La gouvernance de l'entreprise publique

Rôle du Conseil d'administration

AKROUNE Y.

yakroune @yahoo.fr

Prolégomènes

Entreprise publique ??

Un peu de sémantique

❑Qu'est-ce qu'une **entreprise publique** en droit algérien?

❑Revêt deux formes, selon la loi n°88-01: EPIC et EPE, toutes deux dotées d'un CA ;

❑Qu'est-ce qu'une **EPE** (entreprise publique économique) ?

- Concept introduit, en 1988, par la loi n°88-01 du 12-1-1988: L'EPE comme une **entreprise socialiste,** dont la **totalité** du capital social est détenu, directement ou indirectement par l'Etat ou les collectivités locales (art. 2 et 5).
- Cette définition connaitra une certaine évolution, d'abord en 1995 (ord.95-25 sur les capitaux marchands de l'Etat) pour se stabiliser en 2001;
- Nouvelle approche à travers l'article 2 de l'ordonnance n°01-04 du 20-8-2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation de l'entreprise publique économique;
- Il s'agit d'une **société commerciale** régie par le droit commun, dont le capital social est **majoritairement (plus de 50%)** détenu par l'Etat ou une personne morale de droit public (art.2).
- Cette ordonnance préparait la privatisation de ces entreprises qui devenaient budgétivores pour l'actionnaire, l'ordonnance n°95-22 relative à la privatisation des EPE, ayant échoué dans sa mise en œuvre.

La gouvernance de l'entreprise publique
Un peu d'histoire

- **Avant la réforme de 1988**, l'EP obéissait à un mode de gestion très spécifique, la **GSE (ord.71-74),** qui accordait une place très particulière aux travailleurs regroupés dans une assemblée, disposant de très larges prérogatives dans le contrôle de la gestion;

  La gestion courante de l'ES est assurée par un conseil de direction présidé par le Directeur Général "qui agit sous l'autorité de la tutelle " : **point d'autonomie!!!**

- Depuis l'abandon du système socialiste, dans les années 90 (Constitution de 1989), le statut de l'entreprise publique ainsi que son mode de gouvernance ont connu une période de tâtonnement; Son régime juridique se cherchait avant de se fixer;

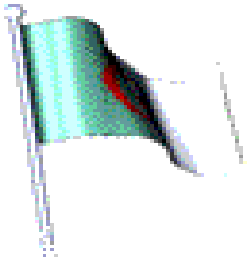
- La gouvernance des capitaux marchands de l'Etat a vécu, en effet, une instabilité qui s'est inscrite dans la durée: **flottement pendant plus 30 années (1988-2020):**

  Qu'on en juge :

  - **1988 :** Les EPE étaient rattachées à des fonds de participation : **agents fiduciaires de l'Etat;**
  - **1995 :** substitution des Holdings publics aux fonds de participations;
  - **2001:** Remplacement des Holdings par des Sociétés de Gestion des Participations (SGP);
  - **2014:** Retour à la notion de groupe : utilisation inappropriée du concept (groupe=maison-mère)
  - **2020 (?)** : retour des holdings auxquels sont rattachées les EPE.

  Le secteur public n'a pas encore trouvé ses marques : **sa gouvernance se cherche toujours!** Sa réforme est urgente

La bonne gouvernance de l'entreprise
Où en est-on en Algérie ?



- L'Algérie s'est inscrite dans la dynamique d'implémentation des principes de bonne gouvernance par la mise en place en 2007, d'un "**programme d'action national en matière de gouvernance",** dans le cadre du mécanisme africain d'évaluation par les pairs (**MAEP/NEPAD).** Le gouvernement en avait fait une question prioritaire de son agenda.
- Ce programme national multisectoriel comporte une dimension économique, intégrant la **gouvernance de l'entreprise.**
- Il appelle à l'élaboration d'un code de bonne gouvernance de l'entreprise par le patronat privé.
- Le FCE, en collaboration avec le Think tank CARE (Centre d'Action et de Réflexion autour de l'Entreprise), l'APDB et le ministère de la PME et de l'artisanat ont pris en charge ce projet.
- Le code en question, s'inspirant des principes de la gouvernance d'entreprise, édités par l'OCDE en 2004, **a vu le jour en 2009.**
- Il codifie les bonnes pratiques que devraient implémenter les entreprises algériennes pour améliorer leur gestion et partant leur performance.
- **La loi n°06-01** du 20-2-2006, relative à la prévention et la lutte contre la corruption invite les agents publics, **dont les dirigeants d'EPE,** à adopter des codes de bonne conduite (art.7).
- **Le Ministère de l'industrie a lancé un projet de mise en place d'un guide de gouvernance de l'entreprise publique;**

La gouvernance de l'entreprise publique
l'Actualité

- Le législateur algérien offre deux modes de gouvernance aux fondateurs de SPA :

  1- **La forme moniste** à la française, avec un organe unique : le CA;

  2- **La forme dualiste,** à l'allemande, introduite en 1993, suite à la révision du CCA : adossée à deux organes:

  a. Le directoire, organe de gestion collégial;

  b. Le conseil de surveillance, organe permanent de contrôle de la gestion du directoire.

