

# Les pactes d'actionnaires et la responsabilité sociale des entreprises en droit de l'OHADA

André Kouamé Guillaume N'guétta

Assistant à la Faculté de droit de l'Université d'Abidjan

## Résumé

Dans un contexte de mondialisation dominé par l'économie de marché, la prise en compte des considérations éthiques, sociales et environnementales par l'adoption des normes RSE est une exigence à laquelle doit se conformer tout système juridique qui se veut moderne et attractif tel que celui de l'OHADA. Ainsi, de nos jours, l'adoption d'une démarche socialement responsable est un facteur de compétitivité des entreprises. Nonobstant les réflexions qui alimentent le modèle de réception de la RSE en droit OHADA, l'une des solutions envisageables serait d'avoir recours aux pactes d'actionnaires. Préservant à l'origine les intérêts particuliers de ses signataires, les pactes peuvent être de merveilleux instruments juridiques qui favorisent l'intégration des normes RSE dans la gouvernance des entreprises.

## Introduction

Faire de l'OHADA, l'espace intégré le plus socialement responsable<sup>1</sup>. Cette vision affichée par le précédent Secrétaire Permanent de l'OHADA, Monsieur le Professeur Emmanuel Sibidi Darakoum, traduit de fort belle manière que l'un des défis du moment que l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) tente de relever, demeure incontestablement l'incitation des entreprises exerçant sur son espace juridique à l'adoption

d'un comportement socialement plus responsable.

En réalité, ce cri de cœur n'est que l'écho des résultats de réflexions menées par des érudits de droit notamment au Sénégal<sup>2</sup>, au Togo<sup>3</sup> et en Côte d'Ivoire<sup>4</sup> relativement à l'émergence d'une Responsabilité Sociale ou Sociétale des Entreprises (RSE) sur le continent africain. Sensible à cet appel de la doctrine, l'OHADA a insidieusement entamé une démarche consistant à faire la promotion de la RSE à la faveur de la réforme en 2014 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés

---

<sup>1</sup> DARANKOUM E.S., MADOUGOU R., ANATO P., GUEDJ P.-S., « OHADA et Responsabilité Sociétale des entreprises », <https://www.ohada.com/actualite/5734/ohada-et-responsabilite-societale-desentreprises.html>, consulté le 24/04/2021.

<sup>2</sup> GAMET L., NDIAYE I.Y., KANTE A. (Dir.), *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés sénégalais et français*, Actes du colloque coorganisé par l'UCAD, L'université Paris 12 et l'Université Paris 13, Dakar, Presses universitaires de Dakar, 2018, 183 P. ; Club OHADA UAD, « la RSE à

l'épreuve du droit OHADA », webinaire organisé le 12 septembre 2022.

<sup>3</sup><https://www.ohada.com/actualite/5111/11eme-concours-international-genies-en-herbe-ohada-plaidoyer-pour-ladoption-dun-article-vert-dans-le-code-ohada.html> consulté dernièrement le 24/04/2021

<sup>4</sup> AUPROHADA, « « La responsabilité sociétale des entreprises et les objectifs du droit OHADA », <https://www.ohada.com/actualite/5778/deuxieme-edition-de-la-semaine-ohada-du-15-au-20-mars-2021-a-abidjan.html>, consulté le 04/04/2021

commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE)<sup>5</sup>. Une autre innovation qui ressort également de la réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA, s'incarne dans la reconnaissance légale des conventions extrastatutaires au nombre desquelles figurent les pactes d'actionnaires. Présentés comme des instruments juridiques privilégiés par les actionnaires voire les associés, en vue d'adapter le fonctionnement de la société commerciale à la réalisation de certaines ambitions spécifiques, les pactes d'actionnaires apparaissent comme des conventions extrastatutaires qui semblent entretenir des liens avec la RSE. D'où la nécessité de mener une réflexion sur la thématique suivante : **Les pactes d'actionnaires et la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) en droit de l'OHADA.**

L'intelligibilité de ce sujet de réflexion commande d'en définir les notions clés que sont les pactes d'actionnaires et la RSE. En faisant l'économie des controverses doctrinales à propos de la notion de pactes d'actionnaires, l'on peut en retenir une conception stricte et une conception large. *Stricto sensu*, les pactes d'actionnaires désignent des conventions par lesquelles les actionnaires cherchent à régler le contrôle de la conduite des affaires et de la composition

de leurs sociétés<sup>6</sup>. *Lato sensu*, les pactes d'actionnaires désignent l'ensemble des conventions extrastatutaires conclues entre des actionnaires ou des associés et qui visent à organiser leurs relations individuelles au regard de la gestion du pouvoir et de la détention du capital<sup>7</sup>. Cette dernière approche des pactes d'actionnaires sera celle retenue dans le cadre de cette réflexion. Quant à la RSE, son appréhension n'est pas chose aisée car il y a autant de définition qu'il y a d'auteurs qui s'y sont intéressés. Pour preuve, selon Monsieur le Professeur Mamadou BADJI, la RSE peut être entendue comme « la prise en considération par les entreprises des conséquences négatives que peut générer leur activité sur les personnes ou sur l'environnement <sup>8</sup> ». Pour Monsieur le Professeur Yankhoba Isaac NDIAYE, la RSE traduit « une idée selon laquelle l'entreprise est incitée à aller au-delà de la seule finalité spéculative et économique au profit de ses seuls membres, pour intégrer, dans sa prise de décision, des considérations de nature éthique, sociale et environnementale, pour le bénéfice de toutes les parties prenantes »<sup>9</sup>. Dans le cadre de cette étude, retenons simplement que la RSE est une idéologie qui promeut l'intégration volontaire ou imposée des préoccupations éthiques, sociales et environnementales à leurs activités commerciales ainsi que dans le cadre de leurs relations avec les parties prenantes (salariés,

---

<sup>5</sup> Nous en voulons pour preuve notamment les articles 97, 626-1 et 537-2° de l'AUSCGIE.

<sup>6</sup> KONATÉ M., DIALLO B., MEUKE B., « Gestion de crise en OHADA : Anticipation conventionnelle et statutaire-gestion négocié et règlement des conflits internes », Jurifis info n°4 juillet/Août 2009, Ohadata D-09-43, p. 5.

<sup>7</sup> N'GUETTA A.K.G., *Les pactes d'actionnaires en droit OHADA : essai d'étude comparée avec le droit français*, Thèse de Doctorat en Droit privé, Université

Alassane Ouattara de Bouaké (Côte d'Ivoire), 2019, p. 10.

<sup>8</sup> BADJI M., Avant-propos de l'ouvrage *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés sénégalais et français*, op.cit., p. 5.

<sup>9</sup> NDIAYE Y.I., « introduction à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) », extrait de *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés sénégalais et français*, op.cit., p. 12.

fournisseurs, sous-traitants, etc.). Ainsi, autrement formulée, l'objet de l'étude nous invite à évaluer l'aptitude des conventions extrastatutaires tels que les pactes d'actionnaires à inciter les entreprises exerçant dans l'espace OHADA à prendre en considération des préoccupations éthiques, sociales et environnementales.

Cette analyse ne manque pas d'intérêts. En effet, les considérations environnementales, sociales et de gouvernance (ESG) jouent dans les décisions de gestion des sociétés, un rôle sans cesse croissant de nos jours. Il en est ainsi car une démarche et une image socialement responsables sont devenues des critères de compétitivité de l'entreprise. Les entreprises évoluant dans l'espace OHADA n'échappent pas à cette exigence puisque l'intégration de la RSE dans les différentes *business practices* (ou encore les pratiques des affaires) nationales africaines, est devenue un défi plus que jamais essentiel. À cela s'ajoute le phénomène de la contractualisation du droit des sociétés qui est une réalité de plus en plus présente dans le corpus juridique de l'OHADA. Véritable aspiration de la pratique des affaires, la contractualisation du droit des sociétés connaît plusieurs manifestations. Mais l'icône de cette mouvance demeure incontestablement les pactes d'actionnaires. Cependant, les pactes d'actionnaires ont la réputation d'être des conventions au service des intérêts égoïstes de ses signataires ; lesquels se résument à la gestion du pouvoir et à la maîtrise du capital social. Or, la RSE semble être une idéologie qui transcende ces intérêts particuliers pour atteindre des aspirations éthiques, sociales et environnementales. Dès lors, une préoccupation majeure se pose : celle de

l'adéquation entre les pactes d'actionnaires et la RSE. Autrement dit, les pactes d'actionnaires peuvent-ils contribuer à une meilleure réception de la RSE en droit de l'OHADA ?

Les réflexions à propos de cette interrogation laissent poindre un constat qui suscite une lueur d'espoir. *A priori*, domaine de prédilection d'intérêts égoïstes, les pactes d'actionnaires sont des conventions qui semblent être éloignées des préoccupations environnementales et sociales de la RSE. Mais à y voir de près, le développement de l'investissement socialement responsable (ISR), qui préfère à des critères financiers classiques, des critères éthiques, sociaux et environnementaux, achève de convaincre que les pactes d'actionnaires peuvent être des leviers contribuant à l'adoption de comportements socialement plus responsables. Dès lors, il sied de laisser éclore cette analyse en mettant en lumière d'une part l'apparent désintérêt des pactes d'actionnaires pour la RSE (I) avant d'envisager d'autre part, la nécessité pour les pactes d'actionnaires de prendre en compte dans leurs stipulations la RSE eu égard aux critères actuels d'évaluation des entreprises (II).

### **I. L'apparent désintérêt des pactes pour la RSE**

Manifestation topique de la contractualisation du droit des sociétés, les pactes sont des outils juridiques mis en œuvre par des actionnaires voire des associés pour répondre à des besoins de contrôle de la gestion de la société

ou de l'entreprise<sup>10</sup>. Ils sont une création issue de la pratique des affaires pour faire face à la rigidité du droit des sociétés qui réduit considérablement la liberté d'action et de gouvernance des associés. Ainsi, les pactes sont au service des intérêts particuliers de ses signataires qui sont le plus souvent éloignés des préoccupations éthiques, sociales et environnementales. Dès lors, en raison de leurs finalités originelles, les pactes d'actionnaires affichent un apparent désintérêt à l'égard de la RSE (A). Toutefois, dans une quête perpétuelle de modernité et d'adaptabilité, le droit de l'OHADA s'est imposé de nouvelles orientations qui sont en contradiction flagrante avec les objectifs primaires assignés aux pactes d'actionnaires (B).

#### **A/ Un désintérêt lié aux finalités originelles des pactes**

Dans la plupart des systèmes juridiques où les pactes d'actionnaires sont connus, leurs mérites sont souvent présentés en des termes élogieux. En droit OHADA, ils sont présentés comme des « instruments juridiques incontournables en matière d'investissement et de financement<sup>11</sup> ». Il s'agit donc d'instruments juridiques utilisés par les associés pour atteindre certains intérêts particuliers. Il en est ainsi car les finalités des pactes sont souvent éloignées des préoccupations environnementales et sociales portées par la RSE. En règle générale, les

pactes sont organisés autour d'une structuration usuelle qui laisse apparaître des clauses générales ou préliminaires, des clauses de gestion de la société et des clauses relatives à l'actionnariat. Dès lors, par essence, les pactes ne font pas la promotion de la RSE. Dans le cadre restreint de cette étude, il serait prétentieux de vouloir étudier de manière exhaustive les différentes clauses que peuvent contenir un pacte d'actionnaires. Toutefois, l'on pourrait envisager l'analyse de certaines clauses assez représentatives des finalités originelles de ces conventions extrastatutaires à savoir : aménager l'exercice du pouvoir (1) ou assurer une maîtrise du capital social (2).

