



Revue de Droit Civil, Economique et Comparé
Journal of Civil, Economic and Comparative Law

LE DEVOIR DE LOYAUTE : UN VECTEUR DE LA MORALISATION DE LA VIE DES AFFAIRES

THE DUTY OF LOYALTY : A VECTOR FOR THE MORALIZATION OF BUSINESS LIFE

SAIDA GUENBOUR

Enseignante-chercheur à la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Souissi

Université Mohammed V

Rabat – Maroc

s.guenbour@um5s.net.ma

RESUME

Ce travail a pour objectif de réfléchir sur le devoir de loyauté qui impose au dirigeant une obligation d'information à l'égard des associés et une obligation de non-concurrence à l'égard de la société. Ces deux expressions du devoir trouvent leur fondement dans le pouvoir du dirigeant d'agir dans l'intérêt des associés ou de la société ; le manquement à ce devoir est caractérisé lorsqu'il viole l'une de ces obligations afin de privilégier un intérêt personnel. Devant ce constat, le droit doit encadrer les comportements des dirigeants pour instaurer une moralisation de la vie des affaires.

Mots clés : devoir de loyauté ; conflit d'intérêts ; monde des affaires ; contrôle ; moralisation

ABSTRACT

This work aims to reflect on the duty of loyalty which imposes on the manager an obligation to inform the partners and a non-competition obligation towards the company. These two expressions of duty are based on the power of the manager to act in the partners interests or in the company's interests; the breach of this duty is characterized when it violates one of these obligations in order to privilege a personal interest. In this case, the law must frame the behavior of leaders in order to establish a moralization of business life.

Key words : duty of loyalty; conflict of interests ; business world; control; moralization

INTRODUCTION

La stipulation de différentes clauses dans les contrats s'inscrit dans le cadre de la contractualisation accrue de la vie des affaires. Parmi ces principales clauses figure la clause de conflit d'intérêts¹. En matière des sociétés, lorsque cette clause est insérée dans un contrat de société, elle impose au détenteur de titres dans une société de ne pas céder sa participation à un concurrent. Elle a, en principe, pour objet d'éviter toute situation dommageable pour l'un des contractants. Cette clause engage le débiteur à s'interdire d'accomplir des actes contraires aux intérêts du créancier. Ces situations sont caractérisées par l'opposition entre les intérêts d'une personne et les intérêts que cette personne doit défendre et renvoient au principe général de droit selon lequel « nul ne peut faire prévaloir son intérêt personnel sur les intérêts dont il a la charge »². Si la notion de conflit d'intérêts n'a pas été définie par les lois existantes, la doctrine l'a défini comme toute « situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs »³.

Parmi ces devoirs, figure le devoir de loyauté d'un dirigeant qui interdit à celui-ci de bénéficier de tout intérêt à l'encontre des associés ou de la société.

La reconnaissance d'un devoir de loyauté par le droit n'est pas un phénomène récent. L'ancienneté du phénomène ne doit pas surprendre. Il constitue un point d'intervention de la morale dans le droit.

En droit romain, la fraude paulienne qui est la déloyauté majeure du débiteur qui essaie d'organiser son insolvabilité, est déjà sanctionnée⁴. Les vices de consentement, le dol, l'erreur, sont sanctionnés par tous les ordres juridiques.

Or, ce devoir n'est formulé par aucun texte de loi ni de droit marocain ni de son homologue français, mais résulte de l'article 1006 du Dahir des obligations et contrats qui dispose : « tout associé est tenu d'apporter dans l'accomplissement de ses obligations envers la société la diligence qu'il apporte dans ses propres affaires ; tout manquement à cette diligence est une faute dont il est tenu de répondre envers les autres associés. Il

répond aussi de l'inexécution des obligations résultant de l'acte de société, et de l'abus des pouvoirs à lui conférés »⁵.

Le contrat est souvent le produit d'un rapport de force. Pour moraliser ce rapport, la jurisprudence essaie d'imposer aux contractants un comportement loyal, de telle sorte que la sphère contractuelle ne soit pas une jungle où régnerait la loi du plus fort, mais doit être un lieu civilisé régi par un minimum de respect mutuel entre les contractants.

Il résulte de l'article 1006 précité que l'obligation d'information et l'obligation d'exécution de bonne foi sont les fondements généraux du devoir de loyauté.

Dans sa version classique, la bonne foi peut être définie comme une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante⁶.

Ce devoir découle de la mission même du dirigeant qui, en tant que mandataire social, doit exercer ses pouvoirs dans l'intérêt de la société. Il s'ensuit qu'il ne peut profiter de sa situation pour exercer ses pouvoirs dans un autre intérêt, le sien ou celui d'une société concurrente.

Devant la multiplicité des dimensions liées au thème du devoir de loyauté (I), seuls les aspects de violation de ce devoir ainsi que les outils sociétaires de lutte contre les manquements à ce devoir feront l'objet de la présente étude (II).

I. LES ASPECTS DE LA VIOLATION DU DEVOIR DE LOYAUTE

Dans la vie de la société, les dirigeants doivent agir de façon prudente, être de bonne foi et se comporter de manière à s'abstenir d'agir dans leur propre intérêt et doivent respecter les statuts et les réglementations en vigueur.

Dans le cadre du devoir de loyauté, doit être relevé, l'interdiction faite aux dirigeants de saisir les opportunités d'affaires de la société.

Le dirigeant est débiteur d'une obligation de loyauté aussi bien à l'égard de la société qu'à l'égard des associés, mais son expression est jurisprudentielle et non législative.

L'obligation de loyauté serait « l'obligation, pour les dirigeants des sociétés, de ne pas utiliser leurs pouvoirs ou les informations dont ils sont titulaires dans un intérêt strictement personnel et, préjudice oblige, contrairement à l'intérêt de la société ou à celui des associés »⁷.