- Le modèle allemand a connu très peu de succès, auprès des chefs d'entreprises qui le boudent,

- Le secteur public l'a expérimenté :

  a. **une première fois, en 1995**: les holdings publics étaient gérés par des directoires, contrôlés par des conseils de surveillance; Le système mis en place est conforme au CCA,

  b. **une deuxième fois, en 2001 (?!!) :** une forme ambiguë a été mise en place : les SGP, successeurs des Holdings ont été soumis à une forme de gouvernance singulière , non prévue par le CCA **: directoire sans conseil de surveillance** : œuvre du DE n°01-283 du 24-09-2001, portant forme particulière d'organe **d'administration et de gestion** des entreprises publiques économiques : la philosophie sur laquelle est bâtie le système dualiste est remise en cause:

  Il s'agit, en fait, d'un mode moniste qui ne dit pas son nom, le directoire ayant remplacé le CA mais sans les prérogatives de ce dernier qui cumule deux fonctions : la gestion et le contrôle de la gestion;

  Ce DE, adossé à l'article 5/3 de l'ord. n°01-04 représente une régression, en terme d'alignement sur les standards de la bonne gouvernance, dont le contrôle représente un pilier.

  Ce mode de gouvernance bancal a cédé la place, à partir de 2014, au système actuellement en vigueur : la gouvernance par **un CA et un PDG**, dont il s'agit de décrire le mécanisme, à partir d'un dispositif juridique assez pléthorique, rappelé ci-

Dispositif juridique encadrant la gouvernance de l'EPE

- Le code civil : règles régissant le mandat;
- Le Code de commerce : dispositions relatives à la SPA;
- La loi n°90-11 du 21-04-1990 relative aux relations de travail : participation des travailleurs au CA:
- L'ordonnances n°01-04 du 20-08-2001 relative à l'organisation, la gestion et privatisation des entreprises publiques économiques,
- L'ordonnance n°08-01 du 28 -02-2008, complétant l'ordonnance n°01-04 du 20-08-2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques,
- Le décret exécutif n°90-290 du 29-09-1990, relatif au régime spécifique des relations de travail concernant les dirigeants d'entreprises, applicable au PDG de l'EPE;
- Le décret exécutif n°01-283 du 24-09-2001, portant forme particulière d'organe d'administration et de gestion des entreprises publiques économiques : **pour mémoire;**
- Le décret exécutif n°09-96 du 22 février 2009 fixant les conditions et les modalités de contrôle et d'audit des EPE par l'IGF,
- La note d'orientation du CPE, datée du 19-02-2003, destinée aux Directoires des SGP;
- La résolution unique n°01/142/28/08/2014**,** portant réorganisation du secteur public marchand : **dispositif actuel**

La gouvernance de l'entreprise publique
Synthèse du dispositif juridique

- Ce dispositif juridique a opté pour **le fonctionnement moniste de l'EPE/SPA**;
- Or, dans ce mode d'organisation, **le CA représente le pivot de la gouvernance** de l'entreprise;
- L'Etat propriétaire, nourrissant d'importantes ambitions pour le secteur public marchand, entend en faire le fer de lance de la relance économique;
- l'atteinte de cet ambitieux programme est liée à la qualité du management des entreprises publiques, conditions sine qua non de leur performance et de leur rentabilité;

La gouvernance de l'entreprise publique
Synthèse du dispositif juridique

- Son choix, a fait du Conseil d'Administration, un levier essentiel de la gouvernance des entreprises publiques, dont la **composition, les missions et le fonctionnement sont** les garants de son efficacité.

- Or la qualité de la gouvernance de celles-ci, **dépend de la qualité des hommes**, des membres du CA et de la rigueur son mode de fonctionnement;

- **Sa composante, à laquelle l'Etat doit veiller,** par un choix judicieux de ses représentants , **conditionne son efficacité et l'atteinte des objectifs qu'il lui fixe.**

- L'actionnaire s'y exprimant à travers ses représentants qu'il mandate pour agir en son nom et défendre ses intérêts, doit opérer, pour ce faire, des choix pertinents et désigner des administrateurs en mesure de porter ses projets

- **Le capital humain est une garantie infaillible!**

La gouvernance de l'entreprise publique
Quelle stratégie pour l'actionnaire?

