

**L'ACCES AUX FONCTIONS DE DIRIGEANT SOCIAL EN
DROIT COMMUNAUTAIRE AFRICAIN DES AFFAIRES**

par

TALFI I. Bachir, Docteur d'Etat en Droit Privé
Enseignant-chercheur à la FSEJ/UAM Niamey

RESUME.

Le droit OHADA pose, en matière de sociétés commerciales, le droit commun de l'accès aux fonctions de dirigeant de société. Cependant, en dehors du droit OHADA, le droit communautaire sectoriel de l'UEMOA, de la Cima et du CREPMF contiennent également des règles spéciales en matière de droit des sociétés, notamment en ce qui concerne l'accès aux fonctions de dirigeant de société. Ces règles, bien qu'évoluant dans le contexte de l'harmonisation et de l'uniformisation du droit ne sont pas uniformes. De telle sorte que l'accès aux fonctions de dirigeant de société est sujet à plusieurs règles éparpillées et sans lien entre elles.

Cette étude vise à montrer que le contexte de l'uniformisation des règles en droit des affaires doit conduire à une uniformisation des règles en passant par la rationalisation de l'intervention du législateur communautaire de droit des affaires. Elle vise également à démontrer que l'accès aux fonctions de dirigeant de société se présente sous une double facette : celle d'une apparente ouverture de l'accès et de réelles restrictions. Ces règles restrictives édictées dans le but de faire la police de l'accès aux fonctions de dirigeant tournant autour d'une dimension éthique que le législateur veut insuffler sans y parvenir réellement.

PLAN

I. Les conditions d'accès liées à l'aptitude du dirigeant social

A. L'aptitude juridique du candidat aux fonctions de dirigeant social

1. La situation des personnes en état d'incapacité
2. La situation du dirigeant de nationalité étrangère

B. L'aptitude professionnelle du candidat aux fonctions de dirigeant social

1. La condition de diplôme
2. La condition d'agrément

II. Les conditions d'accès liées à l'honorabilité du dirigeant social

A. L'absence de condamnation

1. La condition de « virginité pénale »
2. La condition de virginité civile

B. L'absence d'incompatibilités

1. Les incompatibilités de fonctions
2. Le non cumul de mandat

INTRODUCTION

1. – La question de la fonction de dirigeant social est aujourd’hui au cœur de l’actualité post-crise¹ et pose beaucoup de questionnements dans les pays développés de telle sorte que cela a appelé des réformes. D’une part, on peut ainsi rappeler la vague de réforme en France, en début des années 2000², faisant suite à certains rapports³ commandés par le patronat qui a vu l’introduction de la notion de gouvernement d’entreprise (ou *corporate governance*) apparue avec l’affaire *Enron* aux Etats Unis. D’autre part, avec la crise du marché financier et boursier, les récentes affaires impliquant les dirigeants de sociétés posent également d’autres questionnements sur la fonction du dirigeant social à tel point que le mouvement actuel tend vers l’introduction d’une dimension éthique dans la fonction de dirigeant et cela s’est traduit en Suisse par le vote par référendum de l’abandon du « parachute doré » des dirigeants de sociétés⁴.

La fonction de dirigeant social fait donc l’objet de toutes les attentions et suscite un intérêt grandissant avec l’introduction de la notion de gouvernement d’entreprise. S’agissant du droit de l’OHADA notamment, avec la récente révision de l’Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d’intérêt économique (AUSCGIE)⁵, il ne serait pas dénué de tout intérêt que l’on s’intéresse à la fonction de dirigeant social et plus particulièrement à l’accès aux fonctions. La législation actuelle en droit africain communautaire des affaires, met en place un système de responsabilité lourde sur la tête des dirigeants sociaux. De la bonne ou mauvaise gestion des dirigeants dépend la santé économique de la société, car ce sont eux qui sont en prise directe avec l’évolution économique. Ils constituent l’interface entre l’économie et les propriétaires de la société, qui le plus souvent, ne sont au premier plan que lors des

¹ La crise des *golden-parachutes* et celle des paradis fiscaux qui ont conduit certains Etats de l’OCDE à légiférer sur la question.

² Loi n° 2001-420, 15 mai 2001, JO 16 mai, p. 7776 (dite Loi « *Nouvelles Régulations Economiques* » ou *NRE*, qui comporte en plus des mesures sur le droit des sociétés, de nombreuses mesures de régulation financière, de la concurrence et de l’entreprise). Cette loi, à en croire Guyon, aurait été guidé, entre autres, par la « méfiance envers les dirigeants de sociétés soupçonnés de percevoir des rémunérations trop importantes pour des fonctions qu’ils n’exercent pas effectivement », Y. GUYON, « Loi NRE : présentation générale », *Revue Lamy Droit des Affaires* – 2001, 40 Supplément, n° 4; la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 sur la Sécurité financière (dite loi « *LSF* ») se traduisant par la modernisation des procédures de vote dans les assemblées ; l’exercice effectif de leur droit de vote par les investisseurs institutionnels et l’application du principe « *Comply or explain* » ; la possibilité de prévoir statutairement la révocation des membres du directoire par le conseil de surveillance ; l’obligation pour le président du conseil d’administration ou de surveillance (dans les sociétés cotées) de présenter un rapport sur la mise en œuvre du gouvernement d’entreprise (procédures de contrôle interne) et la loi n° 2005-842 du 20 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l’économie (dite loi « *LME* ») qui a principalement renforcé le contrôle par les actionnaires de l’ensemble des rémunérations qui peuvent être allouées, au moment de leur départ, aux mandataires sociaux (*parachutes dorés*, *retraite chapeau*, *stock options*, etc.).

³ Ce furent successivement les rapports Viénot I (en 1995), puis Viénot II (en 1998) et enfin le rapport Bouton (en 2002), l’ensemble de ces travaux ayant été fusionnés en octobre 2003 pour offrir aux sociétés cotées un ensemble de recommandations visant essentiellement le fonctionnement du conseil d’administration, mais qui sont néanmoins transposables aux sociétés à directoire et conseil de surveillance (AFEP, MEDEF, Le gouvernement d’entreprise des sociétés cotées, 2003).

⁴ L’initiative Minder, du nom de son initiateur, avait pour but de limiter les "rémunérations abusives" des patrons des sociétés suisses cotées dans le pays ou à l’étranger et qui prévoit d’interdire leurs parachutes dorés. Elle a été adoptée à 67.9% des votants en mars 2013.

⁵ Le nouvel Acte uniforme révisé a été adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou au Burkina Faso et a été publié le 4 février au Journal Officiel de l’OHADA. Il est entré en vigueur le 5 mai 2014.

assemblées annuelles d'approbation des comptes. Aussi, le dirigeant de société, ou dirigeant social, doit être une personne à mesure de conduire en bon père de famille les destinées de la société qui lui a été confiée par les propriétaires de celle-ci. Il doit avoir certaines capacités eu égard aux exigences actuelles de l'environnement des entreprises (notamment la Gouvernance d'entreprise et la Responsabilité sociétale de l'Entreprise) et la responsabilité aussi bien civile que pénale à la charge du dirigeant de société.

2. – Mais de quel dirigeant il s'agit ? Lorsque l'AUSCGIE traite du dirigeant de société, quel est le vocable utilisé ? Depuis l'avènement de l'OHADA, L'AUSCGIE ne parle pas, à proprement parler, de dirigeant social. Il utilise indifféremment le vocable de « dirigeants sociaux », de « membres des organes de gestion, d'administration et de direction »⁶ ou de « membres des organes sociaux »⁷. Ces termes utilisés par le législateur OHADA sont équivalents⁸. En effet, quelle que soit la terminologie utilisée, il s'agit toujours des dirigeants de la société d'autant plus qu'aux articles 121 et suivants de l'AUSCGIE, il est question d'« organes de gestion, de direction et d'administration » au Titre 1^{er} du Livre 2 de la Première partie, consacré aux « pouvoirs des dirigeants sociaux »⁹. Néanmoins, il faut relever que dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG), le législateur semble faire une distinction entre les dirigeants sociaux et les administrateurs et les gérants de sociétés. En effet, à plusieurs reprises, lorsqu'il s'agit de faire une énumération, il cite distinctement les « gérants, dirigeants et administrateurs » d'une personne morale ou d'une société. Il en est ainsi à l'article 46 9°, où il est question des mentions devant figurer sur le formulaire de demande d'immatriculation de la personne morale au RCCM, notamment les personnes ayant le pouvoir d'engager la personne morale. A l'article 47 3°, où, pour les pièces justificatives à joindre à la demande d'immatriculation, il est question de la liste certifiée des personnes tenues indéfiniment et personnellement responsables ou ayant le pouvoir d'engager la société. Dans le même temps, l'article 43 et l'article 174 ne font état que de « dirigeants des personnes morales » sans introduire la distinction avec les gérants et administrateurs. Quant à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP), il y est traité des « dirigeants sociaux » ou de « dirigeants de la personne morale » dans toutes les

⁶ Cf. articles 73, 78 et 79 et plus spécialement les articles 121 et ss. Encore que là, il faut relever que le législateur n'utilise pas les termes dans la même suite. On remarque une confusion dans la suite des mots du terme pour désigner les dirigeants sociaux. A certains endroits il s'agit d'« organes de gestion, d'administration *et* de direction », tandis qu'à d'autres il s'agit d'« organes de gestion, d'administration *ou* de direction » si ce n'est les « organes de gestion, de direction *ou* d'administration », ou encore « organes de gestion, de direction *et* d'administration ». Parfois, c'est le terme « direction » même qui disparaît dans la désignation, notamment à l'art. 184 où il est question des « organes d'administration ou de gestion de la société ».

⁷ Notamment aux Articles 2-1, 265, 626-1-1 et 853-8 AUSCGIE.

⁸ Même si les principes de légistique prohibent l'utilisation de synonymes dans les textes réglementaires (pris au sens large). On peut néanmoins penser que si le terme « dirigeant social » peut être utilisé pour tous les types d'organes de gestion, d'administration et de direction de la société, celui de « membres des organes de gestion, d'administration et de direction » devrait être limité au CA de la SA qui en effet, comporte plusieurs membres. En effet, on ne peut, en parlant du gérant d'une SARL ou d'une SNC dire qu'il est « membre d'un organe de gestion », de même que pour le PDG ou le PCA de la SA. En effet, pour ces derniers, il ne s'agit pas d'organes réunissant une collégialité d'individus, mais plutôt un individu seul.

⁹ Sur les dirigeants sociaux, voir B. NJOYA NKAMGA, Dirigeants sociaux, in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 631 à 715 et spécialement, pp. 633 et 634, n° 1 à 5.

dispositions où il est question des dirigeants de la société ou de toute autre personne morale auquel l'Acte uniforme est applicable. S'agissant de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises (AUCE), il utilise plutôt la terminologie « d'organes d'administration ou de direction » pour parler des dirigeants sociaux et utilise une seule fois le vocable « dirigeants sociaux » à l'article 111. Enfin, quant à l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (AUSCoop), il comporte les mêmes inconstances terminologiques que l'AUSCGIE.

Il faut retenir de tout ceci, qu'en dépit de la seule dissonance, pourrait-on dire, de l'AUDCG, l'usage par le législateur, de façon indistincte, dans une même disposition, des termes gérants, administrateurs et dirigeants, ne doit pas être pris comme une volonté d'opérer une distinction entre ceux-ci. Il ne s'agit, ni plus ni moins, que des dirigeants de la société¹⁰. La redondance n'ayant pour seul but que de montrer que le législateur ne voulait pas écarter de la notion de dirigeant¹¹, ni le gérant ni l'administrateur de société. Il faut ajouter que, partout, il n'est question que du dirigeant de droit et non du dirigeant de fait¹², dont la notion n'a été abordée dans aucun des Actes uniformes. L'appréciation en est laissée donc aux Cours et tribunaux. Il ne s'agit pas non plus du dirigeant de crise, désormais consacré par le nouvel AUSCGIE¹³.

3. – Quoi qu'il en soit, qu'ils soient dénommés « organes de gestion, d'administration ou de direction », ou « organes sociaux » il s'agit toujours des dirigeants sociaux¹⁴. Ce sont les gérants (dans le cas des sociétés en nom collectif (SNC), des sociétés en commandite simple (SCS) et des sociétés à responsabilité limitée (SARL)) qui cumulent les fonctions d'administration, de gestion et de direction de la société. Dans le cas particulier de la société anonyme (SA) ces fonctions sont séparées. Les fonctions de direction et de gestion sont remplies par le président-directeur général (PDG), président de conseil d'administration (PCA), le directeur général (DG) et le directeur général adjoint (DGA), tandis que les administrateurs membres du conseil d'administration remplissent les fonctions d'administration. Pour la SA sans conseil d'administration¹⁵, l'administrateur général (AG), et l'administrateur général adjoint cumulent

¹⁰ Si dans « l'esprit » du législateur cela doit être entendu, il faut relever néanmoins que le défaut de définition de la notion de dirigeant dans l'AUSCGIE peut conduire à des interprétations hasardeuses. Ainsi, la CCJA a dans une espèce, assez récente juger que « la correspondance écrite et signée par le responsable juridique et le responsable des ressources humaines sur papier en tête d'une personne morale ...bien que n'émanant pas des dirigeants habilités à engager la le patrimoine vaut engagement de la société... ». Pour la Haute Juridiction, sous le visa de l'article 122, on peut assimiler ces directeurs aux organes de gestion, d'administration et de direction de la société. CCJA, arrêt n° 018/2013 du 4 mars 2013, Aff. Compagnie des Bananes de Côte-d'Ivoire dite CDBCI contre Martial DUPARC et Fatome HOUBALLAH, épouse DUPARC, JURIDATA n° J018-03/2013.

¹¹ Pour une approche nouvelle de la notion de dirigeant en droit OHADA, voir : J. AYANGMA AYANGMA, *Le dirigeant de sociétés commerciales*, l'Harmattan, Paris, 2014, 2 tomes.

¹² Sur le dirigeant de fait, voir B. NJOYA NKAMGA, op. cit., p. 634, n° 6.

¹³ Articles 160-1 et ss. sur la notion, voir également B. NJOYA NKAMGA, op. cit., p. 635, n° 7.

