

**« La faute de gestion :
Entre les exigences de la compétition et les contraintes de la loi. »**

**« Management fault:
Between competition requirements and legal constraints»**

Asmaa BOUKHIMA
Enseignante chercheuse
FSJES Ain Sebâa,
Université Hassan II, Casablanca - Maroc
LAREJPED
sntex@hotmail.fr

Tahar KHALLOUKI
Doctorant
FSJES Ain Sebâa, Université Hassan II, Casablanca - Maroc
LAREJPED
Zenata.taha@gmail.com

Date de soumission : 28/04/2023

Date d'acceptation : 14/06/2023

Pour citer cet article :

BOUKHIMA.A & KHALLOUKI.T (2023) « « La faute de gestion :Entre les exigences de la compétition et les contraintes de la loi. » », Revue Française d'Economie et de Gestion « Volume 4 : Numéro 6 » pp : 394 – 421.

Author(s) agree that this article remain permanently open access under the terms of the Creative Commons Attribution License 4.0 International License



Résumé

En étant à la tête d'une entreprise devant rivaliser avec des concurrents percutants, le chef de l'entreprise doit user de tous les moyens en sa possession pour réussir sa mission. Il a l'obligation de veiller au bon fonctionnement de l'entreprise de manière à la mettre à l'abri de toute difficulté éventuelle. Cela doit l'inciter à innover, faute de quoi son entreprise va en subir des conséquences néfastes. Ses concurrents vont lui ravir sa part de marché et la plonger dans un processus de défaillance susceptible d'échapper à toute maîtrise. Néanmoins l'innovation n'est pas toujours rassurante ; son échec demeure probable. Le chef de l'entreprise risque dès lors d'être accusé d'une faute de gestion et d'engager ainsi sa responsabilité civile et même parfois pénale. Cette responsabilité trouve son fondement aussi bien dans le droit commun que dans une dizaine de textes spéciaux, ce qui est de nature à multiplier les craintes et soucis du chef d'entreprise exerçant une activité par nature risquée. Le présent papier se propose d'apprécier le régime de responsabilité applicable au chef d'entreprise, auteur d'une faute de gestion, et de débattre le besoin de lui concevoir une législation appropriée ; susceptible de lui assurer une certaine protection.

Mots clés : « Concurrence ; Innovation ; Faute de gestion ; Réparation ; Responsabilité »

Abstract

Being at the head of a company that has to compete with hard-hitting rivals, the head of the company must use all the means in his possession to succeed in his mission. He or she is obliged to ensure that the company runs smoothly, so as to protect it from any potential difficulties. This must encourage him to innovate, failing which his company will suffer adverse consequences. Competitors will steal market share and plunge the company into an uncontrollable process of failure. Nevertheless, innovation is not always reassuring; its failure remains probable. The head of the company risks being accused of mismanagement and thus incurring civil and criminal liability. This liability is based both on ordinary law and on a dozen or so special texts, which is likely to multiply the fears and worries of the company director engaged in an activity that is by nature risky. The purpose of this paper is to assess the liability regime applicable to the company director who commits a mismanagement offence, and to discuss the need to devise appropriate legislation for him or her; likely to provide some protection.

Key words: « Competition; Innovation; management fault ; reparation; responsibility.»

Introduction.

Depuis l'ère de l'économie classique du 18^{ème} siècle, l'entreprise est hissée au rang d'un agent économique privilégié, en raison de son aptitude à créer de la richesse et de la répartir entre ses divers partenaires sociaux suivant un critère de mérite convenu. Elle est la seule à pouvoir le faire ; nul autre acteur ne peut se substituer à elle (Cohen, 1991). Sa définition ne fait nullement l'unanimité des chercheurs, chacun d'eux tente de l'appréhender suivant sa propre conception et ses centres d'intérêts.

D'un point de vue économique, l'entreprise se définit comme étant une formule de combinaison réfléchie, intégrant deux principaux facteurs de production en l'occurrence le capital et le travail. Son objectif consiste en la production et la commercialisation d'un produit ou d'un service, présentant une certaine utilité pour la communauté des consommateurs. L'entreprise a donc la mission fondamentale de satisfaire les besoins de son client, de créer la richesse et de la répartir entre ses divers partenaires sociaux. L'exercice d'une telle fonction est loin d'être exempt de risques ; il peut déboucher sur un échec qu'on tend souvent à imputer au chef d'entreprise.

D'un point de vue juridique, l'entreprise sociétaire se définit comme étant un rapport juridique qui met en relation une diversité d'acteurs et précise pour chacun d'eux les droits dont il doit bénéficier et les charges qu'il doit assumer en contrepartie. En fait, il s'agit d'un encadrement juridique des relations devant lier les membres d'une structure entrepreneuriale dont la violation entraîne l'application de sanctions prévues à l'encontre de celui qui sera reconnu fautif.

D'un point de vue managérial, l'entreprise est identifiée en tant qu'un système organisationnel constitué d'un ensemble de sous- systèmes inter-liés, chacun d'eux est chargé de la gestion d'une partie précise du processus devant aboutir à la production d'un bien ou d'un service compétitif, susceptible de répondre aux exigences du marché notamment en termes de qualité/prix.

D'un point de vue financier, l'entreprise est par essence un investissement qui nécessite l'engagement d'un certain volume de capitaux propres et/ ou empruntés. Son but est la réalisation d'un bénéfice prévisible et sa répartition entre les divers partenaires sociaux. La prévision d'un tel bénéfice se fait normalement sur la base d'une étude approfondie de l'ensemble des paramètres pouvant conduire au succès (rentabilité, cashflow, l'indice de profitabilité, délai de récupération, l'état du marché...). Une telle étude peut parfois s'avérer insuffisante et le bénéfice escompté risque d'être inférieur aux estimations de départ. Cela

revient à dire que l'investissement en entreprise est une initiative risquée et tend à l'être pour toujours. Il s'agit de risquer un capital (Hisrich & Peters, 1991) dans l'espoir de le développer davantage mais rien ne peut en garantir les fruits. Sa désignation par le vocable « capital risque » est à cet égard trop significative.

Quoi qu'il en soit, les uns et les autres reconnaissent que l'entrepreneuriat est une activité fortement risquée et qui risque de l'être davantage au fil du temps. L'entrepreneur engage, en effet, des ressources certaines en termes d'hommes et de capitaux et attend en retour un rendement incertain. L'entrepreneur n'est pas seulement celui qui combine les moyens de production et les ressources économiques de manière efficace mais également celui qui innove et assume le risque lié à l'incertitude des résultats (Marchesnay & Fourcade, 1997). Il s'agit d'une incertitude qui ne semble pas se prêter à une parfaite maîtrise par quiconque. Nul ne peut nier qu'à l'heure actuelle, l'environnement des affaires est plus contraignant et que sa maîtrise est loin d'être un exercice aisé. Son instabilité est source de difficultés et de défis que l'entreprise doit relever de manière presque quotidienne. L'entrepreneur a dès lors l'obligation de faire preuve de beaucoup de patience, de clairvoyance et surtout de créativité pouvant le mettre à l'abri du risque inhérent aux affaires. La concurrence tend à se généraliser et à s'intensifier et partant à menacer l'existence même de l'entreprise, notamment celle n'ayant pas suffisamment de ressources pouvant lui permettre d'être compétitive sur le marché et partant d'y tenir la tête face aux harcèlements de ses concurrents. Pour se maintenir, l'entreprise est tenue de créer et d'innover (Prouvost, 1990) c'est-à-dire prendre le risque de concevoir un nouveau produit ou service pour non seulement satisfaire les désirs du consommateur mais également pour créer chez lui d'autres besoins. Cela donne une idée sur l'importance de l'investissement à engager, il doit couvrir toutes les parties du processus productif notamment l'approvisionnement, la transformation, la commercialisation sans pour autant ignorer l'importance de la communication. Il ne suffit pas de produire mais encore faut-il savoir vendre ce qu'on produit. Ce faisant, l'entame de l'innovation est loin d'être une initiative fortuite, il impose l'engagement de moyens humains et financiers, plus ou moins importants, sans avoir la certitude de réaliser l'objectif escompté. Souvent, l'échec en matière d'innovation conduit à l'accusation de son auteur d'incompétence et même parfois de mauvaise foi. Il encourt le risque d'être poursuivi en justice au motif qu'il a commis une faute de gestion préjudiciable à l'intérêt social, abstraction faite de la nature intentionnelle ou non intentionnelle d'une telle faute.