- L'Etat actionnaire, en droit d'exiger de ses entreprises performance et profitabilité dans le cadre des objectifs qu'il leur fixe, agira à travers :
  a. l' organe d'administration : le CA, composé de ses mandataires;
  b. et les organes de contrôle prévus par le code de commerce, à savoir l'AG et le CAC.

- Il doit veiller à ce que :
  a. la stratégie suivie par le management de l'entreprise ne mette pas en danger sa rentabilité;
  b. ses représentants au sein du Conseil d'administration, exécutent, de manière optimale, le mandat qu'il leur confie, à travers le suivi de la réalisation des objectifs qu'il leur fixe et la sanction tant positive que négative de leur performance.

- Toutefois, il convient, comme le recommande l'OCDE (code de gouvernance de l'EP). "d'éviter les pièges que représentent d'une part, **un actionnariat passif,** et d'autre part, **un interventionnisme excessif**« , bloquant l'esprit d'initiative et la prise de risque.

- **La règle du juste milieu doit être observée!**

Le vade mecum de l'administrateur de l'EPE

Le Conseil d'administration, organe collégial décisoire

La composition, le fonctionnement et les missions Conseil d'administration ont fait l'objet d'un dispositif juridique détaillé dans le code commerce.

Ces dispositions mettent en synergie 3 acteurs :

1. **Le Conseil d'administration, organe collégial,** composé d'administrateurs, désignés par l'actionnaire, sur la base de critères de compétence et d'indépendance stricts.
2. **Le Président du conseil d'administration**, élu par ses pairs, veillant au bon fonctionnement du CA,
3. **Le Directeur Général,** le cas échéant.

Il peut y avoir **fusion organique entre la PCA et la DG,** une seule et même personne cumulant les deux fonctions : fonction de PDG.

Ils sont, au sens du code de commerce, de la loi sur les relations de travail et de la loi sur la corruption (agents publics), **des dirigeants de l'entreprise dont la responsabilité peut être mise en jeu à divers niveaux et pour différentes fautes.**

Le Conseil d'administration, organe collégial et décisoire

- **Organe collégial,** le CA fonctionne de **manière collective**, **sans jouir de la personnalité morale ;**
- Les décisions y sont prises collectivement, après délibération;
- L'administrateur tire son pouvoir **de sa participation aux réunions de celui-ci;**
- **Hors le CA, l'administrateur n'a aucun pouvoir, même si sa responsabilité personnelle peut être mise en jeu au titre des activités du CA.**

Composition du Conseil d'Administration

- Le CA est composé **d'administrateurs élus** ; Sa taille est déterminée, librement, par les actionnaires dans les limites de 3 à 12.

- Etant un organe collégial, il doit être composé de de **trois membres** au moins et de **douze** au plus.

  En cas de fusion, le CA de la nouvelle société ou de la société absorbante regroupe la somme des administrateurs des sociétés concernées, sans dépasser le nombre de 24 (art.610 CCA).

  Le nombre des administrateurs est déterminé par l'Assemblée générale constitutive et fixé dans les statuts.

- Dans les entreprises comportant plus de 150 travailleurs le comité de participation désigne deux membres de droit, pour représenter les salariés dans le CA (art.95 loi n°90-11 et 5 de l'ord. N°01-04).

- Le CPE, dans une démarche d'optimisation du fonctionnement des EPE, recommande la rationalisation et la réduction du nombre des administrateurs composant le CA des groupes et des EPE (§g de la résolution unique n°01/142/28/08/2014**,** portant réorganisation du secteur public marchand) .

Rôles du conseil d'administration

Le CA apparait dans le dispositif comme un organe **de gestion** et de **contrôle de la gestion** de l'exécutif : **2 en un,** à l'inverse du système dualiste qui sépare la gestion (collégiale : directoire) du contrôle de celle-ci (conseil de surveillance),

A ce titre, le CA assure trois rôles essentiels :

a. orienter : en participant à la définition de la stratégie de l'entreprise;

b. conseiller l'équipe dirigeante;

c.et contrôler la gestion de l'entreprise.

Ces missions doivent se concrétiser dans le cadre des fondamentaux d'une gestion, respectant :

a. les grands principes de la bonne gouvernance;

b. les standards universels en matière de performance, de transparence et de responsabilité des organes de gestion et des parties prenantes;

afin de favoriser la performance économique et financière des entreprises.

Les pouvoirs du Conseil d'Administration

❑ Selon l'art 622 CCA, "Le Conseil d'Administration est investi **des pouvoirs les plus étendus** pour agir en toute circonstance au nom de la société ;
Il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires".

