

La qualification doctrinale et jurisprudentielle de la faute de gestion en droit des sociétés



Par : EZZIYANI Naouar

Docteur en droit privé

L'apparente diversité des actes qui peuvent être constitutifs d'une faute de gestion dissimulent en réalité un point commun qui tend à unifier cette notion, il s'agit de l'intérêt social, donc comment peut-on définir ces deux notions et comment parvenir à une définition unifiée ?

Pour répondre à cette question, on propose de procéder en premier lieu à l'étude de la position doctrinale pour voir par la suite la vision jurisprudentielle.

§1 : Approche doctrinale de la faute de gestion

La notion de la faute de gestion n'a fait l'objet d'aucune définition légale, ce qui rend son appréhension difficile¹.

Les textes qui font référence à la notion de faute de gestion évoquent simplement d'une part : les dirigeants de société dont la situation est saine sont responsables des fautes qu'ils commettent dans la gestion².

D'autre part, lorsqu'une société fait l'objet d'une procédure collective le tribunal compétent peut en cas d'insuffisance d'actif, mettre à la charge des dirigeants les dettes de la société par le biais de l'action en comblement du passif³ au cas où l'insuffisance d'actif a été générée par cette faute de gestion bien évidemment.

De plus, la responsabilité du dirigeant peut s'engager pour faute de gestion en cas de violation des dispositions législatives, réglementaires et statutaires.⁴

Etant en présence d'un concept insaisissable dans son ensemble car non défini par les textes, il ne peut s'agir ici que d'une approche marquée d'hésitation ou d'incertitude.

a)- Absence de définition légale de la faute de gestion

1 Y. DECORDT « le statut juridique du dirigeant d'entreprise » édition LARCIER, 2009, page 236 et suivant

2 : Article 67 de la loi 5-96.

3 Article 704 du code de commerce

4 F. BERNARD, J. MASSE. « Gouvernance et contrôle dans le secteur de mutualité », édition EMERIT PUBLISHING, Page 147.

D'après les textes législatifs relatifs au droit des sociétés, le législateur s'est contenté de déterminer un certain nombre d'acte de nature à engager la responsabilité du dirigeant. Parmi ces actes, figure, la faute de gestion. Ainsi l'article 67 de la loi 5-96 dispose dans son premier alinéa « les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux disposition légales applicables aux sociétés à responsabilité limitée soit des statuts, soit des fautes commise dans leur gestion »

Il en est de même pour ce qui est de l'article 352 de la loi 17-95 sur les SA qui dispose dans son premier alinéa : « les administrateurs, les membres du directoire sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes dans leur gestion ».

Au vu de cette énumération, on se demande s'il existe une différence entre ces trois types de transgression ou il s'agit d'une simple répétition en réservant l'appellation de la faute de gestion à cette dernière catégorie pour simplifier terminologie ?

Il nous semble que la doctrine met en avant le caractère artificiel de cette distinction qui ne prend pas en compte le fait que certain agissement du dirigeant peuvent être rangés indistinctement dans plusieurs catégories non exclusives les unes des autres.

Le contenu des deux premiers types de faute semble aisément déterminable, puisqu'il suffira pour prouver un tel manquement de comparer le contenu de la disposition légale, réglementaire ou statutaire au comportement du dirigeant.

Or, pour bien répondre à cette question, on propose de procéder à l'analyse respective des trois éléments déterminés par le législateur comme actes susceptibles d'engager la responsabilité du dirigeant :

- Les infractions aux dispositions législatives ou règlementaires

Le premier cas d'engagement de la responsabilité du dirigeant prévu par l'article 67 de la loi 5-96 et l'article 352 de la loi 17-95 sur les SA est la « la violation des dispositions législatives ou règlementaires ».

Concrètement, on estime qu'il serait très difficile, voire impossible, d'énumérer de manière exhaustive ces dispositions législatives ou règlementaires.

Elles sont extrêmement nombreuses et les dirigeants peuvent se révéler coupables d'une multitude de manquements commis tout au long de la vie de la société (de sa constitution à sa dissolution).

On peut citer à titre d'illustrations l'inobservation des règles de constitution de la société comme l'immatriculation au registre de commerce et des sociétés, ou le non respect de règles de fonctionnement comme le manquement à l'obligation de dépôt des comptes sociaux au greffe du

tribunal de commerce dans le mois qui suit leur approbation par l'assemblée générale des actionnaires⁵.

En pratique, le terme « dispositions législatives ou réglementaires » recouvre une multitude d'obligations qui incombent au dirigeant social⁶.

La seconde transgression prévue par le législateur marocain comme génératrice de responsabilité n'a pas pour effet d'amoindrir la charge pesant sur les épaules du chef d'entreprise en précisant qu'il risque d'avantage de voir sa responsabilité engagée en cas de violation des statuts.

- La violation des statuts

Comme nous l'avons vu précédemment, l'un des trois principaux cas de mise en jeu de la responsabilité du dirigeant prévus par l'article 67 de la loi 5-96 et l'article 352 de la loi 17-95 sur les SA est la « violation des statuts ».

Il est vrai que la loi impose aux sociétés commerciales et aux sociétés civiles de rédiger des statuts. Ces derniers mentionnent principalement la forme de la société, sa dénomination, son siège social, le montant de son capital social, ainsi que ses règles de fonctionnement.

Or, une fois les statuts rédigés et enregistrés, le dirigeant se trouve tenu d'en respecter les dispositions. Cette obligation vaut tant pour les clauses statutaires qui reprennent une disposition légale ou réglementaire que pour les dispositions statutaires propres à la société.

A défaut, l'article 67 de la loi 5-96 et l'article 352 de la loi 17-95 sur les SA prévoient qu'il engagera sa responsabilité. Il est important de préciser qu'en pratique seul le dirigeant de droit est concerné par les textes qu'on a cités⁷.