I. 1. L'ATTEINTE A L'OBLIGATION D'INFORMATION DES ASSOCIES

Le dirigeant est dépositaire de précieuses informations sur la marche de la société ; il est tenu d'en faire bénéficier les associés sans en profiter personnellement. A défaut, il manque à son devoir de loyauté et engage sa responsabilité.

L'administrateur a le devoir de révéler à ses pairs le conflit d'intérêts qui le concerne parce qu'il a une mission de représentation des intérêts de tous les actionnaires.

La commission des opérations de bourse rappelle opportunément que " les administrateurs, en effet, sont censés représenter l'ensemble des actionnaires et non pas être les mandataires de groupes d'actionnaires à l'intérieur de la société⁸. Du fait, ces administrateurs bénéficient parfois des occasions qui se posent devant eux pour leur profit personnel ou manquent à leur obligation d'information pour la même raison.

La saisie d'une opportunité d'affaires. Le devoir de loyauté est apparu en droit français des sociétés par un arrêt rendu par la chambre commerciale de la cour de cassation le 27 février 1996. En l'espèce, un minoritaire, ayant décidé de céder sa participation, demande au président de la société de rechercher un acquéreur ; ce dirigeant acquiert lui-même une partie des titres, et les revend quelques jours plus tard moyennant un prix sensiblement plus élevé à un tiers avec lequel il négociait dès avant la première cession. La cour, rejetant le pourvoi contre l'arrêt qui avait condamné le dirigeant à indemniser le cédant, déduit le dol du manquement « au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé, en particulier lorsqu'il est intermédiaire pour le reclassement de sa participation » .

Dans une décision du 18 décembre 2012, la Cour de cassation avait sanctionné un dirigeant indélicat qui s'était rendu coupable de la captation d'opportunité d'affaires au détriment de la société, en l'occurrence une SAS.

Il s'agissait d'une société de médecins exploitant une clinique. Un des membres du Comité de direction avait acquis par sociétés interposées l'immeuble dans lequel exerçait la clinique alors qu'il était informé que les autres associés souhaitaient le faire ensemble à leur nom.

Ces derniers s'estimant « trahis » l'ont assigné en dommages intérêts. La Cour d'appel avait refusé de caractériser ce comportement de faute en retenant simplement l'indélicatesse.

La Cour de cassation a cassé cette décision et qualifié au contraire l'action du dirigeant comme un manquement à son obligation de loyauté envers les associés. La haute juridiction indique par ailleurs que « les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiée ».

L'abstention d'informer les associés. Traditionnellement, le devoir de loyauté dans le cadre de cession des droits sociaux consiste à imposer au dirigeant un certain nombre de révélations susceptibles de peser sur le consentement des associés en phase de négociation sur leurs droits sociaux. Un dirigeant social s'est ainsi vu reprocher de n'avoir pas informé une actionnaire, qui lui avait confié son souhait de céder ses titres, qu'il connaissait une personne intéressée par une telle acquisition, et de s'être dès lors interposé en acquérant lui-même ces titres avant de les vendre avec une forte plus-value à cette personne⁹.

Dans cet arrêt fondateur, connu sous le nom d'arrêt Vilgrain, la cour de cassation avait affirmé que se rend coupable de réticence dolosive le dirigeant de société qui, manquant « au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé, en particulier lorsqu'il en est l'intermédiaire pour le reclassement de sa participation »¹⁰, achète des actions à un associé pour les revendre rapidement plus cher à l'issue de négociations déjà engagées lors de l'achat.

Le dirigeant doit informer les associés de l'existence de négociations parallèles menées par le dirigeant avec un tiers pour vendre à meilleur prix les actions objet de la cession¹¹.

Il en résulte que le devoir de loyauté oblige le dirigeant cessionnaire de communiquer à l'associé cédant l'information qui, si elle était connue du cédant, l'aurait dissuadé de

contracter, ou du moins l'aurait conduit à négocier des conditions plus favorables. Autrement dit, le devoir de loyauté met en ce cas à la charge du dirigeant une obligation d'information, dont la violation vaut réticence dolosive, sanctionnée par la nullité du contrat et / ou des dommages et intérêts. Le plus souvent, la réticence dolosive conduit le dirigeant à esquiver l'existence de négociations en cours en vue de la revente des titres rachetés.

La responsabilité du dirigeant fautif est engagée. Dans une décision du 12 mars 2013 la Cour de cassation avait considéré que le dirigeant de société qui « s'abstient d'informer l'associé cédant ses actions de circonstances de nature à influencer sur son consentement » devait voir sa responsabilité engagée. Le dirigeant n'avait pas informé l'associé du prix de cession au profit de la société X, de sorte qu'il estime ne pas avoir valorisé la cession de ses propres parts à leur juste valeur.

La Cour d'appel avait rejeté la demande de l'associé considérant que le dirigeant n'avait pas l'obligation de divulguer un accord confidentiel avec la société X. La Cour suprême a fait preuve de plus de sévérité en retenant le manque de loyauté.

La dissimulation de l'information. Dans un arrêt de la cour d'appel de Paris, il a été décidé ce qui suit : « viole son devoir de loyauté le dirigeant qui achète les titres sans informer l'associé vendeur du projet de rétrocession à un tiers »¹².

Il importe peu qu'à la date de signature de l'accord de négociation les audits d'acquisition n'aient pas été réalisés, ni les pourparlers en vue du prix entamés, dès lors que la seule dissimulation par le dirigeant cessionnaire à l'associé cédant de l'intérêt alors manifesté par un candidat potentiel au rachat de la totalité du capital de la société constitue un manquement à la loyauté entre associés de nature à vicier le consentement.