Deux types de pouvoirs: généraux et spéciaux

1. Pouvoirs généraux

- Ces pouvoirs résultent des prérogatives généralement attribuées à un gestionnaire : **actes d'administration et de gestion : Le CA délibère sur toutes les questions portant sur la bonne marche de l'entreprise. il est un organe de gestion**
- Mais la non permanence du CA qui ne se réunit que périodiquement, selon une fréquence plus ou moins récurrente, **réduit considérablement les pouvoirs de ce dernier.**
- Pour pallier à cette contrainte, d'origine légale, ces pouvoirs peuvent être **délégués,** dans le cadre de l'approche **"Bonne gouvernance",** à **des comités permanents** spécialisés mais sans pouvoir de décision.
- Le CA peut mettre en place un système de veille stratégique, à travers un comité spécialisé, composé d'administrateurs compétents.

Les pouvoirs du Conseil d'Administration

2- Les pouvoirs particuliers cités dans le code de commerce:

- Nomination (art.635 CCA) et révocation du PCA (art.636 CCA), du DG (art.639,640 CCA),
- Fixation de la rémunération du PCA (art.635 CCA) : pas dans l'EPE,
- Convocation des AG et fixation de leur ordre du jour (art.676 CCA,
- Etablissement des comptes sociaux et du rapport de gestion (art.813 CCA,
- déplacement, à l'intérieur de la Wilaya, du siège social de la SPA (art.625 CCA),
- Autorisation de toute convention entre un administrateur et la SPA (art.628 CCA,
- Autorisation de toute convention entre la SPA et toute autre entité dans laquelle un administrateur a un intérêt direct ou indirect (art.628 CCA),
- Autorisation des cautions, avals et garanties accordés par la SPA (art.624 CCA),
- Augmentation et réduction du capital social,
- Préparation des opérations de fusion ou de scission.

La contribution de l'administrateur à la gouvernance de l'entreprise

- L’efficacité de sa contribution à la performance de l’entreprise à travers l’amélioration de la gouvernance de cette dernière, est directement liée à :

a- ses compétences qu’il doit s’efforcer d’améliorer en permanence par la formation;

b. son engagement qui doit être indéfectible **;**

c. et sa responsabilité qui peut être engagée en cas de défaillance dans l’accomplissement de son mandat;

- Le mandant (l’Etat), au nom duquel il agit, doit, de ce fait, faire un choix judicieux **en élevant son niveau d’exigence quant aux conditions d’éligibilité aux postes d’administrateur,** rappelées ci-après.

Conditions d'éligibilité à un mandat d'administrateur

Rappel des conditions d'éligibilité

Le candidat à une fonction d'administrateur doit remplir plusieurs conditions :

1. **Statut de l'administrateur** : personne physique/personne morale

   Personne physique et personne morale peuvent être désignées administrateur.

2. **Qualité d'actionnaire : art.119 CCA**

   Sauf dans deux cas, l'administrateur doit être **actionnaire** : propriétaire d'actions de garantie dont le nombre est fixé par les statuts.

   Sanction : en cas de silence des statuts sur le nombre d'actions requis, tout intéressé peut demander en justice la régularisation de la situation.

   L'obligation d'être actionnaire est écartée, de fait, pour les entreprises publiques et pour les représentants des travailleurs au CA.

3. **Les incapacités et les incompatibilités :**

   Les incapacités : Une personne **juridiquement incapable** ne peut être administrateur

   a.minorité, mise sous tutelle ou curatelle (déficience mentale),

   b.Condamnation pénale ou commerciale (faillite personnelle)

Conditions d'éligibilité

les incompatibilités : juridiquement,

Les fonctionnaires (interdits d'exercice d'activité lucrative : statut de la fonction publique), les parlementaires, les auxiliaires de justice (sauf avocats), les officiers ministériels (notaires, huissiers de justice) ne peuvent être désignés administrateurs.

4. **Cumul de mandats :** le législateur a limité le nombre de mandats que peut exercer un administrateur, afin de lui assurer une certaine disponibilité et indépendance :

   a. la personne physique ne peut cumuler plus de 5 mandats d'administrateurs dans de sociétés ayant leur siège social en Algérie. Les mandats dans les sociétés étrangères ne sont pas décomptés.

   b. La personne morale ne rencontre pas de limite dans le cumul de mandats.

5. **Nationalité :** la question de la nationalité de l'administrateur n'est pas abordée par le CCA.

Mais un étranger peut être désigné comme administrateur : cas des joint-ventures.