¹⁴ La doctrine est d'accord sur ce point. V. par exemple, J. MESTRE, D. VELARDOCCIO, et A.-S. MESTRE-CHAMI, *Lamy, Sociétés commerciales*, 2013, n° 645, p. 304. Pourtant, voir en sens contraire, Arrêt de la CCJA, arrêt n° 018/2013 du 4 mars 2013, Aff. Compagnie des Bananes de Côte-d'Ivoire dite CDBCI contre Martial DUPARC et Fatome HOUBALLAH, épouse DUPARC, JURIDATA n° J018-03/2013 où la Haute juridiction admet que la société est engagée, sous le visa de l'article 122 de l'AUSCGIE, par les actes des directeurs techniques, en l'espèce le responsable juridique et des ressources humaines.

¹⁵ Pour les SA ayant un nombre d'actionnaires inférieur ou égal à trois (Article 494).

les fonctions d'administration, de gestion et de direction¹⁶ de la société. En ce qui concerne la Société par actions simplifiée (SAS), nouvellement introduite dans l'Acte uniforme, les fonctions de dirigeant sont confiées à un Président et à un ou plusieurs directeurs généraux et, le cas échéant un ou plusieurs directeurs généraux adjoints. Le dirigeant social est donc, indifféremment, le gérant, l'administrateur, le PDG, le PCA, le DG, le DGA, l'AG et l'AGA. Cette présentation de la notion de dirigeants est quasi identique à celle de l'article 333-2 du Code CIMA qui dispose que la notion de dirigeant recouvre « ... le président directeur général, le président, les administrateurs, les directeurs généraux adjoints, les directeurs, les membres du Conseil de surveillance et du directoire, les gérants et tout dirigeant de fait d'une entreprise d'un Etat membre, et, dans le cas d'une entreprise étrangère, le mandataire général ». Mais, sur cette disposition, deux observations s'imposent. D'une part, la disposition parle de « membres du conseil de surveillance et du directoire » et d'autre part de « tout dirigeant de fait ». S'agissant en premier lieu des membres du conseil de surveillance et du directoire, il faut dire que, l'AUSCGIE n'a pas retenu ces modes de gestion et de contrôle de la SA¹⁷ que l'on retrouve dans le droit français¹⁸. De plus, les Etats membres de la CIMA sont quasiment¹⁹ les mêmes que ceux de l'OHADA ; autant donc dire que cette disposition gagnerait à être supprimée du Code CIMA²⁰. D'autre part, s'agissant du « dirigeant de fait », il n'en sera pas question dans les développements qui vont suivre, dans la mesure où cette qualité découle plus de la sanction d'une situation de fait que d'une fonction statutaire dans une société. Par contre, la disposition de l'article 333-2 parle des « directeurs » sans autre précision. Il faut observer que le Code traite des « Directeurs » à l'article 330-14, sans préciser quelles sont leurs attributions²¹. Cela peut paraître assez curieux, car en dehors des directeurs généraux et leurs adjoints, il n'y a pas de « directeur » dans la nomenclature des dirigeants de sociétés telle que prévue par

¹⁶ Article 498.

¹⁷ Comme cela a été justement relevé par A.-M. ASSI ESSO., J. ISSA-SAYEGH, et J. LOHOUES-OBLE, *CIMA, Droit des assurances*, Collection droit uniforme africain, Juriscope, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 237.

¹⁸ Articles L. 225-57 à L. 225-93 et R. 225-35 à R. 225-60-1 du Code de commerce, voir, notamment, sur ces modes d'administration et de direction de la SA, J.-J. CAUSSAIN, *Directoire et conseil de surveillance*, J.CL Sociétés. Traité, Fasc. 133-40, éditions LexisNexis, Paris, 2011 ; J.-J. CAUSSAIN, *Directoire*, J.CL Sociétés. Traité, Fasc. 133-50, éditions LexisNexis, Paris, 2011 ; J.-J. CAUSSAIN, *Conseil de surveillance*, J.CL Sociétés. Traité, Fasc. 133-60, éditions LexisNexis, Paris, 2011 ; P. Le CANNU, *Directoire et Conseil de surveillance*, Répertoire Sociétés, Dalloz, Paris, 2003.

¹⁹ L'OHADA est plus large que la CIMA depuis la création (16 Etats membres contre 12 pour la CIMA et aujourd'hui, 17 pour l'OHADA avec des Etats observateurs qui pourraient adhérer ou en tout cas montrent leur intérêt), mais les deux organisations regroupent pratiquement les mêmes Etats Membres des zones Francs de l'Afrique de l'Ouest et du Centre. Cependant, chacune des deux organisations est à vocation africaine puisque l'OHADA proclame qu'elle est ouverte à tous les Etats membres ou non de l'Union Africaine (art. 53 du Traité OHADA), tandis que la CIMA, est également ouverte à « tout Etat » (art. 60 du Traité), sans aucune autre précision.

²⁰ Réserve faite du Conseil de surveillance prévu à l'article 321-2 du Code, composé du Directeur des assurances ou de son représentant, de l'Agent judiciaire de l'Etat ou de son représentant et d'un représentant de l'agence nationale de la Banque centrale. Il est présidé par le Directeur des assurances ou son représentant. Ce conseil de surveillance n'est pas un organe de la société comme l'est le conseil d'administration. C'est un organe spécial mis en place par le Ministre des Finances, en cas de crise prévue par l'article 321 du Code.

²¹ L'article 330-14, al. 1^{er} dispose en effet que : « Les administrateurs peuvent choisir parmi eux ou, si les statuts le permettent, en dehors d'eux, un ou plusieurs directeurs ; ils sont responsables envers la société de la gestion de ces directeurs ». Les alinéas suivants ne traitant nullement de leurs attributions, rôles et fonctions, mais plutôt de la limite d'âge pouvant les frapper (65 ans) et de leurs avantages.

l'AUSCGIE²² ; à moins qu'il ne s'agisse des directeurs techniques²³ titulaires d'un contrat de travail, donc salariés des entreprises d'assurances. Or ceux là ne sont pas des mandataires sociaux et ne représentent pas la société. Ils ne peuvent donc être qualifiés de « dirigeants sociaux » au sens du droit des sociétés²⁴.

4. – Si l'on sait qui est dirigeant de société²⁵, l'on sait moins comment accède-t-on aux fonctions²⁶. Il y a certes quelques indications sur le mode de désignation pour chaque catégorie de dirigeant, mais l'on dispose de peu de connaissances, ou pas du tout, sur les conditions préalables d'accès a. Or à la lumière des dispositions en droit commun des sociétés issu de l'AUSCGIE de l'OHADA, aucune disposition ne pose les conditions d'accès aux fonctions de dirigeant de société. Ce n'est pas pour autant que l'on pourrait en tirer l'absence de conditions. On pourrait alors légitimement se poser la question de savoir où sont logées les conditions d'accès aux fonctions de dirigeant social. Deux hypothèses peuvent être avancées. En premier lieu, on peut avancer l'hypothèse selon laquelle les conditions d'accès se trouvent dans le droit spécial. En second lieu, on peut avancer l'hypothèse selon laquelle les conditions d'accès se trouvent en droit interne puisque le droit commun dont il est question ici est un droit externe d'origine communautaire. Le droit communautaire qui nous servira de cadre d'étude étant constitué aussi bien par le droit OHADA que des droits issus des différentes organisations d'intégration économique régionales couvrant le territoire géographique de l'OHADA et des organisations qui, ne poursuivant pas de but d'intégration économique mais qui, avant même l'OHADA, poursuivaient l'objectif d'uniformisation du droit dans un secteur bien déterminé. En effet, si ces organisations ont des objets différents ils poursuivent le même objectif pourrait-on dire : l'harmonisation des législations dans les matières dans lesquelles elles interviennent respectivement. Elles créent ainsi un droit communautaire dérivé secrété au niveau supranational qui s'impose en droit interne des Etats membres des organisations²⁷. Le droit

²² Même observation que pour les modes de directions et d'administration de la société, cf. supra n° 4.

²³ Sur la notion, voir notamment R. ROUTIER, Directeur général délégué (Directeur technique, Comité de direction, Collège de censeurs), Répertoire Sociétés Dalloz, Paris, 2002, n° 20 et ss. et A. VIANDIER et G. DURAND-LÉPINE, Directeur général, directeur technique. Comité d'étude et de direction, J.-Cl. Sociétés, fasc. 133-20.

²⁴ A signaler cependant, en sens contraire, la décision précitée de la CCJA, arrêt n° 018/2013 du 4 mars 2013, note de bas de page n° 18. Décision, somme toute, assez surprenante, quand on sait la constance de la Jurisprudence de la CCJA pour dire ce qu'il faut entendre par organes de gestion, d'administration et de direction, en un mot, qui sont les dirigeants sociaux pouvant engager et représenter la société. Voir notamment, CCJA, arrêt n° 42 du 17 juillet 2008, Le Juris OHADA, n° 4/2008, p. 44 ; Ohadata J-09-80.

²⁵ Les analyses se limiteront au dirigeant personne physique et ne tiendront pas compte du dirigeant personne morale qui doit désigner un représentant permanent personne physique au conseil d'administration pour le représenter ou une personne physique gérante. Les fonctions de PDG, DG et PCA étant exclues pour les personnes morales. Sur le dirigeant personne morale, voir B. NJOYA NKAMGA, op. cit., p. 644, n° 55 et ss.

²⁶ Même si on retrouve un début de réponse dans l'ouvrage OHADA. Sociétés commerciales et GIE, F. ANOUKAHA, A. CISSE et alii, Bruylant, Collection Droit uniforme africain, Bruxelles, 2002, n° 217.

²⁷ Rappelé par exemple par avis de la Cour de justice de l'UEMOA qui énonce que « la primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées, immédiatement applicables ou non, et s'exerce à l'encontre de toute les normes nationales administratives, législatives, juridictionnelles, et, même, constitutionnelles parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux. Les États ont le devoir de veiller à ce qu'aucune norme de droit national, incompatible avec une norme de droit communautaire qui répond aux engagements qu'ils ont pris, ne puisse pas être valablement apposée à celle-ci », Avis, n° 001/2003 du 18 mars 2003, rappelé par le Pr P.-G. POUGOUE, « Organisation pour

dérivé de ces organisations, en plus du droit OHADA, constituent un ensemble que l'on peut considérer comme le droit communautaire des affaires et plus spécialement chacune de ces organisations, en dehors de l'OHADA, à compétence sectorielle, a par une uniformisation sectorielle du droit des affaires²⁸, légiféré sur le droit des sociétés. Il en est ainsi du Code des assurances de la CIMA, de la loi uniforme bancaire de l'UMOA et du droit financier régional du Conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers (CREPMF²⁹). Les conditions d'accès aux fonctions de dirigeant social seront ainsi recherchées dans chacune de ces législations sectorielles du droit communautaire des affaires.

5. – Le droit communautaire des affaires est représenté ici par l'ensemble de la réglementation du droit des affaires de la zone franc de l'Afrique concernée par l'espace géographique OHADA³⁰. S'agissant de la matière du droit communautaire des affaires, il s'agit, outre le droit OHADA³¹, du droit des assurances, du droit bancaire, du droit de la propriété intellectuelle et dans une certaine mesure, du droit financier de la Conférence Régionale de l'Épargne et des Marchés Financiers³². Or le champ de l'OHADA ne s'arrête pas à ces matières. Il est en extension³³. Ainsi peut-on lire dans le compte rendu de la 35^{ème} réunion du Conseil des ministres de l'OHADA que le Secrétariat permanent de l'OHADA a conduit des études sur « l'extension du champ matériel de l'OHADA à de nouvelles matières : affacturage, crédit-bail, médiation commerciale, franchise, sous-traitance, règlement des conflits de lois et circulation des actes publics, contrats de partenariat public-privé, coentreprise³⁴ ». Mais, on notera que seules les matières citées plus haut (AUSCGIE, AUSCoop, CIMA, Loi bancaire UEMOA et CREPMF) concernent directement les sociétés et partant les dirigeants de société. Celles-ci, contiennent

l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », in Encyclopédie OHADA, Lamy, 2011, n° 42, p. 1330.

²⁸ V. J. ISSA-SAYEGH, L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc », *Penant*, 1997, n° 823, p. 5 et *Penant* 1997, n° 824, p. 125, V. spécialement n° 68 et ss.

²⁹ Créé par la Convention du 3 juillet 1996 portant création du Conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers entre les Etats membres de l'UMOA.

³⁰ V. P.-G. POUGOUE, « Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) » op. cit, n° 35.

³¹ Celui-ci a toujours été vu comme le « nouveau droit communautaire des affaires » africain, V. D. ABARCHI, « La supranationalité de l'OHADA », *Revue burkinabé de droit*, n° 37, deuxième semestre 2000 ; *Revue internationale de droit africain EDJA*, n° 44, p. 7 ; Ohadata D-02-02 ; P.-G. POUGOUE, Notion de droit OHADA, in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1205, n° 7 ; A. D. WANDJI KAMGA, « Biens et droits insaisissables », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 450, n° 67.

³² Ces matières, à côté du droit OHADA, forment l'ensemble du droit communautaire des affaires. En effet, selon le Pr ISSA-SAYEGH, ces matières qui ont fait l'objet d'uniformisation sectorielle constitue un pan du droit des affaires alors que le droit OHADA procède de l'uniformisation générale ; Voir, J. ISSA-SAYEGH, « L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc », *Recueil Penant*, 1997, n° 823 p. 5 et s ; n° 824, p. 125 et s. ; Ohadata D-02-12 et Voir également, M. BROU KOUAKOU, « Le contentieux des actes uniformes : de la compétence de la Cour commune de justice et d'arbitrage », *Le Juris-Ohada*, n°2/2003, avril-juin 2003, p. 2. ; Ohadata D-03-19.

³³ Voir notamment J. ISSA-SAYEGH « L'extension du champ de l'OHADA », Communication au colloque ARPEJE/IDEF, Porto Novo, 3-5 mai 2004, Ohadata D-04- 03.