La réticence dolosive peut aussi conduire le dirigeant à dissimuler les informations diverses, comme par exemple la prochaine introduction en bourse de la société¹³. Tel était bien le cas en l'espèce. Comme le soulignait la cour d'appel de Paris : « seul en effet (était) en discussion le point de savoir si à la date de la cession, le (cessionnaire) a manqué à l'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant de société à l'égard de tout associé en dissimulant au cédant une information de nature à influencer sur son consentement, peu

important que ce dernier ait eu la ferme volonté de céder ces parts dès lors que l'information dont il aurait été privé, était de nature à le faire se raviser sur la date ou le prix de cession envisagé ». C'est ainsi qu'il a été confirmé que la dissimulation des perspectives financières ouvertes par l'éventualité d'une vente à bref délai de la société X à un acteur Y connu sur le marché, de surcroît intéressé au rachat de l'intégralité du capital social de la société cible, a nécessairement vicié le consentement » du cédant, de sorte que la réticence dolosive doit être retenue.

La jurisprudence ne cesse d'étendre et de renforcer le devoir de loyauté du dirigeant de société notamment vis-à-vis des associés¹⁴.

La jurisprudence considère que le dirigeant a agi au détriment de l'intérêt social et que ses actes sont constitutifs d'actes déloyaux qui conduit à retenir un manquement grave et inhérent à ses obligations de directeur général.

Elle estime ainsi justifiée la fin de son mandat pour faute grave sans la moindre indemnité, la sanction est donc particulièrement sévère.

I.2. LES MANQUEMENTS A L'OBLIGATION DE NON-CONCURRENCE

L'obligation de non concurrence est une obligation légale. C'est l'affectio societatis ou la volonté de s'associer qui explique l'interdiction qui est faite par l'article 1004 du DOC qui dispose : « un associé ne peut, sans le consentement des autres associés, faire d'opération pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers, ou dans des opérations analogues à celles de la société, lorsque cette concurrence est de nature à nuire aux intérêts de la société ». Un arrêt de la cours de cassation française, largement commenté, va dans le même sens¹⁵.

En cours de mandat social, le dirigeant est tenu, même en l'absence de prévision contractuelle, « d'une obligation de loyauté qui lui interdit de conclure, en qualité de dirigeant d'une autre société dans le même domaine d'activité »¹⁶.

La portée de l'obligation de non-concurrence. C'est une obligation légale de loyauté¹⁷ à laquelle est tenu l'associé à l'égard de la société. L'associé ne doit pas porter atteinte aux intérêts de la société.

Cette obligation s'impose aux associés agissant à titre personnel dans le cadre d'une société dans laquelle ils ont des intérêts ou pour le compte de tiers en qualité de mandataires. Elle découle de la qualité d'associé et disparaît avec elle.

En cas de cession de ses droits sociaux, l'associé est libéré de l'obligation de non concurrence à moins que celle-ci ne soit maintenue en vertu d'une clause de l'acte de cession¹⁸. Dans ce cas, l'obligation contractuelle va prendre le relais de l'obligation légale.

Cette obligation n'étant pas d'ordre public, l'associé peut y échapper avec l'accord des autres associés ou s'il ne fait que continuer une activité concurrente qu'il exerçait avant son entrée dans la société¹⁹. En effet, l'associé n'est pas tenu par l'obligation de non concurrence lorsque, avant son entrée dans la société, il avait un intérêt dans d'autres sociétés analogues, ou faisait des opérations du même genre ou su des autres associés, s'il n'a pas été stipulé qu'il doit cesser²⁰.

L'obligation de non concurrence à la charge des dirigeants sociaux a une connotation à la fois morale et fonctionnelle. Elle est présente dans tous les codes, guides et autres chartes de déontologie qui sont marqués par la notion de corporate governance²¹.

Il doit en aller ainsi dans toutes les hypothèses dans lesquelles un administrateur porte un intérêt extérieur à la société : intérêt purement personnel²², intérêt dans une société concurrente créancière ou dans une société du même groupe dans laquelle l'administrateur occupe une fonction. La seule issue du conflit d'intérêt réside en sa révélation, le silence nourrissant le soupçon²³ de duplicité. Les cas de concurrence visent l'hypothèse où « le dirigeant s'approprie ou détourne vers une autre société à laquelle il est intéressé un

marché, l'acquisition d'un bien, le recrutement d'un salarié, etc²⁴. Ce comportement constitue un manquement au devoir de loyauté.

2- L'appréciation jurisprudentielle de l'obligation de non-concurrence

La cour de cassation française réaffirme que les actes de concurrence du gérant constituent des manquements à son obligation de loyauté et de fidélité dont il est redevable envers la société²⁵.

L'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur le gérant d'une SARL lui interdit de négocier en qualité de gérant d'une autre société un marché dans le même domaine d'activité. Il lui était reproché d'avoir négocié la deuxième tranche d'un programme immobilier pour le compte d'une autre société dont il était par ailleurs associé, alors que la première tranche avait été réalisée par la SARL.

Au cœur de ce débat se trouve l'intérêt social et le possible conflit d'intérêts. Pour apprécier cet intérêt social, la cour de cassation apparaît prendre en compte dans l'arrêt cité l'activité sociale comme critère d'identification d'une opportunité d'affaires relevant de la société. La doctrine²⁶ a souligné qu'il est nécessaire de prendre en considération non pas l'objet social stricto sensu tel qu'il apparaît aux statuts de l'entreprise, mais son activité réelle (qui peut évoluer dans le temps) dont on peut dessiner les contours dans les rapports annuels. Dans cet arrêt, la cour de cassation règle la question en imposant à la personne en situation de conflit de s'abstenir d'agir.