Au regard de ce qui précède, il est permis de déduire qu'en matière d'entreprise, le chef est tenu entre le marteau et l'enclume. D'une part, il doit prendre des initiatives pouvant assurer à

son entreprise une certaine pérennité et d'autre part être prudent dans ses décisions de manière à ne pas commettre une faute pouvant susciter le mécontentement des partenaires sociaux. Le chef d'entreprise n'est pas, en effet, à l'abri de la commission d'une faute de gestion ; il doit être prêt à l'éventualité d'une poursuite en justice en cas d'échec. Il est tenu de gérer un système à deux variables plus divergentes que convergentes. L'une incite à la prise de décisions pouvant assurer à l'entreprise une certaine pérennité, l'autre à la prise de précautions pour ne pas faire, en cas d'échec, l'objet d'une poursuite éventuelle en justice. IL est vraisemblablement difficile de concilier entre les exigences de la compétition inter-entreprises qui suscite de l'audace et les contraintes de la loi qui impose de la prudence. L'audace peut chasser la prudence et conduire dès lors à la commission d'une faute génératrice de responsabilité civile et même parfois pénale. Compte tenu alors des considérations ci-dessus exposées, notre objectif consiste en une mise en lumière de l'importance du thème portant sur la faute de gestion en matière entrepreneuriale. Le débat va porter sur la nécessité de concevoir au profit du dirigeant social un régime juridique approprié qui doit tenir compte de l'ampleur des risques inhérent à l'exercice de l'entrepreneuriat. Ce dirigeant social a, en effet, besoin de travailler dans un climat rassurant qui lui permet d'être plus innovateur sans pour autant avoir la crainte d'être un jour jugé au motif que l'une de ses décisions était erronée ou n'était pas nécessaire.

Pour enrichir le débat ainsi proposé, nous avons adopté une approche qualitative basé sur un recueil minutieux de nombreux travaux de la doctrine et de la jurisprudence ainsi que de certaines recherches académiques. Leurs conclusions mettent l'accent sur le caractère évolutif de la faute de gestion et suggèrent la nécessité de concevoir à cette faute un régime juridique adéquat ; favorable à la créativité entrepreneuriale. A ce sujet, la problématique qui nous interpelle consiste à trouver certains éléments de réponse à la question suivante : Comment le chef d'une entreprise sociétaire, auteur probable d'une faute de gestion, doit-il procéder pour concilier entre les exigences de la compétition et les contraintes de la loi ?

Pour bien saisir la complexité de la problématique ainsi soulevée, le présent papier se propose de montrer en quoi la prise de décision est inévitable en matière d'un entrepreneuriat réputé par sa nature risquée d'une part et comment la loi procède à la qualification de cette décision en cas d'échec d'autre part. Notre objectif est d'ouvrir un débat constructif sur la nécessité d'une protection juridique appropriée devant bénéficier à un chef d'entreprise honnête ayant commis, durant l'exercice de sa mission, une faute dite de gestion.

1- Revue de littérature

L'environnement des affaires est de plus en plus instable ; il évolue à un rythme effréné. Il connaît, de manière presque quotidienne, de multiples changements tant au niveau des structures qu'au niveau des comportements. La concurrence interentreprises ne cesse de s'acharner d'un jour à l'autre et oblige dès lors les chefs d'entreprises d'être attentifs aux évolutions de leurs marchés. Ceux-ci sont désormais sujets à une concurrence multiforme. Leur suivi est devenu une condition incontournable de réussite ; il fait partie des principes du management moderne. La gestion tactique cède alors le pas à la gestion stratégique dont la mission première demeure le façonnement de l'avenir de l'entreprise. Celle-ci est tenue, via son chef ou dirigeant, de suivre l'évolution de son marché et d'analyser le comportement de ses concurrents de manière à pouvoir réagir rapidement face à tout changement éventuel pouvant lui générer des difficultés ou lui créer de nouveaux défis qu'il serait parfois difficile de relever. Nul ne peut, en effet, nier que l'entreprise moderne a l'obligation d'être compétitive et partant de se soumettre aux règles régissant la concurrence. Celle-ci tend à être réglementée et ne tolère plus la fraude ou la tricherie. L'entreprise doit rivaliser avec ses concurrents pour ne pas se faire distancer par eux, sans pour autant transgresser la loi régissant le jeu concurrentiel. En l'absence d'une telle orientation, elle risque d'être supplantée par ses rivaux et partant de perdre sa part du marché. Elle doit se procurer suffisamment de moyens et d'outils appropriés pour créer un changement qui lui sera favorable ou du moins se mettre à l'abri des effets inhérents au comportement de ses concurrents. Le temps de la gestion au jour le jour est révolu. Une localisation excessive sur des problèmes quotidiens peut épuiser les réserves d'énergie créatrice du dirigeant et aboutir à une réflexion superficielle ou inconsistante (Hickman & Silva, 1986). L'orientation à court terme tend à devenir une attitude fatale ; préjudiciable à l'avenir de l'entreprise. La pérennité de celle-ci passe par des actions de long terme. La prise de décision est dès lors devenue plus risquée et son auteur plus menacé de poursuites judiciaires en cas d'un faux pas. A l'évidence, la probabilité de la commise d'une faute tend à être inquiétant eu égard de l'hostilité de l'environnement entrepreneurial sévissant. Le dirigeant social a le devoir de concurrencer ses rivaux de manière loyale et licite, chose qui ne peut lui être possible que s'il réussit à se procurer les moyens de cette concurrence. Il a, dès lors, l'obligation d'innover et d'assurer les risques de ses décisions en la matière.

1.1. L'entreprise face aux défis de la concurrence

Historiquement, la tradition concurrentielle trouve ses racines chez l'école des économistes classiques, avant d'être reprise par différentes écoles néoclassiques autrichiennes au début du

20^{ème} siècle, l'école de Chicago à partir des années 1960, l'école des marchés contestables dans les années 1980 (Combe, 2016). Elle s'attache à réhabiliter les vertus de la compétition en tant qu'une orientation pouvant générer une meilleure allocation des ressources disponibles, de manière à bien servir le bien être d'un consommateur de plus en plus exigeant ; élevé au rang d'un Roi (Hiam & Schewe, 1992). Partout dans le monde, la concurrence est érigée en une option irréversible de la politique économique. Ses adeptes ont longuement débattu ses fondements et n'ont à aucun moment cessé de vanter ses mérites. Ils préconisent sa réglementation et recommandent plus de sanctions à l'encontre de l'auteur qui aura l'idée de violer ses règles et ses principes

1.1.1 Les fondements de la concurrence.

La concurrence est un phénomène purement économique qui est censé mettre en compétition l'ensemble des unités économiques. Celles-ci sont tenues non seulement de mobiliser l'ensemble de leurs ressources mais également de les employer avec efficacité. Toutes les écoles du management modernes reconnaissent à la concurrence sa capacité d'être un facteur incontournable d'allocation des diverses ressources nationales, devenues de plus en plus rares. Elle impose, en effet, au producteur le recours à l'excellence en tant qu'un rempart devant le mettre à l'abri de l'agressivité de ses concurrents. Ses règles sont fondées sur des notions de transparence, d'accessibilité, de liberté... autant de principes qui font l'unanimité à une échelle planétaire. Aucune concurrence n'est possible en dehors d'une réglementation devant régir le fonctionnement du marché et lui assurer une certaine transparence. Aucun acteur ne doit y être exclu. Il ne peut l'être qu'en raison de ses propres faiblesses et non sur décision d'un ou de plusieurs de ses concurrents.

De l'avis de nombreux économistes, la transparence du marché doit être érigée en une condition incontournable de toute stratégie de développement voulant être fructueuse. Elle exige l'aménagement pratique d'une situation économique où on note l'absence d'obstacles à la pénétration du marché, l'enlèvement des barrières à sa sortie et la possibilité, sans aucune restriction, pour les nouveaux concurrents d'y accéder instantanément. Autant de règles et principes ayant été repris par le droit de la concurrence ; leur violation a désormais un coût.

Il est dorénavant évident qu'en présence d'un marché transparent et suffisamment concurrentiel, l'entreprise n'aura d'autres alternatives que d'y être compétitive. Cela implique que son ou ses produits doivent être conçus sur la base d'un rapport qualité/ prix amplement justifié. Ce rapport doit être déterminé sur la base de deux contraintes interférentes et indissociables l'une de l'autre. Il s'agit de la pratique d'un prix convenable et non contesté

d'une part et l'adoption d'une politique de qualité pouvant répondre efficacement aux aspirations du consommateur d'autre part. IL s'agit de la conception d'un produit ou d'un service et de sa commercialisation de manière à ce qu'il soit préféré par le consommateur au détriment de produits ou services semblables proposés par les concurrents.