#### **1- L'aménagement de l'exercice du pouvoir**

Le droit OHADA admet que les pactes d'actionnaires puissent comporter des clauses d'organisation et de contrôle de la gestion de la société. Ainsi, les signataires d'un pacte s'offrent le luxe d'insérer dans leurs conventions des clauses qui ont pour finalité de renforcer soit leur droit à l'information soit le contrôle qu'ils exercent sur la société.

En ce qui concerne la clause d'information renforcée, elle a pour finalité d'étendre le droit à l'information reconnu à chaque associé de manière à garder un certain contrôle sur la société et, par-là, à mieux gérer leurs investissements<sup>12</sup>. En effet, tout associé a le droit d'être tenu informé de la gestion

---

<sup>10</sup> Bien qu'ayant des contenus juridiques différents, nous sommes d'avis avec un auteur que les termes « société » et « entreprise » seront dans le cadre de cette étude utilisés indistinctement. Cf. BADJI P.S.A., « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », in *revue de l'Ersuma* n°2 mars 2013, p. 210.

<sup>11</sup> FAYE B. et NYEMB J., « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique, extrait du

Dossier Droit des sociétés commerciales OHADA rénové : un atout pour les investissements en Afrique », in *Droit & patrimoine* n° 239 septembre 2014., p. 68.

<sup>12</sup> FÉNEON A., *Droit des sociétés OHADA*, EJA, Collection Droit africain, éditions LGDJ Lextenso éditions, 2015, p. 654.

administrative et financière de la société. Toutefois, faisant usage de leur liberté contractuelle, certains associés principalement minoritaires, souhaitent étendre ce droit à l'information de manière à garder un certain contrôle sur la société et par la même occasion, à mieux gérer leurs investissements<sup>13</sup>. Ainsi, la clause d'information renforcée permet aux associés de mieux suivre l'usage de leurs fonds sans être obligés de participer à la gestion de la structure<sup>14</sup>. En pratique, l'extension du droit d'information se réalise par le truchement d'une clause d'information introduite dans un pacte signé généralement entre l'associé ou les associés minoritaire(s) et l'associé ou les associés majoritaire(s). Par cette clause, les associés majoritaires s'engagent en général à fournir des renseignements de manière trimestrielle ou mensuelle aux associés qui en sont bénéficiaires. Concrètement, cette stipulation peut présenter plusieurs modalités. En effet, la clause d'information renforcée peut imposer à la société de fournir aux associés bénéficiaires toutes les informations qu'ils demandent<sup>15</sup>. Il peut s'agir également d'une clause par laquelle la société s'engage spontanément à informer les associés bénéficiaires de tout fait susceptible de modifier la marche générale de la société ou sa situation financière en général ou spécialement sa situation comptable selon une périodicité définie préalablement<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup>*Ibidem*.

<sup>14</sup>SCHILLER S., « Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires) », février 2009 (actualisation : janvier 2015), in *Encyclopédie Dalloz commercial 2015*, §. 99.

<sup>15</sup> DAIGRE J.-J. et SENTILLE-DUPONT M., *Les pactes d'actionnaires*, Paris, éd. Gnl'd Joly, 1995,

Il faut préciser que le droit des sociétés de l'OHADA étant favorable à la circulation de l'information dans les groupements, la clause d'information renforcée ne trouve pas de mal à avoir un écho favorable auprès des associés signataires de pactes d'actionnaires. En effet, il s'agit d'un instrument qui permet de contrôler l'action des dirigeants sociaux les obligeant à améliorer leur gestion dans un souci d'efficacité de la société. Pour être valable, cette clause d'information renforcée doit satisfaire des conditions de validité.

En droit de l'OHADA, la validité de la clause d'information renforcée est subordonnée à ce qu'elle soit rédigée de manière claire et précise, détaillant autant que faire se peut, la nature des informations qui peuvent être sollicitées<sup>17</sup>. On le voit, la clause d'information renforcée vise à préserver les intérêts financiers des signataires des pactes qui en sont bénéficiaires. Elle ne prend pas en compte des considérations environnementales et sociales promues par la RSE.

Il en est de même des clauses des pactes qui servent à renforcer le pouvoir de contrôle des associés au sein de la société. À titre d'illustration, il convient d'évoquer la clause renforçant les conditions de quorum et de majorité. En droit de l'OHADA des sociétés commerciales, l'admission de la possibilité de prévoir des clauses de pactes d'actionnaires renforçant les conditions de quorum et de majorité dans les assemblées

p.47 ; SCHILLER S., « Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires) », février 2009 (actualisation : janvier 2015), *op.cit.*, § 99.

<sup>16</sup> DAIGRE J.-J. et SENTILLE-DUPONT M., *Les pactes d'actionnaires*, *op. cit.*, p.47.

<sup>17</sup> FÉNEON A., *Droit des sociétés OHADA*, *op. cit.*, p. 654.

n'est pas chose aisée. Cela est dû au fait que ce système juridique est fortement marqué par le respect scrupuleux du caractère impératif de ses dispositions légales. Néanmoins, la doctrine admet la validité de ces clauses à condition qu'elles ne concernent pas les cas où le quorum et la majorité sont prévus par les dispositions de l'AUSCGIE auxquelles il ne peut être dérogé et sous réserve de ce qui est prévu dans les statuts de la société<sup>18</sup>. Ainsi, il faut bien croire que ces clauses de quorum et de majorité renforcées ne seront admises en droit de l'OHADA que dans les sociétés où les règles de quorum et de majorité n'auront pas été fixées impérativement par l'AUSCGIE. Il en est ainsi de la société par actions simplifiée (SAS)<sup>19</sup>. En outre, la validité des clauses renforçant le quorum et la majorité est subordonnée à la détermination des décisions qui devront être prises selon ce système de majorité renforcée<sup>20</sup>.

De ce qui précède, il apparaît clairement que les clauses des pactes d'actionnaires qui aménagent l'exercice du pouvoir, ne prennent généralement pas en compte les considérations environnementales ou sociales. Les clauses des pactes qui contribuent à la maîtrise du capital social négligent également la RSE.

## 2. La maîtrise du capital social

Intimement rattachées à la cartographie du capital social, les clauses financières sont considérées comme le noyau dur des pactes

d'actionnaires. Le droit de l'OHADA confirme cette approche des clauses financières des pactes puisqu'il consacre certaines de ses dispositions légales à quelques-unes de ces clauses. Il en est ainsi car ces clauses déterminent entre les associés signataires des pactes d'actionnaires, la composition et l'évolution du capital social au sein de leur société. Il convient d'en identifier certaines afin de mieux les analyser. Notre choix se portera d'une part sur les clauses d'inaliénabilité et d'autre part sur la clause d'agrément.

La clause d'inaliénabilité, appelée aussi clause de blocage, est une clause qui interdit à un associé qui la souscrit de céder ses actions ou ses parts sociales. Ses conditions de validité méritent d'être analysées. Une clause d'inaliénabilité n'est valable en droit OHADA qu'à la double condition d'être limitée dans le temps et d'être justifiée par un intérêt légitime et sérieux. En réalité, le droit OHADA des sociétés, en fixant ces conditions dans son article 765-1 AUSCGIE<sup>21</sup>, emboîte le pas à la doctrine et à la jurisprudence française<sup>22</sup>.

L'intelligibilité de la clause d'agrément dans un pacte suppose de cerner au préalable la notion d'agrément. L'agrément est la procédure par laquelle les associés de certaines sociétés approuvent ou refusent la cession ou la transmission de parts ou d'actions à une personne<sup>23</sup>. Ils peuvent aussi

---

<sup>18</sup> FÉNEON A., *Droit des sociétés OHADA*, op. cit., p. 657, § 1685.

<sup>19</sup> Cf. article 853-1 et suiv AUSCGIE de 2014.

<sup>20</sup> FÉNEON A., *Droit des sociétés OHADA*, op. cit., p. 657, § 1685.

<sup>21</sup> L'article 765-1 de l'AUSCGIE dispose que « les clauses d'inaliénabilité affectant des actions ne sont valables que si elles prévoient une interdiction d'une

*durée inférieure ou égale à dix (10) ans et qu'elles soient justifiées par un motif sérieux et légitime ».*

<sup>22</sup> MARTY G. et RAYNAUD P., *Les biens*, 2<sup>ème</sup> édition, Sirey 1980, n°56 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Cujas 1990, n°15.

<sup>23</sup> SCHILLER S., « Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires) », op. cit., § 30.

s'opposer à l'admission de nouveaux associés ou à l'accroissement de la participation d'associés en place<sup>24</sup>. Ainsi, la clause d'agrément désigne une clause qui soumet la cession des titres à l'agrément ou à l'autorisation d'un organe ou d'une personne déterminée tel que le conseil d'administration (dans la plupart des cas) ou tout autre organe de la société, d'un groupe d'associés voire des tiers<sup>25</sup>. Elle a pour finalité de permettre aux associés bénéficiant du droit d'agréer la cession, d'empêcher l'entrée dans la société de certaines personnes considérées comme indésirables<sup>26</sup>. Elle permet également de s'opposer à l'accroissement de la participation d'associés déjà en place. De ce fait, la clause d'agrément trouve son terrain de prédilection dans les sociétés de capitaux telles que la société anonyme (SA) ou la Société par actions simplifiée (SAS) dans lesquelles, elle instaure un élément d'*intuitu personae*. Interdite dans les sociétés inscrites sur un marché réglementé en raison des nécessités du marché boursier, la clause d'agrément ne peut se retrouver que dans le cadre de sociétés non cotées. Cependant, leur admission dans les sociétés non cotées obéit au respect de conditions de fond et de forme.

En droit des sociétés commerciales de l'OHADA, l'article 765-3 de l'AUSCGIE pose le principe de l'admission de la clause d'agrément que pour toute cession des actions à un tiers étranger à la société. *A contrario*, il est évident qu'est exclu du champ de la clause d'agrément les cessions qui s'effectuent entre actionnaires. Autrement dit, les cessions

d'actions entre actionnaires ne peuvent faire l'objet d'une clause d'agrément. En outre, l'article 765 alinéa 2 de l'AUSCGIE dispose que « les limitations à la transmission des actions ne peuvent s'opérer en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux, ou de cession soit à un conjoint, soit à un ascendant ou un descendant ». La clause d'agrément étant inclus dans les limitations à la transmission des actions, il est clair qu'elle ne peut s'appliquer également dans le cadre de cession visant les différentes situations visées par l'article 765 alinéa 2 précité.