L'administrateur étranger doit disposer de la **carte professionnelle des étrangers** (art.1 et 13 du DE 06-454 du 11-12-2006 relatif à la carte professionnelle délivrée aux étrangers).

Conditions d'éligibilité

6.Compétences professionnelles

Le code commerce n'aborde pas la question **des aptitudes et capacités professionnelles** requises d'un administrateur. Mais il est d'évidence que pour accomplir, de manière efficiente et en toute connaissance de cause son mandat, l'administrateur doit jouir de compétences dans le métier de l'entreprise et de ses différentes fonctions.

Néanmoins, le CPE semble marquer un réel intérêt pour le recrutement d' administrateurs compétents.

- **Sa note d'orientation, datée du 19-02-2003,** destinée aux Directoires des SGP, invite ces derniers "à faire appel **aux compétences de la communauté universitaire et à celles des ministères sectoriels".**
- **La résolution unique n°01/142/28/08/2014,** portant réorganisation du secteur public marchand apporte quelques précisions dans le choix des administrateurs des groupes et des EPE en précisant qu'un siège soit réservé à un représentant de la banque de domiciliation et qu'il **soit fait appel à des compétences externes, notamment à des experts.**

Conditions d'éligibilité

7. Cumul de mandat et de contrat de travail : selon l' art.615 CCA :

a. Un administrateur en fonction ne peut obtenir un contrat de travail dans la société où il siège.

b. Un salarié actionnaire dans la société peut être nommé au CA à condition que :

- Le contrat soit antérieur d'une année à sa nomination
- Le contrat doit correspondre à un emploi effectif.

c. Le contrat de travail remplissant ces conditions est maintenu après la nomination.

"Un administrateur ne peut se voir consentir un contrat de travail postérieurement à sa nomination« (art.616 CCA).

NB/ Une distinction doit être faite entre l'administrateur salarié, désigné dans les conditions ci-dessus et le représentant des salariés dans le CA.

Les obligations de l'administrateur

L'exercice d'un mandat d'administrateur exige un **engagement réel de celui** qui l'exerce qui doit se comporter en "bon père de famille".

L'administrateur étant le représentant de l'actionnaire, il doit défendre les intérêts de ce dernier.

En contrepartie de la rémunération qu'il perçoit (sous forme de jetons de présence et de tantième), Il est tenu, à ce titre, aux obligations suivantes; certaines résultent des principes de bonne gouvernance:

- **L'obligation de discrétion:** non divulgation des informations confidentielles (art.627 CCA), sous peine d'engager sa responsabilité, en cas de préjudice subi par l'entreprise.

  Cette obligation n'est pas incompatible avec le principe de transparence dont il doit assurer le respect;

- **L'obligation de vigilance :** en veillant :

  a. au bon fonctionnement de la société;

  b. en assurant le contrôle des managers;

  c. **en alertant l'actionnaire sur toute situation ou risque menaçant l'entreprise.**

Les obligations de l'administrateur

- **L'obligation de loyauté :** dévouement à l'égard de la société et de l'actionnaire. Il doit :

  a. aviser le Conseil d'Administration et l'actionnaire de toute information parvenue à sa connaissance, qui serait **contraire aux intérêts de l'Entreprise;**

  b. veiller à faire prévaloir l'intérêt de l'Entreprise sur toute autre considération;

  c. Il est tenu à une obligation de révélation de tout conflit d'intérêts avec l'entreprise.

- **L'obligation de diligence :** accorder tous les soins à la mission qu'il doit assurer avec précaution et prudence.

  Il doit, dans ce cadre, s'astreindre à une veille active sur les différents aspects de l'activité de l'entreprise.

- **L'obligation de moralité, de probité : Respect de l'éthique**

Il est tenu à un comportement intègre et probe dans l'exercice de son mandat et s'interdit toute action susceptible de nuire aux intérêts de l'Entreprise et de l'Actionnaire.

Elle impose le respect de toutes les interdictions légales : prohibition des actes de corruption, Interdiction d'emprunts, de découvert en compte courant, de caution , d'avals, notamment mais non exclusivement.

les responsabilités de l'administrateur

Les types de responsabilité

L'exercice des fonctions d'administrateur n'est pas sans risque pour l'entreprise, les tiers et leur titulaire qui peut voir sa responsabilité mise en cause à divers niveaux. 2 types seront évoqués :

1. **Au plan civil** lorsque l'acte de gestion cause un préjudice à la société, à l'actionnaire ou aux tiers : c'est la responsabilité civile, **responsabilité réparatrice.**
2. **Au plan pénal** lorsque l'administrateur commet une des infractions prévues par la loi. : c'est la responsabilité pénale, **responsabilité punitive.**

Dans les deux cas, une sanction est encourue et l'administrateur peut être poursuivi en justice par les titulaires de l'action qui peuvent être la société elle-même (action sociale), l'actionnaire ou le tiers.

