouvoir être mesurée.

1713 Les règles et, plus généralement, les lois ne jouent pas fondamentalement leur rôle de jalons à la disposition des parties prenantes en interaction mais, à l'inverse, font plutôt figure de contraintes à négocier, voire d'obstacles à contourner. Le déjouement des règles, même si elles ont été formalisées, s'imposerait-il in fine comme la règle par excellente ?

TITRE- II. LA PORTÉE DU PROCESSUS DE RENFORCEMENT DE LA SOCIALISATION DU STATUT DU DIRIGEANT SOCIAL

431. Analyser le statut du dirigeant revient à construire sa représentation qui ne soit pas absolue, mais plus ou moins pertinente, en termes de modélisation de fonctions directoriales. Cette modélisation porte sur les attributions, des obligations et les responsabilités des dirigeants et intègre la dimension globale du système de gouvernance des entreprises dans l'espace OHADA. Cette globalité exprime à la fois l'interdépendance des éléments du système et la cohérence de l'ensemble. Toutefois, elle ne saurait être réduite à cette vague formule « tout est dans tout » mais, elle est plutôt, traduite par l'adage « le tout est plus que la somme des parties ». Quoi qu'il en soit, la recherche de principes communs (et non nécessairement uniques), est une nécessité[1714], parce que, si la phase de construction collective de sens s'inquiétait de la pertinence et de la cohérence des choix, la phase de mise en œuvre des processus de responsabilisation dépend de la gestion des tensions et des contradictions constantes avec les parties concernées par les effets directs ou indirects des activités et des décisions de gestion de l'entreprise. Les effets du réel y obligent.

432. Les fonctions de direction, de gestion et d'administration du dirigeant ne sont créées et organisées que pour l'action. Gouverner, administrer, diriger c'est agir. Il y a à la fois l'idée d'indétermination et de direction, alors que le dirigeant doit, en effet, respecter ses obligations[1715] non par peur d'une sanction mais par devoir. Il ne doit, toutefois, pas limiter ses préoccupations au seul devoir, mais doit s'attendre à des sanctions en cas de manquement à ce dernier. En ce sens, et comme l'écrit R. Monier, « au devoir s'ajoute l'engagement pour constituer l'obligation[1716] juridique, l'*obligatio* par excellence »[1717]. En l'occurrence, on relèvera que les exigences de la RSE ne remettent pas fondamentalement

1714 Avant l'avènement des AU transparaissait la volonté du législateur sénégalais […] de « moraliser la direction des sociétés anonymes et de la rendre plus efficace. Les administrateurs délégués doivent être compétents, loyaux et diligents ». Toutes ces mentions ont été supprimées comme si le législateur n'était plus intéressé à « moraliser » la fonction du dirigeant. Voir. F. DIENG, la direction des sociétés anonymes en droit Sénégalais compare aux droits français, anglais et américain, Thèse, l'Université de PARIS 1, droit, 1996

1715 Notre conception de l'obligation n'intègre pas l'acception juridique de l'obligation constitutive d'un bien qui, envisagé du point de vue du créancier, représente une créance négociable. Voir Patrick Maistre du Chambon, Droit des obligations. Régime général, 2005. p.7. PUG.

1716 Voir R. MONIER, Cours de Pandectes (Histoire de la notion d'obligation et la classification des obligations d'après leurs sources), Paris, 1948-49, p. 10.

1717 Voir R. MONIER, Ibid., p. 10 &s. ; F.K. COMPARATO, « Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé », th. Paris, 1963, p. 17 ; N.M.K. GOMAA, « Théorie des sources de l'obligation », th. Paris, 1968, p. 12

en cause les obligations du dirigeant, mais élargissent le champ des destinataires[1718] de ces différentes obligations et donc leurs contenus. Dans la mesure où le droit a vocation à saisir le moindre des actes à travers les mécanismes d'imputation et de responsabilité, il est important qu'il consacre une obligation d'agir préexistante à la fonction de dirigeant et non une faculté d'agir. Toutefois, peut-on prétendre à l'ipséité, à l'unicité de l'acte ou, au contraire, doit-on se résigner à ne reconnaître que sa multiplicité ? En réalité, la notion d'action ou d'acte n'est pas facile à définir alors même qu'elle constitue « le noyau dur de toute analyse juridique »[1719], y compris de l'obligation d'agir. Le mot acte désigne[1720], dans une perspective dynamique, l'exercice d'une activité, d'une possibilité, d'une puissance. En revanche, dans une perspective statique, il est le produit de l'action, « ce qui est fait » [1721]. L'obligation d'agir ne peut admettre l'idée de l'unicité de l'acte. De ce point de vue, serait-il pertinent de dégager des principes directeurs qui vont innerver la mise en œuvre des fonctions du dirigeant de la société commerciale. Toutefois, même si la liberté du dirigeant reste inféodée dans la réalisation de ces obligations[1722], l'obligation d'agir suppose comme toute autre obligation, un droit dont les parties prenantes sont la plupart du temps les bénéficiaires[1723]. Les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir avec intégrité et être de bonne foi au mieux dans l'intérêt de la société **(chapitre II),** avec le soin, la diligence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente **(chapitre I).**

1718 Aucune liste des parties prenantes de l'organisation n'est définitive. Dans chaque organisation, la veille pour « identification des parties prenantes » doit être assurée de façon continue

1719 Voir J.-A. MAZERES, « L'acte unilatéral et la décision exécutoire », cours de D.E.A., inédits, 1997, p.98

1720 J.-A. MAZERES, Ibid. p.98

1721 Eisenmann considérait qu'un acte regroupe, en réalité, un ensemble d'actes élémentaires. Selon lui, l'acte, « ce qui se fait », « l'agir », est non seulement l'action, mais aussi son déroulement et son résultat. Voir EISENMANN, « Cours de droit administratif », op. cit., t2, p. 181.

1722 Ces obligations ne sont pas expressément prévues par les AU de l'OHADA qui observent le silence, mais elles ne sont pas pour autant exclues, du moins on le suppose. Les AU suppriment les anciennes dispositions de l'Art. 1290 COCC ce qui semble révéler une disparition de cette obligation. On ne saurait le dire dans la mesure où ces obligations visent à assurer l'efficacité de la gestion.

1723 Il s'agit là d'une analyse dont l'objet est seulement d'unifier le régime des obligations du dirigeant permettant de préserver les intérêts des tiers, de la société commerciale représentée et ceux des associés (ou actionnaires) ainsi que « l'intérêt de la légalité » celui de l'État. De ce point de vue, l'originalité de la RSE réside dans l'obligation faite aux dirigeants d'intégrer dans leurs décisions les conséquences négatives qu'elles sont susceptibles d'entraîner notamment hors du cercle limité des associés.

CHAPITRE -I : L'ENONCE D'UN DEVOIR DE DILIGENCE RAISONNABLE CONSUBSTANTIELLE A LA FONCTION DE DIRIGEANT SOCIETAL

433. Le devoir de diligence des dirigeants n'est pas prévu de façon expresse[1724] dans l'AUSCGIE, seulement en raison de sa fonction de gestion et de direction, le dirigeant a l'obligation de rechercher lui-même les voies et moyens de contrôler la gestion de la société. On attend de lui, un minimum de diligence[1725]. Il s'agit de la diligence raisonnable qui comprend une procédure de gestion continue, qu'une entreprise raisonnable et prudente se doit de réaliser, à la lumière des circonstances (à savoir le secteur, le contexte d'exploitation, la taille et autres facteurs similaires) pour assumer sa responsabilité en matière de respect des droits de l'homme.[1726]La reconnaissance d'une telle responsabilité permettrait de tenir compte des préoccupations exprimées par les parties prenantes quant à l'effet possible d'une norme subjective sur la désignation ou la nomination de personnes hautement qualifiées au sein des sociétés commerciales. Le dirigeant devient quelque peu un professionnel. L'énoncé d'un tel principe ne remet pas en cause les structures de pouvoir qui existent dans l'entreprise. Il précise, toutefois, le contenu et la portée du pouvoir du dirigeant. Par suite, l'énoncé du devoir de diligence du dirigeant qui est lié à la spécificité de la société commerciale vue comme un système finalisé **(section I),** permet la détermination de la fonction de l'obligation de diligence du dirigeant sociétal **(section II).**

1724 Malgré son caractère central pour la définition du statut du dirigeant, les obligations liées à la direction et la gestion des sociétés commerciales, en particulier l'obligation d'agir n'ont pas encore fait l'objet d'une identification ou d'une définition claire. L'une des conséquences étant l'inexistence de recours permettant de contraindre le dirigeant à agir dans un sens déterminé.

1725 Voir la définition proposée par Dictionnaire Black's Law, 6ème éd. (St. Paul, Minnesota, West, 1990), c'est-à-dire cette « mesure de prudence, d'action, d'assiduité, qui est attendue, à juste titre, de la part d'une [personne] prudente et raisonnable dans des circonstances particulières et qui est généralement appliquée par elle ; qui n'est pas évaluée par une quelconque norme absolue, mais qui dépend de faits relatifs au cas précis ».

1726 L'expression « droits de l'homme » est porteuse à la fois d'une grande ambiguïté et d'un immense potentiel, car les droits en question ne sont pas que du droit ! C'est en effet d'abord un projet philosophique et politique qui préside à un choix de valeurs, à une conception de l'homme en société.

SECTION- I : De l'énoncé du devoir de diligence du dirigeant lié à la spécificité de la société commerciale vue comme un système finalisé

434. Les fonctions de direction et de représentation qu'il assume permettent l'attribution de la qualité et la qualification de dirigeant à la personne qui l'exerce, même sans mandat conventionnel régulier. Même si le législateur OHADA ne précise pas en quoi consiste le devoir de diligence, on estime dans les cas où il est prévu, qu'il vise la protection des intérêts que regroupe l'entreprise. Le Principe de diligence clarifie un aspect de la responsabilité des entreprises, en ce sens qu'il entend fournir la première norme communautaire pour prévenir et prendre en compte le risque d'incidence négative sur les droits de l'homme et de l'environnement lié aux activités des entreprises. Dans ce cadre, l'obligation de diligence du dirigeant porte sur une diversité d'objets qu'il doit exécuter. Il ne dispose pas en réalité de choix[1727]. Il ne peut, de ce point de vue, se libérer juste parce qu'il en aura exécuté une. Ces obligations sont, en effet, cumulatives, avec une pluralité de sujets. Elle doit être saisie de manière expresse comme une obligation d'agir préexistante (§1), respectueuse de la nature juridique de la société commerciale (§2).

§ 1. La consécration d'une obligation préexistante d'agir avec diligence

435. La diligence est définie comme « l'application, l'attention, le soin »[1728]. La gestion du dirigeant doit traduire un réel intérêt pour la société commerciale (A) et une véritable compétence implicite orientée vers la performance des dirigeants (B).

1727 Son positionnement par rapport à la question de la RSE rejoint la position de certains auteurs comme FREIDMAN qui considère qu'« il n'existe qu'une seule, et une seule responsabilité sociale de l'entreprise, celle d'utiliser ses ressources et de s'engager dans les activités qui vont accroître ses profits dans le respect des règles du jeu, à savoir une compétition libre et ouverte, sans tromper ni frauder ». Le dirigeant est tenu ainsi de poursuivre et de réaliser l'objet social. Il semble trouver son siège dans la qualité de mandataire du dirigeant. Voir M. FRIEDMAN, « The responsibility of business is to increase its profits », New York Times Magazine, vol.33, 1970, p.223

1728 Voir Dictionnaire *Le Grand Robert* 1.3 P.538. Il s'agit d'une notion simple à première vue, mais, en réalité complexe. Sa complexité est liée à sa grande variabilité, au regard des enjeux actuels attachés à sa fonction de dirigeant, mais aussi, à la nécessité de dépasser cette vision purement « technicienne » du management qui méconnaît sa dépendance par rapport au contexte dans lequel il est appelé à intervenir. Appliquée aux obligations du dirigeant, il semble que l'obligation de diligence du dirigeant sociétal soit l'expression du dogme de la primauté actionnariale consacré par le droit des sociétés de l'OHADA, du moins celui-ci le circonscrit dans un cadre très restreint.

A. La gestion du dirigeant comme manifestation d'un réel intérêt pour la société

436. Chaque fois que le dirigeant prend des décisions stratégiques en matière de gestion, d'administration et de direction de la société, il est tenu d'agir dans l'intérêt de la société qu'il représente. Il n'est pas question pour lui de détourner l'action sociale à son profit. La gestion du dirigeant doit se traduire alors comme une disponibilité pour servir les intérêts de la société (1), utile au développement des activités sociales (2).

1. La fonction directoriale, un service pour et dans une entreprise……

437. La perspective sociétale s'inscrit comme une volonté managériale de dépasser les simples obligations légales et réglementaires qui incombent à l'entreprise au nom de l'intérêt de celle-ci. Cette volonté entend répondre à des obligations que l'on peut appeler « extra légales », transitoirement, en anticipant sur l'adoption de réglementations, tant que celles-ci ne sont pas établies au niveau suffisant pour atteindre l'objectif collectif de développement durable et dans le souci de répondre avec succès et sans risques anormaux aux attentes de son « marché ». De ce point de vue, des difficultés peuvent apparaître dans la mesure où le droit des sociétés ne reconnaît pas la qualification d'« entreprise ». Elle n'a pas la personnalité morale. C'est naturellement, que la question se pose de savoir « *comment imputer à une entité qui n'a pas la personnalité juridique des obligations, légales ou autres, ou même des droits ? »*. Cette interrogation n'a pas échappé à MM. Boutard-Labarde et Canivet cité par FARJAT[1729] qui estime que « rien dans notre système juridique ne s'oppose à ce qu'une règle s'impose à des sujets qui ne sont pas dotés de la personnalité juridique, il en va autrement lorsqu'il s'agit de l'imputation de la responsabilité de la violation de la règle. Seule une personne peut être responsable ... le destinataire est bien toujours une personne morale ou une personne physique. Et ils précisent que ce seront celles-ci et non l'entreprise qui seront débitrices d'une amende qui serait prononcée. »[1730] Toutefois, il faut remarquer d'emblée que la notion d'entreprise, chère aux tenants des approches RSE, ne fait pas l'objet d'acception unanime. Mais, dans le cadre de cette analyse, elle sera saisie du point de vue de la Cour de justice des Communautés européennes qui a considéré, dans le contexte du droit de la concurrence, que « ...la notion

1729 G. FARJAT, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche. RTD Civ. 2002 p.221

1730 Il est important, dans le cadre de la définition du statut du dirigeant de saisir les différentes dimensions de la société commerciale, qui est, à la fois, une formalisation de l'entreprise, mais également, une personne morale. De ce point, il est important, dans le cadre de la définition de statut du dirigeant de saisir ces différentes dimensions dans la société…Voir, M.-C. Boutard-Labarde et G. Canivet, Droit français de la concurrence, LGDJ, p. 15

d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement... »[1731]. Le Professeur FARJAT considère à ce propos que « la notion d'entreprise est indépendante du statut juridique de l'entité juridique qui exerce l'activité économique ». Qu'est-ce à dire ? Cela signifie clairement que *l'entreprise, notion plus ou moins économique ou factuelle (ce second terme nous paraît préférable), est l'objet en elle-même d'une prise en compte par le droit ; elle constitue un « point d'imputation » du droit »*[1732]. À ce sens, l'application de la Responsabilité sociétale aux seules entités dotées d'une personnalité juridique priverait les principes et démarches y afférents de toute efficacité. Une démarche contraire soustrairait certaines organisations à l'application de la RSE. Suivant M. PAILLUSSEAU[1733], l'entreprise est appelée exploitation ; c'est-à-dire l'outil avec lequel la société exerce ses activités économiques. Elle apparaît, à cet égard, comme une émanation de la société. L'entreprise n'a pas la personnalité morale alors que cette dernière est reconnue à la société dès son immatriculation au registre du commerce et des sociétés[1734]. Il s'y ajoute que des auteurs comme M. SUPIOT, l'entreprise ne peut être saisie comme « un concept juridique, mais plutôt, comme un instrument de référence se prêtant à toutes les conjugaisons », et pense qu'elle « fourmille ... d'opinions et de croyances contradictoires qui rendent illusoire tout accord sur son contenu exact ». Cela est d'autant plus étonnant que, comme le rappelle le monsieur FARJAT : « c'est la notion à partir de laquelle ont été conçues les réformes les plus récentes du droit commercial »[1735.] Cette analyse a l'avantage de révéler la qualification de notion de fait de la société commerciale, qui comme « tous les groupements, qu'ils aient ou non la personnalité juridique, sont d'abord peut-être des notions de fait, enracinée dans la réalité[1736]. L'entreprise n'accède donc pas à la vie juridique[1737] . Cela donne tout le sens à l'articulation réciproque entre le dirigeant et la société qui se comprend à partir d'une signification fondamentale : servir, c'est servir la présence active de la société. Ceci signifie d'abord qu'il y a une différence entre dirigeant

1731 CJCE 23 avr. 1991, Höffner et Elser, aff. C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979-2016

1732 G. FARJAT, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche. RTD Civ. 2002 p.221

1733 J. PAILLUSSEAU, Le droit est aussi une science d'organisation, RTD com. 1989, p. 168

1734 J. PAILLUSSEAU, Le droit est aussi une science d'organisation, RTD com. 1989, p. 1.

1735 A. SUPIOT, Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise, RTD com. 1985.621.

1736Comme l'écrit un auteur : « Toute société de droit a vocation à plonger ses racines dans la réalité, faute de quoi elle ne serait qu'une forme sans force et sans efficience condamnée à ne rester qu'une âme errante » J.-M. de Bermond de Vaulx, L'empire des faits et l'émergence de la notion de société, D. 1996.Chron.185.

1737 J. HAMEL, La personnalité morale et ses limites, D. 1949, chron. 141.

et société et que par ailleurs la relation dirigeant-société n'est pas à comprendre sous le signe de la puissance, du bien personnel de la juxtaposition, mais comme un service.

438. Dans cette perspective, les démarches de promotion et de mise en œuvre de la RSE permettent de prendre la mesure de l'influence fondatrice et légitimant du centre d'intérêts qui constitue l'entreprise pour reprendre l'expression du Pr G. FARJAT. L'entreprise est une « *unité économique et juridique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique* »[1738]. Cet état de fait permet de relever les obligations[1739] du dirigeant qui ont une pluralité d'objets. Les devoirs mis à sa charge n'étant pas toujours identiques, le dirigeant a l'obligation de les exécuter tous avec diligence. En effet, « un directeur ou un *officer* a envers la société le devoir de remplir ses fonctions de directeur ou *d'officer,* de bonne foi, d'une manière qu'il croit être dans les meilleurs intérêts de la société, et avec la diligence qu'on attendrait raisonnablement d'une personne prudente ordinaire placée dans la même position et dans des circonstances similaires »[1740]. Cette "situation identique" tient compte du rôle et des qualités particulières du dirigeant. Le degré de vigilance varie selon la qualification ou l'expérience professionnelle de chaque dirigeant[1741]. C'est ainsi qu'un administrateur de banque s'est vu appliquer des mesures d'imputabilité plus strictes qu'un homme d'affaires ordinaire[1742].

439. Quant aux « circonstances similaires », cette expression montre l'importance des faits dans l'exercice du devoir de diligence[1743]. Les circonstances sont variables. Par exemple, ce peut être la prospérité du secteur auquel appartient la société, ou à l'inverse sa situation de crise. Le devoir de loyauté appelle le dirigeant au désintéressement. Mais, désintéressement ne signifie pas désintérêt pour les affaires sociales. Sa fonction est intimement liée à la poursuite de l'objet social qui est un critère de création des sociétés dont la définition appartient principalement aux associés. Il produit des effets juridiques qui structurent en profondeur les fonctions du dirigeant. Sa violation peut mettre, à cet effet, la société et les associés face à des engagements inconsidérés qu'il prend. Cette conception est assise sur des fondements spécifiques dont le droit OHADA sera le

1738 Cf. TRUCHY, Cours d'économie politique, 4e éd., 1936, t. 1, p. 154.

1739 L'obligation est une notion juridique qui provient du droit romain et qui signifie « lien étroit » (obligatus)

1740 Les Principes of Corporate Governance, disposent à la section 4.01 de la partie IV consacrée au dutY of Care : (a)

1741 L. PASQUIER. Les raisons de l'abandon du capital social gage des créanciers dans le droit américain des sociétés anonymes. Thèse. Droit. Paris 1 1990, p.342.

1742 Cary and Eisenberg op. cit. p. 500

1743 L. PASQUIER, op.cit. Loc. cit.

réceptacle au travers de la notion de faute et de responsabilité. Le devoir de diligence invite justement les dirigeants sociaux à manifester un réel intérêt pour la société, en ce sens que les dirigeants assument seuls les fonctions de direction et de représentation[1744]. Pour qu'il y ait service, il ne suffit pas de vouloir servir. Il faut encore fournir un service réel et utile. Le dirigeant peut être perçu comme voulant rendre service. Mais est-il aussi perçu comme rendant efficacement un vrai service à la société ?

2. …Nécessaire au développement des activités sociales de la société

440. Le dirigeant assure une fonction de représentant légal ayant qualité pour agir, contracter et ester en justice au nom de la société. De ce point de vue, sa responsabilité peut être mise en cause. Pour autant, la responsabilité du dirigeant n'est pas forcément engagée lorsque le capital est altéré[1745]. Dans les formes sociétaires au sein desquelles les associés disparaissent derrières les capitaux qu'ils mettent à la disposition de la société, la protection du capital social et du patrimoine de la société constitue une priorité. Elle semble rejoindre ainsi le principe de précaution (en analyse financière) qui suppose qu'un besoin de financement ne peut être satisfait qu'avec des ressources stables et dont l'échéance est, au moins, aussi longue que la durée du besoin à financer[1746]. C'est, en ce sens, que le capital social apparaît comme un véritable outil au service du financement de la société. Ainsi, les immobilisations acquises par une société par apport en nature, en numéraire d'un associé, ont vocation à perdurer au cours de plusieurs exercices ; ce qui permet à la société d'avoir des ressources stables sur lesquelles elle pourra se baser pour son fonctionnement.[1747] Il convient, dès lors, de noter que le dirigeant social se doit de gérer, de mettre en œuvre avec diligence et loyauté le plan de financement élaboré par les associés et qui est censé être adapté aux besoins de la société afin d'utiliser, au mieux des intérêts de cette dernière, le capital comme ressource. De ce point de vue, la société commerciale qu'ils constituent à travers leur plan de financement est avant tout destinée à

1744 Ce principe ne signifie pas une réponse systématiquement positive aux demandes mais, le déploiement d'une écoute et d'une attention débouchant sur une réponse, positive ou négative. Certaines parties prenantes étant silencieuses (génération future, biodiversité…), l'organisation doit mettre en œuvre et faire connaître des modalités spécifiques de prise en considération de leurs intérêts.

1745 « *Le capital social représente le montant global des apports effectués par les actionnaires (en industrie ou en numéraire) et de l'intégration éventuelle, sur décision des actionnaires, des bénéfices mis en réserve. L'actionnaire est le prêteur de dernier ressort à l'entreprise, celui qui prend le risque ultime de l'entreprise* », Voir la notion sur.http://www.lexinter.net/BOURSE/actionnaire.htm

1746 B. SOLNIK, Gestion Financière, 6e édition ,2002 ; Le financement des entreprises, éd.Francis LEFEBRE, 1993

1747 Le cycle de financement, il faut le rappeler, correspond à l'ensemble des opérations financières de la société liées aux opérations de règlement, d'encaissement et de répartition des bénéfices.

apporter aux actionnaires une bonne rentabilité[1748] de leur entreprise, même si cette dernière a la personnalité morale. Une gestion désastreuse entraînant une modification du capital allant dans le sens de sa réduction peut être à l'origine de la dissolution de la société. Toutefois, cette décision revient aux associés. Lorsque des pertes comptables viennent, en effet, en diminution des capitaux propres, ils figurent donc en négatif dans « le haut de bilan ». Ainsi, lorsqu'en l'absence de réserve, les pertes entament la substance du capital ; les capitaux propres devenant inférieurs au capital social, on dit que la société « mange son capital »[1749]. Les dirigeants sociaux doivent, de ce fait, utiliser tous les instruments comptables et financiers leur permettant de prévoir les difficultés de la société et mettre en place la base financière nécessaire à son fonctionnement[1750].

441. Par ailleurs, ce besoin de protection apparaît également à travers les dispositions de l'article 853 -14 en son alinéa 4 qui s'intéressent aux conventions non approuvées. Elles énoncent à cet effet que : « Les conventions non approuvées produisent néanmoins leurs effets, à charge pour la personne intéressée et éventuellement pour le président et les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables pour la société ». On relèvera à ~~cet effet,~~ que cette interdiction posée par l'article 853-16 ne s'applique pas aux personnes morales dirigeantes, mais uniquement aux personnes physiques dirigeantes.

442. On ne doit pas reprocher au dirigeant une abstention ou une action fautive mettant en péril la continuité de la société commerciale. Lorsqu'une abstention est considérée comme étant une faute, cela signifie que le dirigeant doit agir. Autrement dit, il y a obligation d'agir. À ce propos, il peut apparaître, a priori, discutable d'opposer l'obligation d'agir (fonctionnel) à l'obligation de faire (liée à une obligation contractuelle) car, il s'agit, au fond, dans les deux cas, de faire un acte obligatoire. En outre, le terme obligation (obligation) conserve, dans les deux cas, le même sens. L'obligation « *est un lien de droit (c'est-à-dire qui n'est, ni matériel, ni purement moral) qui met le débiteur dans un certain état de dépendance vis-à-vis du créancier, mais dont le but est d'amener le débiteur à*

1748 Naturellement le capital doit être utilisé dans l'intérêt et pour le compte de la société de façon à rentabiliser l'investissement fait par les associés, et non être un moyen pour les dirigeants de couvrir leurs besoins personnels.

1749 Il est aussi, dans ce cas, opportun de procéder à la réduction du capital social pour assainir les finances de la société. Voir l'Art. 371 AUSCGIE, les associés peuvant procéder à l'assainissement des finances, en réduisant le capital social. Il s'agit d'une mesure de prévention de la dissolution de la société.

1750 M.H. GUILLEMIN et N. GRAS, Le capital social : le financement des entreprises, éd.Francis LEFEBRE, 1993

exécuter au profit du créancier une prestation déterminée qui le libérera »[1751]. Elle comporte deux éléments qui sont le devoir ou la dette (*la Schuld*) d'un côté et l'engagement ou la responsabilité (*la Haftung*) de l'autre[1752]. Comme l'écrit R. Monier, « au devoir s'ajoute l'engagement pour constituer l'obligation juridique, l'*obligatio* par excellence »[1753]. En l'occurrence, l'illégalité est la « méconnaissance d'une règle de droit constitutive de la légalité et s'imposant comme telle aux dirigeants ». Par conséquent, toute illégalité n'est pas constitutive d'une abstention fautive pour la simple raison que des actes positifs peuvent être jugés illégaux et être annulés. L'inexécution par un dirigeant de son obligation d'agir est une violation flagrante de la légalité à savoir, en l'occurrence, des attributions légales de mandataire social.

443. L'abstention fautive ou illégale[1754] peut ne pas avoir des conséquences sur le terrain de la responsabilité ; soit parce qu'il n'y a pas eu de préjudice, soit parce qu'il n'y a pas eu de lien de cause à effet entre l'abstention fautive ou illégale et ce dernier, soit enfin parce que la violation de l'obligation d'agir par une abstention intervient dans un domaine où la responsabilité du dirigeant est à engager pour faute. La raison en est que l'abstention[1755] fautive peut sanctionner le refus d'adopter un comportement matériel. On peut citer entre autres, la carence à exercer des contrôles sur les activités de la société commerciale. Dès lors qu'il résulte de ces actes fautifs une crise, cela peut justifier l'immixtion du juge dans la gestion. En effet, aux termes de l'article 160-1 AUSCGIE : « Lorsque le fonctionnement normal de la société est rendu impossible, soit du fait des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit du fait des associés, la juridiction compétente statuant à bref délai, peut décider de nommer un administrateur provisoire aux fins d'assurer momentanément la gestion des affaires sociales »[1756]. Il nomme, dès qu'il est saisi à la requête soit par les

---

1751 R. MONIER, Cours de Pandectes (Histoire de la notion d'obligation et la classification des obligations d'après leurs sources), Paris, 1948-49, p. 10 ; voir J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », Etudes offertes à J. GHESTIN, L.G.D.J., 2001, p. 431.

1752 R. MONIER, Ibid., p. 10 &s. ; F.K. COMPARATO, « Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé », th. Paris, 1963, p. 17 ; N.M.K. GOMAA, « Théorie des sources de l'obligation », th. Paris, 1968, p. 251.

1753 R. MONIER, Ibid., p. 12.

1754 R. CHAPUS réserve l'emploi de la notion d'illégalité seulement à l'acte juridique.

1755 La faute en matière d'abstention va au-delà de la simple violation de la légalité ; elle ne se limite pas à un pur constat d'un manquement à une obligation d'agir préexistante dans les hypothèses les plus nombreuses, où le juge porte, à travers elle, une appréciation sur le comportement des dirigeants.

1756 Le juge intervient en élaborant des schémas. Ces schémas consistent à désigner un administrateur provisoire et d'un juge des référés si l'existence d'une urgence est reconnue. Le juge des référés intervient à titre provisoire, de manière rapide, sans décider de manière définitive sur le fond du problème puisqu'il ne

organes de gestion, de direction ou d'administration, soit par un ou plusieurs associés, un administrateur provisoire[1757]. Pour autant, on peut ne pas arriver à cette situation, dès lors que les organes d'alerte de surveillance ont joué leur rôle de prévention. L'AUSCGIE consacre un certain nombre de procédures de contrôle interne destinées essentiellement à préserver la valeur actionnariale. Il s'agit, au-delà du système des approbations, de procédure et de droit d'information et de communication, le droit alerte, etc. Ces droits et procédures ont vocation à prévenir et pallier l'asymétrie informationnelle établie naturellement en faveur du dirigeant. Ce dispositif constitue une garantie et permet la sécurisation des investissements financiers que les actionnaires réalisent. Ainsi, au regard des enjeux, il est assez étonnant de constater le silence du législateur sur la compétence des dirigeants qui peuvent disposer des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société.

B. L'absence de textes législatifs exigeant une compétence professionnelle particulière

444. La compétence des dirigeants est leur aptitude à diriger la société. Quand le dirigeant est nommé, on ne peut que présumer son aptitude en s'appuyant sur ses diplômes ou son expérience. Mais, c'est à l'épreuve des faits que l'on pourra affirmer qu'un dirigeant est compétent ou ne l'est pas. De ce point de vue, son incompétence serait une forme d'abstention fautive et anormale.

1. La reconnaissance de fait d'une présomption de compétence

445. Les dirigeants sont censés avoir le contrôle des événements qui surviennent, en maîtrisant leurs comportements, les choses ainsi que les personnes placées sous leur emprise. Les questions de politique sociale leur appartiennent et ils sont les seuls à pouvoir décider de ces questions. Si la législation tente de réagir face à la mauvaise gestion des dirigeants en les "disqualifiant", de manière, pour ainsi dire, préventive[1758] et positive, des tentatives sont faites pour remettre la direction des sociétés entre les mains de personnes compétentes[1759]. L'exigence d'une qualification professionnelle faciliterait la tâche aux juges. Elle aurait pour avantage d'écarter la référence au bon père de famille, de ne pas tenir compte de la gradation des fautes et de sanctionner ainsi plus rigoureusement la faute

---

juge pas le litige. Il n'intervient pas non plus dans la gestion de la société, car il n'a pas le pouvoir de gérer la société à la place des actionnaires.

1757 Art. 160-2 alinéa 2.

1758 E. Scholastique op. cit. p.134.

1759 C. Villier, 11 Co. Law. 214 spéc.1992, p.389.

de gestion, car, toute faute, même la plus légère pourrait être sanctionnée[1760]. Mais, faire des fonctions de dirigeant une profession organisée présente aussi, de l'avis de certains, des inconvénients : le professionnalisme aurait pour conséquence de limiter les initiatives privées à une époque où les pouvoirs publics accentuent leurs efforts pour susciter la volonté d'entreprendre[1761]. La mise en place d'un système rigide serait néfaste au principe de libre entreprise. Ce serait se priver du génie ou du talent d'hommes d'affaires[1762.] C'est d'ailleurs, pour cette raison que, dans la pratique, la direction des sociétés commerciales requiert une réelle compétence, l'accès à la fonction de direction est libre, le droit OHADA ne posant aucune restriction liée à la personne à designer. À l'exception des SARL, une personne morale peut être désignée gérante (SCS, SNC), ou administrateur, président-directeur général (SA). Cette perspective est intéressante au regard de la RSE, dans la mesure où, cette personne morale est alors soumise aux mêmes conditions et obligations et encours les mêmes responsabilités civiles et pénales que si elle était gérante ou administrateur en son nom propre et sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'elle représente.[1763] Il est évident qu'on ne saurait exiger une compétence particulière à la société commerciale dirigeante, dans la mesure où, elle ne peut pas agir seule, la compétence devant être diluée dans la personne de son dirigeant qui la représente. En revanche, on peut relever le fait que la technocratisation de la direction trouve des défenseurs. Déjà, en 1951, M. Berr écrivait : « le dirigeant digne de ce nom doit avoir une compétence étendue en des domaines fort divers »[1764.] L'exigence de compétence est implicite, en raison notamment de conflits d'intérêts à gérer en permanence dans et pour la société commerciale. Cette dernière demeure un agrégat d'intérêts résultant de l'entreprise, du centre d'intérêts. Un auteur estime à ce sujet que l'entreprise souffre d'une « inaptitude organique à être érigée en sujet de droit », car, elle n'est pas constituée autour d'intérêts communs mais d'intérêts opposés[1765.] Cette compétence ou plutôt sa diligence s'inscrit dans l'idée selon laquelle les intérêts s'opposent (échange) ou bien convergent (société). En même temps qu'ils agissent « corporativement » en poursuivant l'objectif commun, les membres du système agissent « contractuellement » en poursuivant leurs

1760 F. CHERCHOULY SICARD "La responsabilité des dirigeants sociaux pour faute de gestion". Th. Paris 2 - 1982. pp.129 et 263.
1761 Idem p.130
1762 Idem. p.264
1763 Art. 276, 208 et 421 AUSC/GIE
1764 C. BERR - op. Cit. n°540.
1765 L. BOY, L'intérêt collectif en droit français (réflexions sur la collectivisation du droit), th. Nice, 1979, p. 70

objectifs individuels »[1766]. Pour des auteurs comme M. FARJAT il n'est « pas question de personnalité juridique pour l'entreprise en elle-même, la seule personnalisation juridique, en tout pays, c'est celle du « propriétaire » : la société »[1767]. Il estime par ailleurs que « pour le reste, nous sommes en présence d'entités juridiques innommées : nous les nommons centres d'intérêts »[1768]. L'obligation du dirigeant sera marquée en raison de l'exigence de diligence qui en face de droits d'égale valeur, du point de vue de leur source ou de leur substance, à reconnaître chacun d'eux et à tenter d'en concilier les implications, s'il le faut en posant des limites afin de permettre leur coexistence. On peut donc formuler[1769]? La règle que « l'absence de personnalité juridique des centres d'intérêts a pour conséquence que ce sont les personnes juridiques impliquées dans le fonctionnement des *centres qui pourront être responsables, - suivant des modalités diverses -, du non-respect des règles ou des obligations concernant ces centres*[1770]. La diligence, et non la compétence, constitue l'un des instruments de mesure et de détermination des conditions et limites à la liberté du dirigeant. Elle permet la construction de la normalité du « dirigeant ». L'aspiration à un idéal et les contraintes des affaires ne permettent pas toujours d'appliquer *tout* ce que l'on pense, tout ce que l'on souhaite dans nos relations d'affaires. Non seulement, les acteurs et parties prenantes aux affaires sont toujours plus ou moins contraints à effectuer des « concessions »[1771] mais, en plus, des décalages inattendus par rapport à l'intention[1772] de l'action (la fin justifie les moyens) surviennent inévitablement, *a posteriori*, ni prévus ni même prévisibles, résultant de l'incertitude inhérente à l'action. À cela vient s'ajouter le fait que les Êtres humains sont – qu'ils le reconnaissent ou non – jamais totalement cohérents, jamais stables dans leur personnalité, leurs aspirations, etc.

1766 C. D'HOIR-LAUPRETRE, L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés, D. 1993.Chron.248

1767 G. FARJAT, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche. RTD Civ. 2002 p.221

1768 Il saisit « *la notion de centre d'intérêts comme un concept normatif implicite. Le droit abonde en concepts normatifs, souvent qualifiés aujourd'hui de standards, comme la faute, le bon père de famille, les bonnes mœurs. Ce sont des concepts qui permettent un développement juridique, une normalisation des comportements ou des structures sociales. Notre concept normatif, - le centre d'intérêts -, est particulièrement riche car il recouvre lui-même d'autres concepts normatifs, comme l'entreprise, le groupe, le réseau. Il est implicite car il n'a guère été révélé dans la doctrine et la pratique juridiques françaises »,* Voir Gérard FARJAT, op cit p.221

1769En raison de l'élément négatif de la notion de centre d'intérêts que constitue l'absence de personnalité juridique.

1770 M.-C. Boutard-Labarde et G. Canivet, Droit français de la concurrence, LGDJ, 1994, p. 15

1771 Par concession, nous considérons les écarts volontaires et/ou conscients

1772 Toute action résulte d'une « intention », même si celle-ci ne constitue pas à proprement dit une « finalité ».

Tous les acteurs, surtout économiques, sont plus ou moins porteurs de certaines contradictions. Ils pourront commettre des erreurs de jugement qui prouveront leur inaptitude à gérer les affaires d'autrui, mais, dans la mesure où ils auront exercé tout le soin et la diligence voulus, ce que l'on présuppose d'ailleurs, ils n'en seront pas tenus responsables.

2. Une compétence inscrite dans la normalité directoriale

446. La question de la compétence du dirigeant ramène le débat sur la dialectique de la « normalité » qui demeure plus que jamais une notion anthropocentrique. Déjà, les définitions qui sont proposées pour saisir la normalité qui vient de « norme » demeurent assez ambiguës[1773]. Le terme « norme » revêt des sens multiples ; l'expression étant utilisée pour désigner un principe servant à prescrire un comportement ou encore pour décrire l'état habituel conforme à la majorité des cas[1774]·la « norme » s'opposant à l'« exception ».[1775] Dans la sphère des affaires, la normalité est conçue comme une façon strictement normative. Cette normalité se trouve dissoute dans l'affirmation de la norme. En effet, l'attribution de la propriété de normalité à une action guide l'interprétation des actes à venir. Par exemple, on notera que le déviant est enfermé dans l'anormal, l'anormal étant alors enchaîné à l'immoralité des activités affairistes, à l'affût d'affaires malhonnêtes, ou juste prêt à profiter des carences de leurs adversaires ou de la naïveté, de la crédulité

1773 D'origine latine, le mot « norme » désigne une équerre (utilisée dans la géométrie), puis, il est utilisé pour désigner quelque chose d'« irrégulier » c'est-à-dire énorme. Une norme est, en fait, une convention sociale conformiste qui préfère donner crédit à un préjugé plutôt qu'à susciter la réflexion et la remise en question. La normalité dans ce cadre, c'est soit un dogme de conformité à une norme morale (dans une société donnée), soit c'est ce qui est statistiquement fréquent. Une norme morale est fixée par la société, c'est un dogme, un préjugé, tandis que la fréquence statistique des comportements naturels est un fait. Voilà la différence.

1774 Paul ROBERT, Dictionnaire alphabétique et analogie de la langue française, Paris, Société du Nouveau Littré, p1160, cité par Robert F. LEGGET, *Les normes au Canada*, Étude préparée pour le Conseil économique du Canada et le conseil des sciences du Canada, Ottawa, Informatique Canada, décembre 1970, p2.

1775 Son sens actuel nous renvoie davantage à certains aspects à savoir d'abord, que la « normalité statistique » qui renvoie à ce qui est statistiquement fréquent, à une moyenne des comportements ou des faits observés (ex-température « normale » pour la saison = moyenne des températures observées à une date donnée). De ce point de vue, l'anormalité se définit à partir des deux extrêmes (les moins nombreux) (être de taille « normale ») à partir de la loi du plus grand nombre ou sur la base d'un simple constat (jugement spontané qui instaure une sorte de « zone neutre » dans les apparences, comportements) ; On note une forte idée de modèle, en l'espèce construit par le groupe ; et enfin, que la « normalité fonctionnelle » qui renvoie à cet état qui est bien approprié à un individu en fonction de ses caractéristiques et de ses objectifs. Adaptation réussie, par exemple, à un poste de travail, à un loisir-personnalité épanouie, équilibrée-. Il s'agit d'une construction individuelle. Sur le plan psychologique, distinction élaborée par le psychologue Jean DELAY. https://www.cogito.forumculture.net/t77-la-norme-la-normalite-des-definitions-ambigues).

attisée par l'appât du gain de leurs partenaires. Aussi, considérant qu'une norme est un discours[1776] (plus ou moins explicite) ou un comportement descriptif ou prescriptif, dans la mesure où cette description ou cette prescription permet d'évaluer ou de mesurer (à la limite de sanctionner) la conformité de son sujet à son objet. En matière d'éthique des affaires, il est proposé une référence arbitraire[1777] qui se veut universelle. Étant un construit, la normalité qui propose une référence arbitraire[1778] se veut normatif. Elle est arbitraire, du moins partiale et partielle, parce qu'étant l'expression d'un modèle dominant, d'une vision particulière de la personne humaine. Cette vision est portée par les membres de la société ou des groupes quasiment majoritaires et qui s'y reconnaissent. Ils confèrent à cette normalité un caractère normatif et donc devant entraîner une mise en conformité[1779]. Guy Bourgeault notera que c'est en référence à elle que se font les mises à l'écart et les prises en charge, mais aussi les entreprises de redressement ou de normalisation des affaires visant la responsabilisation des acteurs[1780]. Pour autant, les canons de normalité ne sont pas définis. L'établissement d'une normalité pourrait résulter d'un compromis jugé acceptable [1781] après le débat. Même si cette normalité ne semble pas prendre acte de la pluralité des individus, de la diversité de points de vue et d'intérêt éventuellement opposés et conflictuels, il demeure que les rapports sociaux, politiques, économiques ne seraient sans doute pas impossibles sans normes. De sorte que les normes éthiques qui définissent la normalité, même si elles n'épuisent pas l'activité sociétale créatrice de normes[1782], demeurent déterminantes.

1776 P. TRUDEL, recherche sur les rationalités des règles de droit et les techniques de réglementations-Éléments d'un modèle. p. 4

1777 G. BOURGEAULT, Éthiques, dit et non-dit, contredit, interdit, Essai. Collection éthique. Presse de l'Université du Quebec.1933

1778G. BOURGEAULT, op.cit.1933, p.64

1779 Lise Noël, L'intolérance. Une problématique générale. Montréal. Boreal, 1989, 308 p.

1780 G..BOURGEAULT, Ethiques, dit et non-dit, contredit, interdit, Essai. Collection éthique. Presse de l'Université du Quebec.1933.p.76

1781 Ce compromis acceptable sera celui qui, adopté par la majorité, portera le moins possible aux droits et aux aspirations des autres, de ceux et celles qui se retrouvent dans la ou les minorités, Voir John. Rawls. Théories de la justice, 1971, trad.de l'anglais (Etats Unis) par Madame Catherine Audard. Paris SEUIL.1987 et 1997.

1782 Pierre TRUDEL, Directeur du Centre de recherche en droit public, faculté de droit, Université de Montréal. « La recherche sur les rationalités des règles de droit et les techniques de réglementation. Eléments d'un modèle » p.4

§ 2. Des obligations de diligence découlant de la nature juridique de la société commerciale

447. L'approche de définition de la RS de la société commerciale entraîne un changement de vision du rapport à la société commerciale. Dans cette perspective, la société commerciale sera envisagée comme une technique juridique d'organisation de l'entreprise durable et donc forcément responsable[1783]. Cette perspective valorise et accentue l'obligation de diligence du dirigeant qui met en présence plusieurs créanciers.

A. La société vue comme une organisation juridique responsable

448. Vu la centralité du contrat de société pour l'AUDCGIE qui est intimement lié à la notion de responsabilité puisque c'est une forme privilégiée de l'engagement, on pourrait définir la responsabilité de la société commerciale dans le *« contrat social »* supposé garantir une société libre par l'engagement libre et réciproque de ses membres. Cette responsabilité peut se diviser en « parts », chacun ayant une part de responsabilité dans une entreprise donnée.

1. Une organisation autour du contrat de société…

449. L'AUDCGIE définit la société commerciale à travers les conditions contractuelles de création selon lesquelles elle peut être soit «*créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.»,* soit dans certains cas créés «*par une seule personne, dénommée « associé unique », par un acte écrit*.»[1784]À ce propos, il faut d'emblée noter qu'il est difficile, au regard de la consécration des sociétés unipersonnelles[1785], de considérer la société commerciale comme une organisation, une structure collective. De cette organisation naît une structure durable, socialement manifestée (dans la majorité des cas) et dédiée à la poursuite de l'intérêt

1783 La responsabilité sociétale de l'entreprise s'attache à toute activité économique, au-delà de la forme juridique choisie pour l'exercer.