Concrètement, il s'agit pour le dirigeant de respecter les règles de fonctionnement de la société qui ont été établies dans les statuts. Ainsi, à titre d'exemple, le cogérant qui passe outre la clause statutaire prévoyant la signature conjointe des gérants pour tous les actes de gestion, engage sa responsabilité à l'égard de la société pour violation des statuts et peut être condamné à garantir la société du paiement des sommes qu'elle doit verser au cocontractant.⁸

On comprend donc aisément que la rédaction des statuts est une étape très importante lors de la création d'une société car ils permettent d'encadrer le fonctionnement de l'entreprise, et les rapports entre la direction et les actionnaires et associés notamment. Ainsi on peut dire que le dirigeant a tout intérêt à en connaître les termes dans le détail, et à s'organiser une protection au cas où il ne respecterait pas une clause statutaire.

Les articles : 67 de la loi 5-96 et 352 de la loi 17-95 sur les SA prévoient aussi que le dirigeant peut voir sa responsabilité engagée pour « faute commise à l'occasion de la gestion ».

5 D. MIELLET, B. RICHARD « Dirigeant de société: un métier à risques : statut et responsabilité du mandataire social » Éditions d'Organisation, 1996, Page 128

6 Claudine MARTIN « Responsabilité du dirigeant et gestion des risques » thèse pour l'obtention d'un Master 2 en droit des activités économiques, page 16, université de Nantes, 2008

7 Claudine MARTIN « Responsabilité du dirigeant et gestion des risques » thèse pour l'obtention d'un Master 2 en droit des activités économiques, page 17, université de Nantes, 2008.

8 Cass. Com. 3 décembre 2002 n° 1980 F-D, Sté Le Pin c/ Sté nouvelle Groupe Infi Ouest

- La faute commise à l'occasion de la gestion

Ce troisième élément révèle qu'il s'agit d'une notion de nature composite, qui associe faute et gestion, deux notions nécessairement indépendantes l'une de l'autre. Cela dit, la définition de la faute de gestion passe nécessairement par une analyse de ses éléments constitutifs, en l'occurrence la notion de gestion et d'acte de gestion.

Tout d'abord, les économistes considèrent que la gestion est une science de l'administration, de la direction d'une organisation et de ses différentes fonctions⁹. La gestion constitue en même temps l'art et la science de la conduite des entreprises privées.

Il en découle que la gestion rassemble plusieurs stades de décisions : du niveau inférieur, où l'on trouve des décisions tactiques à court terme ; au niveau supérieur, là où se situent les décisions stratégiques à long terme.¹⁰

Or, aucune définition légale ni jurisprudentielle précise n'a été accordée à la notion de gestion. La doctrine quant à elle, s'est interrogée sur la distinction qui existe entre l'acte de gestion et l'administration¹¹. Elle considère que la gestion se distingue de l'administration par le fait qu'elle se limite à l'accomplissement d'actes quotidiens. L'administration, quant à elle, consiste en l'exécution d'actes mettant en jeu la pérennité de la personne morale. Mais cette distinction n'a pas été retenue par la doctrine majoritaire, ni par la jurisprudence qui utilisent ces deux termes indistinctement.¹²

Cependant, sachant que pour le juge, gestion et direction sont assimilables, la doctrine à tenter d'établir une distinction.¹³

Ainsi en droit privé, notamment en droit civil et en droit commercial, le domaine de la gestion embrasse des biens pris individuellement, mais aussi un patrimoine. La gestion civile d'un bien se manifeste par l'institution de la gestion d'affaires, et par la gestion d'un bien par autrui sur décision de son propriétaire (la gestion de portefeuille, d'immeuble bâtis...). Tel est le cas dans les régimes matrimoniaux, l'indivision, l'administration légale et la gestion du patrimoine d'un mineur¹⁴

Le troisième et dernier cas prévu par l'article 67 de la loi 5-96 et l'article 352 de la loi 17-95 sur les SA est celui de la faute commise dans la gestion par le dirigeant. On attend du dirigeant qu'il se comporte en bon père de famille, ainsi, une obligation de moyen pèse sur lui en matière de gestion.

Le chef d'entreprise doit donc allier prudence et prise de risque car s'il ne déploie pas tous les moyens utiles et nécessaires à la bonne santé financière de son entreprise, sa responsabilité peut être engagée.

9 Le nouveau PETIT REBERT, dictionnaire Robert, 2000 : V. gestion

10 M. DESLANDES, H. HOVASSE, R. GENTILHOMME, Directoire et conseil de surveillance, enjeux de pouvoir » Dr des sociétés ; novembre/Décembre 1998. P.6 et suiv.

11 F.DERRIDA, P. GODE et J.PSORTAIS, « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises » 3^e édition, Dalloz 1991, n° 579.

12 J.M AVELINE, C. PRISCO- VHREIKI « la gestion du patrimoine » édition groupe EYROLLES, 2007 pages 347.

13 Construire aujourd'hui l'administration de demain par OECD, Paris, 2001, page 250.

14 B. ALIBERT, « La gestion : essai de définition juridique » : petites affiches, 26 février 1997, n°25 p.10.

La difficulté réside dans le fait que cette notion de faute de gestion n'a pas été définie par le législateur, alors il appartient aux tribunaux d'apprécier, au cas par cas, si le comportement du dirigeant, action ou omission, constitue ou non une faute de gestion.

Pratiquement, la liste des fautes retenues à l'encontre des dirigeants est très diversifiée. Il peut aussi bien aller d'une négligence ou d'une simple imprudence jusqu'à des manœuvres frauduleuses, employées par un dirigeant de droit ou de fait.