Quoi qu'il en soit, l'analyse de la réalité concrète prouve que l'entreprise moderne est exposée au risque de la concurrence à laquelle elle n'a d'autres alternatives que de s'y adapter. Cette adaptation exige de l'entreprise d'être en permanence à l'écoute de ses clients de manière à pouvoir répondre à leurs besoins présents et futurs. Elle doit innover ; le recours à des pratiques anticoncurrentielles n'est plus toléré. Partout dans le monde, la concurrence tend à faire l'objet d'une stricte réglementation. Ses règles sont par essence d'ordre public et n'admettent aucune violation. L'entreprise qui aura l'idée de les transgresser sera certainement sanctionnée parfois même sévèrement. Son chef ou dirigeant doit saisir l'ampleur de l'enjeu. Il est tenu de retenir que l'option de la concurrence est irréversible, qu'elle fait désormais l'objet d'une stricte réglementation dont la mise en application relève de la compétence exclusive d'une institution spécialisée dénommée « conseil de la concurrence », hissé au rang d'une institution constitutionnelle (Hajoui, 2016)

1.1.2 La réglementation de la concurrence.

La politique de la concurrence s'inscrit dans un cadre juridique précis, régi par le droit de la concurrence. Dans la plupart des pays, membres de l'O.M.C, ce droit est axé autour de trois catégories de dispositions, certes différentes mais complémentaires. Ces dispositions se sont élaborées sur la base d'un ensemble impressionnant d'études, d'enquêtes et de recherches d'horizons et de natures diverses (études économiques, juridiques, sociologiques, nationales, internationales, privées, publiques...). Elles proposent de :

- ✓ Réprimer les pratique d'ententes qui ont pour objet et/ ou effet de restreindre la concurrence
- ✓ Rayer l'abus de position dominante, expression désignant un ensemble de pratiques unilatérales mises en œuvre par une entreprise ayant une position dominante et qui ont pour objet et/ ou effet de restreindre artificiellement la concurrence sur le marché. Il s'agit de l'adoption des prix prédateurs, des ventes liées, des pratiques discriminatoires, des remises de fidélisation, du refus d'accès à un concurrent à une ressource essentielle...
- ✓ D'organiser un contrôle strict et efficace des opérations de concentration effectuées notamment au moyen de fusions- acquisitions.

De ce qui précède, il est alors permis de retenir que l'entreprise ne dispose que d'un domaine d'action étroit qu'elle doit gérer avec prudence, de manière à ne pas violer la loi applicable en matière de concurrence. Cette loi se propose de protéger le marché en lui assurant plus de transparence et de fluidité. Les transactions doivent s'y exécuter sans restriction aucune. L'entrepreneur a le devoir de concurrencer ses rivaux de manière licite et loyale (Journel, 2009) Aucun acteur, en sa qualité de producteur ou d'intermédiaire, ne doit jouir d'un traitement de faveur. Le favoritisme s'efface, en principe, devant l'impartialité de la loi et son caractère impersonnel. La loi régissant la concurrence est censée servir les intérêts de tous les acteurs du marché. Inversement à certaines conclusions qui prétendent être des réalités, cette loi ne sert pas seulement les intérêts du consommateur mais également ceux de l'entreprise, étant donné que le consommateur, par sa demande, donne à cette entreprise l'opportunité de produire et de réaliser des bénéfices. Consommateur et producteur doivent être convaincus du bien-fondé de la concurrence et de ses vertus.

Au Maroc, comme partout dans le monde, la concurrence a forgé ses propres règles et lois dont la protection est confiée à une institution spécialisée. Celle-ci prend en charge la mise en œuvre de la loi n° 104-12 réglementant la concurrence inter-entreprises et d'en assurer le contrôle d'exécution. La possibilité de frauder est de plus en plus rétrécie et le fraudeur n'a plus cette aptitude d'antan lui permettant de tricher en toute impunité.

1.1.3 L'institutionnalisation de la concurrence.

La politique de la concurrence est d'abord mise en œuvre par des autorités disposant de la compétence nécessaire. Elles agissent au nom du maintien de l'ordre public économique. Au Maroc, une telle mission est confiée à un conseil de la concurrence, érigé en une institution constitutionnelle depuis la révision de la constitution du pays en 2011. L'article 66 de cette constitution attribue au conseil de la concurrence d'importantes prérogatives de façon à lui permettre le développement d'un marché concurrentiel répondant aux normes internationales régissant la matière. Il semble que le Royaume a pris un engagement ferme pour s'aligner sur ses partenaires étrangers notamment européens avec lesquels il est liés par de nombreux traités de coopération économique.

La mission du conseil de la concurrence consiste à veiller à la bonne exécution de la loi régissant la concurrence aussi bien au niveau national qu'au niveau international. Il n'est pas, en effet, inutile de rappeler à ce propos que la législation actuellement en application s'inspire des grands principes élaborés et recommandés par des organismes internationaux (OMC, FMI, BM...), contrôlant une grande proportion de l'économie mondiale. Les pays membres,

notamment ceux en voie de développement comme le nôtre, sont astreints à la poursuite littérale de ce qui se décide dans les pays du centre. Ceux-ci ne tolèrent plus la remise en cause de la liberté de la concurrence. Ils ne cessent de brandir leurs menaces et sanctions à l'égard de tout pays ou acteur soupçonné de pratiques anti- concurrentielles. Américains et chinois sont à ce sujet en altercation. Tous les indicateurs du moment laissent penser que la tension entre ces deux super puissances va probablement prendre une seconde dimension avec l'arrivée de la nouvelle administration américaine ; toute l'économie mondiale risque d'en payer les frais.

Dans l'exercice de sa mission, le conseil de la concurrence est investi d'un pouvoir d'auto saisine et dispose d'une multiplicité d'instruments qui doivent, en principe, lui permettre d'agir spontanément et efficacement à chaque fois que cela lui paraît nécessaire. Ces instruments sont de nature aussi bien préventive que répressive. Les premiers permettent aux autorités compétentes d'intervenir avant qu'une pratique nuisible à la liberté de la concurrence ne soit mise en œuvre. Les seconds leur facilitent le prononcé de sanctions à l'encontre des entreprises qui ont enfreint les règles régissant le jeu du marché concurrentiel (injonctions, démantèlement, sanctions pécuniaires ...). Le paysage de la concurrence a désormais ses propres règles et principes dont la protection est confiée à une institution spécialisée ; le chef d'entreprise ne peut que s'y adapter. L'opportunité de la fraude est loin de lui être à nouveau offerte ; il doit se conformer aux dispositions de la loi 104-12 régissant la matière. L'aspect répressif de cette loi est susceptible d'intimider les fraudeurs et de les amener à se compter en managers honnêtes. De ce qui précède alors, il serait aisé de déduire que l'entreprise privée d'aujourd'hui est sujette à une double contrainte. Elle doit être attentive aux exigences d'un marché transparent devant assurer la fluidité des transactions d'une part et agir dans le parfait respect du dispositif légal régissant la concurrence de ce marché d'autre part. Elle est censée agir dans un environnement hostile qui ne cesse de lui générer des difficultés d'ordres divers et l'expose ainsi à de véritables risques de liquidation. Autant de menaces face auxquelles le chef de l'entreprise doit agir avec efficacité, faute de quoi, il doit s'attendre à l'amorce d'un processus de défaillance. Il est soumis à de multiples pressions ce qui peut le conduire à l'erreur. Il encourt un risque non seulement à l'occasion de la prise d'une décision mais également en cas de son abstention de la prendre. Dans le premier cas il est possible d'être accusé d'imprudence ou d'incompétence, dans le second, de négligence ou de passivité. Dans tous les cas, il encourt une sanction. Sa marge de manœuvre tend à se rétrécir davantage ; il ne peut l'élargir qu'en faisant preuve de plus de créativité et de génie. Seul le recours à l'innovation va lui permettre de façonner l'avenir de son

entreprise avec plus de sérieux. La plupart des études effectuées en management ont abouti à la conclusion que l'entreprise a l'obligation d'innover.

1.2. L'entreprise ; une entité contrainte à l'innovation.

La rapidité de la diffusion de la culture technologique et digitale dans le monde, l'explosion des transports et du commerce mondial, la circulation instantanée de l'information sont autant de facteurs qui imposent à l'entreprise moderne de vivre en continu sous une pression concurrentielle sans précédent et qui a tendance à croître avec la déréglementation générale de l'économie mondiale. Les produits et les services sont remis en cause de plus en plus rapidement (Prouvost,1990). Toutes les conclusions établies à ce propos recommandent à l'entreprise, en vue d'assurer sa pérennité, d'être à l'écoute de son marché de manière à pouvoir identifier, séduire et fidéliser ses clients. L'entreprise est, en effet, condamnée à faire évoluer son offre en permanence. Le recours à l'innovation semble lui être presque le seul moyen pouvant lui permettre de se tenir sur le marché et de créer son avenir (Hickman & Silva, 1986). Une innovation réussie ouvre certainement à l'entreprise de larges perspectives de croissance et de développement. Néanmoins, le recours à l'innovation est loin d'être rassurant ; il est périlleux étant donné que l'engagement dans un projet d'innovation nécessite la mobilisation d'importantes ressources en termes d'hommes et de capitaux et ne garantit rien en retour. L'innovation est, en effet, une manœuvre risquée dont la mise en œuvre nécessite l'adoption d'un comportement prudent. L'innovateur est tenu de prendre toutes ses précautions et de s'assurer de la réunion préalable de toutes les conditions pouvant lui procurer le succès escompté. L'échec est susceptible d'ouvrir la voie à l'éclatement à de multiples conflits intra entreprise (Saporta, 1992) et éventuellement à l'application de l'une des procédures collectives prenant la forme d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, sachant pertinemment que cette application débouche souvent sur la disparition de l'entreprise défaillante (El Hammoumi,2008)