1784 Acte uniforme de l'OHADA dans ses Art.s 4 et 5 http://www.ohada.com/actes-uniformes/98/102/titre-1-definition-de-la-societe.html

1785 La présence de sociétés unipersonnelles s'opposerait radicalement à ce que la société puisse être présentée comme une telle collectivité. Les sociétés unipersonnelles ne sont a priori pas des collectivités de partenaires. Elles peuvent pourtant le devenir facilement avec l'entrée de nouveaux associés dans le capital social. Pour quelques juristes, la société se présenterait comme un acte juridique unilatéral, soit individuel, soit collectif. L'acte unilatéral individuel est la manifestation de volonté par laquelle une personne agissant seule détermine des effets de droit. Cette analyse s'applique apparemment à l'acte unilatéral de volonté de l'entrepreneur qui constitue une société unipersonnelle.

social. Hauriou fut l'un des premiers à systématiser cette catégorie de contrats portant organisation sociale dans la durée, au service de la poursuite d'un intérêt commun, au sein de sa théorie de l'« institution »[1786]. La tendance aujourd'hui est, par le biais de la division du patrimoine, l'activité professionnelle ou l'entreprise, même non personnifiée, en appelle désormais à ses propres effets de droit[1787]. L'organisation est définie comme une association de personnes qui soumettent durablement leurs activités à la réalisation d'objectifs communs. Cette organisation est destinée à poursuivre une activité économique, c'est-à-dire une *« activité régulière participante à la production ou à la circulation des richesses* »[1788]. En 1916, M.Hauriou faisait appel à l'idée d'organisation « *qui permettra de dégager non pas une volonté collective, mais au moins une représentation valable des intérêts communs* »[1789.] Au minimum, précisait-il, « ce qui va lier les membres du groupement ce n'est pas leur accord personnel mais leur « participation à une procédure »[1790], à une activité économique, au-delà de la forme juridique choisie pour l'exercer[1791]. Selon M.Teubner[1792] : « *la personne morale serait un ordre juridique partiel, un complexe normatif rapporté à un état de fait déterminé... Dans la personnification, le complexe normatif ne serait qu'un point d'imputation* ». Cette définition s'applique, selon nous, au « centre d'intérêts ». En effet, la société est à juste titre considérée comme le cadre juridique de l'entreprise, espace *« dans lequel se développe l'activité économique d'un grand* nombre *d'individus »*[1793], dont le centre autonome de décision[1794] et la gestion sont confiés à des dirigeants qui assurent la cohérence de « l'ensemble de moyens humains et matériels »[1795]. À ce propos, il est indéniable que l'unité de direction constitue une plus grande sécurité pour les tiers qui peuvent mieux identifier la personne sur qui pèsent les responsabilités, alors que la collégialité et même la pluralité comportent des risques de dilution de responsabilité des dirigeants. Il est recommandé aussi la création de comités de nomination, de rémunération, d'audit. Ceux-ci, particulièrement le comité d'audit, devant

1786 M.HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in Aux sources du droit : le pouvoir et la liberté, Cahiers de la nouvelle journée 1926, n°23.
1787 M.DESPAX, L'entreprise et le droit, op.cit., spéc. n°368 et s. p.392 et s.
1788 M.COZIAN, A.Viandier et F.Deboissy, Droit des sociétés, 23e éd., Litec, 2010, n°17, p.11.
1789 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2e éd. 1916, p. 123 et s.
1790 ibid. p. 144
1791 J. ROCHFELD, *les grandes notions du droit privé*. 2013. p.103
1792 G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, Kluwer Editions Juridiques, Belgique, Kouterveld 2, 1831 Diegem, 1994, p. 218.
1793 F. G. TRÉBULLE, Professeur à l'Université de Caen Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur « l'entreprise citoyenne » Revue des sociétés 2006 p. 41
1794 J. PAULUSSEAU, L'entreprise, nouveaux apports, Economica, 1987, p.64
1795 B. OPPETIT et A.SAYAG, op.cit., n°41 et s., p.30 et s.

par leur indépendance assurer un contrôle du management[1796]. En l'occurrence, le devoir de diligence du dirigeant s'exprime aussi dans son obligation de surveillance dans la conduite des affaires de la société. Il ne s'agit pas d'une inspection des activités au jour le jour, mais plutôt, d'une surveillance des politiques et des affaires de la société[1797]. Malgré le silence du législateur communautaire en ce sens, il faut admettre qu'un devoir de surveillance, résultant du devoir de diligence, pèse sur les dirigeants comme c'est le cas aux États-Unis et en Angleterre. Aux États-Unis, on considère généralement que pour satisfaire à leur devoir de diligence, les dirigeants doivent exercer une surveillance sur la marche de la société[1798]. Il leur arrive pour des nécessités pratiques de déléguer une partie de leurs pouvoirs. Certes, ils ont le droit de faire confiance à leurs délégués[1799], mais, ils doivent les surveiller. Les administrateurs ne peuvent fermer les yeux devant une mauvaise gestion de la société "la sentinelle qui s'endort à son poste n'apporte rien à l'entreprise qu'elle est censée protéger »[1800]. Ils participent ainsi avec le dirigeant, chacun suivant son niveau, à la régulation et à la cohérence de l'organisation.

2. …Un contrat lié à la notion de responsabilité

450. Il s'agit donc d'un contrat consubstantiel à l'idée de l'autonomie des choix et des actions et du fait qu'on doive en assumer[1801] les conséquences[1802]. Ce qui implique que lorsque la capacité d'envisager les conséquences des actes et/ou de la capacité d'actions croît, les responsabilités croissent et même au-delà d'une simple croissance, elles peuvent même changer qualitativement pour pouvoir répondre aux nouveaux défis qui se présentent. C'est parce que toute action entraîne une conséquence et que l'homme est libre de choisir comment agir, qu'il peut être tenu responsable de ses actes. À ce propos, un groupe d'adjectifs caractérise cette responsabilité « *comme un poids, une charge. Elle peut*

1796 Supra. Titre l-ch-l-S2 - §2 délégation de pouvoirs par les organes.

1797 Les dirigeants ne sont pas tenus de vérifier les livres de la société, mais, ils doivent se familiariser avec l'état financier de la société par une revue régulière des déclarations financières. Celle-ci peut entraîner le devoir de mener des investigations plus approfondies dans les domaines révélés par lesdites déclarations.

1798 A. TUNC *op.cit*. P.131 n75

1799 MBCA paragraphed 8.30. Principles of Corporate Governance §4.02

1800 Wilkinson V. Dodd - 42 N.J.Eq. 234, 245, 7A.327 (Ch.1882) cité par Cary and Eisenberg - op.cit. 6e ed. P.502.

1801 « Assumer » est un verbe qui se rapporte exclusivement à l'engagement devant autrui, c'est-à-dire à la responsabilité. Il vient de *assumere* (latin) qui veut dire recevoir, prendre sur soi, à son compte, avec toutes les implications de ce qu'on assume. » Voir BRÉMAUD Jean-Claude, 2005, Être responsable dans un monde en mutation, Condé-surNoireau, L'harmattan, p.37 (304 p)

1802 Il faut le rappeler, l'origine du mot « responsabilité » peut être retracée à deux étymologies complémentaires : au verbe latin *spondere*, promettre, s'engager à se porter garant de quelqu'un ou de quelque chose, et *respondere,* « répondre » ou « répondre de ».

être lourde, immense, énorme, écrasante. Elle est pesante au point qu'il faille l'endosser, littéralement la porter sur son dos. C'est dire son importance sociale et la noblesse de celui qui en relève le défi. (...) C'est un fardeau, une charge que certains cherchent à alléger en exigeant la signature d'une décharge pour les aspects qu'ils estiment hors contrat »[1803]. Ce fardeau est d'autant plus lourd qu'il est requis de la société qu'elle soit soucieuse des intérêts des autres parties prenantes dans la gestion économique de ses activités, et qui assume les impacts de ces activités et en rend compte périodiquement à ses parties prenantes[1804]. Cette charge complexifiée avec élargissement de la théorie des « parties prenantes » (stakeholders par opposition aux *shareholders,* les actionnaires), l'entreprise ne devant plus avoir pour finalité unique de faire du profit, mais constitue une tentative de rendre compatibles plusieurs objectifs[1805]. Il s'y ajoute que les contextes actuels de développement des entreprises sont marqués par l'incertitude quant aux répercussions des actions sur l'environnement présent et futur.

B. La société vue comme une organisation poursuivant un intérêt collectif

451. La société commerciale est une organisation complexe qui poursuit un intérêt collectif de sorte que si l'idée d'une participation responsable de toutes les parties prenantes à la vie sociale de la société ne peut que susciter l'adhésion, il convient de s'interroger sur les modalités effectives de sa mise en pratique ; cela d'autant plus qu'elle implique pour la gouvernance de la société une démocratie véritablement participative.

1. L'adhésion à une dynamique de solidarité autour d'un intérêt collectif

452. En définissant, la Responsabilité sociétale de la société, l'analyse se situe au niveau d'un débat ancien qui tendait à la non reconnaissance d'un intérêt collectif sociétaire. Elle est créée pour poursuivre un des intérêts particuliers divergent (celui de la société et de la communauté des associés). « Il n'y a plus que l'intérêt particulier et l'intérêt général... », proclame la Loi Le Chapelier, fondatrice en France de la liberté du commerce et de l'industrie. Suivant cette loi, il n'était pas envisageable de reconnaître des intérêts collectifs. Dans ce cadre, le Professeur soulignait FARJAT qu'« à l'époque de la «

1803 BRÉMAUD Jean-Claude, 2005, Être responsable dans un monde en mutation, Condé-surNoireau, L'harmattan, p.33-34

1804Ministère des Affaires Etrangères Bureau de l'ambassadeur chargé de la bioéthique et de la responsabilité sociale des entreprises. Introduction au Guide ISO 26000 sur la responsabilité sociétale à l'usage des organisations de petite et moyenne taille.

1805 R. E. FREEMAN, Strategic management: a stakeholder approach, Pitman-Ballinger, Boston, XII, 1984, p. 276; The politics of stakeholder theory : some future directions, Business Ethics Quarterly, 1994, vol. 4, no 4, p. 409 ; Divergent stakeholder theory, Academy of Management Review, 1999, vol. 24, no 2, p. 233.

déréglementation », ou même l'intérêt général a mauvaise presse, comment admettrait-on l'existence d'intérêts collectifs ! Il n'y a que des contrats ou des groupes de contrats[1806], mais point d'institutions, point d'organisations... Et pourtant, - reprenons le mot de Galilée, et pourtant, elle tourne ... l'organisation ! »[1807]. Pour autant, nous estimons que la société commerciale peut être considérée, pour reprendre les analyses de Mme Judith Rochfeld comme « *l'instrument de la poursuite d'un intérêt collectif, commun ou composé d'intérêts différents qui convergent, au travers de l'établissement d'une structure durable* ». Elle apparait de ce point de vue comme un espace de conflit d'intérêt par excellence : tous les acteurs y ont des pouvoirs et poursuivent des objectifs divers, changeants et en partie conflictuels[1808]. Un auteur considérait à ce propos que « *l'entreprise n'est qu'un centre permanent d'arbitrage entre des intérêts antagonistes ... alors qu'on assiste à la multiplication des intérêts rattachables à l'entreprise* ».[1809] Elle est l'expression d'un intérêt collectif. Ils ajustent leurs objectifs, les modifient, acceptent compromis et compensations, tentent, selon les opportunités et leur pouvoir, de glisser un nouvel objectif même si cela exige qu'un autre accède à leur exigence. Ce dernier, naturellement, fait de même, et ainsi de suite. Cela peut aboutir à des crises aiguës par la remise en cause d'objectifs organisationnels importants par ~~les~~ certains auteurs ou groupes d'acteurs[1810]. On notera à la suite de M.J. PAILLUSSEAU que : « l'entreprise n'est pas seulement une activité. Sa création et son fonctionnement font naître des intérêts multiples : ceux de son créateur, des apporteurs de capitaux, des salariés, des créanciers, etc. Elle constitue un centre d'intérêts » poursuivant un but lucratif[1811]. « *L'entreprise se présenterait comme une collectivité économique et humaine regroupant toutes les personnes liées à l'activité économique commune. Les actionnaires apporteraient leurs capitaux, les salariés leur force de travail, les banques leurs crédits, etc. Les associés auraient leur propre intérêt commun, s'enrichir, mais comme ils ne formeraient qu'un sous-groupe d'une collectivité*

1806 B. TEYSSIE, Les groupes de contrat, LGDJ, 1975

1807 G. FARJAT, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche. RTD Civ. 2002 p.221

1808 P.MORIN, Le management et le pouvoir, les Editions d'Organisation Université, 1991, p.157

1809 R. Le Moal, Droit de concurrence, Economica, 1979.

1810 P.MORIN, op.cit, p.108

1811 Dans cette perspective, le Professeur FARJAT fera observer que : « La notion de centre d'intérêts peut être considérée au départ comme une notion de fait puisque tous ces intérêts n'ont pas une formalisation juridique unitaire, mais au contraire, une formalisation juridiquement diversifiée. Des actionnaires de nature différente au moins substantiellement, des obligataires, et puis : des contrats de travail, de fournitures, des créances nées de dommages causés par l'activité de l'entreprise, Voir J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », JCP 1986.II.14684.

plus vaste, c'est l'intérêt de l'ensemble, l'intérêt de l'entreprise, qui devrait l'emporter ». Il va s'en dire que les obligations du dirigeant sont fortement affectées par la qualité des différentes parties prenantes dans la vie de l'entreprise.

453. D'abord, elle recouvre l'intérêt de ces créateurs à travers l'acte de constitution appelé « contrat de société ». Ce contrat de société, même s'il est différent à la société, groupement disposant souvent de personnalité morale, permet à ce propos de concrétiser cette organisation. Il en est l'acte de constitution. Ce dernier est vu comme un « contrat-organisation »[1812] c'est-à-dire un contrat instituant une coopération entre deux ou plusieurs personnes, lesquelles mettent en commun quelque chose qui jusque-là leur était propre et l'emploient à une activité conjointe. Les intérêts sont donc structurellement convergents. Le contrat-organisation institue un jeu à somme positive ou négative puisque ce qui est gagné ou perdu par l'un l'est aussi par l'autre. Cette distinction permet de mettre en relief l'originalité du régime juridique du contrat de société dans les effets entre les parties ainsi qu'à l'égard des tiers. Le seul corps juridique « centralisateur » est la société »[1813] qui apparaît comme cette organisation qui centralise tous les intérêts des parties prenantes. L'appréhension de la société comme une organisation présente de nombreux inconvénients dans la définition du statut du dirigeant en consacrant autant de rapports obligatoires distincts qu'il y a de parties en présence. Or, cela nécessite véritablement une certaine cohérence des différents dispositifs applicables, à défaut d'accentuer la vulnérabilité de la fonction du dirigeant et ainsi que sa responsabilité[1814]. Il s'agit alors essentiellement de définir les responsabilités des uns et des autres et s'atteler à leur articulation en vue d'un objectif. Cela suppose aussi de débattre de l'objectif. Si en pratique cet objectif est plus ou moins imposé et que les responsabilités des uns et des autres prennent la forme des cooptations dans un système qui ne peut être remis en question, le transfert de responsabilités peut apparaître comme tout simplement une bonne excuse pour désamorcer des dynamiques de contestation des actes de gestion et de direction qui ne sont pas perçues

1812 P. DIDIER, Le consentement avec l'échange : le contrat de société, RJ com. nov. 1995, no spéc., L'échange des consentements, p. 75 ; Brèves notes sur le contrat-organisation, Mélanges F. Terré, 1999, Dalloz, p. 635)

1813 G. FARJAT, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche. RTD Civ. 2002 p.221

1814 À cet effet, si l'on s'accorde sur le postulat que le droit issu des Actes uniformes porte sur des matières à forte connotation économique, il faudra convenir que l'OHADA est un droit uniforme inachevé, il est tout à fait normal qu'on ait recours aux autres règles du droit civil, pour saisir l'ensemble des attentes éthiques prises en charge par le droit applicable aux affaires.

comme légitimes par la majorité, voire comme excuses pour réduire les responsabilités de ceux qui dominent dans le système.

2. Une diligente recherche des modalités effectives de sa mise en pratique

454. L'organe de direction ou de gestion, le dirigeant, est supposé gouverner la société commerciale pour son bien. Malheureusement sous le couvert de la préservation de l'intérêt collectif, la gestion du dirigeant peut osciller entre ordres imposés et négociés, voir tomber dans une imposition de la vision du plus fort sous une apparence de négociation et de participation. L'inscription implicite dans cette logique d'un ordre imposé qui a du mal à déléguer son pouvoir, risque de favoriser l'émergence des situations où ce qui est délégué ce sont les « responsabilités » au sens de « charges », mais non pas au sens de « capacité d'agir », d'« autonomie d'action ». Ainsi en raison des interdépendances, la responsabilité doit être divisée en « parts », chacun ayant une part de responsabilité dans une entreprise donnée. Cela est d'autant plus important que plusieurs centres d'intérêts, dépourvus de personnalité juridique,[1815] sont en jeu et ne peuvent être ignorés, à savoir spécialement celui des salariés, des « propriétaires » du capital ou des fournisseurs. M. le professeur FARJAT rappelait le principe à savoir que « l'entreprise est d'abord la « propriété » des actionnaires qui la contrôlent, mais, même eux, qui ont la maîtrise des mécanismes sociétaires, ont intérêt à une prise en compte de l'entité économique entreprise. Par ailleurs, il n'est plus possible d'ignorer les intérêts des actionnaires baptisés « minoritaires » qui constituent l'essentiel de l'investissement, alors qu'ils sont devenus puissants (les fonds de pension anglo-saxons), les intérêts des salariés (même si le travail est devenu un élément méprisé par rapport au capital), les intérêts des créanciers, voire des citoyens ordinaires (l'entreprise « citoyenne »). Tout comme la famille, et, peut-être, plus qu'elle à l'époque de la victoire absolue du capitalisme marchand, l'entreprise est le lieu d'une multitude d'intérêts considérables pour les sujets de droit[1816] ». L'obligation de diligence traitée jusqu'ici crée des attentes ou appelle des actions de la part du dirigeant, en vertu des conceptions institutionnelles et contractuelles

1815 « On peut considérer qu'ils n'accèdent pas à la personnalité juridique faute, éventuellement, d'un temps d'existence suffisant, de solidarité établie, d'intérêt commun évident, de participation à un processus décisionnel, et donc de la volonté des participants ». Ils répondent de la temporalité des contrats, de leur exécution. Voir G. FARJAT, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche. RTD Civ. 2002 p.221

1816 V. notamment G. FARJAT, Les « sujets » de l'entreprise, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, in Mélanges Champaud, Dalloz, 1997

de la société. Elle suppose comme toute autre obligation[1817], un droit dont les parties prenantes sont la plupart du temps les bénéficiaires. C'est la « face cachée »[1818] des droits qui sont supposés garantir la liberté des parties. Cela pose la question de la détermination de la fonction de l'obligation de diligence.

SECTION-II. De la détermination de la fonction de l'obligation de diligence du dirigeant sociétal

455. Étant donné que la responsabilité des personnes morales est une responsabilité par représentation[1819], la diligence du dirigeant apparait alors comme une contrainte, qui se veut inhérente à la direction légale de la société parce que liée à la finalité du pouvoir de gestion ou au caractère institutionnel de la société. Les contraintes qu'elle impose sont des obligations ou encore des « devoirs »[1820] qui le mettent en relation avec les parties prenantes[1821] (§1). Sa diligence est d'autant plus exigée que le principe de la responsabilité du fait personnel de la personne morale est le fait de ses organes ou représentant. Il doit, dans sa médiation, avoir le souci de la société commerciale, de sa protection (§2).

§ 1. L'aptitude reconnue au dirigeant d'agir au nom et pour le compte de cette société

456. Le dirigeant a une responsabilité fonctionnelle qui habilite à prendre des actes organisant précisément des échanges économiques, les actes et faits pris devenant de *facto*, le lieu d'inscription de son pouvoir. (A) Il est donc naturel qu'une obligation s'impose à la personne[1822] qui dispose d'une aptitude à la faire respecter et, ainsi, à réguler le danger, d'autant qu'elle constitue la structure d'organisation de l'activité (B).

1817 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, pp. 170 & s. (p. 157)

1818 OST François & VAN DROOGHENBROECK Sébastien, 2004, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », BRIBOSIA Emmanuelle & HENNEBEL Ludovic, Classer les droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 398 p (87-133)

1819 SAINT-PAU J.CH., « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », *in Le risque pénal dans l'entreprise*, Carré droit, Lexis Nexis, 2003.

1820 Cf. Lamy sociétés commerciales 2004, n° 631 et s ; BEZARD, "La compétence et le devoir des dirigeants sociaux en droit français", Journées de la société de législation comparée, 1988, p. 519.

1821 Ces obligations imposent au dirigeant de fait ou de droit et/ou leur interdisent d'accomplir certains actes ou encore de remplir certaines fonctions dans la gestion de la société. Leur existence est la contrepartie des pouvoirs réellement exercés dans la gestion de la société, peu importe que ceux-ci aient été régulièrement attribués à la personne qui les met en œuvre ou que celle-ci les ait usurpés.

1822 J.Ch. SAINT-PAU, « L'identification de la personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant », », La responsabilité pénale de la personne morale, enjeux et avenir, L'harmattan, 2015, p.12

A. L'acte unilatéral et le contrat avec les parties prenantes, lieux d'inscription du pouvoir du dirigeant

457. Avec la RSE se pose le problème crucial de la construction des rapports de force entre ces différentes parties prenantes, de leur mobilisation en tant que contre-pouvoirs et de la construction d'espaces de négociation. Il y apparaît qu'autant le contrat et même la prise d'acte unilatéral constitue une source juridique du pouvoir du dirigeant, autant ils en constituent une limite, une source d'obligations structurantes.

1. Du contrat, source juridique du pouvoir du dirigeant …

458. Le contrat renvoie une image d'égalité et de commun accord. Le pouvoir est inégalité et unilatéralisme. Georges Ripert, dont on sait l'attachement à la figure traditionnelle du contrat, reconnaissait : « l'égalité n'existe jamais entre contractants »[1823]. À ce titre, et dans la mesure où dans la théorie économique classique, les dirigeants exécutifs de l'entreprise ont pour seul rôle d'assurer la profitabilité maximale des capitaux investis par les actionnaires. On ne devrait pas de ce point de vue condamner le dirigeant pour avoir usé d'un moyen hors des règles ordinaires ou éthiques pour faire des « affaires » ou fonder un réseau profitable dan l'unique objectif de mettre en œuvre cette injonction, satisfaire au mieux les actionnaires. Ce qui est à désirer, c'est que si le fait l'accuse, le résultat l'excuse. Il s'agit là du modèle de la primauté de la valeur pour l'actionnaire, promu par l'OHADA.

459. En effet, le dirigeant, représentant ou organe d'exécution des contrats pour le compte de la société, est investi d'un pouvoir de représentation dans la passation d'un ou de plusieurs actes juridiques bilatéraux – voire multilatéraux – ou unilatéraux. En effet, le dirigeant social est donc fonctionnellement investi des pouvoirs de gestion de la société. Il a en droit positif, le devoir de réaliser des actes de gestion interne et externe de la société : organisation du fonctionnement de l'exploitation, gestion du personnel et des ressources patrimoniales de la société, représentation de la société auprès des tiers. La représentation et la direction de la société induisent donc le pouvoir d'agir au nom et pour le compte de la société commerciale. Le contrat[1824](par exemple, vente, bail, fourniture de biens ou de services[1825], prêt, etc.), ou les actes juridiques unilatéraux (comme, par exemple, opérer un paiement, recevoir un paiement, renoncer à un droit, notifier un congé, etc.) constituent ainsi, les outils par excellence qui offrent à la société commerciale la possibilité de passer,

1823 G. Ripert, Les forces créatrices du droit, LGDJ 1955, p. 272.

1824 J. ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé, PUF, 2013, p.412

1825 J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », Rev.d'éco.ind.2000, p.81 ; R.Sacco, Dictionnaire, « Contrat », Rev.eur.dr.privé.1999,n°2,p.237

par le biais d'un représentant, différentes variétés d'opérations juridiques en son nom et pour son compte. Ils apparaissent comme lieu d'expression de son pouvoir de représentation qui répond à des enjeux de gestion pour l'entreprise, du point de vue. En effet, l'intention de créer des droits ou des obligations au profit ou à la charge du représenté ne peut être efficace qu'autant que la volonté du représentant dispose du moyen de surmonter l'obstacle que dresse devant elle le principe de l'indépendance des personnes (autonomie de la volonté : « *Solus consensus obligat*», ce qui explique que « *volenti non fit injuria* »). Ce moyen, c'est le pouvoir de représenter, lequel peut avoir deux séries de sources[1826]. La représentation volontaire dépasse largement le cadre strict du mandat, de sorte qu'il soit erroné de tenir pour synonymes les notions de mandat et de représentation (cette lacune pouvant être reprochée aux rédacteurs du COCC et de l'AUDCG puisque ceux-ci semblent assimiler les notions de « mandat » et de « représentation »[1827] posant les « dispositions communes » aux intermédiaires du commerce. Si la représentation est sûrement consubstantielle au mandat (quoi que puisse en dire ou écrire une certaine doctrine qui conçoit des « mandats sans représentation »), l'inverse n'est pas nécessairement vrai car, il y a des cas de représentation sans véritable contrat de mandat préalable. Le statut du dirigeant en constitue une parfaite illustration. Il s'approche du représentant qui peut encore tenir son habilitation de la loi, auquel cas l'on parle de représentation légale. Les prérogatives inhérentes au pouvoir de gestion de la société ne doivent pas être exercées dans un but autre que celui pour lequel elles existent, c'est-à-dire l'intérêt de la société. Cette dernière sert de point d'ancrage aux contrats et aux droits de propriété utilisés dans l'entreprise. Son pouvoir de direction ne doit, toutefois, pas être apprécié par rapport aux statuts, puisqu'ils sont inopposables aux tiers[1828], mais par rapport à la loi qui confie aux dirigeants sociaux, les plus larges pouvoirs[1829]. Ainsi, l'obligation de diriger la société présente un caractère large conforme à l'étendue du pouvoir de gestion. Elle se déduit des règles par lesquelles le législateur sanctionne le dirigeant pour l'inexécution ou la mauvaise exécution des fonctions générales de gestion de la société. La représentation qu'il assure est « un mécanisme juridique par lequel une personne, le représentant, agit en lieu et place d'une autre personne, le représenté, en vertu des pouvoirs qu'elle tient de la loi, du juge ou d'une convention. Le pouvoir de représentation de la

1826 Art. 49 du COCC

1827 Art.s 49 et suiv. du COCC et Art.s 137 et suiv. de l'AUDCG

1828 C. civ., art. 1849, al. 3 (les sociétés civiles), C. com., L. 223-18 (SARL) et L. 225-56 (SA).

1829 Dans les SA et les SARL, la loi précise que le dirigeant a les pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (C. com., art. L. 223-18 et L. 255-56).

société est l'aptitude reconnue à une personne de s'exprimer et d'agir auprès des tiers, au nom et pour le compte de cette société. La question est de savoir si le pouvoir de représentation peut légalement être exercé par tous les dirigeants ou si, au contraire, il est limité à certains d'entre eux[1830]. Le pouvoir de représentation au sens strict « présente un aspect purement formel, puisqu'il permet d'exécuter les décisions prises par les organes de gestion »[1831]. Le pouvoir de représentation de la société constitue l'expression, par une autre personne, de la volonté de cette société auprès des tiers alors que le pouvoir de direction induit un pouvoir général de décision dans la conduite des affaires d'une société. Mais *stricto sensu*, représentation et direction de la société constituent aussi deux aspects du pouvoir de gestion. Elles forment ensemble le pouvoir que le législateur reconnaît généralement à la personne appelée dirigeant social. En France, des dispositions du Code de commerce relatives aux dirigeants sociaux accréditent l'idée que tous sont aptes à réaliser tous les actes de direction, même les actes de représentation de la société. Aussi, une partie de la doctrine a-t-elle contesté la séparation entre le pouvoir de direction et le pouvoir de représentation. P. DIDIER résume la situation en énonçant : « en cas de crise, c'est la conception hiérarchique qui, juridiquement, permet de trancher le conflit »[1832]. Il peut aussi la tenir d'une décision de justice, auquel cas la représentation est dite judiciaire. Dans ces deux cas de figure[1833] la source du pouvoir de représentation ne réside plus dans la volonté du représenté, mais plutôt dans celle des « institutions », même si ces dernières ont en point de mire, le plus souvent, la défense des intérêts du représenté. Dans cette perspective, le dirigeant restant mu par des motivations uniquement économiques, sa latitude discrétionnaire ne doit donc être mobilisée que dans ce but. Elle ne doit, en aucun cas, conduire à la réduction des profits ou à leur non-distribution dans le but d'en faire bénéficier la communauté, rendant secondaires les profits des actionnaires. La poursuite d'intérêts autres que ceux des actionnaires est vue comme une mauvaise utilisation de leur

1830 Sur la représentation : CHUNG-WU CHEN, Apparence et représentation en droit positif français, L.G.D.J., 2000, préf. J. GHESTIN ; E. GAILLARD, La représentation et ses idéologies en droit privé français ; Ph. DIDIER, De la représentation en droit privé, thèse multigr. Paris II, 1997. Concrètement, le dirigeant social engage la société par sa signature apposée sur des documents destinés à être présentés à l'extérieur

1831 Cf. G. MARTIN, La représentation des sociétés commerciales par leurs organes, thèse Nancy, 1977, p. 8 à 11.

1832 P. DIDIER, *Une définition de l'entreprise, Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Études offertes à P. Catala, 2001, Litec, p. 850.

1833 Art. 49 du COCC

propriété »[1834]. Pour autant, dans la mesure où la société commerciale est l'agrégat de personnes dont les jeux de libre choix structurent la main invisible du marché, les contrats explicites et implicites qui établissent les modalités de fourniture et d'agencement des ressources amenées par les actionnaires, les créanciers, les employés pris à dans ce cadre, s'imposent au dirigeant.

2. …A la supériorité juridique du contrat sur le pouvoir du dirigeant

460. L'exercice du pouvoir de représentation par le dirigeant permet de construire avec ses interlocuteurs une relation équilibrée, inscrite dans la confiance et donc, dans le temps. La création de valeur passe par une reconnaissance utilitariste des intérêts des parties prenantes dans le cadre d'une double dépendance, celle de l'entreprise vis-à-vis d'acteurs dont les ressources et le soutien influencent son existence, voire sa survie, l'autre d'acteurs vis-à-vis de l'entreprise qui les affecte par ses activités ou ses décisions, et influence leur existence et la réalisation de leurs intérêts.

En ce sens, la diligence du dirigeant social peut se mesurer dans la capacité de l'entreprise à créer et maintenir des avantages compétitifs à long terme, c'est-à-dire la possibilité de pouvoir dégager une rentabilité supérieure au coût du capital sur son actif économique. Sa gestion s'inscrira alors dans la durabilité[1835]. En ce sens, un auteur considère que « *son adaptabilité, sa capacité à tirer parti le plus intelligemment possible de son écosystème, tant il est vrai que le développement des entreprises passe par une perméabilité croissante de ses frontières avec des partenaires dans une logique de « coopétition ». La « coopétition » apparait ici comme « collaboration opportuniste entre différents acteurs économiques qui, par ailleurs, sont des compétiteurs* » »[1836]. Sur cette base, les entreprises doivent définir les politiques ou les initiatives qui contribuent le plus fortement aux avantages compétitifs qu'elles veulent créer, ou qui sont les plus protectrices de leur business model. C'est d'autant plus vrai que « *Lorsqu'une entreprise se lance dans la RSE de manière prospective, elle le fait parce que cela revêt un sens économique et que semblable activité peut renforcer la "valeur" (qui peut être définie comme un accroissement des perspectives de succès pour l'entreprise et comprend les profits, la*

1834 MERCIER Samuel, 2006, *Aux origines de la stakeholder theory : 1916-1950*, actes du 1er congrès du RIODD, atelier 1D, 7 décembre 2006. p. 8-9

1835 "La création de valeur dans une économie connectée" paru en septembre 1998 dans la Revue Analyse Financière).

1836 http://fr.wikipedia.org/wiki/Coop%C3%A9tition. Voir. La dynamique des stratégies de coopétition, Giovanni Battista Dagnino [archive], Revue française de gestion 7/2007 (n° 176), p. 87-98, DOI : 10.3166/rfg.176.87-98 (

réputation, l'image de marque, etc.) et le plus fréquemment aussi parce que cela renforcera sa position sur le marché. Il est donc nécessaire que la RSE "ajoute" quelque chose à l'activité économique et, soit renforcé, soit protège cette valeur et la position de l'entreprise[1837] ». Cette situation implique donc un management qui reconnaisse et identifie les groupes sociaux dont dépend l'organisation, ajuste ses actions à leurs demandes, gère les contre-pouvoirs et tente de les influencer afin de réduire les incertitudes ».[1838] Ainsi, dans la limite apportée à la liberté contractuelle[1839], le dirigeant devra être diligent dans la détermination des prestations contractuelles, c'est-à-dire la matière des droits et des obligations créés par le contrat qui doit être licite, possible[1840] et existant. C'est son pouvoir de créer des liens de droits qui engagent la société commerciale. En ce cas, la détermination de l'objet comme son existence n'appelle aucune interrogation éthique, à moins qu'il soit prouvé une volonté de tromper. C'est essentiellement dans la détermination de la licéité de la chose que les préoccupations éthiques sont plus perceptibles. Même si la liberté et la volonté des parties constituent le socle des contrats au regard des dispositions de l'article 257 du COCC[1841], d'emblée, le législateur pose le principe selon lequel : « Libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalités, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public ou aux bonnes mœurs »[1842]. À cet effet, le droit pour les contractants d'initier et d'organiser librement leur contrat ne s'exerce que dans les limites posées par l'ordre public ou les bonnes mœurs. L'ordre public apparaît comme une variété particulière et suprême des règles impératives. M. François Terre relèvera dans cette optique que « parmi les règles impératives – qu'elles résultent de textes législatifs ou réglementaires – il en est dont la force contraignante est particulièrement accusée : ce sont

1837 OIE, 2005, *Le Rôle des entreprises au sein de la société*, prise de position de l'OIE adoptée par le conseil général en mai 2005, document joint au dossier de la conférence-débat organisée par l'ORSE le 21 février 2007, p. 7.

1838 CAPRON M.& QUAIREL-LANOIZELÉE. F, *La Responsabilité sociale des entreprises*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2007, p. 33-34.

1839 l'Art. 73 « l'objet du contrat est fixé par la volonté des parties dans les limites apportées à la liberté contractuelle », l'Art. 6 du Code civil dispose qu': « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs l'Art. 73 « l'objet du contrat est fixé par la volonté des parties dans les limites apportées à la liberté contractuelle », l'Art. 6 du Code civil dispose qu': « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs

1840« La prestation promise doit être possible et porter sur des choses qui sont dans le commerce. Elle doit être déterminée ou déterminable quant à son espèce et à sa quotité. Elle peut porter sur des choses futures. » (Art. 74 COCC).

1841 Art. 257 du COCC, « Les règles applicables aux différents contrats résultent de la convention des parties, de la loi et des usages ».

1842 ART. 42 Liberté de contracter

les règles d'ordre public. (...) Si toutes les lois d'ordre public sont nécessairement des lois impératives, toutes les lois impératives ne sont pas nécessairement des lois d'ordre public»[1843]. L'objet du contrat doit aussi être conforme aux bonnes meurs, c'est-à-dire ce qui est considéré comme moral à un moment donné. Si les parties concluent ainsi un contrat créateur d'obligations, c'est pour réaliser une opération juridique, vente, prêt, etc., celle-ci doit être licite, non contraire aux lois.

461. En conséquence, comme la société commerciale doit respecter les intérêts des parties prenantes, cela remet, quelque peu, en exergue les exigences contractuelles qui tendraient à limiter les pouvoirs du dirigeant. Ainsi, même si le contrat se veut un instrument de discipline, mais surtout de pouvoir au profit du dirigeant qui entend créer des liens de droit qui l'unissent à des parties prenantes et par lequel la société ou les parties prenantes s'obligent envers une autre à faire (ou à ne pas faire) ou à donner. L'approche d'appréhension des rapports entre le dirigeant et certaines parties prenantes est difficile à extraire du cadre contractuel. Le contrat est le reflet du mode de relation sociale propre à une société. La RSE constitue une démarche essentiellement éthique qui appelle concrètement la prise en charge des inégalités entre parties[1844]. Analyser sous l'angle du respect des intérêts des parties prenantes à la vie de la société commerciale, il est intéressant de relever quelques tendances de remise en cause de la tyrannie de la loi des parties et le rééquilibrage des rapports entre parties. En effet, faisant fi de la tyrannie de la loi des parties, certaines dispositions légales ne cessent de briser cette clôture en fondant notamment[1845], le « caractère économiquement faible d'une partie », le « caractère léonin » d'une clause, la circonstance qu'elle heurterait violemment le sens de la justice »,

1843 F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 7e éd., n° 494, p. 402). « Ainsi, si les lois impératives protègent toutes un intérêt public ou privé essentiel pour l'ordre social, les lois d'ordre public concernent un intérêt renforcé. (...) Les lois d'ordre public sont celles qui touchent aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou qui fixent, dans le droit privé, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose la société. Elles concernent en particulier les libertés civiques et individuelles, l'organisation politique et juridictionnelle, le droit de la famille, la protection de la propriété, certaines règles successorales, certaines matières économiques et sociales... », V. J.-L. Bergel, Méthodologie juridique, Puf, 2001, p. 184-185.

1844 Elle appelle des nuances dans la proclamation de l'égalité abstraite et juridique des parties. En principe, la loi et le juge doivent pallier les déséquilibres du contrat dès lors que l'une des contractants n'a pas été à même de défendre librement et rationnellement son intérêt. Le contrat n'a plus les mêmes raisons d'être intangible. La remise en cause de l'égalité abstraite des contractants a procédé dans deux types d'évolution et de constat : l'admission de la réalité des inégalités de fait et la diffusion du phénomène des contrats conclus par adhésion.

1845 P. MARTENS, *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*. Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège. éd. Larcier. 2003

l'existence de l'ordre public virtuelle de protection, l'abus de la faiblesse, de l'ignorance des besoins[1846].

B. L'obligation du dirigeant sociétal de « Bien faire en faisant le bien » aux parties prenantes.

462. Loin des objections de certains acteurs qui s'exclamaient : « Mais qu'est-ce que cela a à voir avec les affaires ?! »[1847], on serait tenté de répondre que la diligence du dirigeant à faire du profit n'est nullement incompatible avec les initiatives tendant à faire du « bien » aux parties prenantes[1848]. Toutefois, cela reste plus facile à dire qu'à faire parce que, bien que le droit soit suffisamment pertinent pour prendre en charge le « bien » à la fois de la société commerciale que celui des parties prenantes (2), l'indétermination des éléments constitutifs dudit bien peut limiter la diligence du dirigeant (2).

1. Une diligence limitée par l'indétermination de la nature du « bien »

463. Alors qu'il conviendrait de mieux définir la responsabilité du dirigeant, l'expression « bien » conserve toute sa connotation « ambiguë » faisant notamment référence aux actes ou comportements du dirigeant conformément à la dignité de sa fonction. Le pouvoir de direction en ce sens a pour finalité la satisfaction de l'objet social et l'intérêt social. Au sein de la société ce n'est pas l'affrontement des parties prenantes qui doit être le principe organisateur mais la juste relation des personnes, en fonction de leur rôle au service de tous et donc de l'entreprise. Dans ce cadre, le dirigeant sociétal - c'est-à-dire tout dirigeant qui répond aux préceptes de la raison naturelle et de la RSE - détient une autorité. Cette autorité est légitime quand elle sert l'intérêt commun, en favorisant la prospérité des associés et des autres parties prenantes et en observant les lois de la justice distributive[1849]**.** En ce sens, un dirigeant est considéré avoir agi avec diligence s'il a exercé le degré de soin, de diligence et de compétence qu'une personne raisonnablement prudente aurait démontré

1846 Voir les examens de jurisprudences publiées dans le E.C.J.B., en 1953, 1956, 1960, 1969, 1975 et 1986

1847 http://orchango.com/le-canada-fan-du-doing-well-by-doing-good/

1848 Il s'agit du « *doing well while doing good* » Autrement dit, en français : « *Bien faire en faisant le bien* », d'après la formule de Laurence L. Embley (1992) ou : « *Les entreprises font le bien pour leur bien* », selon la formule de Joseph Stiglitz (2003) rapportée par QUAIREL Françoise, 2008, *La RSE est-elle soluble dans la concurrence ? Proposition d'un nouveau cadre pour analyser la RSE en situation concurrentielle*, communication au 3e congrès du RIODD, Lyon, 5-6 juin 2008.p. 20.

1849 Le critère de la justice distributive est « à chacun selon son dû ». Ainsi les parties prenantes doivent-ils apporter leur part à la masse de biens communs et le dirigeant doit-il faire en sorte que chacun reçoive une part convenable des biens que chacun a procuré à la société commerciale.

dans des circonstances comparables. La norme est dite « objective » parce qu'un dirigeant social doit faire preuve du soin et de la compétence que l'on pourrait raisonnablement attendre d'une personne ordinaire dans les mêmes circonstances. C'est dans cette perspective que la gestion de la société, de son patrimoine ne doit pas porter préjudice aux droits des créanciers. Ce patrimoine est le gage des créanciers[1850]. Il doit également veiller d'une part à faire du bien pour la société qu'il dirige, cela en faisant du profit et d'autre part faire du bien aux parties prenantes ».

464. Le profit est ce qui revient aux actionnaires d'une entreprise après toutes les dépenses, intérêts et impôts. Il ne doit pas créer des déséquilibres dans l'entreprise où doit régner un climat social harmonieux ; les tensions sociales ayant de mauvaises répercussions sur la rentabilité de l'entreprise[1851]. Il peut servir à réinvestir dans l'entreprise pour améliorer les profits futurs ou à verser des dividendes. La valeur d'une entreprise repose essentiellement sur les profits ; sans eux l'entreprise ne vaut que la valeur liquidative de ses actifs. Ce profit n'est pas incompatible avec le bien des parties prenantes. Il ne peut exister, dans un marché concurrentiel, que si les producteurs satisfont leurs consommateurs. Il s'y ajoute que si une entreprise se met à perdre des parts de marché aux mains d'un compétiteur, elle ajustera le tir et s'assurera de récupérer ses clients en améliorant son produit ou en réduisant le prix pour qu'il plaise davantage aux consommateurs.

465. Si un bien est produit en quantité insuffisante, les producteurs pourront augmenter leurs prix et ainsi faire de plus gros profits. Cependant, cette situation ne durera pas longtemps puisque les prix élevés inciteront à produire davantage et attireront de nouveaux concurrents sur le marché. Pour le dirigeant, donc le profit reste le bien par excellence pour la société. Cela dit, cette profitabilité ne doit pas nuire aux parties prenantes. Cela pousse M. Philippe Robert-Demontrond a estimé que « l'impératif de profitabilité, comme rémunération du risque pris par les actionnaires en investissant dans le capital d'une entreprise, contraint celle-ci à réduire autant que possible les coûts de production, à les éviter au maximum en les répercutant sur des tiers. En d'autres termes, l'entreprise tend spontanément à ne pas assumer les dommages qu'elle crée par son activité même. Les coûts ainsi externalisés sont supportés par la société plutôt qu'incorporés par l'entreprise dans le prix de ses produits. […] Parce que ces entreprises ne sont pas pénalisées par les

1850 Ce n'est pas le capital lui-même qui constitue le gage des créanciers, mais les biens qui représentent ce capital social.

1851 Les dirigeants sociaux sont malheureusement souvent impuissants car l'entreprise est une caisse de résonnance de notre société : quand l'environnement va mal, cela se répercute sur l'entreprise.

marchés pour les nuisances, les externalités négatives qu'elles font supporter à la collectivité. – pollutions, atteintes aux ressources naturelles, violations des droits sociaux fondamentaux, etc. –, celles-ci peuvent croître en impactant constamment plus négativement, insidieusement, le bien commun[1852] ».

2. …La vocation édulcorée du droit à satisfaire aux biens des autres parties prenantes

466. Comme le rappelle l'OCDE, « *la première obligation des entreprises est de se conformer au droit interne*[1853]». Dans le cas contraire, c'est aux États de sanctionner les violations et d'assurer des possibilités de recours aux éventuelles victimes. Le respect du droit reste opposable en principe aux parties prenantes. On peut se demander si une société commerciale qui ne fait pas de mal et qui respecte la loi fait nécessairement le bien. On pourrait dire qu'une telle entreprise se conforme à la loi. Elle serait acteurs économiques manquant à leur devoir de diligence ou coupables de violation ; cela conformément au Préambule de la Déclaration des droits de l'homme suivant lequel: « […] *tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent […] de développer le respect de ces droits et libertés* » ; article 30 : « *Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant, pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés.* »[1854].

467. La grande difficulté consiste à responsabiliser le dirigeant au-delà du respect du droit. Dans cette perspective, donc dans un état de conformité, ce qui est en général considéré comme insuffisant du point de vue de la responsabilité sociétale. Il reste à savoir si le dirigeant a une obligation de diligence à l'égard des tiers aux contrats, étant donné qu'en matière de contrat, le principe de relativité est de rigueur[1855]. Autrement dit, c'est, sous couvert d'opposabilité du contrat, porter directement atteinte au principe de l'effet relatif

1852 ROBERT-DEMONTROND Philippe, « L'encastrement stratégique des droits de l'homme : perspectives sur l'instrumentalisation managériale d'un instrument de régulation des politiques managériales », 2008, p. 47-65, *in* Meyer-Bisch P., Friboulet J.-J. & Davoine E., *L'Effectivité des normes sociales internationales dans l'activité économique*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ Schulthess , p. 48 & 49.

1853 Commentaire 6. (Concernant les principes généraux) des Principes directeurs à l'intention des multinationales.

1854 Voir annexe 5 Déclaration universelle des droits de l'homme.

1855 Des professeurs François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE relèvent que « permettre à un tiers d'invoquer la faute contractuelle du débiteur, c'est en effet lui permettre de réclamer à son profit le bénéfice d'un contrat auquel il n'est pourtant pas partie.

des contrats[1856]. Seulement, il ne s'agira pas pour le tiers d'invoquer « une faute contractuelle », mais plutôt une violation du devoir de ne pas nuire à autrui. Celle-ci peut coïncider avec la méconnaissance d'une obligation contractuelle[1857] du dirigeant social envers la société ou envers un cocontractant et avoir une nature délictuelle. Puis, à quelques exceptions près, les chambres civiles et la chambre commerciale ont adopté des positions contraires. La chambre commerciale décide qu'un tiers au contrat ne peut obtenir réparation du préjudice causé par l'inexécution d'un contrat que dans la mesure où il prouve la violation par le débiteur d'un manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui, et donc une faute délictuelle[1858]. Dans un arrêt du 18 juillet 2000, la Cour de cassation a décidé sous le double visa des articles 1165 et 1382 du Code civil que « les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve »[1859]. Nous estimons que la responsabilité sociale de la société commerciale pourrait permettre une remise en cause du principe de relativité. Ainsi, à la suite de certains auteurs qui considèrent que l'inexécution ou la mauvaise exécution contractuelle représente aussi la violation du devoir de ne pas nuire à autrui, cela peut justifier les actions en responsabilité des tiers. Madame Geneviève VINEY estime à ce propos que, « dès lors qu'un manquement contractuel est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, les éléments de la responsabilité se trouvent réunis, le manquement contractuel étant en soi un fait illicite »[1860]. Pour certains auteurs, « le fait même que le tiers ait subi un dommage en conséquence du manquement contractuel paraît bien impliquer une violation du devoir de ne pas nuire à autrui au sens de l'article 1382

1856 F. TERRE, Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, Droit civil, Les obligations, 9e éd., Précis Dalloz, 2005, no 495 ; adde, J. HUET, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité), Thèse Paris II, 1978, no 498 ; M. BACACHE-GIBELLI, La relativité des conventions et les groupes de contrats, thèse Paris II, 1996, nos 88 et s.

1857 Lui reconnaître une nature contractuelle reviendrait à restreindre son champ d'application aux parties au contrat.

1858 En ce sens, Cass. com., 17 juin 1997, RTD civ. 1998, 113, obs. P. JOURDAIN ; 2 avr. 1996, Bull. civ. IV, no 101; JCP G 1996. IV. 1297; Cass. com., 8 oct. 2002, JCP G 2003.I. 152, no 3, chron. G. VINEY: cassation au visa de l'Art. 1382 du Code civil, d'un arrêt au motif « qu'un tiers à un contrat ne peut obtenir, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, réparation d'un des cocontractants que s'il démontre que celui-ci lui a causé un dommage en manquant à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui ».