Autrement dit, en se référant au comportement humain la faute de gestion semble être protéiforme¹⁵. Cela dit, il s'agit d'une notion unique : les fautes dues à une violation des dispositions légales, réglementaires ou statutaires, sont des fautes de gestion et à contrario les fautes de gestion constituent en réalité une violation d'une obligation imposée par la loi.

En effet, l'article 349 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes, telle qu'elle a été modifiée par la loi 20-05 dispose dans son premier alinéa « Les fondateurs de la société ainsi que les premiers administrateurs, les premiers membres du directoire et du conseil de surveillance sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la présente loi pour la constitution de la société ».

Il résulte de la lecture de cet article qu'une simple omission d'insertion d'une mention obligatoire ou le non accomplissement d'une formalité imposée par la loi est constitutif de faute de gestion est de nature à engager la responsabilité des dirigeants.

De ce qui précède on peut dire qu'effectivement il n'existe pas une réelle définition légale de la faute de gestion permettant de la déceler sans grande difficulté et d'en tirer les conséquences juridiques qui s'imposent.

Mais inutile de nier le rôle du législateur marocain qui a contribué à la détermination de la faute de gestion – même si indirectement – par la fixation d'une liste d'actes positifs ou négatifs que le dirigeant peut commettre à l'occasion de la gestion de la société et qui sont qualifiés de faute de gestion en raison de l'impact négatif qu'ils peuvent avoir sur la continuation de l'exploitation de l'entreprise même.

L'examen des textes relève que la responsabilité des dirigeants sociaux est à la base de la faute de gestion, cette faute qui suscite les plus grandes difficultés d'appréciation.

Si l'ambiguïté est bien réelle du côté du législateur, quelle est l'attitude de la doctrine face au vide législatif ?

b)- Attitude de la doctrine face à ce vide juridique

Alors que l'action en recherche de responsabilité du dirigeant se fait de plus en plus courante, la faute de gestion fait partie de ce que l'on appelle le flou juridique.

Face à ce flou, les tentatives de recherche d'une définition ne cessent d'accroître, d'autant plus que la crise est passée par là : d'abord les scandales de ces dernières années liés aux affaires,

¹⁵ E.Scholastique «Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés: droits français et anglais », L.G.D.J, 1 janv. 1998, page 151.

ensuite la montée en puissance des juges, enfin l'inflation pénale qui a tendance à envahir le droit des sociétés. Il faut ajouter à cela l'influence de l'idéologie anglo-américaine de la corporate governance qui tend à s'imposer comme modèle de référence avec les adaptations nécessaires¹⁶.

En effet, les doctrinaires reconnaissent unanimement qu'il est impossible de parvenir à une définition unitaire de ce type de faute, dans la mesure où il existe une extrême variété d'acte de gestion.¹⁷ La faute de gestion va de la simple faute d'imprudence ou de négligence aux manœuvres frauduleuses caractérisées.¹⁸

En somme il convient de dire que la doctrine est controversée, il y'en a ceux qui reconnaissent que la faute de gestion peut être conçue soit de façon large ou restrictive et ceux qui se fondent dans leur définition sur deux critères le premier est juridique et l'autre économique.

* **Le premier courant** : pour une partie de la doctrine une faute de gestion est entendue au sens large et au sens restrictif.

Ainsi selon une notion restrictive la faute de gestion sera limitée aux seules fautes techniques de la société c'est-à-dire les activités commerciales à l'exclusion des activités financières, administratives, de contrôle ou de surveillance au sein de l'entreprise.¹⁹

Ces fautes de gestion forment d'avantage des transgressions à l'obligation générale de diligence et de prudence qui alourdit la mission de tout gérant ou administrateur avisé, loyal et soucieux de veiller sur les biens d'autrui.

Autrement dit, une faute de gestion selon cette conception restrictive est l'équivalent tout simplement d'une violation de la part du dirigeant d'une obligation « de gérer la société en bon père de famille », ²⁰

Alors qu'au sens large : la faute de gestion englobe toutes les violations par les dirigeants sociaux des obligations auxquelles ils sont assujettis du fait de leurs fonctions.²¹

Ainsi on peut dire que la faute de gestion se définit comme le manquement aux règles qui définissent le comportement d'un dirigeant normalement diligent, c'est-à-dire le comportement d'un dirigeant soucieux de l'intérêt de sa société.

Par cette définition, on estime que la règle est établie. Elle sera la référence des juges afin de déterminer s'il y a faute ou non.

16 BEL HAJ HAMOUDA AJMI, « La faute de gestion est-elle impossible à éviter ? ». 03 Mars 2009 By Audinet Tunisie Juridique - Droits des affaires. «http://www.investirentunisie.net/index.php?id=262:tunisiédossierslafautedegestionendroitedesaffaires&option=com_content »

17 VINEYG et P. JOURDAN « Traité de droit civile ; les obligations ; la responsabilité civile ; conditions ». LGDJ. 2ème édition ; 1998 spec, N° 857.

18 M. CAZIYA ; A.VIANDIER et FL. DEBOISSY « Droit commercial, sociétés commerciales » 7e éd, Dalloz, 2000, n°439.

19 BEL HAJ HAMOUDA AJMI « La faute de gestion est-elle impossible à éviter ? ». , Mardi, 03 Mars 2009 By Audinet Tunisie Juridique - Droits des affaires. «http://www.investirentunisie.net/index.php?id=262:tunisiédossierslafautedegestionendroitedesaffaires&option=com_content »

20 M.COIPEL, M AMETIE DELVAUX « la responsabilité du dirigeant d'ASBL » édition des CCI. SA, Page 31.

21 J.P Renard « guide du gérant de la SPRL » éd.pro édition des CCI SA 2005 pages 175 et suivantes.

Il en découle que le discernement de cette notion va dépendre de l'appréciation qui va en être faite. En effet, aux termes de la définition, il semble qu'une appréciation *in concreto* de la norme soit exigée du juge, et la distinction qu'il doit être faite entre la faute de gestion et l'erreur de gestion renforce cette idée.

