

OHADA et nullité des décisions du Conseil d'administration

LIONEL BENINGA
ASSOCIÉ À PWC

Sommaire de l'intervention

Introduction

Chapitre I : Principales missions du Conseil

Chapitre II : Régime de nullité

Chapitre III : Problématique de responsabilité

Chapitre IV : Mise en place d'un dispositif de conformité

Conclusion

Introduction

- ▶ La fonction d'administrateur est très importante ;
- ▶ Elle détermine la réussite de l'entreprise : question importante, quelle est l'image que nous voulons pour notre entreprise ;
- ▶ Le CA n'est pas un lieu pour caser ses amis, ses petits ;
- ▶ Les administrateurs doivent être compétents pour définir les orientations de l'entreprises et les contrôles à effectuer : lieu de compétence par excellence : la crème du savoir ;
- ▶ Le CA et la direction générale doivent aller dans le même sens chacun dans ses prérogatives ;
- ▶ Ils doivent connaître les lois et les règlements pour éviter la nullité des décisions du CA : Leur responsabilité civile et pénale peut être engagée ;
- ▶ L'entreprise doit disposer d'une fonction de conformité efficace pour suivre le risque de non-conformité ;
- ▶ La non-conformité c'est l'avenir de l'entreprise, la non-conformité à un coût très élevé.

Introduction

- ▶ La question de la gouvernance d'entreprise se pose tout aussi dans les pays de la CEMAC où les entreprises se cherchent encore ;
- ▶ Les conflits d'intérêts, des délits d'initiés entre les actionnaires, voire les parties prenantes et les directions générales dans les entreprises ne sont pas à sous-estimer ;
- ▶ Les scandales incluant le comportement des administrateurs sont **aussi vieux que le monde**
- ▶ Parmi **les scandales les plus retentissants** aux 20^{ème} et 21^{ème} siècles, l'on peut noter :
 - Enron, WorldCom, **Aux Etats-Unis** ;
 - Polly Peck, Maxwell, BCCI, Barings.....**au Royaume-Uni** ;
 - Parmalat,..... **en Italie** ;
 - Elf, Vivendi, Crédit Lyonnais, Affaire Kerviel, **en France** ;

Introduction

- ▶ OHADA organise de manière générale la gouvernance d'entreprise de toutes les sociétés anonymes,
- ▶ Toutefois, il admet que certaines sociétés anonymes de certains secteurs comme l'assurance et la banque soient en sus régies spécifiquement par d'autres dispositions : c'est notamment le cas des établissements de crédit, microfinance, etc. ;
- ▶ L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E a accordé plus d'attention à la vie des sociétés anonymes à savoir :
 - la constitution,
 - l'organisation,
 - et le fonctionnement.

Introduction

- ▶ Au début des années 1990, le droit des affaires est entré dans une phase de pénalisation ;
- ▶ Le Législateur souhaitait responsabiliser les comportements des dirigeants et éviter la constitution de sociétés dont le Conseil d'administration n'était composé que d'administrateurs de complaisance (bien souvent amis ou famille) pas toujours conscients des dangers qui les guettaient
- ▶ Le Conseil d'Administration occupe une place essentielle dans les entreprises et fait l'objet d'un suivi tout particulier.

Chapitre I : Principales missions du Conseil d'administration

I. Attributions du conseil d'administration : Étendue des pouvoirs

- rôle du conseil d'administration : responsable des orientations, et du contrôle de l'exécutif.

Le Conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Il se saisit de toutes questions intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concerne. Le Conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. (quid immixtion) (Art: 435)

- L'organe délibérant délimite clairement les responsabilités des membres de l'organe exécutif et définit les modalités de délégation de pouvoirs.
- Accès à l'information : le président a l'obligation de s'assurer que les administrateurs disposent des informations nécessaires ; Art: 435

Chapitre I : Principales missions du Conseil d'administration

- ▶ Possibilité de créer des comités composés d'administrateurs : qui émettent des avis et recommandations pour avis, à leur examen.
- ▶ Autorisation préalable des conventions réglementées :
 - toute convention entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints, ou avec un actionnaire ayant 10% du capital social ;
 - toute convention à laquelle un administrateur, un directeur général, un directeur général adjoint ou un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix pour cent (10%) du capital de la société est directement ou indirectement intéressé ou dans laquelle il traite avec la société par personne interposée

Chapitre I : Principales missions du Conseil d'administration

- ▶ Autorisation préalable pour la souscription des cautionnements, avals et garanties : Le conseil d'administration peut, dans la limite d'un montant total qu'il fixe, autoriser le président directeur général ou le directeur général, selon le cas ;
- ▶ Le déplacement du siège social, dans les limites du territoire d'un même État partie : qui modifie les statuts en conséquence, sous réserve de la ratification de cette décision par la plus prochaine assemblée générale ordinaire.
- ▶ Le conseil d'administration arrête les états financiers de synthèse et le rapport de gestion sur l'activité de la société, qui sont soumis à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire.