En droit français des sociétés, la validité des clauses d'agrément dans les cessions d'actions de SA est réglementée par l'article L.228-23 du Code de commerce. Selon cette disposition, la clause d'agrément est valable à condition que les actions sur lesquelles elles portent revêtent exclusivement la forme nominative. Par ailleurs, la clause ne peut jouer en cas de succession, de liquidation d'une communauté de biens entre époux, de cession à un conjoint, à un ascendant, et à un descendant. En réalité, le droit de l'OHADA a adopté, la même démarche que le droit français relativement au champ d'application de la clause d'agrément. Cependant, il faut noter une nuance entre ces deux systèmes juridiques concernant les conditions de fond de validité de la clause d'agrément. En effet, alors que le droit français exige que les actions visées par la clause d'agrément soient sous la forme nominative, le droit de l'OHADA ne pose aucune exigence

<sup>24</sup> STORCK M., « Actes extra-statutaires », *op. cit.*, § 41.

<sup>25</sup> HOUNKPE J.-C., « Pactes d'actionnaires et prévention des conflits dans la société anonyme de l'espace OHADA », *Ohadata D-11-100*, p. 3.

<sup>26</sup> STORCK M., « Actes extra-statutaires », *op. cit.*, § 41.

particulière ; si bien que raisonnablement la clause d'agrément peut concerner des actions sous forme nominative ou non. *Quid* des conditions de forme de validité de la clause d'agrément ?

En droit de l'OHADA, le législateur a pris le soin d'indiquer l'organe habilité à exercer l'agrément et la procédure de mise en œuvre de ce droit lorsqu'il est exercé par un organe ou par un autre. Ainsi, selon l'article 765-3 de l'AUSCGIE, l'agrément peut être exercé soit par le conseil d'administration ou par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires. En droit français, c'est l'article L.228-24 du Code de commerce qui décrit la procédure à suivre en cas de cession d'actions soumises à un agrément. Cette procédure débute par la notification d'une demande d'agrément précisant les modalités de la cession envisagée à la société. Lorsque celle-ci refuse l'agrément ou reste silencieuse dans les trois mois de la demande, les actions doivent être acquises par les actionnaires de la société, par un tiers à un prix qui, à défaut d'accord entre les parties, est fixé à dire d'expert<sup>27</sup>. La société elle-même peut acquérir ces parts en vue d'une réduction de son capital<sup>28</sup> dans un délai de trois mois à compter de la notification du refus. De ce qui précède, il ressort que les clauses des pactes relatives au capital social sont également étrangères aux préoccupations environnementales et sociales de la RSE.

<sup>27</sup> SCHILLER S., « Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires) », *op. cit.*, § 31.

<sup>28</sup> *Ibidem.*

<sup>29</sup> BADJI P.S.A., « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », in *revue de l'Ersuma* n°2 mars 2013, p. 209.

<sup>30</sup> BEZARD P., « Le droit des sociétés français face au défi de la mondialisation », *Revue des sociétés* 55, extrait de BADJI P.S.A., « L'évolution des règles du

Toute chose qui contribue à prouver le désintéret des pactes d'actionnaires pour la RSE. Mais eu égard aux nouveaux critères d'évaluation des entreprises, les pactes ne sauraient rester en marge des normes RSE. Pis, en se confinant dans leurs finalités originelles, les pactes d'actionnaires seraient en inadéquation avec les nouvelles orientations du droit OHADA.

## **B/ Un désintéret contraire aux nouvelles orientations du droit de l'OHADA**

Si la vocation originelle des pactes est de servir certains intérêts particuliers des associés, cette conception doit évoluer car elle est aux antipodes des récentes orientations du droit de l'OHADA. En effet, le droit de l'OHADA a le mérite de mettre fin à la « balkanisation<sup>29</sup> » de la réglementation des affaires au sein de ses Etats parties tout en créant un espace juridique et judiciaire inspirant confiance aux investisseurs tant nationaux qu'étrangers. Cependant, bien que novateur, le droit de l'OHADA instaure un système juridique qui n'évolue pas en autarcie. Encore en chantier et s'inscrivant dans le contexte de la mondialisation<sup>30</sup>, le droit de l'OHADA subit des influences extérieures<sup>31</sup> qui imposent à ce système juridique africain de nouvelles orientations. L'un des domaines de ce droit qui illustre bien cette dynamique demeure incontestablement le droit des sociétés commerciales. Ainsi, à la faveur de la réforme du 30 janvier 2014,

droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales », *Bulletin de droit économique (BDE)* 2017, p-p.1 à 13.

<sup>31</sup> GUYON Y., « L'évolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1966 » (1996), *Revue des sociétés* 501, extrait de BADJI P.S.A., « L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales », *op.cit.*

l'AUSCGIE a pris en compte dans son corpus juridique le principe de bonne gouvernance qui, en l'état actuel, méritent d'être renforcé (1). En outre, le droit de l'OHADA semble être désormais disposé à intégrer dans son arsenal juridique des considérations non économiques, c'est-à-dire des considérations éthiques, sociales et environnementales (2) ; et les pactes d'actionnaires peuvent contribuer à atteindre ces objectifs.

### **1- Le besoin de renforcement de la bonne gouvernance d'entreprise**

Selon un auteur, depuis l'avènement de la mondialisation et de l'influence réciproque des disciplines aucun droit n'évolue en vase clos<sup>32</sup>. Chaque droit subit l'influence d'autres droits. Le droit de l'OHADA des sociétés commerciales n'échappe pas à cette influence. En effet, inscrit dans le système de marché au risque d'être contesté voire dépassé<sup>33</sup> du fait de la mondialisation, l'AUSCGIE a fait peau neuve en 2014 en recevant notamment des idées nouvelles au nombre desquelles figure la *corporate governance*, c'est-à-dire le gouvernement d'entreprise<sup>34</sup> ou encore plus exactement la gouvernance d'entreprise<sup>35</sup>.

Notion polysémique<sup>36</sup>, la gouvernance d'entreprise fait l'objet d'au moins deux définitions qui contribuent à son intelligibilité : une large et une autre restrictive. Selon Monsieur Gérard CHARREAUX, la gouvernance d'entreprise, au sens large, désigne l'étude de la répartition des pouvoirs dans l'entreprise au-delà des seules relations entre les actionnaires et les dirigeants<sup>37</sup>. Ainsi, cette définition conduit à étudier l'ensemble des relations qu'entretient une entreprise avec ses différents *stakeholders*, c'est-à-dire l'ensemble des agents détenant une créance "légitime" sur l'entreprise, liée à l'existence d'un échange. Les *stakeholders* incluent ainsi les salariés, les clients, les fournisseurs, les créanciers financiers<sup>38</sup>. La définition restrictive de la gouvernance d'entreprise et qui emporte notre adhésion est proposée par le Professeur Yves GUYON. Selon cet auteur, la gouvernance d'entreprise peut être définie comme une doctrine tendant à « s'assurer que les sociétés sont gérées dans l'intérêt commun de tous les actionnaires et non dans celui particuliers des majoritaires ou des dirigeants<sup>39</sup>».

---

<sup>32</sup> BADJI P.S.A., « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé », in *revue de l'Ersuma* n°6 janvier 2016, <https://revue.ersuma.org/no-6-janvier-2016/doctrine/article/les-orientations-du-legislateur>, consulté le 22/09/2022

<sup>33</sup> BEZARD P., « Le droit des sociétés français face au défi de la mondialisation », *op. cit.*

<sup>34</sup> BISSARRA Ph., « Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise », *Revue des sociétés*, 1998, pp. 6 et s. ; CHARREAUX G., « Le gouvernement des entreprises, *corporate governance*, théorie et faits », *Economica*, 1997 ; extrait de BADJI P.S.A., « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *op. cit.*

<sup>35</sup> COURET(A.), « La structure juridique des entreprises (*corporate governance*) », in *Mondialisation et droit des sociétés*, n° spécial, Mondialisation et droit, RIDE, 2002/2-3, p. 343. ; GUYON Y., V° *Corporate governance*, Rep. soc., n°1. ; extrait de BADJI P.S.A., « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *op. cit.*

<sup>36</sup> BARON C., « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », *Droit et société*, 54/2003, p.339, extrait de BADJI P.S.A., « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *op. cit.*

<sup>37</sup> CHARREAUX G., « Le gouvernement des entreprises, *corporate governance*, théorie et faits », *op. cit.*

<sup>38</sup> *Ibidem.*

<sup>39</sup> GUYON Y., V° *Corporate governance*, *op.cit.*

Selon un auteur<sup>40</sup>, la gouvernance d'entreprise a été en réalité une réponse à de multiples abus relevés aux USA dans les années 80 : la faible information donnée par les dirigeants aux actionnaires, la multiplication des défenses anti-OPA, les stratégies d'enracinement, etc.<sup>41</sup>. Il s'agit donc moins au départ plus d'une idéologie que de solutions recherchées pour contrer des abus flagrants et pour répondre à des exigences de compétitivité<sup>42</sup> tout en redonnant confiance aux actionnaires, créanciers et employés lésés par lesdits scandales<sup>43</sup>. C'est à partir des années 1990 que s'est propagée, d'abord en Europe, puis dans tous les pays industrialisés, l'illustre notion de *corporate governance*<sup>44</sup>.

De ce qui précède, il est compréhensible que l'AUSCGIE ait pris en compte, peut-être un peu tardivement d'ailleurs, cette notion de gouvernance d'entreprise qui n'est rien d'autre qu'une manifestation en entreprise de l'exigence de bonne gouvernance promue par la banque mondiale dès les années 1990 où cette notion a eu pignon sur rue en devenant « le mot clé, le mot fétiche<sup>45</sup> ». Ainsi, la bonne gouvernance d'entreprise est inéluctablement un objectif que le droit OHADA des sociétés commerciales veut atteindre.

À en croire un auteur, la prise en compte du principe de bonne gouvernance par le système de l'OHADA est certaine mais insuffisante<sup>46</sup>. En effet, l'exigence de bonne gouvernance dans l'AUSCGIE transparait à travers par exemple les règles qui garantissent une gestion transparente de l'entreprise. Pour assurer la transparence dans la gestion, l'AUSGIE de 2014 a fixé des règles pour rendre plus aisé le contrôle de la gestion du dirigeant. C'est notamment le cas de l'expertise de gestion et de la présence du commissaire aux comptes. Au niveau de l'expertise de gestion, l'on note un abaissement du pourcentage requis pour solliciter l'expertise de gestion. En effet, l'expertise de gestion est prévue à l'article 159 de l'AUSCGIE modifié. Avant la révision de l'AUSCGIE, seuls les associés représentant les 1/5<sup>ème</sup> du capital social pouvaient demander la désignation d'un expert de gestion. Aujourd'hui, ce sont les associés représentant le 1/10<sup>ème</sup> du capital social qui ont ce privilège. Quant à la présence du commissaire aux comptes, elle a été généralisée à toutes les sociétés commerciales. Depuis l'AUSCGIE révisé, la désignation d'un commissaire aux comptes est envisageable de façon expresse dans des sociétés de personnes. Ainsi, aux termes de l'article 289-1 de l'AUSCGIE, les sociétés en

---

<sup>40</sup> BISSARRA Ph., « Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise », *op.cit.*

<sup>41</sup> COURET A., « La structure juridique des entreprises (*corporate governance*) », *op. cit.*

<sup>42</sup> BERGERAC M. et BERNARD A., « Fantaisie à deux voix. A propos de Dominique Schmidt, les conflits d'intérêt dans la société anonyme », *Le Dalloz*, 2000, pp. 315 et s., extrait de BADJI (P.S.A.), « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *op. cit.*

<sup>43</sup> BADJI P.S.A., « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *op. cit.*, p. 211.