1.2.1 L'innovation ; une nécessité à l'ère d'une concurrence acharnée

A croire Peter Drucker (Drucker,1985), le pape du management (Schreiber, 1985), « l'innovation est l'instrument spécifique des entrepreneurs, le moyen d'utiliser le changement comme une opportunité ouverte sur un produit ou un service différent ». L'innovation tend à être le passage obligé de la réussite ; elle est l'action qui consiste à ouvrir de nouvelles possibilités aux ressources disponibles pour pouvoir créer des richesses. Néanmoins, la décision d'innover est loin d'être une décision ordinaire ; elle est censée être l'aboutissement d'un long processus d'études et de recherches portant sur l'ensemble des

paramètres dont la prise en compte pourra réduire le risque d'échec. L'étude du marché devra en principe constituer un préalable obligatoire à tout projet d'innovation. Les consommateurs doivent être questionnés suivant des techniques appropriées et leurs doléances profondément étudiées. Les informations recueillies doivent être analysées, triées, stockées ou mises en état d'exploitation. Aucun élément devant contribuer à la réussite d'un projet d'innovation ne doit être négligé. L'échec en la matière est dans la plupart des cas difficile à supporter ou digérer ; il risque de plonger l'entreprise dans un processus de détérioration financière qui peut lui générer une liquidation pure et simple. De nombreuses entreprises l'ont déjà compris et ont inséré dans leurs organigrammes d'organisation de départements dédiés spécialement à la recherche-développement, les ont dotés d'importantes enveloppes budgétaires et les ont incités à se concentrer sur leur mission ; le but étant de minimiser, autant que possible, le risque encouru en matière d'innovation. Celle-ci est, en effet, un processus coûteux dont l'entame nécessite l'engagement d'importantes dépenses pour se renseigner sur les sources d'innovation, les évaluer en profondeur et de choisir parmi elles, celle qui doit être la moins risquée et la plus adaptée à la nature de l'entreprise, à ses caractéristiques et à ses ambitions.

Matériellement, il serait insensé de vouloir dresser une méthodologie type ou universelle en matière d'innovation, étant donné la diversité de situations des entreprises, de leur organisation, de leurs objectifs, des profils de leurs chefs ou dirigeants...Son caractère contingent ne se prête point à discussion. Il s'ensuit alors que l'innovation est de différentes natures et intensités. Il peut s'agir d'une innovation de rupture, de génie, révolutionnaire ou simplement d'amélioration. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit de haute technicité, elle peut consister en une légère modification technique mais ingénieuse ou simplement en la conception d'un nouveau modèle d'organisation commerciale plus adapté et performant...L'entreprise innove en fonction de ses moyens, de ses objectifs et de l'attitude de ses concurrents. L'éventualité de l'échec ne doit pas être exclue. L'entreprise doit l'inclure dans ses prévisions et prendre au préalable toutes les précautions qui s'imposent. Une entreprise mal préparée à un tel scénario risque de succomber facilement et de faire l'objet d'un désarroi irréparable.

1.2.2 L'innovation : un processus coûteux et risqué.

Nul ne peut contester l'importance du risque assumé par l'innovateur. L'innovation est certainement un processus périlleux en ce sens que rien ne peut lui garantir l'arrivée à de résultats tangibles, susceptibles de renforcer la position concurrentielle de l'entreprise sur un marché de plus en plus instable. En effet, même lorsqu'elle s'appuie sur une analyse méticuleuse, une orientation clairement définie et un management consciencieux, l'innovation

risque de ne pas aboutir (Prouvost, 1990). Il n'est pas, en effet, rare qu'un projet d'innovation échoue c'est-à-dire ne débouchant sur la concrétisation d'aucun des objectifs escomptés ou conduisant à la conception d'un output non conforme aux exigences du marché. Il n'est pas non plus rare qu'un innovateur soit espionné puis supplanté par un concurrent. Il peut s'agir de l'apparition précoce d'un produit concurrent similaire qui n'a pas été prévue, soit parce que le concurrent a accéléré sa sortie, soit par manque d'anticipation de la part de l'entreprise concernée. Celle-ci est censée avoir la capacité de se renseigner sur ce qui se fait aussi bien chez ses concurrents réels que potentiels. Le renseignement est destiné à remplir deux missions fondamentales : savoir ce que le concurrent prépare d'une part et éviter de réinventer la roue d'autre part (Cohen, 1991). Pour qu'elle soit une réussite, l'innovation doit être préparée en toute confidentialité et déboucher sur une création de valeur de manière à ce que son auteur puisse en tirer un profit substantiel ; favorable au renforcement de sa position concurrentielle. L'espionnage en matière d'affaires demeure l'une des menaces les plus dangereuses pour une entreprise innovatrice. En effet, bien que la loi incrimine la divulgation du secret professionnel et ne l'autorise que dans des cas expressément indiqués par l'article 446 du code pénal applicable au Maroc, il semble qu'une telle infraction n'est pas sur le point d'être éradiquée. Ses moyens et outils ont atteint un degré de complexité à tel point que parfois il serait impossible de les desceller. La répression ne semble pas être suffisante pour éradiquer de telles infractions. L'échec d'un projet d'innovation plonge souvent l'entreprise dans le doute, impacte ses forces et sème la dissension entre ses membres. Il est d'autant plus ressenti que les ressources engagées vainement seraient importantes. Il n'est pas, en effet, rare que l'échec un projet d'innovation amorce un processus de défaillance irréversible pouvant conduire l'entreprise à une situation irrémédiablement compromise à laquelle aucun plan de redressement ne peut remédier. Le chef de l'entreprise ayant été à l'origine de l'innovation ratée ou l'ayant validée fera certainement l'objet d'une avalanche d'opinions ; certains le réconfortent d'autres l'accusent et préconisent même son renvoi devant la justice aux fins de condamnation.

Tenant compte du constat que la concurrence est aujourd'hui une réalité à laquelle il faut s'adapter, le chef d'entreprise est tenu de prendre des décisions stratégiques pouvant garantir à l'entreprise un certain leadership, faute de quoi il risque d'être distancé par ses concurrents. Néanmoins, une telle décision est loin d'être exempte d'un éventuel risque d'échec qui en cas de sa survenance, il risque d'amorcer un processus de défaillance multiforme. Certes, ce risque peut être maîtrisé et donc réduit grâce au recours à des techniques de prévision et des méthodes de gestion sophistiquées, mais il ne peut jamais être complètement anéanti. Le décideur en

entreprise n'est pas à l'abri d'erreurs d'estimation (Cozian, et al., 2015) ou d'appréciation ; ses décisions peuvent générer des difficultés pour l'entreprise. Néanmoins, l'interprétation d'une telle éventualité ne fait pas l'objet d'une unanimité.

Pour les managers, l'échec d'un chef d'entreprise fait partie du jeu entrepreneurial ; il n'a rien d'étonnant ou d'exceptionnel étant donné que la prise de la décision fait partie de sa mission dont personne ne peut nier la nature risquée. Ils soutiennent que le chef d'entreprise n'est tenu que par une obligation de moyens (Flour, et al., 2012). Il doit user de tous les outils en sa possession, emprunter toutes les méthodes de gestion disponibles et prendre toutes les précautions nécessaires pour se prémunir contre les risques éventuels d'erreur pouvant lui être imputés mais ne garantit nullement le succès espéré. Il ne doit être condamné que sur la base d'une faute intentionnelle prouvée. En management, l'échec ne doit pas décourager le dirigeant, il doit au contraire le motiver à repenser sa décision et à ne pas abandonner ses projets innovateurs. Ces qualités intrinsèques sont censées lui servir d'un appui solide (Adair, 1991).

Pour les juristes, toujours fidèles à leurs convictions d'habitude, ils préfèrent mettre l'accent sur les raisons de l'échec constaté, procéder à l'évaluation de ses conséquences et d'apprécier la responsabilité de son auteur. Il n'est pas, en effet, rare d'entendre des juristes parler de préjudices subis par les partenaires de l'entreprise et les imputer au chef de celle-ci. Leur souci majeur demeure le choix de la façon qu'il faut adopter pour montrer que, par le biais d'une décision erronée, le chef a commis une faute de gestion préjudiciable aux partenaires sociaux et que ceux-ci ont le droit à une réparation conforme aux prescriptions de la loi régissant la matière. Les professionnels du droit s'intéressent beaucoup plus à la réunion des conditions requises dans de telles circonstances par la recevabilité de l'action en réparation à introduire. Ils réclament l'application de la loi en vigueur de façon à pouvoir déterminer la responsabilité de chacun et d'établir les sanctions qui pourraient en résulter.

A l'évidence, le chef d'entreprise doit user de tous les moyens en sa possession de manière à pouvoir garantir à l'entreprise une certaine solidité face à ses concurrents ; sinon elle risque d'être évincée du marché. Une telle éviction, en cas de sa survenance, va probablement servir d'un point de départ à une déconfiture ultérieure, susceptible de générer une cessation de paiements. L'entreprise moderne est tenue de s'adapter à la réalité de sa clientèle et de répondre à ses attentes. Cela ne peut lui être possible que si son produit ou service jouit d'une préférence indiscutable auprès de ses utilisateurs. Une telle préférence ne peut être le résultat d'une action fortuite ou isolée, elle est l'aboutissement d'un effort de longue haleine en matière de recherche et d'innovation. Une innovation réussie se présente, de l'avis unanime de tous les spécialistes

en management moderne, comme une percée susceptible de procurer à son auteur un avantage concurrentiel substantiel et partant le moyen de vaincre ses concurrents. Autant d'avantages potentiels qui ne doivent pas toutefois pousser le chef d'entreprise à se lancer dans un projet sans l'avoir préalablement bien étudié. Il doit constamment garder à l'esprit qu'un projet nécessite l'engagement de ressources présentes dans la perspective d'un produit futur, ce qui suppose risque et incertitude. L'échec peut parfois être d'une grande fatalité pour l'avenir de l'entreprise. IL met le chef d'entreprise dans une mauvaise posture et l'expose à une avalanche de critiques et d'interprétations. Certains lui reconnaissent un droit à l'erreur, d'autres ne lui font pas de cadeau et exigent à ce que sa responsabilité soit mise en cause au motif qu'il a commis une faute de gestion.