Chapitre I : Principales missions du Conseil d'administration

Dans le cadre du système de contrôle interne, l'organe délibérant doit

- ▶ superviser la mise en place du système de contrôle interne ;
- ▶ approuver la charte d'audit interne ainsi que le programme annuel d'audit,
- ▶ s'assurer de la couverture complète des activités de l'établissement assujetti par les contrôles internes et les audits externes ;
- ▶ s'assurer de l'adéquation du système de contrôle interne aux activités de l'entreprise ;
- ▶ apprécier l'adéquation des moyens humains et matériels alloués aux deux niveaux de contrôle ;
- ▶ vérifier la fiabilité et l'exactitude des informations financières destinées à l'organe délibérant et aux tiers, et porter une appréciation sur la pertinence des méthodes comptables adoptées pour l'élaboration des comptes individuels et consolidés ;

Chapitre II : Le Régime de nullité des décisions du Conseil d'administration

1^{ère} raison : Les délibérations prises par un conseil d'administration irrégulièrement constitué sont nulles.

Mauvaise désignation des administrateurs

Les premiers administrateurs sont désignés par les statuts ou, le cas échéant, par l'assemblée générale constitutive. En cours de vie sociale, les administrateurs sont désignés par l'assemblée générale ordinaire. Toutefois, en cas de fusion, l'assemblée générale extraordinaire peut procéder à la nomination de nouveaux administrateurs. **Article 419 Toute nomination intervenue en violation des dispositions du présent article est nulle.**

Nullité des élections Article 424

Les modalités de l'élection des administrateurs sont librement fixées par les statuts qui peuvent prévoir une répartition des sièges en fonction des catégories d'actions.

Toutefois, et sous réserve des dispositions du présent Acte uniforme, cette répartition ne peut priver les actionnaires de leur éligibilité au conseil, ni priver une catégorie d'actions de sa représentation au conseil. Les administrateurs sont rééligibles sauf clause contraire des statuts. **Toute nomination intervenue en violation des dispositions du présent article est nulle.**

Chapitre II : Le Régime de nullité des décisions du Conseil d'administration

2ème raison : Convocation et délibération du conseil d'administration

- ▶ Non-respect des règles de convocation : Les statuts déterminent les règles relatives à la convocation et aux délibérations du conseil d'administration. Le conseil d'administration, sur convocation de son président, se réunit aussi souvent que nécessaire. **Les délibérations du conseil d'administration sont nulles lorsque tous ses membres n'ont pas été régulièrement convoqués.**
- ▶ Non-respect des règles de délibération : Le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres est présente. Décision prise à la majorité des membres présents ou représentés, voix du président prépondérante en cas d'égalité, sauf disposition contraire des statuts: **Toute décision prise en violation du présent article ou le cas, échéant, des conditions prévues par les statuts, est nulle.**

Chapitre II : Le Régime de nullité des décisions du Conseil d'administration

3ème raison : invalidation des délibérations lors des réunions à distance

- ▶ Si les statuts le prévoient, les administrateurs qui participent au conseil par visioconférence ou par d'autres moyens de télécommunication permettant leur identification et garantissant leur participation effective peuvent voter oralement.
- ▶ Délibération valable si au moins un tiers des administrateurs est physiquement présent.

4ème raison : Déplacement du siège social dans ratification de l'AG :

- ▶ la décision du conseil d'administration devient caduque. De nouvelles formalités de publicité doivent alors être accomplies pour informer les tiers du retour au siège antérieur.

Chapitre II : Le Régime de nullité des décisions du Conseil d'administration

5ème raison : Annulation de l'autorisation préalable dans le cas des Conventions réglementées

Motif : prise en compte de la participation de l'administrateur concerné dans le quorum de la décision et de la majorité

Le commissaire aux comptes présente, sur ces conventions, un rapport spécial à l'assemblée générale ordinaire qui statue sur ce rapport et approuve ou désapprouve les conventions autorisées.

Idem pour les délibérations de l'AG : si l'actionnaire intéressé prend part ou par défaut du rapport spécial du CAC.

6ème raison : Nullité des cautionnement, aval et garantie pour défaut d'autorisation ou dépassement des limites fixées par le CA

Chapitre III : Problématique de responsabilité

- ▶ Leçons à tirer :
- ▶ Risque d'image et de réputation
- ▶ Dégradation de la valeur de l'entreprise
- ▶ Le Législateur souhaitait responsabiliser les comportements des dirigeants et éviter la constitution de sociétés dont le Conseil d'administration n'était composé que d'administrateurs de complaisance (bien souvent amis ou famille) pas toujours conscients des dangers qui les guettaient
- ▶ les administrateurs de sociétés doivent exercer leurs fonctions avec sérieux et loyauté sous peine de voir leur responsabilité engagée.

