

**INSTITUT SUPERIEUR DE COMMERCE ET
D'ADMINISTRATION DES ENTREPRISES**

**MEMOIRE POUR L'OBTENTION DU DIPLOME DU
CYCLE SUPERIEUR DE GESTION**

**PROBLEMATIQUE JURIDIQUE ET FISCALE
DES CONVENTIONS REGLEMENTEES ET
DEMARCHES D'AUDIT**

ELABORE PAR :

ERRADI Fatima

Le 12 Novembre 2002

INTRODUCTION GENERALE

Les relations entre les dirigeants et leurs sociétés sont extrêmement régies par les nouvelles lois sur les sociétés commerciales aussi bien au niveau de la transparence requise par la loi eu égard des actes et opérations accomplies par ces dirigeants qu'au niveau des pouvoirs les plus étendus qui leurs sont dévolus et des responsabilités qui pèsent sur eux. Les dirigeants peuvent alors être tentés d'assouplir et d'infléchir cette réglementation afin d'élargir leurs prérogatives ou de se faire octroyer des avantages supplémentaires directs ou indirects et ce, en utilisant des techniques contractuelles.

Mais réciproquement, ces contrats en relation avec les sociétés cessent d'être entièrement régis par le droit commun des obligations. Ainsi, les nouvelles lois sur les sociétés commerciales, la loi 17-95 sur la SA et la loi 5-96 sur les SARL et les autres sociétés commerciales, ont introduit de nouvelles dispositions applicables aux conventions conclues entre les dirigeants et leurs sociétés. On assiste alors à une interaction ou une influence des contrats sur la société et réciproquement de la société sur les contrats.

Ces nouvelles dispositions témoignent d'une grande évolution de la législation en la matière comparativement au dahir de 1922 qui était en vigueur au Maroc. En fait, en vertu de l'article 40 de l'ancienne loi sur la SA, il était interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct, dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte à moins qu'ils n'y soient autorisés. Cette autorisation est donnée par l'assemblée générale ordinaire ; il est rendu, de plus, chaque année, à l'assemblée générale, un compte spécial des contrats et marchés autorisés ; les commissaires aux comptes n'étaient pas tenus de présenter à l'assemblée un rapport spécial.

Certes, les nouvelles dispositions spéciales applicables aux conventions conclues par les sociétés commerciales avec leurs dirigeants peuvent paraître comme une limitation de la liberté contractuelle instituée par le DOC. Mais cette réglementation s'impose car ces conventions font naître des conflits d'intérêts.

De même, toute convention conclue avec les dirigeants comporte un risque d'abus, surtout lorsque l'intéressé a la qualité de représentant légal de la personne morale, car on serait, en réalité, en présence d'un contrat avec soi-même. La réglementation de ces conventions permet par conséquent d'aboutir à un rééquilibrage du contrat au profit de la société ce qui est une exception au principe selon lequel la lésion n'est pas une cause de rescision des contrats conclus entre majeurs.

Néanmoins, le législateur n'a pas catégoriquement interdit la conclusion de ces conventions avec les dirigeants mais les a soumises à une réglementation spéciale. Cette réglementation tient compte du degré de risque lié aux conventions en cause et a distingué trois catégories d'opérations. La première concerne les avantages purement financiers que le dirigeant est susceptible d'obtenir : la prohibition est alors totale 'conventions interdites'. Outre le caractère de conventions interdites, les opérations visées par les textes pourraient être de nature à constituer un abus des crédits et des biens sociaux sanctionné par la loi sur les sociétés.

Une deuxième catégorie vise les opérations habituellement pratiquées par la société et qui ne font l'objet d'aucun contrôle 'conventions libres'. La troisième catégorie est constituée par

toutes les autres opérations réalisées entre la société et les dirigeants : celles-ci, connues sous le terme de ‘conventions réglementées’, sont soumises à une procédure spécifique qui varie selon la forme juridique de la société.

Cette procédure relative aux conventions réglementées est un moyen de contrôle de la gestion, comme le sont l'institution du commissariat aux comptes et la possibilité pour un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital de demander en justice, pour justes motifs, la récusation d'un ou de plusieurs commissaires aux comptes.

La procédure est complexe, elle comporte, pour les SA, au moins cinq étapes chronologiques listées ci-après :

- l'information du conseil d'administration par les personnes intéressées par la convention ;
- autorisation préalable du conseil d'administration, l'administrateur intéressé par cette convention ne peut prendre part au vote ;
- avis au commissaire aux comptes de l'autorisation de la convention par le président du conseil d'administration ;
- présentation à l'assemblée d'un rapport spécial par le commissaire aux comptes ;
- l'assemblée générale statue sur le rapport spécial du commissaire aux comptes.

La procédure dans les SARL est moins contraignante et diffère selon que la société a ou non un commissaire aux comptes.

L'impact du non respect de cette procédure sur la validité de la convention mérite d'être étudié. A priori, on peut estimer que le législateur en prévoyant une procédure de contrôle des conventions réglementées, a cherché avant tout à protéger l'intérêt social et les actionnaires minoritaires. D'ailleurs le rapport spécial du commissaire aux comptes n'est pas destiné aux tiers et ne fait, par conséquent, l'objet d'aucune obligation de publicité, contrairement au rapport général.

La possibilité de mettre en cause la responsabilité des dirigeants et des commissaires aux comptes confère aux dispositions concernant les conventions réglementées une dimension particulière qu'il ne faut pas négliger.

Le domaine de cette réglementation est relativement complexe d'autant plus que la législation est d'une application récente au Maroc. Elle n'a pas encore été enrichie par la doctrine ou par la jurisprudence et donc plusieurs notions évoquées par la loi ne sont pas explicites et leur portée n'est pas suffisamment appréhendée. Il s'agit en l'occurrence de la délimitation du champ d'application des conventions réglementées, de la signification de la notion d'opération courante et des conditions normales, du rôle du commissaire aux comptes.

De ce qui précède, il s'avère nécessaire :

- de préciser ce que le législateur désigne par le terme "Conventions" donc il faut à chaque fois chercher la portée du caractère conventionnel d'un acte. Parler des conventions et non seulement des contrats élargit énormément le champ d'application de la procédure des conventions réglementées. Au lieu de rester cantonné au simple fait de conclure un contrat, elle s'applique même en cas de modification ou de résiliation d'une convention. Ceci tient à la définition de la convention par le DOC marocain.

Cette réglementation s'applique également à des cas spécifiques des accords constituant des contrats cadre ou avant-contrats et qui risquent généralement d'être négligés ou de ne pas être considérés comme des conventions réglementées.

- de distinguer entre une convention libre et une convention réglementée et pour ce faire, il faut apprécier le caractère courant d'une opération et les conditions normales du contrat.

En fait certaines interprétations laissent entendre par :

Opérations courantes : celles effectuées de manière habituelle par la société dans le cadre de son activité, c'est à dire opération liée à l'objet social. Toutefois, n'est-il pas opportun, d'outrepasser la notion d'objet social et de penser plutôt intérêt social ?

Conditions normales : conditions comparables à celles applicables dans la société en cause ou encore dans les autres sociétés du même secteur d'activité ; les conditions englobent : le prix, la durée, les obligations de chacune des parties, les garanties, les pénalités...

Un autre problème surgit concernant les conditions normales à savoir si les mêmes conditions peuvent être imposées à des personnes contractantes différentes, ayant des poids différents.

La réglementation ne s'applique pas aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales. La nécessité pratique de cette exception est évidente. Aucune précaution particulière ne s'impose car il n'y a pas de risque d'abus, si le dirigeant agit dans le même sens qu'un quelconque partenaire de la société, notamment parce qu'il traite dans les conditions du marché. Bien plus, l'application de la réglementation spéciale serait dangereuse car, trop d'information tuant l'information, la longueur du rapport spécial sur ces conventions pourrait empêcher les actionnaires ou associés de repérer les conventions inhabituelles seules préjudiciables à la société.

La procédure des conventions réglementées ressort des règles de fond de certains types de sociétés. Cette réglementation s'impose avec force. Les actionnaires ne peuvent, par une rédaction quelconque des statuts, exercer des facultés de choix, compléter le régime légal ou même l'infléchir.

La hiérarchie des étapes de la procédure pourrait mettre en exergue les rôles dévolus à chaque organe pour la préservation de l'intérêt social.

C'est d'abord au conseil d'administration qu'il appartient de veiller à ce que les décisions de la direction générale comme les siennes propres satisfassent l'intérêt social. C'est à ce titre notamment qu'il est appelé à autoriser préalablement et en premier lieu les conventions intervenant entre la société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux et qui pourraient présenter un conflit d'intérêts.

Le même rôle est confié au gérant d'une SARL au regard du respect de l'intérêt social.

Les administrateurs doivent se faire à tout moment, en conscience, une opinion de l'intérêt social et exprimer cette opinion par un vote librement émis.

Il apparaît important de souligner que l'autorisation doit être donnée après délibération : il ne suffit pas que chacun des membres soit informé de manière isolée. La procédure repose sur un échange de vues qui ne peut se réaliser si les membres du conseil ne sont pas réunis.

Le dernier mot appartient aux actionnaires réunis en assemblée générale dont les décisions traduisent leur commune conception de l'intérêt social c'est à dire de leur intérêt commun. Ils peuvent modifier ces décisions prises par le conseil d'administration. L'assemblée générale apprécie l'intérêt social en dernier ressort. C'est pourquoi, l'invocation de la nullité d'une convention réglementée, qui n'a pas été préalablement autorisée, ne peut donc être écartée, dans tous les cas de figure, que si une assemblée générale a été appelée à délibérer de façon particulière sur l'acte litigieux, après présentation du rapport spécial du commissaire aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure n'a pas été suivie.

En revanche, cette notion d'intérêt social permet une appréciation de la validité de l'acte mais non celle de son efficacité. Le concept étant développé à des fins contentieuses ne pourrait que permettre d'écarter les actes délibérément nocifs à la société. Il ne permet en aucun cas d'effectuer le choix optimum entre plusieurs situations répondant positivement à l'intérêt social

Les choix déterminants sont effectués non pour des raisons juridiques, mais pour des raisons économiques, techniques, commerciales et financières. Ces décisions ne sauraient procéder d'analyses juridiques, même si la préparation de toute décision prend en compte les données et les risques juridiques inhérents à chaque opération envisagée.

Néanmoins, notre étude ne saurait être complète si nous omettons d'étudier le rôle du commissaire aux comptes et l'impact de ces dispositions sur sa mission notamment pour répondre aux attentes du législateur et des lecteurs de son rapport.

Le commissaire aux comptes effectue dans le cadre de sa mission un ensemble de vérifications spécifiques portant entre autres sur les conventions réglementées. Il doit préparer un rapport spécial sur les conventions réglementées et le présenter à l'assemblée générale qui statue sur les comptes de l'exercice au cours duquel les conventions ont été conclues. Il n'émet aucun avis sur ces conventions ou sur l'opportunité de les conclure.

Cependant, les conventions réglementées, même si elles sont autorisées par le conseil d'administration et approuvées par l'assemblée générale, peuvent cacher des risques à la fois juridiques et fiscaux. Ces risques pourraient avoir, bien évidemment, un impact sur les comptes et donc sur l'opinion émise par le commissaire aux comptes. Ainsi le commissaire aux comptes est-il appelé à accorder une attention particulière à l'existence de telles conventions et à étudier profondément ces contrats afin de ne pas omettre de traiter des aspects liés étroitement à sa mission de certification des comptes. Il en résulte donc que le rôle du commissaire aux comptes ne peut être limité à un rôle informatif. D'autant plus, qu'il est investi d'une véritable mission d'intérêt général de contrôle et de surveillance au profit non seulement des intérêts des actionnaires mais de la société tout entière.

Par conséquent le commissaire aux comptes devrait adopter une approche de l'analyse par les risques afin de mettre en exergue les risques juridiques et fiscaux inhérents à ce genre de contrats et d'apprécier leur impact sur les comptes. Au cas où il s'avérerait que ces conventions peuvent nuire à la bonne marche de l'entreprise au point de constituer une source

de difficultés, le commissaire aux comptes ne serait – il pas obligé de révéler ces anomalies? Si oui à quelle instance ?

Ce risque est encore plus accentué dans le cadre des groupes de sociétés où le nombre de contrats conclus entre les entités du même groupe est accru et, notamment, face à l'absence d'une notion juridique et fiscale du groupe.

Les conventions réglementées peuvent donc constituer une zone à haut risque dans les sociétés surtout au Maroc où la législation est d'une application nouvelle et qu'elle n'a pas encore été enrichie par les éléments de doctrine ou de jurisprudence.

Les missions de commissariat aux comptes, menées auprès des sociétés, nous ont permis de toucher de plus près les difficultés liées à l'application pratique de ce dispositif notamment durant ces premières années d'entrée en vigueur de la loi.

En effet, les dispositions spécifiques en la matière définissent le champ des conventions interdites mais laisse la ligne de démarcation entre les conventions libres et réglementées nébuleuse. Et, la procédure de réglementation n'est pas encore maîtrisée par les dirigeants

Les personnes qui, par la loi, peuvent être visées par les conventions directement ou indirectement ou encore par personne interposée dans un contexte économique spécifique marocain caractérisé par la concentration de capital, l'existence de dirigeants communs pour plusieurs sociétés, multiplie le nombre de conventions qui doivent être soumises à la procédure de réglementation.

D'un autre côté, le caractère imprécis de cette exception portant sur les opérations libres pourrait pousser certains dirigeants à conclure sans formalités légalement requises des conventions inhabituelle ou anormales. Le commissaire aux comptes aura le plus grand mal à les découvrir, surtout en cas d'intérêt indirect ou d'interposition de personnes, puisque leur conclusion n'aura pas été portée à la connaissance du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

La préparation du rapport spécial sur les conventions réglementées soulève, principalement, deux ordres de préoccupations liées :

- Aux difficultés d'information, et
- Aux difficultés d'appréciation.

D'après la loi, c'est au dirigeant de tenir le commissaire aux comptes informé des conventions réglementées. Mais comme, ils ne le font pas systématiquement soit par oubli, soit par méconnaissance de droit, c'est le commissaire aux comptes lui même qui doit se mettre en quête par ses propres moyens en commençant par l'analyse des procès verbaux des conseils d'administration.

Dans les groupes, cette chasse à l'information soulève sur le plan matériel des difficultés majeures en raison de l'interaction des rapports entre sociétés. Chose qui nécessite un temps considérable pour retrouver et analyser les conventions susceptibles d'être autorisées.

La recherche peut être rendue plus difficile car les sociétés essaient plusieurs fois qu'elles le peuvent de se placer en dehors du cadre juridique applicable aux conventions réglementées.

Certaines sociétés tendent parfois à placer des administrateurs différents dans les sociétés d'un même groupe, pour les faire échapper à la procédure des conventions réglementées. Cette pratique trouve sa limite par la mise en œuvre de l'intérêt indirect étant donné que les dispositions légales sur les conventions réglementées s'appliquent en présence d'administrateurs communs, et en outre si ceux-ci se trouvent indirectement intéressés.

Que le commissaire aux comptes soit bien ou mal informé se pose un second problème ; celui de l'appréciation du domaine d'application de l'article 56 de la loi 17-95. En fait, certaines conventions passées entre les personnes visées par la réglementation ne doivent pas donner lieu à une mention dans le rapport. Il s'agit de celles portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales et qui ne sont donc pas soumises à la procédure d'autorisation par le conseil d'administration et d'approbation par l'assemblée générale.

En outre, il y a de nombreux cas où l'hésitation est permise. L'exemple de la société qu'est à la tête d'un groupe et qui crée une société civile immobilière et passait avec elle tous les contrats entrant dans son objet : études de financement, réalisation de programmes immobiliers. Dans ce cas, les dirigeants peuvent ne pas vouloir soumettre les conventions à la procédure prévue par l'article 56 de la loi 17-95 sous prétexte qu'elles portent sur des opérations libres. Mais le commissaire aux comptes peut penser l'inverse car il s'agissait d'un contrat passé avec soit même, à des conditions estimées comme n'étant pas normales et qu'il fallait par conséquent les mentionner dans le rapport spécial.

L'appréciation est la partie la plus délicate de l'audit des conventions réglementées. L'intérêt de la transaction peut être évident, moins apparent ou équivoque. Un intérêt immédiat peut réserver un préjudice à terme ; qui peut deviner les intentions des parties ?

Le commissaire aux comptes ne peut que signaler les anomalies du contrat mais il ne peut donner son avis.

La tâche est d'autant plus difficile quand une personne, visée par la réglementation des conventions réglementées, agit par personne interposée formant écran. Il y'a donc un problème d'interprétation et il s'ensuit bien souvent des discussions avec les dirigeants visant à faire le partage entre les conventions relevant ou non des conventions réglementées.

Le problème est plus épineux dans les groupes où il est fréquent que les rapports relatifs à la société mère et à la filiale ne soient pas symétriques.

Quoi qu'elle existe une tendance à considérer les opérations intragroupe comme courantes et normales afin d'éviter les complications mais, dans la pratique, le professionnel aurait bien tendance à demander, à justes motifs, la mise en œuvre de la procédure.

Afin de prévenir des situation d'hésitation :

- Il est bon que le commissaire aux comptes se fasse donner des explications sur le fonctionnement de l'entreprise ;
- Il est préconisé de traiter les problèmes en amont en s'efforçant de définir dès le départ les opérations courantes et normales au sein de l'entreprise. Ce qui permet de déterminer pour chaque cas d'espèce les champs des conventions réglementées. Toutefois, cette façon de

faire ne pourrait que résoudre le problème au regard de l'objet social et laisse la porte ouverte quant à l'appréciation de l'intérêt social auquel se réfère la jurisprudence.

Au delà des difficultés d'application de l'article 56 de la loi sur la SA, c'est son opportunité même qui est discuté. Dans le cadre des groupes, le texte semble inadapté voire inutile pour le cas des filiales à 100%. Les filiales détenues à 100%, sont des sociétés dont le capital est détenu en quasi-totalité par une société mère, les autres actionnaires étant généralement présents afin de respecter les dispositions législatives (ex : nombre minimum d'actionnaires requis, actions de garanties détenues par les administrateurs...)

Mais, et en l'absence de dispositions légales particulières applicables à ce type de filiales, la procédure des conventions réglementées reste obligatoire. Et ce, même si elle paraît en partie vidée de sa substance du moment que :

- le conseil d'administration est totalement dominé par la maison mère,
- l'intérêt des associés de la filiale ne se distingue pas de l'intérêt des associés de la mère,
- et du moment qu'on se demande dans quelle mesure il est anormal à ce que des contrats passés entre des sociétés appartenant au même groupe soient passés à des conditions préférentielles.

Par ailleurs, dans la société où il n'y a pas de minoritaires le rapport revêt un aspect formaliste, et il n'est guère qu'une hypothèse où il puisse se révéler utile, même si au moment du contrôle, l'autorisation puis l'approbation formelles ont pu paraître superflues : c'est le cas où un tiers intervient en repreneur par exemple. Il peut arriver qu'une fois l'opération réalisée, il s'estime lésé il n'a de cesse alors que de rechercher les éventuelles irrégularités commises par les anciens dirigeants pour exercer sur eux des pressions et obtenir une révision de l'accord. Le respect rigoureux des dispositions sur les conventions réglementées est susceptible de déjouer de telles manœuvres.

Une dernière critique reconsidérer le rôle du commissaire aux comptes ; le rapport devrait être établi par les dirigeants qui doivent indiquer les conventions conclues. Le commissaire aux comptes ne devrait mettre en évidence que les conventions complémentaires que les dirigeants auraient omis de déclarer. Néanmoins cette proposition pourrait alléger la tâche du commissaire aux comptes mais ne serait pas tellement pertinente pour les utilisateurs de ce rapport dans la mesure où elle donnerait lieu à deux corps de rapport : le principal établi par les dirigeants et le complément éventuel du commissaire aux comptes.

A la lumière de toutes ces données et obligations, peut-on toujours affirmer que le commissaire aux comptes n'a qu'un rôle informatif.

Le commissaire aux comptes se trouve obligé de se livrer à un minimum de diligences sous peine d'amères déconvenues.

Le présent sujet a pour objet de mener une réflexion sur l'ensemble des problèmes sus exposés. Les principaux aspects qui seront étudiés et approfondis sont liés aux difficultés juridiques et fiscales liés aux conventions réglementées et au rôle du commissaire aux comptes.

La problématique juridique est essentiellement liée à la précision de la notion de conventions réglementées, à l'impact du non - respect du formalisme prévu par la loi sur la validité de ces conventions.

Nous rappelons que la loi a distingué trois types de conventions :

- conventions libres ;
- conventions interdites ;
- conventions réglementées.

S'il est aisé d'identifier les conventions interdites car la loi les a nommément énuméré. Tout le problème réside dans la distinction entre les conventions libres et réglementées laquelle distinction repose sur des critères difficiles à cerner à savoir la nature de l'opération et les conditions de conclusion du contrat.

Par conséquent, dans notre méthodologie de qualification des conventions réglementées, nous avons classé les critères de jugement par ordre de facilité et d'exigences légales :

- personnes visées par la réglementation. A priori, l'identification de ces personnes n'est pas compliquée à faire à l'exception des cas d'interposition de personnes et d'intérêt indirect. Au cas où les parties à la convention ne seraient pas visées par la réglementation, il convient d'éliminer d'emblée la convention en question.
- appréciation du caractère conventionnel de l'acte. L'acte ne constituant pas une convention ayant une force obligatoire ne peut être concerné par la réglementation des conventions réglementées.
- appréciation du caractère courant de l'opération ;
- appréciation des conditions normales de conclusion du contrat : ces conditions peuvent englobées à la fois les conditions de conclusion du contrat et les termes du contrat.

La qualification d'une convention en convention réglementée engendre des conséquences qu'il convient de veiller à leur respect :

- application de la procédure prévue par la loi,
- intervention du commissaire aux comptes, le cas échéant.

Le législateur a désigné le commissaire aux comptes pour veiller au respect de cette procédure des conventions réglementées. Ceci dit qu'en cas d'existence de faits délictueux : au lieu de chercher le responsable direct on a tendance à chercher celui qui n'a pas révélé cette responsabilité.

Le manuel des normes marocaines d'audit contractuel et légal a déterminé les obligations du commissaire aux comptes à la lumière des dispositions légales.

Le commissaire aux comptes doit :

- Faire preuve d'une attention particulière lors des contrôles habituels pour relever l'existence des conventions réglementées ;
- Chercher des informations sur le contenu des conventions dont il a eu connaissance soit directement ou après avis des dirigeants.

Le commissaire aux comptes doit donc, dans le cadre de ses travaux, engager un ensemble de diligences en vue de recenser l'ensemble des contrats conclus par la société.

Même si le commissaire aux comptes n'a qu'une obligation de moyen en cas de litige, risque ou situation compromise, le commissaire aux comptes serait toujours appelé à justifier de ses diligences minimales dont l'importance et la complexité diffèrent selon le contexte de la mission : forme juridique de la société, taille, nature de l'activité, appartenance à un groupe, groupe national ou international,...

Le volume de travail requis du commissaire aux comptes et le temps nécessaires pour l'analyse de certaines clauses rendent parfois la mission impossible si on considère que les conventions réglementées peuvent représenter plus de deux tiers (2/3) du patrimoine contractuel de la société. Et surtout que, dans la pratique, le budget horaire et les honoraires ne tiennent pas toujours compte de l'ampleur des diligences à mettre en œuvre pour couvrir ce volet de la mission.

Après avoir développé la démarche de travail, nous allons présenter la méthode de documentation des travaux, de constitution du dossier de travail, de sa mise à jour et de sa conservation.

Finalement, une méthodologie pratique d'analyse juridique et fiscale des conventions réglementées sera proposée. Elle permettrait d'identifier les risques significatifs inhérents à chaque type de convention.

Les risques juridiques seront appréhendés aussi bien au niveau des dirigeants qu'au niveau de la personne morale. La possibilité de mise en cause de la responsabilité des dirigeants et des commissaires aux comptes, face au renforcement du dispositif pénal des affaires et des sanctions qui peuvent en découler, confèrent aux dispositions concernant les conventions réglementées une importance particulière et il convient de les respecter formellement.

Ces dispositions étant d'une application récente au Maroc et non encore enrichies par la doctrine et la jurisprudence, nous allons étayer notre développement par des cas tirés de la jurisprudence française, dont les règles sont cousines même si elles peuvent être non applicables de la même manière, afin de voir claire la portée et la position des juges en cas de litige.

Le risque pénal est devenu une préoccupation majeure des responsables d'entreprises et crée un sentiment d'insécurité chez nombre de dirigeants. Le sens moral et la bonne foi ne suffisent plus : la connaissance des textes et surtout une juste mesure des risques réels et des moyens d'y faire face sont donc aujourd'hui une exigence incontournable pour tout dirigeant d'entreprise.

Cerner le risque pénal de l'entreprise, en tant que personne morale, conduit également à chercher les réglementations pénalement sanctionnées ; outre les infractions du droit commun (escroc, abus de confiance, faux et usage de faux...) qui guettent parfois l'imprévoyant, elles touchent des domaines très divers entre autres :

- droit économique (atteinte à la libre concurrence...).
- poursuites du fisc et des organismes sociaux.

Nous essayerons de donner des éléments d'appréciation permettant de caractériser les délits à la lumière du droit marocain récent.

Quant à la problématique fiscale, elle est liée essentiellement à des principes généraux prévus par le droit fiscal national et /ou international (selon la nature du contrat) notamment :

- Notion de parties liées en droit fiscal
- Difficulté d'appréciation du caractère normal d'un acte de gestion
- Présomption de transfert indirect de bénéfices
- Les risques fiscaux inhérents à ces conventions au regard de la législation fiscale marocaine à savoir TVA, droits d'enregistrement et distribution occultes de bénéfices.

Par ailleurs, le respect de la procédure n'a aucun impact sur le sort fiscal de l'opération.

L'intégration de la variable fiscale dans cette étude est une nécessité de plus en plus affirmée vu les dispositions législatives et réglementaires de plus en plus nombreuses et complexes et leur coût fiscal important.

Afin de maîtriser le risque fiscal et d'organiser ses relations contractuelles, l'entreprise doit connaître les diverses sources de la règle de droit qui lui est applicable. D'où notre proposition d'étudier les aspects fiscaux spécifiques aux conventions réglementées. Ces conventions sont également considérées comme étant suspectes par le fisc qui les étudie à la loupe.

Le principe de la liberté de gestion et de la non immixtion de l'administration dans la gestion de l'entreprise interdit à l'administration de critiquer la décision de l'entreprise, mais il trouve sa limite dans la légalité de l'opération et dans le caractère anormal de l'acte de gestion.

En outre, les entreprises associées sont présumées constituer un marché captif, c'est à dire où la concurrence ne joue pas. Dans ce cadre, les prix pratiqués sont présumés ne pas être fixés par l'entreprise en fonction des critères objectifs mais il dépend de la volonté du groupe.

En revanche, le prix de transfert des biens reste le domaine où les difficultés d'application de l'article 35-II de la loi relative à l'IS (relatif au transfert de bénéfices à l'étranger) sont les plus nombreuses. D'ailleurs, la jurisprudence dans ce domaine, même dans les pays développés, est la plus restreinte.

Intentionnellement, ce travail n'a pas été basé sur un type de convention spécifique même si l'étude de chaque type de convention présente un intérêt particulier et cela pour deux raisons essentielles :

- nous pensons que les dispositions communes aux différentes conventions sont généralement plus nombreuses et importantes que les dispositions spécifiques à chacune d'elles.
- En second lieu, parce que le commissaire aux comptes est obligé d'étudier l'ensemble des conventions réglementées conclues par la société. il ne peut procéder par sondage ou sélectionner certaines conventions qu'il jugerait significatives.

PARTIE PRELIMINAIRE : PRESENTATION DU CADRE JURIDIQUE DES CONVENTIONS CONCLUES ENTRE LES SOCIETES COMMERCIALES ET LEURS DIRIGEANTS

INTRODUCTION

Le dirigeant est parfois amené à effectuer des opérations avec la société pour son compte personnel. Sa position privilégiée peut alors lui permettre de traiter au mieux de ses intérêts au détriment de la personne morale et ce, soit en imposant des conditions conventionnelles non équilibrées soit en exposant ladite société à des risques juridiques et fiscaux engendrés par ces conventions.

Toutefois, le législateur n'a pas fermé définitivement cette porte mais a laissé l'opportunité de contracter et de bénéficier des bienfaits de ces conventions par les deux parties.

Les relations dirigeant-société que la loi et la pratique connaissent sous le terme de «conventions» font l'objet d'une réglementation destinée à sauvegarder les intérêts de l'ensemble des associés. La réglementation est ajustée en fonction du risque lié aux conventions en cause ; certaines sont interdites d'autres libres et enfin d'autres soumises à une procédure d'autorisation et d'approbation ; des dispositions spécifiques régissent en outre les effets de ces conventions.

CHAPITRE 1 : LES CONVENTIONS INTERDITES

Certaines opérations confèrent, par leur nature même, un avantage au dirigeant. Par cette nature elles sont totalement interdites par la loi sans qu'il soit tenu compte du fait qu'elles portent ou non préjudice à la société. L'interdiction ne concerne que les personnes physiques et non pas les dirigeants personnes morales.

Aux termes de l'article 62 de la loi sur 17-95 (sociétés anonymes à conseil d'administration) « à peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de se faire avaliser par elle leurs engagement envers les tiers.

....

La même interdiction s'applique aux directeurs généraux et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs. Elle s'applique également aux conjoints et aux parents et alliés jusqu'au deuxième degré inclus des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée. »

Des dispositions identiques s'appliquent :

- aux sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance (art. 100)
- aux sociétés anonymes simplifiées (art. 434)
- aux sociétés à responsabilité limitée (art. 66)
- aux sociétés en commandites par actions (art. 38)

Section 1 : Personnes visées par l'interdiction

1 – Liste des personnes visées par l'interdiction

Il s'agit **uniquement** des personnes physiques suivantes :

Dans la société anonyme :

- les administrateurs, les membres du conseil de surveillance ;
- les directeurs généraux, les membres du directoire ;
- les représentants permanents des personnes morales administrateurs ou membres du conseil de surveillance ;
- les conjoints, parents et alliés jusqu'au deuxième degré inclus des personnes visées ci-dessus ;
- toute personne interposée.

Dans la société en commandite par actions :

- les gérants ;
- les représentants permanents des personnes morales ;
- les conjoints, parents et alliés jusqu'au deuxième degré inclus des personnes visées ci-dessus ;

- toute personne interposée.

Dans la SARL :

- les associés ;
- les gérants ;
- les représentants permanents des personnes morales associées ;
- les conjoints, parents et alliés jusqu'au deuxième degré inclus des personnes visées ci-dessus ;
- toute personne interposée.

2 - Commentaire

La loi a interdit de manière absolue aux dirigeants et aux autres personnes physiques, qu'elle a limitativement citées, de souscrire des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou sous toute autre forme ou de se faire avaliser ou cautionner par la société dans leurs engagements envers les tiers.

Cette interdiction ne s'applique pas lorsque les personnes énumérées ci-dessus sont des personnes morales. Auquel cas, ces conventions deviennent des conventions réglementées soumises à la procédure d'approbation et d'autorisation prévue par la loi.

Par ailleurs, les parents et alliés envisagés par ces articles englobent les ascendants, les descendants et les frères. Cette précision est apportée car le texte marocain paraît plus général et plus large que le texte français. Ce dernier texte n'a prévu, en plus des conjoints, que les ascendants et les descendants ; les frères n'étaient donc pas visés par l'interdiction sauf à opposer le cas d'interposition de personnes.

La loi a retenu le cas d'interposition de personnes et a exclu le critère d'intérêt indirect pour qualifier les conventions interdites. L'intérêt indirect a été en revanche pris en considération pour le cas des conventions réglementées. Ces deux notions méritent d'être amplement clarifier, chose que nous ferons ci loin.

Section 2 : Les opérations visées par l'interdiction

Les opérations interdites par la loi sont : les prêts, les découverts en compte courant ou autrement, les avals des engagements envers les tiers.

L'étendue et la portée de ces opérations visées par l'interdiction n'ont pas été précisées par la loi ; peut-on par conséquent adopter une interprétation extensive de ces opérations.

1 - Les prêts

Cette notion couvre les prêts au sens stricte du terme quelque soit la période de son remboursement, et également les opérations telles que :

- souscription par la société de billets établis par le dirigeant, d'obligations ou de bons de caisse,

- prêts de titres susceptibles d'être nantis en faveur du dirigeant et qui correspondent, en fait, à des prêts déguisés.

Certains auteurs ont présentés une interprétation extensive de l'interdiction légale, considérant que sont prohibés tous types de prêts, même s'ils n'ont pas un caractère financier (prêts de consommation, prêt à usage). Il semble qu'une telle interprétation soit un peu exagérée néanmoins il convient d'en tenir compte lorsque l'opération désavantagerait la société.

2 - Le découvert

Le découvert peut apparaître sous forme de compte courant débiteur, de facilité de caisse, de paiement par la société des dettes du dirigeant ou même de simples avances à caractère temporaire.

La convention du compte courant n'est pas prohibée, seul le compte courant débiteur est interdit. Toutefois, le solde débiteur d'un compte courant résultant d'opérations commerciales normales ne saurait être concerné par l'interdiction légale, sous réserve du cas de fraude. Le commissaire aux comptes devrait donc être vigilant devant un tel compte courant commercial pour vérifier qu'il ne s'agit pas d'un compte financier déguisé.

Eu égard de l'interdiction, il n'est fait par ailleurs aucune distinction selon que l'opération de prêts ou de découvert résulte d'un contrat écrit ou d'une simple tolérance de fait.

3 - Les cautions et avals des engagements personnels

L'engagement de caution ou cautionnement peut être défini comme étant un contrat par lequel un tiers dénommé caution se soumet, envers le créancier d'une obligation, à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

Les dispositions légales interdisent aux dirigeants de se faire avaliser ou cautionner par la société dans leurs engagements envers les tiers. En effet, par souci de protection des biens de la société, le législateur a voulu éviter que des prêts ne soient ainsi réalisés ultérieurement de manière indirecte.

L'interdiction ne se limite pas uniquement aux cautions et avals mais s'étend à toute autre garantie réelle. Sont ainsi interdites les cautions personnelles, les cautions réelles (hypothèque, gage, nantissement), qu'elles soient immobilières, mobilières et les garanties de toute nature. Il faut par ailleurs souligner que la même interdiction doit trouver à s'appliquer dans le cas où le dirigeant souscrit un emprunt solidairement avec la société.

4 - Les exceptions légales

La principale exception légale est prévue en faveur des administrateurs personnes morales. En effet, dans les groupes, les filiales peuvent consentir des avances ou des avals à la société mère qui occupe le poste d'administrateur : ceci pourrait faciliter, par exemple et sous réserve du respect des dispositions de la loi bancaire, la gestion de la trésorerie au sein d'un groupe. La convention doit, en revanche, être soumise à la procédure d'autorisation des conventions réglementées.

De même, une autre exception est prévue par la loi, lorsque la société exploite un établissement bancaire ou financier, pour les opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales.

La loi marocaine n'a pas prévu, comparativement à la loi française, une pareille exception en faveur des emprunts hypothécaires ou des avances sur contrats accordés aux dirigeants lorsque la société exerce une activité d'assurances.

A notre avis cette tolérance aurait dû être retenue par la loi du moment que l'activité de la société ne rend pas suspectes de telles opérations et qu'il s'agirait de mettre le dirigeant dans la même situation que celle d'un client avec lequel seraient traitées les mêmes opérations. D'autant plus que des dispositions légales considèrent les opérations courantes et conclues à des conditions normales comme étant des conventions libres.