L'administrateur encoure une responsabilité civile et/ou une responsabilité pénale.

La responsabilité civile de l'administrateur

A. Rappel introductif :

2- Il faut rappeler que l'entreprise, qu'elle soit **publique ou privée**, fonctionne et vit pour faire du profit, de la rentabilité, dans un environnement concurrentiel dans lequel il n'y a pas beaucoup de place à l'humanisme voir à la morale (le monde des affaires n'est pas toujours un monde de vertus : l'éthique des affaires n'est pas toujours respectée).

Sa survie dépend, donc, des stratégies qu'elle déploie pour conquérir et garder ses parts de marché. Elles impliquent, souvent, la prise de risque.

Certes, le risque doit être défini, calculé, géré. Mais le risque zéro n'existant pas, la loi a organisé un système de mise en jeu de la responsabilité des dirigeants qui distingue entre les **fautes intentionnelles** et celles qui **ne le sont pas**

et qui découlent d'une erreur telle une **mauvaise évaluation**

du risque.

La responsabilité civile de l'administrateur

B- le devoir de diligence de l'administrateur :

Les administrateurs **ont l'obligation de participer, de manière effective**, à la gestion de l'entreprise :

- avec **compétence, diligence** et **loyauté .**
- **la prise de risque** doit être calculée tant sur le plan économique, juridique, que stratégique,
- Ils doivent veiller à faire prévaloir **l'intérêt social** sur toute **autre considération**.
- La violation du devoir de diligence (l'inaction est une faute) et de vigilance entraîne la mise en jeu de la responsabilité du dirigeant;
- **les négligences graves** (manifestes dit le code pénal), la conclusion de contrats contraires à l'intérêt de l'entreprise, les **imprudences flagrantes** sont autant **d'actes de mauvaise gestion** qui peuvent causer un préjudice à la société : le **non recouvrement d'une créance sociale** est constitutive de faute de gestion.

Leur auteur doit donc réparation, conformément au droit commun **de la responsabilité civile** qui repose sur **la faute civile,** qualifiée ici **de faute de gestion.**

La responsabilité civile de l'administrateur

C- Fautes engageant la responsabilité civile de l'administrateur: (citées à l'art.715bis 23 CCA)

a. Violation des dispositions législatives et règlementaires applicables à la SPA,
b. Violation des statuts,
c. Commission d'une faute de gestion.

1. Violation des dispositions législatives et règlementaires : les cas

1.1.Annulation de la société imputable à l'administrateur en exercice (art.715bis 21 CCA).

1.2.Inobservation des règles relatives au fonctionnement du CA :

- défaut de convocation aux réunions du CA ou des AG,
- Inobservation des règles de quorum et de majorité,
- Actes dépassant les pouvoirs du CA,
- Violation des règles applicables aux conventions règlementées.

2. Violation des statuts :

Inobservation des stipulations statutaires:

- Limitant les pouvoirs des administrateurs,
- Contrôle des cessions d'action.

La responsabilité civile de l'administrateur

3. Faute de gestion

Au cœur de débats passionnés dans la communauté des gestionnaires publics, qu'elle paralyse.

- Il **n'existe pas de définition légale de la faute de gestion**. Une ancienne loi applicable à la cour des comptes (loi 80-05 relative à l'exercice de la fonction de contrôle par la cour des comptes) proposait une définition énumérative de la faute de gestion (art. 48 et 49).
- Cette lacune rend délicate la qualification des actes fautifs : quel départ entre **le risque et la faute de gestion** ?
- La faute résultant de la gestion demeure **une faute civile,** distincte de la faute pénale, non susceptible de poursuites pénales.
- Il s'agit d'actes contraires aux intérêts de la société et lui ayant causé préjudice.
- Revêt diverses formes : peut être intentionnelle ou non intentionnelle (négligence).
- S'apprécie au regard des missions confiées au CA .

Un acte de gestion n'est constitutif d'une **faute de gestion** que s'il cause un **préjudice** à la société ou aux actionnaires.

La responsabilité civile de l'administrateur

- Mais le code pénal ainsi que la loi sur la corruption ont institué **des fautes pénales de gestion.** Ainsi la négligence manifeste représente un délit pénal (art.119 bis CPA).

4. Cas de la faillite de l'entreprise

Selon les articles 673 et 715 bis27 CCA, l'administrateur peut être condamné au comblement du passif social, en cas de règlement judiciaire de faillite ou de banqueroute de l'entreprise

"En cas de règlement judiciaire, ou de faillite, de la société, **les Administrateurs,** les membres du Directoire et du Conseil de Surveillance peuvent être rendus responsables du passif social" (Art. 673 CCA).