<sup>44</sup> BERGERAC M. et BERNARD A., « Fantaisie à deux voix. A propos de Dominique Schmidt, les conflits d'intérêt dans la société anonyme », *op. cit.*

<sup>45</sup> CHEVALIER J., « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *revue française d'administration publique*, 2003/1-2, n°105-106, p.203-217, extrait de BADJI P.S.A., « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *op. cit.*

<sup>46</sup> BADJI P.S.A., « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *op. cit.*, p. 212 et s .

nom collectif qui remplissent, à la clôture de l'exercice social, deux des conditions suivantes sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes : Il s'agit du total du bilan supérieur deux cent cinquante millions, du chiffre d'affaires annuel supérieur à cinq cent millions et d'un effectif permanent supérieur à cinquante personnes. L'associé ou les associés représentant 1/10<sup>ème</sup> du capital social peuvent également désigner un commissaire aux comptes. Cette règle s'applique également aux sociétés en commandite simple conformément à l'article 293-1 de l'AUSCGIE.

Toutefois, cette prise en compte de la bonne gouvernance d'entreprise par le système de l'OHADA demeure insuffisante. Cela peut s'illustrer à travers au moins deux constats : d'une part, l'absence d'exigence de la création de comités spéciaux et d'administrateurs indépendants et d'autre part, la rupture d'égalité entre actionnaires au sein de la société anonyme. Les comités spécialisés issus du conseil d'administration des sociétés cotées sont une composition essentielle du gouvernement d'entreprise dans les « pays à bourse <sup>47</sup> ». Certes l'article 437 de l'AUSCGIE prévoit la création de comités composés d'administrateurs chargés d'étudier des questions déterminées. Mais il faut préciser qu'il ne s'agit que d'une possibilité et non une obligation. Or, les partisans de la *corporate governance* font remarquer que les conseils d'administration

seraient plus efficaces si leurs délibérations en séance plénière étaient préparées par des comités spécialisés. L'institution de comités n'étant pas une obligation pour le Conseil, cette situation peut rendre inefficace leur rôle dans les sociétés de l'espace OHADA<sup>48</sup>. Par ailleurs, l'insuffisante prise en compte de la bonne gouvernance d'entreprise transparait à travers une rupture d'égalité entre actionnaires. En effet, l'article 548 de l'AUSCGIE prévoit que les statuts peuvent exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires. Se basant sur cette disposition, des actionnaires peuvent empêcher les autres d'exercer leurs droits politiques même si cette clause peut être contournée par le groupement de plusieurs actionnaires pour atteindre le nombre minimum d'actions requis. La rupture d'égalité entre actionnaires en droit des sociétés commerciales de l'OHADA se manifeste également par l'absence d'une « féminisation du conseil d'administration<sup>49</sup> » ; c'est-à-dire de l'exigence à l'instar du droit français<sup>50</sup>, d'une représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration.

On le voit, la prise en compte de la bonne gouvernance d'entreprise demeure insuffisante dans le système juridique de l'OHADA. Elle a besoin d'être renforcée ; ce

---

<sup>47</sup> Par opposition aux pays à banque comme l'Allemagne (cf. Le Monde, 11 octobre 1994).

<sup>48</sup>BADJI P.S.A., « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *op. cit.*, p. 218.

<sup>49</sup>BADJI P.S.A., « L'attitude des législateurs nationaux et OHADA face à la RSE ; différence ou similitude d'approche ? », extrait de *La responsabilité*

*sociale des entreprises (RSE) regards comparés sénégalais et français*, *op.cit.*, p. 121.

<sup>50</sup> Cf. Pour le droit français, la loi n°2011-103 du 27 janvier 2011, relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle.

d'autant plus que l'instauration plus accrue d'une bonne gouvernance contribuera avec certitude à l'émergence d'entreprises socialement plus responsables. C'est ce que soutient un auteur en affirmant que « on ne peut parler de gouvernement d'entreprise sans responsabilité sociale de celle-ci<sup>51</sup> ».

Or, en changeant de paradigme, les associés signataires d'un pacte peuvent améliorer la gouvernance de leur entreprise. En effet, en se fiant à l'article 2-1 de l'AUSCGIE qui consacre une reconnaissance légale aux conventions extrastatutaires dont les pactes d'actionnaires, les signataires de ces conventions peuvent les utiliser pour organiser la conduite des affaires de la société. Ainsi, la conduite des affaires de la société qui renvoie à la manière de gouverner, peut être le fondement qui permettrait à un pacte d'être un vecteur de bonne gouvernance d'entreprise. Toutefois, faut-il préciser que cette solution est envisageable que si tous les associés sont signataires du pacte et que des clauses y soient insérées en vue d'assurer une bonne gouvernance de l'entreprise.

Les finalités originelles des pactes sont également en contradiction avec une autre orientation du droit OHADA qui consiste à intégrer dans son arsenal juridique des considérations éthiques, sociales et environnementales.

## **2- L'intégration des considérations éthiques, sociales et environnementales**

L'intégration des considérations éthiques, sociales et environnementales est intrinsèquement liée à la RSE. En effet, le développement d'une attention particulière vis-à-vis de ces considérations non-économiques est symptomatique de la dynamique d'un système juridique désirant adopter les normes RSE. C'est d'ailleurs en suivant cette logique que la commission européenne définit la RSE dans son livre vert comme « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et environnementales des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes. Être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir davantage dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes<sup>52</sup> ». Autrement dit, la RSE au niveau européen est perçue comme l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes (salariés, fournisseurs, sous-traitants etc.)<sup>53</sup>. Ainsi, la RSE vise un équilibre cohérent entre efficacité économique, équité sociale et préservation de l'environnement<sup>54</sup>.

Le droit français se montre plus sévère dans la prise en compte des considérations éthique, sociale et environnementale puisqu'il impose un devoir de vigilance aux entreprises d'une certaine taille<sup>55</sup>. Ce devoir de vigilance exige

---

<sup>51</sup> BADJI P.S.A., « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé », *op. cit.*

<sup>52</sup> Commission européenne, livre vert, 2001, p. 8.

<sup>53</sup> BOFFA R., « RSE et devoir de vigilance », extrait de *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés sénégalais et français*, *op.cit.*, p. 61.

<sup>54</sup> *Ibidem.*

<sup>55</sup> Cf. article L.225-102-4-I- du Code de commerce français issu de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017.

de ces entreprises, sous peine de sanctions, l'établissement d'un plan de vigilance portant des mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant de l'activité de ses filiales et des sous-traitants ou fournisseurs.

En droit de l'OHADA, il n'existe pas encore sur le plan communautaire un fondement légal qui impose de manière contraignante aux entreprises l'intégration dans leur fonctionnement des considérations éthiques, sociales et environnementales. Cependant, les réflexions menées autour de la RSE sur le continent africain démontre bien qu'il ne fait l'ombre d'aucun doute qu'une prise de conscience des enjeux éthiques, sociaux et environnementaux de l'activité des entreprises est réelle. Il ne peut en être autrement car la notion de RSE est à la mode<sup>56</sup>. L'on en veut pour preuve le colloque tenu à Dakar sur la responsabilité sociale des entreprises sous les auspices de regards comparés sénégalais et français<sup>57</sup>. Au cours de cette rencontre scientifique les entreprises ont été incitées dans leur politique d'implémentation de la RSE, à aller au-delà de la seule finalité spéculative et économique au profit de ses seuls membres pour intégrer,

dans leur prise de décision, des considérations de nature éthique, sociale et environnementale, pour le bénéfice de toutes les parties prenantes<sup>58</sup>. Pour une meilleure réception de la RSE en droit OHADA, il convient de cerner ce que pourrait impliquer pour ce système juridique l'intégration des considérations éthiques, sociales et environnementales.

Etymologiquement, la notion « éthique » découle du terme latin « *Ethica* » et renvoie à ce qui est relatif aux mœurs. Du point de vue juridique, l'éthique peut être perçue comme « un ensemble de principes et de valeurs guidant les comportements sociaux et professionnels, et inspirants des règles déontologiques ou juridiques<sup>59</sup> ». La prise en compte de l'éthique en droit des affaires est désormais un impératif pour les entreprises<sup>60</sup> car elle tend à protéger les intérêts de toutes les parties prenantes<sup>61</sup> tout en évitant la recherche effrénée et déshumanisante du profit. En outre, l'éthique des affaires<sup>62</sup> est un gage de développement durable pour les entreprises du 21<sup>ème</sup> siècle. En effet, « le développement durable, entendu dans l'ensemble de ses composantes, écologiques, sociales et éthiques, est désormais un élément

---

<sup>56</sup> SÈNE D., « La responsabilité sociale des entreprises comme outil de développement communautaire dans les pays en développement », *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés sénégalais et français*, op.cit., p. 38.

<sup>57</sup> GAMET L., NDIAYE I.Y., KANTE A. (Dir.), *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés sénégalais et français*, op. cit.

<sup>58</sup> NDIAYE Y.I., « introduction à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) », op. cit., p. 12.

<sup>59</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, 12<sup>ème</sup> éd., PUF, 2018, p. 918.

<sup>60</sup> KANTÉ P.N., « À propos de l'effectivité des codes éthiques : contribution à un changement de perspectives des sources créatrices du droit privé », *Revue de l'Ersuma* n°2-mars 2013, p-p.11 à 41.

<sup>61</sup> OUSMANE A., « La réception de la responsabilité sociale des entreprises en droit OHADA : un vecteur de protection des consommateurs », *Ohadata*-12-40, p. 8.

<sup>62</sup> LE TOURNEAU Ph., *Responsabilité sociale des entreprises et droit des affaires*, Economica, p. 253.

essentiel des choix de gestion et de la politique d'une entreprise<sup>63</sup> ».