Or, pour bien saisir ce concept, il faut revenir à son origine. La gestion d'une entreprise, dans un sens commun, correspond aux actes d'administration et celles visant la réalisation du profit pour l'entreprise.

Elle va donc s'analyser en un ensemble de choix d'opportunités. Ces choix, pris dans l'intérêt de l'entreprise, avec prudence et diligence, sont parfois, voire souvent, assortis d'un risque. Lorsque le risque se réalise au détriment de la santé de l'entreprise, il ne saurait être question d'incriminer le dirigeant, au risque de freiner l'évolution et donc la croissance de l'entreprise par des choix trop prudents.²²

Il en découle la distinction fondamentale entre la faute de gestion et l'erreur de gestion. Celle-ci réside dans l'appréciation du caractère diligent du dirigeant.

S'agissant des éléments constitutifs de la faute, il faut tout d'abord un élément matériel. Cet élément supporte une appréciation large. En effet, il peut s'agir d'une faute d'action ou d'une faute d'omission.

En terme de faute d'action, celle-ci peut être liée à un comportement d'aventurisme ou de témérité, parfois c'est le lancement de projets d'investissement démesurés ou encore l'entêtement dans une diversification inopportune.

Lorsqu'il s'agit d'une faute d'omission, le défaut de surveillance des cadres supérieurs ou du président, le lancement d'opération sans étude préalable sérieuse ou encore l'absence de comptabilité analytique sont souvent reprochés.

Dans ce contexte, la doctrine a déterminé un certain nombre d'acte à titre indicatif et non limitatif.

Or, parmi les actes positifs et négatifs constitutifs de faute de gestion on cite :

- Accomplissement d'acte dépassant l'objet social ;
- La délégation du pouvoir à une personne incompétente ;
- Signature d'une convention dont l'intérêt est discutable pour la société ;
- La conclusion d'un contrat dont les conditions sont manifestement désavantageuse «
ex : location d'un immeuble à un loyer sur fait, divulgation d'informations confidentielles...etc. »
- L'octroi à un client de délais de paiement soit trop longs soit sans garantie.

22 V. BERRETTA « Politique et stratégie de l'entreprise: dynamique externe de l'entreprise », Éditions d'organisation, 1975 page : 63 et s.

- L'utilisation des biens de société à des fins étrangères à l'objet social²³...etc.

Pour ce qui est d'actes négatifs « omission ou négligence » constitutifs de faute de gestion, on cite :

- Non appel en temps opportun de la partie de la partie du capital non libéré ;
- Absentéisme répété des réunions sans motif valable

Il faut, en outre, ajouter un élément d'illicéité pour constituer la faute. Dans ce cas, il est reproché au dirigeant de ne pas avoir agi dans l'intérêt de la société.

Ainsi, la faute de gestion va de la simple imprudence ou négligence aux manœuvres frauduleuses caractérisées.

Le dirigeant normalement diligent respecte certains essentiels : loyauté, transparence, respect de l'égalité.²⁴

En effet, une partie de la doctrine considère la faute de gestion comme une défaillance involontaire suffisamment caractérisée des pouvoirs fonctionnels des dirigeants sociaux²⁵.

Donc, cette faute est variable, car par cette définition la faute de gestion peut résulter soit d'acte positif ou négatif.

Cependant, et en dépit du fait que le domaine de gestion est vaste, le dirigeant de société bénéficie d'un droit à l'erreur, cela s'explique par le fait que la doctrine admet communément que cette faute a pour origine le non respect d'une obligation globale de compétence, de diligence et de bonne foi mise à la charge du dirigeant.²⁶

L'acception large donc, fait de la faute de gestion le fruit d'un comportement qui peut être qualifié d'anormal ou d'irrégulier du dirigeant social elle est l'équivalent de toute faute commise dans l'administration générale de la société, qu'il s'agit d'une faute soit par commission ou par omission.²⁷

Ainsi l'acte querellé correspond à un comportement raisonnable et prudent d'un dirigeant normalement compétent et conscient placé dans la même situation et soucieux de l'intérêt social.²⁸

La faute de gestion peut donc être une décision, un comportement, une imprudence, une omission, un oubli ou même une négligence.

* **Le deuxième courant** : distinct dans la définition de la faute de gestion entre deux critères le premier juridique et le second économique.

23 J.P RENARD « Guide du gérant de la SPRL » édition de CCI SA, édi pro 2005, N°489 page 177.

24 Dominique Vidal, « Droit des sociétés » 6e édition, LGDJ, 2008 p.50

25 CHERCHOULY- SICARD F. « la responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion » : thèse, paris II, 1982, N°115

26 SERGE HADJI ARTINIAN, « La faute de gestion en droit de société », page 4, édition LITEC septembre 2001 p.10

27 G. RIPERT et R. ROBLOT « Traité de droit commercial, procédure collective de redressement et de liquidation » 16e édition, LGDJ, 2000, N°3225 et suivant.

28 J.P RENARD « Guide du gérant de la SPRL » édition de CCI SA, édi pro, N°488, page 176.

Ainsi, en prenant en considération le critère juridique, la faute de gestion sera qualifiée comme tout acte ou omission qui ne s'inscrit pas dans l'intérêt social de l'entreprise. Autrement dit, la faute de gestion est fondée sur des critères juridiques lorsque le dirigeant ne gère pas la société dans l'intérêt social, mais dans son intérêt personnel.

En effet, le dirigeant dans ce cas, fait prévaloir ses intérêts personnels et familiaux au détriment de l'intérêt de la société. Elle émane également du cadre juridique lorsqu'elle relève d'une incompétence dans la gestion d'un problème contentieux.