Section 3 : La portée de l'interdiction

Il n'est pas tenu compte des conséquences éventuellement favorables qui pourraient résulter d'une opération visée par l'interdiction : l'avantage financier retiré par la société dans le cadre d'un emprunt consenti à un taux d'intérêt supérieur au taux du marché n'est pas de nature à faire échec à l'interdiction légale.

Peut-on avancer que les dispositions de la loi s'opposent même à l'attribution de prêt qui serait prévu par d'autres textes légaux, éventuellement le cas des prêts pour construction de logements prévus par la loi fiscale et octroyés au personnel salarié. En effet un administrateur salarié peut-il bénéficier librement de l'octroi de ces prêts et ce, pour éviter que l'intéressé ne soit pénalisé ?

En France, l'article 106 (l'équivalent de l'article 62 de la loi 17-95) a été complété par l'ordonnance du 21 octobre 1986 pour préciser que l'interdiction ne s'applique pas aux prêts consentis par la société aux administrateurs élus par les salariés en application des dispositions du code de la construction et de l'habitation (l'article L.313-1).

Toutefois, au Maroc et en l'absence de toute disposition dérogatoire, tout type de prêt constituerait une convention interdite.

Section 4 : Sanctions

1 - Nullité absolue des conventions interdites

La sanction, quelle que soit la forme de la société (SA ou SARL), est la nullité de la convention.

Cette sanction résulte du double objectif de l'interdiction :

- d'abord, protéger les intérêts des actionnaires et des créanciers de la sociétés dont les biens constituent le gage général de leurs créances et ensuite,
- moraliser l'administration des sociétés par l'interdiction de pratiques risquant de nuire au crédit de celle-ci et aux rapports commerciaux.

La nullité est d'ordre public et absolu ; elle s'applique de plein droit et ne peut être couverte par une confirmation ultérieure. Elle peut être invoquée par tout intéressé : associés ou tiers notamment les créanciers sociaux qui justifient d'un intérêt légitime.

D'après l'article 345 de la loi 17-95 applicable également aux SARL, l'action en nullité se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue. La société peut opposer cette nullité aux tiers sauf s'ils sont de bonne foi.

En matière de prescription, la jurisprudence française précise que l'action en nullité ne peut bénéficier de la prescription abrégée (de trois ans). D'après la chambre de cassation, la prescription est trentenaire (Cassation Chambre mixte, 10 juillet 1981 : Revue des Sociétés 1982, p.84, notes Ch. Mouly). Cette position a été motivée par le fait que la prescription abrégée ne peut s'appliquer qu'aux nullités des actes susceptibles de régularisation et non aux actes formellement interdits.

2 - Responsabilité du dirigeant

2.1- Responsabilité civile

En concluant des conventions interdites, le dirigeant engage sa responsabilité civile puisqu'il a accompli l'acte à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et qu'il a pu causer, par le fait de son acte, un préjudice à autrui.

La mise en jeu de la responsabilité civile :

- Oblige de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de la convention (s'il s'agit d'un prêt, le bénéficiaire devra le restituer à la société), et
- prévoit, le cas échéant, le versement des dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi par la victime.

D'après l'article 355 de la loi 17-95, l'action en responsabilité contre les dirigeants se prescrit par cinq ans à compter du fait dommageable ou de sa révélation s'il a été dissimulé. Toutefois, lorsque le fait est qualifié de crime, l'action se prescrit par vingt ans.

Les mêmes dispositions sont prévues par l'article 68 de la loi 5-96 à l'encontre des gérants des SARL.

2.2 - Responsabilité pénale

Il n'existe pas de sanctions pénales spécifiques. Mais la conclusion d'une convention interdite peut être, dans certains cas, assimilée à un détournement de fonds constitutif du délit d'abus de biens sociaux ou de crédit de la société ou d'abus de pouvoir, au cas où les trois conditions suivantes seraient réunies (selon les termes des articles : 384 de la loi 17-95 pour les dirigeants des SA et 107 de la loi 5-96 pour les gérants des SARL) :

- Usage des biens ou des crédits de la société contraire à ses intérêts économiques,
- l'acte est accompli à des fins personnelles, ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle le dirigeant social a un intérêt personnel, direct ou indirect,
- la mauvaise foi du dirigeant.

CHAPITRE 2 : CONVENTIONS LIBRES

Si des opérations sont expressément interdites par la loi, d'autres, en revanche, ne sont soumises à aucune procédure de contrôle et peuvent être réalisées sans l'intervention des organes sociaux : on parle alors de conventions libres prévues, en ce qui concerne les sociétés anonymes à conseil d'administration, par l'article 57 de la loi sur 17-95 « *les dispositions de l'article 56 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.* »

Des dispositions identiques s'appliquent :

- aux sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance (art. 96)
- aux sociétés anonymes simplifiées (art. 433)
- aux sociétés à responsabilité limitée (art. 65)
- aux sociétés en commandites par actions (art. 38)

Pour être considérées comme des opérations libres et donc exclues du champ d'application des conventions réglementées, ces conventions doivent satisfaire à la double condition :

- de porter sur des opérations courantes ; et
- d'être conclues à des conditions normales.

Vu l'importance de ces deux notions, nous proposons de les étudier en détail plus loin dans le cadre de l'étude des critères de qualification des conventions réglementées. En effet, ces deux critères sont primordiaux pour qualifier une convention, conclue entre des personnes visées par la réglementation, d'être soit une convention réglementée, soit une convention libre.

CHAPITRE 3 : LES CONVENTIONS REGLEMENTEES

Section 1 : Sociétés soumises à la réglementation

L'article 56 de la loi sur 17-95 (sociétés anonymes à conseil d'administration) énonce que :
« *Toute convention intervenant entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration.*

Il est en de même des conventions auxquelles un administrateur ou directeur général est indirectement intéressé ou dans lesquelles il traite avec la société par personne interposée.

Sont également soumises à autorisation préalable du conseil d'administration, les conventions intervenant entre une société anonyme et une entreprise, si l'un des administrateurs ou directeurs généraux de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur ou directeur général de l'entreprise ou membre de son directoire ou de son conseil de surveillance. »

Il existe des dispositions similaires concernant les autres types de sociétés :

- sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance (art. 95)
- sociétés anonymes simplifiées (art. 433)
- sociétés à responsabilité limitée (art. 64)
- sociétés en commandites par actions (art. 38)

La procédure des conventions réglementées ressort ainsi des règles de fond de certains types de sociétés. Elle ne s'applique donc qu'aux entités pour lesquelles une réglementation spécifique existe notamment celles citées ci-dessus.

Toute société ou organisme, dont la réglementation ne prévoit pas des dispositions réglant, soit directement soit par assimilation, l'approbation des conventions, se situe hors du champ d'application des conventions réglementées . Il en est ainsi des entités suivantes :

- sociétés en nom collectif,
- sociétés en commandite simple,
- groupements d'intérêt économique,
- associations,
- fondations,...

Toutefois, même en l'absence de texte légal ou réglementaire, ces entités peuvent entrer dans le champ d'application des conventions réglementées par l'insertion dans leurs statuts des dispositions particulières généralement similaires à celles déjà prévues par la loi.

Section 2 : Personnes visées par la réglementation

Dans la pratique, un avantage ne peut être consenti à un actionnaire que si celui-ci intervient à un double titre dans la convention, d'une part pour son compte, et d'autre part au nom et pour le compte de la société. C'est sur cette seule notion que repose la réglementation des

conventions dans le cadre des sociétés anonymes. Ainsi, les dirigeants sont seuls concernés par le dispositif des conventions.

Cette solution est également applicable aux SARL. Mais dans ce type de société, et contrairement à la société anonyme, la notion de convention a été étendue aux opérations effectuées avec un simple associé. Cette extension est discutable dans les transactions intéressant un simple associé car la société est quasiment représentée par son gérant, capable de faire respecter les droits de la personne morale.

Au-delà du dirigeant lui-même, tous types confondus, et des associés dans les SARL, la procédure des conventions réglementées vise également des personnes physiques ou des sociétés dans lesquelles le dirigeant est lui-même intéressé.

Les conventions soumises à la procédure d'approbation sont celles qui sont conclues entre d'une part l'entité et d'autre part une ou plusieurs personnes physiques ou morales, précisées ci-après.

1 - Personnes physiques

Les personnes physiques concernées sont limitativement listées par la loi :

Dans la société anonyme :

- les administrateurs, les directeurs généraux ;
- les membres du directoire, les membres du conseil de surveillance ;
- les représentants permanents des personnes morales administrateurs ou membres du conseil de surveillance.

Dans la société en commandite par actions :

- les gérants ;
- les membres du conseil de surveillance.

Dans la SARL :

- les gérants ;
- les associés.

2 - Personnes morales

Les conventions conclues par une société anonyme ou une société en commandite par actions avec une entreprise sont soumises à la procédure d'approbation si un dirigeant social de ces sociétés a l'une des qualités suivantes dans l'entreprise cocontractante :

- propriétaire,
- associé indéfiniment responsable,
- gérant,
- administrateur ou directeur général de l'entreprise ou membre de son directoire ou de son conseil de surveillance.

De même, les conventions conclues par une SARL avec une société sont soumises à la procédure d'approbation si un gérant ou un associé occupe une des situations suivantes dans la **société** cocontractante :

- associé indéfiniment responsable,
- gérant,
- administrateur ou directeur général de la société ou membre de son directoire ou de son conseil de surveillance.

Nous remarquons que pour les SARL, l'article 64 de la loi 5-96 a retenu le terme de 'société' au lieu et place du terme 'entreprise'. D'où une exclusion légale des entreprises individuelles et par conséquent exclusion de toute indication du propriétaire parmi les co-contractants.

Parmi les personnes visées par la réglementation figurent un ensemble de personnes et de notions qui méritent d'être clarifiés notamment :

- le dirigeant : quelle catégorie de dirigeant, un dirigeant de fait peut-il être obligé de respecter la procédure applicables aux conventions réglementées, quant est-ce que la qualité du dirigeant devrait être appréciée, les conventions conclues avant la nomination du dirigeant et renouvelée au cours de son mandat doivent-elles être soumises à cette procédure des conventions réglementées ...
- propriétaire
- notion d'entreprise
- intérêt indirect
- interposition de personnes.

Section 3 : Opérations visées par la réglementation

La réglementation s'applique à toute convention quelle que soit sa nature ou son objet et quelle que soit sa forme écrite, verbale ou une situation de fait. Par convention, il faut entendre tout accord de volonté créant, modifiant ou éteignant un rapport de droit.

Le champ de la procédure est donc extrêmement vaste et s'applique, par exemple, à la vente, au bail, au prêt (hors le cas des conventions interdites), à la prestation de services quelle qu'en soit la nature ou la portée. L'affirmation du principe n'aboutit guère à des solutions simples dès l'instant que la loi a prévu des exceptions :

- conventions librement conclues portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ;
- conventions interdites.

Section 4 : Procédure d'autorisation et d'approbation des conventions réglementées

Les conventions réglementées sont soumises à une procédure d'inspiration identique dans les différentes formes de sociétés. Mais les modalités d'application sont différentes et tiennent compte de l'organisation propre à chaque forme juridique.

1 – Dans les sociétés anonymes

Dans les sociétés anonymes, tous les organes sociaux interviennent successivement dans la procédure d'approbation d'une convention réglementée : le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, le commissaire aux comptes et l'assemblée générale.

Le dispositif prévu par la loi est particulièrement contraignant. Il comporte cinq étapes :

- l'administrateur ou le directeur général concerné doit informer le conseil d'administration ; il lui revient d'apprécier si la convention nécessite une autorisation de celui-ci ;
- le conseil d'administration statue sur la demande d'autorisation sans que l'administrateur concerné, ou le directeur général intéressé s'il est également administrateur puisse prendre part au vote, à peine de nullité de la convention ;
- le président du conseil d'administration doit aviser le ou les commissaire(s) aux comptes des conventions autorisées dans le délai d'un mois ou dans le mois suivant la clôture de l'exercice si la convention a déjà été approuvée et son exécution s'est poursuivie ;
- le ou les commissaire(s) aux comptes présentent à l'assemblée générale un rapport spécial sur les conventions autorisées par le conseil d'administration. Ce rapport énumère les conventions, indique le nom des administrateurs et des directeurs généraux intéressés, la nature, l'objet et les principales modalités de ces conventions. ;
- l'assemblée générale statue sur le rapport spécial du ou des commissaires aux comptes. l'administrateur intéressé ne peut prendre part au vote et ses parts ne sont pas pris en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Nous allons étudier en détail, dans la première partie, les différentes étapes de la procédure d'autorisation et d'approbation des conventions réglementées dans les SA notamment en ce qui concerne les organes compétents à intervenir et les modalités d'application des prescriptions légales.

2 – Dans les sociétés à responsabilité limitée

La réglementation des conventions dans les SARL est fondée sur des conceptions similaires à celles évoquées pour les SA malgré certaines différences et particularités qu'il convient de souligner. Le formalisme se trouve plus allégé.

La procédure concerne tous les associés et non seulement les gérants. Mais, on peut relever que le contrôle des associés est en général effectué a posteriori.

2.1 - La procédure préalable à l'assemblée générale

2.1.1 La procédure en l'absence de commissaire aux comptes

L'article 64 premier alinéa prévoit que le gérant doit établir un rapport spécial sur les conventions réglementées. Ce rapport est distinct du rapport de gestion. Il est soumis aux mêmes conditions que celles prévues pour le rapport spécial préparé par le commissaire aux comptes dans les sociétés anonymes.

Le rapport doit contenir :

- l'énumération des conventions soumises à l'approbation de l'assemblée des associés ;
- le nom des gérants ou associés intéressés ;
- la nature et l'objet desdites conventions ;
- les modalités essentielles de ces conventions, et notamment l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes et commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés, des sûretés conférées ;
- toute indication permettant aux associés d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées ;
- l'importance des fournitures livrées ou des prestations de services fournies ainsi que le montant des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice en exécution des conventions antérieures.

2.1.2 La procédure en présence d'un commissaire aux comptes

Dans ce cas, le gérant doit aviser le commissaire aux comptes de l'existence de ces conventions. Les délais ne sont pas prévus expressément par le texte de loi sur la SARL. Mais par extrapolation des dispositions prévues pour les sociétés anonymes, cet avis devrait être notifié dans le mois de la conclusion d'une convention ou dans le mois suivant la clôture de l'exercice si la convention a déjà été approuvée et son exécution s'est poursuivie.

Le commissaire aux comptes établit le rapport spécial dans les mêmes conditions prévues pour le rapport rédigé par le gérant en l'absence du commissaire aux comptes.

2.1.3 Communication du rapport

Aucune disposition particulière n'impose d'adresser le rapport spécial aux associés comme cela est prévu pour le rapport général. Une seule exception concerne l'approbation des conventions soumises aux associés dans le cadre d'une consultation écrite, dans ce cas le rapport est joint aux documents communiqués aux associés pour leur permettre de s'entourer de maximum d'information nécessaire à la prise de décision.

2.2 - L'intervention de l'assemblée générale

Les conventions sont soumises aux associés réunis en assemblée générale ordinaire. Mais toute autre assemblée peut statuer. Il est, même, possible de procéder à une consultation écrite hors de l'assemblée générale annuelle.

Comme pour les SA, les associés d'une SARL se prononcent a posteriori sur les conventions mais par contre aucune autorisation préalable ne doit être donnée avant que l'engagement ne soit contracté par le dirigeant.

Toutefois, lorsqu'une convention intéresse un gérant non associé, et s'il n'existe pas de commissaire aux comptes, l'assemblée doit se prononcer par une décision préalable.

Les dispositions légales prévues en matière de délibération et de vote de l'assemblée générale pour les SA sont applicables aux SARL.

Ainsi, l'intéressé ne peut prendre part au vote et ses parts ne sont pas pris en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

En cas d'approbation impossible, notamment lorsque tous les associés seraient intéressés à la conclusion de la convention ; dans ce cas « la solution consiste à faire prendre acte par l'assemblée de l'opération en précisant que celle-ci est dans l'impossibilité de statuer sur ladite convention. En tout état de cause, la convention produira ses effets ». (Bull. CNCC n°55, septembre 1984, p. 362 et 363). Une telle décision est de pure forme. Il ne s'agit alors que d'une formalité destinée à démontrer que le gérant ne s'est pas soustrait à ses obligations qui lui incombent dans le cadre du respect des dispositions légales.

3 – Dans les SARL à associé unique

L'article 64 alinéa 3 prévoit que lorsque la société ne comprend qu'un seul associé et que la convention est conclue avec celui-ci, il en est seulement fait mention dans le registre des délibérations.

Section 5 : Les effets des conventions réglementées

Le respect de la procédure présente certains avantages pour les parties concernées. A l'inverse, le non respect d'autorisation entraîne pour celles-ci diverses pénalités ou sanctions.

1 - Les effets en cas de respect de la procédure

La procédure mise en place a essentiellement pour effet de préserver les intérêts de la société et de chacun des associés qui ne sont pas parties à l'opération. Elle donne également l'assurance au dirigeant de ne pas voir remise en cause l'opération à laquelle il est intéressé.

1.1 - Les sociétés anonymes

1.1.1 - Le principe : la validité de l'opération

Les conventions approuvées, sous réserve du cas de fraude, produisent tous leurs effets même si elles ont des conséquences préjudiciables pour la société. Ces conséquences préjudiciables ne peuvent être mises à la charge des dirigeants intéressés (art.60 dernier alinéa de la loi 17-95).

1.1.2 - L'exception : la remise en cas de fraude

Le principe général de la validité d'une convention disparaît lorsque la procédure est entachée de fraude et ce, en application du principe de droit commun « *fraus omnia corrumpit* ». Si la fraude était constatée et prouvée, ces conventions pourraient être annulées.

L'appréciation de la fraude ressort des règles générales du droit civil qui comportent mauvaise foi et intention de nuire. Ainsi peut-on faire référence à la notion de tromperie résultant de la présentation d'éléments inexacts voire falsifiés, à des affirmations mensongères, à l'utilisation d'un complice comme personne interposée,...

Plus qu'une simple omission, la fraude consiste en un acte positif ou une manœuvre destinée à tromper l'assemblée générale. Elle peut intervenir :

- lors de la conclusion de la convention,
- dans le déroulement de la procédure d'autorisation du conseil ou d'approbation de l'assemblée générale.

La remise en cause pour fraude ne peut résulter que d'une action judiciaire. C'est à la partie lésée qu'il revient d'introduire cette action : le plus souvent l'initiative revient à la société ; mais cette action peut être également engagée par un ou plusieurs actionnaires.

L'existence d'une fraude peut également engager la responsabilité du dirigeant à l'origine des manœuvres.

1.2 - Les sociétés à responsabilité limitée

Les dispositions légales relatives aux SARL (article 64 alinéa 4 de la loi 5-96), ne visent pas le cas d'une approbation régulière par l'assemblée générale, mais seulement le cas des conventions non approuvées.

Il convient alors d'étendre l'application des mêmes principes que ceux retenus pour les SA : validité de l'opération, même si celle-ci se révèle préjudiciable à la société ultérieurement, et possibilité d'annulation judiciaire en cas de fraude.

2 - Les effets en cas de non respect de la procédure dans les sociétés anonymes

Le dispositif prévu par la loi comporte plusieurs étapes, et le non-respect des formalités peut être total ou partiel. Le législateur a attaché une importance particulière à l'autorisation préalable : l'absence de cette formalité peut entraîner la nullité. Le défaut d'accomplissement des autres obligations n'entraîne pas, en revanche, d'effets aussi graves.

2.1 - Défaut d'autorisation préalable

Le défaut d'autorisation préalable du conseil peut résulter de diverses situations :

- Absence de demande d'autorisation ;
- Autorisation accordée postérieurement ;
- Autorisation préalable irrégulière ;
- Autorisation non jugée nécessaire par le conseil ;
- Refus d'autorisation ;
- Autorisation impossible.

2.1.1 - Différents cas de défaut d'autorisation préalable

- Absence de demande d'autorisation

Lorsqu'une convention est conclue sans être présentée au conseil.

- Autorisation accordée postérieurement

Toute autorisation accordée postérieurement à la conclusion de la convention doit être considérée comme une absence d'autorisation.

- Autorisation préalable irrégulière

C'est au cas où un ou plusieurs administrateurs intéressés ont participé au vote. Cette autorisation irrégulière vaut absence d'autorisation.

- Autorisation non jugée nécessaire par le conseil

L'irrégularité de l'autorisation pourrait également résulter d'une décision du conseil estimant qu'il s'agit d'une convention libre. D'après la CNCC, dans tous les cas, c'est au commissaire aux comptes de se faire justifier les conditions de la convention et d'apprécier s'il se trouve en face d'une convention courante et conclue à des conditions normales.

Si le commissaire aux comptes estimerait que la convention n'est pas libre, il se trouverait dans le cas d'absence d'autorisation.

- Refus d'autorisation par le conseil

Si le conseil refuse son autorisation, la convention projetée ne peut recevoir application.

Certains auteurs considèrent même que le refus d'autorisation préalable est absolu et définitif. L'assemblée générale ne peut intervenir et substituer son autorisation à celle du conseil ; ce serait négliger la hiérarchie des organes sociaux, empiéter sur les compétences formellement attribuées par la loi au conseil et fausser le jeu de la responsabilité prévu par la loi. Cette opinion paraît difficile à partager car d'une part, elle n'est justifiée par aucune disposition de texte. D'autre part, elle peut entraîner un détournement de procédure très simple. Ainsi, tout dirigeant qu'aurait quelque doute sur la possibilité d'obtenir l'autorisation du conseil, mais il se sentirait soutenu par une majorité à l'assemblée générale, pourrait se contenter de la ratification a posteriori par l'assemblée générale. Il semble donc possible d'admettre que le refus du conseil ne constitue qu'une obligation de surseoir à l'exécution, et que le dirigeant concerné dispose d'un recours devant l'assemblée générale.

- Autorisation impossible.

L'impossibilité de prendre part au vote peut, dans certains cas, réduire le nombre des participants à la décision. Il semble que l'on puisse considérer qu'une convention peut être régulièrement approuvée même si une seule personne est en mesure de voter.

Mais, le conseil peut dans certains cas se trouver dans l'impossibilité de statuer valablement si tout les administrateurs sont concernés ou lorsqu'une convention est conclue entre deux sociétés ayant les mêmes dirigeants communs.

Pour parer à une telle situation, il d'usage dans la pratique de constater l'impossibilité de procéder à un vote régulier et d'en donner avis au commissaire aux comptes. Le commissaire aux comptes mentionne alors dans son rapport les motifs d'absence d'autorisation préalable. Et la nullité de la convention pourrait alors être couverte par une décision de l'assemblée générale.

2.1.2 - Sanctions pour défaut d'autorisation préalable

a - la nullité de la convention

L'article 61 dispose que « *Sans préjudice de la responsabilité de l'administrateur ou directeur général intéressé, les conventions visées à l'article 56 et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société.* »

La nullité d'une opération est la sanction la plus grave. En effet, les conventions conclues sans autorisation préalable du conseil, avec défaut de consultation ou refus d'autorisation peuvent être annulées mais seulement si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société. Cette position peut se présenter même en l'absence d'intention frauduleuse.

La convention non autorisée n'est pas nulle de plein droit ; elle peut être annulable c'est à dire que c'est au tribunal saisi de l'action en nullité de décider s'il y a lieu de la prononcer. Ce qui constitue une garantie que la sanction ne sera prononcée que pour des motifs valables.

Cette nullité n'est que facultative, il ne s'agit pas d'une nullité pour vice de forme comme celle qui frappe les conventions interdites. La nullité pour vice de forme est d'ordre public : le juge est tenu de la prononcer, et même de la soulever d'office au cours de la procédure.

Le fondement de cette nullité est original : non seulement cette sanction semble se situer plutôt au stade de l'exécution qu'à celui de la formation de la convention mais surtout l'idée d'un préjudice infligé à la société par la conclusion d'un contrat non autorisé où les prestations stricto sensu sont déséquilibrées.

Ce préjudice englobe toute incidence néfaste, de quelque nature qu'elle soit, directe ou indirecte, appréciée au jour où le tribunal statue sur la demande.

Cette nullité est appréciée en termes de responsabilité, elle a donc pour finalité de supprimer le dommage né de l'existence ou de l'exécution de la convention non autorisée ; « ceci explique sans doute que les magistrats paraissent plus à l'aise pour condamner à réparation que pour prononcer une nullité » (Bull. Joly 1997. 311 § 124, note J.-J. Daigre).

b - l'action en nullité

La convention ne peut être annulée qu'en cas de dommage subi par la société ; la preuve du préjudice doit être apportée devant le tribunal.

D'après l'article 61, *L'action en nullité se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention. Toutefois, si la convention a été dissimulée, le point de départ du délai de la prescription est reporté au jour où elle a été révélée.*

L'action en annulation peut être introduite par la société ou par un actionnaire ou groupe d'actionnaires qui ont intérêt à voir prononcer cette sanction. Le dirigeant concerné ne peut, quant à lui, se prévaloir du défaut d'autorisation pour obtenir la nullité et se soustraire à ses engagements.

c - Prescription de l'action en nullité

L'action en nullité doit être intentée dans un délai de trois ans à compter de la date de la convention ou du jour de sa révélation si elle a été dissimulée.

Dans le même esprit, la prescription ne court pas tant que la convention discutée et son contenu n'ont pas été révélés à l'assemblée générale, la simple connaissance qu'en avaient individuellement les actionnaires, les administrateurs ou les dirigeants étant indifférente.

Elle a également jugé que le fait que l'assemblée générale avait « pris actes des conventions conclues au cours des exercices antérieurs dont l'exécution s'est poursuivie durant l'exercice ne saurait constituer une résolution habile pour couvrir la nullité ».

La jurisprudence française considère que ce délai de prescription est un véritable délai de prescription, susceptible d'interruption et de suspension.

L'écoulement du délai de prescription ne laisse pas la société dénuée de toute possibilité de refuser l'exécution de la convention contestée.

Si le dirigeant introduit en justice une action en exécution, la société peut opposer l'exception de nullité qui n'est soumise à aucune prescription. Cette faculté est cependant subordonnée à plusieurs conditions :

- La convention ne doit avoir fait l'objet d'un commencement d'exécution avec l'autorisation de l'organe social qui est compétent pour ratifier le contrat ;
- La convention ne doit avoir été portée à la connaissance des organes sociaux ;
- L'assemblée générale ne doit pas s'être prononcée pour couvrir la nullité.

d - Les effets de la nullité

Lorsque la nullité est prononcée par le juge, la convention est réputée n'avoir jamais existé. Par conséquent, la société n'est pas tenue d'exécuter l'engagement qu'elle a souscrit. Il doit être procédé à une restitution, si l'opération a déjà donné lieu à exécution.

Deux limites sont cependant apportées à la rétroactivité :

- lorsque les prestations fournies ne sont pas susceptibles à restitution (bail par exemple), les tribunaux allouent des indemnités à titre de compensation.
- En cas de bonne foi, le dirigeant peut, dans un contrat de vente, se prévaloir des dispositions de droit commun lui permettant de garder les revenus acquis avant la restitution.

e - La couverture de la nullité

Le défaut d'autorisation préalable de la convention peut faire l'objet d'une régularisation par un vote de l'assemblée générale tel que prévu par l'article 61 alinéa 3 « *La nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial du ou des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie. Les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 58 sont applicables* ».

Cette procédure vise à couvrir l'irrégularité. Elle peut également être mise en jeu lorsque le conseil est dans l'impossibilité de statuer au cas où tous ses membres seraient intéressés. Le conseil ne peut couvrir lui même la nullité ni par une ratification ultérieure ni par l'exécution.

L'article 61 alinéa 3 donne pouvoir à l'assemblée générale de couvrir la nullité découlant du non-respect de la procédure d'autorisation par le conseil d'administration. Cette faculté est dévolue à l'assemblée générale afin de dénoncer des situations de blocage préjudiciables aux intérêts de la société.

La procédure de régularisation comporte deux phases :

- l'intervention du commissaire aux comptes qui présente un rapport spécial dans lequel il présente l'ensemble des mentions nécessaires pour informer les actionnaires, les éléments leur permettant d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées et surtout le commissaire aux comptes doit exposer les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie.
- Après lecture du rapport spécial, l'assemblée générale se prononce selon les modalités prévues pour les conventions régulièrement autorisées par le conseil ; l'intéressé ne prend pas part au vote et ses actions ne sont pas prises pour le calcul du quorum et de la majorité.

En conclusion, le seul procédé permettant de couvrir la nullité d'une convention intervenant entre une société et l'un de ses administrateurs est le vote de l'assemblée générale des actionnaires qui statue sur rapport spécial du commissaire aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure n'a pas été suivie.

Se trouvent ainsi écartés tous autres procédés de couverture et, notamment, celui consistant en l'exécution ostensible de la convention par les parties, ou en l'approbation des comptes où figuraient les redevances prévues par la convention litigieuse (confirmation 'tacite'). La simple approbation des comptes annuels par l'assemblée générale, sur le seul rapport général du commissaire aux comptes, ne satisfait pas aux conditions de couverture de la nullité des conventions réglementées, quand bien même les documents comptables feraient apparaître l'incidence de l'exécution de la convention, et quand bien même l'expiration du délai de prescription rendrait irrépétibles les prestations déjà effectuées.

Le défaut de couverture de la nullité, dans les conditions sus indiquées, rend annulable pendant la durée de la prescription l'acte non autorisé. A supposer que le délai de prescription soit expiré (ce paraît exiger que la convention a été révélée à l'assemblée générale), le défaut de couverture de la nullité par un vote de l'assemblée générale statuant sur le rapport spécial du commissaire aux comptes rendrait encore l'acte inefficace car l'exception de nullité, invocable perpétuellement, neutralise l'obligation dont l'exécution est demandée.

f - l'action en nullité sous forme d'exception

La sanction du défaut d'autorisation pourrait être invoquée aux mêmes conditions non seulement pendant la durée de prescription de l'action en nullité, mais encore perpétuellement, sous forme d'exception, tout au moins semble-t-il, s'il peut être fait état des conséquences dommageables pour la société.

Entre les parties, l'exception de nullité opère comme une résiliation et neutralise l'acte pour l'avenir. Seule une confirmation respectueuse de la procédure de couverture de la nullité permettrait encore de sauver la convention litigieuse.

2.2 - Le non respect des autres obligations :

Seule l'absence d'autorisation préalable du conseil d'administration peut entraîner la nullité. Les autres irrégularités, absence d'avis aux commissaires aux comptes, défaut de rapport spécial, non approbation par l'assemblée, ne peuvent être sanctionnées que par l'obligation pour les administrateurs de supporter les conséquences préjudiciables que peut avoir cette convention pour la société.

2.2.1 - Absence du rapport du commissaire aux comptes

La loi ne prévoit aucune sanction spécifique en cas de défaut du rapport spécial du commissaire aux comptes à l'assemblée générale. Il convient sur ce point de se référer aux prescriptions générales de la loi, qui édictent une nullité des délibérations des assemblées générales en cas de non-respect d'une prescription impérative. Et ce, en vertu de l'article 152 qui prévoit que l'assemblée peut être annulée en cas de violation des dispositions du chapitre relatif à l'information des actionnaires des sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne.

Les mêmes dispositions sont prévues par l'article 155 concernant l'information des actionnaires des sociétés faisant appel public à l'épargne et qui renvoie à l'article 152.

Toutefois, si le conseil s'est prononcé, la convention continuera à produire ses effets à l'égard des tiers.

Les mêmes remarques peuvent être formulées pour un rapport incomplet qui est assimilé à un défaut de rapport.

2.2.2 - Le défaut et le refus d'approbation par l'assemblée générale

La non-approbation par l'assemblée, quelle que soit la cause, n'entraîne pas la nullité de la convention et son annulation ne peut intervenir qu'en cas de fraude. Il n'est en effet pas possible de prévoir une nullité car les conventions ont déjà pu recevoir exécution.

Même en l'absence de fraude, les conséquences préjudiciables de la convention non approuvée peuvent être mises à la charge de l'administrateur, du dirigeant concerné ou des autres membres du conseil d'administration ou du directoire.

Il existe plusieurs cas de non approbation :

a - refus d'approbation

En cas de refus d'approbation, la loi 17-95 (article 60 pour la SA à conseil d'administration et l'article 98 pour la SA à directoire et conseil de surveillance) précise que ces conventions produisent leurs effets à l'égard des tiers sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude.

b - Absence de demande d'approbation par l'assemblée générale

Les conséquences du refus d'approbation sont applicables en cas d'absence de demande d'approbation par l'assemblée en raison d'une omission involontaire de cette formalité par les organes de direction.

c - Approbation irrégulière

L'approbation est entachée d'irrégularité lorsque les délibérations ont été prises :

- en l'absence ou insuffisance du rapport du commissaire aux comptes ;
- sans respect des conditions légales de calcul du quorum et de la majorité ; notamment si les intéressés ne sont pas exclus dans ces calculs ou même lorsque ces personnes prennent part au vote.

L'approbation irrégulière s'assimile à un refus d'approbation et entraîne les mêmes conséquences en plus de la nullité de la délibération.

L'approbation irrégulière en raison de l'insuffisance du rapport spécial du commissaire aux comptes a été confirmé à plusieurs reprises par les juridictions françaises (Versailles, 4^e Ch., 22 mai 1987, Société clinique Albert 1^{er} c/SCI du 6 bis, avenue Albert 1^{er} et Devars).

Dans cet arrêt, le rapport spécial n'a pas mentionné l'avenant à un contrat de bail et il ne l'a pas révélé dans sa teneur. Il n'a donc pas satisfait à l'obligation légale d'indication des

modalités essentielles des conventions réglementées permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées. De même, aucune explication n'a été fournie sur les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation préalable n'a pu être suivie.

Il est donc manifeste que l'assemblée générale n'a pas été éclairée sur la teneur et sur les conséquences de cet avenant, qu'elle n'a pu donner son approbation en connaissance de cause et que la nullité édictée par l'article 105 de la loi 24 juillet 1966 (l'équivalent de l'article 61, 3^{ème} alinéa) n'a pu être couverte par le vote de l'assemblée générale ordinaire.

3 – les effets du non respect de la procédure dans les sociétés à responsabilité limitée

Il n'existe dans les SARL aucun cas de nullité expresse comme cela est prévu dans les sociétés anonymes.

Le défaut de ratification n'entraîne pas la nullité de la convention ; celle-ci produit néanmoins ses effets (4^{ème} alinéa de l'article 64 de la loi 5-96), à charge pour le gérant, et s'il y a lieu pour l'associé contractant, de supporter, individuellement ou solidairement selon le cas, les conséquences préjudiciables à la société.

Le refus de ratification par l'assemblée générale comme le défaut de rapport spécial sur les conventions réglementées sont seulement susceptibles d'entraîner la responsabilité du dirigeant qui ne s'est pas conformé à ses obligations.

4 - La responsabilité personnelle du dirigeant

Dans tous les cas où un dirigeant n'a pas respecté les obligations en matière de conventions réglementées, sa responsabilité peut être engagée.

Indépendamment de l'action en nullité, le défaut d'autorisation préalable ou de refus de ratification par l'assemblée générale engage la responsabilité de l'administrateur ou du dirigeant en cause dans les SA. Ce principe vaut également pour les SARL en cas de non approbation des conventions réglementées par l'assemblée générale.

Il faut cependant relever, à propos de l'engagement de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes, la différence existant entre les administrateurs et les membres du conseil de surveillance.