Bien qu'ayant une finalité économique, le droit de l'OHADA ne peut occulter qu'elle comporte une dimension voire une vocation sociale et environnementale. Déjà dès son origine, l'un de ses pères fondateurs, le juge Keba M'BAYE l'avait relevé : « l'OHADA est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance<sup>64</sup> ». Ainsi de cette affirmation, s'il ne fait l'ombre d'aucun doute que l'OHADA a été mis en place pour attirer les investisseurs désireux de faire du profit, il est aussi juste de relever que cette organisation juridique a également pour finalité de favoriser la croissance de l'Afrique par l'atteinte du bien-être social de sa population et de la protection de son environnement . En réalité, cette seconde vocation l'OHADA à savoir la recherche du bien-être social et de la protection de l'environnement, bien souvent perdue de vue, s'inscrit parfaitement dans la théorie dominante des parties prenantes<sup>65</sup> qui soutient l'adoption universelle de la conception de la RSE. Selon cette théorie des parties prenantes<sup>66</sup>, l'entreprise doit considérer dans

sa prise de décisions une panoplie d'intérêts incluant de manière holistique toutes les parties prenantes qui peuvent être les actionnaires, les travailleurs, l'État, les communautés locales, les consommateurs, bref les citoyens. Nous sommes également d'avis que cette approche des parties prenantes est celle qui semble la plus nuancée et la plus prometteuse pour guider la mise en place de la RSE dans un espace comme celui de l'OHADA, en recherchant la convergence des intérêts de toutes les parties prenantes, au titre desquels figurent le bien-être social et la protection de l'environnement qui inéluctablement font partie aujourd'hui du domaine du droit des affaires<sup>67</sup>. Cela dit, il est évident que pour mériter la modernité et l'adaptabilité qu'il revendique<sup>68</sup>, le droit de l'OHADA ne peut se passer des considérations sociales et environnementales à l'instar des droits internes de certains de ces Etats parties<sup>69</sup>.

Dans ce contexte, en se limitant à la préservation des intérêts particuliers des associés alors qu'ils peuvent contribuer à la conduite des affaires de la société, les pactes s'inscrivent dans une démarche diamétralement opposée aux nouvelles

---

<sup>63</sup> NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? » D. 2010.2081.

<sup>64</sup> MBAYE K., préface, in ISSA-SAYEGH J. (dir.), *OHADA: traité et actes uniformes commentés et annotés*, Futuroscope (France), Juriscope, 2012, p. 9.

<sup>65</sup> NDIAYE Y.I., « introduction à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) », *op. cit.*, p. 15.

<sup>66</sup> FREEMAN R.E., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston, Pitman, 1984, extrait de DIAWARA K. et LAVALLE S., « la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : pour une ouverture aux considérations non économiques », *Revue internationale de droit économique*, 2014/4 t. XXVIII ; p. 445.

<sup>67</sup> AKPOUE B., « droit des affaires et développement durable en Afrique, Plaidoyer pour une prise en compte du risque environnemental dans le droit OHADA (à la lumière du droit français) », *Penant* n°873 octobre-décembre 2010, p-p.440 à 461 ; DORMONT S., « RSE et droit de l'environnement », *La responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés sénégalais et français*, *op. cit.* p. 123 et s.

<sup>68</sup> Cf. article 1<sup>er</sup> du Traité de l'OHADA.

<sup>69</sup> BADJI P.S.A., « L'attitude des législateurs nationaux et OHADA face à la RSE ; différence ou similitude d'approche ? », *op. cit.*, p. 118 ; MUBERANKIKO G., « La responsabilité sociétale des entreprises dans la gouvernance des sociétés en droit OHADA », *Lexbase Afrique-OHADA* Edition n°34 du 11/06/2020, Ohadata 21-09, p. 16.

orientations du droit de l'OHADA. Il est donc impérieux que ces conventions extrastatutaires puissent intégrer dans leurs différentes stipulations les normes RSE.

## **II. La nécessaire prise en compte de la RSE par les pactes**

Du fait de la mondialisation, les normes RSE font partie intégrante des systèmes juridiques qui se veulent attractifs. Or le droit de l'OHADA qui se veut moderne simple et adapté à la pratique des affaires, s'est assigné comme objectif d'attirer des investisseurs tant locaux qu'étrangers. Dès lors, pour épouser l'air du temps, ce système juridique ne peut continuer à faire fi des considérations éthiques, sociales et environnementales. Mieux, la prise en compte des normes RSE par le droit de l'OHADA peut constituer un réel atout pour favoriser la croissance de ces Etats parties. C'est à ce niveau que se situe tout l'intérêt des réflexions qui sont actuellement menées pour trouver le meilleur modèle de réception de la RSE en droit OHADA. L'intégration des normes RSE comporte donc de nombreux enjeux pour ce système juridique (A). Dans cette dynamique, il apparaît judicieux d'avoir recours aux clauses des pactes d'actionnaires qui peuvent constituer des canaux idoines de promotion des normes RSE (B).

### **A/ Une prise en compte motivée par les enjeux de la RSE pour l'OHADA**

Aujourd'hui et plus que jamais, l'intégration des normes RSE dans le corpus juridique de

l'OHADA s'avère être d'une impérieuse nécessité. S'étant affranchie des carcans de la sphère managériale, la RSE a innervé plusieurs domaines dont celui du Droit<sup>70</sup>. Ainsi, de par le monde, il est communément admis que la RSE pénètre le droit de manière originale en instaurant « un nouvel espace de normativité » dans lequel le droit contraignant (*hard law*) cohabite avec le droit mou (*soft law*) par une interpénétration qui crée des liens d'encadrement, de dépendance ou d'autonomie<sup>71</sup>. Le droit de l'OHADA qui se veut un droit moderne simple et adapté à la pratique des affaires ne peut ignorer la problématique mondiale de la RSE. C'est ce que relève un auteur lorsqu'il affirme que la rencontre entre la RSE et le Droit « pourrait sans aucun doute se raffermir dans l'espace OHADA où l'objectif principal visé est d'encourager le développement économique des pays membres à travers une sécurité juridique et judiciaire ; elle permettrait ainsi à l'OHADA d'élargir judicieusement son étendue à travers une dimension sociale de qualité, parce que sous couvert de la dynamique qui anime la RSE<sup>72</sup> ». Autrement dit, l'intégration de la RSE au corpus juridique de l'OHADA serait un réel atout pour cet espace juridique. Les plus hautes autorités de cette organisation juridique en ont pris conscience en faisant de l'intégration de la RSE au droit de l'OHADA un véritable défi à relever. En témoigne la volonté affichée du précédent Secrétaire permanent de l'OHADA de « combler une lacune de l'ensemble du Code vert<sup>73</sup> » liée à l'absence

<sup>70</sup> NDIAYE Y.I., « introduction à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) », *op. cit.*, p. 15 à 16 ; DIAWARA K. et LAVALLE S., « la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : pour une ouverture aux considérations non économiques », *op. cit.*, p. 441.

<sup>71</sup> *Ibidem.*

<sup>72</sup> NDIAYE Y.I., « introduction à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) », *op. cit.*

<sup>73</sup> CIAN, *Vers une intégration progressive de la RSE dans l'OHADA*, 6 mai 2021, Commission RSE-ODD du 06/05/2021 : "Vers une intégration progressive de

des normes RSE dans son dispositif. Cette dynamique d'intégration de la RSE au sein de l'OHADA est à encourager car elle pourrait non seulement rendre plus attractif cet espace juridique (1) mais également améliorer la compétitivité des entreprises qui y sont implantées (2). Les pactes pourraient aider à atteindre cet objectif.

### **1- La RSE, critère d'attractivité du droit OHADA**

Depuis sa mise en place, l'OHADA a pour finalité de rendre plus attractif l'espace juridique et judiciaire de ses Etats parties. En effet, sa vocation première est de garantir tant aux investisseurs locaux qu'étrangers une sécurité juridique et judiciaire. Les diverses réformes de son arsenal juridique, au sein duquel figure en bonne place le droit des sociétés commerciales, ne se sont pas éloignées de cette quête d'attractivité en vue d'attirer les investisseurs<sup>74</sup>. En réalité, l'attractivité juridique que recherche l'OHADA s'inscrit dans un contexte mondial. En effet, l'« attractivité est dans l'air du temps et ne concerne pas uniquement la matière commerciale. En effet, avec la mondialisation, l'attractivité de chaque pays est devenue un enjeu économique et les instruments de comparaison internationale fleurissent<sup>75</sup> ». Ainsi, l'attractivité juridique est une exigence à laquelle doit satisfaire tout système juridique qui se veut moderne tel que celui de l'OHADA.

Ce faisant, l'intégration de la RSE au sein du dispositif OHADA pourrait contribuer énormément à rendre ce système juridique plus attractif. Selon des auteurs, cette convergence de la RSE et de l'OHADA gagnerait à être réalisée d'un triple point de vue : « D'abord, l'intégration de la RSE dans le droit de l'OHADA lui permettrait enfin de s'ouvrir vers une perspective téléologique et sociale, indispensable à l'aube de ce siècle. Ensuite, la période semble appropriée car elle coïncide avec la période de pause réflexive de plusieurs chantiers de l'OHADA. Enfin, le contexte international au sein duquel évolue le droit l'OHADA, et dont il éviterait d'être exclu, rend cette ouverture nécessaire<sup>76</sup> ».

Suivant le premier argument soulevé par ces auteurs, « le développement de normes juridiques portant sur l'intégration des préoccupations sociales et environnementales dans les activités économiques est essentiel pour que le droit OHADA permette de renforcer un courant de confiance en faveur des économies de ses pays membres<sup>77</sup> ». Autrement dit, la prise en compte des préoccupations sociales et environnementales au sein du droit de l'OHADA pourrait améliorer la confiance des investisseurs en faveur des économies des Etats parties de cette organisation. En effet, le développement de l'investissement socialement responsable (ISR), qui préfère à des critères financiers classiques des critères sociaux, environnementaux, éthiques et de gouvernance d'entreprise, est une

---

la RSE dans l'OHADA ?" - YouTube consulté le 22/09/2022.

<sup>74</sup> BADJI P.S.A., « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé », *op. cit.*

<sup>75</sup> BADJI P.S.A., « Réflexions sur l'attractivité du droit OHADA », *op.cit.*, p. 50.

<sup>76</sup> DIAWARA K. et LAVALLE S., « la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : pour une ouverture aux considérations non économiques », *op. cit.* p. 444.

<sup>77</sup> *Ibidem.*

manifestation de la tendance internationale consistant à favoriser l'insertion de considérations sociales et environnementales dans les décisions managériales des entreprises et l'adoption de nouvelles politiques qui prennent en compte des considérations autres que strictement financières<sup>78</sup>. Ainsi, l'incorporation de la RSE au droit de l'OHADA serait un moyen d'attirer des investissements socialement plus responsables au sein des économies des Etats parties. En réalité, l'investissement socialement plus responsable est apparu aux Etats-Unis et s'est développé en Europe depuis quelques années. Il traduit une démarche d'investissement qui repose sur des critères négatifs<sup>79</sup> (pas d'entreprises polluantes ou faisant travailler les enfants) ou positifs (seulement les entreprises qui manifestent leur prise en compte de l'environnement ou des droits fondamentaux<sup>80</sup> sont dignes d'intérêts). Il s'agit pour les investisseurs qui pratiquent ce genre d'investissement d'évaluer et de sélectionner de leurs portefeuilles les entreprises les plus vertueuses de leur secteur

selon des critères environnementaux sociaux et de gouvernance<sup>81</sup>. Cette tendance est aujourd'hui celle des investisseurs qui imposent de nouvelles exigences de RSE<sup>82</sup>. En effet, depuis la fin du 20<sup>ème</sup> siècle, sont apparus des agences de notation extra-financières financées par les investisseurs et visant à « évaluer les politiques environnementales, sociales et de gouvernance<sup>83</sup> » des entreprises.