On peut s'interroger sur la portée plus générale de cette décision à d'autres types de dirigeants sociaux. Une grande partie de la doctrine répond positivement²⁷. Ceci doit amener les dirigeants sociaux à s'interroger en matière d'opportunités d'affaires sur la question fondamentale du conflit d'intérêts et souvent l'origine du conflit va se situer dans l'obtention d'une information. Le conflit d'intérêt va consister pour le dirigeant à utiliser

dans son propre intérêt une information privilégiée qui, au surplus, peut avoir été obtenue dans le cadre de son activité de dirigeant. C'est à ce stade que la loyauté doit primer sur l'intérêt privé et dicter au dirigeant de ne pas prendre, à son profit ou au profit d'une entité dans laquelle il a un intérêt personnel, une décision préjudiciable à l'entreprise dont il est le dirigeant.

Il s'agit d'une sanction a posteriori du comportement critiqué. Du fait, on peut s'interroger sur la nécessité de mettre en place un système de prévention en amont et non en aval.

II. LES MECANISMES SOCIETAIRES DE LUTTE CONTRE LES MANQUEMENTS AU DEVOIR DE LOYAUTE

Plusieurs bonnes pratiques visent notamment à faciliter la détection des conflits d'intérêt. L'administrateur est tenu, pendant toute la durée de son mandat, d'apprécier par lui-même si sa situation est susceptible de générer des conflits d'intérêts. Ainsi il doit s'informer régulièrement de l'état des exigences liées aux principes de gouvernance, d'autant plus que cette notion est évolutive. D'autre part, chaque administrateur conserve un devoir de vigilance concernant les situations de conflits d'intérêts qui ne seraient pas révélées par ses collègues. A cette fin, il utilise les moyens d'information que la société est tenue de mettre à sa disposition.

Il importe donc de prévenir et de gérer les conflits d'intérêts. Il existe des dispositifs législatifs et réglementaires ayant cet objectif, entre autres la procédure des conventions réglementées pour toutes les sociétés. Cependant, pour se prémunir contre tout conflit d'intérêt, ces dispositifs doivent être complétés par le respect des règles de bonne gouvernance, aussi impératifs soient-ils.

Dans les relations financières entre la société et ses dirigeants, ces derniers ne doivent pas confondre leurs affaires personnelles avec celles de la société. Toute interférence doit être sérieusement contrôlée pour éviter les tensions et les abus. En effet, le dirigeant peut se trouver dans la situation où il doit traiter à la fois pour le compte de la société et pour son propre compte.

Les conventions conclues entre une société et l'un de ses dirigeants présentent des dangers. On peut craindre que le dirigeant n'abuse de sa position pour obtenir des avantages

injustifiés. Mais d'un autre côté, ces conventions sont fréquentes et souvent utiles aux deux parties : si un administrateur est propriétaire d'un local commercial et que la société cherche à louer un tel immeuble, pourquoi interdire la conclusion du contrat de bail²⁸. Pour établir l'équilibre contractuel, dans le cas du bail, il faut s'assurer que le bail que le bailleur n'a pas mis à profit sa qualité d'administrateur pour obtenir un loyer exagéré.

Cette recherche de l'équilibre et de la loyauté est inhabituelle dans le domaine contractuel où, entre personnes capables, la lésion n'est pas une cause de rescision des obligations. Elle s'impose ici parce que le dirigeant est partagé entre son intérêt personnel et les devoirs de sa charge. Du fait, on est devant des contrats où une même personne agit d'un côté en son nom personnel et de l'autre en tant que représentant de l'autre contractant. Des précautions s'imposent pour neutraliser ce conflit d'intérêts²⁹.

D'un autre côté, les contrôles auxquels est soumise la société ont pour finalité d'intervenir pour faire face aux conflits d'intérêts qui peuvent exister.

II. 1. UNE REGLEMENTATION RENFORCEE DES CONVENTIONS ENTRE DIRIGEANT ET SOCIETE

Dans la vie de la société, on ne peut pas interdire toute relation financière entre les dirigeants et la société puisque ces relations peuvent se révéler utiles, sinon nécessaires, aux deux parties. Toute la difficulté réside dans le fait d'établir un équilibre contractuel et d'assurer la loyauté dans les relations entre la société et ses dirigeants.

Sans préjuger les intentions des dirigeants, on ne peut pas ne pas admettre que le contrat avec soi-même est frappé de suspicion et qu'il crée un réel malaise, il y a à tout le moins, une présomption de partialité de la part du dirigeant³⁰.

Le conflit d'intérêts³¹ se pose également lorsque le contrat est passé par la société avec un tiers, soit que ce tiers n'est qu'un homme de paille qui s'interpose pour masquer la présence du dirigeant, soit que le dirigeant tire indirectement un avantage personnel de l'opération conclue entre la société et le tiers.

Et c'est pour prévenir les conflits d'intérêts³² que la loi réglemente minutieusement les conventions passées entre la société et ses dirigeants³³. Cette réglementation a encadré les différentes conventions qu'elles soient interdites, autorisées ou libres. La loi 20-05 a renforcé le dispositif de la loi 17-95, suivant dans ce sens la loi NRE (de droit français) qui a consacré un chapitre spécial à « la prévention des conflits d'intérêts »³⁴. La loi 78-12 a amélioré l'information du conseil d'administration et des actionnaires, en particulier dans les sociétés faisant appel public à l'épargne.

Les conventions interdites. Ces conventions sont liées au crédit. Il est interdit aux administrateurs, personnes physiques :

- De contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de l'une de ses filiales ou d'une société qu'elle contrôle au sens de l'article 144 ;
- De se faire consentir par elle un découvert, un compte courant ou autrement ;
- De faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.

Les emprunts peuvent se présenter, soit sous forme de prêts d'argent purs et simples, soit sous forme de prêts déguisés tels que la souscription par la société d'effets établis par le dirigeant, d'obligations ou de bons de caisse³⁵. Il peut s'agir aussi de prêts à usage, de prêts de consommation au profit du dirigeant.