Dans la SA avec conseil d'administration, celui-ci autorise et exécute la convention ; ses membres sont donc responsables pour avoir participé à double titre à une convention irrégulière. Dans les SA à système de gestion dual, le conseil de surveillance autorise la convention mais ne l'exécute pas. L'exécution ressort de la compétence du directoire. Il semblerait a priori logique de partager la responsabilité d'une convention désapprouvée par l'assemblée générale aux membres des deux organes sociaux ayant pris part à la décision.

Il s'agit d'une responsabilité de droit commun qui suppose un dommage subi par la société, une faute commise par l'administrateur et un lien de causalité entre la faute et le dommage.

CONCLUSION DE LA PARTIE PRELIMINAIRE

La soumission des conventions réglementées à une procédure spéciale d'autorisation et d'approbation répond à une double nécessité :

- d'assurer la transparence des opérations sociales effectuées par les dirigeants de façon directe, indirecte ou par personnes interposées dans les sociétés anonymes ou par les gérant ou associés dans les SARL,et
- de prévenir les éventuels abus des dirigeants qui, de par leur position dans la société, peuvent conclure des opérations dans leur intérêt personnel, étant précisé que même l'application stricte de la procédure n'exclut pas la commission des délits.

Les dispositions relatives aux conventions réglementées ne peuvent, a priori, que répondre aux souhaits des actionnaires qui cherchent une grande transparence sur l'exercice du pouvoir au sein de la société afin de redonner plus de valeur à l'entreprise et donc à la valeur actionnariale condition sine qua non, notamment dans les sociétés cotées, pour fédiliser les actionnaires sinon ils seront tentés d'aller placer leurs capitaux ailleurs. Ces objectifs constituent, en fait, le fondement du concept de la corporate gouvernance sur lequel nous présentons en annexe (1) une note succincte.

Le législateur a, donc, prévu d'éviter le système de contractualisation implicite et informel et de fonctionner dans un système de contrats explicite qui assure plus de transparence dans les relations de la société avec ses dirigeants.

Ces dispositions renforcent également les devoirs des dirigeants des entreprises. Ses devoirs sont considérables : devoir de loyauté à l'égard des détenteurs de capital, qui implique à la fois leur information exacte, transparente et fournie en temps utile, et un comportement adéquat et correct dans les situations délicates de risques de conflits d'intérêts ; devoir de diligence pour maximiser le succès de l'entreprise et la valeur dont l'actionnaire peut bénéficier par la croissance du cours de l'action et des dividendes.

Mais, à défaut d'une véritable instance de contrôle des dirigeants, ceux-ci n'hésitent généralement pas à protéger leur situation par diverses mesures ou à se faire octroyer des rémunérations considérables ou bien d'autres avantages. Incidemment, on notera que les nouvelles lois sur les sociétés commerciales excluent ou sanctionnent de tels abus. La procédure d'approbation des conventions réglementées au même titre que la répression des délits commis par les dirigeants tels que le délit d'abus de biens sociaux ont été conçus pour prévenir ou sanctionner les opérations faites en conflit avec l'intérêt de la société.

PREMIERE PARTIE : PROBLEMATIQUE DE QUALIFICATION DES CONVENTIONS REGLEMENTEES

INTRODUCTION

Devant la population des conventions conclues par la société et communiquées au commissaire aux comptes ou découvertes par lui, ce dernier doit détecter les conventions réglementées.

Etant donné que les conventions interdites sont strictement définies par la loi, il serait a priori aisé de les identifier et de les écarter de cette population des conventions. Le reste des conventions conclues avec les personnes visées par la réglementation doivent être scindé entre conventions réglementées ou conventions libres.

Cette distinction n'est pas toujours facile à faire, elle se base sur deux critères primordiaux :

- appréciation du caractère courant de l'opération,
- appréciation du caractère normal des conditions de la convention.

Cette appréciation est d'autant plus difficile à faire dans un contexte de groupe de sociétés.

Néanmoins, pour ce faire, il convient au préalable d'apprécier le caractère conventionnel de l'acte en question et partant sa force obligatoire.

Le respect de la procédure d'autorisation préalable et d'approbation des conventions réglementées s'impose à tous les accords de volonté qui ont une force obligatoire et qui répondent aux critères de leur soumission à cette procédure compte tenu de la nature des opérations objet de la convention, des conditions de conclusion des conventions et des personnes concernées par celle-ci.

SOUS PARTIE I : CRITERE DE QUALIFICATION DES CONVENTIONS REGLEMENTEES

CHAPITRE 1 : PERSONNES VISEES PAR LA REGLEMENTATION APPLICABLES AUX CONVENTIONS REGLEMENTEES

La loi sur les sociétés commerciales a listé les personnes physiques et morales visées par la réglementation applicable aux conventions réglementées (voir chapitre 3 de la partie préliminaire). Parmi ces personnes figurent un ensemble de personnes et de notions qui méritent d'être clarifiés notamment :

- le dirigeant : quelle catégorie de dirigeant, un dirigeant de fait peut-il être obligé de respecter la procédure applicables aux conventions réglementées, quand est-ce que la qualité du dirigeant devrait être appréciée, les conventions conclues avant la nomination du dirigeant et renouvelée au cours de son mandat doivent-elles être soumises à cette procédure des conventions réglementées ...
- propriétaire,
- notion d'entreprise retenue pour le cas des SA et des SCA tandis que pour les SARL la loi parle de 'Société' cocontractante d'où l'exclusion du la personne propriétaire parmi les personnes visées par l'interdiction.
- intérêt indirect
- interposition de personnes.

A priori les personnes visées par la loi sont faciles à identifier sauf le cas de l'interposition des personnes ou le cas d'intérêt indirect.

Section 1 : Personnes physiques

1 - Notion du dirigeant : Généralités

Par dirigeant social, il faut entendre :

- Dans les sociétés à conseil d'administration : tous les administrateurs (membres du conseil d'administration) y compris le président et les directeurs généraux extérieurs au conseil,
- Dans les sociétés anonymes à directoire et à conseil de surveillance : les membres de ces deux organes,
- Dans les sociétés en commandite par actions : le gérant ou membre du conseil de surveillance.
- Dans le cas des SARL, les personnes visées par la réglementation sont les gérants et les associés.

2 - Appréciation de la qualité du dirigeant

La qualité de dirigeant s'apprécie au moment où la convention est passée et non pas au moment où elle produit ses effets. Une convention conclue antérieurement à la nomination n'a pas à être validée au moment de l'entrée en fonction. Cette dispense s'applique même si ces conventions continuent de s'appliquer au cours de l'exercice de leur mandat ou s'exécutent au cours de celui-ci par l'effet de la réalisation d'une condition suspensive.

En pratique, certains commissaires aux comptes relèvent les opérations conclues avant la nomination pour les soumettre à la procédure des conventions réglementées. Il convient de souligner que cette pratique ne se justifie que par un excès de précaution et ne résulte pas d'une obligation légale.

Dans le même ordre d'idées, les prêts et garanties consentis antérieurement à la nomination ne sont pas soumis à l'interdiction et leur exécution peut se poursuivre après la nomination. Il faut veiller bien évidemment aux cas de fraudes qui pourraient être relevés au cas où ces conventions seraient signées peu de temps avant la nomination et ce, dans le but simplement les faire échapper à la procédure.

Néanmoins, il faut se garder d'écarter systématiquement du champ d'application des conventions les opérations conclues avant l'entrée en fonction. Un contrat ou un accord verbal ayant une origine antérieure à la nomination et renouvelés au cours de l'exercice du mandat peuvent constituer des conventions nouvelles.

Section 2 : Personnes morales

Comme nous l'avons déjà signalé, les conventions conclues par une société anonyme ou une société en commandite par actions avec une entreprise sont soumises à la procédure d'approbation si un dirigeant social de ces sociétés a l'une des qualités suivantes dans l'entreprise cocontractante :

- propriétaire,
- associé indéfiniment responsable,
- gérant,
- administrateur ou directeur général de l'entreprise ou membre de son directoire ou de son conseil de surveillance.

De même, les conventions conclues par une SARL avec une société sont soumises à la procédure d'approbation si un gérant ou un associé occupe une des situations suivantes dans la société cocontractante :

- associé indéfiniment responsable,
- gérant,
- administrateur ou directeur général de la société ou membre de son directoire ou de son conseil de surveillance.

Nous remarquons que pour les SARL, l'article 64 de la loi 5-96 a retenu le terme de 'société' au lieu et place du terme 'entreprise'. D'où une exclusion légale des entreprises individuelles et par conséquent exclusion de toute indication du propriétaire parmi les co-contractants.

1 - Notion d'entreprise visée par l'article

1.1 - Entreprise marocaine

Le terme très général 'd'entreprise' couvre :

- Les sociétés commerciales,
- Les sociétés civiles,
- Les entreprises individuelles,
- Les GIE.

Par ailleurs, il faut considérer qu'une opération avec une association n'est pas concernée. Toutefois, nous avancerons ici qu'une décision de la Cour de Paris a été rendue en sens contraire à propos d'une association à but financier qui agissait sur le terrain économique et se comportait comme une véritable entreprise (Paris 26.09.1991, Bull. Joly 1991, p. 1014, note Paul Le Canu).

1.2 - Entreprise étrangère

La nationalité de l'entreprise n'est pas évoquée par la loi et donc ce critère ne saurait être pris en compte pour l'application de la réglementation des conventions réglementées. Ainsi, une société de droit marocain, qui conclut une convention soumise à la procédure des conventions réglementées avec une entreprise étrangère, doit respecter ladite procédure.

Cette position est celle également retenue par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes français

Toutes les règles prévues, en matière d'opérations visées, de personnes, d'entreprises ou de sociétés concernées, sont applicables aux conventions conclues par des sociétés marocaines avec des entités étrangères.

Ceci poserait bien entendu un problème d'appréciation de la notion d'administrateur dans la société étrangère par comparaison avec le concept marocain ou plus généralement un problème de qualification à propos des fonctions exercées par l'administrateur ou le directeur général de la société marocaine dans l'entité étrangère.

Ce problème de qualification est un problème très général en droit international privé. La qualification se fait « lege fori », c'est à dire selon la loi du tribunal saisi.

La loi marocaine si un tribunal marocain avait à connaître de la question. Le tribunal marocain aurait donc à dire droit selon le droit marocain si l'administrateur ou le directeur général a, dans la société étrangère, l'une des fonctions ou titres énumérés à l'article 56 alinéa 3 ou, le cas échéant, par les autres dispositions légales spécifiques à chaque type de société concernée.

Dans la pratique et en l'absence de procès, la difficulté ne sera pas considérable pour deux raisons. D'abord parce que les types de sociétés marocaines ont leur équivalent presque dans la quasi-totalité des pays avec lesquels le Maroc est en relation et ce, suite au recours, au niveau international, à la standardisation des lois sur les sociétés commerciales. D'autre part et surtout, parce que l'énumération de l'article 56 alinéa 3 pour les SA (et les articles 64 pour les SARL et 38 pour les SCA) est suffisamment vaste pour englober tous les types de gestion, direction, administration ou surveillance.

2 - Propriétaire

Le terme de 'propriétaire' retenu pour les sociétés par actions recouvre tous les cas où l'administrateur ou le directeur général contrôle, en fait ou en droit, l'activité de l'entreprise. L'on peut penser en pareil cas que la convention est en fin de compte conclue avec l'administrateur ou le directeur général 'lui-même'. D'où un double emploi avec les dispositions légales déjà prévues pour les conventions conclues avec le dit dirigeant lui-même.

En réalité, cette disposition présente toute son utilité lorsque l'entreprise, dont le l'administrateur ou le directeur général est propriétaire, n'est pas gérée par ce dernier ; cas de fonds de commerce donné en gérance libre.

Par ailleurs, il y a lieu d'assimiler à la qualité de propriétaire celle du copropriétaire.

Pour l'usufruitier, il serait plus judicieux d'évoquer la notion d'intérêt indirect.

3 - Associé indéfiniment responsable

Par associé indéfiniment responsable, il convient d'entendre les associés en nom collectif, les commandités ou les associés d'une société civile.

A contrario, et comme la réglementation est d'interprétation stricte l'approbation préalable n'est pas requise en cas de contrat conclu avec les personnes suivantes :

- Commanditaire,
- simple actionnaire de l'entreprise contractante, même s'il s'agit d'un actionnaire qui possède une quantité importante d'actions,
- associé d'une SARL,
- administrateur d'un GIE.

Section 3 : Intérêt indirect et interposition de personnes

Les dispositions légales sur les conventions réglementées précisent que la procédure est applicable dès que le dirigeant se trouve indirectement concerné.

La loi sur la société anonyme a prévu deux situations : le dirigeant est « indirectement intéressé » ou le dirigeant « traite avec la société par personne interposée ».

Par contre l'intérêt indirect, qui ne consiste pas en une interposition de personnes, n'est pas visé par les textes régissant les SARL et les sociétés en commandite par actions.

Il est souvent délicat d'établir une distinction entre ces deux notions. Mais nous présenterons ci-après certaines analyses dont l'intérêt pratique mérite d'être relevé.

1. Notion d'intérêt indirect

1.1 Notion d'intérêt indirect au regard de la loi

D'après le professeur Germain, le dirigeant est indirectement intéressé 'lorsqu'il n'est pas le cocontractant de la société mais est, d'une certaine manière, intéressé à la conclusion de la convention. Il en est ainsi s'il en retire un profit pécuniaire, ce qui est le cas le plus courant, s'il perçoit une commission, une ristourne ou un autre avantage tel que le maintien de ses fonctions'...

La notion d'intérêt indirect est extrêmement souple ; il s'agit de cas d'espèce et de dosage : l'intérêt indirect ne sera pris en considération que s'il apparaît suffisamment important pour infléchir la conduite du dirigeant intéressé et pour rendre la convention suspecte.

Dans la notion d'intérêt indirect, le dirigeant ne se dissimule pas derrière une autre personne ; s'il n'est pas partie au contrat, ce n'est qu'indirectement qu'il peut retirer un avantage de la transaction.

1.2 - Notion d'intérêt indirect à travers la jurisprudence

L'intérêt indirect doit être sérieux, présenter une importance suffisante pour influencer la conduite de la société. A titre d'exemple, le nombre respectif d'actions dans les sociétés en présence constitue un élément déterminant pour soumettre la convention à autorisation.

Dans cet ordre d'idées nous présenterons un résumé de l'arrêt Sequana c/ Crédit suisse, du 4 octobre 1988, rendu par la chambre commerciale de la cour de cassation française.

« Résumé des faits

La société anonyme 'Sequana' avait acquis la quasi-totalité des parts d'une SCI 'Neuilly Ancelle' et les avait remises en gage à la société venderesse 'Crédit suisse' en garantie du paiement du solde du prix d'achat. La personne qui avait représenté la société venderesse à l'acte de nantissement -et qui n'était pas mandataire social- était par ailleurs administrateur de la société acheteuse.

Contentieux

Suite à un contentieux opposant Crédit suisse à la Sequana, cette dernière a demandé en justice la nullité de l'acte de nantissement en se fondant sur l'alinéa 2 de l'article 101 qui soumet à autorisation préalable du conseil d'administration la convention passée entre une société et un tiers dès lors qu'un administrateur est indirectement intéressé.

Décision de la justice

Il a été jugé que l'intérêt indirect de l'administrateur à cette opération au sens dudit article n'était pas établi car il n'avait pas tiré un quelconque profit et il ne détenait pas dans la société

venderesse des intérêts suffisamment importants pour infléchir la conduite de cette société dans ses relations avec la société ‘acheteuse’».

En définitif, la notion d’intérêt indirect peut se présenter lorsque l’opération procure un avantage personnel au dirigeant concerné. La seule communauté d’intérêt avec la personne cocontractante ne peut induire systématiquement l’intérêt indirect.

De même, il ne faut pas limiter la notion d’intérêt à l’attribution d’un avantage pécuniaire (exemple : avantage financier à la veuve du dirigeant ou ses enfants mineurs, promesse de vente d’un immeuble par le président à son épouse, perception d’une commission ou d’une ristourne à l’occasion d’une opération). La notion d’intérêt est beaucoup plus large. Certes c’est l’avantage pécuniaire qui est le plus fréquent dans la pratique, mais il peut s’agir d’un intérêt moral : sauvegarde d’une réputation, services rendus à autrui...

2 - L’interposition de personne

Le professeur Germain explique que « l’administrateur traite par personne interposée lorsqu’il se sert d’un prête-nom ».

L’interposition de personnes existe lorsqu’il y a utilisation de prête-nom. Cet état de fait est présumé quand un individu promet d’agir pour le compte d’autrui mais en dissimulant sous sa propre personnalité le véritable intéressé à l’opération projetée.

On peut ainsi considérer que, dans l’interposition de personnes, le dirigeant est directement intéressé par le contrat, mais n’entend pas y apparaître comme partie.

La situation dépend des conditions de fait propres à chaque espèce. Dans certains cas, l’interposition de personnes est particulièrement manifeste, comme par exemple l’octroi d’un prêt par la société à un tiers qui prête la même somme au dirigeant ou encore la convention conclue entre une SA et SARL dont les deux seuls associés sont les fils du président du conseil d’administration.

Mais, le plus souvent, cette notion est beaucoup plus difficile à établir. En tout état de cause, l’interposition ne se présume pas et elle doit être prouvée par celui qui l’oppose.

CHAPITRE 2 : APPRECIATION DU CARACTERE CONVENTIONNEL

Section 1 : Appréciation du caractère conventionnel d'un acte au regard du droit des contrats

D'après les dispositions du droit contractuel, le terme 'convention' désigne un accord de volonté qui produit des effets de droit. Une convention peut ainsi créer des obligations, transmettre des obligations ou éteindre des obligations.

De ce fait, la notion de convention est plus large que la notion de contrat qui se limite à créer des obligations. Elle couvre la notion de contrat qui est une catégorie particulière de convention mais toute convention n'est pas nécessairement un contrat.

1 - Conventions réglementées parfaites

D'après l'article 19 du D.O.C « la convention n'est parfaite que par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'obligation, ainsi que sur toutes les clauses licites que les parties considèrent comme essentielles ».

Ceci dit qu'en plus de leur soumission à des procédures spécifiques d'autorisation et d'approbation prévues par le droit des sociétés, les conventions réglementées sont avant tout des accords de volonté qui demeurent soumises aux règles contractuelles. Notamment, les règles liées :

- aux éléments constitutifs du contrat (consentement, objet, cause et prix) ;
- aux sanctions des conditions de formation des contrats ;
- à la force obligatoire du contrat ;
- à la responsabilité contractuelle ; et
- à la résolution du contrat.

Ces règles sont d'une portée générale et nous estimons que elles ne méritent pas d'être développées dans le cadre de notre sujet.

Généralement, la convention serait réputée parfaite s'il y a accord sur les points essentiels : objet, prix, étendue de la responsabilité, étendue de la garantie.

Seraient assimilées à des conventions, les conventions conclues en bonne et due forme ayant une force obligatoire, de même que les modifications, les renouvellements et les résiliations de ces conventions.

De même, tout au long de nos précédents développements nous avons étudié le cas des conventions conclues et reconnues par les parties comme ayant une force obligatoire.

Néanmoins, notre sujet gagnerait à être enrichi par le cas spécifique des accords constituant des contrats cadre ou avant-contrats et qui risquent d'être négligés ou de ne pas être considérés comme des conventions réglementées.

2 - Cas spécifique des avant-contrats

L'intérêt de ce volet est de voir :

- si l'avant-contrat est obligatoire ou simplement préparatoire,
- si la procédure des conventions réglementées s'impose pour les contrats-cadre.

2.1 - Droit commun contractuel : l'avant-contrat est-il obligatoire ou simplement préparatoire ?

Les contrats courants se réalisent généralement en un laps de temps très court et ne nécessitent pas une phase préparatoire. Mais, dans certains cas, il arrive qu'entre l'initiative de contracter et la conclusion du contrat s'interpose une période contractuelle dont la durée est plus ou moins longue selon les intérêts en jeu, le degré de complexité de l'opération projetée.

Quelle est la nature de ces accords préalables ? Et quelle est leur force obligatoire ? telles seront les questions auxquelles nous essayerons de répondre.

2.1.1 - Contrat-cadre, avant contrat et notions voisines

Dans le monde des affaires, il est d'usage d'utiliser une terminologie mal fixée et souvent ambiguë pour désigner des accords préalables. Plusieurs termes sont employés en des sens différents selon les situations : avant-contrat, lettre-contrat, lettre d'intention, contrat-cadre, contrat préliminaire ou préparatoire.

Le principe fondamental du consensualisme permet le classement des conventions en telle ou telle catégorie. La question fondamentale, à cet égard, est de savoir si les parties sont passées du préparatoire à l'opérationnel, c'est à dire s'elles avaient entendu donner une force obligatoire à leur accord, quel qu'il soit et quelque soit la forme qu'il ait prise.

Généralement, l'analyse de la commune volonté des parties permettrait de conclure si elles auraient entendu dépasser le stade de l'intention contractuelle ('lettre d'intention' non génératrice d'obligations spécifiques) et seraient parvenues à celui d'un avant-contrat ou d'un contrat-cadre. L'avant-contrat peut être assimilé à un accord préalable qui fait naître des engagements contractuels et qui est destiné à préparer le contrat définitif.

Ces notions d'accords préalables ont été enrichies par l'apport de la jurisprudence et de la doctrine. Faute de jurisprudence marocaine publiée, nous nous référons à celle française.

2.1.2 - Apport de la jurisprudence française en matière des contrats-cadre

Un arrêt rendu par la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation française (Cass. Com., 18 mars 1997 Société Paravision International c/ Société Aries et autres (Bull. Joly 1997, p. 538 § 218, note P Le Canu)) a déterminé des critères permettant de mieux cerner les 'contrats-cadres' :

- le contrat-cadre ne saurait être seulement un « préliminaire à un véritable contrat » ; ce n'est donc pas un simple acte préparatoire. C'est un acte en lui-même abouti, qui génère des obligations spécifiques ;
- le contrat-cadre peut sous entendre « la signature d'accords complémentaires ».

Ces deux caractéristiques permettent de déduire que l'obligation principale née d'un contrat-cadre n'est pas de contracter nécessairement des conventions subséquentes : le contrat-cadre pourrait se suffire à lui-même. L'obligation de le compléter par d'autres accords étant simplement sous-jacente.

Le contrat-cadre doit préciser nettement « les principaux objectifs de son exécution ». Ceci confirme qu'il fournit un cadre. Il détermine les composantes fondamentales de conventions à intervenir : les parties sont, éventuellement, libres de ne pas en conclure mais, si elles concluent les conventions projetées, elles s'engagent dès le départ à les faire coïncider avec les objectifs prédéterminés dans le contrat initial. L'obligation principale contractée par les parties est donc de respecter ultérieurement le 'cadre' contractuel fixé au départ par leur accord.

2.1.3 - apport de la doctrine

Certains auteurs présentent le contrat-cadre comme un authentique accord de volonté générateur d'obligations. Et considèrent que l'identification du contrat-cadre pourrait s'effectuer à l'aide de deux éléments catégoriques :

- *la nécessité d'un double consentement* : consentement au contrat-cadre lui-même et consentement aux contrats d'application à venir ;
- *l'affectio modulus* : volonté commune de soumettre les contrats futurs à des standards prédéterminés

D'où, une proximité entre les éléments retenus par les magistrats et ceux proposés par la doctrine (J. Gatsi, le contrat-cadre, LGDJ, 1996).

2.1.4 - Aspect économique du contrat-cadre

Si le contrat cadre a vocation à chapeauter un groupe de contrats d'exécution ou d'application dont il a pour fonction d'ordonner les lignes principales, il en demeurerait indépendant, de sorte que l'économie de ce contrat-cadre s'apprécierait comme s'il s'agissait d'un contrat indépendant et non en tenant compte des accords 'complémentaires'.

Cette distinction du contrat-cadre des autres accords apparaît spécialement lorsque les parties ont convenues en parallèle des obligations distinctes, quoique voisines, de celles encadrant leur projet de collaboration.

L'analyse de l'équilibre des prestations doit donc être effectuée à partir de l'existant et non des conventions à venir. Ainsi, toutes les prestations rendues doivent être rémunérées même si le contrat définitif n'est pas conclu.

2.2 - Applicabilité de la procédure des conventions réglementées aux avant-contrats

Le contrat-cadre est donc un accord de volonté générateur d'obligations. Si cet accord ne porte pas sur une opération courante et conclue à des conditions normales d'une part et qu'il est conclu entre des personnes visées par les dispositions régissant les conventions réglementées d'autre part, le contrat-cadre devrait normalement être soumis à la procédure d'autorisation et d'approbations des conventions réglementées .

Toutes les règles applicables aux conventions seraient transposables aux contrats-cadre. Notamment, en matière des conséquences en cas de défaut d'autorisation préalable.

Nous rappelons à cet égard qu'en plus de la responsabilité de l'administrateur intéressé, la sanction du défaut d'autorisation préalable est la nullité de la convention lorsque celle-ci a eu des conséquences dommageables pour la société (article 61 de la loi 17-95).

Le fondement de cette nullité est surtout l'idée d'un préjudice subi par la société suite à la conclusion d'un contrat-cadre non autorisé où les prestations sont largement déséquilibrées. La nullité, comme nous l'avons précédemment signalé, trouve son fondement dans les conséquences dommageables subies par la société.

Aucune des parties ne pourrait se soustraire à l'exécution de ses obligations contractuelles sous prétexte que le contrat-cadre est une convention réglementée non autorisée. La nullité ne peut être prononcée qu'en cas de conséquences préjudiciables à la société demanderesse. Et, l'existence du préjudice est apprécié dans l'ordre économique et non dans l'ordre juridique formel.

Section 2 : Principe des conventions réglementées au regard du droit des sociétés

L'article 56 de la loi 17-95 sur la société anonyme (article 64 de la loi 5-96 pour la SARL et 38 de la même loi pour les SCA) s'applique en cas d'existence d'une convention c'est à dire un accord de volonté créant, modifiant ou éteignant un rapport de droit. D'où l'exclusion de certains actes sans caractère conventionnel.

La réglementation s'applique donc à toute convention quelle que soit sa nature ou son objet et quelle que soit sa forme écrite, verbale ou une situation de fait.

Le champ de la procédure est extrêmement vaste et s'applique, par exemple, à la vente, au bail, au prêt (hors le cas des conventions interdites), à la prestation de services quelle qu'en soit la nature ou la portée. L'affirmation du principe n'aboutit guère à des solutions simples dès l'instant que la loi a prévu des exceptions :

- conventions librement conclues ;
- conventions interdites.

Certaines conventions sont d'une appréciation délicate et la décision de les soumettre ou non à la procédure n'est pas toujours évidente ou aisée à faire.

L'exception est aussi prévue pour les opérations soumises à une procédure spéciale qui nécessite l'intervention de l'assemblée générale. De telles opérations sont prévues par la loi 17-95, il s'agit à titre d'exemple :

- de l'achat d'un bien appartenant à un administrateur et dont une valeur est au moins égale à dix pour cent du capital social dans le délai de deux ans après l'immatriculation de la société au registre de commerce.
- Dans ce cas, un commissaire, désigné par justice, est chargé d'apprécier la valeur de ce bien. Son rapport est soumis à l'assemblée qui statue sur la valeur du bien à peine de nullité de l'opération d'acquisition. Cette réglementation vise la protection du capital social. Son objectif est double : éviter de tourner, par le biais de la vente, la procédure de vérification des apports en nature et s'assurer qu'un actionnaire ne profite pas de sa position dominante pour imposer à la société le versement d'un prix trop élevé.
- Des opérations d'apport partiel d'actif ou de fusion de deux ou plusieurs sociétés.

Dans ces différentes hypothèses la procédure des conventions réglementées n'a pas à être mise en œuvre. Le contrôle des associés s'exerce dans les conditions prévues par la réglementation propres à ce genre d'opérations.

Il est par ailleurs admis qu'un marché ou bien acquis par adjudication publique n'a pas à être soumis à la procédure générale des conventions réglementées.

Section 3 : Application du principe

En principe, une convention est soumise à la procédure d'autorisation et d'approbation des conventions réglementées si elle est conclue après la nomination du dirigeant. Toutefois, il est nécessaire d'étudier le cas de renouvellement des conventions conclues avant la nomination et bien d'autres cas de modification et de résiliation des conventions réglementées.

1 - Cas de renouvellement des conventions conclues avant la nomination du dirigeant

Cette notion de renouvellement n'est toujours pas facile à établir. En fait, pour le contrat à durée indéterminée la situation est plus claire car il s'agit du même contrat dont les effets se poursuivent au fil du temps, la procédure n'a pas donc à être appliquée.

En revanche lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée déterminé qui fait l'objet d'un renouvellement ou d'une reconduction tacite le même raisonnement ne peut être retenu. Car le renouvellement donne lieu à un nouveau contrat et par conséquent il convient de tenir compte de la situation du contractant au moment du renouvellement.

La jurisprudence considère également que la reconduction n'est pas une prorogation du contrat initial mais elle produit un nouveau contrat.

2 - Modifications apportées à une convention

Dans la mesure où elles ont pour effet de modifier les obligations de la société, elles doivent être soumises au conseil d'administration. Parce que la modification d'une convention réglementée est aussi une convention réglementée.

D'ailleurs, la cour de cassation française reconnaît une portée très large à l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 (l'équivalent de l'article 56 de la loi 17-95) comme en témoigne l'attendu suivant : « la révocation d'un commun accord aussi bien que la conclusion et la modification de conventions qui entrent dans le champ d'application de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 doit être soumise à l'autorisation du conseil d'administration ».

3 - Résiliation des conventions réglementées

La résiliation aussi bien que la conclusion et la modification de conventions réglementées doit être soumise à l'autorisation du conseil d'administration.

Cette position est retenue du moment que la résiliation est une convention. En effet, une convention, contrairement au contrat, peut produire l'extinction d'une obligation. Et donc même la résiliation serait soumise à la procédure des conventions réglementées.

Les solutions données à propos d'une société à conseil d'administration sont également transposables aux sociétés à directoire et à conseil de surveillance et aux SARL.

4 - Exemples illustratifs des conventions réglementées

Nous produirons ci-dessous à titre d'illustration différents actes et conventions susceptibles d'être soumis ou non à la procédure des conventions réglementées.

4.1 - rémunérations et avantages accordés aux dirigeants

Conventions soumises à autorisation :

- abandon de créances ou de compte courant des personnes morales,
- modification d'un contrat de travail d'un administrateur,
- rémunérations exceptionnelles allouées par le conseil d'administration dans le cadre de l'article 55 de la loi sur la SA,
- souscription d'un contrat d'assurance vie au profit du président,
- allocation de compléments de rémunération sous forme d'avantages en nature ou de complément de retraite,

Conventions non soumises à la réglementation

- rémunération du président et du directeur général déterminée par le conseil d'administration,
- rémunération perçue en qualité de mandataire social,
- contrat de travail conclu avec le dirigeant avant son entrée en fonction,

- remboursement des frais de voyages et de déplacement engagés par un administrateur ou un dirigeant dans l'intérêt de la société et autorisés préalablement par le conseil d'administration dans le cadre de l'article 55.

4.2 - les actes collectifs

Les actes collectifs visent à satisfaire un but commun à tous les participants. Ils seraient qualifiés de conventions réglementées lorsque les participants à ces opérations sont visés par les textes. C'est le cas :

- d'une constitution d'une société dans laquelle sont associés une société anonyme et un ou plusieurs de ses administrateurs,
- ou d'une souscription à l'augmentation de capital d'une société par une autre qui a des administrateurs communs.

Toutefois, certains auteurs considèrent que le caractère institutionnel de ces opérations pourrait les faire échapper à la procédure d'autorisation préalable.

4.3 - Engagement unilatéral

C'est un acte par lequel la volonté d'une seule personne suffit à produire l'effet de droit voulu. En revanche, un engagement unilatéral n'est pas au sens juridique du terme une convention. Et par conséquent, ne peut donner lieu à l'application de l'article 56 de la loi 17-95 ou des articles similaires des autres lois des sociétés commerciales.

C'est le cas par exemple :

- d'une rémunération du président et du directeur général déterminée par le conseil d'administration,
- d'une répartition inégale de jetons de présence au sein du conseil d'administration,
- d'une obligation de soins accordée à un administrateur d'une polyclinique.

Mais la qualification précise d'acte unilatérale est difficile, le caractère consensuel étant, en la matière, parfois sous-jacent. D'ailleurs, La position de la cour de cassation française est de dispenser l'engagement unilatéral seulement de l'autorisation préalable, mais ne permettrait pas de considérer que l'opération est totalement hors de la réglementation des conventions donc elle resterait soumise à l'approbation de l'assemblée générale. Cette position trouve son fondement dans le fait que l'assemblée générale est le dernier décideur en matière d'intérêt social.

4.4 - Caution et garantie données par une société mère au bénéfice de tiers d'une de ses filiales

Lorsque des cautions et garanties sont données par la mère au bénéfice des tiers (banques ou fournisseurs) en garantie du paiement des dettes de ses filiales et que la société mère et filiales ont des dirigeants communs, il n'y a pas lieu de soumettre ces convention à la procédure des conventions réglementées.

Etant rappelé que le contrat de cautionnement reste une convention entre le créancier et la caution et qu'elle ne lie pas la caution au débiteur garanti, la chambre commerciale de la cour de cassation en France a entériné cette position par son arrêt du 9 avril 1996.

En revanche, l'existence d'une convention réglementée est présumée entre la caution et la société débitrice garantie, si une rémunération est octroyée par la société bénéficiaire de la garantie à un administrateur de la société mère en rémunération du cautionnement consenti. Car la société aurait contracté l'obligation de paiement d'un service rendu, il y a une convention réglementée.

CHAPITRE 3 : APPRECIATION DU CARACTERE COURANT D'UNE OPERATION

En France, une jurisprudence abondante a précisé ce qu'il fallait entendre par « opération courante ». Certes il s'agit d'une question de fait, de telle sorte que des divergences d'appréciation sont possibles. Néanmoins, l'accord s'est réalisé sur l'essentiel.

Section 1 : Notion d'opération courante

La notion d'opération courante doit être appréciée en se référant à l'activité habituelle de l'entreprise. Il ne faut, donc, pas considérer que toute opération effectuée dans le cadre de l'activité sociale constitue une opération courante. Le critère de conformité avec l'objet social est **nécessaire** mais il **n'est pas suffisant** car la définition est également fondée sur un autre critère : d'opération habituelle et répétitive.

L'opération courante est, par conséquent, celle qui :

- d'une part, entre, en **droit**, dans le cadre de l'activité sociale ;
- d'autre part, constitue, en **fait**, pour la société une opération habituelle.

Par exemple la convention de location, de cession d'un matériel important ou d'un immeuble ou la convention pour la participation à la création d'une filiale dans laquelle les dirigeants sont intéressés ne sont pas des opérations courantes même si les statuts prévoit ce type d'opération dans l'objet social et ce, dès l'instant où l'opération visée n'est pas habituelle ou répétitive.

Les opérations courantes peuvent être des opérations de nature purement commerciale avec des clients ou des fournisseurs, et aussi d'autres conventions telles que celles habituellement conclues avec le personnel. A titre d'exemples, les actes suivants constituent des opérations courantes :

- achat ou vente habituel rentrant dans l'objet social ;
- prestation de service accompagnant habituellement le processus de production ou de distribution ;
- renouvellement courant du matériel ;
- Il peut s'agir d'achats ou même d'actes de disposition portant sur des immobilisations, à condition que, limités dans leur portée, ils s'assimilent à des actes de gestion normale.

En revanche, ne sont pas des opérations courantes celles qui ont un caractère exceptionnel c'est à dire qui ne sont conclues que rarement, qui sortent de la routine de l'activité sociale.