2. La faute de gestion : un calvaire quasi permanent pour le chef d'entreprise.

Dans l'exercice de la mission qui lui est généralement attribuée par la loi ou les statuts sociaux, le chef d'entreprise doit servir en priorité l'intérêt social de celle-ci. Il doit non seulement veiller à son bon fonctionnement mais également projeter son développement. Il doit saisir les opportunités qui se présentent sur le marché et les mettre à profit. Il doit prendre la meilleure décision possible sachant pertinemment que rien ne lui garantit le succès escompté. Il réussit certaines décisions et rate certaines d'autres. Les effets des unes et des autres se compensent parfois même à l'insu des partenaires sociaux. Néanmoins, l'échec de certaines décisions, compte tenu de leur importance, ne peut passer inaperçu. Il génère des conséquences nuisibles à l'avenir de l'entreprise et peut dès lors l'impacter négativement. Il crée en son sein des sources de tension et alimente des conflits intra-entreprises. Le chef d'entreprise, ayant pris la décision dénoncée, se trouve alors pointé du doigt en tant que responsable d'une faute préjudiciable. Il doit de ce fait rendre compte à ses partenaires sociaux. Sa responsabilité est engagée suite à la commission d'une faute généralement dite de gestion et appréciée suivant un arsenal diversifié et incohérent de lois et règlements. Cela permet de déduire que l'action en responsabilité tendant à dénoncer le chef d'entreprise, en sa qualité d'auteur d'une faute préjudiciable, est loin d'être d'un exercice facile. Les conditions de sa recevabilité diffèrent suivant que la faute dénoncée est intentionnelle ou non et suivant que l'entreprise est ou non en état de cessation de paiements.

2.1. La consistance de la faute de gestion.

A première vue, la faute de gestion apparaît comme une irrégularité commise, durant l'exercice de sa mission, par le chef d'entreprise qui est censé agir dans l'intérêt de sa structure. Il doit se servir de ses qualités intrinsèques, de son professionnalisme, de son savoir-faire, de son flair

...de façon à réussir la mission dont il est investi en vertu de la loi et des statuts sociaux. Certains lui recommandent d'agir en bon père de famille, chose qui ne doit pas échapper à la discussion. L'expression « bon père de famille » implique que l'intéressé doit veiller au bien-être de l'ensemble des membres faisant partie de sa famille et ne jamais les exposer à un risque quelconque. Il doit veiller à la bonne éducation de ses enfants et s'efforcer en vue de subvenir à leurs divers besoins dans un climat stable. Néanmoins, la transposition d'une telle situation en matière d'entreprise relève d'une fiction. Un bon chef d'entreprise est celui qui crée le changement pour en tirer profit (Drucker,1985). Il doit déstabiliser ses concurrents en leur créant des difficultés d'adaptation aux nouvelles exigences du marché de manière à lui permettre l'annexion d'autres créneaux d'activité. Un tel comportement n'est pas toutefois dépourvu de risques ; il peut même en contenir plus qu'on le pense. Son auteur doit s'attendre à l'engagement éventuel de ses responsabilités, soit sur l'initiative de l'un de ses partenaires sociaux y compris la structure dont il assure la gestion, soit sur l'initiative de l'un de ses concurrents. Dans le premier cas, on peut lui reprocher une mauvaise appréciation d'un engagement quelconque, la prise d'une décision inopportune ou d'une décision qui ne relève pas de ses attributions statutaires ou légales...Dans le second cas, on peut lui imputer la transgression d'une disposition impérative relevant du droit commun ou d'un texte spécial régissant l'entrepreneuriat. A l'état actuel de l'environnement entrepreneurial, l'éventualité de la commission d'une faute de gestion tend à devenir plus nette. Le risque encouru est d'autant plus grand que cette faute ne fait l'objet d'aucune définition rigide. Se comporter par référence aux exemples de fautes de gestion, ayant déjà fait l'objet d'un traitement jurisprudentiel, ne semble pas être suffisant pour servir de référence au dirigeant social de façon à lui donner le moyen de se mettre à l'abri d'une éventuelle poursuite en justice. La faute de gestion est sujette à une constante évolution à l'image de l'activité d'entreprise l'ayant ou pouvant la générer. Souvent, elle change de fond et de forme ce qui ne permet guère de lui donner une définition figée ; sa qualification demeure l'apanage exclusive du juge qui est censé agir avec impartialité. Néanmoins, les décisions de celui-ci ont tendance à ne jamais faire l'objet d'une unanimité ; faute d'une définition juridique précise de l'acte dénoncé.

2.1.1. La faute de gestion, un concept en constante évolution.

A leur quasi- unanimité, professionnels et chercheurs en droit s'accordent de reconnaître que la faute de gestion, en tant que constat d'un fait nuisible à l'intérêt social ou d'un comportement méprisable, est loin d'être cernée avec précision. Il s'agit en fait d'un concept connu par la mouvance de ses contours et qui ne peut faire l'objet que d'une appréciation approximative. Il

est, en effet, prouvé que la faute de gestion, qualifiée en tant qu'un acte nuisible, ne fait et ne peut faire l'objet d'aucune définition légale rigide (El bouhali,1990). Les imprécisions législatives liées à la notion de faute contraignent le juge à se prononcer au cas par cas. Sa qualification relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond. Celui-ci est, en effet, investi d'importants pouvoirs et dispose d'une panoplie assez diversifiée de mesures d'instruction et d'expertise devant normalement l'aider à déterminer l'étendue et la nature de la faute. Il est censé pouvoir qualifier l'irrégularité soumise à son appréciation. Il doit avoir la possibilité de trancher s'il s'agit d'une erreur de gestion, d'une imprudence ou d'une violation portant sur une disposition statutaire ou légale et prononcer la sanction correspondante. L'analyse de la jurisprudence disponible permet de déduire que la tendance actuelle est à l'appréciation in concreto de la norme adoptée, ce qui en principe doit aboutir à une distinction assez nette entre la faute et l'erreur de gestion.

La faute ne doit pas être confondue avec l'erreur. La faute est l'action qui consiste à tromper, duper, abuser ou manquer à son engagement. Elle est un manquement à une règle ou à une norme. Quant à l'erreur, elle signifie une action d'errer c'est-à-dire une méprise, une action inconsidérée voire regrettable, un défaut de jugement ou d'appréciation. Elle s'apparente beaucoup plus à une faute non intentionnelle ou involontaire ; son auteur est censé être de bonne foi ; il ne doit nullement avoir l'intention ou la volonté de nuire. Sa responsabilité est la plupart des temps d'ordre civile et sa sanction ne devrait pas être sévère. Le traitement juridique et judiciaire de la faute n'a jamais été unifié. Certains recommandent l'application à son auteur de sanctions sévères sous prétexte qu'il trouble l'ordre public économique, d'autres plaident pour des sanctions légères tenant compte de la nature périlleuse de l'activité exercée. Certains d'autres réclament son innocence à condition qu'il doit s'agir d'un chef d'entreprise honnête, ayant agi de bonne foi et sans avoir l'intention de nuire à quiconque. A défaut d'une définition rigide, la notion de la faute de gestion sera employée différemment, c'est-à-dire en fonction du but que l'on cherche à atteindre. Chaque partie va s'en servir à sa guise et suivant ses propres convictions. La faute de gestion est loin d'être homogène, elle couvre de multiples situations n'entretenant parfois aucune liaison entre elles. Il serait insensé de vouloir en établir une liste exhaustive.

2.1.2 L'hétérogénéité de la notion de faute

Le défaut d'une définition précise de la notion de faute ne facilite certainement pas la tâche à la jurisprudence qui, appelée régulièrement à se prononcer sur cette question, a tendance à balbutier (Florent & Philippe, 2007). Il en résulte dès lors que des propositions doctrinales

foisonnent dans tous les sens à chaque fois qu'il est question d'accuser un dirigeant social d'une faute de gestion. La qualification de celle-ci s'opère souvent par référence à des exemples ayant été traités dans le cadre de procès précédents. Une telle attitude, tournée vers le passé, n'est pas de nature à dissiper l'ambiguïté qui entoure la notion de la faute de gestion. Le traitement de la question nécessite l'adoption d'une démarche prospective c'est-à-dire tournée vers l'avenir. Il n'est pas demandé au législateur de prédire l'avenir mais simplement d'élaborer de textes juridiques dépourvus d'ambiguïté.