Le découvert n'est qu'une variété particulière de prêt qui peut prendre la forme d'une facilité de caisse, du paiement par la société par la société des dettes personnelles du dirigeant ou d'une avance en compte courant. Il n'est pas interdit à un dirigeant d'avoir un compte courant ouvert dans les livres de la société, mais ce compte ne doit jamais présenter un solde débiteur, et dans tous les cas, doit être soumis à la procédure de contrôle des conventions réglementées.

Les cautionnements et avals sont des actes particulièrement graves qui peuvent mettre la société en difficulté en cas de défaillance ou d'insolvabilité du dirigeant, débiteur principal.

Pour ce qui est des personnes concernées par ces conventions, en principe, rien n'empêche un administrateur de profiter des conditions financières que la société accorde à ses clients, et en particulier la vente à crédit ou à tempérament.

L'interdiction s'applique aussi bien aux administrateurs personnes physiques ainsi qu'aux personnes visées par l'article 62 al 3 qui sont :

- Le directeur général, les directeurs généraux délégués, les représentants permanents des personnes morales administrateurs et le commissaire aux comptes, ainsi que leurs conjoints, ascendants et descendants jusqu'au deuxième degré inclus.
- Toute personne interposée. Il y a interposition lorsque le prêt ou la garantie sont accordés en apparence à un tiers, mais en fait c'est l'un des dirigeants qui en est le véritable bénéficiaire.

Toute contravention à ces interdictions est sanctionnée par la nullité de la contravention. Cette interdiction est d'ordre public³⁶, opposable à tous et ne peut être couverte par la confirmation.

La gravité de la sanction s'explique par le fait que les conventions sanctionnées présentent un danger pour les créanciers sociaux et pour le crédit de la société³⁷. Toute personne intéressée peut agir en nullité³⁸. Il en résulte que les sommes prêtées par la société doivent lui être restituées et la nullité s'étend aux engagements pris par la société à l'étranger. La cour d'appel de Paris a annulé le cautionnement souscrit au profit d'une banque marocaine pour garantir les engagements personnels du président d'une société française.

Les conventions autorisées. Ces conventions dites réglementées³⁹ doivent faire l'objet d'un triple contrôle : un contrôle à priori par le conseil, une vérification par le commissaire aux comptes et une approbation par l'assemblée générale.

Le domaine de ces conventions est prévu par l'article 56 de la loi 17-95. Du fait, doivent être soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration :

- Les conventions passées directement entre la société et l'un de ses administrateurs ou son directeur général, son ou ses directeurs généraux délégués ou l'un des actionnaires détenant, directement ou indirectement, plus de 5% du capital ou des droits de vote ;
- Les conventions auxquelles l'une des personnes visées est indirectement intéressée ou dans lesquelles elle traite avec la société par personne interposée
- Les conventions passées entre la société et une entreprise si l'un des administrateurs ou le directeur général, ou l'un des directeurs généraux délégués, est propriétaire, associé indéfiniment responsable.

Cette catégorie englobe les sociétés ayant des dirigeants communs, ce qui est le cas dans les groupes de sociétés⁴⁰. Ces conventions sont nombreuses dans la pratique en raison des multiples liens qui existent entre les sociétés du même groupe et qui traduisent l'effet de synergie et l'intégration au sein du groupe⁴¹.

La procédure d'autorisation de ces conventions est assez complexe du fait qu'elle est soumise à plusieurs contrôles (art 58 de la loi 17-95) exercés par différentes institutions dans la société, et ce pour prévenir tout conflit d'intérêts éventuel.

II.2. L'INSTAURATION D'UNE PLURALITE DE CONTROLES

Le devoir de loyauté s'inscrit dans le courant de moralisation de la vie des affaires et la pratique du « gouvernement d'entreprise ». Cette obligation d'origine jurisprudentielle complète les sanctions pénales prévues par la loi qui visent seulement les dirigeants des sociétés. Elle permet de sanctionner les comportements déloyaux des dirigeants.

Mais avant de se trouver dans l'étape de sanction, le respect des obligations repose sur deux types de contrôle. En premier lieu, un contrôle juridique régulier opéré par les associés et par le commissaire aux comptes et différents experts afin de prévenir les décisions et actes déloyaux.

Un contrôle collectif exercé par les associés. L'associé est un membre d'un groupement constitué sous forme de société et qui est propriétaire de droits sociaux. L'associé se trouve placé au cœur du fonctionnement de la société. Il est en effet le propriétaire économique de la société, puisque celle-ci a été créée uniquement grâce aux apports faits par l'associé, et

que son fonctionnement est régi par les statuts, qui sont une convention liant les associés et qu'ils peuvent modifier par les décisions prises en assemblée⁴².

Dans la vie quotidienne de la société, les associés ont le pouvoir de contrôler la marche de leur société et que, le plus souvent, ils exercent ce pouvoir à la loi de la majorité à l'occasion de consultations collectives et, notamment, d'assemblées générales.

Le pouvoir de contrôle des associés s'exprime à travers un certain nombre de décisions collectives qu'ils seuls habilités à prendre. Les unes ordinaires, les autres extraordinaires. Les unes et les autres assurent au corps social le contrôle de la société au double sens du mot « contrôle » qui évoque tout à la fois l'idée de surveillance et celle de domination⁴³.

Les délibérations ordinaires portent principalement sur deux points : d'une part, l'approbation des comptes ainsi que l'affectation du résultat et, d'autre part, la nomination, la rémunération, le renouvellement ou le remplacement des mandataires sociaux.

L'approbation des comptes et l'affectation du résultat. Les mandataires sociaux doivent soumettre à l'approbation de l'assemblée des associés, le rapport de gestion, l'inventaire et les comptes annuels de la société.

Le rapport de gestion constitue la pièce essentielle de l'information puisqu'il permet d'avoir une idée sur la gestion de la société menée par le conseil d'administration et peut être l'occasion d'émettre certaines critiques.