Les tribunaux considèrent qu'entrent dans cette catégorie les conventions accordant aux dirigeants, liés à la société par un contrat de travail, des rémunérations plus importantes que celles accordés aux autres salariés exerçant les mêmes activités. De même les locations d'immeubles ne sont pas des opérations courantes, que la société prenne à bail ou donne à bail sauf, dans le second cas, si elle a pour objet la gestion d'un patrimoine immobilier.

Section 2 : Exemples jurisprudentiels

D'après la jurisprudence française, les actes suivants peuvent être également considérés comme courants :

- l'attribution à un administrateur d'un avantage accordé à d'autres membres du personnel, tel que le versement à un salarié membre du directoire des indemnités de licenciement prévue par son contrat de travail ou par la convention collective (St Denis de la réunion, 23 juin 1978. revue sociétés 1979-526, note Le Cannu) ;
- le contrat de pigiste passé par un administrateur avec une société d'édition (Paris, 25^e ch., 1^{er} février 1979 : juris-Data, n° 0080) ;
- La vente par le président directeur général à la société de bungalows lui appartenant, dès l'instant où il s'agit d'une opération semblable à celle effectuée par la société d'une manière habituelle dans le cadre de son activité (Paris 3e ch., 27 janvier 1982 : Juris-Data n° 024111).

CHAPITRE 4 : APPRECIATION DU CARACTERE NORMAL DES CONDITIONS D'UNE CONVENTION

Pour échapper à la procédure des conventions réglementées, une seconde condition doit être remplie. L'opération courante doit être conclue à des conditions normales.

L'appréciation du caractère normal des conditions d'une convention passe par l'analyse des clauses de la convention non seulement au regard des pratiques internes de la société mais également de ce qui est pratiqué dans le secteur d'activité de la société.

De surcroît, cette analyse ne saurait être complète et pertinente que si elle est effectuée à la lumière de l'intérêt social. Cette notion d'intérêt social est la plus délicate à appréhender et constitue la pierre angulaire de la législation relative aux conventions réglementées.

Section 1 : Appréciation du caractère normal au regard du droit des contrats

Un bon contrat doit respecter les quatre conditions suivantes :

- le contrat doit être équilibré,
- le contrat doit comporter des engagements fermement et clairement souscrits,
- le contrat ne doit comporter aucune stipulation contraire à l'ordre public,
- le contrat doit être sincère.

Et disons qu'un contrat normal est plus un contrat équilibré.

Même si le droit contractuel précise que le contrat doit être équilibré, il n'interdit aucunement que les effets d'un contrat s'avèrent avantageux pour l'une des parties plus que l'autre.

D'ailleurs la lésion, qui désigne le déséquilibre initial du contrat ou le défaut d'équivalence originel qui existe au moment de la formation du contrat, ne justifie pas l'annulation du contrat sauf cas de dol lésionnaire, lésion commise au détriment d'un incapable ou les cas de clauses venant avantager ou désavantager un associé dans le cadre du contrat de société.

En principe général, le déséquilibre des prestations n'affecte pas la validité des contrats.

Section 2 : Les références d'appréciation du caractère normal

1 - Critères internes à la société

Le caractère normal des conditions des conventions est jugé par rapport aux conditions que la société pratique habituellement dans ses rapports avec les tiers.

Cette recherche serait relativement facile si la société contractante a édicté des conditions générales des contrats qu'elle conclut. En pareil cas, il suffirait de voir si les termes du contrat ne dérogent pas au cadre contractuel prédéfini par la société.

2- Critères liés au secteur d'activité : principe de pleine concurrence

La comparaison des conditions de la convention ne se limite pas aux conditions internes à la société mais elle s'étend aux conditions dans lesquelles sont habituellement conclues des conventions semblables dans les autres sociétés du même secteur d'activité.

Sont donc normales, les conditions habituellement conclues par la société et généralement pratiquées dans un même secteur d'activité.

On peut dire aussi que le caractère normal des conditions s'apprécie par rapport à la moyenne des opérations effectuées avec des tiers dans le même secteur d'activité.

3- Application des dispositions légales

Est, également, réputée conclue à des conditions normales, la convention qui ne fait qu'appliquer une disposition législative ou réglementaire, par exemple une augmentation de salaire prévue par une convention collective.

4- Intérêt social

Les conditions anormales seraient aussi celles contraires à l'intérêt social. Le respect de l'intérêt social apparaît même comme une condition de validité des conventions réglementées. Cette notion sera amplement étudiée ci-après.

Section 3 : Analyse des clauses des contrats

Par conditions, il faut entendre :

- les clauses principales de la convention telles que l'objet et le prix ;
- les clauses accessoires telles que les délais de règlement, les garanties accordées.

Pour une convention donnée, la contrepartie réclamée au dirigeant doit être identique à celle demandée à toute autre personne contractant avec la société. L'aspect monétaire n'est pas à lui seul déterminant, même s'il est souvent essentiel.

L'appréciation doit avoir un caractère global. Ce sont toutes les conditions du contrat qui doivent être examinées, notamment en cas de vente les quantités, les délais d'exécution et de paiement, les modalités de la livraison et de la garantie. Dans certains contrats la durée d'exécution pourra être un élément décisif.

1 - Clauses principales

Le caractère normal ou anormal des conventions s'apprécie par référence à des données économiques.

Le premier élément d'appréciation de la normalité, et sans doute le plus important, est le prix. Les conditions normales de prix sont celles du marché, s'il en existe un, ou à défaut les prix habituellement pratiqués dans le même secteur d'activité. D'où une référence aux pratiques communément admises dans les relations d'affaires.

Les prix et les délais de règlement convenus seront considérés comme normaux dans la mesure où ils seront semblables à ceux habituellement accordés à un client ordinaire ou par un fournisseur ordinaire pour des quantités comparables. Le prix ne doit pas être éloigné du prix du marché ou de ceux pratiqués par la concurrence. D'ailleurs, une décision de la justice française n'a pas reconnu comme conclue à des conditions normales des conventions d'engagement de livraison et d'approvisionnement réciproques à des prix fixés invariablement sur une période de plus de dix ans, avec la seule possibilité d'en demander la révision en cas d'augmentation de plus 25% du prix des mêmes produits vendus par la concurrence (Paris, 18 mars 1959, 192. notes Lambert).

Enfin un prix de vente qui serait fixé à son coût de revient ne paraît pas revêtir un caractère normal sauf si des conditions identiques sont applicables à l'égard des clients ordinaires de la société, notamment lors d'une campagne promotionnelle à condition que la transaction porte sur des quantités comparables à celles habituellement traitées par la société avec les tiers.

Dans un autre cas des sociétés ayant des dirigeants communs avaient conclu, sans respecter la procédure des conventions réglementées, un contrat d'entreprise (contrat de programme) ayant pour objet l'édification d'un bâtiment à usage de bureaux. Ce contrat a été annulé au motif qu'imposant des charges excessives à l'une des sociétés, il n'avait pas été conclu à des conditions normales et qu'il était dès lors soumis à la procédure d'approbation des conventions réglementées. Cette annulation est fondée car le contrat faisait apparaître une marge nette qui n'était pas conforme aux taux relevés sur les autres chantiers.

2- Les clauses accessoires

Les conditions peuvent être anormales si la convention comporte des clauses de faveur, par exemple des clauses d'exclusivité ou encore des conditions particulières non consenties aux autres clients.

- octroi de délais de paiement plus longs ;
- modalités de paiement désavantageuses pour la société ;
- pénalités dérisoires en cas de rupture du contrat ;
- clauses exonératoires ou limitatives de responsabilités ;
- absence de garantie généralement demandée aux tiers surtout pour un dirigeant dont le crédit est incertain.

Enfin, il convient de noter que la formulation d'opérations courantes conclues à des conditions normales est très générale et susceptible d'entraîner des appréciations divergentes en jurisprudence.

Cette appréciation peut revêtir un caractère particulier dans le cadre de groupe de sociétés.

Section 4 : Appréciation des conditions normales dans le cadre de groupes de sociétés

Les groupes de sociétés ne sont pas définis au niveau juridique. Mais au niveau économique, il est possible de définir un groupe de sociétés comme étant un ensemble d'entreprises distinctes mais liées entre elles par des liens de dépendance.

C'est cette tension entre dépendance et autonomie qui est la caractéristique des groupes de sociétés. Car la tension entre indépendance des personnalités et réalité du contrôle se traduit en pratique par une autre tension, existant entre l'optimisation financière du groupe d'une part et le respect des droits des tiers : minoritaires, créanciers, salariés,...

Cette tension au sein d'un groupe de sociétés favoriserait plus :

- la conclusion d'opérations entre sociétés, et
- la présence de dirigeants, administrateurs ou associés communs.

Ce qui rendrait l'application de la procédure des conventions réglementées très délicate, dans la pratique, à l'intérieur d'un groupe. D'autant plus que les textes ne prévoient aucune dérogation particulière applicable aux sociétés appartenant à un même groupe.

L'appréciation de ces opérations libres sera-t-elle effectuée selon les mêmes critères retenus pour les sociétés non liées ? En d'autres termes, peut-on évoquer la notion d'intérêt du groupe pour valider des opérations qui ne seraient pas valables entre des sociétés indépendantes ?

A priori, au sein d'un groupe, il faudrait s'intéresser à toutes les transactions déséquilibrées, c'est à dire celles pour lesquelles le prix ne correspond pas au service rendu. Une distinction doit être faite selon qu'il s'agit d'opérations courantes, de cessions d'éléments de l'actif immobilisé ou bien du reste, subventions directes ou indirectes, abandon de créances et autres...

Si le caractère courant d'une opération conclue ou le caractère normal des conditions ne sont pas prouvés, la convention doit respecter le formalisme prévu par la loi pour les conventions réglementées et le commissaire aux comptes doit veiller à ce respect.

1 - Transactions commerciales courantes

Relèvent des transactions commerciales courantes, les opérations qui rentrent dans l'activité habituelle de l'entreprise (achats, ventes, prestations de services, sous-traitance,...). Ces opérations s'apparentent, à priori, à des opérations libres prévues à l'article 57 de la loi sur la SA. Mais, les difficultés de jugement à cet égard tiennent plus aux conditions de la transaction qu'à leur nature.

Pour apprécier le caractère normal de ces conditions, il convient certes de s'attacher au marché, mais également aux conséquences internes de l'opération (réalisation ou non d'une marge,...), ainsi qu'aux contreparties éventuelles liées à l'intérêt du groupe. Lequel intérêt ne doit pas se confondre avec l'intérêt personnel de certains dirigeants ou actionnaires.

Donc les conditions normales, des opérations réalisées au sein d'un groupe, ne sauraient être identiques à celles accordées aux tiers. Toutefois, les divergences fondamentales doivent être justifiées notamment en l'absence de contrepartie.

En effet, « le prix payé à une société venderesse ou prestataire de services ne se limite pas à la somme déboursée par l'acquéreur ou par le bénéficiaire ; il s'y ajoute les contreparties quelquefois difficilement chiffrables, consistant en avantages divers, résultant de l'appartenance au groupe (approvisionnements privilégiés, facilités de trésorerie, utilisation de la marque du groupe dans les relations commerciales, etc.) » (Bull. COB juin 1981, page 6).

La jurisprudence française admet que lorsqu'une marchandise ou un service est l'objet même du négoce de l'entreprise, il peut faire l'objet de transactions à prix coûtant entre les sociétés du groupe. Autrement dit, il n'est pas nécessaire de réaliser des bénéfices à l'intérieur du groupe sur des opérations courantes.

Donc si le prix convenu est compris entre la valeur de marché normal et le prix de revient de la marchandise, la situation peut être admise comme régulière.

2 - Les frais communs du groupe

Il est fréquent au sein d'un groupe qu'une société prenne en charge certaines tâches fonctionnelles (l'organisation générales, contrôle interne, comptabilité, informatique, juridique, formation du personnel, publicité, frais de recherche, locations immobilière,...) soit pour unifier les procédures de gestion, soit pour rentabiliser les systèmes et matériels dont la société mère dispose et dont elle n'a pas l'utilisation totale.

Ces opérations peuvent être considérées comme étant courantes au sein d'un groupe, mais les conditions normales dépendront des modalités de facturation.

Les facturations, qui découlent des politiques prédéfinies par les groupes et qui se basent que des clefs de répartition objectives, seront caractéristiques d'une opération libre ou habituelle au sein du groupe.

Le constat des clés ou taux de marge différents selon les sociétés, de méthodologies différentes ou modifiées dans le temps ou des répartitions à l'évidence non équitables entre les sociétés sera susceptible de remettre en cause la qualification de la convention, faute de justification.

Le prix de facturation on pourra admettre comme normal le prix de revient, soit la facturation avec une marge bénéficiaire raisonnable destinée à couvrir les frais indirects non affectés.

3 - Personnel détaché

Dans le même esprit de la répartition des frais communs au groupe, le caractère habituel de l'opération sera présumé.

La facturation des frais relatifs au personnel doit intervenir sur la base du coût de revient.

4 - Transactions sur immobilisations

Pour tout type d'immobilisation (corporelle, incorporelle ou financière), le critère d'habitude est retenu sauf s'il s'agit d'un élément significatif pour la société.

Le caractère normal sera présumé pour les transactions sur immobilisations réalisées à la valeur vénale. Toute valeur qui lui est inférieure serait un moyen d'appauvrissement de la société cédante.

5 - transactions financières

L'existence de transactions financières au sein du groupe est très habituelle et leurs conditions normales doivent être analysées selon la loi bancaire et la loi des sociétés commerciales.

5.1. Au regard de la loi bancaire

La loi bancaire, du 6 juillet 1993 relative à l'exercice des activités des établissements de crédit et leur contrôle, autorise en cette matière de déroger au principe de monopole des établissements de crédit en matière de réception de fonds du public dès lors que l'article 2 alinéa 3 prévoit que :

« Ne sont pas considérer comme des fonds reçus du public :

- les fonds destinés à constituer ou à augmenter le capital social
- les sommes laissés en compte dans une société par les administrateurs, gérants, associés en nom ou commanditaires et, dans les sociétés anonymes par les actionnaires détenant 10% au moins du capital social ;

... »

En outre deux autres exceptions touchent les crédits inter-entreprises et les opérations de trésorerie intra groupe.

L'article 80 dispose que :

« ...

Toutefois, **toute entreprise, quelque soit sa nature**, peut pratiquer les opérations suivantes :

...

- 3° - procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement des liens de capital conférant à l'une d'elles un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ;

... »

L'article 80 – 3° vise les opérations de trésorerie entre société d'un même groupe, ce qui permet d'éviter le recours systématique à des concours financiers extérieurs. Les sociétés à trésorerie excédentaire peuvent déposer leurs fonds chez l'une des sociétés du groupe pour les prêter à d'autres sociétés du même groupe qui ont en besoin.

A la condition nécessaire et suffisante qu'il y ait un contrôle effectif d'une société sur les autres sociétés du groupe que le lien entre elles soit direct (mères et filiales) ou indirect (sans lien direct du capital : société sœurs par exemple).

L'entreprise peut être une société de capitaux ou de personnes ou une entreprise individuelle.

Le capital des différentes sociétés peut donc être entre les mains d'une personne physique pourvu que les participations détenues le soient au titre de l'entreprise exploitée par cette même personne physique.

Les dépôts remis dans le cadre de ces opérations de trésorerie peuvent être à court, à moyen et à long terme.

En plus, aucune limitation de durée de ces dépôts n'est prévue pour ces entreprises et ce, contrairement à l'obligation faite aux banques de recevoir des fonds du public d'un terme inférieur ou égal à deux ans.

5.2. Au regard des dispositions sur les conventions réglementées

Le caractère courant de toute transaction financière intragroupe sera présumé, qu'il s'agisse de prêts, d'avances, de cautionnements, de gestion d'un pool de trésorerie...

L'appréciation du caractère normal des conditions de la transaction pourra, en revanche, être plus délicat ; ce caractère devra être recherché :

- en fonction de l'importance des montants en cause, au regard de la situation des sociétés en présence et notamment des possibilités financières de la société qui en supporte la charge,
- en fonction du taux appliqué au regard de la nature de l'opération et de sa durée, cette appréciation reposant sur les conditions en vigueur tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe.

6 - Abandon de créances, subventions et prêts sans intérêts

Ces opérations constituent toutes des conventions réglementées. En effet, le caractère habituel de ces transactions ne pourrait en aucune manière être recherché.

Section 5 : Quand apprécier le caractère normale des conditions d'une convention ?

Le caractère normal de la convention doit s'apprécier lors de la conclusion du contrat seulement et ne peut se prolonger tout au long de son exécution.

Cette limitation d'appréciation dans le temps est dictée par la nécessité d'assurer la sécurité des contrats. La lettre de l'article 56 de la loi 17-95 (et 64 de la loi 5-96) vise les conventions conclues et non les conventions comportant des conditions normales. D'ailleurs et plus généralement les conditions de validité d'une convention s'apprécient lors de sa conclusion.

SOUS PARTIE 2 : CONSEQUENCE DE LA QUALIFICATION DES CONVENTIONS REGLEMENTEES

CHAPITRE 1 : APPLICATION DE LA PROCEDURE PREVUE PAR LA LOI SUR LES SOCIETES COMMERCIALES

Une fois les conventions sont qualifiées de réglementées, il convient de leur appliquer la réglementation prévue par la loi. Pour ce faire, il est impératif de maîtriser les étapes de la procédure d'autorisation et d'approbation. Nous présenterons en détail la procédure au sein d'une SA que nous comparerons au fur et à mesure à celle applicables au sein des SARL.

Section 1 - Information de l'organe de gestion ou d'administration

1 - Modalités de l'information

L'article 58 premier alinéa dispose que « l'administrateur ou le directeur général intéressé est tenu d'informer le conseil d'administration dès qu'il a eu connaissance d'une convention à laquelle l'article 56 est applicable. Il ne peut prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée. »

La même obligation incombe au membre du directoire ou du conseil de surveillance dès qu'il a connaissance d'une convention qui doit être soumise à la procédure d'autorisation préalable.

Aucune disposition similaire n'est prévue pour les SARL. On peut penser que les gérants ne peuvent ignorer de telles conventions compte tenu du nombre limité des associés dans la SARL et bien sûr lorsqu'ils sont intéressés directement ou indirectement à la convention.

La même déclaration doit être faite pour les conventions conclues entre les sociétés et une entreprise ayant des dirigeants communs, bien que les modalités dans ce cas soient moins claires.

On peut toutefois considérer que la société doit avoir connaissance des intérêts de ses dirigeants dans une entreprise cocontractante. En effet, l'article 141 de la loi 17-95 prévoit qu' « à compter de la convocation de l'assemblée générale ordinaire et au moins pendant les quinze jours qui précèdent la date de la réunion, tout actionnaire a droit de prendre connaissance au siège social :

...

3) - de la liste des administrateurs au conseil d'administration, des membres du directoire et du conseil de surveillance, ainsi que le cas échéant, des renseignements concernant les candidats à ces organes ;

... »

La loi n'a pas précisé la nature des renseignements à fournir. Parallèlement, d'après la loi française, ce document d'information sur les administrateurs doit contenir : « les nom,

prénom usuel et domicile, soit des administrateurs et directeurs généraux, soit des membres du conseil de surveillance et du directoire, ainsi que le cas échéant, l'indication des autres sociétés dans lesquelles ces personnes exercent des fonctions de gestion, de direction, d'administration ou de surveillance ».

2 - Forme de l'information

Aucune forme n'est précisée par la loi. Elle peut donc être écrite, verbale ou consignée au procès verbal d'une réunion du conseil.

3 - Absence d'information du conseil

Bien que cette obligation ne soit pas sanctionnée par un texte et, au cas où l'administrateur intéressé se serait abstenu, les administrateurs qu'auraient eu néanmoins une connaissance de cette convention pourraient être tenus pour responsables du non respect des dispositions légales par application du premier alinéa de l'article 352 de la loi sur les SA « les administrateurs, les membres du directoire ou du conseil de surveillance sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes dans leur gestion. »

Section 2 - La délibération et le vote du conseil

1 - Conditions de l'autorisation

L'autorisation doit être :

Préalable

La loi exige que l'autorisation soit donnée avant la conclusion de la convention : le conseil ne doit pas être mis devant le fait accompli. La convention ne peut être autorisée avec effet rétroactif.

Particulière

Lorsque plusieurs conventions sont soumises au cours d'une même réunion, chaque opération doit être examinée de manière indépendante et faire l'objet d'une délibération particulière. Une autorisation générale équivaldrait à une absence d'autorisation.

Expresse

L'autorisation ne peut résulter de la simple exécution de la convention.

Définitive et non renouvelable.

La procédure d'autorisation préalable n'a pas à être réitérée si l'exécution de la convention se prolonge sur plusieurs exercices et tant que les conditions approuvées initialement n'ont pas été modifiées.

2 - Modalités de l'autorisation

2.1 - Organes compétents

Le conseil est appelé à statuer sur l'opération présentée. Pour délibérer valablement, il doit recevoir les informations suffisantes relatives à la nature de l'opération envisagée et à ses modalités.

Le conseil d'administration est seul compétent. Un comité d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance, ne pourrait pas valablement recevoir l'information et encore moins statuer sur l'opération.

2.2 - Règles de vote et de quorum

Conformément à l'article 58 alinéa 1, l'administrateur intéressé ne peut prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée. Il ne peut voter ni pour lui même ni comme mandataire ni même comme représentant permanent de la personne morale intéressée. En cas de participation à la décision, celle-ci encourt la nullité.

Quant au calcul du quorum, il ressort de l'application de l'article précité que l'exclusion de l'administrateur ne porte que sur la participation au vote et non sur le quorum.

Il apparaît important de souligner que l'autorisation doit être donnée après délibération : il ne suffit pas que chacun des membres soit informé de manière isolée. La procédure repose, en effet, sur un échange de vues qui ne peut se réaliser si les membres du conseil ne sont pas réunis.

Lorsque le conseil donne son accord, la convention peut être conclue, et elle produit immédiatement ses effets. Dans le cas contraire, c'est à dire de non-autorisation préalable, plusieurs situations sont à analyser selon que le conseil entend la soumettre ou non à l'assemblée générale pour couvrir la nullité (voir supra page 25 'les effets du non respect de la procédure dans les sociétés anonymes').

Section 3 : Information du commissaire aux comptes

D'après, le 2^e alinéa de l'article 58 « le président du conseil d'administration avise le ou les commissaires aux comptes de toutes les conventions autorisées en vertu de l'article 56 dans un délai de trente jours à compter de la date de leur conclusion et soumet celles-ci à l'approbation de la prochaine assemblée générale ordinaire. »

La décision doit être notifiée au commissaire aux comptes dans le délai d'un mois à compter de la date de l'autorisation pour les conventions nouvelles, indépendamment du fait qu'elles soient conclues ou non. Le délai est d'un mois à compter de la clôture de l'exercice pour les conventions antérieurement autorisées et poursuivies pendant l'exercice.

L'obligation d'information ne concerne pas, bien entendu, les opérations qui ont une origine antérieure à la nomination des dirigeants et qui ne sauraient être assimilées à des conventions réglementées.

Il n'existe aucune disposition réglementant les modalités pratiques de l'information du commissaire aux comptes. Mais, pour des raisons de preuve, il est recommandé que cette formalité soit faite par écrit. Il peut être utile de communiquer les documents permettant au commissaire aux comptes de motiver son rapport.

Section 4 : Intervention et rôle du commissaire aux comptes

Le rôle du commissaire aux comptes est d'informer l'assemblée générale par la présentation d'un rapport spécial distinct du rapport sur les opérations et comptes de l'exercice. Le commissaire aux comptes ne peut intervenir pour s'opposer à une autorisation. Il peut, cependant, relever tout fait de nature à éclairer les actionnaires sur la décision à prendre.

Si le texte ne fait mention que des conventions autorisées par le conseil, il n'en reste pas moins que le commissaire aux comptes doit faire part de toutes les conventions dont il a eu connaissance, même s'il n'en a pas été avisé. A fortiori, il doit relever les conventions interdites. Seules sont exclues les conventions libres. Mais le commissaire aux comptes n'est pas tenu d'opérer une recherche systématique de toutes les opérations qui pourraient constituer des conventions réglementées.

1 - Le contenu du rapport spécial

Le rapport doit contenir un certain nombre d'informations :

- l'énumération des conventions soumises à l'approbation de l'assemblée générale ;
- le nom des dirigeants intéressés, la nature et l'objet desdites conventions ;
- les modalités essentielles de ces conventions, et notamment l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes et commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés, des sûretés conférées ;
- toute indication permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées ;
- l'importance des fournitures livrées ou des prestations de services fournies ainsi que le montant des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice en exécution des conventions antérieures.

L'obligation mise à la charge du commissaire aux comptes apparaît assez étendue puisqu'il doit présenter aux actionnaires les renseignements suffisants pour leur permettre de statuer en toute connaissance de cause. Dans le cas où le conseil n'aurait pas fourni les éléments nécessaires pour informer valablement l'assemblée, le commissaire aux comptes est, bien évidemment, en mesure d'en demander communication au président.

Mais le commissaire aux comptes ne peut aller au delà de la simple information ; il ne peut se prononcer, par exemple, sur l'opportunité ou la valeur de la convention. Il n'a aucune possibilité à cet égard de s'immiscer dans la gestion.

2 - La communication du rapport

Le rapport du commissaire aux comptes est déposé au siège social quinze jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale. Il est tenu à la disposition des actionnaires qui peuvent

en prendre communication et ce, en vertu des dispositions de l'article 147 de la loi 17-95 : « sauf en ce qui concerne l'inventaire, le droit de prendre connaissance emporte celui de prendre copie. ».

Section 5 : Intervention de l'assemblée générale

1. Compétence de l'assemblée générale

L'assemblée générale ordinaire (art. 58 alinéa 2) est compétente pour statuer sur le rapport spécial du commissaire aux comptes. C'est en principe l'assemblée générale ordinaire annuelle, qui statue sur les comptes, qui est appelée à approuver les conventions préalablement autorisées par le conseil.

Néanmoins, le 3^e alinéa du même article parle de « l'assemblée qui statue sur ce rapport... » (rapport spécial). De même, l'article 61 alinéa 3 précise que la nullité, des conventions non autorisées préalablement par le conseil, peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial du ou des commissaires aux comptes.

Donc, il peut être conclu que toute assemblée ordinaire peut être valablement saisie pour statuer sur une convention.

2. Règles du quorum et de majorité

L'intéressé, administrateur ou dirigeant concerné par la convention, ne peut prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité (art. 58 dernier alinéa).

Ne peuvent également prendre part au vote :

- les représentants permanents des personnes morales intéressées,
- les personnes intéressées en tant que mandataires d'un ou plusieurs actionnaires.

Il doit y avoir autant de calculs de quorum et de majorité qu'il existe de conventions qui mettent en cause des intéressés différents.

3. Résolutions et votes

Chaque convention réglementée doit faire l'objet d'une résolution et d'un vote de l'assemblée.

Pour le vote de l'assemblée générale, toutes les actions détenues par les dirigeants intéressés à ces conventions doivent être exclus du calcul du quorum et de la majorité.

Les abstentions doivent être considérées comme des votes contre d'après la jurisprudence française (Versailles, 13^e Ch., 28 juin 1990, Bornot c/ Chazelas). Cette position nous paraît transposable au cas marocain car l'approbation est un acte positif qui doit être expressément manifesté.

CHAPITRE 2 : MISSION DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

Dans le cadre de la procédure d'autorisation et d'approbation des conventions réglementées, la loi attribue au commissaire aux comptes la responsabilité de présenter sur ces conventions un rapport à l'assemblée générale pour éclairer les actionnaires appelés à se prononcer sur ces conventions.

Il serait, par conséquent, opportun de définir la mission du commissaire aux comptes telle que prévue par la loi et les normes professionnelles.

Le manuel des normes marocaines d'audit légal et contractuel a précisé l'étendue des travaux à effectuer par le commissaire aux comptes ; le contenu et les modalités d'établissement du rapport spécial et ce, à la lumière de la nature de la mission qui lui est confiée par la loi.

Le commissaire aux comptes a une mission d'information et non d'avis sur l'utilité et le bien-fondé des conventions.

Section 1 : Etendue de la mission

La norme de travail relative aux conventions réglementées précise que :

« le commissaire aux comptes, en application des articles 58 et 97 de la loi 17-95, présente sur les conventions réglementées un rapport spécial destiné à informer les actionnaires ou les associés appelés à les approuver.

Le commissaire aux comptes n'a pas l'obligation de rechercher les conventions ; il examine celles dont il a eu connaissance, c'est à dire dont il a été avisé ou qu'il a découvertes à l'occasion des contrôles habituels. »

Il en ressort que la mission de commissaire aux comptes comporte deux volets :

- a - une attention lors de ses travaux conduits dans le cadre de sa mission générale ou des autres interventions pour identifier les conventions réglementées. En effet, à l'occasion de ces travaux, il peut avoir connaissance de certaines conventions qui auraient dû être soumises à la procédure d'approbation et d'autorisation.

Le commissaire aux comptes n'a pas donc à effectuer des recherches systématiques pour découvrir les conventions non autorisées, toutefois il reste vigilant lors de ses travaux à leur existence possible.

En principe, il appartient à la société contrôlée d'aviser exactement le commissaire aux comptes de la totalité des opérations rentrant dans le champ de la réglementation.

- b - Recherche des informations sur le contenu des conventions dont il a eu connaissance soit par le biais de la société soit par leur découverte directe.

Section 2 - Diligences

1 - Les conventions préalablement autorisées

A priori, celles-ci ne posent pas de problèmes d'identification. Le commissaire aux comptes devant être informé par le président du conseil dans le mois qui suit la conclusion d'une convention ou dans le mois qui suit la date de la clôture de l'exercice pour les conventions antérieures dont l'exécution s'est poursuivie.

Le commissaire aux comptes, en sa qualité de professionnel diligent, devrait :

- prendre connaissance des procès-verbaux des conseils d'administration pour identifier les conventions nouvelles ou parallèlement s'assurer qu'il en reçu avis ;
- consulter le rapport spécial de l'exercice précédent pour identifier les conventions antérieures qui nécessitent un suivi ou s'assurer qu'il en a bien reçu avis.

Les conventions dont le commissaire aux comptes a été avisé font de sa part l'objet d'un rapport spécial, même s'il apprécie que lesdites conventions ne constituent pas, de par leur nature, des conventions réglementées.

2 - Les conventions non autorisées préalablement : Attention du commissaire aux comptes lors de ses travaux

Elles sont plus difficiles à identifier. Cependant le commissaire aux comptes n'est pas tenu de procéder à des recherches systématiques pour les découvrir. Il doit seulement être vigilant lors de ses travaux habituels.

L'attention du commissaire aux comptes peut se manifester lors de plusieurs étapes de son intervention :

2.1 - Lors de la prise de connaissance de l'entité

Le commissaire aux comptes collecte les informations concernant :

- les dirigeants et les administrateurs, notamment les dates de nomination et de fin de mandat ainsi que les fonctions exercées dans d'autres entités. Le commissaire aux comptes peut demander et se servir de la liste prévue, à cet effet, par l'article 141 de la loi 17-95 ;
- les associés dans les SARL.

Ces informations seraient utiles dans le cadre de l'attention qu'il porte à l'existence possible des conventions réglementées.

2.2 - Lors des contrôles effectués sur les procédures et sur les comptes

Le commissaire aux comptes reste attentif aux opérations effectuées avec les personnes visées par la réglementation, notamment aux opérations qui :

- sortent de l'activité courante,
- sont conclues à des conditions particulières, bien que faisant partie de l'activité courante.

Sa vigilance s'exerce particulièrement dans les domaines suivants :

- comptes clients et fournisseurs ouverts aux noms des personnes visées par la réglementation ;
- ventes, achats et autres transactions entre sociétés du groupe (redevances, études, recherche et documents techniques...) ;
- comptes courants des personnes visées par la réglementation ;
- rémunérations versées à ces personnes (frais de personnel, honoraires...) ;
- prêts à plus ou moins d'un an ;
- engagements hors bilan (cautions, avals et garanties) ;
- examen des lettres de circularisation des sociétés liées et des banques.

3 - Recherche des informations sur le contenu des conventions dont le commissaire aux comptes a été avisé ou qu'il a découvertes

Le commissaire aux comptes examine les conventions dont il a eu connaissance ou qu'il a découvertes afin de :

- qualifier celles qui n'auraient pas fait l'objet d'une autorisation préalable ;
- collecter les informations nécessaires pour la présentation de son rapport ;
- vérifier la concordance de ces informations avec d'autres documents pertinents.

Nous signalons, à titre de comparaison, qu'en France, le commissaire aux comptes obtient les informations qu'il doit fournir dans son rapport et les vérifie par rapport aux documents de base dont elles sont issues. Tandis qu'au Maroc, les dirigeants avisent seulement le commissaire aux comptes de l'existence des conventions et lui laisse le soin de chercher et collecter les informations les concernant.

3.1 – Collecte des informations

Le rapport doit contenir un certain nombre d'informations à titre indicatif et non limitatif :

- l'énumération des conventions soumises à l'approbation de l'assemblée générale ;
- les noms des dirigeants intéressés (les gérants ou associés dans les SARL) ;
- la nature et l'objet desdites conventions ;
- les modalités essentielles de ces conventions, et notamment l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes et commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés, des sûretés conférées ;

- toute autre indication permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées ;
- l'importance des fournitures livrées ou des prestations de services fournies ainsi que le montant des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice en exécution des conventions antérieures.

L'obligation mise à la charge du commissaire aux comptes apparaît assez étendue puisqu'il doit présenter aux actionnaires les renseignements suffisants pour leur permettre de statuer en toute connaissance de cause.

Le commissaire aux comptes ne peut pas se limiter à présenter un rapport simplifié au motif que le conseil d'administration (ou la gérance) a fourni, ou a l'intention de fournir aux actionnaires (ou associés) des informations détaillées.

3.2 - vérification de la concordance des informations

Même s'il n'est pas expressément dit par la norme, le commissaire aux comptes est tenu, par prudence et en sa qualité de professionnel avisé, de vérifier la concordance des informations collectées avec d'autres documents.

Il rapproche ces informations aux vérifications effectuées dans le cadre du contrôle des comptes lorsque le montant enregistré est significatif.

Ainsi, le commissaire aux comptes examine :

- une copie de la convention,
- la délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sur la convention,
- les pièces comptables qui permettent le suivi de l'exécution de la convention et le chiffrage des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice.

Section 3 : Outils à la disposition du commissaire aux comptes

Le commissaire aux comptes n'est pas tenu à mettre en œuvre des diligences particulières pour la recherche des conventions, néanmoins, il pourrait user de certains outils spécifiques.

1 - Lettre circulaire du commissaire aux comptes

Les normes marocaines d'audit contractuel et légal prévoient que dans la pratique il est souhaitable que le commissaire aux comptes adresse aux dirigeants une lettre circulaire de demande d'information sur les conventions afin de lui permettre d'établir son rapport spécial.

Le commissaire aux comptes peut donc, par cette lettre, rappeler aux dirigeants leur obligation de l'informer de l'existence des conventions nouvelles autorisées ou des conventions antérieures dont l'exécution s'est poursuivie.

Ce rappel peut être également intégré dans la lettre de mission du commissaire aux comptes.

2 - fiche d'analyse des conventions

Ces fiches permettent de consigner les principales clauses et les modalités essentielles de chaque convention et permettent :

- de disposer des informations nécessaires à la préparation du rapport spécial,
- d'assurer un suivi des conventions d'un exercice sur l'autre.

3 - Tenue des dossiers de travail

Les normes d'audit marocaines précisent que :

« Des dossiers de travail sont tenus afin de documenter les contrôles effectués et d'étayer les conclusions du commissaire aux comptes.