³⁴ Compte-rendu de la réunion du Conseil des Ministres de l'OHADA des 30 et 31 janvier 2014, Ouagadougou, Burkina-Faso, sur le site <http://ohada.org/comptesrendus-cm/fr/cm/fj/0,0/3747,compte-rendu-de-la-reunion-du-conseil-des-ministres-de-lohada-des-30-et-31-janvier-2014.html>, dernière visite sur le site le 26 août 2015.

des dispositions particulières concernant les sociétés, dispositions qui sont applicables dans les conditions des l'article 916 de l'AUSCGIE³⁵.

6. – A l'examen de ces différentes législations on constate une variété de conditions imposées aux candidats aux fonctions de dirigeants sociaux lorsque le droit commun, en l'occurrence l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique³⁶, reste quasi-muet. Ce dernier n'a pas spécialement réglementé l'accès aux fonctions de dirigeants de société. Ainsi, l'accès aux fonctions de dirigeant de société n'est pas uniformément réglementé en droit communautaire des affaires, alors même que la tendance aussi est à l'uniformisation du droit³⁷. Il ressort une variété de conditions d'accès d'une législation à un autre. Cependant, dans cette variété de conditions d'accès, se dégage une constante, c'est que les principales conditions d'accès aux fonctions de dirigeant de société s'agrègent autour d'une part, de l'aptitude du candidat à être dirigeant social (I) et d'autre part, à l'honorabilité du candidat dirigeant social (II).

III. Les conditions d'accès liées à l'aptitude du dirigeant social

7. – Le dirigeant de société doit être capable de conduire la société vers les objectifs qu'elle s'est assignée ou que lui ont imprimés les associés, véritables maîtres de l'affaire. Aussi, le dirigeant de société, qui « a tout pouvoir pour engager la société³⁸ » ou encore « est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société³⁹ », est amené inévitablement à conclure des actes juridiques. Il engage sa responsabilité vis-à-vis des tiers et des associés. Il doit donc être juridiquement capable de conclure des actes. D'autre part, l'évolution vers la complexification des affaires et des matières a fait que dans certains cas particuliers, au-delà de l'exigence de la capacité juridique, une autre condition compétence s'est faite jour. C'est celle de l'aptitude professionnelle du dirigeant à conduire le type de société envisagée. Ainsi, est-il exigé du candidat aux fonctions de dirigeant social non seulement une aptitude juridique (A), mais également une aptitude professionnelle (B).

A. L'aptitude juridique du candidat aux fonctions de dirigeant social

³⁵ Cet alinéa, modifié par la réforme de l'AUSCGIE de 2014, dispose désormais que « Le présent Acte uniforme s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties. » Sur l'articulation, droit commun et droit particulier des sociétés, voir J. ISSA-SAYEGH, « Droit des sociétés commerciales : droit commun et régimes particuliers », *Ohadata D-03-09*.

³⁶ Il ressort des dispositions de l'article 1^{er} qu'il s'applique à toutes les sociétés commerciales ayant leur siège social sur le territoire de l'un des Etats parties membres de l'OHADA V. notamment, J. ISSA-SAYEGH, « Droit des sociétés commerciales OHADA : droit commun et régimes particuliers », Communication faite aux Cinquièmes journées juridiques de la Faculté de droit de Bissau, 5-8 mai 2003, www.ohada.com, *Ohadata D-03-09*.

³⁷ Le mouvement d'uniformisation avait été amorcé bien avant l'OHADA avec le droit de la propriété intellectuelle de l'OAPI qui avait déjà vocation à s'appliquer de façon uniforme dans l'ensemble des Etats membres de l'organisation, V. J. ISSA-SAYEGH, « L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc » op. cit., n° 88.

³⁸ Article 121 AUSCGIE, pour toutes les sociétés.

³⁹ Article 329 AUSCGIE, pour la SARL et article 435, alinéa 1^{er} pour le Conseil d'administration de la SA.

8. – L'aptitude juridique de candidat aux fonctions de dirigeant social se mesure à l'aune de sa capacité juridique. Aucun texte ne pose expressément la condition de la capacité juridique pour être dirigeant de société⁴⁰, aussi bien le droit commun des sociétés que le droit spécial des sociétés. Se pose alors inévitablement la question de savoir si aucune capacité n'est requise de celui qui doit diriger une société. A l'évidence, on ne saurait que répondre par négative. Toutefois à y regarder de près, pour mieux éclairer la question, une étude au cas par cas des personnes en état d'incapacité s'avère nécessaire d'autant que la jurisprudence, notamment française, a statué dans le sens où des personnes en état d'incapacité avaient été reconnues aptes à être dirigeant de société⁴¹. Ainsi la situation des personnes en état d'incapacité sera présentée aussi bien que celle de l'étranger qui en raison de sa situation peut être assimilé à un incapable dans l'Etat où il doit exercer sa profession.

1. La situation des personnes en état d'incapacité

9. – La capacité juridique est définie par le Vocabulaire juridique Capitant⁴² comme l'aptitude à jouir d'un droit ou à l'exercer. La loi détermine à quel moment les individus⁴³ ont la capacité juridique. En droit nigérien, par exemple, c'est la loi du 22 juillet 2004 fixant l'organisation et la compétence des juridictions de la République du Niger⁴⁴, en son article 63 qui dispose, en substance, qu'en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes, *les juges doivent appliquer la coutume des parties*. Mais, à l'observation, les juges, en cette matière n'appliquent jamais les coutumes pour déterminer la capacité des individus. Il faut dire que les coutumes sont diverses et ne peuvent toutes s'accorder sur la minorité ou la majorité et leur connaissance est ainsi rendue difficile. C'est pourquoi, ils font systématiquement recours aux dispositions du Code civil applicable au Niger⁴⁵. Ainsi, sont déterminés, dans le Code civil, comme étant en état d'incapacité, le mineur et le majeur incapable.

10. – S'agissant, tout d'abord, du mineur, nous distinguerons entre le mineur émancipé et le mineur non émancipé.

Sur l'exigence de la pleine capacité juridique pour administrer, gérer et diriger une société, l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE (AUSCGIE) est muet. Toutefois, sur la qualité d'associé, l'article 8 dispose que : « les mineurs et les incapables ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales au delà de leurs apports. » Ainsi, un mineur ne peut être associé d'une Société en nom collectif ni associé commanditaire d'une société en commandite simple. Or pour ce second type

⁴⁰ L'AUSCGIE pose par contre les conditions de capacité pour l'associé aux articles 7, 8 et 9.

⁴¹ Com. 29 septembre 2009, Droit des sociétés n° 12, Décembre 2009, repère 11, note H. HOVASSE.

⁴² H. CAPITANT (sous la direction de), PUF, Paris, 1936, p. 99.

⁴³ Et les personnes morales.

⁴⁴ JORN spécial n° 14 du 20 août 2004, pages 1028 et suivants.

⁴⁵ Le Code civil applicable au Niger, est le Code civil français dans son état au 3 août 1960, date d'accession à l'indépendance de la République du Niger.

de société, la gérance est l'affaire de tous les associés commandités⁴⁶. Le mineur ne pouvant être associé commandité, il ne peut donc être dirigeant d'une telle société.

11. – Cependant, ce n'est pas parce que l'AUSCGIE n'a pas posé le principe de l'interdiction de la gestion, l'administration ou la direction d'une société commerciale par le mineur qu'il faut en conclure qu'il peut être dirigeant de société. Si le mineur peut être associé dans les sociétés où il n'engage pas sa responsabilité solidaire et indéfinie, il ne peut cependant être dirigeant d'une société où sa responsabilité est limitée. En effet, il a été rappelé qu'être dirigeant de société implique des fonctions de représentation et le pouvoir d'engager celle-ci à l'égard des tiers. Or une personne juridiquement incapable ne pourrait remplir de telles fonctions impliquant la conclusion d'actes juridiques. Même si une certaine doctrine, s'appuyant sur les dispositions du code civil, notamment l'article 1990, a pu dire que le mineur peut être dirigeant de société⁴⁷. Position contestable⁴⁸ que l'on a pu qualifier d'ailleurs « d'argument de poudre de carcasse de bête morte », car « les prétendus « mandataires sociaux » sont aujourd'hui des organes de la société dont le contrat de mandat n'explique ni la source ni l'étendue de leurs pouvoirs »⁴⁹.

Si aucune règle expresse n'a été posée par l'AUSCGIE, c'est le droit commun en matière civile qui doit recevoir application⁵⁰. Il s'agira, dans ce cas, de faire recours aux règles nationales dans chaque Etat partie du siège de la société. Or dans la majorité des Etats parties de l'OHADA, ce droit commun est représenté par les dispositions du Code civil napoléonien dans son état avant les indépendances. Cela est vrai pour ceux n'ayant pas opéré de réformes de leurs codes civils hérités de la colonisation. Pour ceux ayant opéré la réforme, il faudrait se référer aux dispositions pertinentes de leurs codes respectifs⁵¹.

12. – S'agissant, ensuite, du mineur émancipé, celui-ci se retrouvant dans la même situation de pleine capacité juridique qu'un majeur, il faut conclure à la possibilité pour lui d'être dirigeant social. En effet, s'agissant même de la capacité juridique pour exercer le commerce, l'article 7 de l'AUDCG dispose bien que « *Le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce* ». Ce qui n'est pas le cas du majeur incapable.

13. – Enfin, s'agissant du majeur incapable, là également, l'AUSCGIE ne pose aucune règle. Recours doit donc être fait aux règles du droit commun en la matière. Le Code civil contient, à

⁴⁶ Article 298 de l'AUSCGIE.

⁴⁷ Notamment, HEMARD, TERRE et MABILAT, Sociétés commerciales, Tome 1, n° 800, cité par J. MESTRE, D. VERLADOCCHIO et A.-S. MESTRE-CHAMI, Lamy Sociétés commerciales, 2013, op. cit., n° 652, p. 309.

⁴⁸ La doctrine majoritaire condamne cette position et à juste titre. Même si l'on ne tient pas compte de la nature juridique du dirigeant social, mandataire ou organe, il relève également du « sain réalisme » que le dirigeant est appelé à passer des actes juridiques au nom et pour son compte de la société. Il ne pourrait donc le faire qu'étant doué de capacité juridique.

⁴⁹ H. HOVASSE, note sous Com. 29 septembre 2009, Droit des sociétés n° 12, Décembre 2009, repère 11.

⁵⁰ V. dans le même sens B. NJOYA NKAMGA, op. cit., p. 659, n° 43.

⁵¹ Même si, les règles ne sont pas bien différentes dans les deux cas, la partie sur les obligations civiles du Code civil n'ayant subi que très peu, sinon pas du tout, de modifications, à l'exception de la partie sur le droit des personnes et de la famille et le droit patrimonial de la famille.

ce titre des dispositions sur les majeurs incapables. Les différentes incapacités⁵² pouvant frapper le majeur qui en est l'objet le mettant dans l'impossibilité d'accomplir des actes juridiques, il ne peut, dans les mêmes conditions que le mineur non émancipé, être dirigeant social⁵³.

2. La situation du dirigeant de nationalité étrangère

14. – La nationalité peut constituer un handicap agissant comme une incapacité pour celui à qui cette condition est opposée. En effet, l'ordre public national pose fréquemment des restrictions à l'exercice de certains droits reconnus aux nationaux. Il en est ainsi des fonctions de dirigeant de société. Toutefois, la création de communautés d'intégration économique (UEMOA, CEDEAO, CEMAC), avec des règles de libre circulation des personnes et des biens, apportent des adoucissements aux restrictions fondées sur la nationalité. Les règles ne sont pas identiques selon que l'on est sur le terrain du droit commun ou du droit spécial des sociétés.

15. – En droit commun des sociétés, le dirigeant doit-il être un national de l'Etat du siège social de la société qu'il dirige ? L'AUSCGIE n'impose pas cette obligation. Les restrictions doivent être recherchées ailleurs, notamment dans le droit national des Etats.

Au Niger, par exemple, certes, divers textes ont été pris soumettant l'étranger au régime de l'autorisation et même de l'interdiction pour l'exercice de professions non salariées, mais ils ne posent pas de restrictions à la direction de sociétés commerciales. Il s'agit principalement de l'ordonnance n° 87-10 du 12 mars 1987 fixant le régime d'exercice d'activités professionnelles non salariées par les étrangers⁵⁴ et du décret n° 87-36/PCMS/MCI/T du 12 mars 1987 fixant les conditions d'exercice d'activités professionnelles non salariées par les étrangers⁵⁵. Cependant, la direction de la société par un étranger peut avoir des conséquences sur la nationalité de celle-ci et partant, sur le régime juridique de celle-ci quant à sa condition juridique. En définitive, pour le droit nigérien, l'étranger, peut bien être dirigeant de société sans aucune restriction que celle du droit commun des sociétés ou du droit spécial des sociétés au regard de la nature de l'activité de la société. Il convient tout de même de souligner que la seule condition posée est une condition d'ordre général. Ce sont, notamment, les conditions auxquelles doivent se soumettre tous les étrangers désirant exercer des activités professionnelles non salariées au Niger, telles que prévues au décret⁵⁶.

⁵² Ces incapacités pouvant varier d'un Etat à un autre, il faudrait vérifier dans le droit national de chaque Etat partie quelles sont elles et quel en sont les effets sur la capacité du majeur qui en est l'objet. Au Niger par exemple, il s'agit de l'interdiction (articles 489 à 512 du Code civil) et du conseil judiciaire (articles 513 à 515 du Code civil).

⁵³ Cependant, dans un sens contraire, voir, en droit français, la position critiquable de la chambre commerciale de la Cour de Cassation qui a décidé qu'un majeur en curatelle peut être président de conseil d'administration d'une SA et spécialement les observations de l'annotateur (Com. 29 septembre 2009, Droit des sociétés n° 12, Décembre 2009, repère 11, note H. HOVASSE).

⁵⁴ JORN n° 7 du 1^{er} avril 1987, p. 285 ; Recueil de lois et règlements, 2^{ème} édition, Secrétariat Général du Gouvernement, 1994, n° 65.1.

⁵⁵ JORN n° 7 du 1^{er} avril 1987, p. 316 ; Recueil de lois et règlements, 2^{ème} édition, Secrétariat Général du Gouvernement, 1994, n° 65.2.