En deuxième lieu, les auteurs précités estiment que le moment est idéal pour que l'OHADA prenne en compte la RSE. Ils considèrent que ce moment qui coïncide avec une phase de stagnation<sup>84</sup> ou de réflexion<sup>85</sup> de fond sur les projets et les chantiers<sup>86</sup> de l'OHADA, peut être opportun pour l'ouverture du droit de cet espace juridique et judiciaire vers une dimension sociale, importante, mais jusque-là quelque peu négligée. Cette opinion mérite approbation lorsqu'on sait que les enjeux mondiaux actuels sont essentiellement orientés vers des perspectives environnementales et climatiques<sup>87</sup>. Dans cet élan, le Conseil des ministres de l'OHADA a décidé, lors de sa

---

<sup>78</sup> NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>79</sup> MUBERANKIKO G., « La responsabilité sociétale des entreprises dans la gouvernance des sociétés en droit OHADA », *op. cit.*, p. 8.

<sup>80</sup> BADJI P.S.A., « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé », *op. cit.*

<sup>81</sup> DRAI E., Responsabilité sociétale des entreprises : un mouvement créateur de valeur, LPA 14 mars 2008. 4, extrait de NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>82</sup> Soc 18 mars 2009, JCP S 2010. 1007, note Chiss R. et Manigod V., extrait de NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>83</sup> GERMAIN M. et PÉRIN P.-L., *Bull. Joly Sociétés* 2010. 228, note 17, extrait de de NURIT-PONTIER (L.), « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>84</sup> POUGOUÉ P.-G., KALIEU ELONGO Y.R., *Introduction critique à l'Organisation pour l'harmonisation.*

*en Afrique du Droit des affaires*, Presses universitaires d'Afrique, 2008, spéc. n° 53 et s.

<sup>85</sup> TOÉ J.Y., « La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA », *Revue de Droit uniforme* 2008, n° 1 et 2, pp. 23 et s., spéc. pp. 32 et s.

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> TRAORE D.A., « Du code vert aux normes vertes : quel modèle d'intégration de la RSE en droit OHADA pour un taux d'investissement toujours en croissance ? », *Revue Horizons du droit* n°32, janvier 2022, pp.47-68 Ohadata-22-06, p. 4.

réunion du 24 et 25 mars 2021, de réaliser sous la houlette du Secrétaire permanent une étude exploratoire sur la RSE en vue de son intégration dans le droit de l'OHADA<sup>88</sup>. Ainsi, la RSE est désormais un chantier qui assurément contribuera à rendre le droit OHADA plus attractif.

Le troisième argument présenté par ces auteurs révèle que l'examen du contexte international montre que le concept de la RSE est invoqué, depuis le début des années 2000, comme étant un concept pouvant contribuer au développement économique et social<sup>89</sup>. Le développement durable est fondé sur le principe d'intégration et donc sur la nécessité, pour les organisations internationales, les organisations régionales comme l'OHADA, les États et les entreprises, d'intégrer les préoccupations sociales et environnementales lorsqu'ils prennent des décisions économiques<sup>90</sup>. Ce principe d'intégration signifie que l'économie, l'environnement et le développement social doivent se renforcer mutuellement. Il s'agit d'ailleurs de l'objectif que l'on retrouve dans le préambule de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), lequel mentionne que l'un des buts poursuivis par les accords de l'OMC est le développement durable. Le renforcement mutuel entre développement et environnement fournit une motivation supplémentaire en faveur de l'intégration de la RSE au sein de l'espace OHADA. En clair, l'intégration de la RSE au droit de l'OHADA pourrait contribuer au développement durable

au sein de cet espace juridique et judiciaire. La croissance étant l'un des objectifs de l'OHADA, il est certain que sa prise en compte de la RSE pourrait rendre son système juridique plus attractif puisqu'il pourrait contribuer au développement durable de ses Etats parties.

De ce qui précède, il ressort que l'intégration de la RSE à l'OHADA serait bénéfique pour cet espace juridique et judiciaire car elle le rendrait plus attractif. De la sorte, une plus grande marge de l'investissement plus responsable pourrait être captée et le développement durable des Etats parties serait envisageable. Aussi, le couplage RSE-OHADA pourrait booster la compétitivité des entreprises.

## **2- La RSE, facteur de compétitivité des entreprises**

« Quelle entreprise peut prétendre opérer ses choix de gestion hors tous critères sociaux, éthiques ou environnementaux ?<sup>91</sup> ». Il en existe aucune car « une démarche socialement et éthiquement responsable est aujourd'hui un élément fort de compétitivité des entreprises<sup>92</sup> ».

Autrement dit, la prise en compte de la RSE dans la gouvernance des entreprises est un gage de compétitivité des entreprises. Désormais, les préoccupations environnementales et sociales doivent faire partie intégrante de la stratégie des entreprises tant pour prendre en compte leur environnement que l'intérêt des investisseurs

---

<sup>88</sup> Rapport du Conseil des Ministres des 24 et 25 mars 2021 à Bamako au Mali.

<sup>89</sup> DIAWARA K. et LAVALLE S., « la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : pour une ouverture aux considérations non économiques », *op. cit.*, p. 446.

<sup>90</sup> *Ibidem*

<sup>91</sup> NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>92</sup> *Ibidem*

pour ces questions. De plus en plus, les entreprises tiennent compte des considérations éthiques, sociales et environnementales car elles sont sources de crédibilité et de fiabilité. En effet, l'attention à la RSE augmente le capital-réputation de l'entreprise<sup>93</sup>. Ainsi, les entreprises dotées d'une forte éthique et d'une bonne gouvernance développent la confiance de leurs investisseurs. En outre, une bonne éthique et conformité peuvent également éviter aux entreprises de lourdes sanctions<sup>94</sup>. Ce sont autant de raisons pour lesquelles les entreprises installées dans les Etats parties de l'OHADA sont de plus en plus incitées à adopter les normes RSE<sup>95</sup>.

Par ailleurs, l'adoption des normes RSE peut améliorer la compétitivité des entreprises de l'espace OHADA par le truchement de partenariat noué avec d'autres entreprises. En effet, comme le souligne un auteur, les normes RSE peuvent être exigées par les entreprises situées dans les pays développés et qui souhaitent collaborer avec d'autres entreprises se trouvant dans des pays en voie de développement<sup>96</sup>. Elles peuvent imposer cette exigence pour se mettre à l'abri du risque d'être associé à des manquements aux droits humains, aux droits sociaux et de

l'environnement. C'est le cas par exemple des entreprises néerlandaises qui souhaitent bénéficier d'aides publiques pour leurs activités commerciales à l'étranger. Elles reçoivent une copie des Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme avec une obligation de déclarer qu'elles ont connaissance des principes et qu'elles feront de leur mieux pour s'y conformer<sup>97</sup>. Il en est ainsi car la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) propose que les Etats se réfèrent dans les Accords internationaux d'investissement à des normes internationales généralement reconnues tels que les Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, et favorisent la diffusion des normes RSE qui prennent une importance accrue dans les politiques d'investissements<sup>98</sup>. Ces engagements traduisent les objectifs des normes RSE puisqu'elles amènent à s'interroger sur la responsabilité, pour une société, de surveiller la conduite des activités menées par ses partenaires commerciaux<sup>99</sup>. Il s'agirait donc d'un devoir de contrôle qui découle de l'influence exercée par une société sur ses partenaires<sup>100</sup>.

---

<sup>93</sup> SERRET V. et BERTELOT S., « Activisme actionnarial et responsabilité sociale des entreprises au Canada : analyse des résolutions soumises par les actionnaires entre 2000 et 2011 », *Comptabilité sans frontières*, Canada, Mai 2013, p. 4.

<sup>94</sup> DUBUCQ C., « la compliance en Afrique », extrait de MUBERANKIKO (G.), « La responsabilité sociétale des entreprises dans la gouvernance des sociétés en droit OHADA », *op. cit.*

<sup>95</sup> MUBERANKIKO G., « La responsabilité sociétale des entreprises dans la gouvernance des sociétés en droit OHADA », *op. cit.*, p. 9.

<sup>96</sup> MUBERANKIKO G., « La responsabilité sociétale des entreprises dans la gouvernance des sociétés en droit OHADA », *op. cit.*, p. 10.

<sup>97</sup> OCDE, *La responsabilité des entreprises dans le monde en voie de développement*, Rapport annuel sur les Principes Directeurs à l'attention des multinationales, 2005, p. 19.

<sup>98</sup> CNUCED, *Vers une nouvelle génération de politiques de l'investissement*, Rapport sur l'investissement dans le monde, 2012, p. 42.

<sup>99</sup> MUBERANKIKO G., « La responsabilité sociétale des entreprises dans la gouvernance des sociétés en droit OHADA », *op. cit.*, p. 11.

<sup>100</sup> CAILLET M.-C., *le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : études à partir des entreprises transnationales*, Thèse, Université de Bordeaux, 2014, p. 226.

De même en France, une loi portant engagement national sur l'environnement retient la responsabilité des sociétés mères lorsque la société qui leur est liée se montre incapable de faire face à ses obligations de prévention, de remise en état ou de réparation des dommages qu'elle a causés à l'environnement. Dans ces conditions, les sociétés mères auront tout intérêt à avoir comme partenaires ou filiales, des sociétés qui respectent les normes RSE. Il en est ainsi car les attentes des parties prenantes à savoir les consommateurs, les associations, syndicats ou associés, étant de plus en plus fortes sur ces considérations sociales et environnementales, l'entreprise risque de voir sa réputation ternie et donc de perdre une partie de sa valeur immatérielle.

Dès lors, pour être compétitives et donc éligibles à ce type de partenariats privilégiés, les entreprises de l'espace OHADA se doivent d'adopter les normes RSE. Afin d'y contribuer, le droit de l'OHADA doit renforcer son attractivité en adoptant une législation vigoureuse sur les questions sociales et environnementales en matière de gouvernance des entreprises<sup>101</sup>. C'est d'ailleurs ce choix que semble avoir retenu les instances dirigeantes de l'OHADA qui murissent le projet d'adopter un Acte uniforme relatif aux normes RSE<sup>102</sup>. Cependant eu égard aux difficultés

liées à l'avènement de ce texte, une option pourrait consister à insérer au sein des pactes d'actionnaires des clauses ayant vocation à faciliter l'adoption des normes RSE par les sociétés. En l'état actuel de leur reconnaissance légale, ces instruments dont l'utilité est indéniable, pourraient servir de cadre de promotion des normes RSE dans l'espace OHADA.