1859Cass. civ. 1re, 18 juill. 2000, RTD civ. 2001, 146, obs. P. JOURDAIN. Position réaffirmée le 18 mai 2004 : « la faute commise dans l'exécution du contrat est susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de son auteur à l'égard des tiers à ce contrat ». Cf. Cass. civ. 1re, 18 mai 2004, Bull. civ. I, no 141 ; Contrats, conc. consom. 2004, comm. 121, note L. LEVENEUR; RTD civ. 2004, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Au préalable, V. Cass. civ. 1re, 15 décembre 1998, RTD civ. 1999, 623 ;

1860 G. VINEY, note sous Cass. Ass. plén., 6 oct. 2006, D. 2006, jur., p. 2825.

»[1861]. En vertu de cette opinion, le dirigeant social qui, à l'occasion d'un contrat, méconnaît ses obligations contractuelles et cause un dommage aux tiers, a violé l'article 118[1862]. Il semble en résulter une atténuation de la portée de la distinction traditionnelle entre les notions de « parties » et de « tiers » (distinction dont certains auteurs proposent la relecture[1863]). Ainsi, donc le pouvoir émanant de l'objet social ne doit pas être traité comme une fin en soi, mais, comme un moyen au service de la « justice », laquelle est tournée vers la satisfaction des intérêts divergents de la société.

§ 2. La fonction de protection de la personnalité juridique de la société commerciale.

468. On explique bien souvent que ce recours à la personnalité juridique tient à des raisons d'opportunité. Il s'agira en matière sociétale d'une part de ne pas faire obstacle à l'invocation de droits de la personnalité, attributs de la personne humaine, qui ne font pas partie de son patrimoine ; appelant ainsi une diversification des approches d'appréciation des finalités de la société ; et d'autre part de porter une attention particulière au patrimoine de la société dont la conception a tendance à être étendue à d'autres domaines relevant a priori des droits de la personnalité.

A. Le défi sociétal de la reconnaissance de droits de la personnalité aux sociétés commerciales

469. On estime que le droit de la personnalité permet à celui qui subit une atteinte illicite à ses intérêts personnels de faire appel au juge pour obtenir la cessation de l'atteinte, le cas échéant, la réparation de son dommage. Le droit de la personnalité se distingue tout d'abord par sa nature du droit des délits contre l'honneur, lequel relève du droit pénal[1864].

1861 Y. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 12e éd., Sirey, 2007, no 183.

1862 Ainsi, il est possible de noter que les faits imputables au dirigeant social relèvent du champ d'application de l'Art. 118 COCC et 1382 du Code civil qui pose les principes de la responsabilité civile délictuelle.

1863 J. GHESTIN, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, RTDCiv. 1994.777 s.; J.-L. Aubert, art. préc. ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif, RTDCiv. 1994, p. 275 s

1864 Le but du droit pénal est de sanctionner les comportements contraires à l'ordre social, le rôle du juge n'étant pas d'arbitrer, mais de punir par une peine privative de liberté ou une amende ceux qui auront contrevenu aux règles qu'il pose.

L'accent pourrait être mis sur la protection de l'intégrité morale, la protection de l'intégrité physique étant impossible en raison du caractère abstrait de la société commerciale. À ce propos, la notion de personnalité morale saisie sous le prisme contesté de la RSE, exprime à la fois une réalité sociale (une collectivité humaine) et un statut juridique (le sujet de droit) qui mérite une protection. L'extension de son bénéfice au profit d'entités abstraites ne s'impose pas d'évidence et entraine une réelle transmutation des libertés des associés en droit fondamentaux (1), évolution qui a vocation à influer les missions du dirigeant ; et permettre une meilleure protection contre les atteintes à l'activité lucrative du dirigeant. Les deux objectifs sont complémentaires (2).

1. La transmutation des libertés collectives des membres associés en droits fondamentaux au profit de la société

470. L'expression des libertés collectives des associés a pour véritable enjeu, celui de permettre l'accès à la qualité de sujet de droit, ayant vocation à être titulaire de droits fondamentaux. Les grands arrêts qui ont jalonné l'affirmation puis l'affermissement de la protection des droits fondamentaux des sociétés commerciales sont principalement européens[1865]. Et comme le souligne un auteur, le débat se cristallise aujourd'hui autour des droits qui sont souvent présentés comme dérivant du droit au respect de la vie privée, à savoir le droit à la protection des secrets d'affaires[1866] et des locaux[1867] mais aussi plus généralement sur la reconnaissance du bénéfice des droits de la personnalité aux personnes morales. Ainsi depuis quelques années, l'enthousiasme relatif à la reconnaissance au profit des personnes morales de droits fondamentaux, succède, même si c'est difficile, aux critiques récurrentes, au scepticisme sur leurs bienfaits. Contrairement à une opinion hostile tendant à dénoncer une « dérive technicienne et utilitariste du droit »[1868], une telle

1865 Voir l'Art. premier du protocole 1er de la Conv. EDH qui contienne une affirmation explicite en ce sens et le CJUE, 17 décembre 1970, internationale handelsgesellschaft, n°11/70; 14 mai 1974, nold, n°4/73

1866 CJCE, 14 Février 2008, Varec / Belgique, C-450/06 ; Cass. Soc., 5 Mars 2008, Soc. Tns Secodip, Bull. V, N°55.

1867 CEDH, 16 Avril 2002, Soc. Colas / France, Rec. 2002-III ; CE Sect., 6 Novembre 2009, Soc. Inter-Confort, N°304300, Cass. Com., 12 Octobre 2010, Soc. Alternance, N°09-70740.

1868 Des auteurs comme Mme Véronique Wester-Ouisse, Bernard Edelman et Grégoire Loiseau ont exprimé une hostilité à l'égard d'une telle solution, Voir Wester-Ouisse, « dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », *JCP* 2009,I, 137. De la même auteure, « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », *JCP* 2009,I,121), la « marchandisation de la nature humaine » (B. Edelman, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D* 2011 p. 897) ou encore « une déculturation des droits humains » (G. Loiseau, « Des droits humains pour personnes non humaines », *D*. 2011 p. 2558.

perspective n'est pas sans pertinence[1869] si l'on considère les objectifs assignés au droit OHADA, droit fondamentalement instrumental. Ces objectifs ne sauraient être atteints sans une réelle protection des activités sociales. La reconnaissance de droits fondamentaux aux personnes morales apparaît inévitable si l'on entend permettre à ces entités de réaliser leur objet social.

471. En effet, il suffit d'analyser les enjeux liés à la mise en œuvre l'objet social, pour constater qu'il est imposé une obligation passive qui permet de penser la société commerciale dans ses rapports avec les autres personnes juridiques[1870]. Il est d'abord question des personnes qui ont institué dans un contrat de société ou qui sont membres (associés, salariés) de l'entité personnifiée. Le droit OHADA reconnait à cette collectivité la liberté de s'associer, d'organiser son activité, sa mort et de disposer de ses biens dans le cadre de la société. On peut alors considérer que si l'OHADA étend à des entités personnifiées le bénéfice de tels droits, il ne le fait pas parce qu'elles sont dotées de la personnalité juridique mais parce qu'elles sont des organisations qui poursuivent des fins licites, mieux même, parce qu'elles manifestent l'exercice par leurs fondateurs ou membres associés d'une liberté, la liberté d'association, bien sûr, mais aussi la liberté d'entreprendre, la liberté contractuelle ou le droit de propriété[1871]. Il s'agit ici d'une déclinaison des droits fondamentaux[1872]. On peut aller plus loin en ne considérant pas la société ici créée comme ce monstre froid dépourvu d'humanité, comme si l'entité personnifiée n'avait rien à voir avec ses fondateurs et ses membres, appréhendés comme une collectivité humaine ou d'une expression individuelle de la volonté (dans le cas des sociétés unipersonnelles). Cela implique que des droits fondamentaux puissent leur être

---

1869 Xavier Dupré de Boulois, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1ère partie : pourquoi ? », RDLF 2011, chron. n°15

1870 La situation des individus au sein du système juridique est désormais déterminée à travers l'allocation et la mise en œuvre de droits subjectifs, Voir A.-Cl. Aune, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, PUAM, 2007

1871 Xavier Dupré de Boulois, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1ère partie : pourquoi ? », RDLF 2011, chron. n°15, in http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/les-droits-fondamentaux-des-personnes-morales-%e2%80%93-1ere-partie/

1872 Cass. com., 8 juillet 2003, banque internationale pour le commerce et l'industrie de guinee,bull. iv, n°121 ; cc, n°2011-129 qpc, 13 mai 2011, synd. des fonctionnaires du senat). il en est de même pour la liberté d'expression. Voir cass. ap, 12 juillet 2000, soc. citroën, bull. ap, n°7 ; cour edh 22 mai 1990, autronic ag, série a n° 178), la liberté religieuse (ex. : com. edh, déc., 5 mai 1979, church of scientology / suede, d.r. 16, p. 75), la liberté d'association. Conf. cass. civ. 3, 12 juin 2003, soc. arlatex, bull. iii, n°125 ; ce ord., 30 mars 2007, ville de lyon, n°304053), la liberté syndicale (ex. : ce, 31 mai 2007, synd. cfdt interco 28, rec. p. 222), la liberté de réunion (ex. : CE ord., 19 août 2002, Front National, Rec. p. 311), la liberté d'entreprendre (ex. : CE ord., 26 mai 2006, S.Y.C.I.M, Rec. p. 265) et le principe d'égalité (ex. : cc, n°2011-175 qpc, soc. Travaux industriels maritimes et terrestres).

reconnus. À ce propos, un auteur considérait que : « si le droit veut correspondre aux besoins de l'humanité, dégager la formule exprimant aussi exactement que possible les rapports existants dans la société humaine, il ne doit pas seulement protéger l'intérêt de l'individu, il doit garantir aussi et élever à la dignité de droits subjectifs les intérêts collectifs et permanents des groupements humains. Il doit permettre à ces groupements d'être représentés par des volontés agissant en leur nom ou, en d'autres termes, comme des personnes morales. Reconnaître le groupe comme licite, c'est par là-même reconnaître l'intérêt qu'il poursuit comme digne d'être protégé ; c'est par conséquent reconnaître implicitement sa personnalité juridique »[1873].

472. Étant donné que la RSE vise l'entreprise concept avant tout économique, on remarquera que dans l'espace OHADA, l'entreprise-personne juridique n'est pas née à ce jour[1874], même si elle est présentée comme un sujet de droit naissant. Pour prendre la mesure des possibilités de reconnaissance juridique de droits fondamentaux, il est nécessaire de prendre en considération le corpus juridique de l'entreprise, la société commerciale. Cette société commerciale peut être considérée comme un sujet de droit et avoir la personnalité juridique, dès qu'elle est immatriculée et correspond à l'une des formes juridiques reconnues par l'AUSCGIE. Sa dissolution marque la fin de la personnalité juridique. Il dispose ainsi, de la pleine capacité juridique. Aux termes de l'article 97 AUSCGIE : « À l'exception de la société en participation, toute société doit être immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier ». Cette immatriculation donne naissance à une personne juridique[1875] indépendante de la personne de chacun des associés. Il obtient à ce propos, une individualité, des droits inaliénables inhérents à sa nature, et un patrimoine qui lui est propre et distinct de celui des membres qui la composent. Cette personnalité requiert l'identification de son titulaire avec l'attribution d'un nom ou la raison sociale de la personne morale au même titre que pour la personne physique sera protégée[1876], le domicile sera le siège social[1877], lieu de la direction et sera soumise à l'AUSCGIE. Une personne morale pourra ester en justice, avoir une responsabilité civile ; elle a la capacité. En effet, la société se veut un groupement doté des

1873 Voir Xavier DUPRE DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1ère partie : pourquoi ? », RDLF 2011, chron. n°15, qui cite L(léon) Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, LGDJ, T1, 1906, n°52.

1874 M. DESPAX, « L'entreprise et le droit », LGDJ, 1957, no 391.

1875Art. 98 AUSCGIE.

1876 Il ne doit pas y avoir par ailleurs d'atteinte aux droits des tiers sur cette appellation.

1877Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire mais celui-ci ne leur est opposable si le siège réel de la société est situé ailleurs.

attributs de la personnalité juridique et soumise à des règles qui ne sont pas fixées par les seuls associés[1878] mais aussi et prioritairement par le législateur[1879] de l'OHADA. « La personnalité morale apparaît ainsi comme la technique juridique la plus adéquate pour permettre aux intérêts collectifs d'avoir accès en tant que tels à la vie juridique »[1880.]. Le contrat de société crée une personne morale distincte des associés, avec un patrimoine[1881] et un intérêt distinct de celui de ses membres. La personnalité juridique doit alors être comprise comme une technique offerte par le système juridique aux personnes pour déployer collectivement une activité lucrative ou non[1882].

473. On considère qu'avec cette personnalité juridique en principe, la société a des droits extrapatrimoniaux dont la violation peut donner lieu à des sanctions comme ceux des personnes physiques. Il s'agit de droit à l'image, à la « dignité », au nom, etc., qui attestent l'individualité de la société commerciale. En ce sens, les dirigeants assurent des fonctions de représentation de la société commerciale[1883]. Ils pourront de manière pragmatique invoquer la protection de droit fondamentaux au profit de la société et être jugés recevables à se prévaloir des droits fondamentaux liés notamment à la protection des biens de la société et des droits fondamentaux attachés à l'accès et au fonctionnement de la justice. Ainsi donc avec la personnalité juridique nous avons une transmutation des libertés collectives des membres associés en droits fondamentaux de l'entité personnifiée qui est assurée par la médiation de l'objet social.

1878 J.-P. BERTEL, Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés, RTD com. 1996, p. 595.

1879 Une distinction peut alors être établie entre le pouvoir légal des dirigeants de la société institution et le pouvoir contractuel. Le premier emporte que les actes passés avec les tiers engagent toujours la société alors que le second implique que les actes passés avec les tiers n'engagent la société que s'ils entrent dans l'objet social. Le pouvoir légal est élargi par la loi alors que le pouvoir contractuel épouse les contours de l'objet du contrat de société. Cf. Cl. DUCOULOUX-FAVARD, Notes de leçons sur le contrat social, D.

1880 L. Boy, L'intérêt collectif en droit français (réflexions sur la collectivisation du droit), th. Nice, 1979, p. 6

1881 Ce patrimoine englobe tous les droits et obligations de celle-ci. Cela englobe tous les biens représentatifs du capital social de la société et tous les autres biens ou droits dont la société peut être propriétaire ou titulaire. Les associés ne sont pas copropriétaires des biens de la société, ils ne peuvent donc prétendre exercer un droit de propriété ou se comporter comme le propriétaire des biens de la société.

1882 S. Marcus-Helmons, « Les personnes morales et le droit international », *in Les droits de l'homme et les personnes morales*, Bruylant, 1970, p. 35.

1883 A l'image de tout représentant, le dirigeant social entend procurer au représenté c'est-à-dire la société, le bénéfice ou la charge des droits ou obligations qu'il crée, au moment même où intervient cette création. Le mandataire d'intérêt commun n'échappe évidemment pas à cette règle, puisqu'il agit pour le compte du mandant : c'est dans le patrimoine de ce dernier, sur sa tête, que se réalisent les effets de droit voulus par le représentant.

2. La Protection contre les atteintes à l'activité lucrative bénéficiaire d'un statut juridique

La protection du droit de la personnalité loin d'être une utopie a retenu l'attention de la jurisprudence. Cette protection repose sur un système d'action en prévention ou en cessation de trouble recevable dès l'instant où le droit est menacé. Il est indispensable à la réalisation de son objet social. La personnalité juridique[1884] doit alors être comprise comme une technique offerte par le système juridique aux individus pour déployer collectivement une activité lucrative[1885]. L'octroi de la personnalité juridique n'est pas une concession discrétionnaire de la loi, elle procède – sous-entendu elle doit procéder – du seul constat de l'existence d'une entité poursuivant un intérêt distinct des intérêts individuels de ses membres et dotée d'une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt. Cette perspective intéresse particulièrement les actions de dénonciation des activistes et peut apparaitre comme une protection de la société au détriment des éventuels lanceurs d'alerte. En effet, les actions des activistes ou de certains acteurs peuvent porter atteinte aux aspects patrimoniaux de la personnalité. Elles peuvent notamment être considérées comme diffamatoires[1886] ou encore lorsque cela provient du salarié comme un dénigrement[1887]. La Cour de cassation a pu, dans un arrêt récent du 20 septembre 2012, apporter des précisions quant aux différences entre les deux infractions susmentionnées. C'est ainsi qu'elle a pu déclarer que : « les appréciations, même excessives, touchant les produits, les services ou les prestations d'une entreprise industrielle et commerciale n'entrent pas dans les prévisions de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, dès lors qu'elles ne portent pas atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne physique ou morale qui l'exploite. Le fait pour une personne de dénoncer le mode de fonctionnement d'une société commerciale, et de tenir des propos ayant porté atteinte à l'image commerciale de la société auprès de ses

1884 X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1ère partie : pourquoi ? », RDLF 2011, chron. n°15, in http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/les-droits-fondamentaux-des-personnes-morales-%E2%80%93-1ere-partie/

1885 S. Marcus-Helmons, « Les personnes morales et le droit international », in les droits de l'homme et les personnes morales, Bruylant, 1970, p. 35.

1886 La diffamation est définie par une loi très ancienne (loi sur la liberté de la presse de 1881 en France) comme étant « l'allégation ou l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne à laquelle le fait est imputé ».

1887 Le dénigrement peut être seulement le fait d'un concurrent ou d'un salarié alors que la diffamation peut être le fait de toute personne. Le dénigrement est une pratique de concurrence déloyale sanctionnée par le Code civil. Il consiste pour un salarié, un associé ou un concurrent à jeter le discrédit sur l'entreprise ou un autre concurrent, en répandant à son propos ou à celui de ses produits ou services, des informations malveillantes.

partenaires, s'analyse en un dénigrement et revêt un caractère fautif au sens de l'article 1382 du code civil, ouvrant droit à dommages et intérêts. » Ces actions ont tendance à porter atteinte à l'image commerciale de la société et empêcher la réalisation efficace de l'objet social. En ce sens, la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 21 novembre 2013 a sanctionné les propos jetant le discrédit sur une société sur internet par le dénigrement et non la diffamation étendant les limites à la liberté d'expression[1888]. Il en est de même de la Cour de cassation française n'a pas hésité à juger que des propos qui sous-tendent qu'une société aurait sciemment distribué des produits dangereux pour la santé, serait responsable de maladies, d'empoisonnement et d'assassinat, portent atteinte à l'honneur et à la considération de cette société et revêtent un caractère diffamatoire.[1889] Cette jurisprudence constitue un privilège qui limite la liberté d'expression. Cette liberté d'expression est un principe constitutionnel défini à l'article 8 et 10 de la Constitution sénégalaise, à l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 10 août 1789 et également à l'article 9 de la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples[1890]. Ce dernier dispose que «… toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions dans le cadre des lois et règlements ». À ces instruments, s'ajoutent les articles suivants de la Constitution sénégalaise : l'article 8 garantit la « liberté d'expression », qui est citée au titre des « libertés civiles et politiques », par ailleurs l'article 10 garantit le « droit d'exprimer librement ses opinions par la parole, la plume, l'image, la marche pacifique. »

1888 CA Paris, Pôle 1 - Chambre 2, 21 novembre 2013, Numéro RG : 12/23396.

1889 Cass. Crim., 8 avril 2014, N°12-88412.

1890 L'Art. 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui garantit : « la libre communication des pensées et opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

B. La définition de la réputation comme un actif immatériel à gérer par le dirigeant

474. L'analyse des actifs[1891] immatériels de l'entreprise permet d'identifier avec méthodologie les principaux effets de levier indispensables pour créer davantage de valeur économique à l'entreprise, principale mission du dirigeant. La RSE en constitue un et contribue à l'évaluation d'une entreprise. Elle permet un véritable management du risque destiné à ordonner les multiples décisions relatives au traitement du risque, de sorte que même la réputation soit un élément de détermination de la valeur de la société.

1. L'identification de la RSE comme actif immatériel liée à la direction de la société

L'identification et la valorisation des actifs immatériels de la société est une première marche vers le pilotage de la performance global de l'entreprise. La prise en compte de la RSE ne devrait être exclue, encore moins négligée. Dès lors que l'intérêt de la société commerciale est en jeu, le dirigeant doit être assez diligent pour préserver cet intérêt contre toute atteinte et identifier l'ensemble des éléments établissant les fondements et dispositions organisationnelles présidant à la conception, la mise en œuvre, la surveillance, la revue et l'amélioration continue de management du risque dans tout l'organisme[1892]. Il est responsable de la protection de l'intérêt social qui intègre la dimension « réputation ». C'est cette même exigence qui a poussé la chambre criminelle française, depuis la jurisprudence Carignon à sanctionner l'abus de bien sociaux commis un dirigeant. Pour elle notamment, « quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de

1891 En reprenant la définition de la notion d'actif donnée par le site « lexinter.net », on peut retenir que l'actif est considéré comme « une notion économique et financière, à la différence de la notion de biens. Les actifs sont les éléments qui permettent à l'entreprise de conduire son activité et générer son chiffre d'affaires. Les actifs sont un élément de la génération de revenus par l'entreprise, alors que les biens sont un élément du patrimoine qui est le gage des créanciers de la personne morale ou physique. Les actifs de l'entreprise relèvent de l'information financière des marchés alors que les biens relèvent de l'information sur le patrimoine à l'intention des créanciers ».Voir
http://www.lexinter.net/JF/les_actifs_de_l'entreprise.htm (consulté le 20 juin 2013)

1892 Sur le management du risque voir dans https://www.iso.org/obp/ui/fr/#iso:std:iso:guide:73:ed-1:v1:fr

sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation »[1893].

475. La nature et la portée des mesures de précaution attendues variant selon le risque, les circonstances, en référence à des événements et des conséquences potentielles ou à une combinaison des deux. Suivant l'organisation internationale de normalisation, le risque doit être saisi comme l'effet[1894] de l'incertitude[1895] sur l'atteinte des objectifs qui peuvent avoir différents aspects (par exemple buts financiers, de santé et de sécurité, ou environnementaux) et peuvent concerner différents niveaux (niveau stratégique, niveau d'un projet, d'un produit, d'un processus ou d'un organisme tout entier). Bien d'autres paramètres que les seuls éléments bilanciels[1896] ou reposant sur des éléments tangibles interviennent et peuvent être identifiés dans un processus d'évaluation. Certaines sociétés commerciales ont développé des référentiels qui donnent notamment une définition structurée d'actifs immatériels très utiles pour la valorisation des PME. Ces actifs sont aussi communément appelés « capital », même si comptablement il serait probablement plus adapté de parler d'actifs[1897]. Tous les efforts que la société consentira dans ce domaine seront comptabilisés. Au demeurant, nous sommes en présence d'une situation qui n'est pas classique puisque le plan comptable OHADA ne prévoit pas des rubriques « environnement », même si par ailleurs les rubriques d'ordre général telles que « provisions », « charge d'exploitations » peuvent contenir ces informations[1898]. Le

---

1893 Crim. 27 oct. 1997, n° 96-83.698, D. 1997. 251; Rev. sociétés 1997. 869, note B. Bouloc; RSC 1998. 336, obs. J.-F. Renucci; RTD com. 1998. 428, obs. B. Bouloc.

1894 Un effet est un écart, positif et/ou négatif, par rapport à une attente. Voir in https://www.iso.org/obp/ui/fr/#iso:std:iso:guide:73:ed-1:v1:fr

1895 L'incertitude est l'état, même partiel, de défaut d'information concernant la compréhension ou la connaissance d'un événement, de ses conséquences ou de sa vraisemblance (Note 5 à l'Art.).

1896 Suivant l'Art. 29 Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises : « le bilan décrit séparément les éléments d'actifs et les éléments de passif constituant le patrimoine de l'entreprise… », J.O. OHADA n°10 du 20 novembre 2000.

1897 Les principaux actifs retenus dans le référentiel Thésaurus Bercy ainsi que les principales caractéristiques qui leurs sont rattachées., à savoir le capital client (fidélité, solvabilité, rentabilité, dynamique des secteurs...) Le capital humain (motivation, savoir-être, compétence, climat, expertise, leadership...), le capital organisationnel (politique qualité, sécurité, orientation client, processus de contrôle, supply chain, réseau de distribution...), le système d'information (couverture métier, ergonomie, fiabilité, coûts...), le capital de savoir (R&D, secrets de fabrication, brevets...), le capital de marque (notoriété, réputation, singularité...), le capital 'partenaires' (nombre par produit stratégique, satisfaction du client, fidélité...), le capital actionnaire (réserve de ressources financières, patience, influence, conseil...), le capital naturel (abondance et qualité de la ressource naturelle...) Le capital sociétal (qualité de l'environnement sociétal...), in « Valoriser les actifs immatériels des entreprises et booster leurs performances !», http://www.ifec.fr/docs/documents/20130405124423_Jeudi_4_avril_2013.pdf.

1898 Si les provisions constituées permettent de prévoir des dépenses en cas de risques environnementaux probables, les charges seront la traduction comptable d'un risque réalisé notamment en matière

dirigeant social a, à ce propos, l'obligation de veiller au respect de son devoir général de ne pas nuire à autrui et de préservation de l'intérêt social. Les contentieux qui pourraient en résulter notamment peuvent entrainer un risque de réputation. [1899] Cette réputation est devenue ainsi un actif et constitue à elle seule le plus important moteur de création ou de destruction de valeur. Henri FORD disait : il y a deux actifs qui ne sont pas au bilan de l'entreprise et ce sont les principaux, ses hommes et sa réputation. La réputation, c'est une relation de confiance, c'est le capital confiance qui s'est installé et que l'entreprise a bâti au fil du temps dans la qualité de ses produits et, bien sûr, dans la transparence[1900].

2. L'influence de la réputation dans la détermination de la valeur de la société.

476. D'une part les éléments liés à l'exploitation et à son environnement, d'autre part les éléments de caractères intangibles ou immatériels peuvent intervenir dans la détermination d'une valeur. Des altérations de valeur peuvent s'établir par exemple, dans le cadre d'activité polluante ou provocant des incidences polluantes, y compris bruits ou stress.[1901] La dichotomie de l'entreprise [de son organisation à son système de production, à la prise en compte du bien- être qu'elle peut procurer et de ses influences possiblement négatives] est de nature à projeter, sous forme de stratégie, une valeur ajoutée de l'immatériel, que l'évaluateur s'attachera à prendre en considération.

477. L'approche de valorisation des entreprises par les actifs immatériels est une approche complémentaire aux indispensables approches classiques et notamment financières[1902]. Nous considérons que la réputation de l'entreprise est un actif incorporel bâti avec le temps et représentant la valeur et la confiance accordée à l'entreprise par les parties prenantes. Il

---

environnementale ou d'action volontaire dans ce sens et qui s'est traduit par une dépense correspondante. Voir Yafradou Adam Tairou, Préoccupations environnementales et droit de l'entreprise dans l'espace OHADA, L'Harmattan, 2013, p.62.

1899 « Le risque lié à la réputation représente le risque qu'une action accomplie par une organisation ou par un de ses représentants ternisse son image aux yeux de la collectivité ou la confiance que lui accorde le public, ce qui pourrait entraîner une diminution des affaires, des actions en justice ou l'assujettir à une surveillance réglementaire accrue. Un certain nombre d'événements peuvent avoir des impacts sur la réputation, et le risque est principalement d'ordre réglementaire, juridique ou opérationnel. Les défaillances d'exploitation ainsi que la non-conformité aux lois et aux règlements peuvent avoir une incidence importante sur la réputation de l'organisation ». Rapport annuel de 2010 de RBC.

1900 http://www.obs-reputation.org/?p=112 (consulté le lundi 22 juillet 2013)

1901 http://www.ifec.fr/docs/documents/20130405124423_Jeudi_4_avril_2013.pdf

1902 André-Paul BAHUON et François JEGARD, in « Valoriser les actifs immatériels des entreprises et booster leurs performances !» Jeudi 4 avril - Spécial semaine du Développement Durable 2013, voir http://www.ifec.fr/docs/documents/20130405124423_Jeudi_4_avril_2013.pdf

s'agit d'un actif incorporel[1903], au même titre que la propriété intellectuelle ou la marque de commerce, représente une part très importante de la valeur de l'entreprise[1904]. Pour comprendre la portée de la notion d'actif, nous invoquerons l'approche d'appréhension du concept de l'IASB[1905.] Pour elle, « un actif est une ressource contrôlée par l'entreprise du fait d'événements passés et dont des avantages économiques futurs sont attendus par l'entreprise ». Avant, l'avis n° 2004-15 du CNC, le PCG (art. 211-1) définissait très succinctement un actif comme un élément de patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, sans autres précisions. En l'absence de définition comptable du patrimoine, il fallait se référer à celle donnée par la jurisprudence en droit civil qui définit le patrimoine comme l'ensemble des droits et des obligations d'une personne. Ainsi comme le dit Colasse « la notion juridique de patrimoine détermine le contenu conceptuel du bilan et, en particulier, le contenu de l'actif ».[1906] C'est dire qu'au regard de ces incidences sur la société commerciale, de prime abord, les actionnaires ont tout intérêt à intégrer cette dimension puisqu'elle ne fait que traduire l'état de l'économie réelle qui conditionne d'évidence le développement et la pérennité de leur société. La réputation mesure, en effet, un état des relations de l'entreprise avec son écosystème.

478. Certes, la performance économique et financière est un paramètre économique déterminant dans la valeur et le développement d'une entreprise, mais, elle reste le critère le moins structurant pour la réputation. En réalité, pour l'IASB, ni la substance physique, ni le droit de propriété ne sont essentiels à l'existence d'un actif. La notion de réputation est un actif, « un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'événements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs »[1907]qui se

1903 R. HALL souligne que la réputation de l'entreprise peut être considérée comme un actif incorporel qui procure un avantage concurrentiel durable aux organisations dont celle-ci est solide (Hall, 1992)

1904C'est un élément-clé qui favorise l'atteinte d'objectifs stratégiques, dont la création de valeur, la croissance profitable et un avantage concurrentiel durable. Le dirigeant avisé doit être attentif au fait que la réputation confère un avantage concurrentiel unique qui permet à une entreprise de surclasser la concurrence et obtenir un écart de performance par rapport au marché pouvant atteindre 100%. Il ne s'agit pas, en réalité, d'un actif spéculatif, mais plutôt, un actif à long terme.

1905International Accounting Standards Board (Normes comptables internationales).

1906 La notion de valeur économique positive renvoyait implicitement à l'idée qu'un actif était une source régulière de profit pour l'entreprise. Pour la distinction entre actif immobilisé et actif circulant, il fallait se référer à l'Art. 10 du décret n° 83-1020 du 29 novembre 1983 (appelé « Décret comptable ») : « … Les éléments destinés à servir de façon durable à l'activité de l'entreprise constituent l'actif immobilisé… ». Voir. P. PINTEAUX, La nouvelle définition comptable des actifs. Le Plan comptable français se rapproche encore un peu plus des normes IAS/IFRS.

1907 http://www.plancomptable.com/titre-II/211-1_definition_actif.htm

construit sur un long terme. Elle impacte sur la capacité potentielle à générer des flux monétaires pour l'entreprise. Pour autant, considérer la réputation comme un actif n'enlève pas la difficulté découlant du fait qu'aucune société commerciale, encore moins les dirigeants, ne dispose de système de gestion pour mesurer et gérer celle-ci. Elle est perçue comme le résultat d'autres activités, dont les relations publiques, la stratégie commerciale et le contrôle de la qualité.

479. Le dirigeant diligent, en bon père de famille, devrait développer une ultra-sensibilité à la notion de risque de réputation[1908]. Un déficit de respect des droits de l'homme ou de la concurrence, une infraction aux droits de l'homme, une tolérance face à la corruption peuvent entacher durablement la réputation du Groupe. De telles dérives hypothèquent la confiance des investisseurs, la qualité des relations commerciales et mettent ainsi en danger la crédibilité de la société commerciale[1909]. La médiatisation d'une action pénale ou d'un procès sur les conditions de travail et suicide, par exemple, tend à questionner, voir mettre à mal, la réputation de la personne physique ou morale impliquée. La présomption d'innocence passe rarement au filtre des médias et de l'opinion publique[1910]. À cet égard, le risque d'atteinte à la réputation est surtout un risque collatéral puisqu'il naît d'une défaillance (réelle ou perçue) de l'entreprise dans l'exercice de sa responsabilité (erreur ou faute), et notamment, pénale. Une infraction à la loi ou encore un climat social délétère deviennent un risque de réputation pour l'entreprise dès lors qu'ils sont dénoncés publiquement/médiatiquement et suscitent une réprobation de ses publics : collaborateur, partenaires sociaux, administrateurs, clients, fournisseurs, apporteurs de capitaux, médias, agences de notation, etc. Chacun des catégories de parties prenantes réagira en fonction de critères qui correspondent à sa nature et sa fonction. Comme pour les autres risques, l'impact d'une dégradation de la réputation est tangible : perte de clientèle, perte

1908 La « Reputation Institute » considère à cet effet qu'une bonne réputation nécessite d'être performant sur chacun des sept critères de réputation, à savoir : « les produits et services, la gouvernance, l'innovation, l'emploi, la citoyenneté, la performance économique et le Leadership ». Voir Etude Reputation Institute/1&e sur la réputation du CAC40 en 2009- www.management-reputations.fr

1909 Le risque de réputation peut être défini comme l'éventualité d'une mise en cause publique de l'entreprise, personne morale, ou du dirigeant, personne physique, qui entraine une détérioration de la confiance et l'estime dont ils font l'objet. Chaque partie prenante a sa propre perception de la réputation de l'entreprise qui est fondée sur son expérience directe avec l'organisation et qui est influencée par les opinions de tierces parties (perceptions de la population, médias et contacts personnels). La perception de chaque intervenant est évaluée selon ses intérêts, ses priorités et ses besoins.

1910 Une croissance exponentielle de l'utilisation des médias sociaux fait planer de nouvelles menaces sur la réputation des entreprises. Par exemple, maintenant les employés peuvent divulguer des renseignements confidentiels ou poser des gestes qui projettent une image négative de l'entreprise.

d'exploitation, perte de valeur en bourse, sans parler du temps et du coût de la réhabilitation d'une réputation écornée »[1911].

480. De ce fait donc, la corrélation entre la gestion du risque de réputation et l'intérêt social suggère un début de réponse tendant à permettre au dirigeant la prise en compte de la responsabilité sociétale de l'entreprise. Cette responsabilité est le point fort des sociétés commerciales dans la mesure où elle permet à l'entreprise de montrer une bonne image d'elle auprès des consommateurs, de la société. En effet, à travers des activités de mécénat, la société commerciale partage une partie de ses bénéfices (part relativement faible) avec la communauté locale et indirectement avec l'État. En outre, des sociétés commerciales disent faire de la RSE dans le cadre de leurs activités en se limitant qu'à l'engagement sur les obligations discrétionnaires. Cette obligation limiterait la responsabilité du dirigeant social aux circonstances où il n'a pas agi comme on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'il le fasse ; autrement dit, lorsque, dans l'accomplissement des devoirs liés à sa fonction, le dirigeant social n'a pas exercé le soin, la compétence et la diligence que l'on aurait pu attendre d'une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables. Dans ce contexte donc, l'incertitude inhérente à la définition du contenu de l'obligation de diligence rend la fonction du dirigeant assez délicate. Elle appelle une perspective pluraliste dans la définition des bénéficiaires de la loyauté du dirigeant.

1911*Idem*

CONCLUSION CHAPITRE-I. TITRE II.

La socialisation du statut du dirigeant nécessite un degré de jugement, de soin, de prudence, de fermeté et d'action auquel on peut raisonnablement s'attendre des dirigeants dans certaines circonstances, même en dehors des situations qui ne sont pas traitées ailleurs dans la législation sur les sociétés commerciales. Ce jugement est nécessaire « pour détecter et gérer correctement les risques actuels ou potentiels afin d'atténuer leur impact négatif et d'éviter des dommages »[1912] réelles ou potentielles, et aussi « pour rendre compte de la manière dont [la société commerciale] répondent à de telles incidences ».[1913] Il s'est agi là de proposer d'une part un principe, celui de diligence raisonnable, un des commencements du statut sociétal du dirigeant, et d'autre part ses traits consubstantiels : ontologique, logique et normatif. On peut désigner le principe juridique comme une philosophie ou une règle de conduite.

Dans le cas de l'espèce s'agissant d'une référence juridique, c'est le principe de l'application de la règle de droit à la gestion des risques internes et externes des entreprises, « allant de la corruption aux dommages environnementaux, en passant par le respect des droits des travailleurs. »[1914] Cette perspective est conforme à la dimension préventive de la RSE en ce sens que la diligence raisonnable est démontrée par les actions du dirigeant avant que les événements ne surviennent, et non pas après. Il doit alors s'informer, prévenir et éviter les impacts négatifs des activités de la société commerciale.

L'enjeu ici consiste à sortir la régulation de deux impasses. La première concerne la production mais aussi la gestion des règles définissant les « précautions qui sont non seulement possibles, mais ~~qui sont~~ également appropriées ou rationnelles, compte tenu de la situation en cause ». Le second aborde la difficile question de la nécessaire articulation entre les divers mécanismes de régulation et d'appréciation de « ce qui est en pratique possible ». Cela constitue une ouverture vers l'appréciation de la faute de gestion du dirigeant qui pourra prouver que toutes les précautions raisonnables ont été prises dans les circonstances afin de protéger les intérêts des associés, de la société commerciale et des autres parties prenantes.

[1912] Blin-Franchomme M.-P. Entreprise et développement durable : Approche juridique pour l'acteur économique du XXIe siècle, Wolters Kluwer France, Coll. Lamy Axe Droit. (2011).

[1913] Sur la question voir http://www.oecd.org/fr/investissement/ principes directeurs pour les entreprises multinationales/1922470.pdf.

[1914] Voir http://www.oxfammagasinsdumonde.be/2012/06/euro-2012-et-jo-adidas-dans-loeil-du-cyclone/

CHAPITRE -II. L'ENONCE D'UN PRINCIPE DE LOYAUTE PLURIELLE ATTACHEE A L'AUTORITE DECISIONNELLE DU DIRIGEANT SOCIETAL

481. Le droit des sociétés ne définit certes pas ce devoir de loyauté, même si par ailleurs, définir le devoir de loyauté reviendrait à l'enfermer dans un carcan et à réduire le champ d'application de cette grande et belle idée. Mais le principe de loyauté a vocation d'assurer l'unité de l'ensemble des règles définissant le statut du dirigeant, ou, en tout cas, en serait le fondement commun, de sorte qu'elles doivent toutes être interprétées à la lumière de ce principe véritablement fondamental. L'émergence de ce devoir de loyauté auquel est soumis le dirigeant social est l'œuvre de la jurisprudence et de la doctrine qui la considère comme une notion-cadre.[1915] En l'occurrence, l'intérêt d'appuyer le principe de loyauté sur les principes généraux de la théorie du statut du dirigeant est de l'inscrire, dans la hiérarchie des normes au niveau législatif, ce que n'aurait pas permis la seule référence aux règles de définition des pouvoirs du dirigeant, référence qui peut pourtant sembler plus pertinente. À ce propos, « il n'y a pas de relations juridiques qui échappent aujourd'hui à ce devoir » de loyauté[1916]. Ce devoir de loyauté est défini comme celui qui consiste à imposer un comportement honnête, exclusif de toute intention malveillante, c'est-à-dire « *une norme morale appréciée in abstracto selon les usages de la vie en société* »[1917]. Cette définition ne précise pas jusqu'où peut aller cette attente, ni comment elle sera satisfaite. Partant, sous réserve du respect du principe de la spécialité légale des sociétés qui implique que celles-ci soient constituées en vue de partager des bénéfices ou de réaliser des économies, il est possible de noter que certains dispositifs ne font pas obstacle, sous certaines conditions, à la prise en compte de préoccupations sociétales et environnementales. Le point de départ doit être la poursuite de l'objet social conforme à l'engagement sociétal de la société commerciale (Section 1) et d'autre part la poursuite de l'intérêt social au bénéfice de la société commerciale (Section 2).

1915 Comme l'exprime le Doyen CORNU : « La vertu propre de ce genre de notion est justement de faire naître une image qui a un retentissement de conscience, une image à conserver et à méditer dans son cœur, une image qui se propage et se perpétue dans la conscience de l'interprète ». Voir G. CORNU "Regards sur le titre III du livre III du code civil" cité par Y. Picod « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat ». p.86.

1916 L. AYNES*, L'obligation de loyauté, Arch. Philos. Droit, t. 44, 2000, p.195*

1917 P. JOURDIN, « La bonne foi dans la formation du contrat », in La bonne foi. Travaux de l'Association H. CAPITANT. Journées annuelles 1999, Paris, Litec, 1994.p.121 et s.

SECTION-I. De la poursuite de l'objet social conforme à l'engagement sociétal de la société commerciale

482. Il s'agit d'identifier la source de l'obligation de loyauté. À cet effet, le devoir de loyauté relèverait de l'essence même du contrat de société[1918]. Devant répondre à l'impératif de création de valeur réelle pour toutes les parties prenantes principalement pour l'associé, le dirigeant est investi des pouvoirs de décisions et d'actions les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, dans la limite de l'objet social et de l'AUSCGIE. Son devoir de loyauté « est absolument général et gouverne toute action des dirigeants, quelles que soient les circonstances »[1919]. En admettant que le dirigeant ne puisse pas prendre de décision excédant l'objet social ou compromettant la poursuite de celui-ci[1920], il sera difficile d'ancrer la RSE dans la protection exclusive des droits pécuniaires et extrapatrimoniaux des associés (§1), en raison de la valorisation d'une conception économique du temps conforme à la poursuite de l'objet social (§2).

§-1. Le difficile ancrage de la RSE dans la protection exclusive des droits des associés et actionnaires

483. Dans la mesure où les agents économiques prennent leurs décisions en comparant coûts et bénéfices, leur comportement changera quand les coûts ou les bénéfices changeront. Leur agir est présumé rationnel[1921], dès lors qu'il s'agit de la mise en place de système de pondération des objectifs attachés à la poursuite de l'objet social. Dans cette perspective, le dirigeant social est réputé rationnel dans la gestion de la société lorsqu'il poursuit des fins cohérentes avec son statut, qu'il emploie des moyens appropriés aux fins poursuivies. Il se doit, toutefois, d'être loyal de sorte que lorsque les actes qu'il prend sont conformes à l'objet social, il ne devrait pas être inquiété par une éventuelle conformité à l'intérêt

1918 M.LATHELIZE-BONNEMAIZON, Bilan et perspectives du devoir de loyauté en droit des sociétés, LPA, juin 2000, n°125, p.7

1919 A. TUNC, Le droit américain des sociétés anonymes, n°78, p.138

1920 L'objet social apparait, de ce point de vue, comme le fondement des compétences du dirigeant. Dans les rapports internes, les pouvoirs sont limités par l'objet social. Comme le rappelle un auteur qui considère que « respecter l'objet social, c'est respecter les statuts qui le définissent et donc le contrat de société ». C'est pour poursuivre la réalisation de l'objet social que le dirigeant a été nommé par les associés et qu'il peut agir valablement pour le compte de la personne morale, la société commerciale. Voir J. PAULLUSSEAU, La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise, D.1967, p.165, Chaput, De l'objet des sociétés commerciales, Thése, Doctorat, Clermont-Ferrand, 1973, p. 204

1921 Selon Van MISES (1949), « l'agir humain est nécessaire toujours rationnel »

social[1922]. En l'occurrence, « les dirigeants sociaux ne doivent pas être en situation de confisquer le pouvoir à leur seul avantage »[1923]. Ainsi, même si les pouvoirs déterminés par l'objet social ne sont plus intangibles, ils entrent en relation avec l'ordre juridique qui les façonne et les modèle dans le sens du respect de l'intérêt social. L'objet social est envisagé en lui-même, intangible, avec des rapports minimums avec l'ordre juridique (ordre public, bonnes mœurs et fraude). Il bénéficie d'une certaine stabilité juridique car il conditionne l'avenir de la société en instaurant des rapports de confiance entre les parties prenantes[1924], essentiellement entre les associés et le dirigeant. L'obligation de loyauté stigmatise ainsi la liberté du dirigeant sociétal poursuivant la valeur actionnariale (A), tout en l'inféodant dans la performance juridique (B).

A. Une obligation de loyauté stigmatisant la liberté du dirigeant sociétal poursuivant la valeur actionnariale

La perception de l'obligation de loyauté révèle « *un résidu d'équité que le droit ne peut éliminer* »[1925] et donc appelle un renouveau de sa conception doit la rendre plus flexible au profit de toutes les parties prenantes et pas seulement au profit de la shareholder value.

1. D'une loyauté axée sur la « shareholder value » ….

484. L'Article 4 AUSCGIE[1926] semble fermer toute perspective de prise en compte de la responsabilité sociétale et surtout l'application de la théorie du « stackeholder » au profit de la « shareholder value », c'est-à-dire la prééminence des intérêts des actionnaires dans la gestion des entreprises, notamment par l'existence d'un droit de propriété des premiers sur les seconds. Cette démarche de l'OHADA semble promouvoir la protection de l'intérêt des associés qui se confond à l'intérêt de la société qui est créée dans le but de faire des

1922 G. VIDALENC, Société en nom collectif et sociétés civiles. Cession de parts. Garanties sur actifs sociaux (à propos de Cass. com., 26 janvier 1993), J.C.P., N, 1995 – doct. – 375 – n° 40

1923 Rapport Marini – 13, J. PAILLUSSEAU, La modernisation du droit des sociétés commerciales. « Une réconception du droit des sociétés commerciales », D., 1996 – chron. – 287.

1924 Confiance, entreprise et société : Mélanges en l'honneur de Roger Delay Termoz ; F. BIDAULT, P.Y.GOMES, G. MARION, éd. Eska, 1995

1925 G. LYON-CAEN, De l'évolution de la notion de bonne foi, RTD civ. 1946, p. 83.

1926 Aux termes de l'Art. 4 AUSCGIE : « la société commerciale est créée par deux (2) ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme. La société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés ».

bénéfices et de les partager[1927]. C'est la même logique qui a prévalu en dehors de l'espace OHADA dans l'affaire *Magasins à rayons Peoples inc.*, pour lequel la Cour suprême reconnaît que, d'un point de vue économique, l'obligation des administrateurs d'une société est « la maximisation de la valeur de l'entreprise »[1928]. Toutefois, la Cour prend bien soin de déclarer que des facteurs non économiques peuvent parfois s'avérer pertinents : « […] il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement. »[1929] Ce critère du profit, à l'heure actuelle, a une prééminence sur les autres dans la mesure où, il permet de dissocier la société commerciale des autres formes sociétaires à but non lucratif, telle l'association. À ce propos, et en faveur de l'objectif de maximisation de la « *shareholder value* » M. Friedman considère qu'un *« mode de gouvernance incitant à ne poursuivre que cette seule fin serait de toute façon socialement bénéfique car il permet de maximiser la richesse créée. Cette richesse maximisée, il revient ensuite aux institutions politiques d'en allouer l'usage* »[1930]. La poursuite de l'intérêt des associés peut s'entendre de la création de richesse et une optimisation de la valeur des parts ou titre[1931]. Ces idées rejoignent les argumentaires de Friedman qui s'appuient sur « l'affirmation que les actionnaires sont propriétaires de l'entreprise ». Partant de cette affirmation, une argumentation a été développée selon laquelle « les mandataires sociaux sont des mandataires « agents » des actionnaires, qu'ils doivent maximiser l'intérêt des actionnaires – considéré comme étant la même chose que la maximisation des profits – qu'ils ne doivent prêter attention à rien d'autre et notamment pas à l'impact que la poursuite de cette seule fin peut avoir sur les autres contributeurs à l'entreprise ou sur son environnement social ou naturel. Dans cette perspective, parler de la responsabilité sociale du « business » est, essentiellement pour Friedman « faire le prêche d'un socialisme pur et dur »[1932], dans la mesure où l'objet des entreprises n'autorise pas la poursuite d'objectifs

1927 Le CANNU, Droit des sociétés, 2e éd. Montchrestien, Paris, n°232, p.131,

1928 Magasins à rayons Peoples inc., note 15, par. 42.

1929 Magasins à rayons Peoples inc., note 15, par. 42.

1930 OBÉ, Jean-Philippe, « Pour en finir avec Milton Friedman : misère de la théorie de l'agence », in : LYON-CAEN, Antoine et URBAN, Quentin, eds., La crise de l'entreprise et de sa représentation, Dalloz, Paris, 2012, p.24 (pp .11-31).