⁵⁶ Voir art. 7 et ss. du décret et sur les conditions et la procédure d'autorisation d'exercice au Niger, V. A. MOULOUL : *Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 435, Paris, 2005, p. 44 et ss..

16. – S’agissant du droit bancaire, la loi bancaire, dispose expressément que le droit de « diriger, administrer ou gérer un établissement de crédit, ou une de ses agences⁵⁷ » est réservé aux seuls nationaux ou aux ressortissants des Etats membres de l’UMOA ou de pays ayant conclu une convention d’établissement avec le Niger accordant la réciprocité. Ce principe est assorti de dérogation puisque l’alinéa 2 du même article prévoit que le Ministre des finances peut accorder une dérogation sur avis conforme de la Commission Bancaire⁵⁸. La dérogation, une fois accordée au Niger, est valable dans l’ensemble des Etats membres de l’UMOA⁵⁹. Enfin, le non respect de la condition de nationalité est érigé en infraction pénale par la loi⁶⁰.

S’agissant du Code CIMA, il ne contient pas de disposition similaire à la celle de la loi bancaire. Cependant, la condition de nationalité est exigée de façon très faible des dirigeants d’entreprises d’assurance⁶¹ tandis qu’elle est exigée fortement des agents généraux d’assurance ou des personnes chargées des fonctions d’agent général d’assurance⁶². Ainsi, pour les dirigeants d’entreprises d’assurances, l’alinéa 3 du paragraphe f de l’article 328-4 dispose que « les administrateurs et directeurs, ainsi que toute personne appelée à exercer en fait des fonctions équivalentes », si elles sont étrangères, « doivent satisfaire aux dispositions des lois et règlements relatifs à la situation et à la police des étrangers ». Il n’est donc pas fait interdiction aux étrangers d’être dirigeants de sociétés d’assurance. Ceux-ci doivent donc, tout simplement, se conformer aux dispositions nationales concernant les étrangers dans l’Etat partie du siège social de la société d’assurance.

17. – En définitive, l’aptitude du candidat aux fonctions de dirigeant social d’une société n’est pas traitée de façon uniforme dans un contexte, pourtant, d’uniformisation du droit des affaires. Le droit commun, s’il semble laisser une grande liberté, laisse entrevoir des difficultés ou plutôt des obstacles à surmonter. Ainsi, en est-il de la capacité juridique, et du statut de l’étranger. La relative mollesse quant aux aptitudes juridiques du candidat aux fonctions dont fait montre le droit commun, fait rapidement place à la dureté des conditions posées par le droit spécial des sociétés quant au statut de l’étranger.

B. L’aptitude professionnelle du candidat aux fonctions de dirigeant social

18. – L’aptitude aux fonctions de dirigeant de société implique également que le candidat aux dites fonctions soit apte professionnellement. Cette aptitude professionnelle

⁵⁷ Article 25, alinéa 1^{er} de la loi n° 2008-33 du 3 juillet 2008 précitée.

⁵⁸ Article 25, alinéa 2.

⁵⁹ Article 25, alinéa 4.

⁶⁰ Article 27 de la loi, qui punit d’un emprisonnement d’un (1) an à cinq (5) ans et d’une amende de dix millions (10.000.000) à vingt-cinq millions (25.000.000) de francs CFA ou de l’une de ces deux peines seulement.

⁶¹ Visées à l’article 300 du Code. Voir A.-M. ASSI ESSO., J. ISSA-SAYEGH, et J. LOHOUES-OBLE, *CIMA, Droit des assurances*, Collection droit uniforme africain, Juriscope, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 103 et ss.

⁶² Article 508 2° du Code. Il est bien vrai qu’il est question dans cette disposition de « personnes physiques et de personnes morales » mais pas de dirigeants des personnes morales. Ce qui reviendrait à exiger des dirigeants des personnes morales, intermédiaires d’assurance, les mêmes exigences que celles des dirigeants des Entreprises d’assurance. C’est-à-dire le respect de la police des étrangers dans l’Etat du siège de la personne morale.

s'apprécie tant au niveau de la condition de diplôme (1) qu'au niveau de la condition d'agrément (2) qu'imposent certains textes particuliers.

1. La condition de diplôme

19. – De nos jours, la fonction de dirigeant de société est une fonction assez complexe plongeant la personne dirigeante au cœur de multitudes de variables et paramètres dont il faut tenir compte mais, il n'y a aucune école préparant véritablement aux fonctions de dirigeants. On observe certes, des écoles formant au « management » d'entreprises, mais elles ne préparent pas véritablement aux fonctions de dirigeant. En plus, lorsque la condition de diplôme pour exercer les fonctions de dirigeant social se pose, ce n'est pas le diplôme de « management » d'entreprises qui est recherché, mais plutôt les qualifications du candidat aux fonctions dans le domaine d'activité de la société en cause. Cette exigence du diplôme ne peut donc être généralisée eu égard au fait que toute activité, tant qu'elle n'est pas prohibée, peut être exercée en société. Aussi, la condition d'aptitude professionnelle relativement au diplôme n'est pas posée par le droit commun. En effet, ainsi qu'il en est de la capacité juridique, nulle part dans l'AUSCGIE il n'est question de qualification professionnelle, encore moins de la justification d'une expérience professionnelle avant de postuler aux fonctions de dirigeant de société. Par contre, cette condition est observée dans des secteurs particuliers, notamment en droit communautaire UEMOA, s'agissant des sociétés de banques. Elle peut aussi être observée en droit national, notamment au Niger pour les sociétés de commissionnaires en douanes agréés.

20. – S'agissant tout d'abord du droit communautaire, l'article 25 al. 3 de la loi bancaire dispose que : « Les dirigeants pour lesquels la dérogation est sollicitée doivent être titulaires d'au moins une maîtrise ou d'un diplôme équivalent et justifier d'une expérience professionnelle de cinq (5) ans au moins dans le domaine bancaire, financier ou dans tout autre domaine de compétence jugé compatible avec les fonctions envisagées ».

Cependant, cette condition de diplôme, doublée de la condition d'expérience professionnelle⁶³, ne semble pas être une condition générale. Elle est plutôt une condition exceptionnelle, car n'étant exigée que d'une catégorie de dirigeants : les étrangers sollicitant une dérogation. En effet, à la lecture de l'article 25, al. 3, c'est exclusivement pour les dirigeants dont la dérogation à la condition de nationalité⁶⁴ est demandée qu'est exigée la condition de diplôme et d'expérience professionnelle. Cette disposition peut sembler anachronique dans la mesure où elle semble dispenser le national ou l'assimilé au national de cette exigence, car nulle part dans le texte de la loi, il n'est exigé du dirigeant de banque un quelconque diplôme ou qualification professionnelle. Est-ce une intention délibérée du législateur UMOA ou une erreur

⁶³ La même exigence d'expérience professionnelle se retrouve en droit financier en ce qui concerne les dirigeants des sociétés de Gestion et d'intermédiation, à l'article 27 du Règlement général du Conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers (CREPMF) qui dispose que « Pour l'examen de leur demande d'agrément, les sociétés postulantes doivent présenter des garanties suffisantes, notamment en ce qui concerne (...), l'honorabilité et l'expérience de leurs dirigeants ... ».

⁶⁴ Cette condition de nationalité étant posée à l'alinéa 1^{er} du même article.

d'écriture⁶⁵ ? Il peut, en effet, paraître curieux que le législateur n'exige aucune condition de diplôme du national alors qu'il le fait pour l'étranger pour la même fonction, sachant que le national, ou l'assimilé au national, n'est pas plus apte que l'étranger à la fonction de dirigeant. Cette exigence gagnerait donc à être étendue à tous les dirigeants de sociétés de banque, ainsi que l'a fait le Code CIMA pour les sociétés d'assurances.

21. – En effet, le Code CIMA, pose l'exigence du diplôme et de la qualification professionnelle du candidat aux fonctions de dirigeant social. Cependant, la démarche du Code CIMA est quelque peu déroutante dans la mesure où les dispositions concernant l'exigence de diplôme ne sont constituées pas un bloc homogène mais sont éparpillées dans le Code. De plus, si certaines dispositions ont été clairement édictées quant à cette exigence, certaines autres sont noyées dans d'autres conditions. Ainsi, de prime abord, l'exigence de diplôme est énoncée clairement à l'article 329, alinéa 1^{er}, mais pour les seuls directeurs généraux⁶⁶. Cet article dispose que pour être éligible au poste de Directeur Général le postulant doit justifier d'un diplôme et d'une expérience professionnelle ; puis suit des modulations de cette exigence de diplôme et d'expérience professionnelle⁶⁷. Ensuite, au détour des exigences de l'agrément des entreprises d'assurances, par le jeu des renvois, on se rend compte que l'exigence de diplôme est bien là pour les dirigeants de l'entreprise. C'est ainsi qu'à l'article 326, alinéa 1^{er} est posé le principe de la demande d'agrément de l'entreprise d'assurance avant le début de toute activité. Ensuite, à l'article 328.3, sur les critères d'octroi de l'agrément à la société d'assurance, il est disposé qu'il est tenu compte de « l'honorabilité et de la qualification des personnes chargées de la conduire ». Les « personnes chargées de conduire⁶⁸ » la société sont à n'en point douter les dirigeants de celle-ci et on le découvre au paragraphe f de l'article 328.4 puisque cette disposition enjoint aux entreprises d'assurance de donner « la liste des administrateurs et directeurs, ainsi que de toute personne appelée à exercer en fait des fonctions équivalentes⁶⁹ ... ». Il s'agit donc bien là de la liste des dirigeants de la société, même si l'on peut s'étonner de l'utilisation dans la disposition du vocable « *en fait* »⁷⁰. Puis, à l'article

⁶⁵ A noter que cette exigence de diplôme n'existait pas dans l'ancienne loi bancaire (article 14 de la loi n° 90-18 du 6 août 1990 portant réglementation bancaire, JORN, n° 17 du 1^{er} septembre 1990, p. 627), c'est donc une innovation de la nouvelle loi.

⁶⁶ Il faut faire observer que la disposition ne vise que les seuls directeurs généraux à l'exclusion de tous autres dirigeants, ce qui n'est pas le cas dans les autres dispositions du Code.

⁶⁷ Article 329 : Agrément des dirigeants (Modifié par Décision du Conseil des Ministres du 22/04/1999)
« Pour être éligibles au poste de Directeur Général, les postulants doivent être titulaires :
- soit d'un diplôme d'études supérieures en assurance ou en actuariat et justifier d'une expérience minimale de cinq ans à un poste d'encadrement supérieur dans une entreprise d'assurance, une organisation d'assurance, un cabinet de courtage d'assurance ou dans une administration de contrôle des assurances,
- soit d'un diplôme de l'enseignement supérieur d'orientation économique ou juridique avec une expérience de 5 ans dans des fonctions de direction d'une entreprise à caractère financier,
- soit d'un diplôme de l'enseignement supérieur avec une expérience minimale de dix ans dans des fonctions d'encadrement supérieur dans une entreprise ou dans une administration ».

⁶⁸ Expression non juridique mais relevant du langage courant.

⁶⁹ On peut, là également, se demander quelle fonction est équivalente à celle d'administrateur ou de directeur ? Nous ne reviendrons pas sur ce qu'il faut entendre par « directeur », Cf supra n° 5 et note de bas de page 21.

⁷⁰ S'agit-il du dirigeant de fait ou s'agit-il plutôt de l'usage en langage courant et parler de la locution ? S'il s'agit de la première hypothèse, elle est inutile, car on ne peut présager, dès le départ, notamment dans un texte législatif, que l'entreprise d'assurance sera gérée de fait et déjà prévoir quelles seront les personnes concernées et en

328.5⁷¹ il est disposé que, lors de l'examen du dossier d'agrément, il est pris en considération la qualification et l'expérience professionnelle des dirigeants de la société mentionnées à l'article 328.4 paragraphe f. A cet effet, ceux-ci doivent faire état de « *la nature de leurs activités professionnelles actuelles et de celles qu'elles ont exercées les dix années précédant la demande d'agrément* »⁷². Mais, de façon surprenante, le législateur ne fait pas mention de diplôme, *a fortiori*, de la nature du diplôme, comme cela a été fait à l'article 329. Cette même remarque est valable pour l'article 512 où le législateur CIMA, pour les intermédiaires d'assurance, dispose que « *La capacité professionnelle prévue par l'article 508⁷³ se justifie par la présentation du diplôme requis, du livret de stage ou de l'attestation de fonctions défini à l'article 513* ». Finalement, quel est donc le « diplôme requis » pour être habilité à présenter une opération d'assurance au titre des entreprises d'assurances ? S'agit-il d'un autre diplôme autre que celui défini à l'article 329 ? Si tel est le cas, pourquoi ne pas alors le spécifier comme il a été fait à l'article 329 ? Si c'est bien du diplôme de l'article 329 pourquoi ne pas alors simplement renvoyer à cette disposition ?

Au total, il faut conclure que les dispositions du Code CIMA, si elles marquent bien la volonté du législateur à exiger du candidat aux fonctions de dirigeant de sociétés d'assurances des qualifications professionnelles de diplôme, elles se caractérisent par certaines insuffisances, notamment lorsqu'il n'est exigé que du Directeur général seul la condition de diplôme et d'expérience professionnelle, et lorsque s'agissant des intermédiaires d'assurance, les renvois multiples ne facilitent pas la lecture des dispositions relativement aux qualifications professionnelles. Enfin, il faut observer que les dispositions ne sont pas suffisamment claires et précises sur les diplômes exigés⁷⁴.

22. – S'agissant enfin du droit national, certaines professions réglementées peuvent exiger une qualification de diplôme de la part des candidats aux fonctions de dirigeants de sociétés exerçant dans le domaine de ces professions. La doctrine, par ailleurs, même si la condition de diplôme n'est pas spécialement requise, admet que les statuts de la société aménagent cette condition de diplôme⁷⁵.

C'est ainsi, que parmi les professions réglementées qui exigent la condition de diplôme des dirigeants de société, on peut citer notamment la profession de commissionnaire en douane

demander de donner la liste. Ce serait invraisemblable. S'il s'agit de la seconde hypothèse, cela est regrettable, car les textes de droit dans un langage clair et précis qui en facilitent la lecture et la compréhension. Or ici, il n'en est rien et cela prête à confusion. Dans les deux cas, le Code gagnerait à être expurgé de cette locution malheureuse qui s'y est glissée.