Chapitre III : Problématique de responsabilité

I. La responsabilité civile des administrateurs.

A/ La notion de faute

Durant l'exercice de ses fonctions, un administrateur peut voir sa responsabilité civile engagée dans trois cas principaux :

* **Infraction aux dispositions législatives ou réglementaires** applicables aux SA. Il peut s'agir d'irrégularités dans la tenue des comptes sociaux, d'inobservation des règles de tenue des assemblées, etc. Les administrateurs peuvent être tenus pour responsables de l'inobservation ou du non-respect des règles applicables à la société.

* **Violation des statuts** : dès lors qu'une clause des statuts ajoute aux obligations légales, son inobservation peut entraîner la mise en jeu de la responsabilité d'un ou des administrateurs en cas d'inobservation des règles statutaires de la société.

consignant son refus dans le procès-verbal du conseil d'administration (le simple vote "contre" étant insuffisant).

Chapitre III : Problématique de responsabilité

I. La responsabilité civile des administrateurs.

A/ La notion de faute

* **Fautes de gestion** : il s'agit ici de l'accomplissement d'actes contraires à l'intérêt de la société. La responsabilité d'un administrateur pourra être recherchée même s'il a agi par imprudence ou négligence. Il convient de noter qu'un administrateur de complaisance ne pourra s'exonérer en invoquant cet état de fait.

- ▶ Dans les mêmes conditions, l'inaction ou le défaut de surveillance d'un administrateur peuvent caractériser une faute, et ce quelle que soit sa participation dans le capital social de la société.
- ▶ L'administrateur en désaccord doit pouvoir justifier de ce désaccord à la décision prise par le Conseil d'administration en consignant son refus dans le procès-verbal du conseil d'administration (le simple vote "contre" étant insuffisant).

Chapitre III : Problématique de responsabilité

B. La responsabilité des administrateurs envers la société, les actionnaires ou les tiers

- ▶ La responsabilité des administrateurs envers les actionnaires et/ou la société autorise une action individuelle des actionnaires (pour réparer le préjudice causé à chacun d'eux) ou une action sociale (pour réparer le préjudice subi par la société).
- ▶ La responsabilité des administrateurs envers les tiers non actionnaires nécessite une faute séparable de ses fonctions, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales

C. L'étendue de la responsabilité : une responsabilité individuelle ou solidaire

- ▶ La responsabilité peut être individuelle (imputable à un seul administrateur) ou commune à plusieurs administrateurs (faute collective). Dans ce dernier cas, les administrateurs sont tenus solidairement à la réparation du préjudice occasionné.

Chapitre III : Problématique de responsabilité

II. La responsabilité pénale des administrateurs.

- ▶ La responsabilité pénale d'un administrateur peut être engagée dès lors qu'il a commis une infraction telle que :
 - abus de bien social ;
 - abus de pouvoirs ou de voix : ce délit consiste en l'utilisation contraire aux intérêts de la société et à des fins personnelles de ces pouvoirs ou de ces voix ;
 - distribution de dividendes fictifs ;
 - présentations de comptes sociaux infidèles, maquillage des comptes, etc ;
- ▶ Ces infractions pénales, pour les plus graves, peuvent donner lieu à des condamnations allant jusqu'à des peines d'emprisonnement et des amendes.

Chapitre III : Problématique de responsabilité

III. Le cas particulier des représentants permanents des personnes morales administrateurs.

- ▶ le représentant permanent est soumis aux mêmes obligations et aux mêmes conditions que s'il était administrateur en son nom propre. Sa responsabilité tant civile que pénale peut être engagée dans les mêmes conditions que celle des autres administrateurs.
- ▶ Dans ses rapports avec les autres associés, le représentant permanent peut être tenu responsable comme la personne morale administrateur. Tout deux peuvent être condamnés solidairement.
- ▶ La responsabilité pénale s'applique également aux représentants permanents des personnes morales administrateurs et s'étendrait à ces personnes morales.

Chapitre IV : Mise en place d'un dispositif de conformité

- ▶ L'environnement dans lequel évoluent les entreprises les contraint à maîtriser un nombre croissant de techniques et de réglementations et à mettre en œuvre une politique de maîtrise des risques toujours plus rigoureuse.
- ▶ Au total, les entreprises ont vu les risques qu'ils encourent s'accroître et se diversifier dans des cadres légaux en évolution. Cette tendance implique une très grande vigilance sur la conformité de leurs opérations
- ▶ La fonction de conformité qui permet de gérer le risque de non-conformité est une nécessité absolue
- ▶ **risque de non-conformité** : le risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière significative ou d'atteinte à la réputation, qui naît du non-respect de dispositions propres aux activités bancaires et financières, qu'elles soient de nature législative ou réglementaire, ou qu'il s'agisse de normes professionnelles et déontologiques, ou d'instructions de l'organe exécutif prises notamment en application des orientations de l'organe délibérant ou non.
- ▶ Porte atteinte gravement à l'image et à la réputation d'une entreprise
- ▶ Rupture des relations avec les partenaires extérieurs et réduction des opportunités d'affaires.