Ce rapport permet aux associés de faire un rapprochement intellectuel fondamental : traduire les chiffres des comptes annuels de l'exercice – données froides, techniques et complexes – en faits concrets et perceptibles par des non professionnels. La doctrine estime que le rapport de gestion constitue l'élément essentiel de l'information actionnariale⁴⁴.

En outre, il appartient à l'assemblée d'approuver ou de rejeter les comptes sociaux, voire de les modifier. En pratique, la modification des comptes par l'assemblée est généralement

limitée à la modification de l'affectation prévue des résultats⁴⁵. Le rejet des comptes est l'étape préliminaire d'un remplacement des dirigeants et à des poursuites en responsabilité.

Pour ce qui est de la distribution des bénéfices, l'assemblée a le choix entre la distribution du résultat disponible ou bien de le mettre en réserve, en tout ou en partie. Si la première solution vise la rémunération des associés, la seconde – à laquelle les associés n'ont pas le droit de s'opposer – a l'avantage d'assurer l'autofinancement de la société et réserver son indépendance en évitant des crédits contraignants.

Les délibérations relatives aux mandataires sociaux. En principe, la compétence de nomination, de rémunération, de renouvellement voire de révocation et de remplacement des dirigeants, relève directement des associés⁴⁶.

Dans toutes les formes de sociétés, le dernier mot appartient finalement à l'assemblée générale dans la mesure où les associés nomment les membres des conseils et peuvent les révoquer. Ils sont donc toujours en mesure d'agir sur la nomination et la révocation des dirigeants. Ce qui consacre ce pouvoir de contrôle des associés.

L'expertise de gestion : outil d'information des minoritaires. Dans le même ordre d'idées, et dans le cadre des moyens informationnels instaurés pour assurer la protection des associés et pour leur fournir un véritable pouvoir de contrôle, l'expertise de gestion occupe une place importante.

En effet, en tant que moyen informationnel qui sort du contexte traditionnel de l'information des associés et s'intègre dans une procédure judiciaire, l'expertise gestion marque le passage à un palier supérieur dans la recherche informationnelle.⁴⁷

La spécificité de cette expertise tient d'abord au moyen de mise en œuvre. L'expertise de gestion nécessite le recours au juge afin de lui exposer des éléments concrets permettant d'étayer les doutes et les suspicions sur certaines opérations de gestion⁴⁸.

L'expertise de gestion est une demande d'information sur certains aspects de la gestion qui traduit une attitude critique manifeste ainsi qu'une démarche contestataire face aux

dirigeants. Dans ce cas, il faut préciser que l'expertise de gestion est aussi appelée « expertise de minorité » du fait que les minoritaires sont les seuls bénéficiaires de cette procédure.

En réalité, l'expertise de gestion ou de minorité est caractérisée par deux caractéristiques essentielles : la première c'est qu'elle consacre l'intervention typique du juge dans la vie normale de la société sachant que, logiquement, cette immixtion de la justice n'apparaît qu'en cas de crise. La seconde renvoie à l'importance de cette procédure comme source d'information et moyen de contrôle mis entre les mains des associés minoritaires pour que ces derniers puissent participer d'une manière démocratique au contrôle de la société à côté des associés majoritaires.

On peut supposer, compte tenu de l'importance et de l'étendue des pouvoirs octroyés par la loi aux assemblées générales, que les actionnaires, par les seuls effets de ces pouvoirs, sont largement en mesure de s'informer, de contrôler et de maîtriser la gestion de la société⁴⁹, sans qu'il soit nécessaire de recourir à d'autres contrôles.

Mais du fait du désintérêt et de l'incompétence de la plus part des associés qui sont de simples épargnants, et surtout dans les petites sociétés, et devant la détention de la majorité des droits de vote par les dirigeants, la mission du contrôle ne peut pas aboutir. Ce qui nécessite l'intervention d'autres institutions.

Un contrôle professionnel accompli par le commissaire aux comptes. Si le contrôle exercé par les assemblées générales reste insuffisant du fait du non professionnalisme des associés, l'institution du commissariat aux comptes apparaît comme un allié indispensable au bon fonctionnement des mécanismes du contrôle social. Son apport est jugé comme décisif. Celui qui, initialement, n'était qu'un réviseur légal, est devenu garant de la légalité de toute la vie sociale, plus encore, gardien d'une certaine manière, de sa pérennité⁵⁰. Les missions du commissaire aux comptes visent aussi bien le contrôle des comptes que de l'information.

Le contrôle de la fiabilité des comptes. Le commissaire aux comptes a tout d'abord un devoir de contrôle. Il a « pour mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion de vérifier, les valeurs et les livres, les documents comptables de la société et de vérifier la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur. Il vérifie également la

sincérité et la concordance, avec les états de synthèse, des informations données dans le rapport de gestion,..., sur le patrimoine de la société, sa situation financière et ses résultats »⁵¹. Cette mission consiste en effet à vérifier que les comptes annuels de la société sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé, de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de l'exercice. Cette mission conduit le commissaire aux comptes à certifier les comptes annuels ou à refuser de le faire. Elle se prolonge par un contrôle permanent des valeurs et documents comptables de la société, de la conformité de sa comptabilité aux normes en vigueur et de la fiabilité des informations données dans les rapports des organes de direction et d'administration⁵².

Le contrôle de l'information. Le commissaire aux comptes exerce ce que l'on appelle le contrôle légal de l'information comptable et financière diffusée par les sociétés commerciales. Son contrôle est dit légal parce qu'il est imposé e défini par la loi et qu'il est effectué par les membres d'une profession réglementée⁵³.

Le commissaire aux comptes porte à la connaissance de l'organe collégial chargé de l'administration ou de l'organe chargé de la direction et de l'organe de surveillance, ainsi que, le cas échéant, du comité d'audit, les diligences effectuées et leurs résultats. Il informe la plus prochaine assemblée générale ou réunion de l'organe équivalent des irrégularités et inexactitudes éventuellement constatées⁵⁴.