Par contre, la notion de faute de gestion est fondée sur le critère économique lorsqu'il s'agit d'une mauvaise gestion financière ou matérielle de la part du dirigeant.

Ainsi et en fonction de cette définition, la faute de gestion peut être établie avec l'aide de l'expertise de gestion sur la base de l'article 157 de la loi n°17-95 relative aux sociétés anonymes. Ainsi selon cet article un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander au président du tribunal, statuant en référé, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

La faute peut en outre être établie à travers l'expertise *in futurum* de l'article 55 du code de procédure civile marocain,²⁹ qui contrairement à l'expertise de gestion constitue une mesure d'instruction de droit commun permettant de rassembler ou de conserver les preuves en vue d'une action en justice. Les deux actions permettent d'atteindre le même résultat en pratique à savoir l'obtention par voie d'un expert désigné judiciairement d'information sur la gestion sociale.

Au vu de ce qui précède, on peut déduire que la notion de faute de gestion comporte des nuances quant à sa composition dans le mesure où tout acte, toute action, toute omission ou toute imprudence peut être constitutive d'une faute de gestion³⁰. Toutefois, pour certains doctrinaires abstraction fait le degré de gravité de la faute de gestion, qu'elle soit par commission ou par omission, elle peut entraîner l'engagement de la responsabilité du dirigeant si elle figure parmi les causes qui ont conduit à l'insuffisance d'actif, même si elle n'est pas la cause unique, voire la cause principale³¹.

Si l'ambiguïté est bien réelle du côté du législateur et de la doctrine, quelle est la position des tribunaux dans l'appréciation et la détermination du concept : la faute de gestion.

§2: Approche jurisprudentielle de la faute de gestion :

Malgré son apparition récente dans le droit des affaires et particulièrement dans le droit des sociétés et en dépit du rôle qu'elle joue en matière de responsabilité des dirigeants, la faute de gestion est une notion qui reste encore indéterminée, d'une part l'absence d'une définition légale comme on l'a déjà signalé et l'absence d'une définition unanime du côté des doctrinaires, reste à savoir quel est l'apport de la jurisprudence dans ce cadre.

29 Article 55 du code de procédure civile : « Le juge peut, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, soit d'office, ordonner avant dire droit au fond, une expertise, une visite des lieux, une enquête, une vérification d'écriture ou toute autre mesure d'instruction. »

30J. Calvo, L'action en comblement de passif et la notion de faute de gestion, P.A. 27 mai 1998, n° 63, p. 13.

31 T. TILQUIN, V. SIMONART « Traité de droit commercial », édition L.G.D.J., tome II, 1996, p. 1300.

Pour ce faire, il convient d'étudier de prime abord la méthode adoptée par le juge dans la qualification de la faute de gestion avant de voir par la suite la définition accordée par la jurisprudence à cette notion.

a)- La méthode poursuivie par le juge

La notion de faute de gestion est « jeune » en droit marocain si on la compare aux notions de faute pénale et faute professionnelles. La problématique de la difficulté de sa définition et la délimitation de ces contours donnent au juge la possibilité de faire œuvre utile en faisant appel à son pouvoir discrétionnaire.

En effet, en l'absence de définition légale, la jurisprudence tout comme la doctrine utilise toujours un critère issu de droit romain : « le comportement de bon père de famille »³², cette notion est un concept de droit civil qui désigne une conduite qu'aurait une personne abstraite dans des circonstances données, servant de règle générale pour apprécier l'adéquation de la conduite d'un individu concret placé dans la même situation afin de déterminer l'existence ou la mesure d'une éventuelle faute.

Normalement prudent et diligent, attentif, soucieux des biens et/ou des intérêts qui lui sont confiés comme s'il s'agissait des siens propres, le bon père de famille est utilisé par les juristes comme mètre étalon pour définir, dans un contexte donné, la norme comportementale en se rapportant à un individu de référence.³³

Lorsque le comportement d'une personne s'est écarté de cette norme, il y a faute qui peut être simple ou lourde selon la gravité du comportement ou le degré de déviation par rapport à la norme. Cependant, même si les conséquences peuvent être différentes, la faute la plus légère impliquera la responsabilité civile de son auteur si elle a causé un dommage. Le terme d'homme raisonnable en est un équivalent.

En effet, dans l'appréciation de la faute de comportement de gestion le juge insiste à raison sur deux méthodes d'appréciation : soit l'appréciation *a priori* soit l'appréciation marginale :

a-1 : l'appréciation marginale :

Cette méthode d'appréciation est née de la contestation que dans la vie des affaires, les dirigeants de société sont rarement confrontés à des dilemmes, il n'a pas le choix entre deux solutions : A qui est la bonne et B qui est la mauvaise, mais entre un faisceau de solutions qui, chacune, présente des avantages et des inconvénients³⁴.

32 D. Meillet et B. Richard, «Dirigeant de société : un métier à risques. Statut et responsabilité du mandataire social », édition d'organisation, 1996 page 213

33 P.JAMMAR « tout savoir sur les dégâts locatives : état de lieu, valorisation,... », Édipro. Edition des CCI.SA, Belgique 2014, page 46.

34 J.P Renard, « Guide du gérant de la SARL » édit pro, édition des CCI, SA, page : 175 N° 486

L'appréciation marginale constitue en vérité une norme générale de responsabilité civile³⁵, le juge ne doit pas apprécier la conduite fautive du dirigeant suivant ses jugements de valeur en analysant ce qu'il aurait lui-même fait dans des circonstances données.³⁶

La faute de gestion a pour corollaire un comportement que n'aurait pas eu dans les mêmes circonstances une autre personne normalement compétente est avisée.