Ces dossiers permettent par ailleurs de mieux organiser et maîtriser la mission et d'apporter les preuves des diligences accomplies. »

Les dossiers du commissaire aux comptes doivent par conséquent comporter une documentation suffisante pour justifier :

- les diligences effectuées notamment les correspondances avec les dirigeants au sujet de ces conventions réglementées,
- le contenu du rapport spécial.

3.1 - Dossier permanent

Il peut contenir :

- une copie de la convention,
- une copie du procès verbal du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, le cas échéant, ayant autorisé la convention,
- les feuilles de travail comportant la mise à jour de l'exercice :
 - fiches d'analyse des conventions
 - tableau des membres des organes de direction, d'administration et de surveillance,
 - liste des associés pour les SARL.

3.2 - Dossier de l'exercice

Le dossier de l'exercice peut comporter notamment les documents et informations suivants :

- lettres d'information sur les conventions reçues des dirigeants,
- documentation des contrôles effectués pour vérifier les informations chiffrées qui figurent dans le rapport (indexation d'un exemplaire du rapport spécial par rapport aux feuilles de travail contenues dans le dossier)
- synthèse des travaux effectués, conclusions, observations concernant les irrégularités constatées,
- projet du rapport spécial et copie de ce rapport définitif.

Section 4 : Rapport spécial sur les conventions réglementées

1 - Norme de rapport spécial sur les conventions réglementées

D'après les normes marocaines d'audit légal et contractuel « le commissaire aux comptes, en application de la loi, présente sur les conventions réglementées un rapport spécial, destiné à informer les actionnaires ou les associés appelés à les approuver. »

Cette norme a également prévu en annexes des modèles de rapports à utiliser.

Le commissaire aux comptes a une mission d'information, il ne doit en aucun cas, dans son rapport spécial, donner son opinion sur l'utilité, le bien-fondé ou l'opportunité des conventions. Il doit éviter de substituer son jugement à celui des actionnaires ou associés qui restent les seuls maîtres de leur appréciation et peuvent demander aux dirigeants des informations complémentaires.

La norme précitée énumère les indications que doit fournir le commissaire aux comptes dans son rapport spécial (voir ci-dessus section 2 § 3-1).

2 - Contenus des rapports

Le commissaire aux comptes peut être confronté à plusieurs situations qui peuvent impacter l'élaboration de son rapport et déterminer la nature des informations contenues dans son rapport.

2.1- Existence de conventions réglementées préalablement autorisées

Peuvent être aussi bien :

- des conventions nouvelles autorisées au cours de l'exercice,
- des conventions anciennes approuvées au cours des exercices antérieurs et dont l'exécution s'est poursuivie au cours de l'exercice.

Toutes ces conventions doivent être mentionnées dans le rapport, et ce même si le commissaire aux comptes apprécie que lesdites conventions ne sont pas des conventions réglementées. Les informations à fournir sont détaillées comme suit :

2.1.1 - Conventions conclues au cours de l'exercice

Le contenu du rapport concernant ces conventions est fixé par les normes d'audit légal et contractuel (développé ci-dessus).

2.1.2 - Conventions antérieurs dont l'exécution s'est poursuivie

Pour les conventions conclues au cours des exercices antérieurs, le commissaire aux comptes se limite au rappel de leur existence et peut réduire ses indications à celles qui sont nécessaires pour les identifier.

Elles sont présentées dans un paragraphe distinct du rapport.

A cet égard, la norme française prévoit la fourniture des informations suivantes :

- l'importance des fournitures livrées ou des prestations de services fournies, et
- le montant des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice, en exécution de ces conventions.

2.2 - Absence de conventions réglementées

Lorsque le commissaire aux comptes remarque l'absence de conventions réglementées parce qu'il n'en a pas été avisé et parce qu'il n'en a pas découvertes, il présente un rapport négatif indiquant cette situation.

2.3 - Existence des conventions non réglementées

Nous distinguerons selon que ces conventions sont soumises ou non à la procédure d'autorisation.

- **Si ces conventions non réglementées n'ont pas été soumises à la procédure :**

Aucune mention au niveau du rapport spécial.

- **Si ces conventions non réglementées ont été soumises à la procédure :**

Lorsque le commissaire aux comptes constate que des conventions qu'il estime ne pas être des conventions réglementées ont fait l'objet de la procédure d'autorisation, il est tenu de les mentionner dans son rapport spécial.

2.4 - Conventions non autorisées préalablement

Une convention non autorisée peut être :

- portée à la connaissance du commissaire aux comptes par le conseil d'administration qui, pour couvrir la nullité due à l'absence d'autorisation préalable, entend la soumettre à l'assemblée générale.
- Découverte par le commissaire aux comptes lors de ses travaux ; dans ce cas, le commissaire aux comptes met en œuvre les diligences prévues par la norme et demande aux dirigeants les raisons de l'absence d'autorisation. Enfin, il informe le conseil d'administration en cas d'irrégularité conformément à l'article 169 de la loi sur la SA.

Les conséquences de cette non autorisation sur le contenu du rapport :

2.4.1 - Convention portée à la connaissance du commissaire aux comptes

Lorsque le conseil d'administration porte à la connaissance du commissaire aux comptes une convention qu'il entend soumettre à l'assemblée générale pour couvrir sa nullité, dans ce cas le commissaire aux comptes, conformément à l'article 61 ou 99 de la loi 17-95 mentionne dans son rapport spécial les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie.

Si le commissaire aux comptes, sur sa demande, a reçu une explication écrite, il reproduit celle-ci purement et simplement ; s'il n'a pu obtenir d'explication écrite, il rapporte les explications orales qui lui auront été fournies par le conseil d'administration ou le directoire selon le cas. Le commissaire aux comptes n'a pas de commentaire à ajouter, l'assemblée étant seule habilitée à statuer. Toutefois, le commissaire aux comptes qui aurait connaissance de l'inexactitude des motifs invoqués doit le signaler.

2.4.2 - Convention découverte par le commissaire aux comptes

Lorsqu'il découvre lors de sa mission une convention non autorisée, il apprécie son caractère normal et courant afin de déterminer s'il s'agit ou non d'une convention réglementée. Au cas où il estime que la convention aurait dû être soumise à l'autorisation préalable, il informe de l'irrégularité le conseil d'administration. Deux cas peuvent se présenter :

- Si le conseil partage l'avis du commissaire aux comptes et entend soumettre la convention à l'assemblée générale pour couvrir sa nullité, voir ci-dessus 2.4.1.
- Si le conseil estime que la convention relève des conventions libres et si le commissaire aux comptes ne partage pas cette analyse, il mentionne cette position dans le rapport spécial dans le chapitre qui répond aux prescriptions et ce, que le conseil décide ou non de soumettre ces conventions à l'assemblée générale.

Finalement, afin de permettre à l'assemblée de statuer sur ces conventions en connaissance de cause, le commissaire aux comptes doit signaler les mêmes informations que celles exigées pour celles autorisées.

2.5 - Cas particulier : déclassement d'une convention

Le conseil d'administration décide de déclasser une convention réglementée en convention libre portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales. Le commissaire aux comptes n'approuve pas ce déclassement, doit-il la considérer comme une convention réglementée qui s'est poursuivie ou une convention non autorisée ?

Si le commissaire aux comptes estime que ces deux conditions (opération courante et conclue à des conditions normales) ne sont pas remplies, il doit s'en expliquer dans son rapport spécial en donnant toutes les précisions justifiant sa position.

Par ailleurs, si aucune modalité de la convention n'a été amendée, il est possible de la considérer comme une convention réglementée qui s'est poursuivie. Si, au contraire, certaines des dispositions ont été modifiées, le commissaire aux comptes devrait la considérer comme une convention non autorisée ; les modifications n'ayant pas été autorisées.

3 - Règles générales concernant le rapport spécial

3.1 - Structure du rapport spécial

Le rapport spécial est constitué par un document spécifique, distinct du rapport général.

Lorsque le rapport contient des conventions de l'exercice et des exercices antérieurs dont l'exécution s'est poursuivie, celles sont présentées dans deux paragraphes distincts.

Si le volume des opérations le nécessite, le commissaire aux comptes peut porter en annexe l'analyse desdites conventions, mais cette annexe fait partie intégrante et indivisible du rapport.

En cas d'absence de convention, le commissaire aux comptes présente un rapport négatif.

3.2 - Titre, date et signature du rapport

Titre du rapport

Le rapport peut être intitulé : 'Rapport spécial du commissaire aux comptes sur les conventions réglementées '

Date du rapport

La date du rapport doit respecter le délai de 15 jours au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale, pour permettre l'information de ses membres.

Signature du rapport

Les règles de signature du rapport spécial sont les mêmes que celles concernant le rapport général.

Le rapport spécial doit être signé par la (les) même(s) personne(s) ayant signé le rapport général.

4 - Communication du rapport

Le rapport est déposé au siège social quinze jours au moins avant la date de la réunion de l'assemblée générale ordinaire.

Les actionnaires ont le droit de prendre connaissance du rapport spécial au siège social et ce, à compter de la date de la convocation de l'assemblée soit dans le délai des quinze jours qui précèdent la date de la réunion (article 141). Selon l'article 147 de la loi 17-95, le droit d'en prendre connaissance emporte celui de prendre copie.

Aucune disposition légale n'impose la lecture du rapport spécial à l'assemblée générale.

Contrairement au rapport général, le rapport spécial est destiné aux seuls actionnaires. Il est d'un usage purement interne ; son dépôt au greffe n'est pas prévu par la réglementation.

5 - Liens avec le rapport général

Les irrégularités relevées par le commissaire aux comptes doivent être communiquées à la plus prochaine assemblée générale, dès lors :

- qu'elles sont relatives à l'objet direct de sa mission,
- et qu'elles présentent un caractère significatif.

L'irrégularité est donc mentionnée dans le rapport spécial sur les conventions réglementées et elle ne sera, en principe, signalée dans le rapport général que si elle a une incidence sur l'expression de l'opinion sur les comptes.

Les normes marocaines précisent que l'irrégularité liée à l'absence d'autorisation préalable doit être mentionnée dans le rapport général, dans la partie « vérifications spécifiques ».

Section 5 - Responsabilité du commissaire aux comptes

1 - Responsabilité civile

Le commissaire aux comptes a pour mission de permettre à tout partenaire de l'entité contrôlée d'avoir une connaissance suffisante de l'état de ces affaires. Le principe général de la responsabilité du commissaire aux comptes est énoncé par l'article 180 qui dispose que c'est la faute ou la négligence qui déclenche l'action en responsabilité civile contre le commissaire aux comptes.

En matière des conventions réglementées, la responsabilité civile du commissaire aux comptes peut être retenue :

- lorsqu'il n'a pas établi de rapport, ou
- lorsque son rapport est insuffisant.

1.1 - Absence du rapport du commissaire aux comptes

Plusieurs situations peuvent être distinguées :

1.1.1 - Convention autorisée portée à la connaissance du commissaire aux comptes

Lorsque, dans ce cas, le commissaire aux comptes omet de présenter un rapport spécial, sa faute est présumée. Quand bien même, le commissaire aux comptes ne soit tenu que d'une obligation de moyen dans ce cas on considère qu'il a une obligation de résultat.

S'il y a faute du commissaire aux comptes et pour que sa responsabilité soit retenue, la partie qui s'estime lésée devra prouver :

- qu'elle a subi un préjudice, et
- qu'il existe un lien de cause à effet entre la faute et le préjudice.

1.1.2 - Convention découverte par le commissaire aux comptes

Il convient de rappeler que le commissaire aux comptes doit également présenter un rapport spécial. Et il est tenu, dans ce cas, uniquement d'une obligation de moyens et c'est au demandeur qu'incombe la charge de prouver que le commissaire aux comptes, bien qu'ayant eu connaissance de la convention n'a pas établi de rapport.

La responsabilité du commissaire aux comptes peut toujours être retenue car même en l'absence de conventions réglementées il doit présenter un rapport négatif.

1.2 - L'insuffisance du rapport

Les normes d'audit précisent que le rapport spécial du commissaire aux comptes doit fournir 'toutes autres indications permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées'. Et la norme a listé les informations que doit contenir ce rapport.

On peut imaginer qu'un minoritaire agisse contre le commissaire aux comptes en soutenant que son rapport était insuffisant et ne lui a pas permis '*d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées*'.

Ce point de l'insuffisance du rapport est très discuté. Mais la question ne se pose pas si « l'insuffisance du rapport était telle qu'elle serait assimilable à une absence de rapport » position de la CNCC.

Il convient de ne pas perdre de vue que le commissaire aux comptes ne doit pas se prononcer sur le bien-fondé ou l'utilité des conventions.

2 - Responsabilité pénale

Les dysfonctionnements du commissariat aux comptes ne peuvent être sanctionnés par les tribunaux répressifs qu'au travers d'incriminations précises, puisque le principe de légalité des délits et des peines s'applique ici de toute sa rigueur.

Tout en se rappelant que la présence de beaucoup de ces incriminations n'est pas inévitable, on constate que pour notre étude s'impose la revue de celles commises dans l'exercice de la mission notamment les infractions associées aux délits des dirigeants et la non révélation des faits délictueux.

En fait, il est peu courant que, dans l'exercice de ses fonctions, le commissaire aux comptes se livre personnellement et pour son seul profit à des opérations délictueuses au sein de l'entreprise auditée. Mais, sa responsabilité pénale peut être bien engagée pour chef de complicité et c'est alors le droit commun de la complicité qui s'appliquerait.

Cette intrusion du droit commun pose un problème certain dès lors que l'on a prévu des incriminations spécifiques au commissariat aux comptes. La non révélation des faits

délictueux et la confirmation d'information mensongères n'étant en réalité que des cas de complicité érigés en délits distincts, il s'agira donc ici de cerner précisément la place du droit commun et celle du droit spécial. Cependant, dans un cas comme dans l'autre, se trouve toujours à la base de l'infraction une information délictueuse.

2.1 - Complicité pour infractions associées aux délits des dirigeants

S'agissant des infractions aux droits des sociétés, le commissaire aux comptes, même s'il participe activement au fait délictueux, sera condamné non comme auteur principal mais comme complice, car, le plus souvent, les textes incriminent les dirigeants.

Quant aux formes de la complicité, l'aide ou l'assistance d'une part et la fourniture de moyens d'autre part en constituent les deux plus courantes. En principe, il faut toujours un acte positif de participation active pour que le délit de complicité soit établi. A la différence de la simple information mensongère, la complicité implique que l'agent ait sciemment voulu contribuer à la perpétration des faits incriminables. Des décisions jurisprudentielles ont considéré que cet élément intentionnel est établi dans le cas d'une simple abstention, voire d'une simple négligence professionnelle du commissaire aux comptes. C'est la thèse dite de 'la complicité objective'. Car le commissaire aux comptes est parfaitement au courant de l'objet de sa certification. Il faut bien voir que la certification a un impact si fort qu'elle peut constituer, à elle seule, le fait matériel positif établissant la complicité. Plusieurs cas de complicité peuvent être évoqués :

- complicité de fraude fiscale ;
- complicité à l'occasion d'abus de biens sociaux ;
- complicité assortie de recel d'abus de biens sociaux.

2.2 - Non révélation des faits délictueux

La norme 212 stipule que « *les commissaires aux comptes, aux termes de l'article 169 de la loi 17-95, portent à la connaissance du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance les irrégularités et inexactitudes qu'ils auraient découvertes ainsi que les faits leur apparaissant délictueux dont ils eu connaissance dans l'exercice de leur mission* ».

Le risque essentiel pour le commissaire aux comptes est donc celui d'être poursuivi pour non révélation des faits délictueux. Mais, la condamnation suppose :

- que le commissaire aux comptes ait eu connaissance du fait délictueux, et
- que soit rapportée la preuve de mauvaise foi.

Il convient ainsi de cerner la notion de fait délictueux en général et en matière de conventions réglementées et de préciser la forme de la révélation.

2.2.1 - Nature des faits délictueux

Les faits délictueux concernés sont tous ceux dont le commissaire aux comptes a eu connaissance lors de l'exercice de sa mission et qui constituent une infraction visée par les lois sur les sociétés commerciales (loi 17-95 sur la société anonyme, loi 5-96 sur la SARL et

les autres entités) ou une infraction prévue par d'autres textes pourvu que, dans le dernier cas, elle présente une incidence significative sur les comptes sociaux.

D'après les normes d'audit légal et contractuel marocaines, une irrégularité ou inexactitude est jugée avoir une importance significative si :

- elle modifie sensiblement la présentation de la situation financière, du patrimoine ou du résultat, ou l'interprétation qui peut en être faite,
- ou porte ou est de nature à porter préjudice à l'entreprise ou à un tiers.

L'appréciation du caractère significatif d'une constatation est l'une des tâches les plus délicates de la mission du commissaire aux comptes.

En France, deux conditions doivent, désormais, être remplies pour qu'un fait soit révélé :

- avoir une importance significative sur les capitaux propres ou exercer une influence sur l'évolution des résultats,
- avoir un caractère délibéré qui s'apprécie par rapport à des éléments objectifs démontrant la conscience que pouvait avoir l'auteur de l'infraction de ne pas respecter la réglementation en vigueur. Ainsi, la régularisation de l'infraction dans des délais brefs constitue un indice, certes non déterminant, mais précieux de la bonne foi permettant d'écarter l'intention délibérée.

2.2.2 - Existence éventuelle des faits délictueux en matière de conventions réglementées

Certaines conventions peuvent faire apparaître que les dirigeants, du fait de leur position dans la société, ont conclu des opérations dans leur intérêt personnel. Ainsi l'application stricte de la procédure n'exclut-il pas l'existence de faits délictueux pouvant faire l'objet d'une révélation.

Le non respect des procédures prévues pour les conventions réglementées ne constitue pas, par lui même, un fait délictueux commis par l'administrateur intéressé et ne donne pas lieu à des sanctions pénales. Néanmoins, cette absence pourrait pousser le commissaire aux comptes à chercher si elle ne cache pas d'autres abus (de pouvoirs ou de biens sociaux).

Le délit d'abus de pouvoir, par exemple, suppose la réunion des éléments constitutifs suivants :

- l'usage des pouvoirs détenus par le mandataire social,
- un usage contraire aux intérêts économiques de la société,
- la poursuite d'un but personnel,
- la mauvaise foi.

Ainsi le défaut d'observation de l'autorisation préalable ne donne pas lieu systématiquement au délit d'abus de pouvoirs. Toutefois, lorsque les autres éléments constitutifs du délit sont réunis, le manquement à cette obligation légale pourra conforter le commissaire aux comptes dans son appréciation de la mauvaise foi du dirigeant partie à la convention.

2.2.3 - Forme de la révélation

Deux cas sont à distinguer :

- Révélation au conseil d'administration, ou au directoire et au conseil de surveillance. Dans ce cas aucune forme de révélation n'est prévue par la loi. Le commissaire aux comptes gagnerait, cependant en prudence à faire part de ses remarques soit par écrit (lettre), soit par consignation dans le procès verbal de la réunion de ces organes.
- Pour la révélation à l'assemblée générale, l'article 180 prévoit clairement que le commissaire aux comptes doit en faire état dans son rapport à l'assemblée générale.

2.2.4 – A quel organe le commissaire aux comptes devrait-il révéler les faits délictueux ?

La non-révélation des faits délictueux peut engager la responsabilité civile et/ou pénale du commissaire aux comptes.

En effet, l'article 180 de la loi 17-95 prévoit que les commissaires aux comptes restent civilement responsables des infractions commises par les dirigeants, si, en ayant connaissance lors de l'exécution de leur mission, ne les ont pas révélés dans leur rapport à l'assemblée générale.

Et la révélation des faits délictueux aux organes de gestion ou d'administration permet au commissaire aux comptes de couvrir sa responsabilité pénale et de ne pas encourir les sanctions pénales prévues par l'article 405 « *sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de 10.000 à 100.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement tout commissaire aux comptes qui,...., n'aura pas révélé aux organes d'administration, de direction ou de gestion les faits lui apparaissant délictueux dont il aura connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions.* »

En revanche, le commissaire aux comptes doit être vigilant en matière de révélation et doit bien examiner les faits lui apparaissant délictueux car il reste tenu aux règles de secret professionnel sous peine de tomber sous le coup de l'article 446 du code pénal (annexe 2).

De ces dispositions, il est possible, à notre sens, de conclure ce qui suit :

La responsabilité pénale du commissaire aux comptes ne sera pas, a priori, recherchée en cas de révélation des faits délictueux aux organes de gestion et d'administration. Mais, sa responsabilité civile peut toujours être recherchée au cas où il ne révélerait pas les faits délictueux à l'assemblée générale comme stipulé par l'article 180.

Peut-on ainsi confirmer que le commissaire aux comptes est plus tenu de révéler les faits délictueux aux organes de gestion pour ne pas encourir des sanctions pénales. Et qu'il a le choix ensuite de ne pas les révéler à l'assemblée générale sous peine, bien entendu, d'engager sa responsabilité civile ?

Peut-on par ce choix assister à un arbitrage fait par le commissaire aux comptes entre d'une part l'engagement de sa responsabilité civile qui engendre des réparations de dommages subis par des tierces personnes et dont l'ampleur n'est pas toujours préalablement connue et d'autre

part la révélation des faits délictueux à l'assemblée générale qui peut également avoir d'autres conséquences considérables.

3 - Prescription

En vertu de l'article 181, les actions en responsabilité contre le commissaire aux comptes se prescrivent par cinq ans à compter du fait dommageable ou de sa révélation s'il a été dissimulé.

Le délit de non révélation des faits délictueux est une infraction instantanée dont la prescription de cinq ans court du jour où le commissaire aux comptes a eu connaissance de ces faits.

Une décision de la chambre criminelle de la cour de cassation française a conclu au fait que lorsqu'il est établi que le commissaire aux comptes a eu connaissance de ces faits avant qu'il certifie les comptes mais que le moment où il en a eu connaissance n'a pas pu être défini avec précision, la prescription court au plus tard à compter de la date de cette certification (Cass. Crim. 9 mars 1999).

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

La délimitation du champ des conventions réglementées pose des problèmes pratiques considérables ; la qualification d'une convention donnée en convention réglementées suppose la réunion de plusieurs critères.

Nous avons développé dans cette partie ces critères dans un ordre successif permettant, au cas où un critère ferait défaut, d'écarter d'emblée la convention sans avoir besoin d'analyser ou d'étudier les critères suivants. Le classement des critères est fait par ordre de difficulté croissant.

Le premier critère tient à vérifier si les parties à la convention sont des personnes visées par la loi. En effet, la loi a listé des personnes physiques et morales et a également retenu le cas de l'intérêt indirect et de l'interposition des personnes. Ces deux dernières notions sont plus difficiles à cerner et à prouver car l'interposition de personnes ne se présume pas mais doit être prouvée.

Le second critère se penche sur le caractère conventionnel de l'acte en question et ce, au regard du droit des contrats et du droit des sociétés commerciales. Ainsi, avons nous recours aux dispositions du D.O.C même s'il semble que les conventions réglementées cessent d'être régies par le droit des contrats.

Après ces deux critères, nous arrivons à ceux qui permettent de distinguer les conventions réglementées des conventions libres à savoir : caractère d'opération courante et de conditions normales. Nous avons préféré donner des critères généraux d'appréciation au lieu de se référer à des cas spécifiques.

Le caractère courant d'une opération est apprécié non seulement par référence à l'objet social mais encore plus par référence à l'activité habituelle de la société.

Le caractère normal des conditions de conclusion des conventions est apprécié au regard des prescriptions du droit contractuel (équilibre du contrat, engagements contenus dans le contrat,...). D'autres références d'appréciation internes et externes à la société peuvent être retenues et la plus primordiale serait l'intérêt social. L'appréciation du caractère normal des conditions d'une convention passe également par une analyse des clauses des contrats aussi bien les clauses principales que celles accessoires.

L'appréciation des opérations courantes et du caractère normal des conditions des conventions dans le cadre d'un groupe de société peut prendre une forme spécifique.

Si le caractère courant des conventions dans les groupes peut être présumé, le caractère normal de leurs conditions devra être justifié par la société et apprécié par le commissaire aux comptes au vu des informations qui lui seront données.

Le commissaire aux comptes devra donc tout particulièrement faire preuve de pertinence de jugement dans ses travaux, sans pour autant tomber dans une application trop extensive des textes qui risquerait d'altérer la qualité de l'information des actionnaires.

Il pourra, pour l'accomplissement de cette mission, s'appuyer sur les conventions écrites dans les groupes ou sur des règles de procédure interne fixant les modalités des relations intragroupe.

Il est nécessaire de s'interroger lorsque une transaction à l'intérieur du groupe s'écarte du juste prix. Car les conventions entre sociétés d'un même groupe ne sont que très exceptionnellement conclues à des conditions normales, du moment qu'elles tiennent compte des liens qui unissent par ailleurs les deux contractants et de l'intérêt du groupe. Il n'est donc pas possible de se soustraire aux formalités applicables aux conventions réglementées, même si elles interviennent entre une société mère et une filiale détenue en totalité. L'intérêt de tiers peut justifier ce formalisme assez lourd car les créanciers de la filiale ne sont pas forcément ceux de la mère.

La qualification d'une convention en convention réglementée a comme conséquences immédiates d'une part l'obligation d'appliquer et de respecter la procédure d'autorisation ou d'approbation prévue la loi applicable selon la forme juridique de la société et d'autre part l'intervention du commissaire aux comptes, le cas échéant.

Le rôle du commissaire aux comptes est d'informer l'assemblée générale par la présentation d'un rapport spécial distinct du rapport sur les opérations et comptes de l'exercice. Le commissaire aux comptes ne peut intervenir pour s'opposer à une autorisation. Il peut, cependant, relever tout fait de nature à éclairer les actionnaires sur la décision à prendre.

Si le texte ne fait mention que des conventions autorisées par le conseil, il n'en reste pas moins que le commissaire aux comptes doit faire part de toutes les conventions dont il a eu connaissance, même s'il n'en a pas été avisé. Seules sont exclues les conventions libres. Mais le commissaire aux comptes n'est pas tenu d'opérer une recherche systématique de toutes les opérations qui pourraient constituer des conventions réglementées.

L'obligation mise à la charge du commissaire aux comptes apparaît assez étendue puisqu'il doit présenter aux actionnaires les renseignements suffisants pour leur permettre de statuer en toute connaissance de cause. Dans le cas où le conseil n'aurait pas fourni les éléments nécessaires pour informer valablement l'assemblée, le commissaire aux comptes est, bien évidemment, en mesure d'en demander communication au président.

Mais le commissaire aux comptes ne peut aller au delà de la simple information ; il ne peut se prononcer, par exemple, sur l'opportunité ou la valeur de la convention. Il n'a aucune possibilité à cet égard de s'immiscer dans la gestion.

Toutefois le commissaire aux comptes doit mettre en œuvre des diligences minimales et doit accomplir sa mission selon les exigences de la loi et des normes professionnelles sous peine de voir sa responsabilité civile ou pénale remises en cause.

La responsabilité civile est généralement recherchée en cas de préjudice causé à autrui suite à l'absence ou à l'insuffisance du rapport spécial sur les conventions réglementées.

La responsabilité pénale du commissaire aux comptes ne peut être mise en jeu que pour des incriminations précises. Les délits et les peines doivent être expressément prévues par la loi. Le commissaire aux comptes doit ainsi se prémunir contre le risque d'être suspect de complicité pour infractions associés aux délits commis par les dirigeants ou pour non-révélation des faits délictueux.

DEUXIEME PARTIE : ANALYSE JURIDIQUE ET FISCALE DES CONVENTIONS REGLEMENTEES

INTRODUCTION

Les conventions réglementées sont présumées comporter un conflit d'intérêt avec la société ; pour être valides, elles doivent être conclues dans l'intérêt de cette dernière.

De même, comme toute convention, la validité des conventions réglementées dépend entre autre de leur respect de l'ordre public. Cet aspect mérite une attention particulière car ces conventions peuvent cacher des délits et des infractions à d'autres lois.

Le respect de l'ordre public s'impose avec force sous peine d'engager la responsabilité des dirigeants et de la personne morale.

Après avoir développer les étapes et les critères permettant la qualification des conventions réglementées, l'objectif poursuivi tout au long de la partie suivante est essentiellement de fournir quelques éléments clés de l'analyse juridique quant à la validité des conventions réglementées et ce, en explicitant la notion d'intérêt social et l'obligation de respecter l'ordre public conditions sine qua non pour la validité des conventions réglementées.

En effet, toute convention doit respecter l'ensemble des prescriptions légales. Celles-ci sanctionnées par les tribunaux, en cas de litige, à la fois :

- Par souci de sauvegarder un certain ordre public édicté, soit dans l'intérêt supérieur de la nation, soit pour protéger certaines catégories de parties ou de tiers, et
- Par la nécessité de faire valoir, en affaires, une certaine moralité et une certaine sécurité.

Il convient de noter que le non-respect de l'ordre public constitue généralement une infraction pénalement réprimée. Certes nous ne pouvons pas dresser un inventaire complet des stipulations ou clauses contraires à l'ordre public, mais nous mettrons plus au clair la notion d'ordre public.

Parmi les infractions, certaines sont plus fréquentes, importantes et sévèrement punies telles que l'abus des biens sociaux, l'abus de majorité. Tandis que d'autres infractions peuvent engager la responsabilité de la personne morale en cas d'infraction à la loi sur la concurrence, ou en encore à la loi fiscale par exemple.

SOUS PARTIE 1: ANALYSE JURIDIQUE DES CONVENTIONS REGLEMENTEES

CHAPITRE 1 : LES CONVENTIONS REGLEMENTEES DOIVENT ETRE CONCLUES DANS L'INTERET DE LA SOCIETE

Les organes sociaux doivent agir dans l'intérêt de la société. Ainsi, le respect de l'intérêt social apparaît-il également comme une condition de validité des conventions conclues entre les dirigeants des SA ou encore les gérants ou associés des SARL d'une part et les sociétés commerciales d'autre part.

La notion d'intérêt social a été, assurément, conçue pour que le juge y recoure dans des cas très variés de conflits d'intérêts, notamment pour rechercher si un dirigeant à abuser des biens ou du crédit de la société ou des pouvoirs et des voix dont il dispose et le sanctionner le cas échéant ; pour apprécier si la demande de convocation d'une assemblée générale présentée par le commissaire aux comptes est justifiée ; pour déterminer si la majorité ou la minorité des actionnaires abuse de son contrôle ou de sa faculté de blocage ; pour ordonner ou refuser une expertise judiciaire ...

Plusieurs décisions judiciaires reposent sur cette notion, notamment en cas de sa menace ou de sa violation.

Toutefois, il est certain que « jamais, à lui seul, l'intérêt social ne produit des effets juridiques » (G. Sousi, Intérêt du groupe et intérêt social, JCP éd. E 1975, II, p.381) ou que la notion « manque d'autonomie » (M-C Monsallier, l'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ 1998). Car, de manière générale, le juge recourt à deux ou plusieurs critères lorsque l'un d'eux est l'intérêt de la société. Ceci est dû parfois au texte à appliquer ; ainsi le délit d'abus de biens sociaux suppose-t-il la réunion de plusieurs éléments constitutifs et notamment à la fois un usage contraire aux intérêts économiques de la société et la poursuite de fins personnelles. Ce qu'il convient de souligner c'est la prééminence de l'intérêt supérieur de la société personne morale sur tous les intérêts catégoriels ou individuels susceptibles d'être évoqués.

L'exemple le plus parlant : le délit d'abus de biens sociaux est établi bien que la société soit composée de la famille du prévenu ou que les associés ont donné leur assentiment à l'acte contesté, au demeurant même le gérant d'une SARL unipersonnelle peut commettre un abus de biens sociaux.

Section 1 : La notion d'intérêt social

1. Définition de l'intérêt social

La notion d'intérêt social, qualifiée par le Professeur A. Viandier de « concept majeur du droit des sociétés », peut être a priori délimitée en trois points :

En premier lieu, l'intérêt social est l'intérêt général de la société qui transcende les intérêts particuliers qui sont susceptibles d'être concernés.

En second lieu, l'intérêt social implique que la société ne doit pas supporter des charges indues sans contrepartie pour le développement de son activité ou de ses profits.

Enfin de manière sous-jacente, l'intérêt social implique que, tant que la dissolution de la société n'est pas prononcée, associés et dirigeants doivent s'efforcer à en assurer autant que faire se peut la prospérité continue et le bon fonctionnement en respectant le pacte social.

Selon MM Cozian et Viandier, l'intérêt social est « la boussole qui indique la conduite à suivre et permet de détecter les déviations »

Plusieurs articles tirés de la législation marocaine (listés en annexe 4) ont cité l'intérêt social ainsi que d'autres notions qui lui sont proches notamment :

- les intérêts économiques de la société : cités par les articles relatifs à la répression des délits d'abus de biens sociaux, de pouvoirs et de voix (article 384 de la loi 17-95 et l'article 107 de la loi 5-96),
- En revanche, en matière de droit civil : une jurisprudence relative à l'application de l'article 77 du D.O.C et concernant la responsabilité des administrateurs des sociétés paraît riche et se réfère aux notions suivantes :
 - intérêt de la société,
 - intérêt de la collectivité des actionnaires.

Il est légitime de se questionner si ces notions sont substituables donc s'il est possible d'utiliser l'une au lieu de l'autre ou finalement qu'il y a bien des nuances qu'il convient de clarifier.

L'intérêt social s'impose, en effet, incontestablement à toutes les catégories d'intérêts concernés par l'existence et l'activité de la société ; mais sa prééminence est nuancée selon la catégorie des intérêts en cause. Au point que l'on pourrait déceler plusieurs concepts d'intérêt social :

- intérêt de la société,
- intérêt commun des actionnaires, et
- L'intérêt de l'entreprise commune.

Il dépend tout simplement de la nature de la relation à la société qu'il s'agit d'apprécier. Ces relations ne sont pas toutes équivalentes.

Les associés sont les contractants fondateurs de la société ou leurs remplaçants. Les dirigeants sont des organes de la société, le commissaire aux comptes a également une fonction organique. En revanche, tous les autres partenaires (clients, fournisseur, salariés, banques, ...) ne sont que des contractants avec la société.

2 - Intérêt social et divergence d'intérêts entre dirigeants et actionnaires

Cette divergence d'intérêts entre actionnaires et dirigeants est induite par la tendance croissante de dissociation entre capital et pouvoir notamment pour les sociétés cotées en bourse.

Les dirigeants cherchent à pratiquer une «stratégie d'enracinement» tendant à conforter leur situation personnelle, à accroître leur pouvoir et leurs gains ainsi qu'à prolonger la durée de leurs fonctions contrairement aux actionnaires qui cherchent légitimement à maximiser leurs profits.

Pour atténuer l'ampleur de cette divergence, de nombreux dispositifs ont été proposés, règles déontologiques, dispositions pratiques ou techniques financières : octroi des stocks options aux dirigeants ou rémunérations variables en fonction de divers critères financiers visant à accorder les intérêts des dirigeants à ceux des actionnaires. Et au niveau juridique, l'intérêt social permet de repérer ou de réprimer cette divergence.

3 - A qui s'impose le respect de l'intérêt social

3.1 - Dirigeants

L'intérêt social s'impose avec force aux dirigeants, tenus d'une obligation de loyauté plus étendue que celle des associés, qui doivent en toutes circonstances le respecter.

Les membres du conseil d'administration et plus particulièrement son président ou directeurs généraux sont désignés pour agir au nom de la société, pour la représenter, pour défendre l'intérêt social. Chargés d'incarner celui-ci, ils sont astreints non seulement à y subordonner leur action, mais encore à agir pour le faire prévaloir.