En d'autres termes, le commissaire aux comptes doit informer les dirigeants sociaux le programme général de travail qu'il a mis en œuvre ainsi que les différents sondages auxquels il a procédé, les modifications qu'il y aurait lieu d'apporter aux comptes devant être arrêtés ou aux autres documents comptables, en faisant toutes observations utiles sur les méthodes d'évaluation utilisées pour leur établissement, les irrégularités et les inexactitudes qu'il aurait découvertes, celle, du moins, qui sont significatives et qui ne sont pas encore redressées⁵⁵, enfin les conclusions auxquelles conduisent ses observations sur les résultats de la période comparés à ceux de la période précédente.

CONCLUSION

Si le cadre normatif offre suffisamment de moyens d'action permettant aux associés de se prémunir contre les effets des conflits d'intérêts dommageables pour l'entreprise ; il revient au juge d'en assurer l'application effective.

En matière de conflit d'intérêts, le juge est appelé à ajuster le droit aux faits. Il joue un rôle très important dans l'adaptation des règles à la mutabilité du phénomène de conflit d'intérêt et à l'infinie variété de ses manifestations. Du fait, et face à l'insuffisance des solutions jurisprudentielles de droit marocain sur la question, le recours à la jurisprudence française reste une source de référence.

La jurisprudence marocaine est appelée à asseoir un courant jurisprudentiel « moralisateur » à l'égard des dirigeants sociaux.

BIBLIOGRAPHIE

¹**MESTRE, J et RODA, J-C., (2011)**, « Les principales clauses des contrats d'affaires », Paris, Lextento éditions, Beyroute, éditions Point DELTA, pp. 207 et s.

²**CUIF, P.F., (2005)**, « Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com, janvier-mars, N° 1, pp. 1.

³**CUIF, P.F.,(2005)**, « Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com, janvier-mars, N° 1, pp. 1.

⁴**RIVES-LANGE, J-L,(2000)**,rapport de synthèse sur le devoir de loyauté, in Gazette du Palais, N°340 du 5 décembre.

⁵ En droit français, l'article 1134 du code civil dispose : «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

⁶**CAUSSAIN, J-J, (2000)**« Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français », In Gazette du Palais, n°340 du 5 décembre.

⁷**LE NABASQUE, H,(1996)**« Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », , Bull, Joly sociétés, pp. 485, note, COURET, A.

⁸ Rapport de la Commission des opérations de bourse de 1993, pp. 58.

⁹**HANNOTE, S-X, (2012)**,« L'obligation de loyauté du dirigeant social », La tribune de l'assurance, décembre, N° 175, pp. 53.

¹⁰Cass com 27 février 1996, n° 11- 94-241, Bull civ IV, n° 65.

¹¹ Cass com, 12 mai 2004, n° 00-15-208, Bull civ IV, n° 94.

¹² CA Paris, 17 septembre 2013, Cham VI, n° 12-14712, Note MORTIER, R, Revue droit des sociétés, janvier 2014.

¹³ CA Paris, 4 juillet 2003, n° 01-3919, RJDA 3/04, n° 315).

¹⁴ La Cour d'appel de Versailles dans une décision du 1er juillet 2014 Cour d'Appel de Versailles, arrêt du 1er juillet 2014, n°12/07800, 12ème chambre, nous donne une nouvelle illustration en sanctionnant le dirigeant par une fin de mandat pour faute grave. Dans le cas soumis à la Cour d'appel de Versailles, cette dernière se fonde sur la combinaison

des articles 1833 et 1984 du Code civil en rappelant que le dirigeant devait préserver l'intérêt commun des associés et rendre compte de sa gestion aux actionnaires et agir dans leur intérêt.

¹⁵ **COZIAN, M, VIANDIER, A et DEBOISSY, F, (2012)**, « Droit des sociétés », 27^e éd, Litec, pp. 163.

¹⁶ Cass. Com, 6 mai 1991, D S 1991, note A. VIANDIER ; Rev.Soc 1991, 760 note Y. GUYON ; JCP E, 1992, 1, 174, n°1, Obs AZEMA, J; RTD com, 6 mai 1991, 621, note CHAMPAUD, C et DANER, D.

¹⁷ **COZIAN, M, VIANDIER, A et DEBOISSY, F, (2012)**, « Droit des sociétés », 27^e éd, Litec, pp. 163.

¹⁸ **GREVAIN-LEMERCIER, K(2011)**, « Le devoir de loyauté en droit des sociétés », Thèse Rennes 1.

¹⁹ **SHELLER, S(2002)**, « Les clause de non concurrence dans les cessions de droits sociaux », Dr. Soc, mars, pp.4.

²⁰ **EL MERNISSI, M, (2019)** « Traité marocain de droit des sociétés », Paris, Lexis-Nexis, Collection MENA, pp. 67.

²¹ Art 1005 du Dahir des obligations et des contrats

²² **EL MERNISSI, M, (2019)** « Traité marocain de droit des sociétés », Paris, Lexis-Nexis, Collection MENA, pp. 68.

²³ Par arrêt du 24 février 1998, la chambre commerciale de la cour de cassation française énonce pour la première fois, sous le visa de l'article 1382 du code civil, le devoir de loyauté du dirigeant à l'égard de la société. En l'espèce, " le directeur général d'une société anonyme avait délié certains salariés de leur engagement de non-concurrence puis avait, après sa démission, fondé une société concurrente qui avait embauché lesdits salariés".

²⁴ Cass. Com, 7 juin 1963 : un actionnaire se plaignait de ce qu'une fusion avait été décidé alors que quatre administrateurs siégeaient tout à la fois au conseil de la société absorbante et au conseil de la société absorbée; la cour relève dans l'arrêt attaqué les faits attestant que les assemblées "ont en particulier sur l'appartenance de certains administrateurs aux deux sociétés".