Dans l'appréciation de ce comportement, il faut tenir compte des circonstances « objectivement concrètes, telles les circonstances de temps, de lieu, les usages professionnels... etc. »³⁷

Ainsi, il appartient au juge dans ce cas de respecter le choix du dirigeant entre les différentes solutions raisonnables et de lui laisser une certaine marge de manœuvre.

Cela dit, le juge ne peut pas substituer sa propre appréciation à celle du dirigeant et décider quelle aurait été la décision que les dirigeants auraient prise.

En effet, toute décision comporte une part de risque, celle-ci pouvant d'ailleurs être importante quand la société reconnaît des difficultés ou est confrontée à plusieurs incertitudes, la décision peut s'avérer ultérieurement peu opportune.

Le principe d'appréciation marginale reconnaît en fait que les dirigeants ont certains droits à l'erreur et qu'une erreur d'appréciation n'est pas forcément constitutive de faute³⁸.

Aussi quand la décision des dirigeants est, compte tenu de la situation, raisonnable, elle ne peut être considérée comme une faute de gestion envers la société ou comme acte illicite envers les tiers.³⁹

Cependant, cela ne veut pas dire que les tribunaux peuvent s'immiscer dans la gestion de la société et apprécier l'opportunité des décisions sociales.⁴⁰

Ils peuvent cependant exercer un contrôle marginal au regard de la bonne foi ou l'intérêt social.

Le recours à cette technique se justifie essentiellement par deux motifs :

- D'une part, les cours et les tribunaux ne sont pas des juges d'opportunité mais seulement de légalité de la décision qui leur est déférée de sorte qu'il n'appartient pas au juge de substituer sa

35 Les tribunaux de Common Law estiment qu'il n'y a pas de négligence quand le comportement du défendeur se conforme à la pratique générale « H. Street, the Law of torts, Londres Butterworths, 1983, p. 120 »

36 Jean-Luc Fagnart « La responsabilité civile: Chronique de jurisprudence 1985-1995 » édition Larcier, Bruxelles 1997 page 44.

37 H. Mazeaud et A. Tonc ; « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile » ; Tome I 6^e édi. Montchrestien, n° 431 et 432.

38 D. Matpay et Duvieusart « la responsabilité civile des membres et administrateurs de l'ASBL », fondation et associations internationales, la charte 2004, P 143, N° 5 ; P. Van Ommestaghe et X. Dieux « Examen de la jurisprudence, 1979- 1990, les sociétés commerciales.

39 J. Ronse « Marginale toetsing in het privat recht » TPR1997, P 207.

40 D. Matpay et C. Duvieusart « La responsabilité civile des membres et administrateurs de l'ASBL » Fondations et associations internationales, la jurisprudence 1979-1990, les sociétés commerciales.

propre appréciation à celle des organes de société et de décider lui-même quelle eût été la meilleure décision possible.

-D'autre part, le dirigeant de société dispose, dans les décisions qui relèvent de la gestion et du fonctionnement de la société, d'une marge d'appréciation raisonnable.

De ce fait, il appartient au dirigeant dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, de déterminer, eu égard à toutes les circonstances de fait ce qui est conforme à l'intérêt social.⁴¹

Dans la pratique, on constate que l'application de la méthode d'appréciation marginale conduit au rejet de beaucoup de demandes fondées sur l'existence d'une faute commise au détriment de l'intérêt des associés.

C'est ainsi que le juge considère à titre d'exemple que les décisions prises par le dirigeant doivent être dans l'intérêt de la société, tout en tenant compte également des intérêts communs des associés.⁴²

Il convient cependant de préciser que dans son appréciation de la conformité de la décision incriminée aux exigences de la bonne foi, le juge ne peut se substituer sa propre appréciation sur l'opportunité de la décision à celle des organes sociaux...Ainsi, ne peut être sanctionnée que la décision qui est manifestement et clairement contraire aux exigences de la bonne foi. »⁴³

Dans le même sens, le tribunal de commerce de Rabat a considéré dans un cas d'espèce que la demande de révocation fondée sur des actes reflétant la mauvaise foi du gérant, ne peut être recevable que si le demandeur prouve l'existence d'une cause légitime car cette dernière est considérée comme condition pour la réunion des éléments nécessaires à l'action en révocation, d'autant plus que le tribunal n'a pas pour compétence d'enquêter et de chercher cette mauvaise foi, alors que tous les documents du dossier ne prouvent aucune violation légale nécessitant cette révocation.⁴⁴

Enfin, il convient de dire qu'en somme l'appréciation marginale est basée sur un principe bien connu en matière de la responsabilité civile professionnelle, consiste à déterminer, non pas ce que la personne incriminée aurait dû faire, mais les limites qu'elle ne pouvait pas dépasser eu égard aux circonstances de temps et de lieu dans lesquelles elle se trouvait, ce qui par définition laisse aux professionnels une marge d'appréciation à l'intérieur de laquelle ils ne peuvent être condamnés.

Dans ce cadre, on peut retenir l'exemple d'une décision prise par le dirigeant en matière comptable, en pratique, dans le domaine des ajustements de valeurs (amortissement, réduction de valeur, provision, écriture de régularisation...etc.), il s'agit de rapprocher la valeur raisonnablement possible ou défendable dans le cas d'espèce⁴⁵.

41 M.COIPEL « Droit des sociétés commerciales », Tome I 3^e édition : 2006-2007, éd, KLEUWER, page : 133

42

Tribunal de commerce de Marrakech, jugement n° 408/2006, le 19/05/2006, dossier n° 21/16/2006, non publié
"الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بمراكش تحت عدد 408/2006 بتاريخ 19/05/2006 ملف عدد 21/16/2006 غير منشور"

43 C. A. Com. Bruxelles, 22 juin 1992, *Revue de la recherche juridique* édition, PUAM1993, page 36.

44-Tribunal de commerce de Rabat, jugement n° 2400, le 26/07/2007, dossier n°704/8/2007 non publié.