En somme, les exemples de fautes, dites de gestion, sont innombrables. Leur répartition en catégories peut paraître subsidiaire en raison de l'hétérogénéité des critères devant lui servir de base. En effet, toute faute de gestion, même légère, toute imprudence ou négligence peut être retenue. Certaines fautes peuvent révéler la mauvaise foi de leur auteur, d'autres sa bonne foi. L'un et l'autre ne doivent pas faire l'objet d'un même traitement. En principe, ce traitement doit être fondé sur une diversité de critères parmi lesquels on retient la bonne ou la mauvaise foi de l'auteur, la nature de la violation constatée (statuts ou loi), l'intensité de la faute, la nature et l'importance du préjudice généré (matériel, moral, présent, futur...)

Quoi qu'il en soit et pour la clarté du raisonnement, il paraît utile de citer quelques irrégularités ayant été déjà qualifiées de fautes de gestion. Leur énumération n'aura qu'un rôle didactique, le but étant de donner un minimum d'informations à tout chef d'entreprise désireux de se prémunir de la dictature des tribunaux. A ce propos, il paraît instructif de citer, ci- après, certaines fautes de gestion ayant tendance à être fréquentes:

- ✓ L'aggravation du passif par défaut de dépôt du bilan ou le fait de n'avoir pas déclaré la cessation des paiements dans le délai légal de trente jours conformément aux dispositions de l'article 576 de la loi n° 73-17 régissant les procédures collectives applicables au Maroc. Cette cessation de paiement est définie comme étant l'impossibilité pour l'entreprise de couvrir son passif exigible et exigé au moyen de son seul actif disponible.
- ✓ La faute de direction telle la conclusion d'un marché à perte ou le mauvais calcul du coût d'un marché, des engagements de dépenses démesurées ou la conclusion de contrats désavantageux ;
- ✓ La prise de décisions imprudentes comme par exemple l'engagement dans un investissement coûteux sans disposer de moyens de financement adaptés ou sans analyse sérieuse de la rentabilité future du projet ;

- ✓ Le fait pour les dirigeants sociaux d'avoir choisi des investissements inadaptés ou excessifs au départ de la création d'entreprise ou de son extension compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement ;
- ✓ Le fait de ne pas avoir pris les mesures de correction qui s'imposaient pour mettre fin à une exploitation déficitaire ou sur le point de le devenir ;
- ✓ L'incompétence ;
- ✓ Le défaut de surveillance ou de diligence, lié par exemple à des absences répétées ou à des délégations trop facilement consenties à des personnes incompetentes
- ✓ L'absentéisme et la négligence ;
- ✓ Le recrutement excessif d'employés
- ✓ L'absence d'entretien d'un élément important d'actif.

En définitive, à défaut d'une définition légale rigide de la faute de gestion, il serait insensé de vouloir dresser une liste exhaustive de fautes de gestion susceptibles d'être commises par le chef d'entreprise durant l'exercice de sa mission. La jurisprudence se contente de trancher les cas qui lui sont soumis sans pour autant définir les bases d'une possible orientation en la matière. Pour le moment, serait une faute de gestion toute action, tout fait, toute décision ou toute attitude imputable au dirigeant ayant généré un préjudice soit à l'entreprise elle-même soit à l'un de ses partenaires internes ou externes. La victime dispose dans de telles hypothèses de la possibilité d'être réparée. Il doit néanmoins diriger une action en responsabilité contre le dirigeant social en sa qualité d'auteur d'une faute préjudiciable. Encore faut-il que les conditions requises par la recevabilité de l'action en responsabilité soient réunies.

2.2. La responsabilité du chef d'entreprise, auteur d'une faute de gestion.

L'introduction d'une action en responsabilité contre le chef d'entreprise ayant pris une décision inopportune ou s'étant abstenu de prendre une décision opportune, peut être appréciée sous divers angles ; compte tenu de la nature de la faute commise (s'agit-il d'une faute ou d'une erreur, intentionnelle ou non intentionnelle ?), de la nature de la disposition violée (droit de sociétés, du travail, de la concurrence, de la bourse...) et de l'intensité du préjudice provoqué. Il s'agit par exemple d'apprécier si la faute a vraiment provoqué la cessation de paiement de l'entreprise ou ne lui avait créé que des difficultés susceptibles d'être anéanties au moyen d'une procédure de prévention prenant la forme d'une conciliation ou d'une sauvegarde (Bachlouch, 2012). Juridiquement, la mise en cause éventuelle du dirigeant fautif est subordonnée à la survenance d'un état de cessation de paiement (Lyazami, 2013) et l'ouverture de l'une des

procédures collectives prenant la forme d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire (Hajjami,1988).

Dans tous les cas, la prise en compte des diverses interrogations ci-dessus invoquées permet de déduire que ni l'impact de la faute de gestion ni sa sanction peut faire l'objet d'une appréciation uniforme suivant des critères identiques. Sa commission conduit souvent à l'application d'une responsabilité civile et probablement à celle d'une responsabilité pénale (Kleyer,1996). Celle-ci ne peut être admise que si l'auteur dénoncé a volontairement et délibérément violé une disposition d'ordre public, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une faute intentionnelle expressément réprimée par un texte de loi.

2.2.1 L'action en responsabilité civile.

En tant que mandataire de l'être moral ou son représentant légal, le chef d'entreprise, en sa qualité de gérant ou d'administrateur, a l'obligation de remplir tous les devoirs que la réglementation régissant la matière lui impose, faute de quoi, il engagerait sa responsabilité vis-à-vis de la mandante. En effet, dans l'hypothèse où le chef d'entreprise sortirait des limites de son mandat, outrepasserait la mission qu'il avait reçu en vertu de la loi ou des statuts, n'accomplirait pas toutes les obligations qui lui sont imposées de façon impérative et causerait ainsi préjudice, soit à la société, soit à des tiers, sa responsabilité peut être engagée. Il est soumis aux règles du droit commun aux termes desquelles il est tenu de réparer tout dommage causé à autrui par son fait personnel ou par le fait de l'un de ses subordonnés. Son exonération ne peut être engagée que suivant les prescriptions régissant la matière. Il n'est pas permis au chef d'entreprise de s'exonérer à l'avance d'une quelconque responsabilité (El Mernissi, 2020) ; toute clause statutaire permettant l'exonération d'une telle responsabilité ou sa limitation devrait être considérée comme abusive. Elle doit être considérée comme non écrite.

Civilement, l'action en responsabilité peut être exercée différemment suivant que l'entreprise, ayant subi un préjudice, est en état de cessation de paiements, ne l'est pas encore ou sur la voie de l'être. Le demandeur doit au préalable s'assurer de la recevabilité de son action ; étant donné que l'introduction de celle-ci est tributaire de la nature de la faute dénoncée et de la qualité de la partie qui en a été victime Dans certains cas, le droit d'introduire une action n'est reconnu qu'à l'entreprise (action sociale), dans d'autres, il est étendu aux tiers et ne l'est que rarement aux actionnaires ou associés (action individuelle)

❖ Cas où l'entreprise n'est pas en état de cessation de paiement.

Il s'agit de l'hypothèse où l'entreprise a connu des difficultés suite à une faute imputable à son chef, en sa qualité de gérant ou d'administrateur. L'analyse des textes régissant la responsabilité

civile applicable au gérant ou à l'administrateur fautif permet de regrouper schématiquement les cas, pouvant générer une action en réparation, en quatre catégories :

-La responsabilité pour faute commise dans la gestion : Elle ne peut être intentée que par la seule société sur la base d'une décision de l'Assemblée Générale statuant à une majorité simple. Cela implique que l'action en responsabilité contre le chef d'entreprise, pour faute commise dans sa gestion, n'appartient ni aux créanciers de la société ni à l'actionnaire individuel ou un groupe d'actionnaires minoritaires.

L'étendue de la responsabilité, dans l'hypothèse ainsi exposée, est régie par les dispositions de l'article 879 du dahir des obligations et contrats, applicable au Maroc, relatives au mandat d'où l'expression technique « **actio mandati** ». Cela implique qu'il doit s'agir d'une action en responsabilité contractuelle et l'appréciation de la faute se fait souverainement par le juge du fond. La faute n'implique pas seulement de la part du chef d'entreprise un agissement actif ; sa responsabilité peut également être engagée par son attitude passive, sa négligence ou son incurie.

-La responsabilité en cas de violation des statuts ou de la loi : Le chef d'entreprise, auteur d'une décision ayant hypothéqué l'avenir de l'entreprise sans avoir été autorisé par la loi ou les statuts, est responsable soit envers l'entreprise soit envers tous tiers du dommage qui en est résulté. L'action en responsabilité peut alors être intentée tant par la société que par tous tiers c'est-à-dire tous ceux ayant été en relation d'affaires avec la société, principalement les créanciers. Les actionnaires ou associés en sont exclus, à moins de démontrer que la faute délictuelle ou quasi délictuelle du chef d'entreprise leur a causé un préjudice personnel indépendant et distinct de celui qui a pu être causé au patrimoine social (Cozian, et al., 2015) Juridiquement, la base légale de cette action en responsabilité est différente suivant que l'action est intentée par la personne morale mandante ou par les tiers. Dans le premier cas, elle trouve son origine dans la responsabilité contractuelle, dans le second, elle trouve son origine dans la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle.