1931 D.MARTIN, L'intérêt des actionnaires se confond-t-il avec l'intérêt social ?, Mélanges D.Schmidt, éd.Joly, 2005, p.359.

1932 « They are (…) preaching pure and unadulterated socialism », Voir FRIEDMAN, Milton, « the social responsibility of business is to increase profits », The New-York Times, (13 septembre 1970, pp.32-3, 122, 126)

autres que l'intérêt des actionnaires. Les dirigeants qui se lanceraient à valoriser des démarches éthiques qui ne servent pas prioritairement à enrichir les intérêts matériels des actionnaires ne pourront bénéficier de protection légale. Ils sont exposés et peuvent être sanctionnés en conséquence. Ainsi, le dirigeant ne peut faire fi des contraintes juridiques relatives à la maximisation du profit et qui pèsent sur lui en raison de son statut juridique. Ce statut juridique est structuré sur une relation d'agence directe entre « les propriétaires » actionnaires et le mandataire socia l. D'un point de vue juridique, il n'est pas obligé de se sentir concerné par la Responsabilité sociétale des entreprises. Toute initiative volontariste pourrait être source de responsabilité juridique pour lui, les dispositions des actes uniformes étant d'ordre public[1933].

2. …A une loyauté orientée « stackeholder »

485. Une analyse qui nie toute possibilité d'appropriation de la RSE risqué d'occulter la réalité de la gestion des sociétés[1934]. Il s'y ajoute que, comme il a été souligné par des auteurs tels que M. Antoine Lyon-Caen[1935], le dirigeant social est dépositaire d'un mandat social et non le mandataire des associés (actionnaires). Il a la liberté d'être responsable dans la poursuite de l'objet social, mais surtout de l'intérêt social. Le droit uniforme de l'OHADA offre dans cette perspective les moyens au dirigeant de prendre en compte l'environnement qui entoure la société. L'objet social désigne à cet effet ce qui est pris en considération par le dirigeant, ce qui compte pour lui dans la mise en œuvre de ses différentes attributions. Pour autant, il est difficile de structurer les obligations du dirigeant autour de la poursuite de l'objet social, même s'il demeure que le dirigeant représente l'« entreprise commune » dans tous les actes de poursuite de l'objet social de la société, il possède tous les pouvoirs à l'effet de l'engager. Mais également, lorsqu'il fait autre chose et plus qu'il ne lui est permis, sa responsabilité personnelle se trouve engagée pour violation des statuts[1936]. L'objet social apparaît comme le type d'activité choisi par la

1933 Pour Friedman, « les dirigeants d'entreprise n'ont (…) aucune légitimité à faire autre chose que maximiser la création de cette « valeur ». Tout autre comportement du dirigeant d'entreprise que la recherche de la maximisation du profit, revient, à dépenser l'argent de quelqu'un d'autre pour un « intérêt social » que cet autre n'a pas choisi ». Il ajoute que « si la mise en œuvre de la « responsabilité sociétale » réduit le retour sur l'investissement des actionnaires, le mandataire social « dépense leur argent ».

1934 Voir note., J.-P. Robé, « l'entreprise en droit », Droit et société 1995, vol.29, p.117.

1935 En quête juridique de l'entreprise, pour en finir avec Milton Friedman.

1936 La vérification de la conformité des actes en cause pris par le dirigeant social est particulièrement hasardeuse, surtout en ce qui concerne des actes tels que la location gérance, le cautionnement, l'hypothèque... Elle suppose, souvent, une interprétation des termes utilisés pour définir l'objet social. Or, cette interprétation obéit, en définitive, à l'appréciation souveraine des juges. De sorte que des principes

société dans ses statuts[1937] par le biais des associés. C'est en quelque sorte le programme que la société entend réaliser[1938]. De ce point de vue, si l'acte se réfère à un objet autre que celui définit par les statuts, il est irrégulier[1939]. Seulement, il est commun de relever que les statuts indiquent de manière large et imprécise l'activité de la société. Ce "flou" ayant pour but de laisser une marge de manœuvre à la société. Comme l'indique M. Guyon, les statuts fixent rarement une activité déterminée de peur de compromettre la souplesse nécessaire à son exploitation[1940]. Il en est également pour le législateur qui ne procède pas à une description énumérative et limitative des obligations en rapport avec l'objet social et qui seraient valables pour l'ensemble des activités de la société, quelle que soit sa forme. Cela aurait restreint le champ d'intervention du dirigeant. On pourrait craindre cependant que s'appuyant sur sa mission générale, le dirigeant social ne se croit tout permis ou encore que la protection accordée aux tiers n'aille jusqu'à sacrifier totalement l'intérêt de la société et des associés. De telles craintes ne se justifient pas, car en droit OHADA, autant les pouvoirs du dirigeant social trouvent une limite notamment dans l'objet social qu'il doit respecter, mais le dépassement de l'objet social a vocation à devenir opposable aux tiers, lorsqu'ils « savaient ou ne pouvaient ignorer, compte tenu des circonstances »[1941]que l'acte pris par le dirigeant dans le cadre de l'activité sociale[1942] ne relève pas de l'objet social. Il doit être de bonne foi. À cet effet, comme le soulignent certains auteurs « on note dans ce cas un déclin de l'objet social »[1943]. En effet, aux termes de l'article 277-1 AUSC : « Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il soit établi qu'ils en ont eu connaissance. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers de bonne foi ». Toutes choses qui font dire que ~~de~~ l'objet social est

---

comme la loyauté peuvent servir de référentiel pour apprécier la mise en œuvre des obligations du dirigeant. Malgré cela, le législateur OHADA le saisi comme une limite aux pouvoirs du dirigeant social vis-à-vis des associés tout en précisant l'impératif de protection des tiers qui doivent être mis à l'abri d'une quelconque remise en cause des actes qu'ils effectuent avec le dirigeant au nom de la société.

1937 COZIAN –VIANDIER, *Droit des sociétés* - n°148.6e éd. Litec - 1993 p.48.

1938 Y. GUYON. op. cit p.191 n°189.

1939 Le tiers peut soulever l'irrégularité de l'acte par rapport à l'objet social en se prévalant des statuts.

1940 Y. GUYON. op. cit. p.191.

1941 Sachant que la seule publication des statuts ne suffit pas à constituer cette preuve. Les dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du directeur général sont inopposables aux tiers.

1942 L'activité sociale est « la mise en œuvre de l'objet social », in CHAPUT, L'objet social, thèse, Clermont, 1973.

1943 COZIAN et VIANDIER op. cit, p.49n° 151.

plus apparent que réel[1944]. Il nous faut préciser toutefois que l'objet social est différent de l'activité sociale, c'est-à-dire l'activité réellement exercée par la société. Cette dernière doit répondre à l'objet statutaire ; mais, il peut y avoir discordance, si l'activité de la société s'oppose à l'objet social ou, tout au moins, le dépassant. Dans cet antagonisme, la jurisprudence accorde la prééminence à l'activité conduite par la société. C'est au regard de l'activité effectivement développée par la société que s'apprécie le caractère possible et licite ou non de son objet. Ainsi, les tribunaux ont considéré comme illicite la société dont l'objet statutaire était la gestion d'entreprises, mais dont l'activité réelle portait atteinte au libre exercice du droit de vote dans d'autres sociétés[1945]. Il doit justifier d'un comportement loyal dans la formation et l'exécution des actes qui entrainent l'engagement de la société. La poursuite de l'objet social constitue ainsi un déterminant du comportement du dirigeant, un référentiel pour la construction de la responsabilité sociétale de la société commerciale. Par conséquent, en fonction des différentes parties prenantes de la société, le dirigeant devra prendre la mesure et satisfaire leurs attentes. En effet, la responsabilité sociétale n'est pas « naturelle ». Il s'agit au contraire d'un construit qui nécessite en quelque sorte un effort[1946], plus ou moins conscient. Elle s'appuie sur la liberté des acteurs qui sont autonomes et responsables[1947]. À ce propos, on note que la poursuite de l'objet social ne doit pas être source de conflits d'intérêts, le dirigeant ne devant pas se trouver dans une situation dans laquelle ses intérêts personnels entrer en conflit avec des intérêts dont il a la charge. Parce qu'il est nécessaire de protéger ces intérêts, le conflit doit toujours se résoudre en leur faveur, contre l'intérêt personnel. Cet intérêt ne doit, en raison de ses fonctions, être susceptible de l'emporter sur son devoir de loyauté.

486. En principe, ce n'est donc pas l'intérêt en tant qu'actionnaire qui motivera le dirigeant, cela d'autant que la société peut avoir pour patron un tiers. Cette perspective, c'est-à-dire le fait que le dirigeant social puisse être un tiers montre que ce n'est pas la détention d'une partie du capital qui importe, mais la valeur intrinsèque du dirigeant. Ainsi, le Doyen Roblot[1948] trouve « *fâcheux que les administrateurs n'aient pas un intérêt important dans la société* ». C'est un point de vue réaliste, mais il serait dommage qu'un dirigeant ne se soucie de la bonne marche de la société que par intérêt personnel. Ce serait plutôt contraire

1944 Y. GUYON op. cit, loc. cit

1945 Paris, 21 nov. 1951, S. 1952. 2. 105, concl. Gegout, et celle, qui en fait, tournait la législation sur les lotissements (Civ. 3e, 9 janv. 1973, D. 1973. 367, note Franck

1946 La notion d'effort doit ici être comprise dans le sens d'être « acteur », actif.

1947 Cette notion de responsabilité doit être distinguée de la responsabilité civile comme étant le mécanisme qui permet de sanctionner le manquement à ce devoir.

1948 Ripert et Roblot op. cil. p.876 n01267

à l'éthique - l'idéal ? - de la fonction dirigeante qui est de mettre au premier plan les intérêts de la société[1949]. L'enjeu de la RSE, dans ce cadre, est d'ordre éthique, dans la mesure où la recherche du profit n'a rien d'amoral. C'est plutôt, l'acte consistant à faire du profit aux dépens des autres, à profiter des autres, d'être un profiteur qui choque. À l'inverse, il est conforme à l'éthique de faire profiter les autres, de profiter aux autres, d'être profitable. La nuance est là, dans une préposition, dans un suffixe, qui change toute la finalité de l'action. Cela peut se justifier dans la mesure où, sans profit, les sociétés commerciales sont condamnées à terme. En se fondant sur les articles 1832 et 1833 du code civil, Schmidt considérait que la société ne serait pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés qui ont seuls vocation à partager entre eux le bénéfice[1950]. « La société a pour objet la réalisation du plus important bénéfice social dans le seul intérêt des associés »[1951] et ce, dans le respect des obligations légales et réglementaires qui lient la société[1952].

487. Le dirigeant, en tant que mandataire social, doit poursuivre l'intérêt social et voit donc ses pouvoirs limités en conséquence. Ses marges de manœuvre sont limitées par cet intérêt inféodé dans l'objet social. À ce sujet, on aurait tort de mésestimer la capacité du législateur à atténuer la recherche d'intérêt économique des associés. Il n'est nulle part écrit dans les Actes uniformes que cet intérêt est la maximisation du profit. Tout en renforçant la protection des intérêts des actionnaires en leur offrant des droits pécuniaires[1953], il consacre quasiment la primauté de l'intérêt de l'entreprise sur tout autre intérêt. Les dirigeants ne doivent pas être considérés, de ce fait, comme des mandataires associés (actionnaires). Ils sont mandataires sociaux. À ce niveau, même si d'autres paramètres peuvent être intégrés dès lors qu'ils contribuent à la pérennité et au développement du patrimoine de la société commerciale, le constat est assez mitigé sur l'orientation du législateur dans la prise en compte d'exigence autre que la recherche de

1949 Conséquemment, la première responsabilité de la société à mettre à œuvre par le dirigeant c'est de créer de la valeur, la performance économique pour la société. Pour elle, la fin justifie plus ou moins l'emploi de n'importe quel moyen. L'entreprise est référée à des valeurs quantitatives, patrimoniales, au profit. Dans le dictionnaire Larousse, la définition du profit est claire : c'est "l'avantage matériel ou moral que l'on retire de quelque chose ". Soulignons bien : matériel ou moral. Cela veut dire qu'il ne s'agit pas que de profit matériel, comme on a l'habitude de l'entendre.

1950 D.SCHMIDT, De l'intérêt social, RD banc.fin.1995, n°50, p.130 ;

1951 D.SCHMIDT, De l'intérêt social, *op cit*, n°4

1952 D.SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly, 2000, spéc.p.20, n°13

1953 Les actionnaires ne sont certes pas les propriétaires de la société commerciale, mais ils détiennent des actions émises par les sociétés commerciales utilisées pour structurer juridiquement l'entreprise. Ils sont rémunérés en conséquence.

profit exclusif des associés[1954]. Le législateur consacre ainsi une position qui ramène l'intérêt de la société commerciale à celui des actionnaires, comme cela avait été défendu dans l'arrêt *Ardene Cinemas*[1955]. Dans cette arrêt le juge Evershed relevait que : « […] la phrase « la compagnie dans son ensemble » ne signifie pas que la société est une entité commerciale distincte de ses membres : cela signifie que ses membres en constituent le corps ». Toutefois, lorsque le dirigeant ne satisfait pas à cette exigence de maximisation du profit, sa loyauté ne doit pas être éprouvée, entachée par des cas de fraude et de manipulation (malversation). En effet, même s'il est soumis à des pressions en termes notamment d'atteinte de résultats (à court termes), d'appréciation de la cote boursière ou encore d'incitations[1956] orientées exclusivement vers la performance, le dirigeant ne doit pas perdre de vue qu'il est tenu à une obligation de transparence. Il peut, de ce chef, être l'objet de poursuite judiciaire.

488. Les dirigeants sociaux sont à la tête d'un patrimoine qui n'est pas le leur et ils doivent le faire fructifier, prendre même des risques[1957]. Cette responsabilité relève de l'activité fondamentale de toute entreprise c'est-à-dire la production, la création d'emploi et la croissance économique. Elle a en charge la réalisation de produits ou de services et son horizon est le temps court des marchés. Au sens économique, le marché est le lieu, souvent abstrait où se confrontent une offre et une demande pour aboutir à un échange. L'échange désigne l'acte économique aboutissant à la cession d'un bien ou d'un service entre des agents économiques, cette cession étant assortie d'une contrepartie. Il existe un marché pour chaque bien et chaque marché donne lieu à la fondation d'un prix. À ce propos, pour le dirigeant, « l'emploi des ressources de la société doit permettre la réalisation de son objet et assurer sa pérennité, conformément au contrat de société, tout en servant le but poursuivi par les dirigeants et/ou associés, la réalisation de bénéfices »[1958.] On peut estimer qu'au-delà de la poursuite de l'objet social, le dirigeant a l'obligation de réaliser cet objet social en conformité avec la nature des sociétés capitalistes. Elles ont par nature et par définition, pour finalité première non de produire des biens et services ou de créer des

1954 Cette perspective aurait alors déplacé le centre du pouvoir vers les dirigeants sociaux qui n'ont de souci que la défense, la sauvegarde des intérêts de l'entreprise. Toutefois, on notera qu'une tentative de dissociation entre l'intérêt de la société et l'intérêt des associés sera une entreprise qui remet en cause les dispositions de l'Art. 4 AUSCGIE qui dispose que : « […] La société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés ».

1955Greenhalgh c/ ArdeneCinemas (1950), [1951] 1 Ch.286, p.291 (C.A.)

1956 Les incitations se situent généralement au niveau de la rémunération des dirigeants, des primes tributaires de la performance

1957 A. TUNC , « Le droit anglais des Sociétés Anonymes », p.195 N°106.

1958 http://cde-aix.fr/Blog/wp-content/uploads/2012/01/BRIGNON-Bastien-th%C3%A8se.pdf

emplois, mais de mettre en valeur les capitaux avancés par ses actionnaires. En dernière instance, dans le capitalisme actionnarial, c'est bien l'intérêt des actionnaires qui définit la finalité de l'entreprise capitaliste. C'est dire alors qu'une société commerciale bien gérée est une entreprise qui maximise sa rentabilité financière dans l'intérêt des actionnaires[1959], tout en limitant les menaces qui résulteraient d'une faible culture de la performance juridique.

B. Une obligation de loyauté inféodée dans la performance juridique

489. Puisqu'une entreprise citoyenne ne peut pas se dire citoyenne grâce à une norme ou un label, il faut se rattacher à des principes existants, et les appliquer, pour se dire « citoyen ». La performance juridique poursuivit par le dirigeant doit alors être perçue comme la faculté de comprendre la règle dans son essence et ses évolutions jurisprudentielles (1) pour l'utiliser dans un objectif de gestion de l'entreprise et d'anticipation des risques (2).

1. La faculté de comprendre la règle et ses évolutions jurisprudentielles

490. Le statut du dirigeant est orienté vers la protection de l'intégrité de l'intérêt social qui ne peut être parasité ou vampirisé par la poursuite d'un intérêt particulier. Il y va de la légitimité de la société commerciale. Assimilée à la personne physique et jouissant pour l'essentiel des mêmes droits et privilèges que celle-ci, la société commerciale n'est pas animée pour autant par les mêmes ressorts psychologiques, sociaux ou interactionnels. Son comportement, ses valeurs, et ses aspirations sont définis par l'agencement complexe des intentions d'autres acteurs, personnes physiques, associés dirigeants et salariés, celles-là, qui agissent et pensent pour la personne morale, tout en réconciliant tant bien que mal leurs devoirs et leurs pouvoirs. Le dirigeant dans ce cadre doit être loyal dans la mise en œuvre de ses obligations. Toutes ses obligations ne sont pas des obligations d'agir ; être obligé d'agir est une chose, être obligé de respecter la légalité quand l'action est engagée en est une autre. De surcroit, il est en effet inconcevable d'agir sans égard à l'ordre juridique ou au principe de légalité. Le premier stade de responsabilité est le respect du droit national en vigueur sur tous les territoires où l'organisation opère ; même ceux où la gouvernance

1959 Néanmoins, l'OHADA a procédé à l'atténuation de manière considérable la souveraineté actionnariale en l'accompagnant d'un appel à la responsabilisation du pouvoir des dirigeants, qui, bien que poursuivant l'objet social, doit s'exercer dans l'intérêt de tous ceux que ce pouvoir affecte. Dans cette perspective, et dans la mesure où, au-delà de la recherche de performance économique et financière, la RSE s'inscrit dans une dynamique de performance globale extra-financière intégrant des aspects environnementaux et sociaux, les bénéficiaires du devoir de loyauté restent diffus. La mise en œuvre de l'objet social soulève des intérêts mis à la charge des dirigeants qui évoque une lutte entre des forces opposées que ne peut manquer d'arbitrer le droit.

locale est défaillante. Cela implique que la société commerciale se tienne en particulier régulièrement informée des évolutions législatives et les respecte. Cela aurait permis de pallier notamment les traitements subis par certains travailleurs des multinationales dans certains pays. Par exemple, un auteur du nom De Ravignan[1960] soulignait la faiblesse des salaires versés par la Compagnie fruitière aux femmes travailleuses au Cameroun (28 000 F.cfa), et déplorait les conditions de vie et de travail dans les plantations bananières.[1961] À ce droit national, qui peut être « faible » dans certains pays, s'ajoute le respect des règles internationales universellement reconnues dans les domaines du droit du travail, des droits de l'Homme et de l'environnement, que l'ISO 26 000 décrit. Dans les pays à faible gouvernance locale, ces normes internationales de comportement sont une ligne rouge qui préserve du risque de se trouver complice de leur violation et en position d'être soumis à des recours judiciaires.

491. Partant du principe que la société « entreprise commune » est licite, c'est-à-dire qu'elle n'est pas contraire aux conditions légales de formation, le premier devoir du dirigeant qui poursuit « l'entreprise commune » définit dans les statuts c'est de respecter la loi et doit s'assurer du respect par tous les collaborateurs des lois et règlements. Il ne doit inscrire son action ou ses décisions dans l'illégalité. Cette illégalité peut être perçu comme la « méconnaissance d'une règle de droit constitutive de la légalité et s'imposant comme telle [aux dirigeants de société commerciales] ».[1962] La conformité au droit constitue pour les sociétés commerciales une exigence systématique dans les stratégies sociales. Il en est ainsi en raison de la corrélation entre les risques juridiques[1963] et les autres risques auxquels s'expose l'entreprise à savoir le risque concurrentiel, le risque de réputation souvent irréversible[1964], le risque économique et financier, etc. En ce sens, l'obligation de loyauté du dirigeant est inféodée à la performance juridique, dans la mesure où le droit se veut le lieu par excellence des conciliations, une discipline naturelle des conflits d'intérêts.

[1960] De RAVIGNAN, A., « Esclavage dans la bananeraie », Alternatives économiques, n° 310, février. 2012

[1961] Cité par Youssoufou Hamadou Daouda, « Responsabilité sociétale des multinationales en Afrique Subsaharienne : enjeux et controverses », VERTIGO - La Revue Electronique En Sciences De L'environnement [En ligne], Volume 14 Numéro 1 | mai 2014, mis en ligne le 30 avril 2014, consulté le 29 mars 2016. URL : http://vertigo.revues.org/14712 ; DOI : 10.4000/vertigo.14712

[1962] G. CORNU, « Vocabulaire juridique », PUF, 1998, p. 418.

[1963] Développement des risques juridiques dans l'entreprise s'exprime notamment en termes de pénalisation des comportements de/dans l'entreprise renforcée par la conscience écologiste ou environnementale dans l'opinion publique, etc.

[1964] La prévention des risques d'atteinte à l'image est déterminante dans la démarche RSO dans la mesure où le fait pour une entreprise d'être impliqué dans une affaire par exemple de corruption a des effets très négatifs sur la réputation en interne et en externe.

Il peut s'agir d'intérêts individuels, mais également de l'intérêt commune, général, auquel cas, l'intervention du législateur est beaucoup plus remarquable. Il est observé que la performance juridique n'est pas la performance de l'entreprise (qui excède la performance juridique), ni (uniquement) la performance du service juridique de l'entreprise, encore moins le coût du service juridique.

492. À la lumière des analyses de certains auteurs[1965] on peut considérer que la performance juridique renvoie au rôle stratégique de la fonction juridique dans la société commerciale, à son aptitude à utiliser rationnellement l'environnement juridique pour limiter les menaces et /ou créer de la valeur (pas nécessairement économique), à une opportunité dont peut se servir l'entreprise pour avoir des avantages concurrentiels, en utilisant, en créant ou en provoquant la création de ressources juridiques. Cette performance est consubstantielle à la bonne gouvernance des entreprises. Cette dernière s'organise notamment autour des règles applicables aux sociétés commerciales relatives notamment à la lutte anti-corruption au respect de la loi fiscale, du droit social. Elles résultent de la transposition de conventions internationales[1966] ou la création de dispositif institutionnel[1967]. Cette bonne gouvernance des entreprises privées[1968] comme publiques est encouragée, mais trouvent leurs limites dans leur silence ou leur manque de lisibilité dans des dispositifs juridiques nationales. À l'observation on se rend compte que ces dispositifs sont largement battus en brèche accentuant d'avantage le contexte de quasi-totale impunité et des obstacles créés par les conflits d'intérêts[1969] , les effets de ces mesures restent dérisoires. En tout état de cause, la performance juridique doit constituer un outil de gestion, de direction et d'administration de la société commerciale.

[1965] COLLARD et ROQUILLY, la performance juridique, pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise, LGDJ 2010

[1966] Convention de l'Union Africaine du 11 juillet 2003 sur la prévention et la lutte contre la corruption. Protocole anti-corruption de la SADC qui organise la coopération judiciaire et facilite l'extradition.

[1967] Citons à titre d'exemple la Haute autorité de coordination de la lutte contre la corruption au Burkina Faso.

[1968] Le Groupe de Réflexion et d'Assistance à la Sécurité des Investissements en Afrique (ci-après : « GRASIA ») met en place l'indice africain de bonne gouvernance des entreprises. Il a été présenté en mai 2011 à l'UEMOA et est en cours de discussion. Voir aussi les initiatives de la BAD pour encourager la transparence financière des entreprises (site http://www.afdb.org/). L'association « African compliance Unit ».

[1969] Voir la revue ACU n°1 de septembre 2010 sur le site de Africa compliance Unit (site : http://www.africacompliance.com/iso_album/revue_acu_septembre_2010.pdf)

2. Utilisation de la performance juridique dans un objectif de gestion, de direction de la société commerciale

493. L'adoption d'une démarche de RSE peut être motivée par la pression de la règlementation qui lorsqu'elle est ignorée peut favoriser la montée du sentiment de défiance à l'égard de la société commerciale dont l'action se trouve de plus en plus contestée. En particulier, la performance juridique sera un outil de sécurisation de l'entreprise pour peu qu'elle intègre l'idée que le droit n'est pas une contrainte mais un des critères de sa bonne gestion. À travers la performance, il s'agit d'une invitation à gérer juridiquement les risques et pas seulement à gérer des risques juridiques, c'est-à-dire que le droit être saisi comme outil de gestion juridique des risques, de quelque nature qu'ils soient. En effet, la société commerciale est confrontée à un contexte de judiciarisation de la vie des affaires, qui rend indispensable la prévention et la gouvernance des risques, et à une technicité juridique croissante qui s'immisce dans tous les domaines de la gestion de l'entreprise.[1970] C'est ainsi qu'intégrer de manière naturelle la dimension juridique, dans les processus de décision des dirigeants, contribue, en effet, à bâtir une véritable culture de la prévention dans l'entreprise.

494. Cette performance juridique vise à développer, dans l'entreprise, une intelligence plurielle, grâce à la conjugaison, notamment, de l'intelligence juridique à l'intelligence économique. Au plan normatif la performance juridique doit aboutir à une conformité normative (légale en particulier) des opérations ayant un lien quelconque avec le droit (le travail des salariés, la fourniture de bien et de service, etc.).[1971] Le dirigeant doit en effet poursuivre la performance juridique pour ne pas être poursuivi pour faute de gestion et intégrer dans sa gestion une culture de gestion juridique des risques, étant entendu qu'il faut distinguer la gestion des risques juridiques et gestion juridique des risques. Dans cette perspective, la soumission volontaire du dirigeant à une loi[1972] ou à une norme sociale est d'abord une question éthique et permet une certaine satisfaction de la responsabilité

1970 Ce n'est qu'à la réalisation du risque, que la défaillance de la réflexion juridique, sur le schéma des décisions, des délibérations, des délégations et l'organisation des responsabilités fonctionnelles au sein de l'entreprise, devient criante.

1971 Elle permet ainsi de parvenir à une intégration du comportement économique socialement responsable, la norme ISO 26000. Au plan économique, réussir une meilleure intégration du droit dans la stratégie économique de l'entreprise ; avantage concurrentiel en raison de la limitation des moins-values induites par les risques encourus. Les fonctions de direction du dirigeant sont attachées à la création de valeur juridique ajoutée.

1972 Générale (s'affichant d'emblée pour tous) ou spéciale (ne valant présentement que pour un cas mais potentiellement généralisable).

sociétale de la société commerciale, sans remettre en cause l'obligation de soumission à cette loi. La dimension éthique est privilégiée en ce sens qu'elle touche plus à la soumission à la loi que l'on se donne à soi-même (autonomie) qu'à la loi qui est donnée de l'extérieur (hétéronomie). La loi appelle certes une adhésion de l'esprit, mais encore et surtout du vouloir du dirigeant. Les RSE normées sont des éthiques de la volonté. C'est dans cette perspective, que lorsque quelqu'un qui ne comprend pas le sens de la loi qu'il se donne ou qui lui est donnée, peut et même doit encore lui obéir. Il le fera sans doute à l'aveuglette, mais l'important est qu'il le fasse : c'est là tout ce qu'on attend de lui. C'est son devoir.[1973] La RSE recouvre de ce point vue une dimension limitative. En l'espèce, la conscience[1974]prend le dessus sur la menace d'une contrainte institutionnalisée. Cela n'enlève en rien toute la portée de la contrainte légale[1975]. L'obligation de direction et de gestion du dirigeant dans la performance juridique, se définit d'une part en termes de planification (Planification normative de l'entreprise, de son évolution et de ses activités, que ces normes soient sociales ou techniques. Il doit dans ce cadre assurer la validation de la stratégie juridique en veillant, d'une part, à promouvoir sa mise en œuvre et, d'autre part, à en assurer le contrôle et l'évaluation ; d'autre part en termes de gouvernance. Cette gouvernance requiert la clarté et cohérence de la structure organisationnelle: cela facilite le processus décisionnel et les actes opérationnels, la pertinence et légalité des délégations de pouvoir: aide à établir l'imputabilité d'un acte et évite la dilution ou la dispersion de responsabilité et enfin une claire définition des rôles de la fonction juridique: en faire la courroie des autres fonctions (en particulier celles dont le dysfonctionnement est susceptible d'affecter le fonctionnement normal et quotidien de la structure). Il doit ainsi assurer la connexion entre tous les segments, tous les aspects, tous les stades de la vie de l'entreprise et le système de régulation juridique, pour atteindre cette performance

[1973]http://www.centre-ethique.univ--ezanne.fr/fileadmin/FDSP_CentreEthique/documents/Actes_colloque_96_-_Ethique_des_Affaires.pdf

[1974] Au sens intellectuel d'"être conscient de", "prendre conscience de". Cum sciencia : en sachant ce que l'on fait.

[1975] En l'occurrence, il est possible de mettre l'accent sur la vision pathologique du droit. En effet, les entreprises perçoivent généralement le droit comme une contrainte (la définition dogmatique de la règle juridique y est un facteur déterminant-le droit est une règle de contrainte…). La plupart des entreprises cherchent toujours ou parfois à éluder le droit. On constate également relativement à l'usage du droit, à la fois un usage ponctuel du droit par les entreprises, généralement en cas de contentieux ; un usage marginal, dans une posture « défensive » et surtout une faible implication des fonctions juridiques de l'entreprise dans le processus décisionnel, dans la planification stratégique et dans l'opérationnel. Le droit apparait comme un élément rarement désirable dans l'entreprise, ce qui impacte considérablement sur ses relations avec les parties prenantes. Une telle analyse donne tout son sens à l'exigence de performance juridique de l'entreprise dans la recherche de sa responsabilité sociétale de la société commerciale.

juridique de l'entreprise.[1976] La fonction juridique est généralement dans ce cadre inexistant ou rattaché à l'opérationnel et s'oppose à la stratégie planifiée pour laquelle la fonction juridique est stratégique et s'intègre dans la stratégie globale de l'entreprise. Il peut mettre en œuvre une stratégie offensive La fonction juridique devient stratégiquement différente de la stratégie défensive qui renvoie spécifiquement à l'autonomisation de la fonction juridique ; mais celle-ci reste cantonnée à l'opérationnel. Cette inféodation fait que le droit devra constamment corriger le déséquilibre dans la mise en œuvre des fonctions du dirigeant qui s'est alignée sur des impératifs de la finance[1977]. Le droit ne doit pas renoncer à ses fondements sociaux : gérer des acteurs en même temps que des facteurs[1978]. Cette nécessité répond du souci de préservation des conditions de l'efficacité. À défaut d'aménager de telles conditions, les « performances » visées par les associés ou le dirigeant ne sont pas durables, l'efficacité ne se constate que dans des « enclaves », et les effets de telles initiatives ne résistent pas longtemps à tout ce qui aura été systématiquement mis de côté et dont on aura ignoré la portée. Cela appelle une réelle valorisation d'une conception économique du temps conforme à la poursuite de l'objet social.

§2. La valorisation d'une conception économique du temps conforme à la poursuite de l'objet social

495. Le statut du dirigeant et son régime ont été pensés dans le cadre de l'OHADA en référence principalement au bilan social, son annualité (A). La question de redevabilité adressée aux dirigeants comme une injonction qui conditionne leur accès aux ressources est excellente si on l'agite dans le sens de (re)mettre l'accent sur leur responsabilité, dans le sens de la durabilité. Cela semble inscrire le statut du dirigeant hors du temps en raison du caractère aléatoire (B)

[1976] Un concept émergent peut être fécond pour la poursuite de la RS de la société commerciale. La nouveauté tient à cette nouvelle vision du droit dans l'entreprise : du droit « contrainte » on passe au droit « ressource » (nécessité de l'intégrer aux ressources de l'entreprise) ; du droit porteur de valeur au droit source de valeur (en l'instrumentalisant). Il répond du souci de maitrise de l'environnement juridique et sa conversion en opportunité. Cela passe par une véritable connaissance des activités de l'entreprise. Ainsi, l'entreprise devra situer « sa » fonction juridique dans la typologie des fonctions juridiques : style réactif et/ou style proactif. Le dirigeant peut adopter une stratégie passive.

[1977] Betbèze J.-P., les Dix Commandements de la Finance, Paris, 2004, Odile Jacob.

[1978] Martinet A.C., Management stratégique, organisation et politique, Paris, Mc Graw Hill.1984.

A. Une annualité des bilans et ambigüité des principes fondateurs du développement financier de la société commerciale

1. L'exercice de la reddition des comptes sur la gestion économique

496. Force est de constater que l'AUSCGIE concourt à accroître l'emprise d'une immédiateté qui ne peut que s'opposer à première vue, à toute durabilité de l'action politique de la société commerciale. Aux termes de l'article 138 AUSC : « le gérant, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, établit un rapport de gestion dans lequel il expose la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les événements importants survenus entre la date de clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi et, en particulier, les perspectives de continuation de l'activité, l'évolution de la situation de trésorerie et le plan de financement ». Ces dispositions mettent l'accent sur la redevabilité du dirigeant qui rend compte de sa gestion et de l'exécution des différentes stratégies, une fois par an devant l'AG, l'organe grâce auquel les actionnaires ont la possibilité de s'exprimer, de former leur opinion, de voter[1979], voire d'exprimer leurs droits inaliénables sur les autres organes de la société. Cette rédaction du Législateur OHADA met en exergue la logique économique en élargissant le critère de la société et en insistant tour à tour sur « le partage des bénéfices » et le profit qui peut être tiré de l'« économie qui pourrait en résulté »[1980].

497. Cette orientation s'explique si l'on considère les objectifs de la réforme OHADA. Il s'agit davantage de permettre d'une part des échanges ponctuels (s'inscrivant dans le moyen, court terme) entre les parties prenantes internes et d'autre part d'évaluation, le contrôle de l'exercice du dirigeant orienté essentiellement vers la performance économique. La recherche de performance financière est une course sans fin. Le rapport au temps dans la culture des affaires est spécifique : « time is money », l'adage est si bien connu, le temps est donc compté et, dès lors, associé à l'idée de course et de rentabilité. Le temps du dirigeant se conçoit aussi comme une trajectoire du passé vers le futur, avec une connotation évolutionniste où l'on part du moins pour aller vers le mieux, de l'inferieur

1979 Les droits de vote détenus par l'actionnaire principal peuvent lui conférer une importance considérable. L'impression que les petits actionnaires puissent détenir le pouvoir de décision grâce au rassemblement de leurs voix paraît alors illusoire, principalement dans les entreprises dominées par un actionnaire principal. Cette situation explique peut-être pourquoi certains considèrent que toutes les décisions sont déjà prises en amont et que la tenue des assemblées générales est une perte de temps, n'ayant lieu que pour la forme et les obligations légales.

1980 Encyclopédie du droit OHADA, dir.Paul-GerardPougoue, Lamy, 2011, 2191 pages

vers le supérieur, le passé valant moins que le futur, l'évolution étant nécessairement progrès. Et ce progrès s'évalue par l'accumulation d'où découle la notion de croissance et par la domination toujours plus complète exercée par la société et la performance sur la nature et les droits des autres parties prenantes. Ce rapport au temps justifie le climat d'urgence qui imprègne toute société commerciale et principalement le dirigeant. Dans ce cadre, il est possible de relever le culte du chiffre, du quantifiable et de la compétition qui est consacré par le législateur OHADA. Chiffres sentences, telles les statistiques, chiffres « garde-fous », telles les normes « planchers » ou « plafonds » que la RSE suggère de dépasser. Les « états financiers », les « bilans », « les chiffres d'affaires », le « bénéfice », les « pertes », les « dividendes », tout se traduit en chiffres qui apparaissent ainsi comme le terreau dans lequel s'enracinent les pouvoirs et responsabilités du dirigeant. Il s'agit de l'ultime critère présidant aux fonctions du dirigeant. Il traite le temps et notamment le temps long sur un mode quasi-négationniste, il arase le champ temporel, il prétend le déclarer forclos. À la fois obsédé du temps et orphelin du temps, le dirigeant est tombé à la merci des impératifs de rentabilité forcenée. Le « tout de suite » régente despotiquement sur les sphères de la production, des échanges et de la consommation ; ce temps de la modernité est comme « lyophilisé », émietté en bribes disparates et desséchées. Le dirigeant et d'une manière générale, *la gent* postmoderne célèbre le primat culturel du court terme ; elle salue comme une performance, une libération de la surmobilité frénétique des gens et des choses. Ce déni moderne du temps long affecte notamment les relations entre nature et société. Temps long de la nature et temps court du profit entrent en conflit, en dyschronie brutale.

498. Ces référentiels placent les associés et actionnaires au centre de la gouvernance d'entreprise. Ils exercent le contrôle final des activités du dirigeant dans le cadre de l'AG qui assure le contrôle des différentes interventions des organes sociales. Ce contrôle, en principe, ne porte pas sur l'opportunité des décisions mais sur leur régularité. Ils ne peuvent ainsi dénoncer les erreurs de gestion si elles ne se traduisent pas par une irrégularité juridique ou comptable[1981]. Leur qualité d'associés attachée aux parts et actions qu'ils détiennent leur permet d'exercer leurs droits de vote et leurs droits de formuler des propositions, ainsi que d'obtenir des renseignements sur les affaires de la société. Le pourcentage important de droit de vote détenu par ce type d'actionnaires permet à ces derniers de dominer les assemblées générales et d'exercer, de manière directe ou indirecte,

1981 GUYON. op.cit éd. 1992 PP. 369.370 n° 358

un contrôle efficace sur la gestion des entreprises. Ces conflits d'intérêts entre actionnaires peuvent être d'autant plus importants lorsque l'organisation de l'entreprise ne correspond pas au principe « une action –une voix ».

499. Les fonctions du dirigeant sont définies en fonction du contexte dans lequel s'appliquerait cette norme de loyauté. Il reste fortement influencé par la nature de l'actionnariat. Certains auteurs considèrent que : « L'entreprise capitaliste, par nature et par définition, a pour finalité première non de produire des biens et services ou de créer des emplois, mais de mettre en valeur les capitaux avancés par ses actionnaires. L'innovation, la production et la commercialisation ne sont que des moyens au service d'une fin, l'accumulation de capital »[1982]. Les dispositions de l'article 4 AUSCGIE rappellent que, « la société est instituée (...) en vue de partager le bénéfice ». En effet, les sociétés commerciales « ne doivent avoir pour seul objectif que de maximiser les rendements offerts aux actionnaires. Tout ce qui les éloigne de cet objectif est dénoncé comme anti-économique et contre-productif »[1983].

500. Ainsi, dès qu'un agent économique confie la gestion de ses propres intérêts à un autre agent, il apparaît une relation d'agence. C'est naturellement que la boussole actionnariale soit alors considérée comme l'outil essentiel d'une direction générale. Même si au terme d'une procédure de constitution définie par l'AUSCGIE, des dispositions légales se substituent à la volonté originelle des fondateurs de la société et même si elles érigent l'acte social originel en institution et lui confèrent une existence autonome détachée de ses membres, l'actionnariat aura une incidence sur la politique de la société commerciale, et ses intérêts peuvent s'opposer à ceux des parties prenantes. L'idéologie actionnariale s'est construite autour d'un concept très facile à mettre en œuvre : la valeur actuelle nette des projets d'investissement. Avoir la qualité d'associé c'est avoir un droit sur les bénéfices. Ce sont eux qui décident ensemble d'affecter des biens en numéraires et des biens en nature à une activité mais dans le but de partager les bénéfices. Les dividendes constituent la part de bénéfice revenant à chaque action ou à chaque part sociale[1984]. Il appartient à l'AG des associés de déterminer la part de bénéfice à distribuer aux associés après avoir approuvé les états financiers de synthèse et constaté l'existence de sommes distribuables. Ces règles sont d'ordre public. Le législateur annule toute délibération qui violerait ces

1982 http://www.france.attac.org/Art.s/gouvernance-dentreprise-quels-pouvoirs-pour-quelles-finalites (consulté le 20 juillet 2013)

1983 Publié le 14 septembre 2011 - 10:21 par Thomas Coutrot et Antoine Rebérioux

1984 Article 144 AUSCGIE.

règles. Il en est de même de la distribution qui se ferait en violation de ces règles. Celle-ci peut d'ailleurs constituer un délit appelé distribution de dividendes fictifs en vertu de l'article Article 144-2 qui dispose que : « Tout dividende distribué en violation des règles énoncées aux articles 144 et 144-1 ci-dessus est un dividende fictif ». La distribution peut toutefois être aménagée sans que cela ne s'apparente à une distribution de dividende fictif. En effet, aux termes de l'article 145 : « Les statuts peuvent prévoir l'attribution d'un premier dividende qui est versé aux titres sociaux dans la mesure où l'assemblée constate l'existence de bénéfices distribuables et à la condition que ces bénéfices soient suffisants pour en permettre le paiement. Il est calculé comme un intérêt sur le montant libéré des actions ».

501. Même pour ce qui concerne la distribution de dividendes partiels, les pouvoirs du dirigeant sont limités. En effet, en vertu de l'Article 144-1 AUSCGIE: « Il peut être distribué un dividende partiel : 1°) si les statuts le prévoient ; 2°) lorsqu'un bilan établi au cours du second semestre de l'exercice et certifié par un commissaire aux comptes fait apparaître que la société, depuis la clôture de l'exercice précédent, après constitution des amortissements et provisions nécessaires, déduction faite s'il y a lieu des pertes antérieures, des dividendes partiels régulièrement distribués ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts et compte tenu du report bénéficiaire, a réalisé un bénéfice ; 3°) et, si les perspectives d'activité de la société jusqu'à la fin de l'exercice permettent de maintenir le bénéfice au moins à ce niveau ». Il n'a qualité pour décider de distribuer un dividende partiel dont le montant ne peut excéder cinquante pour cent (50%) du montant du bénéfice constaté et pour fixer le montant et la date de répartition que selon le cas où le conseil d'administration n'y satisfait pas.

502. On notera également que le même principe est retenu en matière de paiement des dividendes. À ce niveau, les modalités de mise en paiement des dividendes sont fixées par la collectivité des associés. C'est à défaut de fixation par les associés ou le conseil d'administration que le dirigeant peut y procéder[1985]. La distribution du dividende doit se faire dans un délai maximum de neuf mois après la clôture de l'exercice. En effet, l'alinéa 2 de l'Article 146 énonce que : « Dans tous les cas, la mise en paiement des dividendes doit avoir lieu dans un délai maximum de neuf (9) mois après la clôture de l'exercice. La prolongation de ce délai peut être accordée par la juridiction compétente ». Là, également, les prérogatives du dirigeant sont fortement limitées. Ce délai peut être prolongé par le

1985 Art. 146 AUSCGIE

Président de la juridiction compétente. La gouvernance d'entreprise a pu imposer cette logique : « Quand on a une activité qui se porte bien, il faut récompenser les actionnaires qui sont à la base de la confiance du long terme ». C'est dire que le dirigeant doit faire des arbitrages, qui doivent respecter également les dispositions de l'AUSCGIE relativement au caractère institutionnel de la société. Ce caractère produit, sur le statut des personnes qui agissent au nom de cette société, des conséquences qui ne découlent pas de la volonté des associés mais plutôt de la loi. Toutefois, il reste que le droit OHADA a pour vocation d'impulser la croissance des entreprises africaines. Or, « il est essentiel de donner la priorité à la compétitivité de nos entreprises et donc de s'assurer que les investissements sont rentables et, qu'ils le soient très vite »[1986.] De ce point de vue, pour être légitime, la mise en œuvre de RS de la société commerciale ne peut se faire sans intégrer de manière conséquente la logique de rentabilité, étant entendu que les décisions sont prises essentiellement en fonction d'informations non financières sur le long terme.

503. La Commission des opérations de Bourse[1987] française formulait déjà les mêmes critiques en précisant que « la recherche de la maximisation de la valeur actionnariale est […] un principe de management des organisations qui souligne que la poursuite simultanée et mal hiérarchisée de plusieurs objectifs constitue un moyen assez sûr de n'en atteindre aucun. Dans une économie de marché, tous les acteurs tirent bénéfice de ce que l'entreprise cherche en priorité à maximiser la valeur actionnariale »[1988]. Certains auteurs constatent à ce propos qu'« une majorité d'actionnaires cherchent avant tout la liquidité de leurs actifs, c'est-à-dire des parts sociales en leur possession, d'ailleurs les marchés boursiers, où s'échangent quotidiennement ces parts, sont organisés à cette fin »[1989]. Aux termes de l'article 890, il est écrit : « Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui ont sciemment, même en l'absence de toute distribution de dividendes, publié ou présenté aux actionnaires ou associés, en vue de dissimuler la véritable situation de la société, des états financiers de synthèse ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle des opérations de l'exercice, de la situation financière et de celle du patrimoine de la société, à l'expiration de cette période ». La fraude sanctionnée est caractérisée par, aussi bien

1986http://www.rerolle.eu/post/2012/09/30/La-RSE-est-elle-pertinente-pour-l-actionnaire (consulter le samedi 20 juillet 2013, à 14h.02).

1987 Créé par l'ordonnance du 28 septembre 1967, elle a été remplacée par l'Autorité des Marchés Financiers. Elle avait notamment pour mission de surveiller les marches et de sanctionner les dérives.

1988 Bull. COB mai 2000, no 346

1989 BERLEET MEANS, The modern corporation and private property, en 1932.

l''absence de divulgation dans les délais légaux[1990] ou la divulgation trompeuse, que la manipulation des résultats comptables et financiers de la société. Or, on se rend compte que ces fraudes peuvent être favorisées ou facilitées par les contrôles souvent défaillants, s'ils ne sont pas inexistants de la part des associés et organes sociaux. Les associés, ainsi que les commissaires aux comptes (vérificateurs de compte) doivent, de ce point de vue, être vigilants et assurer le contrôle et la surveillance des états financiers. Pour ce faire, ils disposent d'outil juridique, à savoir les mécanismes de communication et d'information, l'audit interne, le droit d'alerte, etc.[1991]

504. Ainsi, rejeter cette vision du développement des sociétés commerciales, n'est pas seulement refuser un modèle ou un concept, c'est prendre ses distances par rapport à tout un cortège de références, de pratiques et de manières de raisonner. Ce n'est pas pour autant nier qu'une accumulation de profit, des ressources et des investissements conséquents soient nécessaires.