" المحكمة التجارية بالرباط حكم رقم 2400 بتاريخ 26/07/2007 ملف عدد 0072 /704/8 غير منشور "

45 ERIC CAUSIN « Droit comptable des entreprises », édition LARCIER, 2000, page 110.

a-2-L'appréciation a priori :

Ce principe impose au juge d'apprécier le caractère fautif du comportement du dirigeant au moment où il a été posé (appréciation de la faute *a priori* et non *a posteriori*).

Le juge doit donc faire abstraction des éventuelles conséquences malheureuses qui ont résulté de la décision prise mais raisonnablement ne pouvaient être prévues.⁴⁶

La nécessité d'une appréciation *a priori* s'impose particulièrement quand il est reproché aux administrateurs d'avoir en vue de redresser la société poursuivi l'activité déficitaire au lieu de décider de cesser l'activité⁴⁷.

En effet, en vertu l'appréciation *a priori*, le juge devra se placer, lorsqu'il statuera plusieurs années plus tard sur les faits critiqués, au moment où ceux-ci ont eu lieu.⁴⁸

Certes, l'exercice intellectuel est difficile, mais indispensable vu qu'il est trop attentif, le juge recourt à ce principe lorsqu'il sera appelé à juger la responsabilité des dirigeants dans des situations qui se sont révélées finalement fatales, mais qui n'apparaissent pas comme telles au moment où certaines décisions ont été prises⁴⁹.

b)- L'approche adoptée par les juridictions

Le droit des sociétés a toujours connu des concepts « mous » sans contenu préétabli mais adapté par les tribunaux au gré des circonstances pour corriger le fonctionnement de la société.⁵⁰

La faute de gestion est une notion qui n'est pas définie par la loi⁵¹, elle est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Le juge apprécie le comportement du dirigeant pour dégager le caractère fautif.⁵²

En effet, au regard de la jurisprudence, la faute de gestion est constituée non seulement par tout acte positif, mais aussi par toute abstention commise par un dirigeant de société qui peut s'analyser comme une erreur dans la direction de l'entreprise, une imprudence, une négligence ou une transgression des obligations légales ou des dispositions statutaires.

La faute de gestion s'apprécie classiquement par référence à l'attitude d'un dirigeant normalement avisé en tenant en compte du fait que la gestion n'est pas plus que le droit une science exacte.⁵³

46 C. Davagle, D. Dentant, M. De Wolf, G.de Sauvage, C.Fischer, J.F Goffin, R. Marchetti « La responsabilité du dirigeant d'ASBL », édi-pro, Belgique, 2008, Page 23.

47 J.F GOFFIN « responsabilité des dirigeants de société », collection droit des sociétés, édition LARCIER, 3ème édition novembre 2012. Page 108 n° 61.

48 André Pierre André Dumont, Jean-Pierre Renard « Guide du C.A. et de l'A.G. », édition, édipro, Belgique 2007, page 250

49 S. WATILLON, A. PIERRE, A. DUMONT, J.P RENARD. « GUIDE PRATIQUE : CA et AG, Le manuel du dirigeant » SA édit-pro et CCI. SA Belgique 2007 Page : 250.

50 T. Tilquin, V. Simonart « traité des sociétés » Tome I, éd. Wolters Kluwer, 2005, page 140

51 D. Miellet et B. Richard, «Dirigeant de société : un métier à risques. Statut et responsabilité du mandataire social », édition d'organisation, 1996 page 139

52 M.B SALGADO « Droit des entreprises en difficultés », BREAL, 2007, page 173

53 F. Pérochon, R. Bonhomme «Entreprises en difficulté » éd. LGDJ 2013 page : 568

L'analyse de la faute s'effectue cas par cas par le juge tout en prenant en considération des faits accomplis par le dirigeant, par rapport au comportement normal d'un autre dirigeant dans une situation identique.

En principe, le dirigeant est tenu d'une obligation de moyen et non pas de résultat. De ce fait, il doit mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour agir dans l'intérêt de la société et en assurer la prospérité ; il ne suffit pas qu'il n'ait pas obtenu le succès escompté pour être condamné.

Le plus souvent, le juge, pour accuser le dirigeant elle ne se réfère à un fait précis mais plutôt à un faisceau d'indices. La faute de gestion peut être caractérisée à toutes les phases de la vie de l'entreprise. Or, la jurisprudence considère que la faute de gestion peut résulter d'un comportement adopté avant le début d'exploitation de l'activité en cause⁵⁴.

Par ailleurs, la faute de gestion peut trouver sa source au cours la gestion commerciale et financière de l'entreprise. Ainsi, par exemple, l'absentéisme du dirigeant qui reflète l'insouciance de ce dernier pour son entreprise est constitutif d'une faute de gestion⁵⁵.

Dans le même sens on peut également citer le cas d'absence de tenu de comptabilité, l'émission de factures fictives ou encore l'engagement d'un prêt bancaire pour renflouer la trésorerie ou de subventions très aléatoires⁵⁶ ou encore l'inexistence des états de synthèse reflétant la situation financière de la société, le détournement de fond et la manipulation des recettes réels de l'entreprise.⁵⁷

Néanmoins, en cas de société soumise à la procédure de traitement des difficultés des entreprise, c'est la déclaration de cessation de paiements qui permet de déterminer la faute de gestion. Plus la déclaration de cessation de paiements est tardive, plus la faute de gestion est caractérisée ; la jurisprudence ne sanctionnant souvent que les retards abusifs⁵⁸.