⁷¹ Intitulé d'ailleurs « Qualification et expérience professionnelle » est assez mal rédigé, car il ne fait pas état des qualifications et expérience professionnelle dont doivent faire montre les dirigeants de la société, mais plutôt des sanctions qu'ils ne doivent pas avoir encourues antérieurement à leur demande d'agrément.

⁷² Article 328.5 1°.

⁷³ Cette disposition traite des conditions de capacité des personnes habilitées à présenter des opérations d'assurances (art. 501) pour les entreprises d'assurance (de l'article 300).

⁷⁴ Elles renvoient au diplôme requis mentionné sur une liste fixée par la Commission de contrôle des assurances (art. 512, 514 a°) et 515 a°)).

⁷⁵ La doctrine française notamment, Voir, Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, Paris, 12ème édition, 2008, n° 380 et G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN, *Traité de droit commercial. Les sociétés commerciales*, Tome 1, Volume 2, LGDJ, Paris, 18ème édition, 2002, n° 1639.

agrée⁷⁶, au Niger, l'arrêté n° 0070/ME/F/CCRI/DGD du 14 mars 2007 relatif à l'exercice de la profession de commissionnaire en douane et au titulaire de l'autorisation de dédouaner⁷⁷ pose des conditions de diplôme pour être dirigeant d'une société de commissionnaire en douane agréé. Les dirigeants de ces sociétés doivent non seulement être agréés, mais également avoir au préalable une certaine capacité professionnelle. C'est ainsi que l'article 9, alinéa 2, 4^{ème} tiret dispose que les dirigeants doivent, dans leur dossier de demande d'agrément, fournir une copie légalisée du diplôme de déclarant en douane ou d'un diplôme équivalent en transit et/ou en douane et avoir au minimum cinq années d'expérience. A défaut de ce diplôme, il est alors permis de présenter un certificat attestant que le pétitionnaire a exercé pendant au moins dix années une activité relevant du domaine du transit et du dédouanement de marchandises délivrée par une société transit agréée et certifiée par la chambre de discipline des commissionnaires en douane⁷⁸.

La condition de diplôme pour accéder aux fonctions de dirigeants de sociétés peut être aussi bien une condition du droit national que du droit communautaire. Elle concerne ainsi, principalement les professions réglementées. Cependant, il faut relever que cette condition de diplôme est le plus souvent couplée à la condition d'agrément.

2. La condition d'agrément

23. – La condition d'agrément est le plus souvent usitée pour les professions réglementées. En effet, les impératifs de sécurité et parfois d'ordre public, conduisent les autorités du secteur à instaurer un contrôle des intervenants. Ainsi, lorsque ces professions doivent s'exercer dans le cadre d'une société, la condition d'agrément est énoncée parfois seule, tantôt avec couplée avec celle du diplôme ou avec celle des dirigeants. Cela s'observe aussi bien au plan communautaire qu'au plan du droit national.

24. – Tout d'abord, au plan communautaire, s'agissant des sociétés d'assurances, le Code CIMA comporte une disposition spécialement intitulée « agrément des dirigeants » : c'est l'article 329⁷⁹. Curieusement, cet article ne pose pas de façon expresse, l'autorisation à donner aux dirigeants de la société d'assurance⁸⁰, mais plutôt du diplôme que doivent détenir ceux-ci et traite également des fautes ou condamnations dont ils ne doivent pas avoir fait l'objet pour être éligibles au poste de Directeur Général. Si le législateur de la CIMA voulait par cela imposer un agrément au dirigeant de la société d'assurance, il a mal posé son exigence. Cela a été observé par exemple, en droit français, en ce qui concerne les sociétés de sécurité privée. En effet, pour celles-ci, l'ancien texte les réglementant était rédigé à l'identique du texte actuel de l'article 329 du Code CIMA. Alors que la nouvelle rédaction du texte exprime clairement

⁷⁶ Qui est une activité commerciale réglementée par l'AUDCG (art. 169 à 191 et 192 à 207 et plus spécialement art. 206 et 207). Elle sera donc soumise aussi bien au droit commun de l'AUDCG qu'aux dispositions spéciales du droit national.

⁷⁷ JORN n° 7 du 1^{er} avril 2007, p. 280.

⁷⁸ Article 9, dernier aliéna.

⁷⁹ Le non respect des dispositions de l'article 329 est une infraction pénale et est punie comme telle à l'article 333 Code CIMA.

⁸⁰ En réalité au Directeur Général, puisque c'est de lui que traite expressément le texte.

l'exigence de l'agrément des dirigeants et les conditions dans lesquelles celui-ci doit être obtenu⁸¹. C'est cette nouvelle rédaction qui devrait être préférée à celle de l'actuel article 329 du Code CIMA qui pose mal l'exigence de l'agrément des dirigeants en dépit de l'intitulé de la disposition. Plus qu'une condition négative, comme le présente le texte⁸², l'agrément est plutôt un acte positif posé par une autorité investie de ce pouvoir or aucune autorité ne délivre d'agrément aux dirigeants des sociétés d'assurance.

25. – S'agissant des sociétés de banque, l'agrément est obligatoire pour la société. Quant aux dirigeants de ces sociétés, ils ne doivent pas solliciter d'agrément en tant que tel, mais ils doivent répondre à certaines conditions de qualification et d'honorabilité. Ces conditions sont vérifiées à l'occasion de la demande d'agrément pour la société elle-même quand elles doivent déposer la « ... liste des personnes exerçant des fonctions de direction, d'administration ou de gérance de l'établissement de crédit ou de ses agences »⁸³. Toute modification devant être également notifié à la Commission bancaire et copie de la liste est transmise par le greffier en charge du Registre du commerce au procureur de la République⁸⁴. Cette vérification de la capacité professionnelle et de l'honorabilité correspondant à un agrément implicite⁸⁵ comme il est fait en matière de sociétés d'assurance.

26. – Qu'il s'agisse des sociétés d'assurance ou de banque, on le voit, le désir du contrôle des aptitudes professionnelles et de la moralité des dirigeants est omniprésent. Cependant, on peut déplorer que les législateurs CIMA et UMOA n'aient pas clairement posé l'exigence de l'agrément par un acte positif à demander et obtenir auprès des différentes autorités de contrôle des secteurs, contrairement à ce qui se passe au plan national.

27. – Au plan national, l'exigence de l'agrément des dirigeants est clairement posée pour les dirigeants de sociétés de commissionnaire en douane agréé. En effet, l'article 4, point 3 de l'arrêté n° 0070/ME/F/CCRI/DGD du 14 mars 2007 relatif à l'exercice de la profession de commissionnaire en douane et au titulaire de l'autorisation de dédouaner précité, dispose expressément que « les personnes morales doivent obtenir l'agrément pour elles-mêmes et pour toute personne habilitée à les représenter ». Les personnes habilitées à représenter les personnes

⁸¹ Voir. D. PERROUDON, Sécurité privée (Entreprises), Répertoire Droit Pénal et procédure pénale, Dalloz, Paris, 2005, n° 57 et ss.

⁸² En effet, l'article 329, al. 2 dispose que « Ne peuvent, à un titre quelconque, fonder, diriger, administrer, gérer et liquider les entreprises soumises au Contrôle de la Commission Régionale de Contrôle par l'article 300 et, d'une façon générale, les entreprises d'assurance et de réassurance de toute nature et de capitalisation, que les personnes n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation pour crime de droit commun, pour vol, pour abus de confiance, pour escroquerie ou pour délit puni par les lois des peines de l'escroquerie, pour soustraction commise par dépositaire public, pour extorsion de fonds ou valeurs, pour émission de mauvaise foi de chèques sans provision, pour atteinte au crédit de l'Etat membre, pour recel des choses obtenues à l'aide de ces infractions ; toute condamnation pour tentative ou complicité des infractions ci-dessus, ou toute condamnation à une peine d'un an de prison au moins, quelle que soit la nature du délit commis, entraîne la même incapacité. »

⁸³ Article 29, alinéa 1^{er} de la loi bancaire.

⁸⁴ Le manquement à cette obligation de dépôt de la liste ou de sa modification est une infraction pénale et punit comme telle à l'article 72 de la loi bancaire.

⁸⁵ Cf. notamment, L. LHERIAU, Le droit des systèmes financiers décentralisés dans l'Union économique et monétaire ouest africaine, Thèse, Université de Picardie Jules Verne, 2003, n° 1104.

morales ont été désignées à l'article 5, paragraphe 1 de l'arrêté, ce sont « les dirigeants sociaux désignés dans les statuts conformément à l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique⁸⁶ ». La demande d'agrément des dirigeants des personnes morales est présentée par les personnes morales elles-mêmes⁸⁷. L'agrément est accordé par le Ministre chargé des finances⁸⁸.

28. – La condition d'agrément, on le voit, existe aussi bien en droit national qu'en droit communautaire. Mais, dans les deux cas, ce n'est pas le droit commun. L'AUSCGIE, encore une fois n'exige pas d'agrément pour l'accès aux fonctions de dirigeant de société. C'est le droit spécial qui en fait une exigence. Le silence de l'AUSCGIE ne pouvant être considéré comme une défense à l'exigence qui, apparaît en habit d'arlequin, surtout en ce qui concerne le droit communautaire qui ne pose pas expressément l'exigence, mettant en exergue plus la condition liée à la moralité du dirigeant que la demande expresse d'un agrément à obtenir d'une autorité administrative quelconque.

IV. Les conditions d'accès liées à l'honorabilité du dirigeant social

29. – L'exigence de l'honorabilité s'est invitée dans le monde des affaires depuis fort longtemps⁸⁹. Le dirigeant de société, en plus des qualifications professionnelles exigées pour la fonction qu'il doit exercer, doit offrir des garanties de bonne moralité de même qu'il ne doit pas se trouver en conflit avec certaines valeurs éthiques mises en place dans le sens de la protection de certaines professions. Selon les règles mises en place, l'honorabilité du dirigeant sera appréciée tant du point de vue de l'absence de condamnation (A) que du point de vue de l'absence d'incompatibilités (B).

A. L'absence de condamnation

30. – Le candidat dirigeant de société doit avoir une moralité irréprochable. Celle-ci est appréciée aussi bien au plan pénal qu'au plan civil par l'absence de toute condamnation antérieure. Ainsi, d'une part, il ne faudrait pas que son honneur ait été entaché par une condamnation pénale : il se doit donc d'être « pénalement vierge ». D'autre part, il doit être « civilement habile ». Autrement dit, il ne doit avoir été ni interdit ni déchu du droit de diriger une entreprise ou d'exercer le commerce.

1. La condition de « virginité pénale »

⁸⁶ Il faut faire observer que l'article 5 vise l'Acte uniforme du 17 avril 1997, car il a été pris avant la révision de janvier 2014. Il est bien entendu que c'est ce dernier Acte uniforme qui sera désormais visé, quoique cet Acte n'ait pas modifié la nomenclature des dirigeants sociaux.

⁸⁷ Article 9, alinéa 1^{er} de l'arrêté du 14 mars 2007.

⁸⁸⁸⁸ Article 2 de l'arrêté.

⁸⁹ V. Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^{ème} siècle* : Dalloz, Dunod, 2000. - B. LE BARS, « La "moralisation" de la vie des affaires est-elle en cours ? » : *JCP G* 2009, act. 115

31. – La condition de « virginité pénale » posée signifie que le candidat à la direction d'une société ne doit avoir fait l'objet d'aucune condamnation pénale ou, à tout le moins, de condamnation inscrite au casier judiciaire⁹⁰. L'honorabilité se mesure ainsi à l'aune de l'absence de toute condamnation pénale⁹¹. Cette condition de « virginité pénale » est posée tant par l'AUSCGIE, que par certains textes. En effet, on retrouve, au plan communautaire, des textes soumettant l'accès aux fonctions de dirigeant de société à l'absence de condamnation pénale du candidat aux fonctions, si ce n'est à l'absence de toute poursuite pénale. Cette condition est exigée aussi bien en droit financier qu'en droit des assurances. Nous examinerons successivement les deux matières.

32. – S'agissant, du droit financier, il faut distinguer les sociétés de banque et les acteurs du marché financier régional de l'UMOA.

Tout d'abord, en ce qui concerne les banques, il faut noter que la création d'une société de banque⁹² est subordonnée à l'introduction d'une demande d'agrément auprès des autorités chargées du contrôle de l'activité bancaire⁹³. Cet agrément est donné sous le respect de certaines conditions, parmi lesquelles l'honorabilité des personnes appelée à diriger la société de banque en question. En effet, l'article 15, alinéa 3 de la loi précise expressément que des renseignements sont pris sur « l'honorabilité » des « personnes appelées à diriger, administrer ou gérer l'établissement de crédit et ses agences ». Plus loin, l'article 26, alinéa 1^{er} de la loi uniforme bancaire pose une interdiction « de plein droit » « de diriger, administrer ou gérer un établissement de crédit ou une de ses agences » lorsqu'on a fait l'objet d'une « condamnation pour crime de droit commun, pour faux ou usage de faux en écriture publique, pour faux ou usage de faux en écriture privée, de commerce ou de banque, pour vol, pour escroquerie ou délits punis des peines de l'escroquerie, pour abus de confiance, pour banqueroute, pour détournement de deniers publics, pour soustraction par dépositaire public, pour extorsion de fonds ou valeurs, pour corruption, pour émission de chèques sans provision, pour infraction à la réglementation des relations financières extérieures, pour infraction à la législation contre le blanchiment de capitaux, pour atteinte au crédit de l'Etat ou pour recel de choses obtenues à l'aide de ces infractions, ou toute condamnation pour infraction assimilée par la loi à l'une de celles énumérées ci-dessus... ». L'alinéa 2 du texte étend les mêmes interdictions à la tentative et à la complicité.

33. – Ensuite, en ce qui concerne les sociétés intervenantes du marché financier, les règles sont posées par le Règlement général⁹⁴ du Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers (CREPMF) et par les différents textes subséquents sachant que le droit bancaire n'est

⁹⁰ Il est relevé que le casier judiciaire « permet de rapporter la preuve de sa moralité par le jeu des incapacités et déchéances », V. M. GIACOPELLI, « Casier judiciaire », Répertoire Pénal, Dalloz, 2007, n° 2.