2. L'ajout d'obligation de reporting social et environnemental aux obligations d'information de la société commerciale

a- L'évaluation de la mise en acte de la RSE

505. L'idée d'évaluer la mise en acte de la RSE peut sembler à prime abord saugrenue. Il ne s'agit « évidemment » pas de réaliser une évaluation comme on réalise un bilan de fin d'année, en pesant le pour et le contre, et en cherchant à améliorer les points négatifs tout en renforçant les points positifs, le responsable étant mis à la porte si le bilan n'est pas favorable. Si l'on considère une société commerciale, c'est même l'inverse qui se produit souvent : le dirigeant affirme des valeurs qui ne sont pas respectées, créant ainsi des attentes inassouvies ; la déception étant à la hauteur des attentes, le personnel n'ose ou ne peut réagir efficacement ; il s'en trouve démotivé, la productivité baisse, et certains travailleurs, souvent les plus performants, quittent l'entreprise ; d'autres se sentent tellement mal à l'aise qu'ils ne prennent plus aucune initiative et en viennent même parfois

1990Art. 890-1 : « Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui n'ont pas déposé, dans le mois qui suit leur approbation, les états financiers de synthèse ».

1991 En l'occurrence, l'idée qu'il faille sans cesse accumuler une masse toujours croissante de « richesses » matérielles et que ces richesses, nous paraissent assez absurdes. À mesure que le profit de la société se développe, les intérêts des parties prenantes peuvent être négligés. Il revient à créer l'exclusion là où la rétribution devrait prédominer au regard des principes RSE. Tout ce qui ne se chiffre pas, toute réalité irréductible à des quantités « objectivement » saisissables, est négligeable. Ainsi, va-t-il sans doute de la poursuite de la RS de la société commerciale qui affecte profondément la société commerciale, mais ne se prête pas commodément à une quantification objective.

à tomber malade ; le dirigeant, quant à lui, reste à son poste et ne souffre pas de la situation si la rentabilité en vient à trop se réduire[1992]. Relevons que le même exemple pourrait être pris au niveau des sociétés dans leur ensemble avec les citoyens en rapport avec l'État. Cela pour montrer qu'il existe une certaine forme d'évaluation de la RSE, et que celle-ci est peu objective, mais qu'elle n'en joue pas moins un rôle considérable quoique rarement mise en évidence. Face à cela, le principe de gouvernance éthique ne consiste pas á tenter d'évaluer ce genre de phénomènes, ce qui nous semble impossible. Il s'agit essentiellement d'avoir conscience de tels phénomènes et d'en tirer les conclusions.

506. Ce second point appartenant à chaque partie prenante. On peut simplement affirmer ce qui constitue la deuxième propriété d'une gouvernance ayant pour ambition de reposer sur des valeurs, à savoir que l'on ne saurait appliquer une éthique sans la mettre en processus. Ce qui signifie qu'il existe une dialectique fondamentale entre les valeurs et leurs champs d'application, les deux étant voués à se modifier mutuellement : les valeurs « se laissent transformer » au gré des expériences faites et des vicissitudes de leur application – ou de leur non application – tandis que la conviction mise dans leur application étant capable de transformer la réalité de façon à pourvoir leur ouvrir des champs d'application. En cela, gouverner soi-même ou les autres sur la base de valeurs n'est pas un acte en soi, mais un chemin emprunt à la fois des sentiments de modestie et de perfectibilité. Ce chemin implique, au niveau de la gouvernance personnelle, une pensée introspective et (auto)réflexive ; et au niveau des groupes, ce qui s'apparente à une évaluation, à savoir un dialogue le plus ouvert possible et réalisé dans un esprit de bienveillance, de non perfection, mais de recherche de la vérité et d'autocritique collective ; conditions, il est vrai, difficiles à réunir, quoique non impossible.

b- La difficile évaluation de la RSE mise en acte par les dirigeants

507. La question de l'évaluation de la RSE se complique largement du double fait de la diversité des valeurs de chacun au sein d'une organisation, mais également de la nécessité de l'existence d'une « bonne volonté » de la part de la direction, ou d'une masse critique suffisante de citoyens - « acteurs » dans l'organisation. Dans une version utopique, la

1992 Ce point peut nous être fort utile pour mieux comprendre les questions de l'éthique appliquée (ou non) aux organisations. Par exemple, l'ambiance de travail, la convivialité, qui constituent en quelque sorte des expressions de « sentiments collectifs », peuvent dans certains cas constituer de bons indicateurs d'un trop grand décalage, soit entre les affirmations éthiques de l'organisation et ses pratiques réelles, soit entre le les modalités de fonctionnement de l'entreprise et les valeurs des individus qui la compose.

gouvernance RSE supposerait l'autogestion, et donc à la fois la concertation permanente et la co-responsabilité totale ; ce qui n'est, dans les faits, pas imaginable, ne serait-ce que par la longueur des procédures et le coût engendré.

508. Dans une autre version que l'on peut qualifier d'idéale, la Gouvernance éthique serait le fait de l'honnêteté des dirigeants, autant que le serait la capacité « d'acteur » des personnels. Dès lors, et les cas existent, un climat de confiance peut s'établir de façon à favoriser les dialogues à propos de la cohérence des réalités avec les valeurs prônées, du type d'organisation favorable à la mise en acte des principes éthiques, des comportements de chacun, etc. Le fait même de rendre les valeurs explicites et d'accepter d'en discuter constitue déjà un grand pas. Nous avons, par exemple, précisé que l'absence d'affirmation de valeur dans le cadre de la Communauté européenne rendait difficile les négociations et contribuerait certainement à la prolifération des mesures réglementaires. Affirmer des valeurs sur lesquelles peuvent s'établir un dialogue et une contestation est, certes, potentiellement dangereux pour une organisation, car pouvant mettre en cause ses fondements mêmes ; mais, ne pas le faire peut l'être tout autant, surtout dans un contexte où les individus et les citoyens aspirent – sans le pouvoir généralement – à participer à la vie de leur société. Le dialogue est également réciproque : certaines parties prenantes peuvent critiquer, mais d'autres ont également l'occasion d'exposer leur point en vue, leurs contraintes, leurs limites, en toute franchise. Or, la franchise ne s'avère que rarement contreproductive. De façon fort simple, un premier pas consiste déjà à rendre explicite les valeurs du collectif, par exemple en élaborant une charte dans laquelle figurent les principes éthiques de l'organisation[1993], mais aussi, à mettre en place un cadre de communication sociale relatif, soit une forme « d'évaluation périodique » de la charte[1994].

509. La notion d'évaluation est aussi capitale. Cependant, il ne faut pas s'y tromper : aucune évaluation totalement objective, ni garantissant la sincérité pourtant indispensable à l'exercice, n'est véritablement possible. L'évaluation peut en réalité autant consister à simplement observer l'évolution du bien-être des collaborateurs au travail par exemple, sans aucun protocole. Dans une version plus ambitieuse, on peut espérer faire participer le personnel à un exercice d'évaluation des réalités du fonctionnement de l'entreprise en

1993 Incorporant l'esprit à la fois de révision possible des principes éthique et l'idée de perfectibilité.

1994 Sans que ce cadre n'ait pouvoir de décision quant à la modification de la charte afin de laisser place à une plus libre expression possible des participants et que les discussions puissent être plus ou moins exemptes d'enjeux ; ce qui nécessite évidemment un climat de confiance préalable tout de même difficile à établir…

référence à une charte[1995]. Il existe déjà des entreprises et/ou des patrons qui pratiquent de façon souvent très implicite un tel exercice, mais il n'est guère possible de dépasser la limite qui est intrinsèquement celle de la gouvernance éthique, à savoir qu'elle repose, au niveau de l'entreprise également, sur la seule « bonne volonté », ou sincérité des acteurs.

B. Un statut du dirigeant hors du temps en raison du contrat de société

510. Dès que l'exercice d'activités économiques ou commerciales est indiqué dans les statuts, notamment dans le contrat de société, le dirigeant est tenu d'assurer personnellement le service à lui confier par les associés conformément au contrat de société et de s'y consacrer en toute circonstance avec diligence (1) et sens de responsabilité, au mieux (2).

1. Un contrat de société structuré autour de buts.

511. En principe, conformément aux dispositions de l'article 4 AUSCGIE, le dirigeant poursuit un but, la finalité libérale de la société commerciale créée pour faire des bénéfices. Il est alors difficile de ne pas considérer le statut du dirigeant comme essentiellement structuré autour du contrat de performance économique attaché à la poursuite de l'objet social. En l'état, le dirigeant tente d'atteindre ce but en se fixant des objectifs conformément à l'objet social. Ces objectifs sont des résultats que la société commerciale se propose d'atteindre à une date donnée, des états désirés de l'organisation pour un moment déterminé du futur. Les objectifs sont des états futurs à atteindre. Ils doivent donc être mesurables et constituer un critère pertinent. *A priori,* on estime considérer, relativement à ces buts, que les résultats de la société constituent la base la plus naturelle et la plus tangible de mesure de l'atteinte de ces buts. Les buts sont les intentions qui sous-tendent l'action, les aspirations fondamentales sur un horizon temporel généralement non borné précisément. Comme tels, ils ne sont jamais véritablement atteints mais toujours à poursuivre. La formulation des buts est une traduction des finalités de la société commerciale qui reste libérale.

512. C'est l'affirmation des finalités de la société commerciale qui propose des buts, formulés sous formes d'objectifs de nature diverse. Cette finalité est la réalisation « des

1995 Ce qui ne garantit cependant aucunement la sincérité de l'exercice, qui peut même au contraire s'avérer être totalement dysfonctionnel, manipulé consciemment ou non, et servir d'alibi ou d'argument de propagande. La question ne peut donc être résolue autrement que par la seule bonne volonté des dirigeants, ainsi que par l'action autonome des acteurs qui composent l'organisation.

profits pour assurer sa pérennité ». Cette intention libérale est consubstantielle à la nature de la société commerciale. Pour autant, on pourrait demander sur quelle base juger la diligence du dirigeant dans un univers de complexité où sur le fondement des buts de la société commerciale, cette dernière ne s'inscrit pas dans une logique de charité, mais dans une exigence de performance. Cette situation appelle une prise de risques qui ne doit toutefois pas être constitutive de faute de gestion c'est à dire la violation d'une obligation légale ayant entraîné une réduction importante de l'actif, voir une insuffisance d'actif.

On sait que les résultats ne dépendent pas seulement de la compétence des dirigeants. Ils sont aussi tributaires de l'environnement économique et social. De ce point de vu, ne commet pas alors une faute de gestion[1996] le dirigeant qui ne réalise pas un bénéfice, à dégager et à distribuer entre les titulaires de titres sociaux. La société n'y est pas vue comme la réponse qui porterait du profit mécaniquement nécessaire à la rémunération d'un capital et de l'industrie, hors de toute régulation sociale et politique.

513. La poursuite de ces buts est donc un indicateur de l'adéquation des actes de gestion du dirigeant qui impactent la situation financière de la société. C'est d'ailleurs en référence aux buts que certaines libéralités peuvent être contestées. L'intention libérale peut être a priori contraire à toute opération de mécénat, synonyme de libéralité, de don c'est-à-dire un soutien matériel apporté, sans contrepartie directe1997 de la part du bénéficiaire, à une œuvre ou à une personne pour l'exercice des activités présentant un intérêt général. Dans ce cadre, le dirigeant est responsable de l'exécution du mandat qui lui est confié[1998]. À ce titre, on peut s'interroger sur la corrélation à faire entre les services rendus par le dirigeant et la situation financière de la société. Dans un arrêt du 4 novembre 1982, la Cour de cassation française a admis que la défaillance de l'entreprise pouvait à défaut d'autres explications faire présumer celle de ses dirigeants. « Attendu qu'en retenant souverainement que la chute brutale du chiffre d'affaires... ne pouvait être attribuée […]

1996 Une faute de gestion est une faute commise par le dirigeant dans l'administration générale de la société, manifestement contraire à l'intérêt social. Celle-ci peut représenter une action ou une omission, volontaire ou non. Elle sera susceptible d'être qualifiée de faute de gestion à partir du moment où elle est contraire aux intérêts de l'entreprise. C'est d'ailleurs souvent lorsqu'un préjudice survient que la faute de gestion se révèle.

1997 Dans des pays comme la France, il est difficile de parler d'absence de contrepartie en raison de la consécration d'une fiscalité attractive. Les dispositions de l'Article 238 bis du code général des impôts, de la Loi du 1er août 2003, dite loi Aillagon, sont claires parce que : « Ouvrent droit à une réduction d'impôt égale à 60 % de leur montant les versements, pris dans la limite de cinq pour mille du chiffre d'affaires, effectués par les entreprises assujetties à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés au profit… de la défense de l'environnement ».

1998 A ce titre, il est tenu d'obéir aux décisions ou délibération prises par les associés dans le cadre du mandat social, conformément aux statuts, aux lois et règlements en vigueur. Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent du fait de l'action de ceux qui sont placés sous ses ordres, son autorité ou son contrôle, sauf cas de faute personnelle commise par ces derniers.

qu'à des erreurs de gestion de ce dernier, la cour d'appel qui ne s'est pas fondée sur des motifs hypothétiques, a caractérisé l'incompétence manifeste de ce dirigeant social »[1999]. Malgré l'importance de l'annualité du bilan sur l'exécution de ses fonctions, le dirigeant exécute un contrat aléatoire dans la mesure où il est difficile de savoir a priori si les bénéfices vont se réaliser à chaque nouvel exercice. L'entreprise « commune » prend le sens de « projet » quel qu'il soit. L'acte unilatéral pouvant instituer une société n'est pas un acte unilatéral d'exécution ou dérivé d'un contrat mais l'acte originaire, c'est-à-dire qui crée ex-nihilo une situation juridique nouvelle. Cette interrogation est actuelle parce que même si on peut comprendre le versement d'une rémunération conséquente versée au dirigeant en résultant du niveau de qualification ou l'ampleur des tâches confiées[2000] au dirigeant, de son temps de travail qu'il a fourni[2001], de son âge de son expérience[2002], certaine situation d'octroi de rémunération peuvent heurter l'éthique au regard de la situation financière de la société commerciale[2003]. D'ailleurs en France la Cour de Cassation n'hésite pas à condamner un dirigeant qui malgré, les difficultés financières de la société, n'a pas limité le montant de sa rémunération[2004]. Cette déconnexion souvent notée entre l'exercice de son mandat et la poursuite de la finalité de la société est telle qu'elle n'a pas manqué de susciter des scandales liés à certaines rémunérations de dirigeant malgré le résultat des sociétés dirigées. Souvent la rémunération du dirigeant semble totalement déconnectée des performances de l'entreprise. Toutefois, on peut estimer que mêmes si les difficultés rencontrées ne sont pas forcément dues à une mauvaise gestion, on doit lier de manière étroite le sort du dirigeant à celui de la société. Il y va de la protection du patrimoine de l'entreprise et de l'intérêt des tiers qui contracte avec elle. En tout état de cause, on attend du dirigeant qu'il se comporte en « bon père de famille » loyale, ainsi, une obligation de loyauté pèse sur lui en matière de gestion. Ce n'est pas sans peine que le dirigeant doit donc allier prudence et prise de risque. Ainsi, s'il ne déploie pas tous les moyens utiles et nécessaires à la bonne santé financière de son entreprise, sa responsabilité civile peut être engagée. L'effort qu'il fournit sera déterminant.

1999 Cass.co. 4 Nov. 1982. Rev. Stés 1983 P.S79 note P. Didier.
2000 Chambre criminelle de la Cour de cassation du 15 mai 1997.
2001 Chambre criminelle de la Cour de cassation du 30 septembre 1991 RJDA 1992 n°4.
2002 Chambre criminelle de la Cour de cassation du 23 mars 1992, BULLETIN JOLY 1992 p.933
2003 La jurisprudence française se réfère à l'importance du chiffre d'affaires (CA Riom 15 novembre 1989, repris par un arrêt de la chambre criminelle du 3 juin 1991, constatant que le salaire d'un gérant de SARL apparaît particulièrement élevé du fait de la baisse du chiffre d'affaires), aux résultats de l'exercice ou encore à la capacité financière de ladite société (chambre commerciale, 2 juin 1987), pour évaluer la rémunération.
2004 Chambre criminelle,13 février 1997 revue sciences criminelles 1997.

2. Un objectif du profit soumis à des fluctuations indépendantes de l'effort fourni par le dirigeant

514. Ce contrat de société qui est structuré autour de buts reste favorable au contrôle partiel de l'effort du dirigeant, sa diligence. Mais il n'offre pas la possibilité d'aboutir à une mesure et à des évaluations qui permettraient l'établissement, abstraitement (« in abstracto ») d'un comportement normatif caractérisant le dirigeant normalement prudent et avisé. Dans ce cas alors comment agir au mieux ? La gestion de la performance peut se décliner selon 3 axes temporels : passé ou le dirigeant établit les comptes, calcul sur la base des données précédentes, un temps présent au cours duquel l'activité financier est constituée entre autres, de la gestion de trésorerie, de paiement des fournisseurs, l'émission de factures clients et enfin une vision projective vers le future avec une activité financière liée aux prévisions de trésorerie, aux anticipations de risques potentiels, aux projections d'investissements en vue du développement de l'entreprise à court, moyen ou long terme. Les résultats sont intrinsèquement imprévisibles et les progrès peuvent être obtenus bien plus rapidement ou bien moins rapidement que prévu. Il est donc nécessaire dans toute gestion de faire preuve de souplesse et d'adaptabilité pour assurer une coordination et une gestion efficaces des activités.

515. Le dirigeant a besoin d'un cadre temporel commun et partagé par tous, cadre dans lequel la vie juridique de la personne morale va pouvoir se dérouler. Cela donne tout le sens au contrôle exercé par les associés. Les associés restent les garants de la légitimité et pensée stratégique de la société commerciale. Le contrôle est assuré pour le passé (droit à l'information), sur le présent. L'évaluation du présent permet de prendre la mesure de l'usage qui est fait de l'excédent : celui-ci est en effet destiné à être distribué aux associés, et ce en fonction du capital, des actions et parts détenus. Est ainsi soulignée l'importance du processus annuel d'évaluation de la fonction du dirigeant qui est a priori décisive dans la définition son statut. Ainsi, à la clôture de chaque exercice, le dirigeant social « (…), établit et arrête les états financiers de synthèse conformément aux dispositions de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises »[2005]. Cela, permet l'affectation des résultats[2006]. Par conséquent, s'il la gère mal, son renvoi est

[2005] Article 137 AUSCGIE

[2006] C'est naturellement qu'on pourrait se demander si le dirigeant incompétent n'est pas fautif, étant entendu que la faute de gestion constitue le juste motif de révocation par excellence ? Il a, en effet, le devoir de bien gérer la société, or l'incompétence est cette inaptitude à la gestion de la société. Il dispose de pouvoirs qui lui permettent d'y satisfaire. Il s'agit d'un ensemble de prérogatives qui permettent à une personne de conduire les affaires d'une société. Le dirigeant social est aussi chargé du fonctionnement économique de la société, c'est-à-dire de la direction de l'entreprise. À cette fin, il détermine les mécanismes qui doivent permettre la

légitime, même s'il demeure que la faute de gestion est elle-même source de difficultés ; on ne le dira jamais assez : tout mauvais résultat n'implique pas une faute de gestion. C'est d'autant plus délicat que le profit est soumis à des fluctuations indépendantes de l'effort fourni par le gérant. C'est l'existence de cette incertitude et l'impossibilité de séparer ce qui, dans les fluctuations des recettes, résulte de l'incertitude ou du manque d'efforts du dirigeant qui soulève problème. Mais, les mauvais résultats d'une entreprise tiennent souvent à l'environnement économique, sans qu'il y ait nécessairement faute de ses dirigeants. Ainsi, il ne pourra être révoqué sur le fondement d'une faute de la réalisation de l'objet social, mais plutôt sur l'intérêt social. Il en est ainsi lorsque la conjoncture économique entraîne une baisse régulière, voire une stagnation de l'activité sociale[2007]. Les associés peuvent alors dans l'intérêt de la société envisager une réorganisation de la société avec de nouveaux dirigeants. Dans un arrêt du 20 Novembre 1980[2008], la Cour d'appel de Paris affirmait que « la notion de juste motif se définit non pas seulement en fonction de l'activité ou du comportement du membre du directoire intéressé, mais aussi en fonction de l'intérêt social réel et certain ». De l'avis de certains, la révocation est semble-t-il, le remède le plus approprié à l'incompétence ou à l'insuffisance des dirigeants[2009]. Toutefois, le bilan déficitaire ne constitue pas un juste motif de révocation du dirigeant. Ainsi poser que seule la faute du dirigeant constitue un juste motif de sa révocation n'efface pas pour autant les incertitudes. En effet, toutes les fautes ne justifient pas le renvoi du dirigeant. La faute doit effectivement revêtir certains caractères : elle doit être suffisamment grave ; elle doit en outre avoir un lien avec la société. Cette faute doit être assez grave, comme le souligne Madame Baillod, en raison de la sévérité de la sanction que constitue une révocation sans dédommagement qui serait disproportionnée à une faute légère ou très légère[2010]. Cet auteur remarque, avec pertinence, qu'il n'y aurait guère de différence entre révocabilité pour juste motif et révocabilité discrétionnaire[2011]. La difficulté est de savoir quand la faute est suffisamment grave. Dans un arrêt du 28 Mars 1973, la Cour d'appel de Rennes[2012] considère comme étant un juste motif de révocation, l'inertie du dirigeant ayant contribué à l'aggravation de la situation de la société.

---

réalisation de l'activité économique de la société et l'optimisation de son rendement. Le dirigeant est nommé afin de promouvoir, de faire fructifier la société.

[2007] R. Baillod, op. cit, p. 407, n° 16.

[2008] Paris, 20 nov., 1980, Rev. Stés 1981, 583.

[2009] FINCH cité par E. Scholastique, op. cit., p. 290.

[2010] R. BAILLOD., « Le 'juste motif' de révocation des dirigeants sociaux », RTDCO, 1983, p.405, n° 14.

[2011] *Idem*. p.405

[2012] Rev. Stés 1974, p. 708, note J.J. Burst. RTDCO 1974, p. 298 obs. Houin, JCP 1974 "- 17743, note Synvet

SECTION-II. La manifestation du devoir de loyauté dans la poursuite de l'intérêt social au bénéfice de la société commerciale

516. Le devoir de loyauté devra s'imposer au dirigeant qu'en raison de l'intérêt social[2013] et donc envers la société[2014]. De ce point de vue, si les associés devaient s'en prévaloir, ils devraient être considérés comme un ensemble de personnes qui s'identifie à la société, personne morale[2015]. L'objectif qui doit guider les dirigeants dans leurs prises de décision est donc l'intérêt de la société. En effet, le devoir de loyauté exige qu'ils exercent leurs pouvoirs avec honnêteté et de bonne foi dans l'intérêt de la société. Ainsi, dans la perspective de l'application de la responsabilité sociétale de la société commerciale, l'intérêt social est de plus en plus défini comme le point de convergence des divers intérêts au sein et autour de la société. Il recouvre, sans que cela ne soit défini légalement, l'intérêt de la personne morale, sans exclure celui des associés et de toutes personnes auxquelles la défaillance de la société peut porter préjudice. Le dirigeant a, dans ce cadre, pour obligation de poursuivre et de préserver l'intérêt social, sans véritablement pouvoir identifier le(s) bénéficiaire(s). La Cour a confirmé que les administrateurs doivent agir dans l'intérêt véritable de la société et, en se faisant, ils peuvent tenir compte des intérêts des diverses parties intéressées, y compris les actionnaires et les créanciers, mais ne sont pas tenus de le faire[2016].

2013 De plus en plus, est proposée une interprétation alternative du devoir de loyauté des dirigeants fondée sur une conception plus large de l'intérêt de la société. Selon les types de sociétés, l'étendue du pouvoir du dirigeant social est déterminée à partir du critère de l'intérêt social. L'intérêt social a été défini comme le point de convergence des divers intérêts au sein et autour de la société. Il recouvre globalement l'intérêt de la personne morale, des associés et de toutes personnes auxquelles la défaillance de la société peut porter préjudice. Dans les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, l'intérêt social fixe l'étendue du pouvoir des dirigeants de droit

2014 Art. 321 C.c.Q.; art. 122 L.C.S.A. (Canada). Sur la notion Voir A. VIANDIER, « l'intérêt social est le concept majeur du droit des sociétés », cf. Bull. Joly. Bourse, 1993, p. 4. V. aussi Claude BAILLY-MASSON, L'intérêt social, une notion fondamentale, Petites affiches, 09 novembre 2000, n° 224 ; A. CONSTANTIN, L'intérêt social, quel intérêt ? : Etudes B. MERCADAL éd. Francis Lefebvre 2002, p. 317 et s. spéc. n° 28 et s.

2015 J.-J.DAIGRE, ibid., qui cite Percyvalv.Wright (1902), in SEALY L. & WORTHINGTON S., Cases and materials in Company law, op.cit.

2016 De façon ultime, les dirigeants doivent agir dans l'intérêt véritable de la société. Le rôle du tribunal n'est pas de remettre en question leurs décisions d'affaire, mais bien de s'assurer que le processus de prise de décision était juridiquement acceptable. La mise en œuvre de la RS de la société constitue une opportunité de définition du périmètre de l'intérêt social, la légitimité de l'autorité de gestion reposant, de ce point de vue, sur le principe d'un intérêt commun.

§1. Les fonctions de préservation de l'intérêt social, notion à contenu variable

517. Le dirigeant loyal a l'obligation d'exercer le pouvoir de gestion de la société dans l'intérêt de cette dernière. Il a l'obligation d'assurer la promotion de l'intérêt social (A). Cela dit, en raison du fait que son contenu n'est pas défini par le législateur, le juge joue, en ce sens, un rôle d'appréciation et de mise en conformité avec l'intérêt de la société commerciale (B).

A. L'obligation d'assurer la promotion de l'intérêt social

518. Dès l'entame de la réglementation[2017], il est bien prévu que les associés se réunissent, mettent en commun leurs apports (en nature et en numéraire) en vue de partager les bénéfices et les économies qui pourraient en résulter. La gouvernance en tant que « mode *d'exercice du pouvoir par interaction entre des acteurs de nature différente* » prend tout son sens.

519. Le profit et le bénéfice constituent un repère et un des piliers de la constitution des sociétés. Le législateur OHADA permet aux associés d'organiser, dans les statuts, les pouvoirs du dirigeant en lui offrant la possibilité de faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société. Il doit agir en conséquence et le défendre contre les éventuelles atteintes des autres parties prenantes. Les tribunaux français ont dû préciser les actes du dirigeant social qui présentaient cette caractéristique. La jurisprudence considère qu'un acte de direction est contraire à l'intérêt social lorsqu'il porte atteinte au patrimoine de la société[2018] ou conduit à un manque à gagner pour la personne morale ou encore lorsqu'il expose cette dernière à un risque anormal sans contrepartie[2019]. Le législateur prévoit des sanctions à l'encontre du dirigeant de fait qui a réalisé de tels actes. La possibilité d'appliquer ces sanctions civiles et pénales au dirigeant de fait qui n'a pas respecté la finalité du pouvoir de gestion constitue l'affirmation du caractère obligatoire des contraintes imposées à ce dirigeant dans le but d'assurer la promotion de l'intérêt social. Il en résulte que le dirigeant social a l'obligation d'exercer les pouvoirs de gestion de la société dans l'intérêt de cette dernière. Il a le devoir de poursuivre la finalité du pouvoir de

2017 Art. 4 AUSCGIE

2018Cass. crim. 16 déc. 1975, JCP éd. G. 1976, II, n° 18476 ; Cass. crim. 26 juin 1978, JCP éd G. 1978, IV, p. 273 ; Cass. crim. 14 déc. 2000, Bull. Joly 2001, p. 488.

2019Cass. com. 13 oct. 1998, n° 96-13.393, inédit : usage de l'actif social à des fins personnelles et transfert à la société d'une activité déficitaire, contrairement à l'intérêt des celle-ci, en vue de favoriser une autre société dans laquelle le dirigeant de fait avait la majorité du capital

gestion et de prendre tous les actes de gestion que nécessitait la situation de la société[2020]. Ainsi, aux termes de l'article 277 AUSC : « Dans les rapports entre associés et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société ». Dans ce cadre, et comme le rappelle un auteur : « [le dirigeant] loyal est celui qui ne considère que les intérêts qui lui sont confiés et non les siens ».[2021]La loyauté appliquée aux dirigeants suppose leur désintéressement. La loyauté se définit comme la fidélité[2022] à tenir ses engagements. Elle a pour synonymes la droiture, l'honnêteté, la bonne foi[2023]. En France, on utilise plutôt le terme "Bonne foi". La loyauté a une forte coloration morale comme en témoigne la célèbre déclaration du juge Cardozo qui exigeait des dirigeants « L'honnêteté, le scrupule de l'honneur, le plus chatouilleux ». À ce propos, on évoque un certain nombre de principes qui mettent en exergue le devoir de loyauté du dirigeant qui poursuit l'intérêt social de la société.[2024] L'affaire Saër Dièye Seck c/SNCDS en constitue une illustration parfaite. On peut lire dans le jugement du Tribunal régional de Dakar du 15 Avril 1992[2025] que *« ...une conduite, un comportement, des agissements ou une gestion non conforme aux intérêts sociaux, même en l'absence de faute, constituent des raisons suffisantes pouvant motiver ou fonder la décision de révocation d'un dirigeant social. Le caractère juste des motifs de révocation (est établi) pour peu que l'on se soucie des intérêts de la société, de ses actionnaires et des*

2020Cass. com. 31 janv. 1995, RJDA 7/1995, n° 902 : faute des dirigeants sociaux qui n'ont pas pris les mesures qui s'imposaient pour redresser la société en difficulté. V. aussi CA Versailles, 2 déc. 1999, RJDA 4/2000, n° 456 ; Cass. com. 28 sept. 2004, RJF 2/05, n° 184. Cass. com. 5 oct. 2005, RJF 2/05, n° 187

2021 A. TUNC - Le droit américain des sociétés anonymes P.131 N75.

2022 D'ailleurs le mot français "loyalisme" vient de l'anglais loyalismqui signifie "fidélité à la couronne". Par extension, on désigne par ce terme la fidélité aux institutions établies. En 1717 on appelait loyalistes les Américains restés fidèles au gouvernement anglais.

L'origine anglaise du terme "loyalisme" confirme, si besoin était, l'attachement de ce pays, et d'une manière générale des pays de common law, à la loyauté. Le droit est une science sociale. Ceux qui le créent y projettent naturellement leurs idéaux

2023 Dictionnaire Le Grand Robert 1. 6 P.86

2024 Ils insistent sur le fait qu'« *Un directeur de société doit observer la bonne foi la plus extrême à l'égard de la société dans toute opération qu'il passe avec elle ou qu'il accomplit pour elle, et il doit agir avec honnêteté dans l'exercice de ses pouvoirs et l'accomplissement de ses fonctions. Un directeur ne doit pas faire usage des fonds ou des biens de la société, ni d'une information acquise qu'en raison de ses fonctions de directeur ou de dirigeant (director or officer) de la société, pour obtenir directement ou indirectement un avantage indélicat (improper) aux dépens de la société; étant précisé que la méconnaissance de ces principes entrainerait toujours responsabilité à l'égard de la société et que ces principes s'ajouteraient à ceux qui ont été posés par les tribunaux sans jamais restreindre la portée de ceux-ci* ».Citée par A. TUNC . Le droit anglais des sociétés anonymes éd. 1987 P.197 N·107.

2025 R. BAILLOD (op. cit, p. 406, n° 15) : "le manquement du dirigeant" à ses fonctions peut être en quelque sorte indépendant de sa volonté. Il en ira ainsi notamment en cas d'empêchement, d'inaptitude ou d'incompétence professionnelle".

tiers qui traitent avec elle et dont le gage se trouve être le patrimoine de la société ». Ainsi, le juste motif n'implique pas la faute. Le Tribunal régional de Dakar adopte ici une conception large du juste motif, avantageuse pour la société, dangereuse pour le dirigeant. Il met en exergue l'intérêt de la société, ainsi que celui des actionnaires et des tiers. L'évocation des tiers est conforme à la politique du législateur qui est d'assurer au maximum la sécurité des tiers dans leurs relations avec la société. La démarche du juge consiste, à défaut d'une définition légale, à se référer à l'esprit de la loi, à ses préoccupations. Nous l'approuvons totalement, car le juge reste guidé par la loi. Cependant, on peut se demander si l'on ne risque pas de se heurter à des difficultés pour apprécier l'intérêt social. En l'espèce, les faits reprochés au dirigeant révoqué indiquaient indiscutablement une atteinte à l'intérêt social : rétention d'informations de la part du directeur général, refus d'exécuter les demandes du conseil d'administration, refus de collaborer avec le conseil d'administration dans la conduite, la surveillance et le contrôle des affaires sociales. Mais, les juges peuvent dans d'autres cas être confrontés à des situations dans lesquelles l'intérêt social ne sera pas menacé de manière aussi évidente. Ils pourront toujours envisager l'intérêt des actionnaires et ceux des tiers. Mais, il n'est pas certain que ceux-ci convergent. Il faudra alors privilégier la défense de l'un, et conformément à la politique législative, l'intérêt des tiers devrait primer. Intérêt qui n'est pas forcément de voir révoquer le directeur général, car la stabilité du pouvoir est importante pour les tiers en relation avec la société, laquelle est représentée par son directeur général. En effet, son action est structurée notamment autour de l'« intérêt social » défini comme l'intérêt de la société en tant que personne morale, distincte des intérêts particuliers de ses différents sociétaires (les actionnaires). Ainsi, une action souhaitée par les actionnaires majoritaires peut être refusée par les dirigeants, au nom de l'« intérêt social », en l'occurrence celui des actionnaires minoritaires. Il doit la préserver contre toute atteinte, abus et l'imposer même aux associés (ou actionnaires). À cet effet, l'abus[2026] constitue la référence qui permet de sanctionner les comportements qui mettent en cause l'intérêt social[2027]. La protection de ces intérêts participe de la préservation des

2026 M. Ripert considère que : « l'exercice d'un droit est abusif, non s'il cause un dommage à autrui, mais si son auteur a été animé par l'intention de nuire ou, à tout le moins, par la conscience de causer un préjudice »., V. G.RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4° éd., LGDJ, 1949, n° 90 et s.

2027 Il s'agit d'une notion difficile à cerner, même si, par ailleurs, l'AUSCGIE a eu le mérite de préciser les contours de cette notion. Il est difficile de dire que l'acte est conforme au droit en ce sens que les motifs qui l'inspirent sont illicites. Est ici visé le vote émis en méconnaissance de l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les intérêts exclusifs des majoritaires au détriment de l'ensemble des autres associés. A ce propos, certains auteurs saisissent l'entreprise comme « *un ensemble de moyen en capital et en travail destiné*

intérêts propres de la société en tant qu'entité indépendante et autonome. Cette position du législateur OHADA permet de régler les conflits d'intérêt[2028] qui pourraient résulter notamment des abus de majorité ou de minorité. Les dispositions de l'article 130 imposent à cet effet de tenir compte de l'intérêt de la société. Elles énoncent que « Les décisions collectives constitutives d'un abus de majorité sont nulles »[2029]. Le législateur n'hésitera pas à proposer la nomination d'un administrateur provisoire lorsque le fonctionnement de la société est en péril. Cette perspective ne renseigne pas sur le rôle du dirigeant social, sur son rôle passif ou actif qui justifierait son remplacement par un administrateur provisoire. C'est le cas dans l'hypothèse d'un abus de minorité[2030] ou d'égalité. Le dirigeant a la possibilité d'engager la responsabilité des associés. Il va s'en dire qu'il peut s'opposer à l'adoption d'une délibération dont dépend le devenir de la société, sans que les associés qui l'ont pris ne puissent se prévaloir d'aucun motif légitime. Le positionnement divergent des associés dans la société peut entraîner des conflits d'intérêts lorsque le dirigeant saisit ses obligations comme conjonctives et non alternatives. L'obligation alternative met à la charge du dirigeant deux ou plusieurs obligations auxquelles il peut cependant se soustraire par l'exécution d'une seule. On se rend compte à ce propos que le choix de la nature de l'obligation du dirigeant appartient aux associés. Ils auraient tendance à considérer, souvent à juste titre, qu'une seule obligation est due par le dirigeant à titre principal, celle de faire des profits, que le dirigeant ferait des actes étrangers à sa fonction dès lors qu'il effectue d'autres prestations que celle prévue dans le contrat de société.

à assurer la production de biens et de services. Il s'agit de l'intérêt d'un organisme économique, point de rencontre de multiples intérêts ».

2028 La difficulté de lutter contre le conflit d'intérêt est qu'il n'y a pas un référentiel unique et précis.

2029 Il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, sans que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société. La responsabilité des associés ayant voté la décision constitutive de l'abus peut être engagée par les associés minoritaires pour la réparation du préjudice en résultant à leur égard ». Cet Art. permet ainsi, en principe, de prévenir et de régler les conflits d'intérêts dans la société. Il offre un repère et des outils de gestion des rapports dans la société.

2030 Cet abus de minorité est prohibé par l'Art. 131 al 1 AUSC qui dispose que : « les associés minoritaires ou égalitaires peuvent engager leur responsabilité en cas d'abus de minorité ou d'égalité ». Il y a abus de minorité ou d'égalité précise l'alinéa 2 dudit Art. : « lorsque, en exerçant leur droit de vote, les associés minoritaires ou égalitaires s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime ».

B. Le rôle du juge confronté à la souveraineté des associés détenteurs de titres

520. Le dirigeant à qui on reproche un manquement à l'obligation de loyauté confère certaines parties prenantes un recours personnel contre les dirigeants de la société2031. En ce sens, le juge donne régulièrement le ton en matière de protection de l'intérêt social qui recoupe trop d'intérêts divergents et de nature différente. Son intervention s'inscrit généralement dans la perspective de permettre à chaque catégorie de recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne et ne subit pas des inconvénients disproportionnés au regard des avantages de l'autre, dans l'économie générale de leur relation. Il intervient en cas de contrariété à l'intérêt social résultant des associés parties prenantes à la vie de la société commerciale. Il peut permettre la mise en conformité des actes à l'intérêt social ou la validation des actes des dirigeants qui sont contraires à l'intérêt social. Il ne s'oppose pas systématiquement à la validité de ces actes. Il assure ainsi un contrôle des actes du dirigeant entrant dans l'objet social.

521. Lorsque l'acte n'a pas été prévu par l'objet social, il ne devrait pas être validé par la société qui le souscrit, sauf décision contraire des associés, alors même qu'il serait conforme à l'intérêt social. On en trouve la confirmation dans un arrêt de la troisième chambre civile du 1er décembre 1993[2032]. La Cour de cassation avait décidé qu'un acte jugé contraire à l'intérêt social était néanmoins valable dès lors que les associés avaient donné leur consentement à l'unanimité. Seule la fraude pouvait remettre en cause cette validité[2033]. Certains auteurs ont interprété cet arrêt en ce sens que la méconnaissance de l'intérêt social n'est pas normalement sanctionnable[2034]. « Ainsi les tribunaux ne se livreraient plus qu'à un « contrôle minimum » des actes des dirigeants sociaux entrant dans l'objet social »[2035]. Toutefois, la résistance du dirigeant à satisfaire leur intérêt peut entrainer sa révocation. Cela pousse certains auteurs à se demander si, lorsque les actionnaires révoquent un dirigeant en considération de l'intérêt social, le juge peut-il considérer comme injuste ce motif de révocation ? Cela ne revient-il pas à une atteinte à la souveraineté des associés puisque l'intérêt social relève de leur appréciation souveraine ? En effet, l'intervention du juge tend à la recherche d'équilibre qui vient bouleverser la

2031 Arrêt Magasins à rayons Peoples inc., note 15, par. 42.

2032Banque Courtois c/ SCI pour La Location, cit. par G. VIDALENC, art. préc. – 375 ; v. aussi, Civ. 1, 19 mai 1987 ; D., 1987 – 445 – obs. L. AYNES.

2033 L. AYNES, comm. sous Civ. 1, 19 mai 1987, D., 1987 – somm. – 445.

2034 F. LEJEUNE, Cautionnement des S.C.I. : le faux critère de l'intérêt social. Droit et patrimoine, 1996 – doctr. – 56. Contra, J.-L. GUILLOT, note sous Com., 26 janv. 1993 ; Banque 1993 – n° 537 – 92.

2035 L. AYNES, comm. préc. Il est vrai qu'en 1966 le législateur ne voulait pas donner trop de pouvoirs aux magistrats car il craignait un gouvernement judiciaire des sociétés Cf., J. SCHAPIRA, préc. – n° 2.

répartition traditionnelle des pouvoirs dans la société. Pour un auteur « il y a deux aspects à considérer : le juge estime que l'intérêt social ne constitue pas un juste motif de révocation en soi ; le juge admet que l'intérêt social peut justifier la révocation du dirigeant. Mais en l'espèce, il considère que l'intérêt social n'était pas menacé. Autrement dit, il apprécie quel est l'intérêt de la société ». « Cela ne revient-il pas à s'arroger le droit de définir l'intérêt social, droit qui appartient à la majorité des actionnaires ? », finit-il par s'interroger.

522. Sur le premier point, on peut dire que les juges considèrent que l'intérêt social est en soi un juste motif de révocation. Mais, s'ils admettent l'intérêt social comme cause de révocation, encore faut-il, qu'en l'espèce, cet intérêt soit menacé. Tel est le sens de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 Novembre 1980, lorsqu'il évoque un intérêt social réel et certain. C'est aussi pour ne pas tomber dans le contrôle de l'opportunité que le juge devrait s'interdire de sanctionner le manque d'audace de certains dirigeants. Il n'y a pas de disproportion par manque d'action, par timidité excessive.

523. À défaut de jurisprudence africaine, il est possible de noter, à travers la jurisprudence française, que le juge ne se prive pas de contrôler la réalité de l'intérêt social, en l'espèce. Les juges ont ainsi vérifié que la révocation consécutive à la réorganisation de la société imposée par des tiers prenant une participation ou fournissant des fonds pour éviter un dépôt de bilan répondait à un juste motif[2036]. De même, et à propos du motif tiré de la divergence de conceptions sur la politique générale de la société, les juges se sont livrés à des investigations : le dirigeant révoqué et les nouveaux actionnaires avaient, disait-on, des points de vue différents sur la politique à mener. Les juges ont donc confronté les programmes que le dirigeant révoqué avait jusque-là préconisés et appliqués en sa qualité de directeur général de la société et ceux de la nouvelle majorité qui se sont avérés contraires. Cet examen a confirmé que le dirigeant ne pouvait appliquer une politique entièrement nouvelle et contraire à la sienne[2037]. Les investigations du juge peuvent à l'inverse révéler qu'en réalité l'intérêt social n'est pas menacé par le maintien du dirigeant social. Ce fut le cas à propos d'un président directeur général de SA qui avait été révoqué au motif d'un désaccord avec le conseil sur la politique générale de la société ; or, son successeur avait suivi la même politique que lui. Une telle révocation avait été déclarée abusive[2038]. Cette solution est tout à fait transposable aux membres de structure à directoire

2036 Rennes. 28 mars 1973. JCP 1974, Il, 17743 note Synvet, Rev. Stés 1974, 708 noteBurst.
2037 Tr. Co. Paris, 5 juillet, 1972, précité.
2038Cam.20 Nov. 1962, D. 1963, J. 230.

: les juges pourraient qualifier une telle révocation d'injuste [2039]et octroyer des dommages-intérêts au dirigeant révoqué. En l'occurrence, tant qu'il n'y a pas de disproportion entre l'objet social et l'intérêt social, les actes pris relèvent de l'opportunité de leur auteur. En revanche, si la disproportion est manifeste, il y a violation d'un principe juridique. Il ne s'agit plus d'opportunité, mais de légalité. De ce fait, le contrôle du juge ne se confond pas avec une censure de l'inopportunité, ne serait-ce que parce qu'il lui faut découvrir une marge d'excès suffisamment importante par rapport à l'équilibre implicite pour que le juge se reconnaisse le droit d'annuler un acte non conforme à l'intérêt social. La censure des disproportions « manifestes » permet de rééquilibrer sans excès les pouvoirs au sein des sociétés. Elle invite le juge à être « raisonnable » dans son approche de l'intérêt social. Pour Mme Baillod, la démonstration de la réalité de l'intérêt social quant à la révocation du dirigeant sera peut-être facilitée dans le cas d'une société en difficultés, à l'inverse, la prospérité sociale pourra en faire douter[2040]. Il ne faut pas, cependant, oublier que les difficultés d'une entreprise ont des causes multiples et il peut être injuste de révoquer un dirigeant sur cette base. L'analyse du juge peut être facilitée par l'existence d'une faute du dirigeant, mais l'inverse n'est pas vrai. Autrement dit, l'absence de faute du dirigeant ne signifie pas que l'intérêt social est sauvegardé. En outre, la reconnaissance de la faute du dirigeant pose bien des difficultés lorsqu'elle a trait à la gestion, car alors, le juge se trouve quelque peu démuni, n'étant pas le plus souvent expert en la matière. Dans cette circonstance, la jurisprudence joue un rôle important, en ce sens qu'il contribue à l'émergence de la notion de « communauté d'intérêt », favorable à la prise en compte des intérêts de toutes les parties prenantes de la vie de la société commerciale. Il répond donc à l'exigence de conformité à l'intérêt social. Cette position de la jurisprudence n'a pas manqué d'être critiquée par une partie de la doctrine. Elle estime qu'il est inconcevable pour que le juge « *puisse se substituer à la volonté des associés pour autoriser ce qu'eux-mêmes n'ont pas expressément voulu* »[2041].

2039 Si l'on se réfère à l'arrêt de la Cour de Cassation du 1er Décembre 1993 : « Attendu qu'en statuant ainsi sans rechercher si les motifs invoqués par le président du conseil d'administration dans son rapport du 20 juillet 1990 justifiaient la révocation, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision », on peut dire que les juges du fond doivent contrôler les motifs « figurant-logiquement » dans le rapport du président du conseil d'administration qui propose, rappelons-le, la révocation du directeur général. Leur rôle est de vérifier si les motifs justifient la révocation, autrement dit, le caractère juste des motifs. Ainsi, la Cour d'appel, appelée à statuer sur le renvoi, devrait nous donner une idée plus précise du juste motif: en l'espèce, les problèmes de communication avec le conseil d'administration constituent-ils un juste motif de révocation?
2040Cass. com., 1er février 1994 : *Bull. Joly*, avril 1994, § 123, note R. Baillod.., p. 408, n° 18.
2041 Y. GUYON, Rev. soc., 1988 – 417.