Ainsi le dirigeant d'une société est-il recevable à demander au nom de celle-ci l'annulation des conventions contraires à l'intérêt social. De même, les dirigeants doivent-ils, bien entendu, s'opposer aux agissements abusifs d'autres dirigeants dès lors du moins qu'ils en ont connaissance par le refus d'autoriser les conventions suspectes par exemple.

3.2 - Les actionnaires

Les actionnaires doivent aussi se préoccuper de l'intérêt social notamment en cas de carence ou de faute des organes sociaux. Ils disposent de l'action ut singuli qui permet à l'un ou plusieurs d'entre eux d'intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs et notamment se constituer partie civile. De même, ils ont la possibilité de recourir à l'action civile en réparation des préjudices individuels subis par eux.

L'intérêt social doit être respecté par l'associé dans le cadre défini par le pacte social mais dans la limite des engagements qu'il a souscrit en cette qualité.

3.3 - Les autres partenaires

Les autres partenaires de la société (« stake holders » salariés, créanciers, fisc, fournisseurs..) ne peuvent poursuivre que la réparation des préjudices qui leurs seraient causés par des

agissements contraires à l'intérêt social et ne sont en aucun cas recevables à se prévaloir directement au pénal du délit d'abus de biens sociaux par exemple.

3.4 - Les commissaires aux comptes

Les commissaires aux comptes jouent un rôle organique dans la société même s'ils ne doivent pas s'immiscer dans la gestion, leur mission comporte implicitement la vérification de l'absence d'atteinte à l'intérêt social. L'article 169 de la loi sur la SA leur impose de signaler au conseil d'administration, au directoire et au conseil de surveillance les inexactitudes et irrégularités relevées par eux et de révéler les faits délictueux dont ils ont eu connaissance à l'assemblée générale (article 180 de la loi sur la SA) sous peine d'engager leur responsabilité civile.

Section 2 : Appréciation de l'intérêt social

1 - Dirigeants

C'est d'abord au conseil d'administration qu'il appartient de veiller à ce que les décisions de la direction générale comme les siennes propres satisfassent l'intérêt social qui traduit l'intérêt commun des actionnaires. C'est à ce titre notamment qu'il est appelé à autoriser préalablement les conventions intervenant entre la société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux et qui pourraient présenter un conflit d'intérêts.

Les administrateurs doivent se faire à tout moment, en conscience, une opinion de l'intérêt social et exprimer cette opinion par un vote librement émis.

2 - Actionnaires

Le dernier mot appartient aux actionnaires réunis en assemblée générale dont les décisions traduisent leur commune conception de l'intérêt social c'est à dire de leur intérêt commun. Ils peuvent modifier ces décisions prises par le conseil d'administration. Et s'ils estiment que la conception de l'intérêt social par les membres du conseil d'administration ne coïncide pas avec celle qu'ils ont de leur intérêt commun, les actionnaires peuvent les révoquer et en nommer d'autres. L'assemblée générale apprécie l'intérêt social en dernier ressort.

3 - Le juge

Néanmoins, si les actionnaires ont des vues divergentes, le juge est saisi en «ultime recours ». Mais, il doit se borner à un contrôle de la validité des décisions prises ou à la mesure de la portée du dissentiment. Il ne peut, si les décisions ne sont pas à la fois manifestement contraires à l'intérêt social et prise par le majoritaire dans l'unique dessein de favoriser son intérêt propre au détriment des minoritaires, les annuler ou les réformer pour substituer à la conception majoritaire de l'intérêt social une autre conception ; et il ne peut dissoudre la société si elle n'est pas en situation de dysfonctionnement paralysant.

D'où un risque indéniable pour l'actionnaire minoritaire soumis à la loi de la majorité et qui n'est garanti que contre les décisions dont le caractère abusif est clairement établi.

En résumé, l'intérêt social, tel qu'il peut être perçu par la jurisprudence, est bien l'intérêt supérieur de la personne morale qui transcende les divers intérêts et tient compte de la nature de la relation particulière de chaque catégorie d'intéressés avec la société.

Section 3 : Rapprochement entre l'intérêt social et l'intérêt commun des actionnaires

Certains adeptes de la thèse contractuelle de la société, ont cherché à substituer la notion d'intérêt commun des actionnaires à celle d'intérêt social et ce, en considérant que la société est constituée dans l'intérêt commun des associés et en vue de partager les bénéfices réalisés.

L'intérêt commun des actionnaires impliquerait en effet la réalisation du plus grand bénéfice social dans le seul intérêt des actionnaires, alors que l'intérêt social s'identifierait à celui de prévaloir la prospérité et la continuité de celle-ci.

Ces deux notions ne paraissent pas contradictoires pour la plupart des sociétés commerciales et particulièrement pour les sociétés cotées.

1 - La continuité et la prospérité de l'entreprise commune

L'entreprise ou plus précisément l'activité lucrative est exercée par la société dotée d'organes spécifiques et non par les associés eux mêmes pour une longue durée et non pour une opération ponctuelle. La durée fait partie du programme des associés, elle est d'ailleurs prévue par les statuts qui doivent être respectés par les administrateurs sauf à engager leur responsabilité.

Bien entendu les associés espèrent la prospérité et la prolongation de la durée de leur entreprise commune. Ceci n'empêcherait pas les actionnaires de veiller à leur intérêt commun par la répartition des bénéfices réalisés. En fait, le découpage de la vie des sociétés en exercices sociaux leur permettrait de décider annuellement de la distribution des richesses créées, d'autant plus que les décisions de partage relève du choix des actionnaires.

Ils sont généralement conscients que les sommes non distribuées et donc réinvesties ne sont nullement soustraites à un partage différé, s'il en est fait bon usage (plus value sur les actions, distributions des réserves, distribution d'actions gratuites,...). Ce n'est qu'au moment de la liquidation qu'un partage intégral est effectué.

Si les associés estiment qu'il n'est plus de leur intérêt de continuer l'exploitation de l'entreprise ils peuvent décider la dissolution de la société et procéder à sa liquidation même si les dissolution à l'initiative des actionnaires sont très rares. Dans le cas contraire, ils sont présumés avoir considéré que leur intérêt commun est de continuer l'exploitation de leur entreprise commune en vue de sa prospérité future. Et, tel est le cas de toutes les sociétés bénéficiaires et même économiquement viables.

2 - Appropriation de la valeur créée

La prospérité et la continuité de l'entreprise commune permet d'augmenter la valeur de l'action compte tenu de la valeur actualisée du potentiel de croissance de l'entreprise.

Et par conséquent, l'actionnaire pourrait céder ses actions pour s'approprier de la valeur appréciée de ses actions.

Il ressort de ce qui précède que l'intérêt des actionnaires et l'intérêt social ne divergeraient pas à cet égard, puisque l'un comme l'autre ont pour objectif la création maximale de la valeur par l'amélioration des perspectives de profits futurs, ce qui implique la prospérité croissante et continue de l'entreprise commune.

Section 4 : Intérêt social et intérêt de l'entreprise commune

L'expression 'entreprise commune' désigne l'activité lucrative génératrice des profits escomptés par les associés et non la structure économique constituée pour exercer cette activité. L'exemple de la location gérance du fonds de commerce met en évidence la dissociation qui existe entre l'entreprise commune des actionnaires qui se poursuit à travers un nouveau mode d'exploitation et l'entreprise structure économique, ensemble organisé de moyens de production et de commercialisation.

De ce fait, il est d'usage de promouvoir 'l'intérêt de l'entreprise' vu l'existence d'autres intérêts, que ceux des actionnaires, par exemple ceux des salariés et créanciers.

S'agissant des droits des tiers, il suffit de signaler que la société, en tant que personne morale est une entité distincte de ses membres, elle dispose d'un patrimoine distinct et que l'abus des biens sociaux porte atteinte non seulement aux intérêts des associés mais aussi à ceux des tiers qui contractent avec elle.

Ce qui signifie que les associés doivent respecter la personne morale qu'ils ont créée dans leur intérêt commun et qui a dû, en tant qu'être juridique autonome, contracter avec les tiers. Méconnaître les engagements qu'elle a souscrits nuit nécessairement à cette activité et partant à l'intérêt commun.

L'arrêt Fruehauf (annexe 4), a mis sur le même plan le risque de ruine définitive de l'équilibre financier et de crédit moral de la société (ce qui est une atteinte à l'intérêt social) et le risque de licenciement de 600 ouvriers, semblait substituait l'intérêt de l'entreprise comme structure de production à celui de la société.

Section 5 : Arbitrage permanent entre les intérêts contradictoires

Les dirigeants n'ont pas la charge des intérêts de leurs cocontractants, ils ont la charge de la société et le seul intérêt qu'ils doivent poursuivre est l'intérêt de la société en d'autres termes ils ne doivent conclure qu'à des conditions qui favorisent la continuité et la prospérité de l'entreprise commune.

C'est précisément, parce qu'ils sont confrontés à une grande variété d'intérêts concurrents qu'ils ont besoin d'une « boussole » efficace, que leur fournit justement le concept d'intérêt social : car ils cherchent la solution la plus fructueuse pour l'entreprise commune.

1 - Intérêt des co-contractants

la première cause de divergence tiendrait à ce que la poursuite de l'intérêt social impliquerait un arbitrage permanent entre les intérêts contradictoires, non seulement des actionnaires, mais aussi des salariés, des clients, des fournisseurs ou des créanciers et conduirait ipso facto à négliger celui des actionnaires.

La société en tant qu'agent économique autonome serait obligée de conclure des contrats avec les tiers divers. Ces contractants ont un intérêt propre de la continuité et la prospérité de la société tant que leurs intérêts particuliers y trouvent leur compte. Mais ces intérêts ne sauraient en rien se confondre avec l'intérêt de la société.

2 - les critères de la bonne gestion

Une seconde cause de divergence serait due au fait que les critères de la bonne gestion de l'entreprise concernée seraient différents selon que l'on se place dans l'une ou l'autre perspective. L'intérêt commun des actionnaires privilégierait les décisions accélérant la production des bénéfices à court terme, alors que l'intérêt social privilégierait les décisions ayant un effet optimal à moyen et long terme.

Section 6 : Intérêt social des sociétés cotées et le rôle du marché

L'intérêt social des sociétés cotées peut se confondre avec l'intérêt du marché. Dans la mesure où tous les organes sociaux seraient fortement influencés par l'attitude dominante du marché qui se traduit par le cours des titres.

D'ailleurs, la mise en œuvre des pratiques de corporate gouvernance par la société vise à prouver au marché que les organes sociaux prennent à cœur leurs obligations de diligence et de loyauté et que leur fonctionnement se fait aussi bien que possible.

Il en est également des obligations en matière d'information, considérablement renforcées si la société est cotée. Le caractère public de l'information financière, la rapidité requise de la diffusion de toute information susceptible d'avoir une incidence significative sur le cours ainsi que la répression du délit d'initié ont pour objet d'assurer l'égalité de tous les opérateurs sur le marché (actionnaires, candidats éventuels à l'acquisition de leurs titres,...).

Cependant, avec le phénomène de mondialisation, le jeu de l'offre et de la demande du marché ne dépend pas de la qualité de l'information diffusée par la société. En effet des événements et des crises à l'échelle mondiale, la variation des taux de change et des taux d'intérêt, le comportement des investisseurs sur les bourses, affectent néanmoins le cours de son titre.

Le développement des marchés peut ouvrir un nouveau champ de réflexion sur des questions comme celle de l'intérêt social. On a pu opposer celui-ci à l'intérêt commun des actionnaires avec lequel il paraît se confondre. Il se pourrait qu'une opposition entre l'intérêt social et celui du marché puisse se dessiner, mais il est probable que la puissance des marchés imposera sa loi, qui est celle de la transparence, qui ne peut qu'obliger les sociétés à mieux définir et faire connaître la vision que chacune se fait de son intérêt social.

CHAPITRE 2 : LES CONVENTIONS REGLEMENTEES ET LA PRESERVATION DE L'ORDRE PUBLIC

Une autre question qui se pose à propos des conventions réglementées est celle de leur validité. Le rappel du principe de la liberté contractuelle ne suffit pas, car il faut aussi tenir compte de l'ordre public. Or, exception faite de l'interdiction de certaines conventions, les limites de cet ordre public sont floues.

D'une manière générale, on doit accepter que les conventions réglementées sont valables lorsqu'elles ne sont pas contraires à une règle d'ordre public ou à l'intérêt social.

L'hégémonie des règles de l'ordre public a une double origine, elle tend à protéger :

- les tiers surtout ceux qui traitent avec la société, et
- les associés, ceux-ci sont souvent isolés face aux dirigeants, la loi leur garantit une information et des droits minima.

Ce souci est particulièrement important dans les sociétés qui font appel public à l'épargne. Il se traduit non seulement par l'instauration d'une protection des actionnaires minoritaires, mais aussi par l'intervention d'une autorité administrative spécialisée, CDVM (conseil déontologique des valeurs mobilières) chargée de veiller à la protection de l'épargne et à l'information des actionnaires.

Comme dans les autres domaines de droit, cet ordre public n'a pas seulement une origine formelle, c'est-à-dire des prohibitions formulées expressément par les lois relatives aux sociétés commerciales. La situation serait alors simple, car l'autonomie de la volonté ne serait bridée que par des règles écrites. L'examen de la législation montre que l'ordre public trouve aussi sa source dans des principes généraux plus imprécis comme le principe de l'intérêt social. Il est donc souvent difficile, en présence d'un texte donné, de savoir si celui-ci a ou non un caractère impératif.

Le droit des sociétés commerciales est complexe, rigide et formaliste. Devant cet ensemble de dispositions contraignantes, il est souvent difficile de savoir si tout ce qui n'est pas interdit est permis ou tout ce qui n'est pas permis est interdit. Cette rigidité se fonde sur la nécessité difficilement niable, de protéger la société, les tiers et les associés minoritaires.

Section 1 : Définition générale de l'ordre public

L'ordre public peut être subdivisé en deux catégories :

- ordre public traditionnel, et
- ordre public moderne.

1 - Ordre public traditionnel

L'ordre public traditionnel regroupe un ensemble de règles considérées comme supérieures parce qu'elles visent à assurer la protection des principes fondamentaux sur lesquelles repose l'organisation de la société. L'ordre public rassemble les règles qui sont indispensables au maintien et à la survie de l'organisation sociale et qui ne doivent pas être altérées par la volonté individuelle et la liberté contractuelle.

Vu l'objectif de notre étude, nous ne nous attacherons pas à étudier en détail cet ordre car c'est plus l'ordre moderne économique qui serait plus recherché au niveau des conventions réglementées.

2 - L'ordre public moderne

L'ordre public moderne apparaît comme la conséquence de l'évolution du rôle de l'Etat dans le domaine économique et social. Il est le produit des nouvelles fonctions exercées par l'Etat et de l'apparition des lois impératives qui accompagnent l'interventionnisme étatique. Il se traduit donc par un accroissement des restrictions apportées à la liberté contractuelle soit en vue de l'organisation des échanges et de la direction de l'économie (ordre public économique), soit en vue de la protection des co-contractants faible (ordre public social), soit en vue des deux objectifs à la fois (ordre public économique et social).

3 - Ordre public économique

M. le Doyen Carbonnier a mis en relief l'existence de deux types d'ordre public économique moderne :

- ordre public de direction
- ordre public de protection

3.1 - Ordre public de direction

Il se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier.

Dans son aspect « directif », l'ordre public recouvre la réglementation économique (monnaie, concurrence, prix...). Les contrats contrevenants à pareilles règles sont annulés, même en l'absence de nullité textuelle.

A titre d'exemple, les clauses prévoyant le paiement en monnaie étrangère ne sont valables que dans les contrats internationaux.

3.2 Ordre public de protection

Dans son aspect protecteur, l'ordre public conduit à admettre le caractère impératif des règles protégeant le plus faible, contre celui qui est présumé le plus fort (salarié, locataire, emprunteur, consommateur...)

Section 2 : Sanctions applicables aux conventions pour infraction à l'ordre public

1 - Nullité absolue de la convention

La nullité absolue ou la nullité de plein droit sanctionne, en principe, le défaut d'objet, l'objet illicite, la cause illicite ainsi que tout contrat contraire à l'ordre public. La nullité absolue tend, en fait, à protéger les règles de formation du contrat visant à protéger, non pas l'intérêt particulier d'un contractant, mais l'intérêt général de la société. La sanction de nullité vise à préserver l'intérêt général contre les initiatives individuelles qui lui seraient contraires.

2 - Nullité relative : Nullité pour violation de l'ordre public de protection

Pour la doctrine moderne, la distinction entre nullité absolue et relative repose sur l'idée qu'il existe deux catégories bien distinctes de règles constitutives susceptibles d'être transgressées lors de la formation du contrat : les règles qui tendent à défendre l'intérêt général et celles qui visent à protéger des intérêts particuliers.

L'ordre public de protection tend à protéger certains contractants contre les abus pouvant être commis par la partie en position dominante. La finalité étant de protéger un contractant contre l'autre, il est plus tentant de prononcer une nullité relative pour sanctionner l'inobservation des règles d'ordre public de protection

CHAPITRE 3 : RISQUES JURIDIQUES LIES AUX INFRACTIONS A L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE

Toute convention conclue avec les dirigeants comporte un risque d'abus, surtout lorsque l'intéressé a la qualité de représentant légal de la personne morale, car on est en présence d'un contrat avec soi-même. La réglementation de ces conventions permet par conséquent d'aboutir à un rééquilibrage du contrat au profit de la société ce qui est une exception au principe selon lequel la lésion n'est pas une cause de rescision des contrats conclus entre majeurs.

Pour l'analyse des risques juridiques liés aux conventions réglementées, nous allons étudier le délit d'abus de biens sociaux qui peut être commun à toutes les formes de sociétés commerciales notamment la SA et la SARL.

Dans un second lieu, nous tâcherons à étudier le délit d'abus de majorité et qui concerne principalement les associés ou actionnaires. Par conséquent, ce délit serait surtout recherché chez les SARL du fait que les conventions conclues avec les associés sont réglementées.

Section 1 : Abus de biens sociaux

Le délit d'abus de biens sociaux, commis par les dirigeants, constitue l'infraction la plus fréquente à la législation sur l'administration des sociétés.

Les conventions réglementées peuvent être considérées comme un moyen privilégié pour nourrir tout risque lié à l'abus de biens sociaux d'autant plus que cette infraction peut couvrir des faits aussi divers que :

- une rémunération excessive du dirigeant même si elle a été octroyée en bonne et due forme ;
- une rémunération raisonnable mais prise sans autorisation ;
- des frais de déplacements et de réception non appuyés de justificatifs ;
- une commission versée à un fonctionnaire pour permettre à la société d'emporter un marché ou en général pour le corrompre ;
- une faveur accordée à une entreprise dans laquelle le dirigeant était intéressé directement ou indirectement.

De même, des personnes autres que les dirigeants peuvent également être poursuivies (conjoint du chef d'entreprise, commissaire aux comptes, avocat, actionnaire...) par le biais de la complicité ou du recel.

Pour se prémunir contre les méfaits liés à ce risque, il est nécessaire de bien cerner les biens protéger et les conditions d'incrimination.

1 - les biens sociaux protégés

L'article 384-3° de la loi 17-95 sur la société anonyme incrimine les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme « *qui, de mauvaise foi,*

auront fait, des biens ou des crédits de la société, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts économiques de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ; ».

Des dispositions similaires sont prévues à l'encontre des gérants par l'article 107 de la loi n° 5-96 sur la SARL.

L'usage abusif des biens doit porter sur des biens dont la société est propriétaire. Ces biens comprennent tous les actifs de la société à savoir : les biens meubles ou immeubles, les biens corporels ou incorporels, les fonds sociaux, les créances...

L'usage abusif du crédit de la société concerne sa renommée et donc sa capacité à emprunter. Il peut s'agir d'un usage de la signature sociale pour l'acceptation d'effets de complaisance ou encore l'utilisation de la garantie de la société pour des dettes personnelles du dirigeant.

L'abus de biens sociaux est généralement couvert par l'abus de pouvoir ou de voix prévu par les mêmes articles sus-visés.

L'article 384-4° de la loi 17-95 sur la société anonyme incrimine également les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme « *qui, de mauvaise foi, auront fait des pouvoirs qu'ils possédaient et/ou des voix dont ils disposaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts économiques de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ; ».*

L'abus de pouvoir est généralement présenté comme l'abus par le dirigeant de son mandat social. Dans bien des hypothèses, l'abus de pouvoirs recouvre l'abus de biens sociaux. En effet, un dirigeant qui commet l'abus de biens sociaux le fait assurément en commettant un abus de pouvoirs.

Toutefois, le fait pour le législateur d'avoir visé également et séparément l'abus de pouvoirs et/ou de voix est de permettre la poursuite de certains comportements qui échapperaient à l'abus de biens ou de crédits sociaux. Le refus, par exemple, du dirigeant de conclure un marché en faveur de l'entreprise en orientant les cocontractants vers une autre entreprise dans laquelle le dirigeant est intéressé.

L'abus de pouvoirs permet également de réprimer les simples abstentions : un dirigeant qui ne réclame pas les sommes dues par une société dans laquelle il est intéressé. Il permet de réprimer la tentative d'abus de biens sociaux qui, sans texte le visant spécifiquement, ne peut en principe être poursuivie. Donc, la simple utilisation des pouvoirs par le dirigeant consomme le délit quelque soit l'aboutissement de la manœuvre frauduleuse.

L'abus de voix correspond à une utilisation partisane et intéressée, par le dirigeant, des préoccupations de vote qui lui ont été adressées pour les assemblées générales. Même en France, ce délit ne connaît pratiquement pas d'applications jurisprudentielles.

2- les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux

Le délit d'abus de biens sociaux ne peut être établi que si un certains nombre d'éléments constitutifs sont réunis, à savoir un usage d'un bien ou d'un crédit de la société :

- contraire aux intérêts économiques de la société (intérêt social) ;
- réalisé dans un but personnel par le dirigeant ou pour favoriser une société ou entreprise dans laquelle il est directement ou indirectement intéressé ;
- de mauvaise foi.

Néanmoins, les dirigeants doivent être conscients du fait que des dépenses sans justificatifs peuvent conduire à une condamnation pour abus de biens sociaux : dans un cas pareil il n'est pas nécessaire de démontrer que ces dépenses ont été réalisées dans l'intérêt personnel du dirigeant (annexe 6).

2.1 - Un usage des biens de la société non conforme à l'intérêt social

L'usage abusif peut être caractérisé par un acte d'appropriation qui peut se manifester sous forme d'acte juridique (contrat d'emprunt par exemple) ou d'un acte matériel (occupation d'un appartement de la société). cet usage porte le plus souvent sur des fonds sociaux que les dirigeants utilisent pour honorer des dettes personnelles, se faire octroyer une caution ou encore s'attribuer une rémunération excessive compte tenu de la situation de la société.

Pour caractériser le délit, il suffit qu'il y est une simple utilisation ou un usage même temporaire des biens de la société.

La jurisprudence a outrepassé l'usage abusif au non-usage pour qualifier le délit. Ainsi, une simple abstention pourrait être réprimée à cet égard (cas de non réclamation d'une créance due par une société dans laquelle le dirigeant a des intérêts).

La jurisprudence française considère qu'un acte reste délictueux même si :

- le dirigeant a agi sans dissimulation : la transparence n'excuse pas l'abus de biens sociaux ;
- l'acte a été autorisé ou approuvé par les associés ou les organes de gestion (Cass. Crim. 12 décembre 1994) ;
- la société n'a subi aucun préjudice ; il suffit que le dirigeant expose l'actif de la société à un risque quelque soit le sort de l'opération préjudiciable ou non à la société (cass. Crim., 8 décembre 1971).

2.2 - La recherche d'un intérêt personnel

Le délit n'est constitué que si le dirigeant agit à des fins personnelles ou pour favoriser une entreprise dans laquelle il est, directement ou indirectement, intéressé. Toutefois, il convient de remarquer les extensions apportées par la jurisprudence ; l'infraction est retenue lorsque :

- le dirigeant a un intérêt matériel ou moral ;
- le dirigeant a commis un acte illicite sans rechercher un intérêt personnel.

2.2.1 - L'intérêt matériel

L'intérêt matériel du dirigeant dans un acte abusif peut être révélé par plusieurs faits tirés de la jurisprudence française :

- compte courant personnel débiteur ;
- remboursement des frais fictifs par la société même avec l'assentiment du conseil d'administration ;
- le gérant qui fait régler par la société l'annonce qu'il passe dans la presse pour trouver un acquéreur pour ses parts sociales ;
- les dirigeants qui perçoivent des redevances sur la cessation de brevets alors que les frais de recherche et de construction des prototypes ont été supportés par la société.

2.2.2 - L'intérêt moral

Le délit est caractérisé même si le dirigeant n'a réalisé l'acte abusif que dans un intérêt moral, à titre d'exemple la réputation de la famille, intérêt électoral, maintien d'une amitié avec un tiers, entretien des relations avec des personnes influentes. Toutefois, il nous paraît difficile d'identifier et de caractériser un délit pareil.

2.2.3 - Sans intérêt personnel

La chambre criminelle de la cour de cassation française a retenu l'abus de biens sociaux à l'encontre des dirigeants qui avaient certes poursuivi un but illicite mais dans le seul intérêt de leurs sociétés.

Dans une affaire, les gérants des deux sociétés avaient prélevé des fonds sociaux pour les verser à un membre d'une commission afin que leurs sociétés obtiennent l'attribution d'un marché de transport scolaire. Les dirigeants ont été condamnés pour corruption et abus de biens sociaux à dix-huit mois d'emprisonnement (dont seize avec sursis) et une amende de 200 000 FF. Devant la cour de cassation ils ont affirmé « qu'en l'absence d'affectation du prélèvement incriminé à un objet étranger à l'intérêt des sociétés concernées –soit intérêt personnel des dirigeants, soit intérêt d'une société tierces- aucun abus de biens sociaux ne pourrait (leur) être reproché ». La cour de cassation a rejeté leur pourvoi en énonçant que « l'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite » (cass. Crim., 22 avril 1992) lequel but nuit à la réputation de la société.

Une autre décision de la cour de cassation a considéré que le versement d'une somme de 1 million de FF à deux inspecteurs des impôts suite à un contrôle fiscal de la société était constitutif du délit d'abus de biens sociaux. (cass. Crim., 17 novembre 1986)

2.3 - La Mauvaise foi

Le texte de loi stipule que le mandataire social doit avoir agi de mauvaise foi afin de bien préciser qu'il s'agit d'un délit intentionnel.

La mauvaise foi se déduit généralement des circonstances ayant entouré l'opération incriminée (clandestinité, artifices comptables, non respect de la procédure d'autorisation et d'approbation des conventions réglementées ...).

La jurisprudence française précise que 'la mauvaise foi doit s'apprécier au moment où les actes incriminés ont été commis sans que l'aboutissement heureux des opérations pour la société puisse effacer le caractère délictueux des faits'.

3 - Les poursuites pénales

3.1 - La prescription

En vertu de l'article 355 de la loi 17-95, le délit de l'abus de biens sociaux se prescrit par cinq ans, à compter du fait dommageable. Ce point de départ est reporté au jour où l'infraction a été découverte en cas de sa dissimulation. En effet, ce genre de délit est généralement occulte, il n'est révélé que si la société connaît des difficultés financières, en cas de mésentente entre les associés, en cas de changement de majorité,...

Nous rappelons que le même article prévoit que lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par vingt ans.

3.2 - La tentative

En principe, en matière de délit, la tentative n'est réprimée que si la loi le prévoit expressément. Or, l'article de la loi 17-95 ne punit pas la tentative d'abus de biens sociaux.

Néanmoins, la jurisprudence peut parvenir à sanctionner certaines tentatives d'abus de biens sociaux en invoquant l'abus de pouvoirs.

Un dirigeant subordonne la vente d'un terrain social à l'acquisition, par le cocontractant, de boxes dont est propriétaire une autre société qui lui appartient. Finalement, ce projet échoue. Le dirigeant est néanmoins condamné au titre de l'abus de pouvoirs qui a été consommé par l'utilisation qu'a fait le dirigeant de ses pouvoirs statutaires de négociation et de représentation sociale (cass. Crim., 29 novembre 1985).

3.3 - Des constitutions de parties civiles limitées

Seuls les associés et la société lésée sont protégés par cette incrimination. Les associés peuvent ainsi obtenir, devant le juge répressif, la réparation de leurs préjudices individuels, même s'ils sont devenus actionnaires après la commission de l'infraction ;

Le préjudice consiste en :

- une diminution de la valeur des parts sociales ou des actions ;
- une baisse des bénéfices distribuables ;
- un préjudice moral.

Hormis le ministère public, qui peut poursuivre un dirigeant même si aucune personne ne peut se prétendre victime, aucune autre personne ne peut engager une procédure pénale pour abus de biens sociaux ou se constituer partie civile sur les poursuites du ministère public.

Sont irrecevables à agir au pénal au titre de ce délit :

- les créanciers de la société ;
- une personne qui s'était portée caution en faveur de la société ;
- un commissaire aux comptes ;
- un syndicat des salariés de l'entreprise et les salariés ;

Dans le cas particulier d'une SARL à associé unique, Le gérant peut être condamné pour abus de biens sociaux alors que, par hypothèse, aucune constitution de partie civile n'est possible à son encontre. Et ce, parce que la société est une entité distincte de ses membres et que l'abus de biens sociaux porte atteinte non seulement aux intérêts des associés mais aussi à ceux des tiers qui contractent avec elle.

3.4 - Les sanctions encourues

Les dirigeants des sociétés anonymes reconnus coupables de ce délit peuvent être punis d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 100 000 à 1 000 000 dirhams ou l'une de ces deux peines seulement. Ces mêmes peines s'appliquent pour les gérants des SARL et autres sociétés commerciales sauf que le montant des amendes est réduit, il est de 10 000 à 100 000 dirhams.

En cas de liquidation de la société (article 423 de la SA et article 105 de la SARL), le liquidateur coupable de ce délit serait puni d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 8 000 à 40 000 dirhams ou l'une de ces deux peines seulement.

4 - Les personnes punissables

4.1 – les dirigeants

Ne peut être condamné pour abus de biens sociaux qu'un dirigeant. Un actionnaire ou un salarié ou toute autre personne ne peuvent être poursuivis sauf à démontrer qu'ils se sont comportés comme des dirigeants de fait.

Il s'agit en l'occurrence des :

- président, administrateurs, directeurs généraux mandataires sociaux des sociétés anonymes (article 384 de la loi 17-95) ;
- membres du directoire et du conseil de surveillance dans les sociétés anonymes à forme duale (article 384 de la loi 17-95) ;
- les gérants des sociétés en nom collectif, en commandite simple et en commandite par actions (article 107 de la loi 5-96) ;
- les gérants des SARL (article 107 de la loi 5-96).

Il importe peu que le dirigeant poursuivi :

- soit lié à la société par un contrat de travail ;
- soit un dirigeant de fait et non de droit. Un associé peut ainsi être poursuivi pour abus de biens sociaux s'il est prouvé qu'il s'était comporté comme un dirigeant de fait.

4.2 - Les autres personnes punissables

D'autres personnes peuvent être poursuivies pour abus de biens sociaux, soit parce qu'elles sont des dirigeants de fait, soit parce qu'elles ont agi comme complices soit enfin parce que le délit de recel peut être retenu à leur encontre.

4.2.1 - Complicité

Par complice, on entend toute personne ayant facilité l'acte abusif. Les complices peuvent être des membres de la société ou des personnes externes. Ils sont passibles des mêmes peines que les auteurs de l'infraction.

Exemples tirés de la jurisprudence :

- le commissaire aux comptes qui avait été l'instigateur de l'opération délictueuse (CA Douai, 11 juin 1974, bull. CNCC 1974, n° 15, p. 291) ;
- un commissaire aux comptes qui avait acheté un bien obtenu par un dirigeant au moyen d'un abus de biens sociaux (CA Paris, 30 novembre 1978, bull. CNCC 1980, n° 39, p. 294) ;
- un attaché de direction de la société qui, sans justificatif probant, avait émis un chèque au profit d'une entreprise en difficulté dans le président du directoire de la société était personnellement intéressé (Cass. Crim., 19 février 1990)
- un membre du directoire qui avait laissé commettre un abus de biens sociaux par le président sans s'y opposer (Cass. Crim., 28 mai 1980)
- le président du directoire qui, moyennant rémunération, avait préparé et facilité les agissements illicites d'un actionnaire majoritaire et membre du directoire (Cass. Crim., 5 septembre 1988, rev. soc. 1989, p. 76).

4.2.2 - Recel

Dans le recel, l'auteur doit avoir connaissance de l'origine délictueuse de la chose détenue. Cette connaissance doit exister au moment de la prise des biens recelés.

Le recel des détournements sociaux peut être retenu à l'encontre des membres de la société ou des personnes externes. Les inculpés sont passibles des mêmes peines que les auteurs de l'infraction tel que prévu par l'article 571 du code pénal.

Le recel peut se manifester sous plusieurs formes :

- Un Président- directeur général qui continue à percevoir une rémunération sans effectuer un travail quelconque ;

- Un actionnaire qui avait eu connaissance du versement au crédit de son compte bancaire des sommes provenant d'un abus de biens sociaux ;
- L'épouse d'un dirigeant qui avait encaissé des fonds détournés.

5 - Les éléments de défense

5.1 - la bonne foi du dirigeant

Un dirigeant ne peut se rendre coupable d'un abus de biens sociaux que s'il agit de mauvaise foi. Tout doute à cet égard doit profiter au dirigeant.

La constatation d'une simple négligence n'est pas suffisante pour caractériser la mauvaise foi ; il est *sine qua non* de démontrer que le dirigeant a eu connaissance des faits délictueux et qu'il n'a pas agi pour les empêcher.

La bonne foi du dirigeant a été retenue dans les cas suivants :

- contrairement aux instructions du président directeur général, les intérêts d'un emprunt qu'il a contracté sont pris en charge par la société ; en l'espèce, ce dirigeant pouvait légitimement ignorer l'existence de ces prélèvements effectués par les services comptables de la société (cass. Crim., 28 mai 1984) ;
- dès leur encaissement, le président- directeur général a fait apparaître dans la comptabilité les deux primes qu'il s'était attribué sans avoir été autorisé par le conseil d'administration (cass. crim., 14 novembre 1988).

En revanche, la bonne foi n'a pas été retenue dans les cas suivants :

- contrairement aux dispositions légales, un dirigeant a dissimulé un emprunt au commissaire aux comptes et à l'assemblée générale (C.A. Paris, 29 janvier 1967)
- un dirigeant n'a pas respecté la procédure légale applicable aux conventions réglementées (Cass. Crim. 16 juin 1980).

Il faut toutefois remarquer que, dans de nombreuses décisions, la bonne foi du dirigeant n'a pas été retenue au seul motif que celui-ci « ne pouvait pas ne pas savoir ». Cette jurisprudence qui renverse la charge de preuve est souvent contestée.

5.2 - L'existence d'un groupe

Dans le cas d'un groupe de sociétés, la jurisprudence française ne se limite pas à l'intérêt de chaque société prise isolément mais prend en considération l'intérêt économique du groupe. Elle a, par ce biais, créé un fait justificatif qui supprime le caractère délictueux de l'opération.

Des conditions ont été posées en France par la chambre criminelle de la cour de cassation pour la première fois dans l'arrêt « Rozenblum » du 4 février 1985. Ces conditions sont cumulatives et lorsque elles ne sont pas réunies le dirigeant auteur de l'acte peut être condamné. Ce pendant, ces opérations intragroupe doivent éviter de pomper les richesses d'une société au profit d'une autre : frais de loyers ou de siège abusifs...

Première condition

Il doit exister un intérêt économique, social ou financier commun apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe.