⁹¹ V. D. PERROUDON, Sécurité privée (Entreprises), op. cit., n° 63.

⁹² Qui doit avoir la forme d'une société anonyme pluripersonnelle, la forme unipersonnelle étant prohibée (Article 31 de la loi bancaire).

⁹³ Article 2, alinéa 3, article 4, alinéa 1^{er} et articles 13 à 24 de la loi bancaire.

⁹⁴ Décision N°001/97 du Conseil des Ministres de l'U.M.O.A. en sa session du 28 novembre 1997 portant adoption du Règlement Général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier Régional de l'U.M.O.A., ci-après le Règlement Général.

pas applicable à ces acteurs⁹⁵. Ainsi, l'article 7 du règlement fixe les acteurs du marché financier régional. Ce sont les structures de marché et les intervenants commerciaux. Les premières sont la bourse régionale des valeurs mobilières (BRVM) et le Dépositaire Central/Banque de règlement⁹⁶. Les seconds sont les Sociétés de Gestion et d'Intermédiation (SGI), les Sociétés de Gestion de Patrimoine (SGP), les Conseils en Investissements Boursiers, les Apporteurs d'Affaires et les Démarcheurs. Ils sont agréés par le Conseil Régional⁹⁷.

34. – S'agissant de ces intervenants, l'exigence de la « virginité pénale » des dirigeants sociaux n'est pas posée de la même manière pour tous. Ainsi, elle est soit expresse, soit tacite. Pour l'exigence expresse de la « virginité pénale » des dirigeants sociaux, seules les SGI et les Fonds Commun de titrisation sont concernés. Pour tous les autres intervenants, cette exigence est tacite.

35. – En ce qui concerne, tout d'abord, la société de Gestion et d'intermédiation, qui doit obligatoirement être une SA⁹⁸, l'article 27 du Règlement général dispose que « *Pour l'examen de leur demande d'agrément, les sociétés postulantes doivent présenter des garanties suffisantes, notamment en ce qui concerne (...), l'honorabilité et l'expérience de leurs dirigeants ...* ». L'article 32 pose clairement l'interdiction de diriger⁹⁹ lorsqu'on a « *encouru* » une condamnation pénale à titre principal ou en tant que complice ou même tenté de commettre une infraction de droit commun qualifié délit ou crime¹⁰⁰. A ce titre, l'article 2 (e) de l'Instruction n° 4/97 relative à l'agrément des Sociétés de Gestion et d'Intermédiation (SGI)¹⁰¹ dispose que le dossier de demande d'agrément d'une Société de Gestion et d'Intermédiation adressé au Conseil Régional doit comprendre « *la liste des dirigeants sociaux et leurs casiers judiciaires (...)* ».

Cette interdiction de diriger, administrer ou de gérer se pose pratiquement dans les mêmes termes pour les Fonds Communs de Titrisation de Créances. En effet, ceux-ci doivent être créés sous la forme de SA avec conseil d'administration¹⁰² et leurs dirigeants (ainsi que leurs actionnaires d'ailleurs) doivent avoir une moralité irréprochable. Ainsi, le paragraphe 4 de l'article 2 de l'Instruction n° 44/2010, intitulé « Moralité des actionnaires et dirigeants

⁹⁵ Article 11 4) de la loi bancaire UMOA et article 14, alinéa 2 du Règlement Général du CREPMF.

⁹⁶ L'article 12 du Règlement général dispose qu'ils doivent être constitués sous la forme de Société anonyme.

⁹⁷ Et les deux derniers intervenants peuvent être des personnes physiques.

⁹⁸ Article 30 du Règlement Général.

⁹⁹ Article 32 du Règlement Général : « Ne peuvent être actionnaires, dirigeants sociaux ou administrateurs d'une société postulant en qualité de SGI, les personnes physiques ayant encouru, dans un pays quelconque, une ou plusieurs condamnations pour crime ou délit de droit commun, tentative, complicité ou recel pour : a) faux en écriture ou usage de faux ; b) escroquerie, abus de confiance, détournement de deniers publics, extorsion de fonds ou de valeurs et actes de faux monnayage ; c) infraction aux législations bancaires et des changes ; d) ou, de manière générale, toute condamnation pour des crimes ou délits assimilés à l'un quelconque de ceux énumérés ci-dessus ».

¹⁰⁰ L'interdiction s'adresse aussi bien aux dirigeants qu'aux actionnaires. Noter que cet article fait une distinction entre dirigeants sociaux et administrateurs.

¹⁰¹ Du 29 novembre 1997.

¹⁰² Article 2 paragraphe 1 de l'Instruction n° 44/2010 du 1 août 2010 relative à l'agrément des sociétés de gestion de fonds commun de titrisation de créances sur le marché financier régional de l'UMOA.

sociaux », dispose que ne peuvent être actionnaires ou dirigeants sociaux ou administrateurs les personnes physiques ayant *encouru*¹⁰³ une ou des condamnations pénales¹⁰⁴.

36. – En ce qui concerne, ensuite, les autres intervenants, les textes posent l'exigence de la « virginité pénale » des dirigeants sociaux de manière tacite. En effet, il n'y a pas, *expressis verbis*, d'interdiction de diriger, d'administrer ou de gérer une telle structure pour ceux qui ont *encouru* une condamnation pénale. Néanmoins, parmi les pièces demandées lors du dépôt de demande d'agrément, figure le casier judiciaire des dirigeants sociaux. Or, il ne fait pas de doute que lorsque cette pièce est demandée c'est bien pour vérifier si le candidat n'a pas fait l'objet de condamnation pénale et pouvoir juger ainsi de son honorabilité ou de sa bonne moralité. C'est ainsi que l'article 2 (d) de l'Instruction n° 3/97 relative à l'agrément du Dépositaire Central/Banque de Règlement dispose que le dossier de demande d'agrément adressé au Conseil Régional doit comprendre « *la liste des dirigeants sociaux et leurs casiers judiciaires (...)* ». Il en est de même pour les Organismes de Placement Collectif en Valeurs Mobilières (OPCVM) à l'article 2 (4) (a) de l'instruction n° 22/99 relative à l'agrément des organismes de placement collectif en valeurs mobilières et à l'information du public du 2 juillet 1999.

37. – S'agissant du droit des assurances, le Code CIMA, en son article 328-4 paragraphe f, alinéa 2, pose de façon tacite l'exigence de la « virginité pénale » du dirigeant. En effet, il est question à cet article de la production d' « un extrait de casier judiciaire datant de moins de trois (3) mois ou un document équivalent (...) ». La même exigence est requise du dirigeant d'une entreprise étrangère (article 328-7)¹⁰⁵. L'exigence expresse de la « virginité pénale » est posée par l'article 329, alinéa 2¹⁰⁶. Ainsi, ne peut « à un titre quelconque, fonder, diriger, administrer, gérer ou liquider une entreprise d'assurance de toute nature s'il a fait l'objet d'une condamnation pénale¹⁰⁷. L'article 333 érige en infraction pénale le non respect de cette condition¹⁰⁸.

¹⁰³ Le verbe « encourir » ici est-il opportun ? Dans la mesure où la condamnation n'a pas été prononcée. La législation si telle est l'esprit qu'a voulu le législateur, est bien dure vis-à-vis des futurs actionnaires et/ou dirigeants de ces sociétés.

¹⁰⁴ « Ne peuvent être actionnaires, dirigeants sociaux ou administrateurs d'une société postulant en qualité de FCTC, les personnes physiques ayant encouru, dans un pays quelconque, une ou plusieurs condamnations pour délits économiques et financiers ou délit de droit commun, tentative, complicité ou recel pour faux en écriture ou usage de faux, vol, escroquerie, abus de confiance, détournement de deniers publics, extorsion de fonds ou de valeurs et actes de faux monnayage ou, de manière générale, toute condamnation pour des crimes ou délits assimilés à l'un quelconque de ceux énumérés ci-dessus ».

¹⁰⁵ A noter qu'à défaut de l'extrait de casier judiciaire, il est demandé « ...une déclaration solennelle faite devant une autorité compétente ou un notaire, aux termes de laquelle il affirme ne pas avoir fait, à l'étranger, l'objet d'une condamnation qui, si elle avait été prononcée par une juridiction nationale serait inscrite au casier judiciaire (...) ».

¹⁰⁶ Disposition, dont il faut signaler, au passage, l'écriture laborieuse. Voir notamment A.-M. ASSI ESSO, J. ISSA-SAYEGH, et J. LOHOUES-OBLE op. cit., n° 117 et ss.

¹⁰⁷ L'article 329 du Code énumère les infractions fermant la voie à toute direction de société d'assurance. A remarquer que l'article débute avec l'interdiction de « fonder » une entreprise d'assurance. Ainsi, au-delà même de la fonction de dirigeant social, c'est la qualité même d'associé d'une société d'assurance qui est déniée au délinquant.

¹⁰⁸ Peine d'emprisonnement de six mois à deux ans et une amende de 300 000 à 3 000 000 F CFA ou de l'une de ces peines seulement.

38. – « La virginité pénale » du candidat aux fonctions de dirigeant social de ces sociétés est donc clairement posée par le droit. Cependant, on peut voir qu'elle n'a pas la même portée. En effet si le droit bancaire et le droit des assurances ferment la porte aux fonctions de dirigeant social à ceux ayant « *fait l'objet* » d'une condamnation pénale, le droit financier ferme cette porte à ceux ayant « *encouru* » une condamnation pénale. Le législateur du droit financier a-t-il voulu entendre par là étendre la portée de la « virginité pénale » du candidat dès les tous premiers soupçons du défaut d'honorabilité des candidats à la fonction ou est-ce là une écriture qui va au-delà de la pensée du législateur ?

En l'absence non seulement de travaux préparatoires, mais aussi de jurisprudence et de doctrine en la matière, nous pouvons retenir au moins l'interprétation suivante considérant qu'à s'en tenir à la lettre de la loi, il est clair que le candidat aux fonctions de dirigeant social sera évincé chaque fois qu'il est établi qu'il a fait l'objet de poursuites pénales¹⁰⁹ pour les faits énumérés par la loi, *a fortiori* lorsqu'il a fait l'objet d'une condamnation pénale. Si l'on retient par contre, très difficilement, pensons-nous, que le législateur en écrivant « encouru » au lieu de « fait l'objet » d'une condamnation pénale, est allé au-delà de ce qui était nécessaire pour fermer la porte aux fonctions de dirigeant social, on peut y voir là une tendance se coulant dans le moule général de l'exigence de cette « virginité pénale » dans l'ensemble du droit positif conforme à une position dominante y compris dans le droit financier lui-même, car dans les autres cas d'exigence tacite, on l'a vu il est demandé « un extrait de casier judiciaire ». Or ne sont inscrits au casier judiciaire que les condamnations. Cependant, la question qu'il y a lieu de se poser c'est de savoir quelle position est plus conforme à l'exigence de moralité ou d'honorabilité exigée de la vie des affaires, ou encore dans une proportion plus restrictive, des candidats aux fonctions de dirigeant social d'entreprise ? Ou alors faut-il penser que le législateur financier a voulu créer une gradation dans le degré de pureté exigées pour les entreprises en exigeant, pour certaines, des dirigeants possédant une moralité à la pureté de diamant et, pour d'autres, des dirigeants à une honorabilité, non pas douteuse, mais plus ou moins acceptable, car aucune trace de condamnation ne transparaissant dans le casier judiciaire ?

39. – Enfin, ce que les textes ne disent pas, c'est si la porte aux fonctions de dirigeant social est définitivement fermée aux candidats ayant fait l'objet de poursuites ou de condamnation pénale. En l'état des choses, ne peut-on y voir une atteinte aux libertés fondamentales¹¹⁰ des individus¹¹¹ ? De plus, en pratique, comment être sûr de la « virginité pénale » du candidat aux fonctions de dirigeant social dans des contextes où le service du casier judiciaire fonctionne peu

¹⁰⁹ Quid de la présomption d'innocence ? D'autant que pour les personnes concernées, le casier judiciaire est exigé. Or le Casier judiciaire ne fait mention que des décisions de condamnation (Article 706 du Code de procédure pénale au Niger).

¹¹⁰ Notamment la liberté de commerce et d'industrie.

¹¹¹ Il faut faire observer que, ni le Code pénal nigérien, ni l'AUSCGIE, et encore moins l'AUPCAP, ne contiennent des dispositions relatives au relèvement de ces infractions. Cependant, on retrouve les dispositions sur le relèvement, uniquement pour le commerçant dans l'AUDCG. L'AUPCAP, pour sa part, en son article 207, prévoit même que « Ne sont point admises à la réhabilitation les personnes condamnées pour crime ou délit, tant que la condamnation a pour conséquence de leur interdire l'exercice d'une profession commerciale, industrielle ou artisanale. »

ou prou¹¹² et dans un contexte où, la corruption aidant, on peut s'offrir une « virginité pénale » ? La porosité du système permettant de garantir l'honorabilité des candidats aux fonctions de dirigeant social ne permet pas en effet d'être absolument sûr que le candidat à ces fonctions est celui que l'on pense être à même de conduire aux destinées de la société en question. De plus, qu'en est-il de l'effectivité même des règles posées ? Un casier judiciaire vierge est-il gage de bonne moralité¹¹³ ? Quid si en cours de direction le dirigeant se pose comme non apte « moralement » à conduire les affaires de la société ? La loi aura-t-elle atteint son but ? Celui, notamment de mettre la société et au-delà de la société, les actionnaires, les créanciers ou, tout simplement, les parties prenantes, à l'abri de dirigeant non honorable ? En dépit de la pénalisation de certains comportements prévus tant par le droit OHADA des sociétés que par certaines dispositions du droit communautaire des affaires, on peut se demander quelle est la place de la moralisation des affaires en droit communautaire africain des affaires. La jurisprudence a certainement un rôle à jouer dans l'encadrement de cette restriction aux fonctions de diriger et/ou d'administrer une société commerciale.