Effectivement, dans ce cadre la jurisprudence adopte une conception très large de la faute de gestion, qui ressemble à celle utilisée en matière de responsabilité des dirigeants d'une société in bonis⁵⁹.

Elle la déduit d'une véritable appréciation qualitative de la gestion. Elle retient aussi bien un défaut de surveillance ou de diligence que des décisions imprudentes, fruit d'erreurs d'appréciation graves, notamment sur le financement des investissements ou le niveau des risques financiers⁶⁰.

54 G. RIPERT et R. ROBLOT « Traité de droit commercial, procédure collective de redressement et de liquidation » 16e édition, LGDJ, 2000, N°3225 et suivant, L.G.D.J., t II, 15è éd, 1996, p. 1300.

55Cass., com., 19 mars 1996, Rep. Defrénois 1996, p. 935, note Le Cannu.

56C.A de commerce de FES Arrêt n°786, le 7/6/2005, dossiers joints n°230, 221 et 322/05, revue jurisprudence de la cour suprême n°53.

"محكمة الاستئناف التجارية بفاس قرار عدد 786 بتاريخ 7/6/2005 ملفات مضمومة رقم 230 و 221 و 322/05 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 53 "

57-Tribunal de commerce de Rabat, jugement n° 2112 en date du 12-10-2010 dossier n°1495/8/2010, inédite

" المحكمة التجارية بالرباط حكم رقم 2112 بتاريخ 12-10-2010 ملف رقم 1495/8/2010 غير منشور "

58Cass. Com., 11 juin 1991, R.J.D.A. 1991, n° 852.

59 S. H ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec 2002 p.13

60 MICHEL JUSTANCIA ILOKI « La responsabilité des dirigeants en cas de procédure collective contre la société Université de Poitiers, faculté de droit et des sciences sociales -DEA master recherche en droit privé fondamental 2005

Il nous semble que la difficulté réelle réside dans la détermination du stade de gravité à partir duquel l'erreur dans la prise de décision, qui fait partie des aléas de la vie des affaires, devient une faute de gestion de nature à engager la responsabilité des dirigeants. Il est incontestable que les mauvais résultats d'une décision ne sont pas en eux-mêmes un élément suffisant pour caractériser la faute.

Sont ainsi des fautes de gestion par exemple des absences répétées ou l'octroi des délégations à des personnes incompetentes. Dans le même sens, l'adoption de la solution d'homme de paille ne constitue pas une assurance tout risque. Ce sont des situations conflictuelles que l'on retrouve dans des cas où les vrais propriétaires se mettent en retrait et laissent à leur "homme ou femme de paille" la direction opérationnelle de la société.⁶¹

Les éléments de preuve de la faute de gestion peuvent être établis dans le rapport d'un expert-comptable établi à la demande du juge-commissaire. Le juge de fond peut également demander la réalisation d'expertise de gestion pour prouver que la mauvaise gestion du dirigeant qui est à l'origine de la détérioration de la situation financière de la société.

La faute peut exister dès la création de la personne morale, par exemple en cas de discordance entre les moyens de financement engagés, par rapport au volume des investissements à réaliser, de fixation d'une rémunération disproportionnée par rapport aux résultats prévisionnels, ou de défaut de libération intégrale du capital dès la première année alors même que la loi n'en fait pas obligation.⁶² Ou en cas d'accumulation des échéances de la CNSS.⁶³

Enfin, il convient de dire que tous les cas examinés en droit marocain ou repris de la jurisprudence, deux critères ont pu s'imposer permettant sans grande erreur de cerner le concept faute de gestion : le critère de l'intérêt social et le critère d'incompétence c'est-à-dire le manque de technicité et de professionnalisme.

Le premier critère est celui de l'intérêt social, il sera d'autant plus facile à appréhender que l'acte fautif de gestion aura profité au dirigeant personnellement ou favorisé les intérêts d'un tiers ou éventuellement a été accompli en méconnaissant purement et simplement l'intérêt social.

Exposer les cas de fautes de gestion contraires aux intérêts de la société serait fastidieux et inutile.

Pour ce qui est du second critère, qui est généralement reproché aux dirigeants, c'est la défaillance, la négligence, l'incompétence, le gaspillage des fonds sociaux, le paiement établi sans cause, les mesures jugées déraisonnables au moment où elles ont été prises même si elles peuvent se révéler, à plus ou moins

long terme comme un acte de gestion avisé.

61 Abashi SHAMAMBA «RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS DE SA/SARL «L'HOMME DE PAILLE» N'EST PAS UNE ASSURANCE TOUS RISQUES » , article publié par le journal, Édition N° 1232 du 22/03/2002.

62 Cass. Com. Arrêt n° 661 du 25 juin 2013 (12-17.583)

63 Tbr. Com de Rabat, décision n°3328 en date de 26-12-2007, dossier 1569/8/2003.

Le critère de l'intérêt social a implicitement motivé les nombreuses décisions rendues par les juridictions qui ont retenu la qualification de faute de gestion, et donc la responsabilité des dirigeants sociaux.

De ce qui précède, il convient de dire que pour juger si l'acte querellé correspond ou non à un comportement raisonnable et prudent, il faut le comparer avec celui d'un dirigeant normalement compétent et consciencieux placé dans la même situation et sociaux de l'intérêt social.⁶⁴

La question qui se pose dans ce cadre, l'intérêt social constitue-il l'unique critère permettant de définir et d'unifier la faute de gestion? L'analyse des décisions jurisprudentielles en matière de faute de gestion permettra de conclure qu'en dépit du fait que la faute de gestion surgit en apparence d'une pluralité de comportements fautifs, le recours au critère l'intérêt social sera en mesure d'unifier cette notion.

64 J.P RENARD « Guide du gérant de la SPRL » éd.pro édition des CCI SA, 2005, page 179