524. Les enjeux de cette substitution sont considérables puisqu'elle peut entraîner un bouleversement dans la répartition des pouvoirs au sein des sociétés.[2042] La société subira la loi absolue de celui qui pourra se réserver la définition de l'intérêt social. Concrètement, en cas de substitution, il suffirait que l'acte litigieux soit conforme à l'intérêt social pour être valide, indépendamment du fait qu'il soit ou non rattachable à l'objet social qui se trouve irréductiblement à la base de la société. Toujours est-il, comme le rappelle David ANTOINE que « s'opposer à la validité d'un acte indispensable à la société peut-être tout aussi dangereux pour la société ».[2043] Ainsi, la validité de l'acte s'expliquerait par le souci de préserver la stabilité des rapports de collaboration et ainsi de garantir une certaine sécurité juridique dans ces rapports. En cas de déséquilibre suffisamment important, le juge peut, alors, à la demande de l'intéressé, rétablir les proportions en rattachant un acte à l'objet social ou en limitant l'exercice des pouvoirs des dirigeants ou des associés majoritaires[2044].

525. Toutefois, le dirigeant n'a pas la possibilité d'entrer en dissidence contre les décisions du Conseil d'administration, du moins en théorie. À ce propos, on peut évoquer Martel[2045] qui rappelle que le devoir de loyauté[2046] *« envers une compagnie implique un devoir de solidarité envers la démocratie corporative lorsqu'une décision a été adoptée majoritairement par les autres administrateurs et qu'elle n'implique rien d'illégal ou de contraire à l'ordre public. L'administrateur peut exprimer son désaccord et demander à ce que sa dissidence soit inscrite au procès-verbal de la réunion. Cependant, s'il est incapable de se montrer solidaire de la décision par la suite, il devra démissionner. Lemieux a manqué de loyauté envers son employeur en ne respectant pas la démocratie corporative et également en intentant des poursuites contre la société »*[2047]. Dans cette cause, la décision raisonnable était d'assurer la meilleure santé financière de l'entreprise. À

2042 http://www.davidantoine-avocat.fr/droit-des-societes-objet-social-et-interet-social/(consulté le 27/02/2013)

2043 http://www.davidantoine-avocat.fr (consulté le 27/02/2013)

2044 C'est ainsi que le respect des intérêts des parties prenantes de la société, répondant des exigences du respect de sa responsabilité sociétale ne remet pas fondamentalement en cause les obligations du dirigeant, mais élargit le champ des destinataires de l'obligation de loyauté du dirigeant.

2045MARTEL, P., MIQUELON, M.-A. (avec la collaboration de). *Administrateurs de compagnies: le guide de vos droits, devoirs et responsabilités*, 2ème éd. Wilson & Lafleur, Martel Ltée, 2004, p. 32. Voir aussi MARTEL, P. *La société par actions au Québec – Les aspects juridiques*, Wilson & Lafleur, 2011, no. 23-244.

2046Sur la loyauté des dirigeants Voir: http://www.edilex.com/edilexpress/index.php/le-devoir-de-loyaute-des-administrateurs-revisite/#ixzz2kLh7lFKQ (consulté le 11 novembre 2013)

2047 MARTEL, P. La société par actions au Québec – les aspects juridiques, Wilson & Lafleur, 2011, no. 23-245

court terme, cela pourrait ne pas favoriser les actionnaires, mais il est dans leur intérêt que l'entreprise soit viable et qu'elle le demeure à long terme. En définitive, les administrateurs de Nertec ont suivi le principe émis dans les arrêts Peoples et BCE de la Cour suprême, à savoir qu'en déterminant ce qui est dans le meilleur intérêt de la société, ils peuvent tenir compte entre autres des intérêts des actionnaires. La Cour supérieure a fait preuve de retenue en appliquant la règle de l'appréciation commerciale mentionnée dans les arrêts BCE et Peoples[2048]. Il s'agira sans doute de prendre en charge les interdépendances des parties prenantes qui détiennent une créance légitime sur la société.

§2. La prise en charge des interdépendances des agents détenant une créance « légitime » sur la société commerciale

526. À la suite de Frydman[2049], il faut noter le décalage entre la place de la RSE dans le discours managérial, de la conception généreuse de l'intérêt social qu'elle induit et la prégnance de la réglementation de nature capitaliste tournée vers la satisfaction des actionnaires.[2050]La prise en compte de la RSE consubstantielle à la collaboration des parties prenantes semble appeler à un élargissement de la notion d'intérêt social vers l'équilibre des intérêts des parties prenantes internes et externes.[2051]L'appropriation de la RSE se traduit par la prise en compte des interdépendances, ce qui suppose la dissociation des intérêts de la société commerciale de ceux des associés (A), mais également la reconnaissance de la variabilité des intérêts catégories constituant la société commerciale. (B).

2048*BCE Inc. c. Détenteurs d'obligations de 1976,* [15] *BCE Inc. c. Détenteurs d'obligations de 1976,* 2008 CSC 69 (CanLII), (2008) 3 RCS 560, par. 40; *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68 (CanLII), [2004] 3 RCS 461, par. 64-65.

2049 B. FRYDMAN, *« Stratégie* de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », dans Responsabilités des entreprises et corégulation, 2007, p.1, spéc. p.18). Voir aussi : M. Combes, « Quel avenir pour la responsabilité sociale des entreprises (RSE) ? La RSE : l'émergence d'un nouveau paradigme organisationnel », Revue Management & Avenir, 2005, n°6, p.131, spéc. p.142.

2050 M. FRIOUI « Cours de Politique Générale », DEA Management, FSEG Tunis, 2001

2051 Ces dernières doivent être appréhendées comme tous ceux qui ont un bénéfice direct ou indirect à ce que l'entreprise fonctionne normalement et crée de la valeur En ce sens, la preuve de la collaboration devrait avoir pour conséquence de présumer le respect de l'intérêt social, le terme « collaborer », apparaissant comme l'action de « rechercher et servir l'intérêt de l'autre », Voir également C. THIBIERGE-GUELFUCCI, art. préc.,R.T.D.Civ., 1997 – 383.

A. La dissociation des intérêts de la société de ceux des associés

527. Le dirigeant après avoir identifié l'intérêt de la société, devra en cas de contrariété entre les intérêts, de manière loyale se singulariser par ses décisions raisonnables.

1. La notion d'intérêt de la société commerciale

528. En dehors de la société en participation et des groupes de sociétés, toutes les autres sociétés reconnues par l'OHADA sont des personnes morales. Elles constituent des organisations, un cadre d'expression d'une volonté indépendante de celle des personnes qui agissent pour elles et mettent en présence une multitude d'intérêts parfois complémentaires, parfois contradictoires. Cette notion d'« intérêt » cristallise plusieurs approches d'appréhension de l'intérêt social, les intérêts qui sont privilégiés étant variables. Même le législateur OHADA n'a pas offert une définition qui satisfait le débat doctrinal actuel ou encore une certaine jurisprudence. Toutefois, la tendance est de saisir l'intérêt social comme l'intérêt de la société. C'est l'intérêt de la personne morale ayant une certaine autonomie, distincte des associés ou des dirigeants. C'est ainsi que le professeur Cozian affirmait que : « l'intérêt social ne se confond pas nécessairement avec l'intérêt des associés, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires ; la société a un intérêt social propre qui transcende celui des associés »[2052]. Aussi est-il possible de lire dans le rapport Viénot en France « (…) Le comité considère que l'action des administrateurs doit être inspirée par le [seul] souci de l'intérêt de la société concernée »[2053]. L'intérêt de la société et l'intérêt des actionnaires et des détenteurs d'options ne sont pas nécessairement incompatibles. Mais lorsqu'ils le sont, le critère de la décision raisonnable, pris dans le contexte dans lequel se trouvait alors l'entreprise, est le critère à considérer pour pondérer les intérêts divergents[2054]. Il s'agit d'une question de fait de sorte qu'on puisse le saisir sous l'angle de principe directeur. Pour autant, il semble que la notion d'intérêt est consubstantielle à la définition de la société commerciale. En effet, aux termes de l'article 4 AUSC : « La société commerciale est créée par deux (2) ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les

2052 COZIAN M., VIANDER A. et DEBOISSY F. ; Droit des sociétés 14ème édition, Paris, Litec, 2001, P175

2053 Sur le rapport, voir J. PAILLUSSEAU, La modernisation du droit des sociétés commerciales, D.,1996 – 287

2054http://www.edilex.com/edilexpress/index.php/le-devoir-de-loyaute-des-administrateurs-revisite/#ixzz2kLa1XZow

associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme. La société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associés. ». La finalité de la société commerciale est claire et devrait avoir des incidences sur la définition du contenu de la notion d'intérêt social, son rapport avec les intérêts des associés-actionnaires. Leur intérêt ne peut qu'être diffèrent de ceux des autres constituantes qui détiennent des créances fixes. Ces dernières n'ont pas d'intérêt à voir la valeur de la société s'accroître au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer le paiement de leur créance, puisqu'elles ne profitent pas des revenus qui excèdent le montant de la rémunération promise au contrat. Elles ne souhaitent qu'obtenir le paiement de leur créance et favorisent, par conséquent, les opérations peu risquées qui accroîtront la garantie de paiement. On considère ainsi que la société commerciale doit avant tout « *créer de la valeur pour ses actionnaires* ». C'est devenu une véritable antienne, un quasi dogme consacré par l'OHADA. Le cadre institutionnel tel qu'il est élaboré permet essentiellement aux entreprises d'être des sources de valeurs pour l'enrichissement des associés. Dans ce cadre, le *Corporate governance* apparaît alors pour désigner un ensemble de principes dont le respect par les entreprises devrait permettre de discipliner les dirigeants et d'asseoir l'intérêt des actionnaires comme objectif prioritaire. « En contrepartie des apports, la société rémunère l'apporteur par des titres sociaux, pour une valeur égale à celle des apports. En contrepartie des incorporations de réserves, de bénéfices ou de primes d'apports, d'émission ou de fusion, la société émet des titres sociaux ou élève le montant nominal des titres sociaux existants. Ces deux procédés peuvent être combinés »[2055]. À cet effet, le dirigeant social n'a quasiment aucune liberté dans le partage des valeurs. En vertu de l'article 142 : « L'assemblée générale décide de l'affectation du résultat dans le respect des dispositions légales et statutaires. Elle constitue les dotations nécessaires à la réserve légale et aux réserves statutaires ». En effet, après avoir satisfait ses obligations légales relatives à la dotation des réserves[2056], le dirigeant à l'obligation d'effectuer au partage du bénéfice, des dividendes ou faire profiter aux associés l'économie qui en résulte[2057].

2055 Art. 63 AUSCGIE

2056 C'est l'Assemblée qui décide si le tout ou une partie de la réserve doit être distribué à condition qu'il ne s'agisse pas d'une réserve stipulée indisponible par la loi ou les statuts. Aux termes de l'Art. 143 : « L'assemblée peut décider la distribution de tout ou partie des réserves à la condition qu'il ne s'agisse pas de réserves considérées comme indisponibles par la loi ou par les statuts. Toute délibération prise en violation du présent alinéa, ou le cas échéant, des conditions prévues par les statuts, est nulle ». Dans le cas où l'assemblée fait usage de la faculté prévue à l'alinéa précédent, elle indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués.

2057 Voir le système de répartition dans l'Art. 346

Toutefois, il existe peu d'information indiquant aux gestionnaires comment parvenir à ces bénéfices. De sorte qu'il est nécessaire qu'il puisse prendre des décisions raisonnables caractérisées par leur efficacité, leur pertinence en cas de contrariété des intérêts de toutes les parties prenantes avec lesquelles il développe des liens de confiance et de coopération. Leur propre intérêt est directement affecté par le bien-être de l'entreprise.

2. La nécessité d'une décision raisonnable en cas de contrariété des intérêts.

529. L'intégration de la RSE dans la société commerciale incite à plus de loyauté dans la prise de décision[2058]. Les parties prenantes ont un pouvoir suffisant pour influer positivement ou négativement sur la performance de l'entreprise. Et pourtant, la définition des objectifs de la société commerciale dans les statuts des entreprises soumises au droit OHADA renvoie uniquement à un but légal, la société étant créée dans l'intérêt des associés ». Le dirigeant, en rapport avec ses responsabilités intrinsèques, est quasiment au service des associés[2059], ceux au profit desquels est créée la société commerciale. D'orientation libérale, cette position entend défendre la propriété privée, pivot du capitalisme. Elle énonce également que les détenteurs du capital social sont les seuls à supporter le risque lié à l'activité entrepreneuriale. Cette doctrine, qui réaffirme la primauté des actionnaires dans l'entreprise, peut être qualifiée de « souveraineté actionnariale » (*shareholder ≺sovereignty*) ou de « valeur actionnariale » (*shareholder value*). En effet, l'AUSCGIE a mis en place tout un système de protection pour les actionnaires[2060], des règles permettant aux actionnaires de s'assurer que les sociétés, dont ils détiennent des parts ou actions, sont dirigées en conformité avec leurs propres intérêts. Les titres sociaux émis par la société, en contrepartie des apports faits par les associés et qui sont considérés

2058 La jurisprudence américaine à travers l'arrêt *Guthv.Loft Inc*. rendu par la Cour suprême du Dalaware semble aller dans ce sens. Elle fixe notamment les devoirs qui incombent aux dirigeants dont celui d'une entière loyauté envers la société Cette obligation est, à cet effet, mise en valeur lorsque le dirigeant a un intérêt dans la transaction. Pour autant, il est possible d'étendre cette obligation sur toutes les activités dans lesquelles, il joue un rôle déterminant. Le rôle du dirigeant dans la mise en place de système de pondération des objectifs catégoriels consubstantiels à la RS de la société commerciale, est fondé sur le devoir de loyauté du dirigeant.

2059 M. FRIEDMAN, « Capitalisme et liberté », traduit de l'anglais par A. M. Charno, Robert Laffont, 1971, spéc. p.169; M. Friedman, « The Social Responsibility of Business is to increase its profits », New York Times, 13 septembre 1970.

2060 En poursuivant l'intérêt des actionnaires, il encourage les investissements. La rentabilité est au centre des préoccupations. Toutes initiatives tendant à menacer leurs intérêts peuvent être une occasion pour engager la responsabilité civile des dirigeants sociaux.

comme des biens meubles[2061], confèrent à leurs titulaires des droits qui sont énumérés par l'article 53 AUSCGIE[2062]. C'est naturellement alors que l'obligation de loyauté s'étend sur ces acteurs, dès lors qu'ils sont associés. Ces derniers sont invités à utiliser systématiquement les moyens juridiques mis à leur disposition pour contrôler la Direction, à commencer par les droits de vote attachés aux parts sociales ou actions. Ils bénéficient également de règles de transparence qui ont vocation à permettre l'information des associés. Le dirigeant ne doit toutefois pas les divulguer. Parmi les informations confidentielles figurent en bonne place les informations privilégiées[2063]. À cet effet, le devoir de loyauté commande aux initiés deux attitudes apparemment contradictoires, mais qui ne le sont pas en réalité la discrétion et l'information. D'abord, la discrétion : toutes les informations ne sont pas diffusables immédiatement, le secret des affaires requiert parfois la plus grande discrétion. C'est sous cet angle que nous évoquons les informations privilégiées possédées par des initiés et qui doivent être diffusées auprès des actionnaires et du public. Le dirigeant ne doit pas garder le silence pour profiter de son avantage et utiliser ces informations en spéculant sur les titres de la société. Ce deuxième aspect sera envisagé dans le cadre des opérations sur titre[2064]. Cette interdiction a pour fondement la relation fiduciaire.[2065]

530. Sans consacrer l'intérêt des associés pris individuellement, la Cour de cassation française a, à cet effet, rappelé la suprématie de l'assemblée des associés dans un arrêt de principe[2066] . Pour elle : « l*es associés sont les partenaires qui souhaitent probablement le plus que leur entreprise soit prospère, à court, moyen et long terme. Si la* prospérité *de l'entreprise se traduit par l'augmentation de sa valeur nette marchande, seuls les associés ont intérêt à ce que cette valeur soit la plus grande possible* puisqu'ils *sont les seuls à se la partager. Les salariés - qui ne sont pas dans le même temps associés - ne tirent a*

2061 Art. 52 AUSCGIE

2062 Il s'agit « 1°d'un droit sur les bénéfices réalisés par la société lorsque leur distribution a été décidée ; 2°) un droit sur les actifs nets de la société lors de leur répartition, à sa dissolution ou à l'occasion d'une réduction de son capital ; (…); 4°) le droit de participer aux votes des décisions collectives des associés, à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement pour certaines catégories de titres sociaux ».

2063 Il s'agit d'informations sur la société pouvant se répercuter sur la valeur de ses titres, détenus par des personnes occupant une position particulière au sein de la société, ou proches de la société. Les dirigeants font partie de ces personnes que l'on a coutume d'appeler « initiés » (en France), *Inside* dans les pays de *commonlaw*. Ils peuvent par exemple être au courant d'un projet de restructuration qui va influer sur la valeur des titres, se répercuter sur les cours en bourse, et essayer d'en tirer parti.

2064 Les opérations sur les titres § 2 L'utilisation en bourse d'informations privilégiées.

2065 A. GEORGES. Op.cit. PP.29-30.

2066 Arrêt Motte, Cass. civ. 4 juin 1946, S. 1947. 1. 153, note P. Barbry, JCP 1947. II, no 3518, note D. Bastian, Journ. soc. 1946. 374, note P. B., Gaz. Pal. 1946. 2. 136, et repris Rev. Sociétés 2000. 14

priori aucun avantage à ce que la valorisation de leur entreprise progresse, surtout si une diminution de la masse salariale est nécessaire pour parvenir à ce résultat ». Les résultats soulignent, aussi, l'importance du type d'actionnariat des entreprises pour comprendre leur engagement dans la RSE. Les apporteurs de capitaux traditionnels (familles, industries ou Etat) ainsi que les fonds de pension de long terme ont une influence positive sur l'engagement des entreprises dans la RSE. Ils permettent le maintien dans l'entreprise d'une logique stratégique de long terme favorable à la prise en compte de la RSE aux côtés de la recherche de performance financière. Pour autant, l'intérêt des associés n'est pas la seule référence dans la gestion de la société, du moins, le mouvement de balancier entre intérêt des associés et intérêt de la société penche essentiellement en faveur de celui de la société, du moins en apparence.[2067]Même si le dirigeant n'a pas de devoir fiduciaire envers les actionnaires individuellement, en temps ordinaire, dans certaines circonstances, il doit faire preuve de loyauté envers les actionnaires avec qui il traite. Ces derniers ont la possibilité d'interpeller directement à titre individuel le dirigeant sur sa gestion. Ces différents associés doivent donc participer aux décisions collectives dans le respect des autres associés, mais également en conformité de l'intérêt social. En l'espèce, l'identité (d'associé) et l'appartenance (à une société commune) se confondent. Le dirigeant doit toujours veiller à l'égalité de traitement entre les associés. Cette égalité se traduit par une prise en compte de toutes les attentes légitimes et non les intérêts purement égoïstes. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le vote est destiné à procéder à l'augmentation de capital dont la souscription lui serait réservée. En réalité, l'Acte uniforme sans promouvoir l'altruisme dans les rapports entre associés, n'incite pas à l'égoïsme. Il considère juste que les intérêts des actionnaires minoritaires ne doivent pas être éludés. Cette approche est pratiquement similaire au principe de l'éthique de réciprocité[2068] ou de « l'éthique de réversibilité » qui veut que l'on « traite les autres comme on voudrait être traité si on était à leur place ». Dans cette perspective, on peut considérer que le devoir de loyauté est dû à la société et non aux actionnaires individuellement. Ce principe a été affirmé dans le célèbre arrêt *Percival V. Wright*[2069]. En l'espèce, des directeurs [dirigeants] avaient acheté leurs titres à des actionnaires sans leur révéler qu'ils préparaient une cession de l'entreprise. S'ils l'avaient fait, les actionnaires auraient augmenté le prix de vente des titres. Ils subirent

2067 BASUYAUX, L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales, LPA 6 janv. 2005, no 4, p. 3. - PORACCHIA et MARTIN, Regard sur l'intérêt social, Rev. Sociétés 2012. 475.

2068 www.http://fr.wikipedia.org/wiki/éthique de la réciprocité (consulté le 14 septembre 2012)

2069 (1902) 2 ch. 421 cité par A. Tunc op.cit. P.195 N°106.

donc un manque à gagner. Pourtant le tribunal estima que les dirigeants n'avaient pas violé leur devoir de loyauté car ils n'avaient pas d'obligation fiduciaire d'information envers les actionnaires individuellement. Cet arrêt *Percival V. Wright* constitue, à ce propos, un précédent révélateur du devoir de loyauté du dirigeant selon lequel le devoir de loyauté est dû à la société[2070] et non aux actionnaires individuellement. Du moins nous estimons que cela traduit une certaine reconnaissance de la variabilité des intérêts constituant la société commerciale. Une question de (bon) sens.

B. La reconnaissance de la variabilité des intérêts constituant la société commerciale.

531. L'approche dite institutionnelle de la société implique des interventions à différentes échelles. La variabilité des intérêts pousse le dirigeant dans la mesure en œuvre de l'appréciation commerciale, à assurer un équilibre entre les divers intérêts qui permettent la pérennité de la société. Partant du postulat que la RSE ne formule pas d'indication sur la hiérarchisation des intérêts, il faut souligner qu'elle permet la reconnaissance de la qualité de partie prenante de la vie de la société à des acteurs autres que les associés, cela, sans nier la coïncidence entre les intérêts d'une société solvable et de ses actionnaires, qui reste les premières parties prenantes.

1. La coïncidence indéniable entre les intérêts d'une société solvable et de ses actionnaires

532. La RSE donne à penser que les actionnaires ne doivent pas être favorisés par rapport à d'autres intéressés, quoique les intérêts d'une société solvable et de ses actionnaires tendent à coïncider dans la plupart des cas. « Les intérêts de la société ne doivent pas se confondre avec ceux des actionnaires, avec ceux des créanciers ni avec ceux de toute autre partie intéressée ».[2071] Ainsi, le devoir de loyauté des dirigeants s'adresse toujours à la société. Même si l'obligation du dirigeant envers une société concorde essentiellement, en général, avec le fait d'agir au mieux des intérêts de ses actionnaires (qui « sont » en fait la société), quand la société arrive « au bord de l'insolvabilité », le conseil doit plutôt prendre

2070 « Les directeurs doivent manifester une loyauté sans partage à l'égard de la société, éviter tout conflit entre leur devoir et leur intérêt ». Ainsi, l'intérêt social permet de valider un acte qu'il a pris et qui n'a pas été expressément prévu aux statuts mais qui est profitable à la société. Mais, il peut aussi s'opposer à un acte mentionné dans l'objet social s'il est nuisible à la société. Voir également F. DIENG, la direction des sociétés anonymes en droit Sénégalais compare aux droits français, anglais et américain, thèse, l'Université de PARIS 1, Droit, 1996.

2071 *Arrêt Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de)* c. *Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68, par. 43.

en considération les intérêts des créanciers, qui, dans de telles circonstances, délogent effectivement les actionnaires et « deviennent » eux-mêmes la société. L'intérêt de la société est un concept large et contextuel. Puisqu'il réfère à une entité ayant une existence quasi perpétuelle, ce concept vise les intérêts à long terme de la société dans le contexte de la continuité de l'entreprise. Lorsque l'entreprise est rentable, les intérêts de la société, ceux des actionnaires, ceux des créanciers et ceux de la société vont concorder pour viser les profits. La situation pourra, toutefois, être différente si la société commence à avoir des difficultés financières et que la priorité est alors de réduire les pertes. Les actionnaires se préoccupent alors de la valeur de leurs actions, les créanciers sont inquiets de ne pas être payés et les préoccupations des diverses parties intéressées ne sont plus les mêmes.

533. Les actionnaires ne sont pas toutefois propriétaires de l'entreprise : ils sont propriétaires des actions émises par les sociétés commerciales utilisées pour structurer juridiquement l'entreprise. Ils sont bénéficiaires résiduels c'est-à-dire ceux qui détiennent des titres dont la valeur espérée est étroitement liée aux flux financiers de la société[2072]. Cette valeur augmente si la société connaît du succès et diminue dans le cas contraire. Autrement dit, il s'agit d'une personne dont les relations avec la société font en sorte qu'elle ait un intérêt résiduel à l'égard du succès de la société. Les dirigeants n'ont donc pas l'obligation juridique de prendre en compte les intérêts des parties prenantes. L'étude des termes des contrats qui se forment au sein de la société amène la plupart des tenants de la théorie des contrats à isoler l'actionnaire en affirmant la primauté de ses intérêts en raison de son statut de bénéficiaire résiduel[2073]. Le bénéficiaire résiduel est celui qui détient un titre dont la valeur espérée est étroitement liée aux flux financiers de la société[2074]. Cette valeur augmente si la société connaît du succès et diminue dans le cas contraire. Autrement dit, il s'agit d'une personne dont les relations avec la société font en sorte qu'elle ait un intérêt résiduel à l'égard du succès de la société. [2075]

2072 Arman A. ALCHIAN et Harrold DEMSETZ, « Production, Information Costs, and Economic Organization », 62 *American Economic Review* 777 (1972); Brian R. CHEFFINS, *Company Law : Theory, Structure and Operation,* Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 54-58; William A. KLEIN et John C. COFFEE, *Business Organization and Finance*, p. 270-271 (1996)

2073 D. Gordon SMITH, « The Shareholder Primacy Norm », 23 *Journal of Corporation Law* 277 (1998).

2074 Arman A. ALCHIAN et Harrold DEMSETZ, « Production, Information Costs, and Economic Organization », 62 *American Economic Review* 777 (1972).

2075Dans cette perspective, on fait valoir que les règles de régie d'entreprise doivent être forgées afin de promouvoir et de protéger les intérêts des actionnaires puisqu'ils forment le seul groupe de participants qui ont avantage à maximiser la valeur de la compagnie. Plus particulièrement, l'opinion dominante avance que seuls les actionnaires ont un intérêt pour la rentabilité générale de la société. Voir Arman A. ALCHIAN et Harrold DEMSETZ, op.cit., p. 68.

2. La reconnaissance de la qualité de partie prenante à la prise de décision.

534. Plus qu'une fin en soi, le profit est d'abord un outil qui permet de bâtir les fondements d'un groupe, d'une société pérenne, solidaire et respecté pour son excellence professionnelle. Cependant, il est supposé qu'en agissant dans l'intérêt de la société, les dirigeants prendront des décisions bénéficiant généralement du même coup à l'ensemble des parties prenantes, ou entrainant toutefois des gagnants et des perdants parmi les parties prenantes. La gestion des activités sociales est indissociable de l'environnement économique, financier, social et culturel dans lequel elle s'inscrit, sans que l'on puisse établir un principe suivant lequel les intérêts d'un groupe – ceux des actionnaires, par exemple – doivent prévaloir sur ceux d'un autre groupe. La seule limite à cette discrétion procédera du recours pour *oppression* protégeant les intérêts des parties prenantes.[2076] Néanmoins, même si le dirigeant n'est pas obligé de poursuivre systématiquement l'intérêt des parties prenantes, ces derniers ne doivent pas subir des abus et injustices résultant des activités de la société commerciale. Ces parties prenantes devraient disposer, ce qui n'est pas le cas actuellement, d'un recours pour oppression[2077]. Il a souvent été utilisé comme véhicule procédural par les actionnaires pour invoquer un manquement aux devoirs de prudence, de diligence, de loyauté et de bonne foi des dirigeants.[2078]Le recours influe sur le devoir de loyauté des dirigeants en imposant à ces derniers l'obligation de traiter de façon juste et équitable avec chaque partie prenante touchée par les actes de la société[2079]. Aussi, même si le dirigeant est diligent dans la poursuite des attentes des actionnaires (des associés), il est certain qu'il doit préserver les intérêts de ses partenaires (les *stakeholders*) : il n'y a pas de valeur actionnariale durable sans collaborateurs fiers et

---

2076.S. ROUSSEAU et Ivan TCHOTOURIAN*, Pouvoirs, institution et gouvernance de la société par actions : lorsque le Canada remet en questions le dogme de la primauté actionnariale,* Les cahiers de la CRSDD, collection recherche, No 05-2012, p. 28

2077 En dehors de la survenance du préjudice, les parties prenantes ne disposent pas de moyen de remise en cause des actions et décisions des dirigeants. Ce système est rencontré au Canada à travers l'Art. 241 L.C.S.A. qui édicte le « recours pour oppression » qui permet à tout « plaignant » de demander au tribunal de redresser les abus et les injustices qui résultent des activités des sociétés. En vertu de l'Art. 241, le tribunal peut rendre toute ordonnance qu'il estime appropriée afin de mettre fin à une situation où la société où ses dirigeants abusant des droits des actionnaires, des créanciers, des administrateurs ou des dirigeants de sociétés fédérales, porte atteinte à leurs intérêts ou n'en tient pas compte.

2078Autrement dit, le recours a été employé pour mettre en avant des contestations relevant en principe de l'action oblique. Dans l'arrêt *BCE*, la Cour suprême a entériné ce rôle du recours pour oppression en reconnaissant qu'il constituait un des trois recours spéciaux destinés à protéger les intérêts des actionnaires et des parties prenantes lors de manquement au devoir de loyauté. Voir *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, par. 42-45.

2079*BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, par. 36, 64.

heureux de travailler dans l'entreprise, des clients satisfaits et des fournisseurs rentables. On note ce courant jurisprudentiel du Commonwealth, lancé il y a une vingtaine d'années par une décision émanant de l'Australie, qui conçoit désormais l'intérêt de la société comme incluant les intérêts des créanciers : « *The duties of directors are owed to the company. On the facts of particular cases this may require the directors to consider inter alia the interests of creditors».*[2080.] Selon ces autorités, le devoir de loyauté des dirigeants exige qu'ils accordent une prépondérance aux intérêts des créanciers lorsque la société est dans une situation financière précaire ou encore, dans une situation d'insolvabilité. La Cour suprême du Delaware a reconnu que la préservation de la culture éditoriale de Time qui concerne autant les employés que le public consommateur en général et qui est également invoquée par le conseil d'administration pour bloquer une offre publique d'achat hostile, constituait un motif qui pouvait légitimement guider cette décision[2081].

535. Relativement à l'implication des salariés dans les processus décisionnels dans la société commerciale, on note que le volet social tend parfois à être sous-estimé dans les politiques de gouvernance d'entreprise, alors qu'il a des incidences réelles sur la vie des sociétés commerciales. Il ne peut être occulté. Encore qu'il existe des dispositions des actes uniformes qui tendent à conférer aux salariés la qualité de partie prenante à la vie de la société commerciale, qui les emploie. Ils bénéficient à ce propos, de droit politique dans l'entreprise. Une illustration peut être trouvée, en matière de rachat des actions ou au moment des privatisations dans la mesure où un pourcentage leur est réservé. En accédant au capital social de son entreprise, le salarié accède au statut d'actionnaire et bénéficie ainsi des droits et devoirs attachés à ce statut[2082]. Les actions acquises par les salariés vont leur conférer des droits politiques de participation. Ils ont tous le droit de participer aux décisions collectives. Étymologiquement, la participation découle du latin « *participare* » qui signifie *prendre part à quelque chose, répartir, partager, avoir sa part de…*Cette participation constitue un pilier essentiel du partage du pouvoir et suppose, par ailleurs, de nuancer le pouvoir absolu des associés. Elle s'exprime notamment à travers le vote qui

2080 *Nicholson* c. *Permakraft (NZ) Ltd*., [1985] 1 N.Z.L.R. 242, 249 et 250 (C.A.).

2081Stéphane ROUSSEAU et Ivan TCHOTOURIAN*, Pouvoirs, institution et gouvernance de la société par actions : lorsque le Canada remet en question le dogme de la primauté actionnariale,* Les cahiers de la CRSDD • collection recherche, No 05-2012

2082 En effet, aux termes de l'Art. 640 : « Par dérogation aux dispositions de l'alinéa premier de l'Art. 639 du présent Acte uniforme, l'assemblée générale extraordinaire peut autoriser le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à acquérir un nombre déterminé d'actions pour les attribuer aux salariés de la société. Dans ce cas, les actions doivent être attribuées dans le délai d'un an à compter de leur acquisition ».

constitue le pivot essentiel et fondamental (le plus direct et efficace) de la participation des associés à la vie de la société, à la formation de la volonté sociale. Il permet aux associés d'exprimer une volonté, de choisir les gouvernants (gérance), et participer directement à la prise de décision politique, sans toutefois qu'on leur reconnaisse le droit d'interférer avec la gestion. La mise en œuvre de ce droit de vote ne doit pas être la porte ouverte aux abus de tout genre.

536. Par ailleurs le législateur OHADA impose également aux dirigeants un devoir de loyauté envers les tiers. Les clauses statutaires limitatives des pouvoirs du gérant sont inopposables aux tiers[2083], ce qui assure la sécurité des tiers au détriment de l'intérêt des associés. Cela dit, la notion de tiers n'est pas précisée, mais, il s'agit sans doute des créanciers sociaux et éventuellement des salariés ; les créanciers sociaux car le dirigeant social a, rappelons-le, la signature sociale et le pouvoir de représenter la société. Ce que l'on pourrait considérer comme des pouvoirs exorbitants doit être assorti en conséquence de garanties pour la protection des tiers cocontractants. En ce sens, le contrat est aujourd'hui perçu, « non plus en termes d'intérêts antagonistes, mais plutôt fondé sur la collaboration, sur un *affectio contractus* qui permettrait de parvenir à des rapports équilibrés et égalitaires, empreints de plus de fraternité et de justice »[2084]. Dans cette perspective, et pour que l'intérêt de la société commerciale, entendu comme la résultante des intérêts catégoriels, puisse s'imposer à tous les participants, en particulier aux associés, il faudrait que l'entreprise fasse l'objet d'une organisation suffisamment contraignante pour transformer les intérêts individuels des *shareholders* et des *stakeholders* en un intérêt d'entreprise, « un intérêt commun ».

537. Certaines sociétés ont bien des organes chargés de défendre des intérêts catégoriels différents de ceux des associés, par exemple le comité d'entreprise ou le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Mais, le dirigeant social est au centre du dispositif en raison de ces pouvoirs exclusifs de direction et de représentation. L'OHADA ne dispose pas d'Acte uniforme relatif à la matière sociale, même si, par ailleurs, cette matière est consacrée par le Traité de l'OHADA[2085]. Il faut juste regretter les différentiels de

2083 C. com., art. 221-5, al. 1eret 3. - À propos d'une société civile, Civ. 3e, 24 janv. 2001, no 99-12.841, D. 2001. AJ 704, obs. Boizard ; D. 2002. Somm. 471, obs. Hallouin ; Bull. Joly 2001. 529, note Lucas

2084 C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997.p.357

2085 L'évolution des perspectives de réforme actuelle apporte un début de réponse, avec l'intégration de certaines conventions de l'OIT à la sous-traitante dans son chapitre 7 : l'avant-projet revient sur l'importance des dispositions applicables à la sous-traitance. Cela dit, malgré ce dysfonctionnement, le dirigeant

réglementations nationales entre les pays membres de l'OHADA. Le droit du travail est une branche du droit la plus en prise avec le social. Il est toutefois possible de trouver des dispositions qui assurent, même si c'est de manière indirecte, la protection des intérêts des salariés. C'est principalement dans l'AUPCAP et l'Acte uniforme portant organisation des suretés que nous retrouvons des incitations à des comportements socialement responsables dans les relations de travail. L'option des rédacteurs des Actes uniformes de protéger les intérêts patrimoniaux des salariés constitue sans doute une incitation indirecte à un comportement socialement responsable. Cela interpelle le dirigeant social sur l'étendue de ces responsabilités, au-delà de la protection de la valeur actionnariale. Ces dispositions incitent à protéger la valeur du capital humain et les créances, même lorsque le licenciement est justifié par la continuation de l'activité en cas de redressement judiciaire[2086]. Les salariés bénéficient également de la protection de leur salaire. S'agissant du créancier salaire, il recouvre une diversité d'éléments. L'article 107 alinéa 3 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés qui saisit la notion de salaire[2087] vise toutes les sommes dues aux travailleurs et apprentis pour l'exécution et la résiliation de leurs contrats de travail durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision d'ouverture de la procédure collective d'apurement du passif. Il s'agit d'une définition qui étend le champ d'application de la créance de salaire. Elle renforce la portée des privilèges. Cette définition de la créance de salaire est aussi contenue dans certaines dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Les articles 95 et 96 ainsi que les articles 166 et 167 de l'AUPCAP traitent du privilège des salariés en tant que créanciers à l'occasion de la liquidation

d'entreprise ne peut pas déroger au droit du travail en vigueur dans le pays où il exerce son activité. Le fait de signer lors de son embauche le règlement intérieur et le contrat de travail n'autorise pas l'employeur à se prévaloir des clauses insérées à tort dans le contenu du règlement intérieur (cass soc 2/10/97, no. 3226 D, RJS 11/97 n° 1236 ; cass soc 19/11/97 BC V n° 383 ; RJS 1/98 no. 35). De plus, un salarié n'est pas tenu d'observer une clause illicite du règlement intérieur, même s'il en a eu connaissance lors de son engagement (cass soc 10/6/82 JS 1982 F 63).

2086 Il peut être nécessité par la liquidation de l'entreprise en cessation de paiement. Le salarié bénéficie malgré tout d'une certaine protection. Il peut exercer un pouvoir de contrôle. Ce pouvoir de contrôle des salariés dans une société en difficulté est prévu lorsqu'une procédure de licenciement pour motif économique est justifiée en cas de procédures collectives d'apurement du passif.

2087 Cette approche est reprise presque dans les mêmes termes dans l'Art. 128 alinéa 1 de l'avant-projet d'acte uniforme en droit du travail qui précise que la notion de salaire doit ici être comprise comme recouvrant le salaire proprement dit, les appointements ou commissions, l'allocation de congés et tous les accessoires du salaire, des indemnités de congés et de licenciement.

judiciaire des biens de l'entreprise[2088]. Les salariés bénéficient également de régime de protection spéciale[2089] et de super privilège.

CONCLUSION CHAPITRE-II. TITRE II.

538. La loyauté qui nous a intéressé est une forme de lien. Un lien qui relie des personnes parties prenantes qui tiennent l'une à l'autre, mais, plus encore, qui « oblige ». Le traitement des questions de loyauté place le dirigeant dans une situation délicate dès lors qu'il se trouve soumis à différentes pressions contradictoires. Sa loyauté est donc à la croisée de ces différentes exigences et la loyauté est intimement liée à son statut de dirigeant sociétal. La loyauté est, on le sait, une vertu qui fait référence à une valeur universelle, mais sa traduction dans les relations [sociales] implique qu'elle soit identifiée par le biais d'une obligation juridique, sanctionnée en cas de non-respect, de façon à permettre d'en assurer son application. En réalité, il apparaît qu'aucune disposition de droit OHADA des sociétés commerciales n'érige explicitement la loyauté en principe directeur de gestion de la société ; Dès lors, dans le silence des textes, sa force reste incertaine. Toutefois, on sait que l'adjectif « *loya*l » vient du latin « *legalis* », c'est-à-dire « conforme à la loi », « à ce qui est requis par la loi »[2090]. Ce qui nous avait invité à déterminer ses fondements sur le terrain juridique. Pour les associés, la reconnaissance de la loyauté du dirigeant à leur égard a semblé moins complexe. Bien souvent, tout ce qui a trait à la loyauté relève en premier lieu de la fonction de contrôle et suppose une asymétrie de pouvoir. Celui envers qui on est loyal se situe toujours dans une position d'ignorance ou de relative impuissance.

539. L'acte de loyauté réduit l'asymétrie ; c'est un exercice continuel de correction de l'asymétrie. Il a alors été relevé que les associés quasi exclusivement avaient la possibilité d'exiger du dirigeant la fidélité et la constance, sans préjudice de pouvoir par ailleurs obtenir de lui, notamment par la force de la loi, qu'il ne cache rien. Ils peuvent toujours contrôler, surveiller et tracer ses conduites. Il s'agit là de la transparence qui désigne la

2088 Aux termes de l'Art. 95 AUPCAP: « Les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage sont garanties, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens par le privilège des salaires établi pour les causes et le montant définis par la législation du Travail et les dispositions relatives aux sûretés ».

2089 Voir notamment les dispositions de l'Art. 187 qui s'intéressent aux privilèges des travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux. En France, ce type de système, appelé l'Assurance garantie des salaires (AGS) a été mise en place depuis 1973.

2090 Le nouveau Petit Robert

qualité d'un processus (décision, financement, production industrielle, etc.) qui ne repose pas forcement sur une volonté du dirigeant mais sur un contrôle systématique exercé par la loi. La loyauté à l'égard des autres parties prenantes s'est posée avec beaucoup plus de difficultés, sa reconnaissance explicite pouvant « alourdir » le processus décisionnel. Le conflit possible entre ces exigences a nourri un débat sur la légitimité et les limites de la « désobéissance organisationnelle » qui a profondément renouvelé la réflexion éthique sur sa loyauté. La question a été de savoir au fond dans l'intérêt de qui, de la société ou des associés ou des autres parties prenantes, il convient d'instituer un principe protecteur de loyauté. La réponse a été qu'il fallait y intégrer les autres parties prenantes de la société commerciale dès lors que l'on accepte que la loyauté puisse être appréciée comme la fidélité à des engagements explicites ou implicites, à des attentes qui lui sont portées, ou à des valeurs. Le défi est alors de s'assurer que le dirigeant contribue à l'« intégrité » institutionnelle de celle-ci, c'est-à-dire à la pérennité de sa mission, de ses pratiques et de sa spécificité, sans que ces aspects ne se dégradent (ne se « corrompent ») au contact des parties prenantes. Le chapitre a ainsi proposé des moyens d'analyser un certain nombre de dilemmes afin d'y trouver la solution la plus satisfaisante.

540. Avec l'appropriation de la RSE les sociétés commerciales doivent se sentir obligées d'instaurer des mesures directoriales et de gestion pour garantir l'assujettissement du comportement et des intérêts de leurs dirigeants aux priorités et aux intérêts de l'organisation sociétaire. Cela a montré bien à quel point, pour la réflexion sur les exigences de la RSE, est centrale ce qu'on appelle la capacité de jugement ou de « délibération » des dirigeants. Il s'agit de l'utilisation de certains types de raisonnement s'appuyant sur un « savoir éthique » pouvant aider le dirigeant à prendre ses décisions, à harmoniser ses choix conforment à l'intérêt social, en somme, comme sujet éthique. Et dans la mesure où, comme le disait M. Michel Foucault, l'éthique peut être saisie comme la pratique réfléchie de la liberté[2091], le choix des instruments destinés à l'application effective de la loyauté plurielle des dirigeants de sociétés commerciales demeure loin d'être évident. Leur responsabilité sociale est de protéger l'intérêt social et s'approprier les contradictions inhérentes à la fonction, en luttant pour atteindre une autonomie professionnelle et en définissant des normes de responsabilité éthique et sociale dans le contexte d'une pratique professionnelle qui demande une soumission à une autorité d'entreprise.

[2091] M. Foucault, « L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté », 1984, DITS ET ÉCRITS, tome IV, Paris, Gallimard, 1994.

CONCLUSION TITRE 2. DEUXIEMEN PARTIE

541. Il fallait donc admettre la nécessité de rendre le statut du dirigeant plus large, l'admettre au profit de toutes les parties prenantes de la société commerciale. Après avoir longtemps marché dans le sens de l'individualisation, voici que la propriété et sa mise en œuvre tendent à redevenir sociétales. Il faut reconnaître que toute propriété est, dans une certaine mesure, le résultat d'une œuvre collective ; et sa mise en œuvre doit répondre de cette préoccupation. Or, de même que toute propriété a été créée, plus ou moins par l'apport de tous, c'est-à-dire des actionnaires, des salariés, des clients, des fournisseurs et sous-traitants, des collectivités locales, des consommateurs, de même elle doit être employée dans l'intérêt de tous, sauf pour la part qui est consommée par les porteurs de titres sociaux lui-même, pour ses propres besoins. L'accent a été mis sur la nécessité d'une vision intégrée de la RSE pour une gestion rationnelle de la responsabilité des dirigeants. Il apparaît que paradoxalement l'institution de dirigeant sujet autonome passe par le développement de nouveaux liens sociaux, plus égalitaires, plus respectueux des droits des parties prenantes, et vice versa. La reconstruction de ces liens sociétaux visée en l'espèce concerne les liens non plus nourris par le principe d'allégeance adossé sur un mandat social, mais développés cette fois sur la base de rapports qui intègrent toutes les parties prenantes, des parties prenantes souvent abstraites. Il s'agit d'un abandon de la culture de la domination caractérisée par la quête permanente de la supériorité qui pousse à mettre les associés, au-dessus des autres parties prenantes, comme le dirigeant. Cette culture est introduite dès la nomination du dirigeant. Elle se développe ensuite parfois sous des formes les plus caricaturales dans le contrôle des activités sociales ou la menace de révocation. S'émanciper de cette culture d'inspiration capitaliste implique la recherche d'un autre paradigme fondateur de la société commerciale située dans un espace en développement ; et donc, d'évoluer vers une culture qui articulerait dans l'exercice des activités sociales des mots clés tels la coopération, la pluralité, la réciprocité, l'équité, etc. Sans prétendre ainsi supprimer l'intérêt commun des associés et l'intérêt social, il fallait donc chercher s'il n'y aurait pas dans les démarches de la RSE quelque force latente qui pourrait, sans les dépouiller de leurs vertus, l'empêcher de tenir en échec les intérêts des autres parties prenantes ou encore l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

542. La RSE peut, ainsi donc, être saisie, à travers ses principes, dans ses méthodes, dans leurs applications les plus saillantes ; elle a aussi vocation à impacter sur le statut juridique du dirigeant de société commerciale. Elle contribue à la socialisation du statut du dirigeant de société commerciale soumise au droit OHADA. À cet effet, à la lumière de notre lecture de la régulation des missions du dirigeant qui ne peut plus s'examiner du seul point de vue des règles, il est donc apparu qu'elle doit aussi embrasser la dynamique sociale qui la sous-tend et qui mène à sa production. Le dirigeant ne parvient en fait à entrer en rapports avec les autres en usant des procédés qui ont rendu possible l'expression de son individualité, c'est-à-dire en objectivant ses missions et les modalités de son rapport aux autres parties prenantes. La mise en œuvre de ces ou de leurs fonctions nécessite le maintien d'une certaine unité sociale impliquant, par conséquent, que dans la recherche qu'ils font de leur propre statut ou de l'intérêt social, les dirigeants de sociétés commerciales élaborent des formes de socialisation. Ceux-ci, en objectivant leurs rapports, fondent les conditions de la réciprocité ave les parties prenantes. La socialisation favorise conséquemment une forme d'objectivation qui permet à la fois l'expression, l'extériorisation et la protection des intérêts catégoriels des parties prenantes[2092]. Toutefois, si l'on répond que le droit OHADA doit, en promouvant la création des valeurs, faire abstraction de la portée morale des procédés mis en œuvre, il peut se poser un problème de légitimité. L'enjeu s'est situé au niveau de la méthode permettant de déterminer l'idéal régulateur dont le statut juridique doit se rapprocher. Il a été permis, alors tout en critiquant la valeur intrinsèque de cet idéal, de vérifier la direction réelle du statut du dirigeant et donc d'arriver à la conclusion que rien ne s'oppose à ce que cet idéal soit considéré comme sociétal. On peut admettre donc que le statut du dirigeant doit devenir de plus en plus sociétal, ce qui veut dire qu'il doit être envisagé au point de vue de l'utilité sociale. On peut, sans doute, estimer qu'au cœur de la société commerciale, comme de la mission du dirigeant la question du lien social se pose sous un jour nouveau avec les initiatives RSE. De même, le succès de la recherche de nouveaux équilibres, entre le dirigeant et les associés, d'une part, entre les parties prenantes de la société commerciale et leur environnement, d'autre part, semble plus que jamais dépendre de l'avenir des économies nationales.