### **B/ Une prise en compte au moyen des clauses pactées**

Une préoccupation majeure demeure à propos du modèle de réception de la RSE en droit de l'OHADA : Par quel canal faut-il intégrer la RSE en droit de l'OHADA pour favoriser un meilleur taux d'investissement au sein des Etats parties ? La réponse à cette préoccupation suscite un débat qui a pignon sur rue. Tandis que certains privilégient la voie d'une intégration volontaire à l'initiative des acteurs privés ou des autorités publiques<sup>103</sup>, d'autres sont plutôt favorables à une intégration plus formelle au moyen de l'adoption d'un dispositif légal<sup>104</sup>. C'est d'ailleurs cette dernière voie qui semble emporter l'adhésion des autorités de l'OHADA<sup>105</sup> et d'une frange de la doctrine qui perçoit déjà une prise en compte implicite de la RSE dans certains Actes uniformes<sup>106</sup>. Même s'il est indéniable que l'OHADA est résolument engagé vers la consécration d'un droit dur dédié à la RSE dans son espace

---

<sup>101</sup> MUBERANKIKO G., « La responsabilité sociétale des entreprises dans la gouvernance des sociétés en droit OHADA », *op. cit.*, p. 10.

<sup>102</sup> TRAORE D.A., « Du code vert aux normes vertes : quel modèle d'intégration de la RSE en droit OHADA pour un taux d'investissement toujours en croissance ? », *op. cit.*, p. 7.

<sup>103</sup> MUBERANKIKO G., « La responsabilité sociétale des entreprises dans la gouvernance des sociétés en droit OHADA », *op. cit.*, p. 15.

<sup>104</sup> TRAORE D.A., « Du code vert aux normes vertes : quel modèle d'intégration de la RSE en droit OHADA pour un taux d'investissement toujours en croissance ? », *op. cit.*, p. 9.

<sup>105</sup> DOGUE K.O.C., *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, Thèse, Université de Montréal, 2013.

<sup>106</sup> MUBERANKIKO G., « La responsabilité sociétale des entreprises dans la gouvernance des sociétés en droit OHADA », *op. cit.*, p. 15.

juridique et judiciaire, il ne faut pas occulter le caractère contraignant de cette législation qui peut constituer un frein à l'investissement<sup>107</sup> sans préjudice des lenteurs liées à la complexité de la procédure d'adoption des Actes uniformes<sup>108</sup>. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains auteurs préfèrent privilégier l'élaboration d'une grande Charte relative à la RSE en droit de l'OHADA ; cette mesure présenterait la vertu d'inciter les entreprises au respect des normes RSE tout en stimulant la croissance<sup>109</sup>. Toutefois, cette dynamique incitative peut déjà être réalisée au moyen de clauses insérées dans des pactes d'actionnaires. En effet, d'origine contractuelle, les clauses pactées revêtent une valeur juridique certaine<sup>110</sup> en vertu de la force obligatoire du contrat<sup>111</sup>. De ce fait, les sociétés dont les associés ont signé un pacte peuvent prendre en compte les préoccupations éthiques, sociales et environnementales de la RSE au moyen de stipulations contractuelles contenues dans ces conventions extrastatutaires<sup>112</sup>. Ainsi, au moyen de conventions de vote (1) autant que de clauses comportant des engagements environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) (2), les signataires de

pacte d'actionnaires peuvent inciter leurs entreprises au respect des normes RSE.

### 1- L'apport des conventions de vote

Le droit de vote permet de participer aux prises de décisions concernant la société à la fin des débats des assemblées générales. De ce fait, ce droit de vote est une prérogative qui est reconnue à tous les associés. Cependant, les associés peuvent aménager cette prérogative au moyen d'une convention de vote insérée dans un pacte.

En droit de l'OHADA, il faut préciser que les conventions de vote n'ont pas fait l'objet d'une définition. Pis, l'AUSCGIE n'y a consacré aucune disposition. Mais, selon une certaine doctrine, les conventions de vote devraient être perçues comme des accords dans lesquels les associés s'engagent dans un temps précis à voter dans un sens déterminé<sup>113</sup>. Perçues souvent comme des aménagements du droit de vote des associés, les conventions de vote ont la particularité d'être très « hétéroclites<sup>114</sup> ». Il est des fois où elles prennent la forme de promesse de portefeuille. Dans ce cas, la convention de vote se résume à un engagement pris par certains associés envers les autres sur la réalisation d'un objectif bien déterminé. De même, la

<sup>107</sup>TRAORE D.A., « Du code vert aux normes vertes : quel modèle d'intégration de la RSE en droit OHADA pour un taux d'investissement toujours en croissance ? », *op cit*, p. 9 ; DIAWARA K. et LAVALLE S., « la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : pour une ouverture aux considérations non économiques », *op. cit.*, p. 448.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> DIAWARA K. et LAVALLE S., « la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : pour une ouverture aux considérations non économiques », *op. cit.*, p. 448-449.

<sup>110</sup> BADJI P.S.A., « L'attitude des législateurs nationaux et OHADA face à la RSE ; différence ou similitude d'approche ? », *op cit*, p. 119.

<sup>111</sup> Cf. article 1134 du code civil napoléonien de 1804

<sup>112</sup> BADJI P.S.A., « L'attitude des législateurs nationaux et OHADA face à la RSE ; différence ou similitude d'approche ? », *op cit* ; MUBERANKIKO G., « La responsabilité sociétale des entreprises dans la gouvernance des sociétés en droit OHADA », *op. cit.*

<sup>113</sup> BADJI P. S. A., *Réforme du droit des sociétés commerciales OHADA*, *op.cit.*, p. 39.

<sup>114</sup> VIANDIER A., « Observations sur les conventions de vote », *JCP*, éd. E., 1986, II, n°15405, p.180 extrait de SCHILLER S., « Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires) », *op. cit.*, § 104.

convention de vote peut également s'identifier en une clause de stage. Cette clause subordonne l'exercice du droit de vote dans les assemblées à une ancienneté plus ou moins longue dans la société.

Ainsi, la convention de vote insérée dans un pacte peut être envisagée notamment par les associés individuellement minoritaires désireux d'une meilleure prise en compte des considérations environnementales, sociales et de gouvernance (ESG) par la société<sup>115</sup>. L'objectif, sera de peser, grâce à un vote commun organisé, sur l'ensemble des décisions de la société relatives à des questions mettant en cause des considérations éthiques, sociales et environnementales<sup>116</sup>. Il s'agira pour les associés sensibles à de telles considérations d'accepter de restreindre leur liberté de vote afin d'assurer la pénétration au sein de la société de règles éthiques et de décisions d'investissement, d'organisation et de gestion respectueuses de principes de développement durable ou à tout le moins d'empêcher que des décisions contraires à de tels principes ne soient adoptées.

Précisons qu'il n'existe pas de régime juridique spécifique aux conventions de vote en droit OHADA. Dès lors, il convient d'exposer les conditions de validité de ces conventions de vote à l'aune du droit français avant de pouvoir se prononcer sur la validité de ces conventions en droit OHADA. Ainsi, l'observation de l'œuvre prétorienne

française qui a annulé certaines conventions de vote tout en reconnaissant la validité d'autres conventions, a permis de dégager un faisceau de conditions à satisfaire pour que les conventions de vote puissent être considérées comme régulièrement établies. Ainsi, à la lumière de la jurisprudence française, les conventions de vote ne sont valables que si elles ne portent que sur l'exercice du droit de vote, qu'elles soient limitées dans le temps, qu'elles ne portent pas atteinte à l'intérêt social<sup>117</sup> et ne soient pas contraires à l'ordre public ou encore qu'elles ne soient pas un moyen de fraude<sup>118</sup>. En l'absence d'un régime juridique propre aux conventions de vote en droit de l'OHADA, l'observation de ces critères de validité des conventions de vote dégagés par la jurisprudence française pourrait inspirer le droit de l'OHADA quant à la détermination des conditions de validité de ces conventions<sup>119</sup>.

S'interrogeant sur le respect de ces conditions de validité des conventions de vote, un auteur a mis l'accent sur la portée de l'atteinte au droit de vote et sur leur potentielle contrariété à l'intérêt social. S'agissant de la portée de l'atteinte au droit de vote que réalise le pacte en soumettant le vote des signataires à des considérations éthiques, sociales et environnementales, cet auteur se demande si l'on peut considérer que la convention de vote est effectivement limitée dans son objet

---

<sup>115</sup> NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>116</sup> *Ibidem.*

<sup>117</sup> JEANTIN M., « Les conventions de vote », RJC 1990. 124, extrait de NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>118</sup> DONDERO B., *Journ. Sociétés*, n° 53/2008. 46, extrait de NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>119</sup> FÉNÉON A., *Droit des sociétés OHADA*, *op. cit.*, p. 654, § 1686 ; A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Mélanges J. GHESTIN*; LGDJ 2001, p. 253, extrait de HOUNKPE J.-C., « Pactes d'actionnaires et prévention des conflits dans la société anonyme de l'espace OHADA », *op. cit.*

lorsqu'elle prévoit que l'actionnaire signataire doit s'abstenir de voter toute décision susceptible de comporter des conséquences défavorables sur le plan éthique, environnemental ou social ou à l'inverse de ne voter que les décisions porteuses dans ces domaines d'avancées manifestes. Autrement dit, le champ concerné par la convention de vote n'est-il pas par son ampleur même un obstacle à sa validité ?

Pour répondre à cette interrogation, l'auteur admet que bien que les associés signataires du pacte pourraient conserver leurs capacités d'analyse et de jugement ainsi que leurs libertés de vote, la généralité des conventions de vote pourrait fragiliser de tels accords. C'est la raison pour laquelle, il suggère que plutôt qu'un pacte prévoit des consignes de vote dont la généralité pourrait amoindrir sa validité, il est préférable que cette convention de vote pactée indique des modalités de concertation obligatoire des associés signataires afin d'appréhender en commun les conséquences éthiques, sociales et environnementales des résolutions proposées au vote de l'assemblée générale<sup>120</sup>. De telles conventions d'orientation, dès lors qu'elles prévoient l'unanimité des signataires, sont en effet jugées licites puisque ces derniers sont bien en mesure de faire entendre leur voix<sup>121</sup>. Une telle approche mérite approbation puisqu'elle répond à l'exigence de précision dans le processus de formation des pactes.

---

<sup>120</sup> NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>121</sup> FREYRIA C., Etude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté de vote dans les sociétés, RTD com. 1951. 429, extrait de NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>122</sup> PIRANOVA A., « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? »

Quant à l'éventuelle contrariété de la convention de vote pactée avec l'intérêt social, elle dépendrait de la conception de l'intérêt social qui serait retenue puisqu'il s'agit d'une notion polysémique<sup>122</sup>. Si l'on s'en tient à une approche plus immédiate et plus resserrée de l'intérêt social comme l'intérêt de la société, et notamment aux conséquences financières directes d'une convention de vote pactée, il est certain qu'une telle clause serait jugée contraire à l'intérêt social. Par contre, l'hypothèse est peu probable si l'on envisage l'intérêt social dans une perspective globale, c'est-à-dire rapportée à son environnement, et à long terme. En réalité, cette approche de l'intérêt social qui la fait correspondre à l'intérêt de l'entreprise<sup>123</sup> serait la plus idoine pour la validité des conventions de vote pactée. Espérons que dans l'éventualité d'un contentieux, le juge retienne cette conception.