40. – En tout état de cause, il faut dire aussi que l'honorabilité du candidat aux fonctions de dirigeant social n'est pas seulement mesurée en fonction de sa « virginité pénale ». Il faut également que le candidat n'ait pas été victime d'une sanction civile. Il doit donc également être civilement vierge.

2. La condition de virginité civile

41. – A la différence de la « virginité pénale » qui concerne le candidat aux fonctions de dirigeant social pour une première candidature, cette condition, concernera le candidat qui est déjà dirigeant et devrait postuler à un autre poste de dirigeant, sous réserve des règles sur le cumul des mandats sociaux. Ainsi, le candidat aux fonctions de dirigeant social doit faire preuve de « virginité civile », c'est-à-dire qu'il ne doit pas avoir fait l'objet de condamnation civile par une décision d'interdiction ou de déchéance du droit de diriger, d'administrer ou de gérer une société prononcée par une juridiction étatique ou même professionnelle.

42. – Ces sanctions qui frappent le dirigeant sont prononcées à l'occasion des procédures collectives. Ainsi, l'article 203, alinéa 1^{er}, premier tiret, de l'AUPCAP¹¹⁴ fait produire de plein droit à la faillite personnelle « l'interdiction générale de faire le commerce et notamment de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale ayant une activité économique ». Le dirigeant social qui est frappé de cette sanction ne peut plus diriger une société commerciale, quelle qu'elle soit. Cette sanction a un

¹¹² Défaut de renseignement des fiches de condamnation, lié lui-même au retard dans la rédaction des décisions de condamnation, manque de personnel, désorganisation du système de renseignement des fiches, etc...

¹¹³ Voir dans le même sens, J.-P. COURTOIS, Rapport au nom de la commission des lois du Sénat, n° 36, 30 oct. 2002, titre V, soulignant que « La simple production du bulletin n° 2 du casier judiciaire n'est pas jugée suffisante pour garantir l'honorabilité des personnels », cité par D. PERROUDON, Sécurité privée (Entreprises), op. cit., n° 56.

¹¹⁴ Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif.

champ d'application beaucoup plus large que celles spéciales du droit financier ou des assurances. En effet, les règles spéciales réglementant ces professions ne prévoient pas de mesures d'interdictions ou de déchéances. C'est donc le droit commun des procédures collectives qui sera applicable dans la mesure de son applicabilité aux sociétés intervenant dans ces secteurs réglementés¹¹⁵.

43. – Cependant, contrairement aux restrictions pénales à la fonction de dirigeant social, cette restriction civile intervient après coup. C'est-à-dire qu'elle ne concerne pas le candidat qui n'a jamais dirigé et qui se présente à une fonction de dirigeant de société, mais frappe celui qui est déjà dirigeant et lui interdit désormais d'être candidat à une fonction de dirigeant dans une société.

44. – Néanmoins, en ce qui concerne les entreprises d'assurances, cette interdiction peut intervenir pour fermer l'accès aux fonctions de dirigeant social. Ainsi, selon l'article 329, alinéa 2 ne peuvent être dirigeant d'une entreprise d'assurance, les personnes ayant fait l'objet de « (...) condamnation pour crime de droit commun, pour vol, pour abus de confiance, pour escroquerie ou pour délit puni par les lois des peines de l'escroquerie, pour soustraction commise par dépositaire public, pour extorsion de fonds ou valeurs, pour émission de mauvaise foi de chèques sans provision, pour atteinte au crédit de l'Etat membre, pour recel des choses obtenues à l'aide de ces infractions (...) »¹¹⁶. La même interdiction frappe « les faillis non réhabilités¹¹⁷, les administrateurs, directeurs généraux des sociétés d'assurance et assimilés ayant fait l'objet d'un retrait d'agrément »¹¹⁸. Enfin, la même interdiction frappe « toute personne condamnée pour infraction à la législation ou à la réglementation des assurances ».

45. – La restriction est limitée dans le temps au contraire de la restriction pénale qui semble être perpétuelle. En effet, l'article 203, alinéa 2 dispose que la juridiction qui prononce la faillite personnelle en fixe la durée¹¹⁹ et l'alinéa 3 conclut en disposant que « *les déchéances, incapacités et interdictions résultant de la faillite personnelle cessent, de plein droit, au terme fixé* ».

46. – Au total, le candidat aux fonctions du dirigeant de société doit être exempt de toute suspicion du point de vue de sa bonne moralité. Et cette bonne moralité se prouve par la preuve

¹¹⁵ L'article 916 de l'AUSCGIE permet l'application des statuts particulier et ainsi, pour les sociétés de banques par exemple, la loi bancaire comporte un Titre VIII relatives aux dispositions applicables en cette matière ; il en de même pour les sociétés d'assurances aux articles 321 à 325-14 (V. A.-M. ASSI ESSO, J. ISSA-SAYEGH, et J. LOHOUES-OBLE op. cit., n° 208 et ss).

¹¹⁶ A noter que toute condamnation pour tentative ou complicité des infractions de l'alinéa 2, ou toute condamnation à une peine d'un an de prison au moins, quelle que soit la nature du délit commis, entraîne la même incapacité.

¹¹⁷ V. A.-M. ASSI ESSO, J. ISSA-SAYEGH, et J. LOHOUES-OBLE op. cit., loc. cit. Le code CIMA étant intervenu avant l'Acte uniforme OHADA sur les procédures collectives, le mot faillite doit être entendu comme la procédure ouverte après cessation des paiements pour liquider les biens du débiteur (liquidation des biens) et non comme la procédure des déchéances civiles et professionnelles.

¹¹⁸ Article 329, alinéa 3.

¹¹⁹ Qui ne peut être inférieure à trois (3) ans et supérieure à dix (10) ans.

de sa « virginité » aussi bien sur le plan pénal que sur le plan civil. Cependant, on peut douter que les mécanismes mis en place actuellement par le droit positif soit à même de porter tous les espoirs. En effet, aussi bien sur la « virginité pénale » que la sur « virginité civile » dont doit faire montre le candidat aux fonctions de dirigeant social, la production du casier judiciaire seul ne peut suffire. Les condamnations civiles par exemples, n'y sont pas toutes inscrites à moins qu'elles ne soient des peines complémentaires à des sanctions pénales. En outre, on peut bien être notoirement de mauvaise moralité sans être l'objet d'aucune condamnation inscrite au casier judiciaire. En ce moment là comment mettre les investisseurs à l'abri du « mauvais » dirigeant de société ? Ne faudrait-il pas alors faire recours à d'autres outils de mesure de la garantie de la bonne moralité ou honorabilité du candidat aux fonctions de dirigeant de société, notamment l'enquête de moralité ?

En tout état de cause, le législateur qu'il soit de l'OHADA ou de l'UEMOA, de la CIMA et même du CREPMF, tend vers le développement d'une sorte d'éthique des affaires¹²⁰. Il s'agit de protéger les investissements privés en les entourant d'un minimum de protection à travers les dirigeants de sociétés.

B. L'absence d'incompatibilités

47. – Les incompatibilités, ici sont celles qui tiennent à la protection de la profession. Ainsi, comme l'a souligné le Pr Sortais, « les incompatibilités s'expliquent par le souci du législateur d'éviter, de la part de certains professionnels, le cumul d'activités qui pourrait fournir l'occasion de détournements de pouvoirs ou de fautes contre la déontologie professionnelle¹²¹ ». Alors que pour Delebecque et F. J. Pansier les « incompatibilités sont, en général, le résultat de préoccupations déjà anciennes, justifiées par le désir d'assurer l'indépendance de certaines professions, de certains postes administratifs ou mandats électifs »¹²². Dans les deux cas, il s'agit d'éviter que les fonctions de dirigeant de société soient cumulées avec d'autres fonctions. Aussi, il s'agira ici de traiter aussi bien des incompatibilités de fonctions mais également des interdictions de cumuls de postes de dirigeants.

1. Les incompatibilités de fonctions

48. – Le candidat aux fonctions de dirigeant social doit être dans une position où il ne fait pas l'objet d'incompatibilités en raison d'une profession déjà occupée. En effet, la fonction de dirigeant social n'est pas toujours une profession en soi, on peut donc avoir une profession et être dirigeant de société. Cependant, des textes divers établissent des incompatibilités entre les professions ou entre les fonctions occupées. Ces incompatibilités sont édictées dans le but,

¹²⁰ J. DELGA, « Ethique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise », *Dalloz* 1999 p. 397 ; N. DION, « Entreprise, espoir et mutation », *Dalloz* 2001, n° 4 et P. NGUIHE KANTE, « A 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. 11.

¹²¹ J.-P. SORTAIS, « Constitution des sociétés », in Rép. Dalloz, Sociétés, 2004, n° 95.

¹²² P. DELEBECQUE et F. -J. PANSIER, « Administrateur », in Rép. Dalloz, Sociétés, 2003, n° 65

soit de préserver une certaine éthique dans la profession pour laquelle l'incompatibilité est édictée, soit de protéger l'accomplissement avec professionnalisme de l'activité considérée¹²³.

49. – L'AUSCGIE ne comporte pas de règles d'incompatibilités spécifiques aux fonctions de dirigeant social en dehors de celle édictée pour les commissaires aux comptes¹²⁴. Cependant, l'article 7 de l'AUSCGIE dispose qu'« *une personne physique ou morale ne peut être associée dans une société commerciale lorsqu'elle fait l'objet d'une interdiction, incapacité ou incompatibilité prévue par une disposition légale ou réglementaire*¹²⁵ ». Autrement dit, ne peut être associé d'une société commerciale, celui qui fait l'objet d'interdiction ou d'incompatibilité visée par tout texte.

50. – L'on peut néanmoins se poser légitimement la question de savoir si l'article 7 de l'AUSCGIE fait expressément référence aux incompatibilités de l'AUDCG ou à celles spécialement édictés en matière de sociétés. Autrement dit, les incompatibilités édictées pour l'exercice d'une profession commerciale sont elles les mêmes que celles qui peuvent l'être pour l'associé d'une société commerciale ? Deux interprétations peuvent être données.

51. – La première consistera, *a priori*, à répondre par l'affirmative. En effet, prenant argument que dans l'ancienne rédaction de l'article 7, il était fait expressément référence aux incompatibilités de l'AUDCG. Le législateur de janvier 2014 ayant supprimé cette référence expresse, on peut y voir une volonté libérale du législateur d'ouvrir encore plus la qualité d'associé de société à plus de professions en excluant les incompatibilités de l'AUDCG¹²⁶. De plus, la qualité d'associé de société doit être distinguée de celle de commerçant, sauf dans les sociétés de personne¹²⁷, où les associés ont la qualité de commerçant du seul fait de l'appartenance à une telle société. Dans ces conditions, il y a lieu de rechercher les incompatibilités dans l'AUSCGIE. Or, on relève que l'AUSCGIE n'édicte aucune interdiction ou incompatibilité professionnelle avec la qualité d'associé de société, a fortiori, de dirigeant de société hormis celles édictées à l'encontre du commissaire aux comptes de la société¹²⁸. Il faut donc rechercher dans le droit national de chaque Etat partie de l'OHADA, les situations d'incompatibilité prévues par les dispositions légales ou réglementaires. Ainsi, par exemple, sans être exhaustif, au Niger, en dehors de la loi sur la profession d'avocat, tous les autres textes restent ambigus sur la possibilité de diriger ou non des sociétés. C'est ainsi que l'exercice de la profession d'avocat est incompatible avec « les fonctions de direction de toutes sociétés à l'exception de gérant de sociétés civiles ayant pour objet la gestion d'intérêts professionnels ou familiaux (...), les fonctions (...) de gérant d'une société à responsabilité limitée, de président du conseil d'administration, membre du directoire ou directeur général d'une société anonyme, de gérant d'une société civile à moins que celle-ci n'ait pour objet la gestion d'intérêts professionnels ou familiaux, sous le contrôle du conseil de l'ordre qui peut demander tous renseignements nécessaires ; les fonctions de membres de conseil d'administration ou de

¹²³ Voir notamment, V.-E. BOKALLI, « Commerçant », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 532, n° 49 et J.-C. PAGNUCCO, *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 130-20 : ADMINISTRATION, n° 69.

¹²⁴ Article 698 et 699 et ss. et article 330-27 du Code CIMA.

¹²⁵ L'ancien article 7, visait expressément l'AUDCG en ce qui concerne les incompatibilités.

¹²⁶ Voir cependant, en sens contraire, B. NJOYA NKAMGA, *op. cit.*, p. 637, n° 21 et ss.

¹²⁷ Notamment la SNC et la SCS pour les associés commandités.

¹²⁸ Voir supra, n° 49.

surveillance de sociétés commerciales (...)»¹²⁹ ». S'agissant des notaires, l'article 18 de la loi n° 98-06 dispose que « les fonctions de notaires sont incompatibles avec toute fonction publique ou tout emploi privé¹³⁰ ». Quant aux huissiers de justice, il est disposé également que « les fonctions d'huissier de justice sont incompatibles avec toute activité commerciale ou réputée telle par la loi et, sous réserve des prescriptions des lois spéciales, avec toute mission confiée par justice, notamment celle d'expert ou d'arbitre-rapporteur¹³¹ ». Or, on relève, à titre de droit comparé que les incompatibilités de diriger ou, à tout le moins, d'être associé d'une société commerciale, sont édictées pour ces professions en droit français¹³². Dans le droit communautaire, on relève que l'article 16 de l'Acte additionnel A/SA. 1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la CEDEAO du 16 avril 2010¹³³ édicte une incompatibilité de membre des autorités de protection avec la fonction de dirigeants de sociétés¹³⁴.