2092 On s'est donc gardé du ridicule de mépriser l'intérêt commun et l'intérêt des associés de la société commerciale, de le flétrir sous le nom d'égoïsme et de croire qu'on pourrait trouver à remplacer facilement ces moteurs de l'activité humaine par quelque autre ressort.

CONCLUSION GENERALE

543. Leçons à tirer de l'analyse. -Au rebours de la défiance qu'il est de bon ton d'affecter à l'égard d'une notion jugée vague et « fourre-tout », la RSE apparait comme le méta-principe où viennent se rejoindre et se féconder mutuellement les droits et responsabilité qui par ailleurs structurent le statut du dirigeant. Il s'agit de droits qui sans responsabilité seraient entrainés dans la spirale de l'individualisme solipsiste et empêtrés dans des conflits indécidables et d'autre part des responsabilités qui, sans droits correspondant, feraient du dirigeant de société commerciale l'otage d'une contrainte externe et aliénante.

544. L'idée que le statut du dirigeant reflète un univers pluriel qui n'a pas de centre est une idée fondamentale. Vu la centralité de la notion de pouvoir qui est intimement liée à celle de responsabilité, une forme privilégiée de l'engagement, on pourrait lier une triple déclinaison, de l'idée de responsabilité sociétale, à savoir une refondation du lien entre le statut du dirigeant et de la société, du lien entre la société avec son environnement et enfin une refondation du rapport du statut au temps. Elles s'opèrent sous forme de fictions juridiques.

545. S'agissant de la refondation du lien entre le statut de dirigeant et la société commerciale, il touche au renouvellement de modalités de direction, de gestion et d'administration et d'une redéfinition de sa responsabilité sociale, de l'intérêt social et du « contrat social ». Cette réflexion sur la responsabilité sociétale et ses nouvelles expressions dans les sociétés contemporaines, nous a interrogé fondamentalement sur la société commerciale et ses finalités.

546. Relativement à la refondation de lien de la société commerciale avec son environnement, il est possible de noter qu'avec la RSE les dirigeants de société commerciale ne gèrent pas seulement une « société » en référence au contrat entre associés, ils dirigent également une équipe de production des biens et services destinés aux marchés de consommation et aux marchés des biens de production. La RSE pourrait être vécue comme une contrainte en raison de la nécessaire conformité à la législation, aux règles du secteur d'activités et/ ou aux exigences des partenaires. Ce lien permet alors d'envisager la société commerciale comme une unité sociale, un tout irréductible qui existe intrinsèquement et objectivement et duquel émergent une cohésion collective et une identité et qui ne se résument pas aux associés. L'entité sociale qu'est la société commerciale doit inclure les relations sociales entre les parties prenantes qui se produisent en son sein – diffère fortement et conceptuellement de la fiction légale, la société

détentrice de la personnalité juridique. Cette dernière importe ainsi, mais avant tout parce que la loi confère des règles supplétives, des sanctions juridiques et exécutoires, qui encouragent la logique privée reposant sur le consentement, le volontariat. La RSE a vocation sans nier le rôle pertinent du profit comme indicateur du bon fonctionnement de la société commerciale, à consolider le système, qui n'existerait pas sans les interactions sociales qu'entretiennent les individus les uns avec les autres. Elle appelle avant tout à reconnaître juridiquement cette réalité mal décrite, l'entreprise, invisible en droit des sociétés, et qui en réalité crée le management tout en définissant son périmètre et sa fonction. La société n'y est pas vue comme la réponse qui porterait du profit mécaniquement, hors de toute régulation sociale et politique. C'est le défi d'une nouvelle relation aux parties prenantes, à son écosystème et d'une responsabilité environnementale et peut-être l'engagement d'un « contrat naturel ». Il s'agit alors de mettre davantage l'accent, en plus de la propriété, sur la maîtrise de potentiels non financiers (compétences, relations, etc.), dans la mesure où l'investissement spécifique des parties concernées et la cohésion entre les parties seraient déterminants pour l'efficacité économique, la compétitivité de l'entreprise et sa profitabilité à terme. L'entreprise est perçue comme un habillage de contrats interindividuels[2093] où le processus contractuel domine les affaires internes de l'entreprise. Les contrats sont étendus au-delà de ceux liés à la fonction de la production (visant les contrats avec les employés) pour inclure l'ensemble des contrats établis entre la société et son environnement ainsi que la répartition des revenus générés par les biens ou les services produits. Dans le cadre de cette théorie, l'entreprise n'est ni une entité ni une chose capable d'être possédée. Cela donne tout son sens à la quête de l'intérêt social.

547. Pour ce qui est de la refondation du rapport du statut du dirigeant au temps, elle requiert notamment l'accompagnement de l'évolution de la responsabilité d'une acceptation plus négative tournée vers le passé, vers une acceptation plus positive et tournée vers le futur. Ce pari demeure risqué parce qu'une telle entreprise ne fera qu'élargir le cadre normatif et temporel de la responsabilité et du dommage (dommages futurs-responsabilité certaine dans l'avenir) ; étendre le champ des victimes et titulaires du droit d'action en responsabilité (victimes futures, émergence de nouvelles catégories juridiques –l'humanité à côté de l'humain- ; victimes non humaines, c'est-à-dire, environnementales ou écologiques, etc. Il s'agit d'un risque consubstantiel à la RSE,

2093 Y. Pesqueux, « Organisations : Modèles et représentations », 1ère éd., 2002, P.U.F., spéc. p.118.

la position étant qu'« être responsable s'entend alors (…) de la situation de celui qui, indépendamment de toute idée de faute, assume une charge, prend sur lui une mission (…) »[2094]. Cette idée d'une charge ou d'une mission, à la fois appelle et par là institue son titulaire, ici le dirigeant notamment, en tant qu'agent, et le convoque comme ayant à rendre compte de sa réponse à cette convocation même.

548. Éléments de réponse. - La position défendue par ce travail invite à réfléchir aux formes juridiques qui permettent de prendre en compte les légitimités définies. On peut considérer les déterminants du statut pluriel du dirigeant comme aussi légitimes les uns que les autres sur tous les champs de l'action, alors qu'il existe une légitimité particulière à chaque champ. Les configurations particulières de ce statut plongent le dirigeant dans l'obligation d'arbitrer entre ses différentes composantes statutaires qui peuvent se trouver en conflit les unes avec les autres. La prise en considération de la RSE dans les rapports internes (l'entreprise) peut être aussi volontaire, voir imposée par le juge, au-delà des rapports contractuels *stricto sensu*. Une telle perspective pourra conduire à une dilution voire une disparition de la notion de faute au sens moral, comme en témoigne l'évolution du droit de la responsabilité dans le domaine notamment des accidents du travail. Ce constat tient compte du paradigme de l'entreprise qui a une portée normative forte. L'entreprise est, par essence, contractuelle et ne la constituent que des éléments et dispositifs contractuels, des nœuds de contrats. Il est, à ce propos, difficile de parler de la RSE d'autant plus que l'ordre public transparaît dans ce paradigme à travers son pouvoir de régler les défaillances contractuelles. Pour autant, l'analyse ne doit pas occulter comme on l'a démontré la fonction sociale de l'entreprise et du contrat. Comme toute institution sociale, la constitution de l'entreprise implique une « moralité du devoir »2095 qui ne se borne pas aux consentements contractuels et aux contrats à proprement parler. Cette moralité du devoir, qui fait que la société existe, fonctionne et se pérennise, repose sur des croyances, des habitudes et des représentations mentales particulières. La loi donne existence juridique – c'est-à-dire donne des droits et des responsabilités – à une entité socioéconomique constituée pour agir de concert à des fins communes. Et, au travers de ce processus d'institutionnalisation juridique, la loi consolide et renforce le substrat

2094 F.OST et S.VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », BRIBOSIA Emmanuelle & HENNEBEL Ludovic, Classer les droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 2004, 398 p (87-133)

2095 Fuller L. L., The morality of law, Yale University Press, New Haven, 1969.

socioéconomique résultant de la production de l'action collective[2096]. Mais encore, c'est bien cette approche de l'entreprise comme entité réelle – comme un tout émergent et irréductible – qui permet de lier la question de la reconnaissance juridique des sociétés commerciales à celle du statut sociétal du dirigeant.

549. **Les perspectives sont dès lors ouvertes**. Elles se veulent à la fois descriptives et normatives. D'un point de vue descriptive, on a vu que cette question du statut du dirigeant en soulève beaucoup d'autres, brûlantes, fondamentales qui touchent à la conjoncture, à la prospective et surtout à la conception de la société commerciale. Ceux qui ne se satisfont pas des révisions de 2014 de l'AUSCGIE, ces retouches ponctuelles, cherchent désespérément le point d'impact du droit sur l'action économique et sociale des sociétés commerciales. Tout y pousse : la séduction d'un statut juridique du dirigeant réinterprétée, qui fait apparaître la vanité de toute pensée non opératoire, le capitalisme exacerbé qui s'enclot sur sa rationalité et rejette le reste dans l'utopie.

550. Dans ce contexte, le processus de reconnaissance du statut sociétal du dirigeant devra être orienté vers des propositions dont l'importance systémique est évidente. Il est apparu que les problèmes relatifs au statut du dirigeant de société commerciale, tels qu'ils sont abordés dans notre analyse, ont permis de favoriser un questionnement critique sur l'évolution actuelle du système économique et financier. D'abord, la redéfinition de la notion de société commerciale peut être proposée. Nous voudrions rappeler, du moins, à propos des conjonctures présentes, quelques exigences qui impactent sur la pertinence et la cohérence du système économique entendu comme méthode pour assurer la primauté absolue du capital, de la propriété des instruments de production. Quand bien même ce droit subjectif de propriété doit être défendu en tant qu'intérêt juridiquement protégé, il peut également être conçu comme « Un droit fonction dont les pouvoirs sont conditionnés par des devoirs car il ne saurait s'exercer au détriment de l'utilité sociale, du bien commun, des catégories sociales protégées »[2097]. Notons la proposition faite par Daniel Hurstel[2098] d'une modification de l'article 1832 du code civil français : « La société est constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie soit en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter, soit en vue de financer ou de développer une activité qui

2096 V.CHASSAGNON, « Une analyse historique de la nature juridique de la firme », Revue de la Régulation, [En ligne], 12 | 2e semestre / Autumn 2012, mis en ligne le 19 décembre 2012, consulté le 13 novembre 2016. URL : http://regulation.revues.org/9832.

2097 J-L BERGEL, M BRUSCHI et S. CIMAMONTI, Traité de droit civil - les biens, LGDJ 2000, n°94.

2098 D. Hurstel, La nouvelle économie sociale pour réformer le capitalisme, Odile Jacob, 2009, p. 101.

répond à un besoin social […] ». Dès lors « l'économie capitaliste pourra sans entrave se transformer et lentement, se dilater pour permettre le développement « en son sein » de cette nouvelle forme d'économie sociale ».

551. Ensuite, les évolutions récentes du droit dans certains pays confirment qu'il est nécessaire de réviser le droit de sociétés OHADA pour que la prise en compte des différentes parties devienne possible. Parmi les initiatives récentes, on peut mentionner aux États Unis, les *constituencies statutes* autorisent aussi les dirigeants à prendre en considération d'autres éléments que la maximisation de la valeur actionnariale dans leur décision. La *Company Act* de 2006 en Grande-Bretagne ~~oblige~~, quant à elle, encourage les administrateurs à considérer les conséquences de leurs actes sur les différentes parties prenantes. Plus récemment, de nouvelles formes de sociétés ont été introduites aux États-Unis, comme la *Benefit Corporation ou la Flexible Purpose Corporation* pour permettre aux sociétés d'inscrire dans leur statut une mission, ou des objectifs sociaux ou environnementaux, au-delà de l'objectif classique du profit.

552. Puis, l'extension de l'objet social dont l'importance systémique n'échappe désormais à personne. Ne faut-il pas plaider pour une distinction forte entre l'objectif du profit et celui de la maximisation du profit ? Ne faut-il pas également chercher les moyens juridiques d'orienter l'activité et la finalité des entreprises vers leur finalité sociale ? Pour cette dernière question un champ à explorer concerne en particulier l'encouragement à l'échelle de l'OHADA des incitations nationales fiscales par des pratiques d'optimisation fiscale légales ou en conférant aux fondations d'entreprise la qualité de charge d'exploitation d'acte de gestion ordinaire de l'entreprise. Cette responsabilité s'élargit certes du point de vue thématique –à savoir, les enjeux et impacts sociaux, sociétaux, et environnementaux liés à ses activités et à sa gouvernance- mais aussi, à l'aune de la notion même d'entreprise, au sens juridique.

553. Par contre d'un point de vue normatif, il faudra notamment à un niveau communautaire accompagner la consécration de nouveaux besoins de régulation et également de règlementation. Il s'agira de consolider la dialectique sous-jacente à la reconnaissance de ce statut sociétal entre ordres imposé et négocié et poursuite des principes de transparence, de redevabilité, de subsidiarité. Conséquemment, il faut savoir accompagner le processus d'appropriation des normes émergentes qui peuvent constituer un facteur d'insécurité juridique. Une réflexion générale sur la force contraignante des outils RSE fait état d'un mouvement jurisprudentiel tendant vers une sanction grandissante des juridictions en cas de non-respect des engagements RSE pris par les entreprises. La doctrine a tenté de

rattacher ces instruments tels les codes de conduite, charte éthique[2099], déclaration d'intention (qui peut, entre autres, figurer sur un site Internet ou dans le rapport annuel), à des concepts juridiques existants, tels que l'engagement unilatéral[2100], le quasi contrat[2101] notamment. Or, à cette matière, déjà en elle-même essentiellement fluctuante, la RSE incite à l'application de méthodes relevant davantage de la prospective que de la normativité : elle ne dicte pas de conduites, elle cherche à les infléchir grâce à des éléments de prévision qu'elle est appelée à corriger au fil de l'expérience. Quoi d'étonnant, dès lors que la technique juridique classique, faite d'un « mouvement lent et indéfini de normes impératives et figées se corrigeant les unes les autres » ne suffise plus et que « pour s'adapter à ce monde économique foisonnant, enchevêtré et aléatoire, chaque norme devra désormais porter en elle-même son propre mouvement, ne jamais épuiser son avenir et l'avenir de ses destinataires ». C'est à ce propos, que M. Maurice Hauriou a lancé l'expression de droit de l'aléatoire. Empruntant le langage aux mathématiciens, M. Hauriou montre comment le droit administratif français, après s'être, pendant longtemps, borné à régir des situations-réactions relevant du « déterminé » - quitte à prévoir parfois, comme en matière d'imprévision, le passage « d'un palier du déterminé à un autre palier du déterminé », se lance, aujourd'hui, avec la planification notamment, dans l'encadrement de l'aléatoire[2102]. Cette perspective a été à l'origine d'un droit administratif nouveau qui diffère de l'ancien par plusieurs traits : il n'est plus un « droit de commandement », car l'aléatoire exclut les certitudes du commandement – mais, de la persuasion ; il donne naissance à des obligations de comportement, « techniques juridiques parfaitement adaptées à la prospective de l'aléatoire ». Il exige une possibilité d'adaptation continue ; il a des sanctions non encore juridictionnelles, car, pour l'essentiel, « les obligations de comportement sont encore hors contentieux ». Ces besoins sont exprimés en termes notamment de reconnaissance des sujets soumis au droit OHADA, de redéfinition de la responsabilité du dirigeant. Sur les sujets, le législateur OHADA doit faciliter à travers des normes harmonisées destinées à assurer la protection des travailleurs dans

[2099] I. DESBARATS « Codes de conduites et Chartes éthiques des entreprises privées – regard sur une pratique en expansion », *JCPE,* n°9, 26 février 2003, I. 112.
[2100] Dans son arrêt du 24 octobre 2013, la cour d'appel de Paris a pris le soin de rappeler que le protocole signé en 2009 entre Areva et les ONG constitue bien un engagement unilatéral (CA Paris, pôle 06, ch. 12, 24 oct. 2013 n°12/05650 et 12/05651).
[2101] F-G TREBULLE, « Responsabilité Sociale des Entreprises (Entreprise et éthique environnementale) », *Répertoire Sociétés Dalloz*, Mars 2003, p.13, n°47.
[2102] M. HAURIOU, Le droit administratif de l'aléatoire, LGDJ, 29 pages. Cette étude s'attache exclusivement au droit administratif français ; ses analyses peuvent néanmoins être étendues, *mutus mutandis*, aux autres secteurs du droit économique, et notamment au droit des sociétés.

l'espace OHADA à travers l'adoption de l'AU portant droit du travail. Cette harmonisation pourrait éviter les différences de règlementation et donc les abus notés suivant les pays en matière de protection des salariés.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX

- **ALEXIS (C.),** *Droit des sociétés. Droit commun et droit spécial des sociétés*, Dalloz, 2007, 259 pages
- **BENOIT (J.),** *Pédagogie de l'éthique*, EMS, coll. Questions de société, 2005, 440 pages.
- **BERGEL (J.L.),** *Théorie générale du droit,* Collection Méthodes du droit, Éditions Dalloz – Sirey, 3ème éd, 1999. 346 pages
- **CARBONNIER (J.),** *Flexible droit – pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10e éd., 2007, 493 pages.
- **CAUZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.),** *Droit des sociétés*, 19e édition, Litec, 2006, 673 pages.
- **CORNU (G.)** (Dir.), *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, 4ème éd, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2003, 951 pages.
- **DELGA (J.),** *Le droit des sociétés*, Dalloz, 1998, 297 pages
- **DELMAS-MARTY (M.),** *Les forces imaginantes du droit : Le pluralisme ordonné*, Paris : Ed. Du Seuil, 2006 (II), 303pages.
- **GAUDEMET (E.),** Théorie générale des obligations, Sirey, 1965, 508pages
- **GAZZANIGA (J.L.),** Introduction historique au droit des obligations, 1ère éd, P.U.F., 1992, 296 pages.
- **GIBIRILA (D.),** Droit des sociétés, Ellipses, 5e éd. 2015, 512 pages.
- **GUYON (Y.),** Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés Paris L.G.D.J., 1993, 395pages
- **HANNOUAN (C.),** « Le droit et les groupes de sociétés », Bibliothèque de droit privé, T.410, LGDJ, 1998, spéc.p.121, n°154.
- **ISSA-SAYEGH (J.), POGOUÉ (P.-G.), SAWADOGO (F. M.) (Dirs.),** OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 3ème édition, Juriscope, 2008, 1076 pages.
- **KELSEN (H.),** *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris : Dalloz, 1990, 496 pages.
- **MESTRE (J.),**(dir)« Lamy société commerciale », Paris, Lamy 2009-2010.
- **MOUSSERON (J.-M.) et IZORCHE (M.-L.),** Technique contractuelle, Francis Lefebvre, 2ème éd, 1999,792 pages.
- **OPPETIT (B.),** « Droit des sociétés », Litec, 3e édition, 2006

- **ROCHFELD (J.),** Les grandes notions du droit privé, PUF, 2011, XII-576 pages.
- **ROUBIER (P.),** Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales, 2ème édition, Collection : Bibliothèque Dalloz, 1951, 360pages.
- **SAVATIER (R.),** *Traité de la responsabilité civile en droit français*, tome I (les sources de la responsabilité civile), 2ème édition, 1951, 590 pages.
- **SIZOO (E.).,** (dir), *Responsabilité et cultures du monde, Dialogue autour d'un défi collectif,* Éd. Charles Léopold Mayer, Essai n° 169, 2008, 169pages.
- **WALINE (M.),** *L'individualisme et le droit*, 2ème édition, Paris, Domat Montchrestien 1945, 426 pages.

II- OUVRAGES SPECIAUX

- **ATLAS (C.),** *Philosophie du droit*, 3ème éd, Thémis droit, PUF, 2012, 416 pages
- **AUBRY (H),** L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, Préface Ghozi (A.), P.U.A.M, : Institut de Droit des Affaires, 2002, 573 p.
- **AUBRY (H.), BRUNET, (A.) et PERALDI LENEUF (F),** De la normalisation en France et dans l'Union, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Institut de Droit des Affaires, 2011, 292 p
- **BENNINI (A.),** L'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales, in Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre, PUF, 2006, 200 p
- **BENNIS (W.G.), GUERRIN (C.) et DE BETTIGNES (H.C.),** Le développement des organisations : sa pratique, ses perspectives et ses problèmes, Paris, Dalloz, 1975, 100 p.
- **BISSARA (P.), FOY (R.) et DE VAUPLANE (A.),** Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées : conseils et comités, éd. Joly, Pratique des affaires, 2007, 432p.
- **BHALLA (A.S.)** (dir), Mondialisation, croissance et marginalisation, CRDI, 1998, 288 p.
- **BOWEN (H.R.),** Social responsaibility of the businessman, , New York, Harper & Row, 1953
- **CABY (J.) et HIRIGOYEN (G.),** La création de valeur de l'entreprise, Economica, 2e éd. 1997, 197 pages
- **CADIET (L.),** Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives, Economica, Paris, 1987, 284 pages.

- **CAPRON M., QUAIREL-LANOIZELEE (F.),** La responsabilité sociale d'entreprise, Paris, La Découverte, 2007, 122 pages.
- **CAUSSAIN (J.-J.),** Le gouvernement d'entreprise : le pouvoir rendu aux actionnaires, Paris LexisNexis Litec, 2005, 171 pages.
- **CHAUVEAU, (A.) et ROSE (J. J.),** « L'entreprise responsable ». Éditions d'Organisation. 2003, 392pages.
- **CLAUDE (J. F.),** « Le management par les valeurs : l'appartenance à l'entreprise a-t-elle encore un sens ? » Liaisons, 2ème édition 2003, 264 pages.
- **COMMENNE (V.)** (coord.), Responsabilité sociale et environnementale : l'engagement des acteurs économiques. Mode d'emploi pour plus d'éthique et de développement durable, Éditions Charles Léopold Mayer, Paris, 2006, 303 pages.
- **COMPARATO (F. K.),** Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé, Dalloz, 1964, III+241p.
- **DE CORDT (Y.),** L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale, Academia, Bruylant, 2008, 156 pages.
- **DE WOOT (P.),** Responsabilité sociale de l'Entreprise : Faut-il enchaîner Prométhée ? Paris, Economica, 2004, 208 p.
- **DE WOOT(P.),** Pour une doctrine de l'entreprise, Paris, Éditions du Deuil, 1968, 284 p.
- **FARJAT (G.),** L'ordre public économique, Paris, L.G.D.J., 1963, 543pages.
- **FREEMAN (R. E.),** strategic management : a stakeholder approach, Marshall, M. A. Pitman, Boston, 1984, 276 pages.
- **GABRIE (H.) et JACQUIER (J. L.),** « La théorie moderne de l'entreprise : L'approche institutionnelle », Éditions ECONOMICA, Paris, 1994, 329 pages.
- **GIBIRILA (D.),** :

  - Le dirigeant de société, Statut juridique, social et fiscal, préf. J.-P. Marty, Litec, 1995, 590 p. ;

  - La maîtrise des risques du dirigeant (en collaboration avec W. Feugère), F. Lefebvre 2009, 551 pages ;

  - Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Themexpress, F. Lefebvre 2013, 304 pages

  - Responsabilité pénale des dirigeants sociaux, Themexpress, F. Lefebvre 2013, 354 pages
- **GHESTIN (J.) et FONTAINE (M.),** La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, Paris, L.G.D.J.,1996, 677 pages

- **HANNOUAN (C.) et LE BARS** (B.), Le contrôle des entreprises : Évolutions et perspectives, L'Harmattan, 2007, 210 pages
- **HOFSTEDE (G.) et BOLLINGER (D.),** Les différences culturelles dans le management, Paris, Les Éditions d'organisation, 1987, 268pages.
- **KHEMAKHEM (A.),** la dynamique du contrôle de gestion », Paris, Dunod, 1976, 587p
- **LABAZEE (P.),** Entreprises et entrepreneur du Burkina Faso. Vers une lecture anthropologique de l'entreprise africaine. Paris, Khartala, 1988, 279 pages.
- **LAROCHE (J.)** (Dir) Mondialisation et gouvernance mondiale, PUF, 2003, 259 pages.
- **LAROCHE (J.)** (Dir), La pauvreté, une fatalité ? Promouvoir l'autonomie et la sécurité humaine des groupes défavorisés Bénin - Burkina Faso - Mali - Niger, éd UNESCO/Karthala, 2002, 284 pages.
- **LORINO (P.),** « Méthodes et pratiques de la performance, le guide du pilotage », Éditions de l'organisation, 1997, Paris, 1997. 512 pages.
- **MAATI (J.),** « Le gouvernement d'entreprise », De Boeck Université, Paris-Bruxelles 1999, 293pages.
- **MACHESNAY (M.),** « Économie d'entreprise », Paris, Eyrolles, 1991, 109 pages.
- **MAGNIER**, « Principes (OCDE) relatifs au gouvernement d'entreprise. Premiers éléments d'analyse », J.C.P., éd. E., 1999 n° 27-28.
- **MAMERT (J.),** « La corporate governance: un faux débat ? », ANSA, sept-oct., 1996, n° 2846
- **MICHOUD (L.),** La théorie de la personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie**, LGDJ, 2004.**
- **NZOUABETH (D.),** Le juge et le droit des sociétés OHADA : Contribution pour le traitement judiciaire des litiges entre associés, Éditions universitaires européennes, Allemagne, 2011, 428pages.
- **OCDE,** Les approches volontaires dans les politiques de l'environnement - Efficacité et combinaisons avec d'autres instruments d'intervention. Octobre 2003. 154 pages.
- **PAILLUSSEAU (J.),** La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Paris, Sirey, Bibliothèque de Droit de Droit commercial, 1967, 294p. PARRAT (F.) « Le gouvernement d'entreprise », Coll. Le savoir en action, éd. Maxima, 1999, 296pages.
- **PERELMAN (C.),** Éthique et droit, Éditions de l'université de Bruxelles, 1990, 825pages.
- **PEYREZEVADE (J.)** « Le gouvernement d'entreprise : ou les fondements incertains d'un nouveau pouvoir », Éditions ECONOMICA, Paris 1999, 68pages

- **QUAIREL-LANOIZELÉE (F.), CAPRON (M.),** Mythe et réalité de l'entreprise responsable, La découverte, 2004, 252p.
- **RIPERT (G.),** *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd. LGDJ, 1949, 417 pages.
- **RIPERT (G.),** *Les forces créatrices du droit,* L.G.D.J, Paris, 1955, VII, 431pages.
- **ROGER (B.),** *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*, Paris, éd. Lethielleux, 2012.
- **SAINSAULIEU (R.), FRANCFORT (I.), OST Y (F.) et UHALDE (M.),** « les mondes sociaux de l'entreprise », éd. Desclée de Brouwer, 1998, 612 p.
- **SAKHO (A.),** Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économiques, Paris, Karthala, 2010, 334p.
- **SAVATIER (R.),** Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1ère série, Panorama des mutations, Dalloz, 3ème édition, 1964, 454 p.
- **SCHMIDT (D.),** Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt, Liber Amicorum, Mélanges - Liber Amicorum éd. Joly, 2005, 544p.
- **STOFFEL-MUNCK (P.),** L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, préf. de R. BOUT
- **SUPIOT (A.),** Prendre la responsabilité au sérieux, (codir. avec M. Delmas-Marty), Paris, PUF, 2015, 430 p.
- **TRÉBULLE (F.G.) et UZAN O.** (dir.), 2011, Responsabilité sociale des entreprises - Regards croisés droit et gestion, Paris, Economica, 2011, 530 p.

III- THESES

- **ARNAUD (A. J.),** Les origines doctrinales du code civil français, Thèse Strasbourg, 1964
- **CHAZAL (J.-P.),** De la puissance économique en droit des obligations, Thèse Grenoble II, 1996.
- **CONTA MINE-RAYNAUD (M.),** L'intuitu personae dans les contrats, Thèse Paris II, 1974.
- **FABRE-MAGNAN (M.),** De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, Thèse L.G.D.J., préface J. GHESTIN, 2014. 596 pages
- **FAGES (B**.), Le comportement du contractant, Thèse Aix-Marseille, préface J. MESTRE, P.U.A.M, 1997, 519 p.
- **GARAUD (E.),** La transparence en matière commerciale, Thèse dactyl. Limoges, 1995.

- **GAUDIN DE LAGRANGE (E.),** L'intervention du juge dans le contrat, Thèse Montpellier, 1935.
- **GENDRON (C.),** « Éthique et développement économique : le discours des dirigeants d'entreprises sur l'environnement », Thèse, Université du Québec à Montréal, 2000, 481 p.
- **GERBAY (P.),** Moyens de pression privés et exécution du contrat, Thèse Dijon, 1976
- **LEMEE (J.),** Essai sur la théorie de l'abus de droit, Thèse dactyl. Paris XII, 1977
- **LEVENEUR (L.),** « Les situations de fait et droit privé », L.G.D.J, Thèses. Bibliothèque de Droit privé, 500 pages
- **MASSART (T.),** Le régime juridique de la cession de contrôle, thèse Paris II, 1995.
- **MATHEY (N.),** Recherches sur la personnalité morale en droit privé, Thèse Paris II, 2001
- **MESSAI (S.),** « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », Thèse pour le doctorat de l'Université de Paris 1, 2005.
- **MOUTHIEU NJANDEU (M.A.),** « L'intérêt social en droit des sociétés », thèse d'État, université de Yaoundé II (Soa), 2006
- **NOTTE. (G.),** « les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé », thèse d'État Paris I, 1978.
- **NZE NDONG DIT MBELE (J-R),** le dirigeant de fait en droit prive français, Thèse, UNIVERSITE NANCY 2, 2008, 412 p
- **CRESP (M.),** Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale, Thèse dact., Bordeaux, 2010, 547 p.
- **HELFRICH (V.),** « Efficience et efficacité d'une normalisation de sujets sociopolitiques : Le cas de la responsabilité sociale », Université de Strasbourg, THESE, 30 mai 2011.

IV- ARTICLES, FASCICULES ET MONOGRAPHIES

- **ABARCHI (D.),** « La supranationalité de l'OHADA », Revue EDJA, N° 44 janvier-février-mars 2000, p. 7 ss.
- **ACQUIER (A.) et AGGERI (F.),** « Une généalogie de la pensée managériale sur la RSE », Revue française de Gestion, n° 1, 2008, p. 131-157.
- **AGGERI (F.) et ACQUIER (A.).** « La théorie des stakeholders permet-elle de rendre compte des pratiques d'entreprise en matière de RSE? » In XIVème Conférence Internationale de Management Stratégique, AIMS, Angers. 7-9 juin 205, 17p.
- **ATTARD (J.),** La révocation des dirigeants sociaux : « de la licéité des clauses écartant l'exigence légale du juste motif ? » / J. Attard .- JCP G n°13/2000, p.571-576

- **AUBRY (H.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.),** « La protection de l'investisseur par les législations spéciales : quels critères ? », Revue de droit bancaire et financier, nov.-déc. , 2010, p.52.
- **AUBRY (H.),**
- « Réflexions sur l'évolution récente de la déontologie en droit des affaires », Recueil Dalloz, 2009, p.2504.
- « La responsabilité des dirigeants dans la société par actions simplifiée », Revue des sociétés, Chr. 2005, p.793.
- **BAILLY-MASSON,** L'intérêt social, une notion fondamentale, Petites Affiches, 9 novembre 2000, n° 224, p. 6 et s.
- **BASUYAUX (B.),** « L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », P. A., 6 janvier 2005, n°4, p.3.
- **BERRA (D.),** « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », in Mélanges dédiés au président M. DESPAX, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 123-140.
- **BERTHON (G.) et CHENU (D.),** « Le contrôle juridictionnel de la légalité du règlement intérieur : une tentative de clarification », Dr. soc. 2007, p. 1142.
- **BERTREL (J.-P.),**
- « La position de la doctrine sur l'intérêt social », Droit & Patrimoine, avril 1997, p. 42-47.
- « Modernisation du droit des sociétés : ce que prévoit le rapport Marini », Droit & Patrimoine, N° 42, octobre 1996, p. 10-15.
- « Mandataires sociaux : l'étau se resserre », Droit & Patrimoine, N° 35, février 1996, p. 3-4
- **BISSARA (P.).,** « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? », Revue des sociétés (1), 2003, p. 51-70.
- **BOISSON DE CHAZOURNES (L.) et MALJEAN-DUBOIS (S.),** « Normes « para juridiques », système concurrent ou complémentaire : le rôle des ONG internationales et de la soft law », in FEUILLET-LE MINTIER B., Normativité et biomédecine, Economica, Études juridiques, t.17, 2003, p.213-223.
- **BON (V.),**
- « Les outils de la durabilité et de la RSE : spécificités et récurrences ». *Management & Avenir* (6), 2009, p. 224–240,
- « Le développement durable : des fondements pour l'entreprise aux écueils managériaux ». *Management & Avenir* (9) : 2009, p.172–190,

- « Les outils de la durabilité et de la RSE : spécificités et récurrences ». *Management & Avenir* (6) : 2009, p. 224–240.
- **BONNECHÈRE (M.).** « Le corps laborieux », Le Droit ouvrier, no 545, 1994, p. 173-185.
- **BONNECHÈRE (M.),** « Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail », Dr. soc. 1990, p. 40-48
- **BOUGLET, (J.),** « La gestion des attentes comme contribution à la théorie des parties prenantes ». In XIVème Conférence Internationale de Management Stratégique. http://basepub.dauphine.fr/handle/123456789/2550. 2005.
- **BOULMIER (D.),** « Quand la volonté de codifier à droit constant est source d'inconstance », JCP S 2008, 1625.
- **BOWEN (H.R.),** Social Responsibility of the Businessman - Twenty Years Later, Rationality, Legitimacy, Responsibility: The search for new directions in Business and Society, E. M. Epstein and D. Votaw. Santa Monica, CA, Goodyear Publishing Co, 1978, pp. 116-130
- **BOYER (A.),** « Libéralisme et contractualisme », in Raynaud, P., & Rials, S. (dir.), Dictionnaire de philosophie politique, Paris, PUF, 1993, p. 400-406.
- **BRESSON (J.-J. de)** , Inflation des lois pénales et législations ou réglementations techniques, Rev. sc. crim. 1985, 241.
- **BUREAU (D.),** « La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés », Bull. Joly sociétés, 2001, pp.553 s, spéc. n°5 et n°13 .
- **CAPRON (M.),** « L'économie éthique privée : La responsabilité des entreprises à l'épreuve de l'humanisation de la mondialisation », Économie Éthique, N°7, 2003 pp 1-72.
- **CAPRON (M.), QUAIREL-LANOIZELEE (F.),** « Évaluer les stratégies de développement durable des entreprises : l'utopie mobilisatrice de la performance globale », La Revue de l'Organisation Responsable, N°1, 2006, pp 5-17.
- **CHARREAUX, (G.), et DESBRIERES (P.),** « Gouvernance des entreprises : valeur partenariale contre-valeur actionnariale ». Finance Contrôle Stratégie 1(2), 1998, p.57–88
- **CISSÉ (A.),** Introduction générale « pour une approche plurale du droit africain » in De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUE, Kluwer Law International, éd. CREDIJ, 2014, pp. 1-23.
- **CISSE (A.),** « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : L'expérience de l'Ohada à l'epreuve de sa première décennie », R.I.D.E. 2004.18-2.197.

- **COHEN (D.),** Le « gouvernement d'entreprise » : une nécessité en droit français ? Defrénois, Mélanges 2005, Philippe Malaurie,p.159-170.
- **COCHOY (F.),** « La responsabilité sociale de l'entreprise comme « représentation » de l'économie et du droit », *Droit et société*, 2007/1 n° 65, pp. 91-101
- **COMBES (M.),** « Quel avenir pour la responsabilité sociale des entreprises (RSE) ? La RSE : l'émergence d'un nouveau paradigme organisationnel », Revue internationale sur le travail et la société, Vol 3, N°2, 2005.pp 436-455.
- **COULON (R.),** « Responsabilité sociale de l'entreprise et pratiques de gestion des ressources humaines », La Revue de l'Organisation Responsable, N°1, 2006, pp. 48 -64.
- **COURET (A.),** L'intérêt social, J.C.P., éd. E, 1996, Cahiers de droit de l'entreprise, supplément n°4, p. 1 et s.
- **COURET (A.), GERMAIN (M), SCHMIDT (D.),** « Actionnaires et dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ? », RD Banque.finance. Juin 1996, n°55, p.72.
- **COUTURIER (G.),**
  - « L'ordre public de protection, heurts et malheurs d'une vieille notion neuve », in Études offertes à J. FLOUR, Defrénois, 1979, p. 95-115
  - « L'intérêt de l'entreprise », in Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. SAVATIER, Dalloz, 1992, p. 143-156.
- **DECOOPMAN (N.),** « Droit et déontologie. Contribution à l'étude des modes de régulation », in CURAPP, Les usages sociaux du droit, Paris, Puf, 1989, pp. 87-105
- **DE CORDT, (Y.),** « Les Stakeholders dans les codes de corporate governance », R.P.S.,2005/1, pp. 54 –93
- **DE LA BROISE (P.), LAMARCHE (T) et HUËT (R),** Responsabilité sociale : vers une nouvelle communication des entreprises ? Presses Univ. Septentrion, 2006, p 224
- **DEFOURNY (J.),** « L'émergence du concept d'entreprise sociale ». Reflets et perspectives de la vie économique (3), 2004, p. 9–23.
- **DEFOURNY (J.), ET LAVILLE (J. L.),** « Pour une économie sociale revisitée », La revue nouvelle n°1/2, Économie sociale, d'autres lunettes sont possibles, Janvier-Février, 2007, p. 78-83
- **DEKEUWER (A.),** « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », Semaine Juridique, Éditions Entreprise, n°43, 1995, p.421-430

- **DELMAS-MARTY (M.),** Prudence et silences : observations sur le nouveau Code pénal, LPA 1993, n° 120, 4
- **DIOUF (N.),** *Actes Uniformes et droit pénal des États signataires du Traité de l'OHADA : La difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace OHADA*, Revue Burkinabé de droit, 2001.
- **DOM (J.-P.),** « La protection des minoritaires », R.S., 2001, Dossier spécial Loi NRE, p.534.
- **DONTENWILL (E.),** « Comment la théorie des parties prenantes peut-elle permettre d'opérationnaliser le concept de développement durable pour les entreprises ? » La Revue des Sciences de Gestion, Direction et Gestion (211-212) : 2005, p.85–96.
- **DUPUIS (J.C.),** « Gérer la contestabilité socio-économique », La lettre du management responsable, N° 7, Janvier, 2007, pp 2-9
- **FADHEUILLE (P.),** L'impact de la responsabilité sociale de l'entreprise en droit français du travail, dans Décider avec les parties prenantes : approches d'une nouvelle théorie de la société civile, La Découverte, 2005, 268 pages.
- **FAUCHEUX (S.), et NICOLAÏ (I.)** « Quels indicateurs pour la responsabilité sociale des entreprises ». Une application à l'industrie de l'aluminium–Revue Gérer et Comprendre, 2004, p. 42–54.
- **FRIEDMAN (A.L.) et MILES (S.),** « Developping Stakeholder Theory », Journal of Management Studies, vol. 39, n° 1, 2002, p. 1-21.
- **FRIGANT (V.),** « Les stakeholders sont-ils réellement à l'origine des pratiques socialement responsables ? » *Revue française de socio-économie* (2), 2009, p.135–154.
- **GALENS (J.) et GOND (J.P.).** « La mesure de la performance sociale de l'entreprise : une analyse critique et empirique des données ARESE », Revue Française de Gestion des Ressources Humaines, Iss. 50, 2003, p. 111-130.
- **GARRIC (N.), LEGLISE (I.), et POINT (S.),** « Le rapport RSE, outil de légitimation ? Le cas Total à la lumière d'une analyse de discours », Revue de l'Organisation Responsable, N°2, 2006. p 5-19
- **GENDRON, (C.),**
    - « Codes de conduite et nouveaux mouvements socioéconomiques : la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation », Revue Gestion, HEC Montréal, vol 31, no 2, été 2006, p. 55-64.

- « Entre responsabilité sociale et entreprise, une éthique d'intérêts ? », Paris Entreprise Éthique, 2004. p. 100-104.
- « Éthique et développement économique : le discours des dirigeants d'entreprises sur l'environnement », Cahier du CRISES - Collection monographie, Vol. 1, No 3, Mars 2001, 481 p.

- **GIBIRILA (D.)** « Indemnisation du préjudice résultant de la révocation fautive, sans juste motif et dans des conditions brusques et vexatoires d'un gérant ».- JCP G n°20/1995, p.189-192
- **GILBERG (K.)** « "Mieux légiférer" au cœur de la révision de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général », Droit & patrimoine 2011.281.51, Ohadata D-12-12
- **GINGLINGER (E.),** « L'actionnaire comme contrôleur », Revue française de gestion, 2002/5, n° 141, p. 37-55.
- **GODO (L.),** Des actionnaires, des dirigeants et des salariés des sociétés anonymes, (p433-s) Mélanges en l'honneur de YVES GUYON. Aspects actuels du droit des affaires, Dalloz - Études Mélanges Travaux, 2003, 1164 pages
- **GOMEZ, (P.Y.),** « La gouvernance actionnariale et financière » Une méprise théorique », Revue française de gestion, 2009/8, n° 198-199, pp.369-391.
- **GOND (J. P.) et DEJEAN (F.), «** La Responsabilité sociétale de l'entreprise : enjeux stratégiques et méthodologies de recherche », Finance-Contrôle-Stratégie, 7(1), 2004, pp. 5-31.
- **GOND (J. P.) et MULLENBACH (A.),** « Les fondements théoriques de la responsabilité sociétale de l'entreprise ». Revue des Sciences de Gestion 205, 2004, p.93–116.
- **GOND (J.P.),** « L'éthique est-elle profitable ? », Revue Française de Gestion, numéro spécial, n° 136, novembre-décembre, 2001, p. 72-86.
- **GALLOIS-COCHET (D.),** « Irrecevabilité de l'action en nullité du gérant relative à la décision prise par l'assemblée de le révoquer ». Lexisnexis, Droit des sociétés n°5/1er mai 2009, p.23-25
- **IGALENS (J.),** « Comment évaluer les rapports de développement durable ? », Revue Française de Gestion, vol 30, N°152, 2004, p 151-166.
- **ISSA-SAYEGH, (J.),** - Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010 : Tome 1 et 2.- Paris : Association pour l'Unification du Droit en Afrique (UNIDA), 2011.- ISBN : 978-2-000001-01-0.-1328 p.

- **JURIS-COMPACT, CONTE (P.), GERMAIN (M.) et GUTMANN (D.),** Le dirigeant de société : risques et responsabilités (dir.), éd. du J.-Cl., 2002
- **LA MARNIERRE (M.),** Le mandat irrévocable, RTD civ. 1937, p.241 et s.
- **LAUFER (R.),** Quand diriger, c'est légitimer, Revue Française de Gestion, novembre décembre, n°111, 1996, p.12-37
- **LE ROY (E.)**,
  - « L'introduction du modèle européen de l'Etat en Afrique francophone : logiques et mythologiques du discours juridique », in Décolonisation et nouvelles dépendances, dir. C. Coquery Vidrovitch et A. Forest, Lille, PUL, 1984, 81-122
  - Droit et développement en Afrique Noire francophone après dix années d'indépendance politique, Revue sénégalaise de droit, mars 1971, n°9, pp 52-72.
- **LEGROS (J-P.),** « Redressement ou liquidation du dirigeant » Revue Droit des sociétés, n°4, avril 2009, commentaire n°81, 2009, p.38
- **LEMY (J. B),** « Turbulences entre droits des sociétés et du travail », J.C.P. e d. E. 1987.II.15053.
- **LHUILIER (G.).** Le « paradigme » de l'entreprise dans le discours des juristes. In Annales. Économies, Sociétés, Civilisations. 48e année, N. 2, 1993. p. 329-358.
- **LYON-CAEN (G.) et LYON-CAEN (A.),** « La Doctrine » de l'entreprise, dans Dix ans de droit de l'entreprise, Litec. 1978, p. 599 à 621.
- **MARTIN, (D),** « L'intérêt des actionnaires se confond-t-il avec l'intérêt social ? » In Mélanges D. Schmidt, Paris, Éditions Joly, 2005, p.359-370.
- **MALECKI (C.),** « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », D. 2003.818, par. 1
- **MERCIER (S**.),

- « La théorie des parties prenantes : une synthèse de la littérature ». *Recherches*, 2007, p.157–172.
- « L'apport de la théorie des parties prenantes au management stratégique : une synthèse de la littérature » ». In *Québec, Xième Conférence de l'Association Internationale de Management Stratégique, du*. Vol. 13. 2001.
- « Une analyse historique du concept de parties prenantes : Quelles leçons pour l'avenir ? » *Management & Avenir* (3) : 2010, p.142–156.
- « Institutionnaliser l'éthique dans les grandes entreprises françaises ? », Revue Française de Gestion, numéro spécial, n° 136, 2001, p. 62-69.

- **MESTRE (J.),** « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », R.J.Com., 1985, p.81
- **MEUKE (B.Y),** « De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA », Revue trimestrielle de droit et de jurisprudence des affaires, n°2, Ohadata D-06-24, 2006, p.45
- **MITCHELL (L. E.),** « La firme irresponsable … », Economica, 2003, spéc. 270p.
- **MONSALLIER (M-C),** « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme », L.G.D.J., Paris, 1998, p. 315 et s.
- **MORICEAU (J.-L.),** « Théories des parties-prenantes et figures sans visage », in M.Bonnafous-Boucher et Y. Pesqueux (dir), décider avec les parties prenantes, approches d'une nouvelle théorie de la société civile, La Découverte, 2006 p.43-53.
- **OMRANE (A.),** « La souveraineté de l'assemblée générale des actionnaires dans la société anonyme », Études juridiques, revue publiée par la Faculté de Droit de Sfax, 2005, n° 12, 2003, p. 79.
- **OPPETIT (B.),** Éthique et vie des affaires. Mélange offert à Colomer - LITEC – 1993, p.319-334
- **OST (F.),**
    - Entre droit et non Droit : L'intérêt, in P. Gérard, F.OST et M. Van de Kerchove, Droit et intérêt, vol. 2, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, pp.10 et s.
    - la responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement. Droit et société 30/31-1995, p.281-322.
- **PAILLUSSEAU (J.),**

- « Qu'est-ce que l'entreprise ? « In *L'entreprise, nouveaux apports,* Economica, Paris, 1987, p. 11 à 88.
- « La modernisation du droit des sociétés commerciales « une conception du droit des sociétés commerciale », D.1996.287, spéc. n°17.
- « Les fondements du droit moderne des sociétés », JCP E 1993, n°14193, p.165, spéc. p178, n°91 s.