Par ailleurs, au moyen des conventions de vote, les associés sensibles aux considérations éthiques, sociales et environnementales, pourraient organiser au sein d'un pacte une démarche commune visant au dépôt régulier à l'assemblée générale de résolutions tendant à engager ou conforter la société dans une politique éthiquement et socialement responsable. En effet, dans la perspective de contribuer au respect de la RSE, les associés pourraient se mettre d'accord au sein d'un pacte pour

Dalloz, 1997, 24e cahier, Chron., p. 189-196 ; COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY FL., *Droit des sociétés*, 31<sup>ème</sup> édition. Lexis Nexis, 2018 p. 234, n° 407. Pour ces derniers, « *l'intérêt social, c'est la boussole qui indique la conduite à suivre et qui permet de détecter les déviations et notamment l'abus du droit de vote* ».

<sup>123</sup> MEUKE B.Y., « De l'intérêt social dans l'AUSGIE de l'OHADA », Ohadata D-06-24, p-p. 1-14.

déposer à chaque assemblée générale une résolution visant à provoquer la réflexion de l'assemblée sur le comportement de la société en matière de RSE et les évolutions potentielles de celui-ci. Il s'agirait d'un moyen qui pourrait contribuer à favoriser la prise d'engagements RSE dans les pactes.

Toutefois, qu'advierait-il si un associé, malgré l'engagement pris, par exemple, de ne pas voter les délibérations sociales susceptibles de porter atteinte à l'environnement, votait néanmoins une telle délibération ? Pour un auteur, en pareille occurrence, deux difficultés surgissent : la preuve d'une telle violation et la sanction applicable.

S'agissant de la preuve, elle ne constitue pas une difficulté majeure puisqu'en matière commerciale la preuve peut être rapportée par tous les moyens. Ainsi, l'un des moyens de preuve pourrait être par exemple la preuve d'un vote unanime en faveur de la délibération visée<sup>124</sup>.

Quant à la sanction, une solution pourrait consister à prévoir dans le pacte lui-même les sanctions applicables en cas de non-respect, notamment par l'insertion d'une clause pénale. À défaut, la seule sanction réside alors dans l'attribution, par application de l'article 1142 du code civil napoléonien, de dommages-intérêts aux signataires du pacte démontrant avoir subi un préjudice en raison de l'inexécution de cet accord. La jurisprudence de l'OHADA<sup>125</sup>, emboitant ainsi le pas à un arrêt de la Cour de cassation

en date du 6 octobre 2006<sup>126</sup>, admet que tout manquement contractuel qui cause à un tiers un dommage oblige son auteur à le réparer. Autrement dit, l'engagement au sein d'un pacte d'actionnaires de s'opposer à toute décision de gestion non conforme à des engagements RSE comporte pour les signataires la grande probabilité de voir leur responsabilité engagée en cas de violation du pacte, c'est-à-dire en cas de non-respect de cet engagement, s'il est démontré que celle-ci crée un préjudice à un tiers. En clair, une délibération prise par un associé au mépris de l'engagement de dépôt de résolutions impliquant une démarche RSE, serait valable. L'associé indélicat ne verrait que sa responsabilité contractuelle engagée à condition de démontrer un lien causal entre l'inexécution du pacte, c'est-à-dire la défaillance de l'associé, et le préjudice subi par le tiers.

Cette faiblesse de la sanction a poussé un auteur à considérer que les conventions de vote ne seraient pas des outils efficaces en vue de faire adopter des engagements ESG à la société<sup>127</sup>.

Une telle opinion ne mérite pas approbation car s'il est vrai que l'exécution contenue dans les pactes constitue une véritable faiblesse congénitale de ces conventions extrastatutaires, il est toujours possible de prévoir des mesures visant à renforcer leur efficacité. Nous en voulons pour preuve la possibilité de prévoir soit une sanction d'ordre pécuniaire telle que l'astreinte

---

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> Cour D'Appel de Ouagadougou, Chambre commerciale, Arrêt n° 037/09 du 19 juin 2009, Affaire Société ATLANTIQUE TELECOM et Société

ETISALAT c/ Société PLANOR AFRIQUE et Société TELECEL, Ohadata j-10-214.

<sup>126</sup> Ass. Plén., 6 octobre 2006, Bull. civ. 2006, n°9, p.23

<sup>127</sup> NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

conventionnelle<sup>128</sup> soit une sanction d'ordre extra-pécuniaire telle qu'une clause d'exclusion<sup>129</sup> de l'associé indélicat. Ainsi, les conventions de vote pactées assorties de clauses renforçant leur efficacité, peuvent contribuer utilement à la prise en compte de la RSE. Il est de même des clauses contenant des engagements ESG.

## 2- L'opportunité des clauses d'engagements ESG

Les clauses d'engagements ESG sont des accords pouvant figurer dans les pactes d'actionnaires et ayant vocation à influencer la gouvernance de la société ou de l'entreprise par des considérations sociales et environnementales. La jurisprudence française en a fourni une illustration à travers un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation qui laisse entendre que « dès lors qu'un pacte d'actionnaires prévoit que le licenciement de certains de ses salariés doit être autorisé par le conseil de surveillance à une majorité déterminée de ses membres, les salariés concernés sont en droit de se prévaloir de cette clause, dont le non-respect rend leur licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>130</sup> ». Selon cette décision, un salarié pourrait ainsi se prévaloir à l'égard de son

employeur, la société, d'un pacte d'actionnaires auquel cette dernière est pourtant restée tierce.

Selon un auteur, la possibilité pour un pacte d'actionnaires de comporter des engagements RSE serait « à la fois absurde et dangereuse<sup>131</sup> » puisque la société serait tierce à de tels engagements. En effet, comment admettre que des associés puissent par un accord entre eux créer à la charge de la société des obligations auxquelles cette dernière n'aurait pas souscrit, voire dont elle n'aurait même pas eu connaissance<sup>132</sup> ? Toujours pour cet auteur, nonobstant le fait que la Cour de cassation française retienne que les tiers puissent opposer aux dirigeants les règles statutaires auxquelles ceux-ci sont soumis<sup>133</sup>, il n'est pas possible de retenir la même solution pour les pactes d'actionnaires qui, en raison de leur confidentialité, ne jouissent pas de la même publicité que les statuts<sup>134</sup>. À supposer même que le pacte ait fait l'objet d'une publicité, il ne saurait, alors qu'il n'est le fait que de certains associés, produire les effets de statuts signés par tous les associés et destinés à régir leurs relations.

Quoique louables, ces arguments ne sont pas incontestables. D'une part, les clauses

---

<sup>128</sup> L'astreinte conventionnelle permet aux parties Les parties de prévoir qu'en cas d'inexécution, le débiteur sera tenu de verser telle somme par telle unité de retard non pour réparer le dommage causé à la victime mais pour briser sa résistance. Cf. MOUSSERON J.-M., *Technique contractuelle*, éditions Francis LEFEBVRE, janvier 1988, p. 408.

<sup>129</sup> La clause d'exclusion est une clause qui permet d'exclure de la société un associé qui ne respecte pas ses engagements. Cf. KONATE M., DIALLO B., MEUKE B., « Gestion de crise en OHADA : anticipation conventionnelle et statutaire- gestion négociée et règlement des conflits internes », *op. cit.*, consulté le 27/07/2016.

<sup>130</sup> Soc 18 mars 2009, n° 07-45.212, *Bull. Joly Sociétés* 2009. 786, note Constantin A. ; JCP S 2010. 1007, note

Chiss R. et Manigod V.; *RTD com.* 2009. 576, obs. Le Cannu P. et Dondero B., extrait de NURIT-PONTIER (L.), « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>131</sup> NURIT-PONTIER (L.), « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>132</sup> *Ibidem.*

<sup>133</sup> Civ. 2ème, 23 oct. 1985, *Bull. civ.* II, n° 159 ; *Bull. Joly* 1986. 510, § 135 ; D. 1987. 32, obs. Bousquet J.-C. ; *Rev. sociétés* 1986. 408, note Bouloc B. ; *RTD civ.* 1986. 180, obs. Perrot R. ; Soc. 11 juin 1997, *Dr. sociétés*, 1997, comm. n° 143, obs. Vidal D. ; *RJDA* 1997, n° 1222, extrait de NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

<sup>134</sup> NURIT-PONTIER L., « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », *op. cit.*

d'engagements ESG pactées peuvent s'imposer à la société lorsqu'elle en a eu connaissance ou mieux lorsqu'elle s'est engagée à faire respecter cette convention extrastatutaire en sa qualité de gardienne. En effet, les associés peuvent faire signer le pacte par la société en tant que partie à cette convention et de l'ériger en « gardienne » de son exécution. Autrement dit, il s'agit de confier à la société la mission de veiller à la bonne exécution du pacte en qualité de gestionnaire. Ainsi, en faisant de la société une partie aux pactes d'actionnaires, cela permettrait de donner une certaine transparence à la convention. En outre, bien que la convention soit licite, si l'incertitude demeure en ce qui concerne l'exécution des engagements souscrits, la signature du pacte par la société va accroître sa force exécutoire. Le fait que la société soit aussi liée à cet accord pourrait être gage de sécurité juridique. D'autre part, les pactes comportant des engagements ESG pourraient s'imposer à la société lorsqu'ils sont conclus à l'unanimité par tous les associés. De la sorte, dans une quête de flexibilité et de confidentialité, les associés peuvent tous signer ces accords qui vont venir compléter les statuts. Ainsi, impliquer la société dans ces accords extrastatutaires serait bénéfique pour assurer leur pérennité. En étant partie aux pactes, la société peut donc constituer un gage du bon déroulement des relations entre associés, mais aussi la garantie de leur mise en œuvre efficace<sup>135</sup>. Faire de la société une gardienne des pactes comportant des engagements ESG est donc une solution fiable. Les clauses d'engagements ESG

pactées peuvent ainsi constituer une solution opportune pour une société qui souhaite adopter une démarche RSE.

## Conclusion

En définitive, il convient de retenir que les pactes d'actionnaires sont des instruments juridiques dont les finalités les plus élémentaires sont en inadéquation avec la RSE. Toutefois, ils peuvent contribuer, notamment au moyen des conventions de vote et des clauses d'engagements ESG, à une prise de conscience des enjeux de la RSE sans pour autant se substituer aux modes légaux de prise de décision au sein de la société. Ainsi, les signataires d'un pacte peuvent inciter leur société à adopter une politique en matière environnementale et sociale. Les pactes pourraient alors devenir de merveilleux instruments juridiques de promotion de la RSE dans l'espace OHADA. Par ailleurs, l'intégration plus concrète et précise des normes RSE dans le corpus juridique de l'OHADA pourrait également contribuer à la réalisation de ce projet si cher à Monsieur le précédent Secrétaire permanent de l'OHADA : faire de l'OHADA l'espace intégré le plus socialement responsable.

---

<sup>135</sup> LOKOTILOVA Y., « L'efficacité des pactes d'actionnaires », [en ligne], disponible sur <http://www.lettresdesreseaux.com/P-1089-485-A1-1->

[efficacite-des-pactes-d-actionnaires.html](http://www.lettresdesreseaux.com/P-1089-485-A1-1-), consulté le 25/05/2016