²⁵ **DONDERO, B, (2013)**, « Droit des sociétés », Paris, Hypercours DALLOZ, 3^{ème} édition, pp. 179

²⁶ Cass com, 15 novembre 2011, n° 10-15-049, Bull JOLY sociétés, 2012, p : 112, note H. LE NABASQUE, JCP E 2011, n° 1893, note A. COURET.

²⁷ **HELLERINGER, G, (2012)**, « Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaire », Recueil Dalloz, pp. 1650.

²⁸ **HANNOTE, S-X, (2012)**, « L'obligation de loyauté du dirigeant social », La tribune de l'assurance, décembre, N° 175, pp. 54.

²⁹ **Y. GUYON, Y, (2001)**, « Droit des affaires », Tome 1, Droit commercial général et sociétés, Paris, 11^e édition, Economica, pp. 444.

³⁰ **Y. GUYON, Y, (2001)**, « Droit des affaires », Tome 1, Droit commercial général et sociétés, Paris, 11^e édition, Economica, pp. 444.

³¹ **EL MERNISSI, M, (2019)** « Traité marocain de droit des sociétés », Paris, Lexis-Nexis, Collection MENA, pp. 495.

³² **SCHMIDT, D, (2004)**, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », JOLY ; **DONDERO, B, (2012)** « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », pp.1686.

- ³³ **B. RAYNAUD, B, (2003)**, « La prévention de conflits d'intérêts dans les sociétés par actions », JCP E, pp. 354.
- ³⁴ **BALENSI, I, (1975)**, « Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants », *Economica*.
- ³⁵ **LE CANNU, P, (2001)**, « Les conventions réglementées après la loi du 15 mai 2001 », *Bull Jolly*, pp.720 ; **A. COURET, A(2002)**, « La prévention des conflits d'intérêts : nouveau régime des conventions », *RJDA*, pp. 290.
- ³⁶ **EL MERNISSI, M, (2019)** « *Traité marocain de droit des sociétés* », Paris, Lexis-Nexis, Collection MENA, pp. 496.
- ³⁷ Cass. Ch. Mixte, 10 juillet 1981, 637, 1^{er} esp, concl J. CABANNES ; *Rev soc* 1982, 84, Note C. MOULY ; Cass com, 25 avril 2006, *BULL JOLY* 2006, 1024, note J. HALLOUIN.
- ³⁸ **DAGOT et MOULY, C, (1988)**, « L'usage personnel du crédit personnel et son abus », *Rev soc*, 1.
- ³⁹ **CHAMBERY,(1976)**, 22 novembre, *RTD com*, 1977, 259, note **GUILBERTEAU, M, (1979)**, *JCP, II*, 19067, note **BERNARD, N**.
- ⁴⁰ **BARABGER, G, (2007)**, « Conventions réglementées, *Dossiers pratiques* », F Lefèvre.
- ⁴¹ Cass co, 24 janvier 1995, *RTD com* 1995, 622, obs PETIT et REINHARD ; Paris 26 septembre 1991, 1014, note LE CANN, P.
- ⁴² **EL MERNISSI, M, (2019)** « *Traité marocain de droit des sociétés* », Paris, Lexis-Nexis, Collection MENA, pp. 498.
- ⁴³ **DONDERO, B, (2013)**, « *Droit des sociétés* », Paris, *Hypercours DALLOZ*, 3^{ème} édition, pp. 123.
- ⁴⁴ **DIDIER, P et DIDIER, PH, (2011)**, « *Les sociétés commerciales* », Liban Tome 2, Editions Point Delta, pp. 285.
- ⁴⁵ **EL HASSANI SBAI, S, (2018)**, « *Corporate Governance, La société anonyme marocaine : direction et contrôle* », Tome II, actionnaire, audit légal, Rabat, Lexis Nexis, pp. 161.
- ⁴⁶ **DIDIER, P et DIDIER, PH, (2011)**, « *Les sociétés commerciales* », Liban Tome 2, Editions Point Delta, pp. 285.
- ⁴⁷ **DIDIER, P et DIDIER, PH, (2011)**, « *Les sociétés commerciales* », Liban Tome 2, Editions Point Delta, pp. 289.
- ⁴⁸ **EL HASSANI SBAI, S, (2018)**, « *Corporate Governance, La société anonyme marocaine : direction et contrôle* », Tome II, actionnaire, audit légal, Rabat, Lexis Nexis, pp. 185.
- ⁴⁹ **EL CHHAB, A, (2004)**, « Le rôle du juge dans la société anonyme », *Mémoire de DESA, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Rabat Souissi*, 2004 (en arabe).
- ⁵⁰ **EL HASSANI SBAI, S, (2018)**, « *Corporate Governance, La société anonyme marocaine : direction et contrôle* », Tome II, actionnaire, audit légal, Rabat, Lexis Nexis, pp. 209.
- ⁵¹ **EL HAJJAMI, A, (1996)**, « Regards sur les nouvelles missions du commissaire aux comptes », *Revue marocaine de droit et d'économie du développement*, N° 37, pp. 156.
- ⁵² Art 166 de la loi 17-95 relative à la société anonyme.
- ⁵³ **DONDERO, B, (2013)**, « *Droit des sociétés* », Paris, *Hypercours DALLOZ*, 3^{ème} édition, pp. 225.
- ⁵⁴ **DIDIER, P et DIDIER, PH, (2011)**, « *Les sociétés commerciales* », Liban Tome 2, Editions Point Delta, pp. 334.
- ⁵⁵ **DONDERO, B, (2013)**, « *Droit des sociétés* », Paris, *Hypercours DALLOZ*, 3^{ème} édition, pp. 225.
- ⁵⁶ **DIDIER, P et DIDIER, PH, (2011)**, « *Les sociétés commerciales* », Liban Tome 2, Editions Point Delta, pp. 346.