Responsabilité individuelle ou solidaire de l'administrateur :

ŁLes Administrateurs sont responsables **individuellement** ou **solidairement,** selon le cas, envers la société, envers les tiersŁ

- la responsabilité est **individuelle** lorsqu'une faute précise peut être imputée à un administrateur, les autres étant exempts.
- la responsabilité est solidaire lorsque plusieurs administrateurs ont concouru à la réalisation de l'acte dommageable. Dans ce cas, Łle tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommageŁ.

La responsabilité pénale de l'administrateur

La responsabilité pénale de l'administrateur

Rappel: Notion de responsabilité pénale

La responsabilité pénale résulte de la commission d'une infraction (contravention, délit ou crime); L'infraction pénale représente la violation d'une interdiction légale.

Les éléments constitutifs de l'infraction pénale sont cumulativement :

1. l'élément légal : la loi interdit de faire (commission) ou de ne pas faire (abstention: non assistance à personne en danger, non dénonciation de faits délictuels),

2. l'élément matériel : il y a réalisation matérielle de l'interdit légal : réalisation de l'acte,

3.L'élément intentionnel : l'auteur de l'acte interdit doit avoir agi **sciemment**, exprès.

La responsabilité pénale est sanctionnée soit par une peine privative de liberté (emprisonnement), soit une peine pécuniaire, soit les deux.

La responsabilité pénale de l'administrateur est soumise à une pluralité de textes juridiques qui se chevauchent, se contredisent, complexifiant, ainsi, la qualification des faits incriminés. On peut citer à titre indicatif et non exhaustif:

1. Le code pénal, modifié plusieurs fois,
2. Le code de commerce : dispositif pénal,
3. La loi n°06-01 sur relative à la prévention et la lutte contre la corruption,
4. Le code du travail : loi n°90-11 relative aux relations de travail,
5. La loi sur la concurrence; etc.

Les infractions liées à la gestion

L'administrateur encoure la responsabilité pénale de droit commun (escroquerie, abus de confiance, faux, etc..) prévue dans le code pénal.

Le code de commerce définit, également, une série d'infractions spéciales relatives à la constitution**, au fonctionnement** et à la liquidation des sociétés.

Seules les secondes concernant l'administration et la gestion, dans lesquelles est impliqué l'administrateur, seront rapidement mais non exhaustivement inventoriées.

L'ensemble de ces infractions liées à la gestion, représente des gardes fous nécessaires pour préserver la transparence dans le montage des affaires; elles permettent, également, la protection des actionnaires, c'est à dire des épargnants auxquels il faut assurer un minimum de sécurité dans les placements.

Nous ne citerons pas, ci-dessous, l'infraction, très médiatisée, **d'abus de biens sociaux** pour lui réserver un traitement à part, en raison de son importance et de l'inquiétude qu'elle suscite chez les dirigeants d'entreprise.

Les principales infractions citées dans le code de commerce :

- **La distribution de dividendes fictifs** (article 811 du code),
- **La dissimulation de la situation patrimoniale** réelle de la société par la publication de bilans inexacts (article 811 du code),

Les infractions liées à la gestion

- **Le défaut d'établissement de différents comptes exigés par la loi** : compte d'exploitation générale, compte des pertes et profits (article 811 du code),
- **Le défaut de l'établissement de l'inventaire, du bilan, du rapport sur la situation de la société** (article 811 du code),
- **Le défaut d'établissement et de consignation,** sur un registre spécial tenu au siège de la société, **des procès verbaux des réunions du conseil d'administration** (article 812 du code),
- **Le défaut de réunion de l'assemblée générale ordinaire,** dans les six mois de la clôture de l'exercice ou bien dans le délai fixé par décision de justice en cas de prolongation (article 815 du code),
- Le défaut de présentation à l'assemblée générale du compte d'exploitation générale, du compte des pertes et profits et du bilan (article 815),
- **Le défaut de convocation à toute assemblée,** les titulaires de titres nominatifs, depuis un moins au moins (article 816),
- **Le défaut de notification de la date** prévue pour la réunion des assemblées (article 817 du code),

L’abus de biens sociaux (ABS)

- Prévu par l’article 29 de la loi n°06-01 et l’article 811/3 du code commerce, il consiste en un usage, de **mauvaise foi,** à des **fins personnelles** ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle le dirigeant a un intérêt direct ou indirect, **des biens ou du crédit de la société**.