-La responsabilité du droit commun : Lorsqu'un chef d'entreprise cause un dommage à la société par suite d'une faute qui n'est, ni faute de gestion, ni une violation de la loi sur les sociétés ou des statuts sociaux, sa responsabilité devra être réglée sur la base du droit commun.

-La responsabilité en cas de perte du capital social : Le chef d'entreprise engage sa responsabilité dans le cas où il s'est abstenu de tenir une Assemblée générale pour l'inviter à se prononcer sur la dissolution éventuelle de la société ou sur la reconstitution du capital. Le chef doit veiller à ce que la procédure applicable, en termes de délai et de conditions exigés, soit

respectée (Jacquemont, 2013), faute de quoi, il serait accusé d'une faute de gestion qualifiée en tant que violation d'une disposition statutaire fondée sur un texte de lois.

Quelle que soit l'hypothèse retenue, celui qui prétend à la réparation d'un préjudice subi suite à une faute imputable au chef d'une entreprise, en sa qualité de gérant ou d'administrateur, doit démontrer que ce chef a commis, durant l'exercice de ses fonctions, une faute et que cette faute lui a généré un dommage légalement réparable.

❖ **Cas où l'entreprise est d'ores et déjà en état de cessation de paiements.**

Le fait qu'une entreprise soit déclarée en état de redressement ou de liquidation judiciaire, suite à sa cessation de paiements, n'entraîne pas en lui-même de sanctions à l'égard du dirigeant. Celui-ci n'est pas considéré ipso facto comme fautif. Néanmoins, le dirigeant qui aurait commis une faute peut se voir appliquer une sanction. En effet, dans l'hypothèse d'une mauvaise gestion générée par une ou plusieurs fautes imputables au chef d'entreprise, le tribunal peut prononcer à l'encontre de celui-ci l'obligation de combler l'insuffisance constatée de l'actif social et ce par application des dispositions de l'article 738 du code de commerce applicable au Maroc. Néanmoins, l'analyse de ces dispositions permet de déduire que la poursuite du dirigeant fautif demeure tributaire de la volonté du juge; la loi ne l'oblige pas à le poursuivre. En effet, l'article précité conçoit une telle poursuite comme étant l'une des options dont le juge peut se servir. L'action en comblement d'actif dirigée contre le chef d'entreprise, en tant qu'auteur d'une ou de plusieurs fautes de gestion ayant conduit la personne morale mandante à la cessation de paiements, peut être intentée par la défense de l'entreprise ayant subi un préjudice, par l'un de ses créanciers, par le syndic, par le liquidateur, par le ministère public ou même par le tribunal ayant prononcé le redressement judiciaire qui peut se saisir d'office. L'action en comblement d'insuffisance d'actif peut être introduite à n'importe quel moment de la procédure et quelle que soit la solution retenue (continuation, cession ou liquidation). Elle doit être envisagée sur la base des dispositions de l'article 738 du code de commerce l'ayant instituée à savoir l'admission d'une procédure de redressement ou de liquidation, la constatation d'une insuffisance d'actif et l'existence d'une faute de gestion prouvée ayant généré un dommage réparable. Il s'agit en fait d'une application pure et simple de la responsabilité civile encadrée par le droit commun. Ne serait-il pas plus équitable à ce niveau de l'adapter à la particularité du domaine de son application ? Ne serait-il pas plus raisonnable de repenser les causes d'exonération devant bénéficier à un chef d'entreprise honnête ayant, de bonne foi, commis une faute de gestion c'est à dire sans avoir l'intention de la commettre ou de nuire à quiconque? Ne doit-il pas avoir droit à un bénéfice de circonstances atténuantes ?

Par ailleurs, la subordination de l'action en comblement d'actif à l'ouverture d'une procédure collective et à la volonté du tribunal paraît étrange. Pourquoi doit-on attendre jusqu'à ce qu'il y ait une cessation de paiement reconnue officiellement par le juge et un avis favorable de celui-ci pour que l'on puisse diriger une action à l'encontre du chef d'entreprise fautif ? De telles conditions ne peuvent-elles pas nuire aux intérêts aussi bien de l'entreprise qu'à ceux de ses créanciers ? Le dirigeant fautif ne bénéficie-t-il pas à ce propos d'un traitement privilégié ? Le fait, en effet, d'interdire le jeu des actions en responsabilité civile de droit commun pourrait bénéficier au dirigeant fautif et le mettrait dans une situation d'impunité injustifiée. Ne serait-il pas plus raisonnable de permettre l'introduction précoce d'une telle action de manière à ce qu'elle puisse converger avec une procédure préventive ? Cette convergence ne peut-elle pas mieux servir les intérêts de l'entreprise et de ses partenaires sociaux ? Autant de questions sur lesquelles aussi bien la doctrine que la jurisprudence doivent se pencher pour concevoir une procédure plus équilibrée devant servir de base à un procès équitable. La condamnation ou l'acquittement du mis en cause doit être fondé sur des bases légales suffisamment solides de façon à ne soulever aucun doute ou objection.

2.2.2 L'action en responsabilité pénale.

Conjointement à la responsabilité civile, le chef d'entreprise, ayant commis une faute envers sa mandante ou envers des tiers, encourt l'éventualité d'une responsabilité pénale. Le droit pénal, en effet, traditionnellement réservé au délinquant qui avait consciemment enfreint la loi, intègre aujourd'hui dans sa sphère le chef d'entreprise honnête qui aurait agi de bonne foi en méconnaissance d'une règle ou d'une norme impérative. Nombre d'auteurs reconnaissent l'existence à l'heure actuelle d'un véritable risque pénal pouvant mettre en cause les dirigeants sociaux qui s'exposent, dans l'exercice de leurs fonctions, au risque de devenir des délinquants et donc de salir leurs casiers judiciaires.

La responsabilité pénale du chef d'entreprise peut avoir son fondement dans un texte spécial ou dans un texte général portant application du droit commun. Il s'agit en fait d'un amalgame de lois et de procédures dont la mise en action n'est nullement facile. La référence aux annales de la jurisprudence permet de noter qu'il n'est pas rare qu'un dossier pénal portant sur une affaire d'entreprise change de nature pénale d'une instance à une autre en raison d'une difficulté de qualification relative à une infraction donnée. Un détournement peut être qualifié d'un abus de confiance par exemple, une corruption peut se convertir en un abus de biens sociaux... On risque de viser une cible avec des armes qui ne lui sont pas appropriées.

Une analyse approfondie de l'arsenal juridique devant encadrer l'activité du chef d'entreprise, en sa qualité de gérant, président, directeur, ou administrateur..., permet de déduire que celui-ci est constamment sous la menace d'un appareil répressif impressionnant, fondé sur la base de nombreux textes de lois. Chacun d'eux se propose de régir une situation ou un phénomène précis en matière d'affaires : Le droit pénal des sociétés destiné à régir les infractions pouvant porter sur la création des sociétés, leur fonctionnement et leur dissolution..., le droit de la concurrence à combattre les ententes, l'abus de position dominante, les pratiques anticoncurrentielles, et les atteintes à la propriété intellectuelle..., le droit de la protection du consommateur à sanctionner la fausse publicité, la revente à perte, le délit de prix imposé, les refus de ventes, les ventes liées, le délit d'usure..., le droit du travail à réprimer les infractions aux règles de sécurité et aux droits fondamentaux de la personne, le délit d'entrave, le travail illégal, le droit fiscal à lutter contre la fraude et les délits annexes..., le droit comptable à réprimer la violation du secret professionnel, la non révélation des faits délictueux, la diffusion des informations mensongères, le non-respect des incompatibilités..., le droit des difficultés de l'entreprise à sanctionner la banqueroute principalement... La liste des matières répressives est loin d'être exhaustive, elle peut être complétée par le recours au droit pénal commun à chaque fois qu'il doit y avoir instruction d'une infraction non régie par un texte spécial (escroquerie, faux et usage de faux, abus de confiance...).