Chapitre IV : Mise en place d'un dispositif de conformité

Onze principes principaux concernant la conformité.

- ▶ *L'organe délibérant doit superviser la gestion du risque de non-conformité. Il doit valider la stratégie de l'établissement ;*
- ▶ *L'organe exécutif doit définir une ligne d'action en matière de « compliance »; il doit s'assurer qu'elle est suivie et il doit en informer l'organe délibérant ;*
- ▶ *L'organe exécutif doit organiser le contrôle du risque de non-conformité de manière permanente et efficace*
- ▶ Le statut de cette fonction doit être formalisé dans une charte ou un document approuvé par l'organe délibérant, définissant son positionnement, ses compétences et son rattachement hiérarchique ;
- ▶ *Elle doit être indépendante des équipes opérationnelles ;*
- ▶ Elle a pour objet d'identifier, d'évaluer et de suivre les risques de non-conformité encourus par l'établissement et de conseiller et de rendre compte à l'organe exécutif sur ce sujet ;

Chapitre IV : Mise en place d'un dispositif de conformité

Les 11 principes (suite...)

- ▶ Le responsable de la fonction de conformité est en charge du suivi continu des activités liées à cette fonction ;
- ▶ ***Le personnel mis à sa disposition doit avoir les compétences, l'expérience et les qualités professionnelles et personnelles permettant d'assumer cette fonction ;***
- ▶ Ce dispositif doit permettre aux entreprises ayant une activité internationale de gérer de manière satisfaisante le risque de non-conformité en se conformant aux règles locales ;
- ▶ L'activité de la fonction de conformité doit être incluse dans le champ du contrôle interne.
- ▶ Certaines activités de la fonction de conformité peuvent éventuellement faire l'objet d'une externalisation. Le responsable de la fonction de conformité doit être salarié de l'établissement.

Chapitre IV : Mise en place d'un dispositif de conformité

Les priorités de la conformité

La Direction de la conformité veille :

- ▶ au respect des lois, règlements, et principes déontologiques spécifiques aux activités et aux services exercés par l'entreprise et au respect des règles de bonne conduite et de déontologie personnelle des collaborateurs ;
- ▶ à la sensibilisation et à la formation de tous les acteurs sur la prévention du risque de non-conformité et de réputation;

L'action de la conformité s'inscrit au cœur de votre activité. C'est l'affaire de tous

Chapitre IV : Mise en place d'un dispositif de conformité

Organisation de la Conformité

- ▶ La Direction de la conformité est rattachée directement à la Direction Générale, en tant que direction indépendante et à part entière.

La Direction de la conformité s'organise autour :

- ▶ d'équipes dédiées à chaque ligne métier en charge d'assurer la conformité des activités métier, de veiller au respect des réglementations, d'assurer la supervision des risques de conformité et de gérer les dossiers ;
- ▶ d'équipes en central en charge de la définition des normes et standards, aux contrôles ainsi qu'aux activités transverses clés telles que la formation et la transformation digitale.

Chapitre IV : Mise en place d'un dispositif de conformité

Conditions pour avoir un dispositif de conformité

- ▶ Avoir une base documentaire à jour : Connaître les lois, règlements, et principes déontologiques spécifiques, code de bonne conduite applicable à votre activité ;
- ▶ Faire de la veille réglementaire pour identifier tous les changements réglementaires ;
- ▶ Connaître toutes les activités des lignes métier ;
- ▶ Découper chaque activité en plusieurs processus et mettre en face les dispositions légales, réglementaires et déontologiques qui s'appliquent pour s'assurer de la conformité des actes pris
- ▶ Avoir un personnel compétent et indépendant.

Conclusion

- ▶ Les récents scandales financiers mettant en cause les dirigeants des plus grands groupes mondiaux ont exacerbé la méfiance de certains actionnaires ;
- ▶ C'est pourquoi le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour renforcer le devoir de vigilance des administrateurs ;
- ▶ Ces derniers ne doivent pas oublier qu'ils ont pour principale mission de contrôler la gestion des dirigeants ;
- ▶ Ils doivent connaître les lois et les règlements pour éviter la nullité des décisions du CA ;
- ▶ Leur responsabilité civile et pénale peut être engagée ;
- ▶ L'entreprise doit disposer d'une fonction de conformité efficace pour suivre le risque de non-conformité ;
- ▶ La non-conformité c'est l'avenir de l'entreprise.