  L’ABS s’articule souvent avec le délit de corruption. Les conditions de l’ABS :

  1. **L’élément matériel de l’ABS:** un usage des biens sociaux, du crédit, du pouvoir.

     - **usage des biens :** détournement de biens sociaux : prélèvement de la caisse sociale, prise en charge par la société de la domesticité personnelle, utilisation du véhicule de la société, rémunération excessive, etc.…
     - **Usage du crédit :** octroi de suretés, sous signature sociale (utilisation de la réputation de la société).
     - **Usage des pouvoirs :** utilisation des prérogatives en tant qu’administrateur à des fins préjudiciables à la société : non recouvrement de créances par complaisance, signature de convention règlementées à des conditions léonines.
     - **Un usage contraire à l’intérêt social** : l’usage des biens sociaux ou du crédit social appauvrit la société et lui porte préjudice.

L’abus de biens sociaux (ABS)

- **Usage dans un intérêt personnel** :
  l’intérêt peut être matériel (enrichissement) ou moral.

2-L’élément moral :

L’acte doit être accompli **sciemment, de mauvaise foi.**
Il s’agit d’un comportement volontaire

Les gestionnaires de l’entreprise publique sont également éligibles aux poursuites sur la base de cette disposition mais celle ci leur n’a jamais été appliquée par les magistrats. Toute malversation, tout détournement ou dilapidation des biens de l’entreprise publique ont été sanctionnés par application du seul code pénal, notamment mais non exclusivement, de son ancien article 119 (abrogé par la loi 06-01 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption), pour lequel les juges ont une préférence.

L’article 29 de la nouvelle loi qui est substitué à cet article unifie la sanction applicable au détournement de biens publics ou privés, sans distinction de la valeur de la chose détournée, dissipée, retenue ou soustraite. Il s’agit d’une peine criminelle ; l’ancien texte prévoyait des peines graduelles, allant d’un an **à la réclusion à perpétuité**, selon la somme détournée.

L’abus de biens sociaux (ABS)

❑ **Les peines encourues :**

a. **dans le code de commerce les peines sont :**

Les sanctions sont des peines d’emprisonnement d’un an à 5 ans et/ ou d’amende allant de 5 000 à 200 000 DA.

b. Dans la loi n°06-01 les peines sont :

1. des peines d’emprisonnement de 2 à 10 ans et/ou
2. des amendes allant de 200 000 DA à 1 000 000 DA.

❑ **Prescription des infractions :**

Les infractions évoquées ci-dessus, étant qualifiées de délit la responsabilité encourue se prescrit par un délai de 3 ans à partir de la commission des faits.

Le Président du Conseil d'Administration

Le Président du conseil d'administration

- **Nomination du Président :** le PCA est choisi parmi les administrateurs; Il est élu, à la majorité, par le CA, lui-même et non dans les statuts. L'AG est incompétente pour procéder à sa désignation. Il doit être une **personne physique**, sous de peine de nullité de la nomination .

- **Révocation :** Le PCA peut être révoqué, à tout moment (ad nutum), par le CA (art.636 CCA).

- **Mandat du PCA :** le PCA "est nommé pour une durée qui ne peut excéder celle de son propre mandat d'Administrateur" : 6 ans au plus. (Article 636 CCA).

- **Rééligibilité** : Le PCA est rééligible (Article 636 CCA).

- **Empêchement** :"**En cas d'empêchement temporaire,** de décès, de démission ou de révocation du Président, le Conseil d'Administration peut déléguer un Administrateur dans les fonctions de Président.

  En cas d'empêchement temporaire, cette délégation est donnée pour une durée limitée; elle est renouvelable jusqu'à l'élection du nouveau Président" (art.637 CCA).

- **Cessation des fonctions du PCA:** Les fonctions du PCA cessent par :

  - La perte de la qualité d'administrateur,
  - L'arrivée à terme du mandat,
  - La démission,
  - La révocation.

Le Président du Conseil d'Administration

❑ **Pouvoirs du PCA :**

Il est l'organe décisoire de la SPA.

"Le Président du Conseil d'Administration assume, sous sa responsabilité, **la Direction Générale de la société.** Il représente la société dans ses rapports avec les tiers.

Sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux Assemblées d'actionnaires ainsi que des pouvoirs qu'elle réserve de façon spéciale au Conseil d'Administration, et dans la limite de l'objet social, **le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société.**

Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du Président du Conseil d'Administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve".

Les statuts ou une délibération du CA peuvent limiter les pouvoirs du PCA. Mais ces limitations sont inopposables aux tiers et les actes pris engagent la société.

Le PCA peut déléguer certaines de ses prérogatives à un ou plusieurs directeurs généraux qui sont des salariés.

Merci