- **PERSAIS (E.),** « Les rapports sociétaux : enjeux et limites », Revue française de Gestion, n° 152, septembre-octobre 2004b, p. 167-197.
- **PESQUEUX (Y.),** (dir.) *Décider avec les parties prenantes, Approche d'une théorie nouvelle de la société civile*, Paris : La découverte, 2006, p.91-105.

- **PINIOT (M.-C.),** « Le corporate governance à l'épreuve de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation », Mélanges A.E.D.B.F., T. 2, p.369.
- **PIROVANO (A.),** La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? Dalloz Chron.(24),c1997, p. 189-196.
- **POUGOUÉ (P.-G.),** et al.(dir),
    - Encyclopédie du droit OHADA- Paris : Editions Lamy, 2011.- ISBN : 978.99919-869-8-3.- 2174 p.
    - Encyclopédie du droit OHADA, Lamy 2011, v° Actes uniformes, p. 23 ss.
    - Encyclopédie du droit OHADA, Lamy 2011, v° Notion de droit OHADA, p. 1203 ss.
    - Encyclopédie du droit OHADA, Lamy 2011, v° Modèle d'intégration juridique OHADA, p. 1120 ss.
- **POUGOUE (P. G) :**

- « Législation camerounaise et protection des droits de l'homme », in Cahier Africain des Droits de l'Homme, Penser et réaliser les droits de l'homme en Afrique, n° 4 juillet 2000, pp. 101-119.
- « Les figures de la sécurité juridique », RASJ Vol. 4, n° 1, 2007, p. 1-8.

- **PORACCHIA (D.)**, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée », Revue des sociétés., 2000, p.223-239.
- **POUGNET-ROZAN (S.),** « Entre mirage conceptuel et réalités managériales : quand des exigences de performance économique conduisent à des pratiques de responsabilité sociale… ou vice versa », La Revue de l'Organisation Responsable, N 1, 2006, pp 66-81.
- **REBERIOUX, (A.)** « Gouvernance d'entreprise et contrôle des dirigeants : 1932-2008, d'une crise à l'autre » la gouvernance des sociétés cotées face à la crise : pour une meilleure protection de l'intérêt social, sous la direction de Véronique MAGNIER, LGDJ – Alpha, 2011, p 5 et s.
- **RIPERT, (G),** Les forces créatrices du droit, comparé, Volume 7, N°4, 1955, pp. 877-878.
- **ROUSSEAU (S.) et TCHOTOURIAN (I),** Normativité et responsabilité sociale des entreprises, L'illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'Atlantique, in Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés, par TRÉBULLE (F.-G.) et UZAN (O.) (dir.), Droit et Gestion, Paris, Economica, Etudes juridiques, Tome 42, 2011, p.43-90

- **ROUSSEAU, (S.) et TCHOTOURIAN, (I.),** « l'intérêt social » en droit des sociétés : Regards canadiens, Revue des sociétés (4° ? 2009 ? 735-760.
- **ROUSSEAU, (S.),** « Gouvernance d'entreprise et analyse économique du droit-Quelle perspective suite à la crise financière ? », in La gouvernance des sociétés cotées face à la crise–Pour une meilleure protection de l'intérêt social, LGDJ, collection Droit des affaires, Paris, 2010, pp. 201-222
- **SAUTRE (G.),** « Les balises éthiques en milieu de travail : nouvelles contraintes ou nécessité », Revue internationale des relations de travail, Vol 1, n°2, 2003, pp 37-67
- **SCHAPIRA (J.),** « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », R.T.D.Com., 1971, p.957, spéc. p.970.
- **SCHMIDT (D.),**

- « De l'intérêt social », JCP, 1995 éd. E, I, n° 488, pp. 361 et ss.
- « Le partage entre régulation interne et régulation externe des sociétés », in Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, Dalloz 1997, 33.
- « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Éditions Joly, n° 425, 2004, 565 pages.

- **SAINT PAU (J.-C.),** « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou de représentant d'une personne morale », Mélanges Bouloc, Dalloz 2006, p. 1011 66
- **SAINTOURENS (B.),** « Nullité d'une délibération d'assemblée procédant au remplacement d'un gérant : à la recherche d'un fondement », Bulletin Joly n°5/1992, p.553-557
- **SIMO (A. K),** « Entreprises et droits de l'homme : des voies pour un mariage », RTSJ, n° 2, janvier-juin 2012, pp 31-38.
- **SUPIOT, (A.),** « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprise », in Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social, Dalloz, 2004, p.541-55
- **TEYSSIE (B.),** L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail, D., Chron.(24), 2004.1680-1687.
- **TIMSIT (G.),** « La régulation. La notion et le phénomène », RFAP, n° 109, 2004, pp. 5-11
- **THOENIG (J-C.),** « L'usage du concept de régulation », Revue droit et société, vol 24, 1998, pp. 35-53.
- **TREBULLE (F.G),** Responsabilité sociale des entreprises, Répertoire Sociétés, Dalloz, 2003.

- **TREBULLE (F.G.),** « Stakeholder theory et droit des sociétés (1ere partie) », Bulletin Joly Sociétés (12), 2006, 1337-1354.
- **URBAN (Q.),** « La communauté d'intérêts », un outil de régularisation du fonctionnement du groupe de sociétés », R.T.D.Com., 2000, p.1.
- **VATINET (R.),** Le mutuus dissensus, RTD civ. 1987, p.272 et s
- **VEZINET (A.),** « La position des juges sur l'intérêt social », Droit & patrimoine, avril 1997, p.50-52.
- **VILLEY (V.-M.),** « Esquisse historique sur le mot responsable », in *La responsabilité à travers les âges*, Paris, Economica, 1989, pp. 75-88

V- RAPPORTS ET DOCUMENTS DE TRAVAIL

- **ACIDH,** Global Witness, RAID, ASADHO/Katanga, Le procès de Kilwa : un déni de justice Chronologie Octobre 2004 - juillet 2007 ;
- African Institute for Corporate Citizenship (AICC) 5 year Overview;
- **AICC,** Deuxième Rapport de la Convention Bi-annuelle Sur la Responsabilité Sociale des Entreprises en Afrique Septembre 2004
- **AMNESTY INTERNATIONAL**, NIGÉRIA Le combat pour les droits humains et les ressources naturelles Injustice, pétrole et violence au Nigéria, ÉFAI AFR 44/020/2005.
- **BANQUE MONDIALE**, Le travail des enfants en Afrique : Problématique et défis Findings N°194, Novembre 2001.
- **CIAN,** Les entreprises françaises et l'Afrique, 18e Rapport, Le MOCI n°1783, 1784 du jeudi 28 décembre 2006.
- **CNUCED,** Rapport sur l'investissement dans le monde 2007, sociétés transnationales, industries extractives et développement.
- **Conseil Économique et Social,** Enjeux sociaux et concurrence internationale : du dumping social au mieux-disant social, Rapport présenté par M. Didier Marteau, 2006.
- **COUTURIER J**., Les enjeux de la normalisation pour les produits issus de l'agriculture du sud, Ingénieur Sans Frontières, 2006.
- **FIDH** « Mali, l'exploitation minière et les droits humains », rapport mission d'enquête internationale, septembre 2007.
- Gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, MEDEF-Afep, oct.2003

- Groupe de travail sur le gouvernement d'entreprise de l'ICMG, « Le gouvernement d'entreprise dans le monde. Qui tient les rênes ? », Rapport aux 12ème assises du CMCG, Paris, février 1996.
- Groupe d'experts de Nations Unies, Rapport final sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres formes de richesse de la République démocratique du Congo, S/2002/1 146.
- **M ETIEN N'DAH**, Indicateurs de l'état de l'environnement pour l'Afrique de l'Ouest, PNUEREDDA 2002
- **P. MARINI,** La modernisation du droit des sociétés, Coll. Des rapports officiels, Doc.fr., 1996, spéc.p.12. (RAPPORT)
- **PNUE,** L'avenir de l'environnement en Afrique 2, Notre environnement notre richesse, 2006
- Rapport de la table ronde nationale sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et les industries extractives canadiennes dans les pays en développement, novembre 2006.
- Rapport Viénot I, Le Conseil d'administration des sociétés cotées, CNPF-Afep, 1995.
- **RUGGIE (J.),** (2008), « Protéger, respecter et réparer : un cadre pour les entreprises et les droits de l'Homme », Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, Conseil des droits de l'Homme, 8e session, A/HRC/8/5.
- **RUGGIE J.,** (2011), « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies », Rapport du RSSG chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, Conseil des droits de l'Homme, 17e session, A/HRC/17/31.
- **SHERPA,** AREVA AU GABON, Rapport d'enquête sur la situation des travailleurs de la COMUF, filiale gabonaise du groupe AREVA-COGEMA, 4 avril 2007.
- **SHERPA,** LA COGEMA au Niger, Rapport d'enquête sur la situation des travailleurs de la SOMAÏR et COMINAK, filiales nigériennes du groupe AREVA-COGEMA, 25 avril 2005
- Transparency International, Global corruption report 2006 et 2007.
- **UEMOA,** L'emploi, le chômage et les conditions d'activité dans les principales agglomérations de sept États membres de l'UEMOA : l'enquête 1-2-3 dans les États membres de l'UEMOA réalisée par les instituts nationaux de statistique des États membres, 2002.

VI- NOTE

- Cass. crim., 20 juin 2006, Bull. 188 : inutile de préciser l'identité de l'auteur du manquement, le fait qu'un organe ou un représentant ait commis la faute est présumé. La CJCE raisonne de la même manière : C-338/00 P, 18 sept. 2003
- **RIVES-LANGE**, « La notion de dirigeant de fait », D. 1975. chron. 41 : Tricot « Les critères de la gestion de fait », Droit et patrimoine, janv. 1996.24
- Crim. 27 févr. 1979, Bull n° 88 ; Crim. 11 mars 1993, Bull. n° 112 ; V. aussi Crim. 27 oct. 1976, Bull. n° 303, D. 1976 ; Crim. 22 janv. 1986, Bull. n° 30 (admission d'une délégation limitée)
- **OPPETIT B,**

- note sous Com. 21 janv.1970, JCP 1970.II, n°16541 p.223, spéc. p.224 et s., n°3 et s. ;
- note sous Cass. 1re civ., 20 janv. 1964, JCP G 1965, II, 14035

- **GIBIRILA (D.):**

- note sous Cass. com., 17 janv. 2006, n° 05-10.167, JCP E 2006, 1122
- note sous Cass. com., 3 oct. 2000, LPA 30 mai 2001, p. 21
- note sous Cass. com., 10 févr. 1998, n° 05-10.167, JCP E 1999, p. 771 note sous Cass. com., 13 févr. 1996, D. 1997, p. 108
- note sous Cass. com., 15 mars 1994, Petites affiches 1er févr. 1995

- **ROUSSEAU, (S.) et TCHOTOURIAN,** (I.), note sous « Magasins à Rayons Peoples Inc. (syndic) c/ Wise», Rev. Soc., 2009, p. 735. et s.
- **SAINTOURENS (B.):**

- note sous Cass. com. 13 février 2007, Rev. soc. 2007, p. 630
- note sous Cass com. 21 sept. 2004; Museum Partner LLP Delaware, Rev. Soc. 2005, p.363
- note sous Cass. Soc. 26 mai 2004, Cass. Soc. 2 juin 2004, Joly. 2004 p. 1233
- note sous Cass. com., 24 juin 1997 GAMM c/ Gambet, Joly. 1997, p. 871
- note sous Cass. Com. 21 janv. 1997, Rev. Soc. 1997, p. 528

VII- WEBOGRAPHIE

- **VAUDRY (A.)**, « Dirigeant de fait : une situation à haut risque », 2007, http://www.netpme.fr/creation-entreprise/1023-dirigeant-fait-situation-haut-risque.html
- **BADJI (P.S.A.),** « Ohada et bonne gouvernance d'entreprise », Revue de l'ERSUMA, Droit des affaires - Pratique professionnelle, N° 2 - Mars 2013, Doctrine, URL: http://revue.ersuma.org/no-2-mars-2013/doctrine-20/Ohada-et-bonne-gouvernance-d

- **BOATRIGHT, (J.)** 2006b. « Quel avenir pour la gestion des parties prenantes? » https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2481.
- **BODET (C.) et LAMARCHE (T.),** « La Responsabilité sociale des entreprises comme innovation institutionnelle. Une lecture régulationniste », Revue de la régulation [En ligne], 1Juin 2007, mis en ligne le 08 août 2007, consulté le 08 avril 2016. URL : http://regulation.revues.org/1283.
- **DIETRICH (A.), PIGEYRE (F.),** et others. 2005. La gestion des ressources humaines. La Découverte. http://www.oeconomia.net/private/cours/economieentreprise/fichedelecture/gestionressourceshumaines.pdf.
- **SABARLY (F.),** « L'action en comblement de passif », L'Entreprise.com, 2007 : http://www.lentreprise.com/3/4/5/dossier/9483/3026.html
- **GOND (J. P.), ET MERCIER (S.)**. 2004a. « Les théories des parties prenantes : une synthèse critique de la littérature ». Actes du Congrès de l'Association francophone des ressources humaines. http://pfleurance.hautetfort.com/list/seminaire-4-manager-dans-la-contingence/454967530.pdf.
- **JACQUOT (T.), et ATTARCA (M.),** « La RSE en représentations : Quelle convergence entre vision académique et vision managériale ? » http://www.lux-ias.lu/PDF/JacquotAttarca.pdf.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux pages)

A

Abus de droit, 93, 96, 283, 325, 530
Action en justice, 48, 63, 64, 67, 68, 90, 91, 110, 128, 146, 192, 193, 205, 211, 214, 278, 303, 326, 340, 362, 383, 399, 407, 425, 441, 459, 471, 480, 484, 509, 511, 535

B

Bonne foi, 27, 59, 68, 74, 105, 119, 120, 121, 147, 282, 291, 295, 312, 321, 322, 323, 326, 339, 366, 372, 384, 402, 408, 419, 424, 465, 470, 493, 495, 510

C

Compétence, 35, 55, 61, 68, 81, 82, 83, 89, 104, 105, 106, 109, 113, 114, 115, 165, 166, 167, 171, 208, 227, 272, 274, 283, 306, 309, 332, 334, 337, 339, 341, 352, 356, 358, 359, 386, 387, 388, 394, 397, 399, 400, 406, 414, 421, 428, 429, 431, 440, 447, 459, 463
Confiance, 5, 48, 52, 67, 70, 71, 72, 76, 77, 78, 84, 86, 87, 88, 89, 92, 93, 94, 110, 163, 221, 241, 283, 295, 319, 323, 340, 341, 346, 353, 361, 377, 381, 385, 392, 394, 401, 404, 412, 435, 444, 460, 462, 467, 484, 487, 505
Conflit d'interet, 227, 246, 371, 374, 413, 437, 497
Contrat, 10, 14, 24, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 56, 57, 58, 60, 63, 64, 65, 67, 72, 73, 76, 77, 78, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 91, 93, 95, 97, 119, 124, 129, 133, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 154, 171, 175, 176, 192, 195, 208, 212, 222, 223, 224, 225, 246, 261, 264, 289, 295, 296, 304, 305, 323, 326, 335, 338, 341, 343, 345, 346, 351, 362, 370, 389, 395, 408, 413, 433, 435, 437, 438, 441, 444, 445, 446, 449, 450, 451, 453, 455, 465, 466, 467, 473, 488, 490, 497, 503, 512, 513, 514, 529, 530
Créancier, 128, 152, 176, 196, 197, 223, 225, 233, 388, 400, 418, 426, 513

D

Diligence, 111, 125, 153, 172, 173, 175, 225, 239, 240, 265, 282, 283, 310, 312, 334, 339, 341, 349, 372, 375, 381, 414, 419, 420, 421, 424, 425, 429, 433, 435, 439, 440, 444, 447, 449, 463, 510
Dirigeant, 5, 22, 23, 24, 25, 26, 33, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96,97, 99, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 132, 134, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 189, 190, 191, 192, 194, 196, 198, 202, 203, 205, 206, 211, 212, 214, 216, 217, 218, 220, 221, 222, 225, 226, 227, 229, 230, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 241, 243, 246, 247, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 260, 263, 264, 266, 267, 268, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 284, 285, 288, 289, 290, 292, 293, 294, 295, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 308, 309, 311, 312, 313, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 331, 334, 336, 338, 339, 340, 341, 343, 344, 345, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 356, 357, 358, 360, 361, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 372, 373, 374, 375, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 389, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 402, 404, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 431, 433, 435, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 446, 447, 448, 449, 451, 452, 455, 458, 460, 461, 462, 463, 465, 466, 467, 469, 471, 472, 473, 474, 475, 477, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 488, 490, 491, 493, 494, 495, 498, 499, 501, 503, 504, 505, 507, 508, 510, 512, 516, 517, 521, 527, 536, 542
Dommages et interets, 92, 96, 97, 192, 208, 213, 226, 231, 233, 237, 358, 457

E

Entreprise, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 29, 31, 32, 36, 37, 39, 44, 45, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 62, 63, 64, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 80, 85, 86, 87, 91, 101, 108, 109, 110, 111, 120, 124, 125, 129, 133, 137, 138, 139, 140, 144, 147,151, 153, 159, 161, 164, 167, 169, 172, 173, 175, 193, 196, 197, 208, 215, 217, 221, 222, 224, 227, 234, 235, 236, 237, 238, 241, 242, 243, 244, 250, 252, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 263, 264, 266, 268, 269, 270, 274, 276, 277, 278, 284, 288, 289, 292, 294, 299, 300, 301, 302, 303, 306, 307, 308, 309, 324, 326, 327, 328, 329, 335, 339, 342, 344, 345, 346, 348, 349, 350, 351, 361, 363, 370, 372, 375, 376, 381, 392, 393, 395, 396, 409, 418, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 429, 430, 433, 434, 436, 437, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 448, 449, 454, 456, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 466, 467, 468, 469, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 481, 482, 484, 485, 486, 487, 489, 491, 492, 496, 500, 501, 502, 503, 505, 506, 509, 511, 512, 513, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542
Ethique, 12, 16, 17, 20, 21, 28, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 41, 44, 69, 70, 116, 135, 142, 226, 256, 262, 263, 267, 268, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 292, 293, 296, 298, 301, 302, 304, 307, 308, 310, 311, 312, 315, 318, 322, 324, 326, 328, 329, 330, 332, 345, 346, 349, 350, 365, 374, 377, 382, 383, 384, 432,

441, 446, 472, 477, 486, 487, 507, 527, 532, 535, 536

F

Fonction, 7, 20, 22, 24, 25, 26, 27, 29, 37, 43, 44, 45, 46, 48, 52, 55, 57, 59, 61, 63, 66, 69, 73, 80, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 110, 113, 114, 115, 118, 123, 124, 125, 126, 127, 130, 138, 143, 145, 146, 149, 151, 156,158, 161, 165, 170, 171, 172, 173, 175, 176, 178, 184, 191, 192, 194, 212, 214, 245, 252, 253, 254, 255, 256, 263, 265, 268, 271, 272, 274, 275, 276, 279, 285, 288, 289, 290, 296, 299, 301, 302, 304, 306, 307, 308, 311, 313, 314, 316, 318, 319, 322, 324, 325, 329, 331, 335, 337, 339, 341, 342, 344, 345, 349, 353, 368, 370, 374, 375, 379, 382, 384, 385, 386, 392, 395, 405, 407, 411, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 424, 425, 429, 431, 438, 440, 447, 451, 462, 463, 471, 472, 476, 478, 479, 482, 484, 491, 492, 497, 502

G

Gouvernance, 22, 23, 30, 35, 37, 39, 47, 53, 54, 55, 56, 59, 62, 63, 67, 69, 71, 73, 74, 80, 81, 86, 95, 108, 116, 118, 120, 141, 148, 150, 152, 198, 247, 251, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 261, 262, 263, 264, 266, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 276, 277, 279, 281, 284, 285, 286, 297, 299, 303, 307, 310, 313, 317, 318, 339, 342, 343, 344, 345, 347, 372, 373, 380, 409, 414, 418, 436, 462, 468, 474, 476, 477, 478, 481, 482, 484, 486, 487, 488, 494, 510, 511, 526, 528, 535, 538, 539

I

Interet à agir, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 407, 408, 413

L

Loyauté, 57, 59, 67, 87, 89, 97, 111, 172, 283, 295, 306, 307, 309, 322, 334, 339, 341, 372, 375, 381, 384, 385, 424, 425, 463, 465, 466, 467, 469, 470, 471, 473, 474, 475, 482, 493, 495, 498, 501, 505, 507, 508, 510, 512

M

Mandataire, 22, 24, 26, 45, 46, 47, 48, 50, 52, 55, 58, 63, 65, 66, 70, 76, 78, 79, 80, 86, 87, 88, 89, 92, 95, 96, 99, 119, 120, 127, 142, 170, 183, 194, 245, 252, 276, 278, 355, 388, 393, 394, 395, 421, 427, 455, 469, 472

N

Norme, 14, 15, 18, 21, 35, 36, 84, 132, 140, 141, 142, 144, 148, 151, 276, 282, 285, 291, 294, 296, 312, 323, 324, 326, 330, 331, 333, 344, 348, 361, 364, 378, 379, 382, 383, 384, 387, 396, 397, 400, 405, 406, 409, 413, 414, 420, 421, 431, 448, 465, 474, 477, 482, 523

O

Organisation, 5, 7, 11, 16, 17, 18, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 39, 43, 45, 52, 54, 55, 58, 61, 70, 73, 80, 100, 101, 104, 110, 114, 116, 124, 125, 129, 139, 150, 157, 196, 215, 221, 222, 235, 252, 255, 257, 258, 260, 266, 276, 282, 290, 294, 309, 316, 327, 328, 336, 350,351, 360, 362, 374, 385, 387, 388, 399, 405, 410, 412, 419, 423, 425, 433, 434, 436, 437, 438, 440, 441, 445, 446, 456, 459, 460, 462, 466, 474, 477, 479, 482, 486, 487, 488, 491, 512, 528

P

Parties prenantes, 13, 15, 17, 18, 19, 21, 34, 35, 37, 39, 40, 41, 43, 47, 48, 49, 55, 59, 60, 61, 62, 65, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 82, 85, 97, 100, 102, 107, 116, 117, 119, 124, 125, 126, 129, 130, 132, 140, 141, 142, 143, 146, 147, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 163, 164, 165, 171, 175, 179, 182, 189, 194, 197, 200, 206, 211, 214, 216, 217, 220, 221, 243, 246, 247, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 267, 268, 269, 271, 273, 275, 276, 278, 279, 284, 285, 286, 292, 294, 297, 299, 300, 301, 302, 306, 307, 308, 309, 312, 316, 318, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 328, 334, 337, 338, 340, 342, 343, 345, 346, 349, 352, 353, 354, 360, 363, 364, 365, 366, 368, 372, 374, 375, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 385, 388, 390, 395, 396, 397, 401, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 414, 415, 416, 417, 419, 420, 425, 430, 436, 438, 440, 441, 444, 446, 447, 448, 449, 460, 462, 466, 467, 471, 478, 480, 482, 485, 494, 498, 500, 501, 502, 505, 508, 509, 510, 516, 517, 532, 534, 536, 537, 543
Performance, 13, 43, 60, 61, 309, 473, 477, 481, 528
Pouvoir, 50, 79, 85, 275, 345, 373, 386, 414, 437, 439
Principe du contradictoire, 96
Procés, 203, 395, 398
Proportionnalité, 360, 401, 404
Propriété, 21, 227, 337, 446

R

Régulation, 143, 255, 266, 320, 330, 345, 353
Régulatoire, 329
Responsabilisation, 8, 60, 139, 302, 311, 313, 314, 342, 346, 401, 418, 432, 474, 502
Responsabilité civile, 12, 133, 174, 175, 180, 182, 186, 283, 375, 399, 413
Responsabilité pénale, 158
Responsabilité sociétale, 11, 12, 14, 18, 21, 28, 29, 31, 32, 37, 38, 39, 44, 55, 68, 70, 72, 76, 77, 88, 116, 120, 125, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 142, 143, 148, 149, 152, 156, 159, 160, 162, 169, 181, 189, 190, 191, 205, 238, 254, 264, 265, 281, 284, 285, 286, 288, 292, 294,299, 300, 307, 314, 316, 320, 321, 324, 329, 330, 332, 345, 347, 366, 373, 380, 382, 385, 389, 405, 409, 433, 436, 449, 463, 467, 469, 471, 478, 493, 501, 527, 535

Révocation, 26, 46, 72, 76, 78, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 102, 117, 129, 226, 241, 272, 346, 491, 492, 495, 498, 499, 500, 516
Risque, 182, 221, 325, 364, 412, 458, 459, 477

S

Salariés, 13, 24, 27, 29, 58, 65, 70, 71, 76, 86, 89, 124, 125, 139, 143, 148, 150, 153, 155, 159, 195, 196, 224, 246, 247, 256, 260, 262, 264, 266, 269, 276, 278, 292, 308, 311, 318, 340, 346, 350, 351, 363, 405, 408, 437, 439, 453, 474, 477, 506, 511, 512, 513, 516, 535
Sanction, 44, 138, 158, 227, 386, 408
Sécurité, 341, 391
Société commerciale, 4, 7, 9, 10, 11, 14, 18, 19, 22, 24, 25, 27, 35, 36, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 55, 56, 57, 59, 61, 62, 63, 66, 68, 69, 70, 72, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 82, 84, 85, 86, 88, 94, 97, 99, 100, 101, 102, 104, 106, 107, 110, 111, 112, 114,115, 121, 122, 124, 127, 129, 133, 137, 138, 141, 143, 148, 149, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 162, 163, 169, 170, 175, 181, 183, 186, 189, 190, 191, 194, 196, 203, 212, 215, 217, 218, 220, 221, 222, 229, 230, 235, 238, 239, 241, 242, 243, 244, 251, 252, 255, 256, 257, 258, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 267, 268, 269, 270, 272, 275, 276, 277, 279, 284, 288, 289, 291, 292, 295, 299, 301, 302, 303, 306, 308, 309, 313, 317, 318, 319, 322, 330, 332, 334, 338, 339, 344, 347, 349, 350, 351, 358, 360, 362, 368, 369, 373, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 383, 385, 389, 390, 391, 395, 396, 397, 404, 410, 412, 414, 415, 419, 420, 421, 422, 423, 425, 426, 427, 429, 433, 436, 437, 439, 440, 441, 445, 446, 447, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 458, 461, 462, 463, 466, 467, 468, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 484, 485, 493, 494, 498, 500, 502, 503, 505, 508, 510, 511, 512, 516, 517, 525
Soft law, 21, 36, 135, 137, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 151, 153, 154, 155, 344, 348, 349, 411
Stratégie, 17, 31, 49, 53, 62, 67, 68, 80, 81, 128, 180, 242, 253, 260, 279, 310, 350, 460, 462, 477, 478, 479
Stratégies, 22, 480
Système, 154, 254, 255, 342, 367, 375, 514

T

Tiers, 24, 47, 48, 55, 57, 65, 66, 68, 70, 74, 75, 78, 81, 82, 85, 102, 103, 104, 105, 110, 115, 117, 118, 119, 120, 124, 126, 129, 130, 133, 145, 151, 171, 172, 176, 183, 189, 192, 194, 195, 196, 198, 211, 212, 213, 217, 218, 220, 221, 222, 224, 226, 233, 240,246, 258, 264, 272, 273, 295, 306, 327, 335, 338, 340, 352, 355, 358, 360, 362, 364, 366, 371, 372, 373, 375, 383, 389, 395, 404, 408, 409, 419, 434, 438, 441, 448, 449, 450, 451, 454, 455, 470, 471, 496, 499, 512

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS ---------- III
LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS---------- IV
SOMMAIRE----------VIII
INTRODUCTION ---------- 9
PARTIE I----------50
LA RSE, INSTRUMENT D'EXTENSION DE LA CONCEPTION STRUCTURALE DU STATUT DE DIRIGEANT SOCIAL ----------50
TITRE-I. LA DÉFINITION DU DIRIGEANT COMME AGENT SOCIALISE DÉTENTEUR DE POUVOIRS RÉSULTANT DE LA RSE ----------52
CHAPITRE-I. LA RECONNAISSANCE DU STATUT DE MANDATAIRE D'INTÉRÊT COMMUN DU DIRIGEANT SOCIAL----------53
SECTION I. La définition du mandat d'intérêt commun, moyen approprié de renforcement des pouvoirs du dirigeant ----------54
§ 1. Le mandat, un outil de collaboration entre le dirigeant et les autres organes de la société commerciale ----------55
A. Le dirigeant, un mandataire titulaire de pouvoirs délégués----------55
B. Le dirigeant, un mandataire titulaire de pouvoirs appropriés.----------62
§ 2. Le Mandat, un moyen de sécurisation et de légitimation accrue des interventions du dirigeant social ----------69
A. L'assouplissement de la relation d'agence résultant des fonctions de gestion ----------70
B. La satisfaction des exigences de sécurité des rapports de droit ----------76
SECTION - II. Le mandat social, outil incertain de mise en œuvre des démarches de RSE----------83
§1. Le caractère relatif du lien de confiance établissant le mandat social du dirigeant----------84
A. La prohibition des atteintes à la répartition légale des pouvoirs dans la dyarchie dirigeant-associés ----------84
B. La limitation des pouvoirs du dirigeant dans ses rapports avec les associés 89

§2. Le caractère dissuasif de la libre révocation du dirigeant de société commerciale ---------- 93
A. La précarité du statut contractuel du dirigeant de société anonyme ------- 93
B. Le caractère d'ordre public du pouvoir de résiliation du mandat social du dirigeant ---------- 97
CONCLUSION DU CHAPITRE -I TITRE I ---------- 105
CHAPITRE- II. LE STATUT INSTITUTIONNEL DU DIRIGEANT, CADRE DE VALORISATION DE LA PROACTIVITÉ DU DIRIGEANT EN MATIÈRE DE RSE. ---------- 106
SECTION-I. Des pouvoirs inhérents à la fonction directoriale du dirigeant ----- 107
§ 1. Des attributions respectueuses du principe de la spécialisation entre organes sociaux. ---------- 107
A. Les aspects institutionnels du principe de libre direction de la société commerciale ---------- 107
B. Les aspects fonctionnels du principe de libre direction et représentation de la société commerciale ---------- 111
§ 2 Les moyens de contrôle de la mise en œuvre des actes de gestion sociale 114
A. Le droit à l'information sur la gestion du dirigeant social ---------- 114
B. Le droit d'alerte des associés et des commissaires aux comptes--------- 117
SECTION-II. Des limites aux pouvoirs institutionnalisés ayant une portée générale et impersonnelle. ---------- 120
§ 1. Les limites maximums du principe de la libre direction et présentation des sociétés commerciales ---------- 120
A. La compétence générale conférant une libre direction et représentation 121
B. L'affirmation partielle d'un cadre de protection des parties prenantes tiers et créanciers---------- 124
§2. Les limites minimums du principe de la libre direction et représentation du dirigeant---------- 130
A. L'exigence d'une adéquation entre les fonctions effectives et les pouvoirs des dirigeants ---------- 130
B. Le caractère relatif des titres sur la détermination des pouvoirs du dirigeant social ---------- 133
CONCLUSION DU CHAPITRE-II-TITRE I.---------- 138
CONCLUSION DU TITRE I. PREMIÈRE PARTIE ---------- 139

TITRE-II. LA DEFINITION DU DIRIGEANT SOCIAL COMME UN AGENT RESPONSABLE SOCIALEMENT---------- 140
CHAPITRE-I. LA PLASTICITÉ INÉDITE DES SOURCES DE LA RESPONSABILITÉ DU DIRIGEANT SOCIAL ---------- 142
SECTION-I. Une responsabilité du dirigeant pour violation de la RSE aux conditions floues… ---------- 143
§1. L'admission de fait de la responsabilité pour violation des engagements sociétaux formulée sous forme de droit invitatif---------- 143
A. Le caractère déclaratoire des engagements RSE contenus dans les normes soft law ---------- 144
B. L'indétermination dans l'énoncé des obligations du dirigeant sous forme de soft law---------- 148
§2. L'émergence d'une responsabilité dite conventionnelle du dirigeant pour violation de normes « soft law ».---------- 152
A. La contractualisation des normes « soft law », source de responsabilité 153
B. Une relecture de la fonction de la faute génératrice de la responsabilité contractuelle du dirigeant---------- 158
SECTION -II. Le caractère inadapté des fondements actuels de la responsabilité juridique des dirigeants de société commerciale ---------- 162
§1. L'instrumentalisation mitigée du droit pénal pour la détermination de la responsabilité sociétale des dirigeants---------- 163
A. Le caractère inadapté de la responsabilité pénale du dirigeant aux besoins de protection élargie des parties prenantes ---------- 163
B. L'option d'une disparité des statuts pénaux des dirigeants de sociétés commerciales dans l'espace OHADA ---------- 172
§ 2. La difficile unification des fondements de la responsabilité civile du dirigeant découlant de la RSE ---------- 176
A. De La notion de faute individuelle, fondement de la responsabilité civile du dirigeant ---------- 176
B. Du caractère inadapté des conditions juridiques d'existence objective et subjective du dommage subi ---------- 185
CONCLUSION DU CHAPITRE-I. TITRE II ---------- 194
CHAPITRE-II. LA MISE EN ŒUVRE BIGARRÉE DE LA RESPONSABILITÉ DU DIRIGEANT POUR VIOLATION DE LA RSE---------- 196

SECTION-I. L'extension du champ subjectif des titulaires de l'action en responsabilité dirigée contre le dirigeant social.---------- 197
§ 1. La reconnaissance de la qualité pour agir en raison des atteintes à la RSE198
A. La qualité de victime partie prenante au fonctionnement de la société - 198
B. De l'extension de cette qualité de parties prenantes externes à l'entreprise à des victimes de violation de la RSE. ---------- 204
§ 2. La flexibilité dans l'appréciation de la légitimité de l'intérêt invoqué par les victimes et ayant droit à la réparation ---------- 212
A. La reconnaissance de la qualité de victime et d'ayant droit à la réparation du dommage ---------- 212
B. Le difficile contrôle de l'intérêt à agir en nullité des décisions et des actes de gestion portant atteinte à la RSE. ---------- 217
SECTION-II. La flexibilité dans la détermination de la finalité de l'action et du régime de la sanction pour violation de la RSE.---------- 223
§ 1. L'extension du champ subjectif des débiteurs de la réparation. ---------- 224
A. Le dirigeant débiteur initial de la réparation du préjudice ---------- 224
B. La sanction des tiers parties prenantes coauteurs du préjudice ou complices du dirigeant.---------- 227
§ 2. Des fonctions différentiées de la sanction des préjudices causés par le dirigeant social. ---------- 233
A. Des sanctions patrimoniales et pénales inadaptées ---------- 233
B. Du recours à la sanction-prévention contre le dirigeant social ---------- 245
CONCLUSION DU CHAPITRE-II. TITRE II.---------- 255
CONCLUSION TITRE 2. PREMIÈRE PARTIE ---------- 257
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE---------- 258

PARTIE II---------- 259
LA RSE, INSTRUMENT DE RENFORCEMENT DE LA SOCIALISATION DU STATUT DU DIRIGEANT SOCIAL ---------- 259
TITRE -I. LA RECONNAISSANCE D'UN STATUT SOCIÉTAL AU DIRIGEANT DE SOCIÉTÉ COMMERCIALE---------- 261
CHAPITRE- I. LA PLURALITE DES DÉTERMINANTS DU STATUT SOCIÉTAL DU DIRIGEANT DE SOCIÉTÉ COMMERCIALE ---------- 263

SECTION-I. D'un statut essentiellement légal à enserrer dans un système de gouvernance d'entreprise …. 264
§-1. L'opportunité d'une structure de gouvernement sociétal d'entreprise… 264
A. L'enjeu de la complexité de la gouvernance d'entreprise soumise à l'OHADA 264
B. Le développement d'une culture du management et de gestion éthique des libertés dans la société commerciale 270
§-2. …favorable à une modélisation d'un statut juridique hybride 277
A. La nécessaire consolidation du statut actuel d'autorité décisionnel du dirigeant 278
B. Vers un nouveau modèle de statut d'inspiration contractuelle souple. 283
SECTION-II. … À une reconnaissance expresse du caractère structurant des principes de RSE 291
§-1. La circonscription du questionnement sociétal à la sphère de l'initiative personnelle du dirigeant 291
A. La socialisation des fonctions du dirigeant appuyée par le choix des valeurs sociétales essentielles 292
B. Le caractère structurant des principes sociétaux applicables 299
§-2. L'introduction de dimensions éthiques professionnelles dans les fondements des fonctions du dirigeant sociétal 309
A. L'appropriation des aspects sociétaux de la fonction du dirigeant 309
B. Le souci de la responsabilisation du dirigeant comme évitement de la responsabilité juridique 318
CONCLUSION DU CHAPITRE -I. TITRE I. 324
CHAPITRE -II. LA DÉTERMINATION DIFFÉRENTIELLE DU CONTENU DU STATUT SOCIÉTAL DE DIRIGEANT DE SOCIÉTÉ COMMERCIALE 326
SECTION-I. L'expérimentation d'un pluralisme juridique dans la détermination du statut du dirigeant sociétal soumis au droit OHADA 327
§ 1. L'enchevêtrement partiel des normes sociétales fondant les responsabilités des dirigeants. 327
A. Sans entrer dans un système pyramidal des pôles d'édition de standards de conduite du dirigeant sociétal… 328
B. Des zones de convergence des divers registres normatifs fondant la responsabilité du dirigeant 335

§ 2. …Favoriser l'instrumentalisation des principes RSE par le droit sous forme de standards de conduite du dirigeant sociétal. ---------- 341
A. La mise en conformité des textes statutaires pour la prise en charge des bonnes pratiques RSE ---------- 341
B. Le renforcement du régime des conventions extrastatutaires d'appropriation des pratiques RSE ---------- 349
SECTION-II. Le traitement différentiel du contentieux relatif au statut sociétal du dirigeant ---------- 359
§ 1. La diversité des figures de contrôle et de traitement du contentieux relatives au statut du dirigeant ---------- 360
A. Le rapport de l'institution de traitement à l'autorité publique étatique - 360
B. La volonté des parties prenantes dans le règlement du contentieux lié au statut du dirigeant ---------- 372
§ 2. La mise en cohérence des figures de contrôle et de traitement du contentieux du statut du dirigeant ---------- 380
A. La mise en cohérence des règles de fond de traitement des conflits ---- 380
B. La mise en cohérence de la forme du traitement des conflits liés à la RSE 403
CONCLUSION CHAPITRE-II. TITRE I. ---------- 422
CONCLUSION TITRE I. DE DEUXIÈME PARTIE ---------- 423
TITRE- II. LA PORTÉE DU PROCESSUS DE RENFORCEMENT DE LA SOCIALISATION DU STATUT DU DIRIGEANT SOCIAL ---------- 425
CHAPITRE -I : L'ENONCE D'UN DEVOIR DE DILIGENCE RAISONNABLE CONSUBSTANTIELLE A LA FONCTION DE DIRIGEANT SOCIETAL ------ 427
SECTION- I : De l'énoncé du devoir de diligence du dirigeant lié à la spécificité de la société commerciale vue comme un système finalisé ---------- 428
§ 1. La consécration d'une obligation préexistante d'agir avec diligence ------ 428
A. La gestion du dirigeant comme manifestation d'un réel intérêt pour la société ---------- 429
B. L'absence de textes législatifs exigeant une compétence professionnelle particulière ---------- 435
§ 2. Des obligations de diligence découlant de la nature juridique de la société commerciale ---------- 440
A. La société vue comme une organisation juridique responsable ---------- 440

B. La société vue comme une organisation poursuivant un intérêt collectif443
SECTION-II. De la détermination de la fonction de l'obligation de diligence du dirigeant sociétal ---------- 447
§ 1. L'aptitude reconnue au dirigeant d'agir au nom et pour le compte de cette société ---------- 447
A. L'acte unilatéral et le contrat avec les parties prenantes, lieux d'inscription du pouvoir du dirigeant ---------- 448
B. L'obligation du dirigeant sociétal de « Bien faire en faisant le bien » aux parties prenantes.---------- 454
§ 2. La fonction de protection de la personnalité juridique de la société commerciale. ---------- 458
A. Le défi sociétal de la reconnaissance de droits de la personnalité aux sociétés commerciales---------- 458
B. La définition de la réputation comme un actif immatériel à gérer parle dirigeant ---------- 465
CONCLUSION CHAPITRE-I. TITRE II.---------- 471
CHAPITRE -II. L'ENONCE D'UN PRINCIPE DE LOYAUTE PLURIELLE ATTACHEE A L'AUTORITE DECISIONNELLE DU DIRIGEANT SOCIETAL ---------- 472
SECTION-I. De la poursuite de l'objet social conforme à l'engagement sociétal de la société commerciale ---------- 473
§-1. Le difficile ancrage de la RSE dans la protection exclusive des droits des associés et actionnaires ---------- 473
A. Une obligation de loyauté stigmatisant la liberté du dirigeant sociétal poursuivant la valeur actionnariale ---------- 474
B. Une obligation de loyauté inféodée dans la performance juridique ----- 481
§2. La valorisation d'une conception économique du temps conforme à la poursuite de l'objet social ---------- 486
A. Une annualité des bilans et ambigüité des principes fondateurs du développement financier de la société commerciale---------- 487
B. Un statut du dirigeant hors du temps en raison du contrat de société --- 495
SECTION-II. La manifestation du devoir de loyauté dans la poursuite de l'intérêt social au bénéfice de la société commerciale ---------- 500

§1. Les fonctions de préservation de l'intérêt social, notion à contenu variable ---------- 501
A. L'obligation d'assurer la promotion de l'intérêt social ---------- 501
B. Le rôle du juge confronté à la souveraineté des associés détenteurs de titres ---------- 505
§2. La prise en charge des interdépendances des agents détenant une créance « légitime » sur la société commerciale ---------- 509
A. La dissociation des intérêts de la société de ceux des associés ---------- 510
B. La reconnaissance de la variabilité des intérêts constituant la société commerciale. ---------- 515
CONCLUSION CHAPITRE-II. TITRE II. ---------- 521
CONCLUSION TITRE 2. DEUXIEMEN PARTIE ---------- 523
CONCLUSION GENERALE ---------- 525
BIBLIOGRAPHIE ---------- 532
I- OUVRAGES GENERAUX ---------- 532
II- OUVRAGES SPECIAUX ---------- 533
III- THESES ---------- 536
IV- ARTICLES, FASCICULES ET MONOGRAPHIES ---------- 537
V- RAPPORTS ET DOCUMENTS DE TRAVAIL ---------- 547
VII- WEBOGRAPHIE ---------- 549
INDEX ALPHABETIQUE ---------- 551
TABLE DES MATIERES ---------- 554

Nom et prénom : NDONG Papa Keyi Abel Fademba

Titre de la thèse : LE STATUT JURIDIQUE DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES DE L'OHADA A L'AUNE DES CONTRAINTES DE LA RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE DES ENTREPRISES.

Date et lieu de soutenance : 30 octobre 2017- FSJP – UCAD

Jury : Président : Pr. Ndiaw DIOUF

Membres : Pr. Alain KENMOGNE SIMO - Pr. Abdoulaye SAKHO – Pr. Amadou Tidiane NDIAYE – Pr.Ibrahima Ly

Pr. Dieunedort NZOUABETH- Pr. Deen GIBIRILA.

RESUMÉ

L'objet de ce travail est de reconsidérer le statut du dirigeant à la lumière d'une notion dont il s'agira de montrer toute la force et l'intérêt, la RSE. Il le nomme. Il montre comment la figure du dirigeant est construite, afin d'envisager des perspectives d'évolutions concrètes. Celle-ci doit être comprise et saisie à la lumière de la RSE, ses exigences. Pour ce faire dans la première partie d'abord, nous procédons à une analyse structurale du statut du dirigeant. Elle examine la position au sein de l'architecture de la société commerciale au moyen de ses pouvoirs et ses relations avec les associés, en tant que fonction et en tant qu'organe. L'approche laisse entrevoir également la place des RSE dans la détermination actuelle ou recherchée de la responsabilité juridique des dirigeants sociaux. En d'autres termes, le fil conducteur de l'analyse, qui est bâtie sur la dialectique RSE/Droit classique des sociétés dans la détermination d'un régime clair et cohérent de la responsabilité des dirigeants, entend répondre donc au souci de « promotion d'un droit OHADA flexible, performant », en vue d'« aller aux confins du droit des sociétés ».

La deuxième partie saisit le dirigeant comme une entité en relation avec son environnement, la notion de structure étant unie à la notion de système. L'analyse infère la qualification de dirigeant sociétal et du système de gouvernance des rapports dans et avec la société commerciale, conçue comme une des techniques juridiques destinée à donner à l'entreprise une existence et une organisation sur le plan juridique. La notion de système englobe et recouvre ici celle de structure. Une analyse de système qui nous a permis de montrer l'interdépendance des éléments du statut conçu comme une totalité. Il s'agit de se livrer à une lecture contextuelle du statut. Ensuite, le plan dit quelle est la place actuelle des RSE dans la normativité et clôt l'analyse sur la dénomination de la figure directoriale telle qu'elle s'est construite, est pensée et telle qu'elle est modélisée dans sa complexité autour des principes directeurs. Cette partie est d'ailleurs l'occasion de proposer une démarche de construction et de validation de modèle de dirigeants sociétaux réalisant la cohérence des systèmes de l'entreprise.

Mots clés : diligence, dirigeant, gouvernance d'entreprise, loyauté, partie prenante, pouvoir, responsabilité, soft law, statut.

ABSTRACT

This works drives at reconsidering the leader's status in the light of a notion whose full force and interest, corporate social responsibility (CSR), will have to be demonstrated. Indeed, the image of the leader is shaped through the CSR notion to such a point that perspectives of concrete evolutions can be envisaged. That image must be understood and captured in the light of CSR stringent requirements. To this end, in the first part of this work, we carry out an in-depth structural analysis of the leader's status. In the same part, will as well be examined, the position within the architecture of the commercial company thank to its powers and relationships with partners, both as a function and as a body. The approach also targets to lay a stress on the place of CSRs in the current or sought-after determination of the leaders' social responsibility. In other words, the common thread of this analysis, which is grounded on the dialectical relationship CSR / classical corporate in the determination of a clear and coherent regime attributable to the leader's responsibility, aims at dealing with a striking concern related to the know-how of a "promotion of a flexible OHADA law", with the objective to further the reflexion "on business law into details''.
Given that the notion of structure is united with the notion of system, in the second part, we lay a focus on the manager in his capacities as an entity in relation to his environment. The analysis inferred the qualification of the company's leader and the system of governance of the relations in and with the commercial company, conceived as one of the legal techniques intended to give the company a legal existence and organization. Here the notion of system encompasses and covers that of structure. A system analysis that allowed us to illustrate how the interdependence of the elements of the status are conceived as a totality. That involves a contextual reading of the status. As for the plan, it strongly points out the current place of CSR in normativity and closes the analysis on the process building and denomination of the managerial authority and how he is modeled out of complex and guiding principles. Furthermore, this part as well gives us an opportunity to propose a process of working out and validating a model of companies' leaders who brightly achieve the consistency of the company's systems.

Key-words: Diligence, Leadership, Corporate Governance, Loyalty, Stakeholder, Power, Responsibility, Soft law, Status.