Il n'est pas nécessaire qu'il existe une identité d'objet. Selon le Conseil national des commissaires aux comptes, sans aller jusqu'à exiger une réelle complémentarité des activités, il est nécessaire de caractériser un lien minimal entre les sociétés, et les concours financiers doivent contribuer à la réalisation de la finalité générale de l'ensemble du groupe. (Bulletin CNCC n° 74, juin 1989, p. 232).

Deuxième condition

L'opération ne doit être ni démunie de contrepartie, ni rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées.

L'existence de la contrepartie sera recherchée dans la rémunération des fonds prêtés. Sans allouer une réelle attention au fait que ces taux pratiqués au sein d'un même groupe soient variables ou qu'ils soient inférieurs aux taux en vigueur dans le secteur bancaire (affaire 'Agache-Willot' C.A. Paris, 9° ch., 29 mai 1986).

Selon le Conseil national des commissaires aux comptes, il convient de prévoir une rémunération normale des fonds prêtés. Si l'intérêt stipulé est loin des conditions du marché, il faut pouvoir prouver que la société prêteuse a un intérêt à l'opération et bénéficie d'une contrepartie quelque soit sa nature (Bulletin CNCC n° 74, juin 1989, p. 233).

En résumé, l'opération ne doit pas être dépourvue de contrepartie.

Troisième condition

L'opération ne doit pas excéder les possibilités financières de la société qui la supporte. En d'autres termes ; l'opération ne doit pas conduire à la ruine de la société intéressée.

6 - Procédure des conventions réglementées et présomption d'abus de biens sociaux

Le non-respect des règles légales sur les conventions réglementées ne consacre pas nécessairement l'existence d'un délit d'abus de pouvoirs commis par des dirigeants. C'est ce dont témoigne la décision de la cour de Cassation française dans une décision récente datée du 13 décembre 2000.

En l'espèce, le président du conseil d'administration et un administrateur d'une société étaient poursuivis du chef d'abus de biens sociaux pour avoir passé une convention contraire aux intérêts de celle-ci. Il s'agissait d'une convention d'assistance dont la rémunération forfaitaire était déterminée sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires de la société bénéficiaire des prestations.

Pour retenir le délit d'abus de pouvoirs, la cour d'appel avait retenu que la convention litigieuse, procédant d'une véritable sous-traitance de l'objet social, ne portait pas sur des

opérations courantes conclues à des conditions normales mais relevait des conventions réglementées .

Cette convention n'ayant pas été soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration, les prévenus ne pouvaient ignorer l'irrégularité de l'acte et l'avantage financier qui en était retiré par la société qu'ils dirigeaient.

La Cour de cassation censure cette décision. Il n'est en effet pas démontré, d'une part que lors de la signature de la convention, les prévenus aient sciemment cherché à favoriser la société prestataire de services au détriment de l'autre, et, d'autre part, qu'une atteinte ait été portée aux intérêts de cette dernière (*Cass. crim.*, 13 déc. 2000, n° 99-84.855, n° 7554)

Mais, le non respect de la procédure d'autorisation et d'approbation des conventions réglementées peut être retenue comme élément pour prouver la mauvaise foi du dirigeant qui figure parmi les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux.

Section 2 : Abus de majorité

Si le droit de vote est sans conteste la prérogative principale de l'associé, il n'en constitue pas pour autant une prérogative discrétionnaire que ce dernier pourrait exercer en totale liberté selon son bon vouloir. Il doit veiller à ne pas l'utiliser pour des fins égoïstes, contraires à l'intérêt social, sous peine de commettre un abus de droit qui exposerait son auteur à des sanctions judiciaires.

Cet abus peut se manifester d'abord sous forme d'abus de majorité et ensuite sous forme d'abus de minorité ou encore sous forme d'abus d'égalité.

Les notions d'abus de majorité, abus de minorité et abus d'égalité ne sont pas expressément citées en tant que telles par les diverses lois marocaines sur les sociétés commerciales. Mais elles peuvent reposer sur la notion d'abus de droit.

1 - le principe directeur de l'abus de la majorité

La jurisprudence a élaboré un principe directeur auquel la plupart des tribunaux se réfèrent. Il y aura abus lorsque la résolution litigieuse a été '*prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser la majorité au détriment de la minorité*' (*Cass. Com.*, 18 avril 1961)

La charge de preuve pèse sur les associés minoritaires. Les tribunaux disposent nécessairement d'une liberté d'appréciation mais restent rattachés aux éléments figurant dans cet arrêt de 1961.

2- Applications jurisprudentielles

Le problème est commun aux diverses formes de sociétés.

2.1 - Principe directeur

L'hypothèse caractéristique est l'affectation des bénéfices à une mise en réserve systématique. Certes la constitution des réserves est une décision a priori conforme à l'intérêt social mais elle serait constitutive à titre exceptionnel de l'abus de majorité.

La cour de cassation écarte la sanction de l'abus si la mise en réserve permet une progression de la valeur des droits sociaux (com., 18 avril 1961). Les circonstances doivent toutefois permettre de prévoir que l'abus sera constitué lorsqu'il n'y a eu aucune distribution durant vingt ans (com., 22 janvier 1991), que les réserves atteignent 22 fois le montant du capital social sans aucun effet sur la politique d'investissement mais constituent uniquement une thésaurisation pure et simple (Com., 6 juin 1990, Bulletin Joly 1990, page 782).

De même le fait que les réserves constituées n'avaient jamais été incorporées au capital ainsi que les restrictions prévues par les statuts à la cessibilité des parts à des tiers étrangers à la société privaient les minoritaires de toutes perspectives de récupération des bénéfices non distribués qui auraient pu accroître la valeur des parts.

Cette observation est d'autant intéressante car, pour se défendre, les majoritaires avancent généralement que la mise en réserve contribue à l'accroissement de la valeur de toutes les parts sociales y compris celles détenues par les minoritaires. Mais, encore, il faut pour que la rupture d'égalité soit écartée, que les minoritaires puissent céder leurs titres et que, par le jeu des clauses d'agrément, ils ne soient pas, en réalité, obligés de céder leurs parts aux majoritaires à un prix désavantageux pour eux.

2.2 - critères complémentaires

Deuxième série d'hypothèses est relatives aux dirigeants des sociétés.

- octroi de rémunérations excessives au gérant au regard des capacités de l'entreprise et des bénéfices distribués aux associés minoritaires non gérants (Com., 6 juin 1990, Bulletin Joly 1990, page 782)
- les conditions de nomination et de révocation du gérant ;
- l'abus de majorité peut également être prononcé dans le cadre d'un groupe de sociétés. La décision de prise en charge du passif d'une filiale pour permettre à un gérant, du groupe majoritaire de la société mère, d'échapper à une condamnation en comblement du passif social (com., 29 mai 1972, JCP 1973, II, 17337 note Y. Guyon) et en général, toute résolution tendant à appauvrir une société au profit d'une autre dans laquelle les majoritaires ont des intérêts prépondérants (C.A. Rouen, 17 mars 1970).
- Mise en gérance d'un fonds de commerce consentie par une société à une autre constituée par les majoritaires pour les besoins de la cause et réalisant un transfert indirect d'actif social (Cass. Com., 8 janvier 1973).

3 - Sanctions de l'abus de majorité

Dès lors qu'une décision de l'assemblée générale est entachée d'abus de droit, la sanction la plus efficace est de prononcer la nullité de cette résolution. L'article 338 de la loi 17-95 applicable également aux SARL, prévoit parmi les causes de nullité des délibérations

sociétaires, la violation des dispositions impératives de ladite loi ou de l'une des causes de nullité des contrats en général.

Corrélativement, les auteurs de l'abus encourent une condamnation au paiement des dommages et intérêts, en conséquence de la mise en jeu de leur responsabilité.

3.1 - la nullité de la décision de l'assemblée générale

En France, La nullité de la décision de l'assemblée générale pour abus de majorité est désormais admise en doctrine comme en jurisprudence. La cour de cassation a appliqué à plusieurs reprises cette sanction qui, au fil des années, a fait de l'abus de majorité la cause prépondérante d'annulation d'actes et des délibérations en droit des sociétés.

Le caractère opportun et l'efficacité de la décision de nullité ne sont guère à mettre en doute car les décisions de l'assemblée générale sont rétroactivement effacées.

En revanche l'issue de ces décisions frappées de nullités n'est pas claire. En effet, la décision ne saurait être considérée comme valant vote, certaines décisions restent d'une appréciation nécessairement réservée aux associés, alors il paraît plus judicieux que les associés se prononcent sur le point litigieux lors des assemblées générales tenues ultérieurement.

3.2 - la responsabilité

L'abus de majorité constitue une faute de la part des associés qui s'y sont livrés. A ce titre, ils sont susceptibles de devoir subir une condamnation pécuniaire destinée à réparer le préjudice subi par les minoritaires.

L'action en responsabilité ne peut être engagée qu'à l'encontre des associés auteurs de l'abus et non à l'encontre de la société, contrairement à l'action en annulation de la décision collective.

Cette règle, logique dans le cadre d'une action en responsabilité, ne sera pas d'une application très facile dès lors qu'il s'agira de désigner les responsables. La preuve du sens du vote de chaque associé risque de se heurter à une imprévisibilité pratique, notamment dans le cas d'une délibération prise à scrutin secret.

4 - Conventions réglementées et abus de majorité

La cour de cassation française réalise une combinaison subtile entre le régime des conventions réglementées dans les SARL et l'action en annulation fondée sur l'abus de majorité (Cass. Com., 21 janvier 1997, Société Contact sécurité c/ Delattre –Levivier).

Dans cette affaire, deux conventions dites 'd'assistance' et de 'groupe' ont été conclues par la SARL, représentée par son gérant, et l'associé majoritaire de cette SARL.

Un changement de majorité au sein de la SARL a donné naissance à un contentieux visant à contester lesdites conventions compte tenu de leurs conséquences préjudiciables pour la SARL.

S'agissant d'une convention conclue entre une SARL et son associé, le débat judiciaire devrait se limiter aux dispositions sur les conventions réglementées.

Or, l'arrêt se prononce sur le terrain de l'abus de majorité, et en affirmant que le gérant actuel de la société a vocation à agir au nom de la société, sur le fondement des pouvoirs qui lui sont conférés, pour constater par la juridiction compétente la nullité des conventions et l'atteinte apportée à l'intérêt social par un ancien gérant et l'associé majoritaire, constitutifs d'abus de majorité.

Mais au delà les conséquences de la présente décision doivent être mesurées en ce que la cour de cassation procède à une réécriture du traitement juridique des conventions réglementées.

L'arrêt de la cour de cassation doit être étudié en ce qu'il admet le principe d'une action en annulation d'une convention réglementée fondée sur l'abus de majorité, ensuite en ce qu'il reconnaît à la société elle-même le droit d'agir pour abus de majorité, enfin son incidence éventuelle sur la notion d'abus de majorité.

4.1 - le principe d'une action en annulation d'une convention réglementée fondée sur l'abus de majorité

Le dispositif légal de contrôle des conventions réglementées est relativement simple en ce qui concerne les SARL dans la mesure où il n'existe pas d'autorisation préalable à la conclusion de la convention. L'assemblée générale des associés n'intervient qu'a posteriori pour se prononcer sur les conventions. L'originalité du système tient au fait que les conventions non approuvées par l'assemblée ne sont pas nulles et produisent leurs effets, à charge pour le gérant, ou le cas échéant l'associé contractant, de supporter individuellement ou solidairement selon le cas les conséquences du contrat préjudiciables à la société.

La contestation d'une convention réglementée ne peut donc aboutir qu'à une action en responsabilité à l'encontre des personnes intéressées. Les nouveaux associés ont cherché à échapper à la prescription triennale en plaçant que le point de départ de ce délai était constitué, non par la signature de l'acte régulier en lui-même, mais par la décision des associés de refuser de le ratifier. Dès lors qu'aucune dissimulation des actes n'était évoquée, le fait dommageable est bien évidemment l'acte lui-même puisqu'il est l'origine du préjudice dont va souffrir la société.

Cette prescription de l'action en responsabilité fait ressortir tout l'intérêt que présentait pour la société (aux mains des nouveaux majoritaires) le terrain de l'annulation de l'acte pour abus de majorité.

La cour de cassation ouvre une action en annulation là où la loi ne prévoit qu'une action en responsabilité.

La portée de la décision n'est pas modeste :

Techniquement, l'abus de majorité paraissait logiquement réservé aux décisions prises en assemblée générale : lieu où s'exerce la loi de la majorité et donc où peuvent se commettre des abus.

Or dans cette affaire ce n'est pas à l'encontre d'une décision de l'assemblée générale d'approbation ou de refus que l'annulation est prononcée, mais bien au regard de la conclusion de la convention elle-même conclue avec un associé majoritaire.

Alors même que l'associé contractant majoritaire est écarté de la décision d'approbation de la convention prise en assemblée générale et qu'en tout état d'hypothèse un délai de trois ans est accordé pour mettre à la charge de l'associé les conséquences préjudiciables de l'acte pour la société, cette dernière peut ainsi se désengager des actes conclu en son nom par son gérant de l'époque en invoquant l'abus de majorité manifesté sans doute par les termes de ladite convention.

Il est opportun de se poser un certains nombre de questions :

- l'intérêt d'une telle position qui réduit l'intérêt du dispositif légal de contrôle des conventions réglementées dans les SARL.
- Est-il possible d'étendre cette décision au cas des SA. Pour ces sociétés, l'action en nullité est prévue en cas de défaut d'autorisation préalable du conseil d'administration et si la convention a eu des conséquences dommageables pour la société. l'action se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention. Donc, à l'expiration de ce délai, l'action en nullité pour abus de majorité pourrait bien faire échapper la société aux obligations attachées à l'acte litigieux.

4.2- reconnaissance à la société de la qualité pour agir pour abus de majorité

La nouveauté, à cet égard, est de reconnaître à la société le droit d'agir, par la personne de son gérant, pour constater l'abus de majorité et donc obtenir la nullité de la convention. En effet, les minoritaires sont les seuls à être à l'initiative d'une telle action. Mais cet état de fait paraissait légitime puisqu'il évite aux minoritaires d'être amplement lésés.

CHAPITRE 4 : RESPONSABILITE PENALE DE LA PERSONNE MORALE

Section 1 : Principe de mise en cause de la responsabilité pénale des personnes morales

Les personnes morales peuvent être condamnées pénalement pour infraction à l'ordre économique et ce, par application possible de l'article 127 du nouveau code pénal marocain.

Il est vrai que pour certaines infractions à l'ordre économique, les tribunaux marocains ont déjà été amenés à condamner des personnes morales pour des infractions douanières par exemple (article 227 du code des douanes).

On remarquera tout d'abord que les dispositions pénales des lois sur les sociétés commerciales concernent des infractions classiques reposant essentiellement sur l'imputabilité de la faute, et supposant la possibilité de comprendre et de vouloir l'acte par son ou ses auteurs. Il n'est pas fait allusion à la condamnation de la société en tant que personne morale.

Or, d'après l'article 127 du code pénal et de l'article 227 du code des douanes qui présentent des similitudes totale dans les termes utilisés, il ressort que, pour prononcer la responsabilité de la personne morale, le juge n'a pas à chercher la volonté de la personne morale mais tout simplement si l'acte a été commis, par un administrateur, gérant ou directeur général d'une personne morale, en son nom et pour son compte.

La qualité de l'auteur est donc une condition de l'existence de l'infraction : cette responsabilité est donc exclue quand il s'agit d'un simple employé ou d'un dirigeant de fait.

Par contre l'expression pour le 'compte' pose un certain nombre de problèmes de preuve, la personne morale maintiendra qu'il s'agit d'actes étrangers à son objet social, commis par un représentant et dans son propre intérêt.

Le risque de la condamnation de la personne morale incitera particulièrement les actionnaires à s'impliquer davantage dans le contrôle des dirigeants et de n'approuver les conventions réglementées qu'après leur étude de manière profonde.

En plus cette possibilité de condamnation n'est pas exclusive, le cumul est possible avec celle du dirigeant à l'instar des infractions douanières et des fraudes fiscales.

Néanmoins, notre analyse ne saurait être complète si nous omettons d'étudier l'impact de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence sur les conventions réglementées notamment en matière des pratiques discriminatoires et des ententes prohibées.

Section 2 : Loi sur la liberté des prix et de la concurrence

L'ordre public économique s'est enrichi dernièrement par la nouvelle loi n° 6-99 sur la liberté des prix et de la concurrence qui :

- pose le principe de la détermination des prix par le libre jeu de la concurrence,

- Interdit les pratiques restrictives de concurrence en vue de protéger et d'informer les consommateurs,
- Etablit la transparence tarifaire entre professionnels,
- Prohibe les ententes et les abus de domination,
- Réglemente les opérations de concentration économique.

C'est donc en fonction de cette orientation qu'il conviendra également d'apprécier les attentes, les comportements et les prescriptions légales dans le domaine contractuel.

Cette loi condamne certaines pratiques telles que les prix minimums, le refus de vendre, les conditions et les majorations discriminatoires de prix.

Quant aux ententes et abus de position dominante régies respectivement par les articles 6 et 7, c'est au conseil de la concurrence, organisme administratif indépendant chargé de contrôler si les conventions litigieuses entrent bien le champs d'application des articles 6 et 7, qu'il revient de décider si elles peuvent éventuellement bénéficier des dispositions de l'article 8 relatif aux dérogations aux prohibitions prévues par les articles 6 et 7.

Cette dérogation ne sera cependant accordée que s'il apparaît que les conventions litigieuses, en dépit de leur atteinte à la libre concurrence, peuvent la compenser par un apport positif. Il s'agira essentiellement de la contribution au progrès économique, notion au demeurant suffisamment floue pour permettre des décisions de pure opportunité.

Les conventions réglementées paraissent être un moyen privilégié pour contenir ce type de risques. D'autant plus, que cette loi s'applique à :

- Toutes les personnes physiques ou morales ainsi que les personnes publiques agissant comme opérateurs économiques,
- Toutes les activités de production, de distribution et de services.

1 - Interdiction des pratiques discriminatoires

Au terme de l'article 54.1 de la loi n° 6-99, il est interdit à l'égard d'un partenaire économique de pratiquer ou d'obtenir des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou d'achat discriminatoires :

- non justifiées par des contreparties réelles,
- ayant pour effet d'avantager ou de désavantager ce partenaire par rapport à la concurrence.

2 - Prohibition des ententes

D'après l'article 6 de la loi n°06-99, sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes ou coalitions expresses ou tacites, sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit.

2.1 - Eléments constitutifs d'une entente

L'accord de volontés et la preuve de l'entente sont constitutifs de l'entente.

2.2 - Forme de l'entente

L'entente peut être constituée sous plusieurs formes entre autres les conventions. On peut lister trois autres catégories d'accord :

- les ententes juridiquement structurées,
- les actions concertées,
- les ententes tacites.

2.3 - Les objectifs des ententes anticoncurrentielles

Les divers types d'ententes anticoncurrentielles visent soit à :

Limitier l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, telles que :

- Le refus d'acheter auprès d'un fournisseur ;
- Les accords d'achat exclusif ;
- Les contrats de distribution exclusive et sélective.

Faire obstacle à la formation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse :

- Les barèmes de prix entre entreprises concurrentes ou les échange d'informations sur les prix ;
- Les prix de revente imposés entre fournisseurs et distributeurs.

Limitier ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique :

- Les quotas de production ;
- Les quotas de ventes ;
- Les accords de spécialisation.

Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement :

- La répartition des lots lors d'un appel d'offre ;
- Les accords d'achat exclusif.

3 - Prohibition des abus de domination

Au terme de l'article 7 de la loi n°06-99, 'est prohibée, lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises :

- d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;
- d'une situation de dépendance économique dans laquelle se trouve un client ou un fournisseur ne disposant d'aucune autre alternative.'

3.1 - La position dominante

La position dominante concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise, lui donnant le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur un marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents et de ses clients.

3.2 - Abus de dépendance économique

L'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une situation de dépendance économique dans laquelle se trouve un client ou un fournisseur ne disposant d'aucune autre alternative.

4 - Exceptions à la prohibition des ententes et des abus de domination

D'après l'article 8 de la loi n° 06-99, les ententes et les abus de domination ne constituent pas des pratiques prohibées :

- lorsqu'ils résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire ;
- lorsque les auteurs peuvent justifier qu'ils ont pour effet de contribuer au progrès économique.

Ainsi, le Premier ministre peut décider, après avis du Conseil de la concurrence que ne constituent pas des pratiques prohibées, les accords qui ont notamment pour objet d'améliorer la gestion des PME ou la commercialisation par les agriculteurs de leurs produits.

5 - Les sanctions applicables aux ententes et aux abus de domination

Le premier ministre peut par décision motivée et sur recommandation du Conseil de la concurrence :

- ordonner des mesures conservatoires ;
- ordonner de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles ;
- imposer des conditions particulières ;
- ordonner la publication de sa décision dans les journaux et le rapport de gestion établi par la société lors de l'approbation de ses comptes annuels ;
- saisir le procureur du roi, afin de faire condamner les personnes morales contrevenantes à une amende de 2 % à 5 % du chiffre d'affaires hors TVA, réalisé au Maroc, au cours du dernier exercice clos.

SOUS PARTIE 2 : ANALYSE FISCALE

INTRODUCTION

La lourdeur de la charge fiscale et les interférences du fisc dans la gestion des entreprises incitent l'expert comptable soit en sa qualité de commissaire aux comptes ou de conseil à intégrer la variable fiscale dans l'examen de toutes les relations de l'entreprise avec les tiers et notamment les conséquences induites par tout contrat conclu par elle.

Afin de maîtriser le risque fiscal inhérent aux relations contractuelles, l'expert comptable doit étudier les clauses du contrat à la lumière des dispositions légales qui leur sont applicables.

Pour ce faire, nous proposons d'adopter la démarche suivante qui consiste à distinguer dans un premier temps entre deux catégories de contrats :

- *Contrat national* : contrat conclu avec une personne physique résidente au Maroc ou une entité relevant du droit marocain, et
- *Contrat international* : celui conclu avec une personne ou entité non résidente au Maroc.

Cette distinction s'impose car elle permettrait d'identifier le droit fiscal applicable au contrat. Ainsi, pour la première catégorie, c'est le droit interne qui s'applique. En revanche, pour la seconde catégorie, il est impératif de vérifier s'il existe une convention de double imposition signée entre l'Etat marocain et l'Etat étranger de résidence du co-contractant. Dans l'affirmative, le contrat serait soumis aux dispositions de la convention fiscale compte tenu de la primauté de ces conventions sur le droit interne. Et en l'absence de cette convention, le droit interne sera applicable.

L'analyse de chaque contrat à la lumière des dispositions fiscales applicables permettrait de relever les principales clauses ou anomalies qui pourraient être source de risques fiscaux.

Les principales zones de risques en matière des contrats régis par le droit commun seraient la déductibilité totale ou partielle de la charge ainsi que l'imposition du manque à gagner au regard de la loi sur l'IS.

Pour les contrats internationaux le problème est plus épineux car il faudrait analyser les clauses du contrat et voir leurs conséquences fiscales au regard des dispositions prévues par la convention fiscale signée avec le pays du co-contractant. Le point essentiel est de détecter tout problème de transfert de bénéfice à l'étranger pouvant être contesté impitoyablement par l'administration fiscale.

En plus de ces risques spécifiques à chaque catégorie de contrat, il est possible d'identifier des risques communs ayant trait notamment à l'imposition des redressements en tant que distributions occultes de bénéfices, les droits d'enregistrement applicables aux contrats ainsi que l'assujettissement de la transaction à la TVA et le mode de calcul des bases imposables.

CHAPITRE I : ANALYSE FISCALE DES CONTRATS NATIONAUX

Section 1- Analyse fiscale générale des contrats nationaux

L'analyse fiscale des contrats nationaux, conclus avec des personnes physiques ou morales relevant de droit marocain, nécessite une étude des principales clauses du contrat à savoir : les parties, l'objet, le prix.

L'objectif principal de cette étude serait de prendre connaissance de l'objet du contrat ce qui permettrait de bien définir la nature de l'opération ou de la transaction en question. La nature de l'opération (achat, vente, prestations de services...) permet d'identifier le mode de comptabilisation et d'imposition de l'opération.

Le prix du contrat est également important à ressortir. C'est un élément décisif qui révèle la juste rémunération de la transaction

Cette analyse doit contribuer à desceller l'intérêt lié à la conclusion dudit contrat et la contrepartie pour la société partie au contrat.

Nous n'allons pas aborder les dispositions fiscales générales qui sont applicables à ces contrats mais nous nous limiterons à étudier certains aspects particuliers qui peuvent être liés aux conventions réglementées qui sont conclues généralement entre parties liées et qui sont censées dissimuler un conflit d'intérêt.

Le principal risque fiscal que peut encourir la société, en matière d'impôt sur les sociétés, serait la non déductibilité de la charge de la base de calcul de l'IS.

L'article 5 de la loi relative à l'IS prévoit que 'le résultat fiscal de chaque exercice est déterminé d'après l'excédent des produits d'exploitation, profits et gains provenant des opérations de toute nature effectuées par la société, sur les charges engagées ou supportées pour les besoins de l'activité imposable'

De même, la note circulaire relative à l'IS précise que pour être déductible, les charges doivent remplir un certain nombre de conditions entre autres « se rattacher à la gestion de la société, ou être exposées dans l'intérêt de l'exploitation. Cette condition exclut notamment les dépenses supportées dans les seuls intérêts personnels de certains associés ».

De ce qui précède, il ressort que le contrôle de l'impôt ne se limite pas à une vérification matérielle de la réalité et du montant des charges portées en déduction du résultat imposable ; il consiste à veiller à ce que les dépenses aient bien été engagées pour les besoins de l'activité imposable et notamment en vue d'accroître le résultat de l'entreprise.

C'est ainsi que la loi relative à l'IS (et également à l'IGR catégorie des revenus professionnels) limite ou refuse la déductibilité de certaines charges présumées ne pas être supportées dans l'intérêt de l'entreprise. Elle limite, à titre d'exemple, le montant déductible des intérêts rémunérant les comptes courants d'associés créditeurs et limite également la quote-part des amortissements des voitures de tourisme admis en déduction de la base imposable.

Il serait, par conséquent, logique de conclure que les charges qui n'ont pas de contrepartie ou qui ont une contrepartie minimale pour l'entreprise qui les a engagées peuvent être réintégrées dans le résultat taxable en cas de contrôle fiscal.

Plus loin, la note circulaire précise que « les pertes sont déductibles lorsqu'elles ont été subies dans l'exploitation normale de la société... ». Le critère essentiel d'une exploitation ou d'une gestion normale est donc l'intérêt de la société. Il n'y a donc gestion anormale que si l'entreprise agit délibérément en dehors de son intérêt.

Ces principes, solennellement retenus par le texte de la loi relative à l'IS et par la circulaire y afférente, paraissent semblables à ceux constituant le fondement de la théorie de l'acte anormal de gestion qui est élaborée par la jurisprudence française.

D'ailleurs, nous avons remarqué le recours à l'usage de cette notion d'acte anormal de gestion par l'administration fiscale lors de plusieurs vérifications fiscales. La réintégration de certaines charges considérées comme excessives ou ne rentrant pas dans le cadre d'une exploitation normale a été motivée par le fait que ces charges relèvent des actes anormaux de gestion.

Mais le bon usage de cette notion nécessite une compréhension de son champ d'application et ne doit en aucun cas porter atteinte au principe de la liberté de gestion des entreprises.

Section 2 - Acte anormal de gestion

1 - Principe de la liberté de gestion des entreprises

Nul ne peut contester le principe général de la liberté de gestion des entreprises. Les conséquences d'un tel principe sont fort importantes :

- le contribuable n'est jamais tenu de tirer des affaires qu'il traite le maximum de profit que les circonstances lui auraient permis de réaliser. Le contribuable se voit donc reconnaître un véritable droit à l'erreur,
- l'administration ne peut s'immiscer dans la gestion des entreprises. Le chef d'entreprise est seul juge donc des choix des politiques de gestion qu'il fait.

Le principe de la liberté de gestion des entreprises comporte des limites qui ont été posées tant par la jurisprudence que par la doctrine administrative constituée par la théorie des actes anormaux de gestion.

En fait, la liberté de gestion ne se conçoit que si la gestion est normale d'où l'exigence essentielle de l'intérêt de l'entreprise et l'existence d'une contrepartie. Pour analyser le fondement de cette jurisprudence fiscale, il n'est pas inutile de rappeler que le but normal du commerce est la recherche du profit. Cela ne signifie pas que l'entreprise qui ne réalise pas de bénéfice est suspecte mais il faut reconnaître que l'administration fiscale prête une attention particulière aux entreprises qui sont systématiquement en déficit.

2 - la théorie des actes anormaux de gestion

2.1 - fondement de la théorie

L'acte anormal concerne essentiellement deux domaines :

- rapports entre les sociétés et leurs dirigeants
- rapports entre sociétés liées par le biais de participation au capital ou par l'existence de dirigeants communs

En pratique et lors des contrôles fiscaux, cette théorie s'applique aux charges étrangères à l'intérêt de l'entreprise et aux renonciations 'anormale' à une recette ou à un profit.

2.1.1 - Les charges étrangères à l'intérêt de l'entreprise

Engagées au profit des membres de l'entreprise

Généralement c'est au profit des dirigeants ou des chefs de l'entreprise ou des associés que les charges, qui ne paraissent pas conforme à l'intérêt de l'exploitation, sont exposées :

- achat d'un bien à un prix excessif,
- intérêts excédentaires au profit des associés,...

Engagées au profit des tiers par rapport à l'entreprise

Ces types de charges sont fréquemment engagées au profit des entreprises juridiquement liées.

- achat à un prix excessif entre sociétés d'un même groupe,
- subventions à des filiales,
- règlement de passif des filiales,
- souscription d'une caution d'un montant disproportionné par rapport à la participation dans la société cautionnée,...

2.1.2 - renonciation 'anormale' à une recette ou à un profit

Au profit des membres de l'entreprise

- vente d'un bien à un prix inférieur à la valeur vénale,
- loyer insuffisant,
- avances sans intérêts,
- renonciation à des indemnités,...

Engagées au profit des tiers par rapport à l'entreprise

Opérations anormales entre entreprises juridiquement liées.

- renonciation aux intérêts d'une créance,
- abandon d'une créance,

- non rémunération ou rémunération insuffisante de certaines prestations,
- vente à des prix insuffisants,...

L'administration contrôle étroitement le caractère normal ou anormal de l'opération. D'autant plus que ces opérations peuvent, éventuellement, être utilisées dans l'objectif d'une optimisation notamment pour transférer les bénéfices vers une entreprise déficitaire de façon à éponger ce déficit.

Un acte anormal est un acte contraire aux intérêts de l'entreprise. En effet, une entreprise a normalement pour objet la réalisation d'un bénéfice. Dès lors, un acte qui va à l'encontre de ce but pourrait être considéré comme acte anormal de gestion sauf si l'entreprise peut espérer obtenir une 'contrepartie' utile à l'exploitation.

2.2 – Cas d'application de la théorie des actes anormaux de gestion

En France la jurisprudence est très abondante sur ce point comme il serait illustré par les exemples ci-dessous.

Avant de présenter les exemples d'application de la théorie de l'acte anormal de gestion, nous tenterons de distinguer cette notion des notions voisines.

L'acte anormal de gestion est distinct de l'abus de droit et de l'acte illicite

2.2.1 - Abus de droit

Opérations aboutissant sous le couvert d'actes régulièrement conclus, à faire échapper à l'impôt des sommes normalement imposables. Cette notion d'abus de droit n'est pas évoquée par la législation fiscale marocaine.

2.2.2 - Acte illicite

Un acte anormal de gestion n'est pas la plupart des temps illicite. De plus, ce qui paraît paradoxal, un acte illicite peut être « normal ». Car le critère normal est apprécié par rapport à l'intérêt de l'exploitation alors que l'acte illicite est jugé par rapport à une branche de droit et pourra donc être parfaitement normal.

Trois séries de raisons conduisent à refuser l'assimilation automatique entre acte anormal et acte illicite :

- le caractère normal ou anormal de l'acte doit être apprécié au regard de l'intérêt de l'entreprise et le caractère licite ou illicite de l'acte ne peut entrer en conflit avec ce critère essentiel.
- L'administration fiscale n'a pas le pouvoir d'apprécier la légalité de telle ou telle pratique au regard des législations autres que fiscales
- Il semble difficile de faire de toute illégitimité un acte anormal de gestion et qu'une telle solution revient à instituer pour ces infractions des sanctions que le législateur n'a pas prévues.

Toutefois, l'article 8 de la loi relative à l'IS limite l'amoralisme du droit fiscal et ce, en refusant la déductibilité de certaines charges supportées par les entreprises dans le cadre de l'exploitation et justifiées. Il s'agit des majorations, amendes et pénalités de toute nature appliquées pour infraction à des dispositions légales ou réglementaires.

En France, le Conseil d'Etat a reconnu, à l'occasion de plusieurs arrêts, qu'il importe peu en principe qu'un acte contrevienne à une législation autre que fiscale si celui-ci n'est pas étranger aux intérêts de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle il a admis que des sommes versées (comme corruption) à certaines personnes responsables puissent être déduites du résultat imposable lorsqu'elles ont permis, par exemple, d'obtenir des marchés à l'exportation.

2.3 - la détermination de la charge de preuve de l'anormalité d'un acte de gestion

La charge de la preuve découle de la nature des écritures comptables auxquelles ont donné lieu les actes de gestion dont le caractère normal pourrait être contesté par l'administration fiscale en cas de vérification de la comptabilité.

Trois situations sont à distinguer :

- 1 – l'acte s'est traduit en comptabilité par une écriture portant soit sur des créances de tiers, des amortissements ou des provisions (ces éléments viennent en déduction des valeurs d'actif pour la détermination de l'actif net de l'entreprise), soit sur des charges déductibles.

Le contribuable doit justifier qu'il a agi dans l'intérêt de son exploitation. Par exemple, une société doit établir que des écritures comptables retraçant le versement de commissions était justifié et ne constitue pas en tout ou en partie la transcription d'une libéralité anormale.

- 2 – l'acte contesté s'est traduit par des écritures retraçant l'évolution de l'actif immobilisé, avant la dotation des amortissements ou des provisions :

L'administration doit établir les faits qui donnent un caractère anormal à l'acte à titre d'exemple la remise en cause de la valeur de cession d'un élément d'actif.

- 3 – la charge de la preuve en cas de renonciation anormale à une recette est déterminée de manière plus subtile. La position du conseil d'Etat en France veut que :

- l'administration apporte les éléments de fait qui permettent de supposer, qu'au détriment de ses propres intérêts, l'entreprise aurait renoncé à un profit (sous-facturer une ou plusieurs des prestations fournies par elle),
- puis par l'entreprise pour répliquer à ces imputations,
- et enfin, sont appréciés successivement les éléments apportés par l'administration pour fonder sa mise en cause du caractère normal et la réplique de l'entreprise.

Ce débat dialectique contribue à former l'appréciation des faits et la qualification qui en résulte.

Prenant le cas de renonciation à percevoir des intérêts afférents à une créance, l'administration établit que la société a renoncé à percevoir des sommes qui lui étaient dues et la société doit apporter la preuve que cette renonciation n'était pas une pure libéralité et était faite dans l'intérêt de l'entreprise. La qualification finale de l'acte dépendrait largement de la force des arguments des deux parties.

Ce mode d'argumentation et de preuve est en vigueur au Maroc dans le cadre de la procédure contradictoire de vérification de la comptabilité.

2.4 – Conséquences de l'anormalité d'un acte

Les conséquences de l'anormalité d'un acte sont plus perceptibles au niveau de l'entreprise ayant accompli l'acte.