Le passage en revue de l'arsenal juridique destiné à l'encadrement de l'activité économique, permet de sensibiliser les profanes à l'idée que le dirigeant d'entreprise, qui autrefois aspirait à l'indépendance et à l'épanouissement personnel, exerce un métier qui peut éventuellement le rendre malheureux. Il paie non seulement de ses poches mais également de son bonheur, de sa santé et parfois même de sa liberté. Partout dans le monde, on ne cesse de lui conseiller d'être prudent, réfléchi et assidu, de bien s'armer en instruments comptables de contrôle et de prévision, de bien savoir s'arrêter à temps. Autant de conseils simples à prodiguer mais trop difficiles à mettre en application. Leurs auteurs doivent nous montrer comment doit-on matériellement procéder ? Comment doit-on recommander à un chef d'entreprise d'être créatif et/ou créateur sans avoir à commettre de fautes, sachant pertinemment que la création implique la prise d'un risque et que ce risque peut à tout se convertir en sinistre ? La réponse à de telles questions est à la charge de la doctrine et de la jurisprudence. Le chef d'entreprise mérite d'avoir un statut juridique qui lui est propre, adapté et adaptable à la nature risquée de son activité. Il doit lui délimiter les contours de sa mission, lui préciser les fautes qu'il doit obligatoirement éviter, lui concevoir un régime de responsabilité approprié et suffisamment

assoupli au niveau de conditions d'exonération de cette responsabilité notamment en cas de fautes de gestion involontaires. Le législateur ne doit pas perdre de vue qu'à un personnage particulier doit correspondre un statut particulier. Il ne doit pas non plus ignorer qu'une bonne loi est une loi qui répond aux besoins de l'entrepreneur en termes de sécurité et de motivations (Machart, 1991). En effet, l'entrepreneur joue un rôle décisif dans la réussite de l'entrepreneuriat (Bouchiki & Kimberly, 1994), contribue grandement à l'émergence de l'économie nationale et à ce titre, il a besoin d'être compris et épaulé de manière à ce qu'il puisse s'acquitter efficacement de sa mission.

Conclusion

En somme, l'objet du présent papier n'est pas de concevoir un cours portant sur les différentes responsabilités que peut encourir un chef d'entreprise suite à un échec dans l'exercice de sa mission, mais de montrer à quel degré de pression celui-ci est soumis. L'objectif consiste à donner une idée globale sur l'ampleur des risques que le chef d'entreprise peut encourir en assumant la direction d'une affaire donnée. Tous ses actes sont contrôlés et toutes ses aptitudes sont évaluées. Ses partenaires ne sont pas prêts à le lâcher ; ils le suivent habituellement de très près, ils l'ignorent souvent en cas de réussite mais ne lui pardonnent presque jamais en cas d'échec. Il n'est pas, en effet, rare de voir la défense de la personne morale mandante ou ses actionnaires ou associés, fouiller dans les dossiers sociaux dans l'espoir de trouver de quoi accuser un gérant ou un administrateur. Divers textes de lois se permettent d'imposer à ce dernier une ligne de conduite qu'il ne doit, sous aucun prétexte, ignorer. Si des circonstances particulières l'ont poussé ou contraint à la faute, sa responsabilité sera mise en cause aussi bien civilement que pénalement. Les fondements de telles responsabilités sont aussi multiples que divers ; parfois même il est difficile de trouver les motivations qu'il faut pour l'application au chef d'entreprise d'une loi donnée ou lui attribuer une qualification réellement adaptée à son cas. L'incohérence des matières formant le droit des affaires et leur aspect répressif n'est pas de nature à faciliter la tâche au juge devant statuer sur un litige portant sur une faute de gestion. De ce qui précède, l'on est en droit de se poser une question qui consiste à savoir comment doit-on demander à l'entrepreneur d'être créatif tout en le harcelant par un arsenal, diversifié et incohérent, de lois suffisamment contraignantes. De l'avis de beaucoup, il est temps d'unifier et d'harmoniser cet arsenal de manière à ce que le dirigeant ait le sentiment d'être protégé. Le législateur doit, notamment en cette période de crise où l'on fonde beaucoup d'espoirs sur l'ingéniosité de l'entrepreneur marocain, repenser le paysage juridique de manière à permettre à cet entrepreneur, aventurier par nature, un exercice honnête de son activité, avec plus de motivations et moins de soucis ou craintes. Il est, en effet, temps de se rallier à un mouvement doctrinal moderne qui plaide pour une différenciation des sanctions pénales en matière d'entrepreneuriat, compte tenu du fait que le risque d'entreprendre à lui seul est déjà lourd à supporter (Hassouni, 1997). Il serait raisonnable d'exclure par exemple les infractions d'omissions du champ pénal pour ne réserver le répressif qu'à des agissements véritablement frauduleux (Jaouhar, 1996). En effet, la sanction d'un dirigeant au motif qu'il a commis dans sa gestion une faute non intentionnelle paraît discutable ; il s'accorde mal avec le risque inhérent à l'exercice de sa mission. Le juge, invité à statuer sur de tels litiges, doit pour le

moment faire preuve de beaucoup de clairvoyance de manière à ne punir que celui qui le mérite réellement. Encore faut-il que ce juge soit suffisamment sensibilisé à l'idée que l'entreprise est par essence une initiative risquée ; il doit être au diapason de l'importance de l'enjeu. De nombreux professionnels du droit s'accordent de lui faire des reproches tenant aussi bien à son comportement qu'à sa compétence ; certains le prennent en tant qu'une partie de la problématique et non une partie de la solution. A ce niveau, il est évident qu'il nous reste un long parcours à réaliser. L'inspiration de certaines expériences, en matière de juridictions spécialisées en droit des entreprises en difficultés, peut servir de base à la mise en place d'une juridiction adaptée à la particularité du contexte marocain.

Bibliographie.

1. Articles de revues

Blondel, F & Gaillard, S.G. (2006). Comment une entreprise peut-elle maîtriser les risques induits par l'innovation ? . <https://www.cairn.info/revue-vie-et-sciences-de-l-entreprise-2006-3-page-10.htm>.

El Bouhali, B.M. (1990). Situations difficiles d'entreprises : essai de définition et typologie. RGS / ISCAE, n°16, 59-69.

Florent, K.T. et Philippe, M. (2007). L'évolution de la notion d'associé. Université de Nice. https://www.memoireonline.com/12/07/734/m_1-evolution-de-la-notion-d-associe0.html.p.2.

Hassouni, A. (1997). La mise à niveau juridique de l'entreprise marocaine : quelques réflexions à propos de la réforme du droit des affaires. RGS-ISCAE, 51 - 59.

Jaouhar, M. (1996). Regards sur le droit pénal de la société anonyme. RMDDED, 37,129-136.

Kleyer, M. (1996). La responsabilité civile et pénale des administrateurs et dirigeants de la S.A au Grand- Duché de Luxembourg. RMDDED, n°37, 99-111.

Le Bars, B. (2004). Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Répertoire de droit des sociétés (mise à jour : octobre 2015).

Shiller, S. (2010). Nature des fautes susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants à l'égard des actionnaires et méthode d'évaluation du préjudice. JCP E, 1483

Shmidt, D (1995). La responsabilité du conseil d'administration du fait de ses actes de gestion. JCP E, 15

2. Livres

Adair, J. (1991), Le leader, Homme d'Action, TOP Editions.

Bouchiki, H. et Kimberly, J. (1994), Entrepreneurs et gestionnaires : les clés du management entrepreneurial, Les Editions D'ORGANISATION.

Cohen, G.S. (1991), De la guerre industrielle, DUNOD.

Combe, E. (2016), La politique de la concurrence, La Découverte (3).

Cozian, M. et al. (2015), Droit des sociétés, LexisNexis (28).

- Decroux, P. (1988), Les sociétés en droit marocain, LA PORTE (5).
- Drucker, P. (1985), Les entrepreneurs, L'Expansion- Hachette.
- El Hammoumi, A. (2008), Droit des difficultés de l'entreprise, Darassalam (3).
- El Mernissi, M. (2020), Traité marocain de droit des sociétés, LexisNexis (1), Collection Mena.
- Flour, J. et al. (2012), Les obligations : l'acte juridique, Sirey (15).
- Hadji, A.S. (2001), La faute de gestion en droit des sociétés, Litec (1)
- El Hajoui, S. (2016), Le nouveau droit de la concurrence au Maroc, REMALD (1)
- Hickman, C.R. et Silva, M.A. (1986), testez vous-même votre entreprise, N.H.
- Hiam, A. et Schewe, C. (1992), Les outils Marketing, N.H.
- Hisrich, R. et Peters, M.P. (1991), ENTREPRENEURSHIP, N.H.
- Jacquemont, A. (2013), Droit des entreprises en difficulté, LexisNexis (8).
- Journel, C.M. (2009), Droit général, Lextenso éditions (3).
- Machart, J.R. (1991), Réussir nos PME, esprit d'entreprise, initiatives publiques : les synergies, Dunod.
- Machesnay, M. et Fourcade, C. (1997), Gestion de la PME/PMI, NATHAN, ERFI Université. MONTPELLIER.
- Merle, P. (2015), Droit commercial : Sociétés commerciales, Dalloz (18).
- Prouvost, B. (1990), Innover dans l'Entreprise : Les clés pour agir, DUNOD.
- Saporta, M.T. (1992), Management des organisations, N.H.
- Shreiber, J. L. S. (1985), préface, Les entrepreneurs de Peter Drucker, Hachette.

3. Thèses

- HAJJAMI A. (1988) : « Le redressement des entreprises en difficultés en droit marocain », Thèse de doctorat en droit privé, Metz.
- CHERKOULY-Sicard F. (1982) : « La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion », Thèse de doctorat en droit, Paris II.
- LYAZAMI N.(2013) : « La prévention des difficultés des entreprises : étude comparative entre le droit français et le droit marocain », thèse de doctorat en droit privé, université Sud Toulon-Var.
- BACHLUCH S. (2012) : « La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit comparé franco-marocain », thèse de doctorat en droit privé, Paris, Est- Créteil.