52. – La seconde interprétation prend le contre-pied de la première. On peut ainsi penser que le législateur de 2014 a voulu, par la suppression de la référence expresse aux incompatibilités de l'AUDCG, ne pas vouloir limiter la recherche des incompatibilités et penser que l'AUDCG est inclus dans la formule « ...disposition légale ou réglementaire ». En effet, les Actes uniformes sont intégrés dans le droit interne des Etats-parties et deviennent par là même des dispositions directement applicables¹³⁵. Mais demeure alors la question de leur nature juridique véritable dans le droit interne¹³⁶. L'article 5 du Traité de l'OHADA qui dispose que les actes pris pour l'adoption des règles communes en vue d'harmoniser le droit des affaires sont qualifiés « actes uniformes » ne donne pas plus de précision sur la nature juridique de ceux-ci. Si le caractère supranational des Actes uniformes ne fait plus aucun doute, leur nature juridique véritable reste encore à déterminer de façon définitive. Peuvent-ils être qualifiés de dispositions législatives et

¹²⁹ Article 53 de la loi n° 2004-42 du 8 juin 2004 réglementant la profession d'avocat, JORN, spécial n° 14 du 20 août 2004, p. 1018. Il faut relever que contrairement aux prescriptions de cet article, les organes tels que « Directoire » ou « Conseil de surveillance » n'ont pas été prévus comme modes d'administration et/ou de gestion et de direction de la société anonyme par l'AUSCGIE de l'OHADA. On peut s'étonner que cette loi en fasse état alors qu'elle est intervenue sous l'empire de l'AUSCGIE de l'OHADA adopté en 1997 entré en vigueur en 1998. En effet, l'article 414 de l'AUSCGIE ne prévoit que deux modes d'administration de la SA. L'administration avec un Conseil d'administration et l'administration avec administrateur général. Dans le premier cas, cette formule peut se subdiviser en deux autres modes de direction de la société : avec un président directeur général qui est également président du conseil d'administration ou avec un président du Conseil d'administration et un directeur général. Le second mode d'administration s'impose lorsque le nombre d'actionnaires n'est pas supérieur à trois.

¹³⁰ Loi n° 98-06 du 29 avril 1998, portant statut des notaires, JORN n°13 du 1^{er} juillet 1998.

¹³¹ Article 2, première phrase de la loi n° 96-002 du 10 janvier 1996, portant statut des huissiers de justice, JORN n°04 du 15 février 1996.

¹³² Pour les notaires, l'article 13, 2° du décret n° 45-0117 du 19 décembre 1945 interdit aux notaires "*de s'immiscer dans l'administration d'aucune société ou entreprise de commerce ou d'industrie*", sauf dérogation pour la participation au conseil d'administration ou au conseil de surveillance d'une société par action. Disposition introduite par le décret n° 86-728 du 29 avril 1986, qui a ajouté un article 13-1 au décret du 19 décembre 1945. Cependant, il est prévu que le notaire ne peut, lorsqu'il exerce des fonctions d'administrateur, instrumenter pour le compte de la société. Pour aller plus loin, V. notamment, J.-C. PAGNUCCO, op. cit., n° 70 et ss.

¹³³ JORN spécial n°3 du 8 février 2013.

¹³⁴ Article 16 de l'Acte Additionnel « la qualité de membre d'une autorité de protection est incompatible avec la qualité de membre du Gouvernement, de l'exercice des fonctions de dirigeants d'entreprise, de la détention de participation dans les entreprises du secteur de l'informatique ou des télécommunications ».

¹³⁵ Article 10 du Traité de l'OHADA.

¹³⁶ Voir, sur la question, les interrogations de D. ABARCHI, « La supranationalité de l'OHADA », *Revue burkinabé de droit*, n° 37, 2000 ; *Revue internationale de droit africain EDJA*, n° 44, janvier-mars 2000, p.7 ; Ohadata D-02-02 ; P.-G. POUGOUE et alii, « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 23, n° 3 et ss. et A. OUATTARA, « De la nature juridique des Actes uniformes de l'OHADA, *Actualités juridiques, Revue mensuelle de l'AIDD*, n° 20, octobre 2001, p. 9 ; Ohadata D-02-08.

réglementaires, car ils s'introduisent dans le droit interne et sont directement applicables¹³⁷ ? Il a été soutenu avec justesse que les Actes uniformes, par leur procédure d'élaboration, opèrent un transfert de la souveraineté législative nationale à l'OHADA¹³⁸. En effet, selon cet auteur, « les dispositions des Actes uniformes déterminent, non seulement les principes généraux d'une matière qui relèvent du pouvoir législatif, mais également les modalités d'application de celle-ci qui relèvent, normalement, du pouvoir réglementaire »¹³⁹. On pourrait donc en conclure, sans dire que les Actes uniformes sont des dispositions législatives et réglementaires, car ne provenant pas des institutions internes de production de normes, qu'ils en ont la nature, en tout cas au plan interne. Au surplus, leur application et leur interprétation relèvent des juridictions internes sauf en cassation où la CCJA a une compétence exclusive¹⁴⁰. Aussi, au vu de tout ce qui précède, peut-on avancer que les incompatibilités de l'AUDCG sont à prendre en compte, car l'AUDCG peut être considéré comme une disposition législative et réglementaire à la fois. Ainsi, l'article 8 de l'AUDCG¹⁴¹ qui pose le principe des incompatibilités de l'exercice de l'activité commerciale sera-t-il applicable. Par le truchement de ce renvoi, il est appliqué donc aux associés de sociétés commerciales et, partant, aux dirigeants associés.

53. – Cependant, même si la dernière interprétation est retenue, ne faut-il pas considérer qu'il y a une troisième voie ? Ce serait celle qui consistera à considérer que, dans tous les cas, à partir de l'instant où le législateur a supprimé la référence expresse aux incompatibilités de l'AUDCG dans le nouveau texte, on pourrait y voir là une volonté manifeste de ne plus en tenir compte. Désormais, ne doit être retenues que les incompatibilités expressément édictées pour les fonctions de dirigeants sociaux dans la mesure où les incompatibilités de l'AUDCG ne concerne pas spécialement les dirigeants de sociétés mais celles relatives à l'exercice de l'activité commerciale. Pour notre part, nous pensons que c'est cette voie qui doit être privilégiée, puisqu'elle est, au regard du droit comparé, plus conforme à l'évolution générale en matière d'incompatibilités avec les fonctions de direction des sociétés.

54. – Le candidat dirigeant « professionnellement compatible », peut accéder à la fonction de dirigeant social. Toutefois, il n'en est pas moins exonéré du respect des règles relatives au cumul de mandat de dirigeant.

2. Le non cumul de mandat

55. – Le candidat aux fonctions de dirigeant de société ne doit pas se trouver en situation de cumul de mandats. Selon certains auteurs, la limitation du nombre de mandats de dirigeants que l'on peut avoir a été édictée « pour que les administrateurs puissent assurer une gestion

¹³⁷ Sans passer par le truchement d'une règle d'application.

¹³⁸ J. ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Revue de droit uniforme*, UNIDROIT-Rome, 1999-1, p. 5. ; Ohadata D-02-11, n° 33 et « L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc », Penant n° 823, 1997, p. 5 et ss ; n° 824, p. 125 et ss. ; Ohadata D-02-12, n° 116.

¹³⁹ J. ISSA-SAYEGH, « L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc », op. cit., loc. cit.

¹⁴⁰ Article 14 du Traité.

¹⁴¹ En effet, l'alinéa 1^{er} de cet article dispose que « Nul ne peut exercer une activité commerciale lorsqu'il est soumis à un statut particulier établissant une incompatibilité. ». L'alinéa 2 poursuit en disposant qu' « il n'y a pas d'incompatibilité sans texte ». Aussi, revient-il au droit national de chaque Etat-partie de définir les catégories professionnelles pour lesquelles les incompatibilités sont édictées. Ainsi, l'incompatibilité résulte, soit d'un statut particulier établi par le droit national ou de l'énumération de l'article 9 de l'Acte uniforme qui vise les agents de l'Etat, les officiers ministériels, les auxiliaires de justice et les professions libérales.

honnête¹⁴² ». Pour d'autres ce sont des raisons pratiques qui commandent à cette limitation. Ainsi, pour eux, « avec le rôle éminent qui est désormais le sien, le directeur général trouvera moins d'intérêt à cumuler les fonctions¹⁴³ ». De plus, ils pensent que « les situations de cumul sont en pratique de plus en plus difficiles à gérer » et « À trop vouloir multiplier des fonctions importantes dans des structures différentes, le directeur général s'expose à des conflits d'intérêts et encourt le grief d'une concurrence déloyale¹⁴⁴ ». Enfin, toujours sur les fondements de la règle de non cumul, on peut penser avec D. Bureau, en plus des problèmes pratiques de dispersion des activités de la part du dirigeant, que la règle a pour but « d'éviter les abus d'influence et la concentration des leviers de commande entre les mains d'un petit nombre de personnes qui se retrouvent dans de multiples entreprises¹⁴⁵ ». Ces mêmes raisons, peuvent prévaloir en droit OHADA.

Cependant, la règle du non cumul de mandat ne s'applique qu'aux sociétés anonymes. Aussi, notons de prime abord que cette règle ne s'applique, pour des raisons évidentes, qu'au dirigeant de SA qui occupe déjà des fonctions de dirigeant social dans une ou plusieurs autres sociétés. Les règles sur le cumul de mandat de dirigeant sont surtout posées par l'AUSCGIE. C'est ainsi qu'elles ont été édictées pour les administrateurs, le Président directeur général, le Président du conseil d'administration et l'administrateur général. Ainsi, s'agissant de l'administrateur¹⁴⁶, il ne peut appartenir simultanément à plus de cinq (5) conseils d'administration de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire d'un même État partie¹⁴⁷. Quant au Président directeur général, il ne peut exercer simultanément plus de trois (3) mandats de président-directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie. En outre, le mandat de président-directeur général n'est pas cumulable avec plus de deux (2) mandats d'administrateur général ou de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie¹⁴⁸. Un Président de conseil d'administration, ne peut, quant à lui, exercer simultanément plus de trois (3) mandats de président du conseil d'administration de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie. De même, il ne peut cumuler son mandat avec plus de deux (2) mandats d'administrateur général ou de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie¹⁴⁹. Enfin, un administrateur général ne peut exercer simultanément plus de trois (3) mandats d'administrateur général de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire d'un même État partie. Il ne peut non plus cumuler son mandat avec plus de deux (2) mandats de président directeur général ou de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie¹⁵⁰.

¹⁴² P. DELEBECQUE et F. -J. PANSIER, « Administrateur », op. cit., n° 59.

¹⁴³ Notamment, R. ROUTIER, « Directeur général », *Rép. Dalloz Sociétés*, 2002, n° 31.

¹⁴⁴ R. ROUTIER, op. cit., loc. cit. citant Bull. nat. commissaires aux comptes 1989, n° 69, p. 89 ; Cass. soc. 16 juill. 1987, Bull. civ. V, n° 491.

¹⁴⁵ D. BUREAU, Administration. Statut des administrateurs, JCL Sociétés, Traité, Fasc. 130-30, n° 56, citant HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET.

¹⁴⁶ Administrateur en nom propre ou représentant permanent d'une personne morale administrateur.

¹⁴⁷ La réforme de janvier 2014 a introduit un second alinéa à l'article 425 siège de la règle du bon cumul pour les administrateurs qui dispose que ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur exercés par cette personne dans les sociétés contrôlées au sens de l'article **Erreur ! Source du renvoi introuvable.** de l'Acte uniforme par la société dont elle est administrateur.

¹⁴⁸ Article 464 al. 1 et 2.

¹⁴⁹ Article 479, al. 1 et 2.

¹⁵⁰ Article 497 al. 1 et 2.

56. – Lorsque la situation de cumul se présente, pour tous ces dirigeants sociaux, à l'exclusion de l'administrateur général¹⁵¹, l'AUSCGIE dispose à l'article 425, al. 3 et 4 que le dirigeant en infraction doit, dans les trois (3) mois de sa nomination, se démettre de l'un de ses mandats. S'il ne démissionne pas, à l'expiration de ce délai, il est réputé s'être démis de son nouveau mandat et doit restituer les rémunérations perçues, sous quelque forme que ce soit, sans que soit remise en cause la validité des délibérations auxquelles il a pris part.

57. – Ainsi, le candidat aux fonctions de dirigeant ne peut cumuler plus de mandats que ce qui est autorisé par la l'AUSCGIE dans le même Etat-partie. Cette limite constitue un obstacle pour les candidats aux fonctions de dirigeant sociaux qui se retrouveraient dans la situation. Cependant, il faut bien évidemment relever que ce ne sont là que des limites applicables à ceux qui ont déjà des mandats de dirigeants sociaux.

58. – En guise de conclusion, au terme de cette étude il faut observer que l'accès aux fonctions de dirigeants sociaux est diversement appréhendé par le droit des affaires communautaire qui est loin de présenter un tableau uniforme. Droit commun et droit spécial présentent des règles hétérogènes. Si, de premier abord, les règles du droit commun laissent entrevoir un accès ouvert aux fonctions de dirigeant de société, on se rend bien à l'évidence que cette ouverture n'est qu'en demi-teinte. De plus, les restrictions à l'accès aux fonctions sont bien réelles et sont posées expressément par le droit communautaire spécial tenant non seulement compte des conditions d'honorabilité et de moralité du candidat, mais également aux conditions de qualifications professionnelles de celui-ci. Ainsi, au total, les conditions d'accès tournent autour de la capacité et de l'honorabilité des candidats. Il est vrai que l'uniformité même du sens de la notion de dirigeant n'est pas faite, mais cela est une moindre difficulté¹⁵² par rapport à celles que présentent les conditions d'accès elles-mêmes. En effet, les difficultés se précisent à tous les niveaux lorsque les différents textes aussi bien sur la capacité que sur l'honorabilité des candidats ne sont, non seulement pas uniformes mais ne permettent pas également de s'assurer de l'effectivité même des règles édictées. Aussi, on peut espérer qu'il y a lieu d'opérer une harmonisation des règles du droit communautaire des sociétés (OHADA, UEMOA, CIMA, CREMPF) en posant les règles communes d'accès aux fonctions de dirigeant de société dans le droit commun et en autorisant les régimes spéciaux. Au-delà de cette harmonisation des positions, ne serait-il pas non plus, plus que temps de s'interroger sur l'adoption de codes d'éthique dans la mesure où l'accès aux fonctions de dirigeant fait appel à une forte dimension d'éthique?

¹⁵¹ Auquel est applicable l'article 497, al. 3 et 4 qui comporte néanmoins les mêmes règles que les al. 3 et 4 de l'article 425.

¹⁵² En effet, cela est facilement surmontable par une interprétation claire de la CCJA quant à la notion de dirigeant.