2.4.1 - Une dépense considérée comme « anormale »

La charge sera réintégrée dans les bénéfices imposables de la société.

Si l'acte est relatif à une opération soumise à la TVA, le redressement donnerait lieu à des rappels de la TVA.

Tout redressement de la base imposable sera fiscalisé en tant que revenu distribué (voir infra).

2.4.2 - Le manque à gagner résultant d'une renonciation anormale à des recettes

Le manque à gagner sera également ajouté au bénéfice imposable.

Une avance ou un prêt sans intérêt ou à taux d'intérêt très bas est considéré comme acte anormal. La société ayant consenti l'avance ou le prêt est imposée sur le manque à gagner.

En cas de redressement, le taux généralement retenu par l'administration est le taux de rémunération des comptes courants d'associés créditeurs qui correspond au taux de rémunération des bons de Trésor à six mois. Si la société a emprunté pour consentir l'avance, la réintégration portera, en principe, sur le montant des intérêts qu'elle a, elle même, versés.

Section 3 - Appréciation du caractère normal ou anormal des opérations réalisées au sein d'un groupe

La majorité des actes anormaux interviennent à l'intérieur des groupes de sociétés. Ces sociétés ont, évidemment, des intérêts communs et elles sont tentées de réaliser des transferts de bénéfices entre elles soit, en se facturant des charges excessives soit, en renonçant à des recettes.

1 – le groupe de sociétés en droit fiscal

En l'absence d'une reconnaissance ou définition du groupe de sociétés en droit marocain et en droit fiscal en particulier ; chacune des sociétés appartenant à un groupe est autonome sur le plan juridique.

Dès lors, la gestion normale ou anormale doit être appréciée au niveau de chacune des sociétés membres du groupe car il n'existe pas, du moins au niveau légal, un intérêt général du groupe qui transcenderait les intérêts particuliers des sociétés membres. Un acte serait considéré comme normal dans la mesure où il servirait directement l'intérêt de la société. La jurisprudence française a, néanmoins, admis, à cet égard, l'intérêt indirect de la société en favorisant une autre société du groupe avec laquelle elle a des relations privilégiées.

Par relations privilégiées, il convient d'entendre essentiellement des relations entre société mère et filiale, même si d'autres critères peuvent, plus rarement, être pris en considération. Ainsi, sera considéré comme anormal pour une filiale, un acte fait dans le seul intérêt de la société mère.

Pour l'appréciation de la normalité d'un acte, nous essayerons d'identifier et de recenser un certain nombre de critères de jugement. Nous estimons opportun de nous inspirer de la jurisprudence française et notamment certains critères qui ne paraissent pas contraires à l'esprit de la législation fiscale marocaine. Et ce, du fait que par la consolidation de ses relations avec ses filiales la société mère ne cherche, in fine, que son propre intérêt.

2 – le critère essentiel : les relations entre sociétés mères et leurs filiales

La jurisprudence estime, d'une manière générale, et sous réserve, bien sûr, des circonstances de fait de chaque espèce, que les avantages consentis par une société mère à sa filiale correspondent, en principe, à une gestion commerciale normale sauf si, ce faisant, la société a poursuivi des fins étrangères à son propre intérêt.

Il est, fréquemment, relevé qu'en aidant sa filiale, la société mère recherche son propre intérêt. Ainsi, même la prise en charge du déficit d'une filiale étrangère n'a pas été qualifiée, par le Conseil d'Etat français, d'acte anormal de gestion car « cette participation au règlement du passif ... a pour objet, pour la société X, le maintien de son propre renom commerciale en Allemagne ; qu'en agissant ainsi, la société n'a pas accompli une opération étrangère à une gestion commerciale normale... » (C.E. 1er juin 1983)

Néanmoins, cette décision a été subordonnée au fait que cette prise en charge ne soit pas systématique et ne dissimule pas un véritable transfert de bénéfices vers l'étranger.

De même une société mère peut consentir des avances sans intérêts à une de ses filiales sauf si cet abandon ne présente aucun intérêt pour la société mère.

Le versement de subventions à une filiale peut entrer dans le cadre d'une gestion normale, notamment lorsque les sociétés sont en outre liées par d'étroites relations commerciales.

Les relations commerciales entre sociétés mères et filiales peuvent être plus souples que les transactions entre sociétés complètement indépendantes : le Conseil d'Etat a jugé que, dans ses relations commerciales avec ses filiales, une société mère peut ne réaliser aucun bénéfice mais elle ne doit subir aucune perte.

La jurisprudence est cependant plus sévère pour les cessions des éléments d'actif entre société mère et filiale ; le prix de cession normal ne peut être le prix de revient mais la valeur vénale réelle.

Cette dissymétrie s'explique par l'idée que si la vente d'une marchandise au prix de revient constitue une opération neutre, en revanche, la cession au prix de revient d'un élément d'actif lorsque la valeur vénale est supérieure constitue un appauvrissement de l'entreprise cédante dans sa substance même.

3 – Critères complémentaires

D'autres critères complémentaires peuvent contribuer à apprécier le caractère normal d'un acte :

- l'intérêt économique pour l'entreprise,
- l'absence de contrepartie à l'avantage consenti est souvent soulignée par la jurisprudence,
- des relations d'affaires anciennes ne suffisent pas toujours, en l'absence d'autres éléments à justifier des avantages anormaux au regard des usages commerciaux,
- La présence des mêmes dirigeants à la tête des deux sociétés ne justifie pas, à elle seule, l'octroi d'avantages particuliers entre les deux sociétés.

Mais en vertu du principe de non immixtion dans la gestion, et pour apprécier si un acte n'est pas accompli dans l'intérêt de l'entreprise, il faut examiner le but poursuivi mais également le résultat obtenu.

Critère subjectif : le but poursuivi

L'acte délibérément accompli dans l'intérêt d'un tiers est inopposable au fisc, ces tiers peuvent être :

- Soit les dirigeants, les associés, ou une personne interposée ou avec laquelle ils ont des liens étroits.
- Soit les sociétés d'un même groupe : il est fréquent au sein d'un groupe de sociétés de faire appel à des sociétés en bon état pour aider celles qui sont en difficultés financières en acceptant soit de lui facturer des biens ou services à un prix moindre que si l'entreprise était extérieure, soit de lui consentir un abandon de créances ou une subvention.

Quelle que soit la modalité retenue l'administration est en droit de rectifier le résultat de l'entreprise si l'aide constitue un acte anormal de gestion.

L'intérêt s'apprécie au niveau de la société qui consent l'aide. En fait, l'argument du groupe est irrecevable au regard de la définition du redevable de l'impôt sur les sociétés.

Le critère objectif : le résultat obtenu

Le recours à ce critère ne doit pas ignorer le principe de non immixtion de l'administration dans la gestion des entreprises.

En fait, le Conseil d'Etat en France dans son arrêt du 7 juillet 1958 précise que 'le contribuable n'est jamais tenu de tirer des affaires qu'il traite le maximum de profits que les circonstances lui auraient permis de réaliser'.

Toutefois, le contrôle des actes de gestion constituerait une immixtion doublement critiquable dans la mesure où elle :

- interviendrait a posteriori d'une façon théorique,
- ne serait pas accompagnée de la responsabilité qui est le corollaire des décisions de gestion.

La notion d'acte anormal de gestion doit être distinguée de l'erreur de gestion. Mais la frontière est délicate à établir, tant elle semble mouvante dès lors que l'appréciation de la normalité est en perpétuelle évolution.

Section 4 - Cas illustrant le traitement fiscal des abandons de créances

Nous avons choisi d'étudier le cas des abandons de créances car ils constituent une bonne partie des actes qualifiés fréquemment d'anormaux par l'administration fiscale.

1 - La place de l'abandon de créances dans la typologie des actes anormaux de gestion

L'acte se situe au sein de la catégorie des renoncations à des profits immédiats. Et il appartient à l'entreprise de prouver que cette renonciation est dictée par son intérêt. L'intérêt poursuivi peut être commercial ou financier.

Il sera commercial, chaque fois que l'abandon de créances aura pour finalité de venir en aide à une autre entreprise, afin de préserver des sources d'approvisionnement ou de maintenir des débouchés. En revanche, l'abandon de créances aura un caractère financier, lorsque la nature de la créance, les liens entre les sociétés et les motivations de l'aide ont un caractère purement financier.

2 – Traitement fiscal des abandons de créances par la loi fiscale marocaine

Les créances abandonnées délibérément par l'entreprise c'est à dire sans entamer une procédure judiciaire ou sans attendre les résultats de cette procédure peuvent engendrer, en cas de contrôle fiscal, les conséquences suivantes :

- réintégration de la charge au niveau de l'IS,
- imposition du redressement en tant que distribution occulte du bénéfice,
- reversement de la TVA afférente à la créance si cette dernière se rapporte à une transaction soumise à la TVA.

La société ayant bénéficié de l'abandon de créance l'imposerait en tant que produit exceptionnel.

Ce traitement est applicable à tout abandon de créance quelque soit la nature de la créance commerciale ou financière.

Il convient de souligner que cette distinction est opérée, en France, lors de l'examen des abandons de créances. Un traitement spécial est réservé aux abandons de créances à caractère financier au sein d'un groupe de sociétés.

3 – Abandons de créances financières au profit d'une filiale

Lors d'un abandon de créances, l'intérêt qui justifie la qualification d'acte anormal de gestion s'apprécie au regard de la seule société qui le consent, et non au niveau du groupe de sociétés.

A travers l'exemple ci-après nous mettrons en exergue le régime fiscal spécifique dont bénéficie, en France, les abandons de créances à caractère financier au profit d'une filiale.

Pour ce faire, nous nous référons à la décision du Conseil d'Etat, 11 mars 1988 (Ministre de l'Economie, des finances et du budget c/ SA Ascinter-Otis. Req. n° 46846, RJF, mai 1988, n° 565).

Dans cette affaire, la société avait décidé de renoncer définitivement aux créances qu'elle détenait sur l'une de ses filiales, qui connaissait de graves difficultés financières.

Estimant que son image ne manquerait pas de souffrir de la liquidation de cette première filiale créée dans le but de commencer une diversification de ses activités, la société mère avait décidé que l'aide accordée à sa filiale prenait la forme d'un abandon de créances, et elle avait déduit le montant de cet abandon de ses résultats imposables.

3.1 - Position de l'administration fiscale française

L'administration fiscale contestait la déduction de cet abandon des résultats de la société créancière au motif qu'elle équivalait à une remontée du déficit de la filiale vers la mère, dans des conditions non prévues par la législation fiscale. Cette pratique constituait alors un acte anormal de gestion.

L'administration estimait que pour venir en aide à sa filiale, la société mère aurait pu employer d'autres moyens et recourir, par exemple, à un apport en capital.

3.2 - Position du Conseil d'Etat

En estimant que la filiale se trouvait dans une situation financière qui pouvait la conduire au dépôt de bilan, il était dans l'intérêt de la société mère d'assainir cette situation et d'éviter une liquidation qui aurait eu le double inconvénient de porter atteinte à l'image de la société mère et de limiter ses chances de parvenir à une diversification de ses activités.

Il précise également que la société pourrait choisir les moyens qui lui paraissaient adéquats, même si la solution retenue n'était pas la seule envisageable (d'où le principe de la liberté de gestion).

D'autre part puisque l'abandon de créances n'avait pas pour effet de rendre positif l'actif net de la filiale, il n'avait pas non plus pour conséquences d'augmenter la valeur de la participation de la société mère dans le capital de la filiale. Le Conseil d'Etat estime dès lors que cet abandon de créances à caractère financier relève d'une gestion normale et pouvait, à ce titre, être déduit des résultats imposables de la société mère.

Pour cela, on considère comme étant déductible la fraction des créances abandonnées qui viennent diminuer chez la filiale un actif net négatif. Dès lors que l'actif net devient positif, le surplus est assimilé à un supplément d'apport, déductible seulement à proportion du pourcentage des participations des associés qui n'ont pas pris part à cette opération, ou associés 'hors groupe'.

Exemple numérique :

Prenons une société qui détient 90% dans le capital d'une filiale dont la situation est la suivante :

Actif net réel	: 300 000
Passif réel	: 400 000 dont 250 000 sont des créances de la société mère.
Situation nette	: $300\,000 - 400\,000 = - 100\,000$

Si la société mère décide d'abandonner la totalité de sa créance sur sa filiale, elle pourra déduire cette aide à concurrence de la situation nette négative de la filiale, c'est à dire 100 000.

Pour ce qui est de la part qui excède cette situation nette négative ($250\,000 - 100\,000 = 150\,000$), elle est regardée comme un supplément d'apport et n'est déductible qu'à concurrence du pourcentage de participation des autres associés, ne participant pas à l'opération.

La société mère pourra aussi déduire la somme de $150\,000 * 10\% = 15\,000$ correspondant au pourcentage détenu par les autres associés, et que l'on ne peut pas assimiler, en ce qui concerne la société mère, à un complément d'apport venant augmenter la valeur de sa participation.

En ce qui concerne la filiale, la remise de la dette ne dégage pas un profit et ne doit être comptabilisé en produits qu'à concurrence de la situation nette négative. La fraction de l'aide versée par la société mère est considérée comme un supplément d'apport non imposable pour la filiale.

4 - Abandon de créances entre sociétés sœurs

Ces sociétés sont juridiquement étrangères et les assouplissements prévus pour les relations entre la société mère et les filiales ne s'appliquent pas. Mais, les opérations entre des sociétés sœurs peuvent être considérées comme normales si elles correspondent aux pratiques habituelles dans le secteur d'activité.

C'est l'intérêt commercial que la société peut avoir à venir en aide à son partenaire en difficulté qui légitime l'abandon de créance. Au motif que les difficultés auraient mis en cause la poursuite des activités commerciales et la réputation de la société aidante.

5 - Abandon de créances au profit d'une filiale étrangère

Il en va ainsi de même si la filiale est établie à l'étranger, le Conseil d'Etat a admis qu'un abandon de créances consenti par une société française à une filiale italienne était justifié par l'importance des relations commerciales entretenues avec elle et la nécessité d'éviter qu'elle tombe en cessation de paiements.

Mais la société mère peut également renflouer une filiale en difficulté parce que le dépôt de bilan de cette dernière porterait atteinte à son renom ou tout simplement pour préserver ses intérêts financiers, en espérant que les titres dont elle est propriétaire prendront de la valeur grâce au maintien, puis au développement ultérieur de la filiale.

Et, c'est la raison pour laquelle une société ne devrait pas être fondée à déduire des abandon de créances qu'elle consentirait de manière répétitive à sa filiale s'il s'avérait qu'à la date de l'abandon, aucun espoir de redressement n'est plus sérieusement envisageable.

CHAPITRE 2 - ANALYSE FISCALE DES CONTRATS INTERNATIONAUX

Section 1 : Généralités

1 - Définition juridique du contrat international

Juridiquement, le contrat international peut être défini selon plusieurs critères : conflit de lois ou bien d'autres critères.

Conflit de lois

Est international tout contrat qui présente des liens avec plusieurs systèmes juridiques d'où la révélation d'un conflit de lois.

Concernant le conflit des lois, deux conceptions du contrat international s'affrontent :

- le contrat international peut être une figure particulière du contrat interne qui serait affecté d'un élément d'extranéité. Cette conception place le contrat dans un système juridique particulier et ne soulève pas le problème du droit applicable.
- Le contrat international est un contrat hétérogène qui se trouve dans la mouvance de plusieurs systèmes juridiques.

L'ordre juridique qui vient, généralement, à l'esprit est celui d'un Etat. Mais il existe un ordre juridique transnational plus ou moins élaboré sous l'appellation de « Lex mercatoria » où il peut exister des contrats sans lois qui se suffisent à eux mêmes sans interférences avec un autre ordre juridique.

Autres critères

Outre le problème de conflit des lois, le caractère international d'un contrat peut être lié soit :

- A la partie contractante : nationalité, résidence.
- A la formation du contrat : lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, monnaie, situation des biens, langue employée.
- A son exécution : lieu de survenance des dommages et du préjudice en matière de responsabilité...

2- Définition fiscale du contrat international

En matière fiscale, c'est le critère économique qui est retenu pour définir un contrat international.

Le contrat est international lorsqu'il porte sur une opération de commerce international. Ce critère est souvent renforcé par le domicile des parties dans deux Etats différents. Ce qui, de surcroît, permet d'écarter les clauses applicables au commerce interne (notamment la réglementation des changes).

Par ailleurs, le problème de conflit de lois n'est pas pris en considération au niveau fiscal ; le régime fiscal applicable au contrat ne dépend pas de la loi ou du système juridique choisis par les parties. En fait le régime fiscal d'un contrat international est déterminé comme suit :

En cas d'existence d'une convention de double imposition signée entre l'Etat marocain et l'Etat étranger de résidence du co-contractant, cette convention est applicable et prime sur les lois locales. Et en l'absence de cette convention, le régime du droit commun serait applicable.

Le Maroc a signé environ une trentaine de conventions fiscales tendant à éliminer les doubles impositions.

La plupart de ces conventions s'inspirent de la convention modèle de l'OCDE. Elles permettent de déterminer le lieu et le mode d'imposition de chaque catégorie de revenu et précisent les modes applicables pour éliminer les doubles impositions.

Ainsi pour les bénéfices des entreprises, il consacre le principe de territorialité. Seul l'Etat où est implantée l'entreprise peut imposer les résultats de cette entreprise à moins qu'elle n'exerce une activité industrielle ou commerciale dans un autre Etat par l'intermédiaire d'un établissement stable qui est y situé.

Pour les autres revenus (les redevances, les intérêts, les dividendes, ...), la quasi-totalité des conventions organisent, généralement, un partage d'imposition ; le droit d'imposer appartient à l'Etat de résidence, mais l'Etat de la source peut pratiquer une retenue à la source laquelle ouvre, en principe, droit à un crédit d'impôt dans l'Etat de résidence de façon à éliminer toute double imposition.

3. Intérêt du cadre contractuel

L'importance du cadre contractuel doit être souligné notamment en matière des prestations de services. En effet, outre la justification du principe et du montant de la redevance, le principal obstacle rencontré lors des contrôles fiscaux est la qualification des prestations qui passe par l'interprétation des stipulations contractuelles. Certes que, dans le cadre des relations entre sociétés qui sont par hypothèse dépendantes dont l'une peut imposer ses conditions, la signature d'un contrat peut constituer un pur formalisme mais la rédaction des contrats est extrêmement importante voire même obligatoire et requise pour des considérations de la législation des changes.

3.1 Au niveau fiscal

Les contrats internationaux peuvent porter sur un simple transfert de technologie, rémunéré par des redevances payées sur plusieurs années, ou comporter une prestation sur place temporaire de l'entreprise (travaux de montage ou d'installation). Ils peuvent également prendre la forme de contrats de coopération internationaux (joint venture) portant sur des réalisations industrielles en commun, soit par simple accord soit par l'intermédiaire d'une structure de coopération (GIE : groupement d'intérêt économique).

Ces contrats sont fiscalement plus complexes que les simples contrats de vente de produits finis ; la vente en ce qui les concerne est corrélée d'une exportation des actifs incorporels de

l'entreprise (brevet, savoir-faire...), ou d'une extension géographique sur place de l'entreprise (chantier ou établissement stable en général).

Ces contrats donnent naissance à des problèmes fiscaux notamment la question de partage de l'imposition entre les pays des parties aux contrats.

L'existence des contrats permet à l'administration et aux autres parties intervenant suite à un contrôle fiscal (commission locale, commission nationale, juge...) de substituer une analyse juridique généralement plus aisée, à une appréciation des faits, plus difficilement maîtrisables dans un contexte international.

3.2- Au regard de la législation des changes

La réglementation des changes a édicté les mesures de convertibilité applicables aux opérations courantes. Ces opérations courantes bénéficient, en principe, de la convertibilité qui signifie le libre accès à l'achat des devises cotées par Bank Al Maghreb pour le règlement de ces opérations.

Même si certaines prestations de services rendus par des opérateurs étrangers constituent des opérations courantes au regard de la législation des changes au Maroc, elles restent, toutefois, soumises à des formalités. Les établissements bancaires, chargés du transfert à l'étranger des paiement de ces prestations, sont tenus de d'informer, a posteriori, l'office des changes de l'opération en lui adressant un compte rendu la concernant.

Ainsi pour exécuter l'ordre de virement et pour préparer ce compte rendu, les banques exigent généralement la fourniture d'une copie du contrat de service conclu entre l'entité marocaine et le prestataire de services étranger.

A côté des opérations courantes listés par la circulaire de l'office des changes, d'autres opérations sont soumises à l'autorisation préalable de cet office. Par conséquent, avant la réalisation desdites opérations, la société marocaine sollicite par écrit l'accord préalable de l'office des changes et ce, en lui soumettant le contrat relatif à l'opération en question.

Section 2 : Analyse des clauses du contrat

L'imposition des revenus et des recettes d'un contrat international dépend de l'Etat de résidence de chacun des co-contractants et des lieux successifs de sa réalisation.

Le lieu de réalisation d'un contrat résulte de ses modalités financières et juridiques et de son objet.

Certaines clauses concernent exclusivement des rapports de droit, soit entre les parties soit dans les rapports des parties avec les tiers, et n'ont pas d'incidence fiscale (clauses relatives au droit applicable au contrat, à la non concurrence, à l'arbitrage,...).

En revanche, la majeure partie des clauses d'un contrat peut avoir d'importantes conséquences fiscales. Il s'agit essentiellement des clauses ayant trait :

- à la durée du contrat ;
- aux modalités de livraison des fournitures et le lieu de reddition des prestations de services ;
- aux conditions de détachement du personnel ;
- au support juridique retenu ;
- aux attributions de responsabilités ;
- aux dispositions relatives à la neutralisation ou à l'atténuation des charges fiscales étrangères.

Chacun de ces aspects mérite un examen particulier pour cerner ses caractéristiques au regard de ses conséquences.

1 - Durée des accords

La durée des contrats mérite une attention particulière parce qu'elle constitue, soit par application du droit commun national, soit par application des conventions fiscales bilatérales, l'un des critères retenus pour appréhender l'exercice d'une activité localement imposable.

Cette période constituerait un critère déterminant pour définir ou non l'existence d'un établissement stable chaque fois qu'il s'agira d'exportation de biens corporels ou de travaux d'entreprise nécessitant une intervention locale dans l'Etat du bénéficiaire du contrat.

Cette intervention locale pourra ainsi prendre la forme soit :

- de prestations d'installation de matériels ;
- de chantiers de construction ou de montage ;
- d'activités de contrôle ou de supervision technique.

Par référence aux conventions signées par le Maroc, la plupart considèrent qu'un chantier de construction ou de montage est constitutif d'établissement stable si sa durée excède six mois.

Bien évidemment, lors de la constitution d'une filiale cette durée perd de sa signification en raison de la personnalité fiscale dont dispose une telle entité qui se trouve imposable en son propre nom.

2 - Conditions de livraison des fournitures et Prestations de services

La recherche des bases d'un revenu imposable peut s'effectuer en fonction des modalités de livraison des biens.

Les revenus tirés d'un contrat sont appréhendés au niveau de l'entreprise vendeuse dès lors que les conditions de livraison et de transfert de propriété au client sont réunies.

Cela confirme toute l'importance qu'il convient d'accorder aux incoterms (international commercial terms) qui régissent les conditions de livraisons de marchandises et de transfert de propriété et des risques.

Certains contrats dont l'exécution s'effectue entre deux Etats pourront également soulever des problèmes d'imposition, du fait que l'Etat de résidence du bénéficiaire chercherait à appréhender la totalité des revenus de ces contrats sans tenir compte du fait que certaines prestations ont été réalisées par leurs prestataires hors du territoire relevant de leur souveraineté.

Tel sera le cas par exemple :

- de contrats de biens d'équipement, dont les biens fabriqués dans l'Etat de leur prestataire donneront lieu à la réalisation de prestations locales d'assemblages et de montage ;
- des contrats de transfert de technologie, à partir du moment où des prestations de transmission de savoir-faire ou d'assistance technique interviendront dans l'Etat de résidence de leur bénéficiaire.

Dans ces conditions, l'imposition pourra être appréhendée quelle que soit la durée d'intervention du prestataire sur le plan local.

3 - Détachement de personnel

Les détachements de personnel à l'étranger revêtent pour une entreprise un intérêt particulier en raison de la multitude des problèmes qu'ils soulèvent.

Les difficultés à surmonter sont aussi complexes que variées et ont trait entre autres :

Sur le plan social : à la prise en considération des régimes sociaux applicables dans les pays de leur activité. Si le détachement s'effectue dans un pays ou par un pays lié au Maroc par une convention de sécurité sociale, le salarié détaché pourrait être dispensé de cotiser au régime social du pays hôte et continuer à cotiser au régime social de son pays d'origine, sous réserve du respect des conditions prévues par la convention.

Sur le plan juridique et financier : aux modalités d'établissement de leur contrat de détachement et des conditions de leur rémunération.

Sur le plan fiscal : le détachement de personnel peut avoir des répercussions financières sur l'économie d'un contrat.

Ces répercussions financières sont à considérer d'un double point de vue :

- vis-à-vis de l'imposition de l'entreprise à l'étranger en raison des conditions d'activités de ses employés sur le plan local ;
- vis-à-vis de l'imposition des salariés eux-mêmes dans l'Etat d'exercice de leurs activités. En fait, dans le but d'une égalisation fiscale en faveur du salarié, la société s'engage à supporter le différentiel d'impôt induit par le changement de système fiscal par rapport au pays d'origine du salarié.

Pour maîtriser la situation fiscale de l'entreprise du fait de l'activité de certains de ses salariés à l'étranger, il convient d'accorder une attention particulière aux aspects suivants :

- la durée de détachement ;
- les modalités juridiques de détachement ;
- les pouvoirs donnés au personnel détaché.

3.1 - la durée de détachement

La durée des missions étrangères du personnel d'une entreprise constitue l'un des critères fondamentaux auxquels se réfère l'Etat hôte pour appréhender l'imposition locale de cette dernière.

En effet, la présence prolongée de détachés dans un pays peut permettre à un Etat de considérer que l'entreprise dispose d'un « centre d'affaires » imposable, même si la nature des tâches de ces détachés ne caractérise pas, en fait, une activité imposable.

C'est par l'intermédiaire d'une imposition personnelle du détaché lui même que les autorités fiscales pourraient détecter la présence d'une entreprise qui serait retenue en tant que sujet imposable.

C'est pourquoi certaines entreprises, lorsque les conditions des contrats le permettent, essaieront de neutraliser une telle apparence par une rotation soutenue de leur personnel à l'étranger.

3.2 - les modalités juridiques de détachement

Selon l'objet du contrat, l'entreprise peut opter soit pour rester l'employeur des salariés détachés soit pour les rattacher juridiquement à une filiale locale pendant toute la durée de leur mission.

Dans le premier cas, les conséquences fiscales de ces détachements seront différentes pour l'entreprise selon que ces détachés se trouveront affectés à un établissement local (filiale ou succursale), ou qu'ils pourront par leur présence entraîner l'existence d'un établissement stable.

Dans le deuxième cas, c'est l'ensemble des rapports financiers et fiscaux entre sociétés mère et filiale qui vont se poser à raison de tels détachements : contrat d'assistance technique entre les deux entités et rémunérations correspondantes. Le niveau de ces rémunérations suscite l'intérêt de l'administration fiscale.

3.3 - Les pouvoirs donnés au personnel détaché

L'étendue des fonctions attribuées par une entreprise à ses détachés pour la réalisation d'un contrat international peut, d'un point de vue juridique et fiscal, se subdiviser en deux catégories :

- ces détachés peuvent se limiter à réaliser de simples fonctions d'exécution (activités de montage, de surveillance ou de contrôle technique)

- L'imposition éventuelle de la société dans ce cas dépend de la durée de présence des détachés (voir 3.1 ci-dessus).
- les détachés peuvent avoir des pouvoirs juridiques étendus leur permettant d'engager l'entreprise sur le plan local.

Le fait que les détachés disposent de pouvoirs suffisants leur permettant d'engager la société, dans la négociation et la signature des contrats, pourrait, au regard des dispositions conventionnelles, caractériser l'existence d'un établissement stable et ce, quelque soit la durée de détachement.

4. Support juridique

La détermination d'une base imposable serait différente selon le support juridique retenu : établissement stable, filiale, prestataire de service étranger.

5. Attributions de responsabilité

Les clauses d'attributions de responsabilité peuvent être également déterminantes dans l'appréciation de la fonction d'une entreprise au sein d'un contrat.

La définition de ces responsabilités prendra toute sa signification dans le cadre de contrats à répartition de responsabilité ou de coopération industrielle et commerciales qui impliquent l'intervention de deux ou plusieurs entreprises pour la réalisation d'un objectif déterminé (travaux d'entreprise ou de construction, recherche en commun, fabrication des biens d'équipement...).

Les conséquences fiscales résultant de l'appréciation que pourrait se faire l'administration fiscale de l'analyse de tels contrats seront, à cet égard, d'une première importance.

5.1 - Délimitation des responsabilités

Si dans le contrat, le caractère délimité des responsabilités par les parties fait que chacune des parties apparaît comme intervenir dans un cadre contractuel pure et simple, les implications fiscales susceptibles de résulter de leur activités extraterritoriales dépendront des modalités d'exécution et de rémunération de l'activité développée par l'entreprise.

5.2 - Présomption d'une société de fait

Si, au contraire, le partage et l'étendue des responsabilités retenues par les parties traduit l'existence de fait d'un contrat de société entre les parties au contrat, l'exercice de leur activité extraterritoriale sera analysé différemment selon que l'entreprise concernée apparaîtra agir en tant que membre de la société de fait ou en tant que tiers vis-à-vis de cette société (sous-traitant). Une telle situation engendrerait les implications fiscales liées :

- à la détermination du résultat de la société considérée, sans compter les aspects fiscaux liés à sa répartition entre associés ;

- aux problèmes de TVA selon la nature des opérations réalisées et le lieu de leur réalisation.

Si les parties n'ont pas l'intention d'agir dans le cadre d'une société de fait, elles devront attacher une attention particulière à l'élaboration de ces clauses de responsabilités. Sur le plan international, l'existence d'une société de fait est présumée à partir de trois critères :

- la mise en commun des moyens matériels et autres pour la réalisation de l'objet prévu au contrat ;
- la participation effective à la gestion de l'entreprise (fonctions de direction ou de contrôle) ainsi que le pouvoir de l'engager vis-à-vis des tiers ;
- le partage des résultats qu'il s'agisse de la participation aux bénéfices ou la contribution aux pertes.

Toutefois, certains contrats à objet spécifique, contrat en coopération par exemple, peuvent donner lieu à la mise en œuvre des modalités particulières entre les parties, telles que :

- la nécessité d'une responsabilité solidaire entre elles vis-à-vis de leurs clients (mais non vis-à-vis des tiers) ;
- partage des coûts (et non des pertes) inhérents à la survenance de certains risques générateurs d'obligations contractuelles (la mise en jeu des clauses de garantie par le client).

5.3 - Mesures permettant d'éviter la formation d'une société de fait

Pour qu'un contrat ne traduise pas l'existence d'une société de fait entre les parties, celles-ci devront normalement veiller à ce que ses clauses ne les fassent pas apparaître comme associés et ce, par une rédaction ôtant tout équivoque à cet égard. Pour ce faire, toute l'attention devrait être portée :

- aux 'attendus' du contrat qui définissent usuellement, sur un plan général, la motivation et l'intention des parties ;
- aux clauses délimitant la responsabilité des parties qui définissent leurs droits et obligations respectives, avec pour corollaire les tâches qui leur incombent pour la bonne exécution du contrat.

Ainsi, dans la mesure où l'une des parties serait amenée à réaliser des prestations pour le compte de l'autre, celles-ci devraient être clairement définies et faire l'objet d'une rémunération spécifique, distincte des autres modalités de rémunération des activités prévues par le contrat.

Il paraît donc primordial d'analyser ces clauses de responsabilité.

6 - Neutralisation ou atténuation des charges fiscales étrangères

Dans le but d'atténuer ou de neutraliser des charges fiscales étrangères, les entreprises tentent de transférer la charge des impôts et taxes sur le débiteur des revenus.

Ce transfert peut être économique ou juridique.

6.1 - Transfert économique

Le transfert économique des impôts et taxes locaux sur le débiteur des revenus revient à intégrer le coût fiscal dans le prix du contrat.

Ce cas est généralement envisageable dans les contrats conclus entre les entreprises liées vu l'absence d'une concurrence sérieuse qui aurait poussé à optimiser les prix.

6.2 - Transfert juridique

Le transfert juridique du coût des impôts et taxes d'un contrat international sur le débiteur des revenus peut résulter de deux types de clauses :

- stipulation contractuelle d'un prix net d'impôts et taxes ;
- transfert contractuel des impôts et taxes sur le débiteur des revenus.

6.2.1 - Stipulation contractuelle d'un prix net d'impôts et taxes

Le titulaire des revenus du contrat reste le redevable légal des impôts et taxes dont il peut relever sur le plan local et notamment la retenue à la source au taux de 10% du montant brut hors TVA sauf si la convention fiscale prévoit un taux inférieur.

Par application de la législation marocaine, si une entreprise marocaine prend à sa charge la retenue à la source applicable sur des paiements opérés au bénéfice d'un prestataire étranger sans installation professionnelle au Maroc en contrepartie de prestations de services fournies ou utilisés au Maroc, l'avantage indirect procuré au bénéficiaire doit être ajouté au revenu servant de base à la retenue à la source.

La base de calcul de la retenue doit être convertie en brut étant entendu que le montant perçu par ladite société représente la rémunération nette d'impôt.

Il en est de même si le débiteur prend à sa charge certains frais engagés par le prestataire (notamment les frais de déplacement ou les frais de séjour...). Aucun abattement pour frais professionnels n'est admis sur le montant servant de base de calcul de la retenue à la source.

6.2.2 Transfert contractuel des impôts et taxes sur le débiteur des revenus.

Cette technique se distingue de la précédente dans le sens que, au lieu de mentionner un prix net d'impôts et taxes, elles stipulent généralement que 'le débiteur des revenus fait son affaire de tous les impôts et taxes susceptibles d'être levés par l'Etat dont il est résident au titre du contrat correspondant'.

Toutefois, il ne faut omettre qu'une telle clause n'a d'effet qu'entre les parties et n'est pas opposable à l'administration fiscale.

La prise en charge des impôts et taxes par le débiteur des revenus constituent un avantage indirect consenti au créancier lui-même imposable par la technique de reconstitution du brut (grossing up).

Section 3 : Transfert de bénéfices à l'étranger

L'article 35-II et de la loi relative à l'IS prévoit que :

'II- lorsqu'une société de droit marocain a directement ou indirectement des liens de dépendances avec des entreprises situées hors du Maroc, les bénéfices indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, sont rapportés au résultat fiscal déclaré.'

En vue de cette rectification, les prix d'achat ou de vente de la société concernée sont comparés avec ceux des entreprises similaires.'

En pratique, cet article se présente de la façon suivante : deux entreprises dépendantes l'une de l'autre dont l'une est située hors du Maroc, se consentent des avantages au préjudice de l'administration fiscale marocaine. Ces dispositions mettent en exergue le pouvoir d'appréciation dévolu à l'administration en vue de lutter contre toutes les formes de transferts de bénéfices à l'étranger. Ce qui constitue une des formes de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale internationale.

En fait, la loi marocaine réprime toute sorte de transferts indirects de bénéfices à l'étranger dans les mêmes conditions sans distinction aucune entre la nature des pays destinataires de ces bénéfices : pays à fiscalité privilégiée (communément appelés paradis fiscaux) ou pas.

Mais, toutes ces dispositions relèvent du droit interne alors que nous avons bien précisé auparavant que les transactions avec des entités étrangères sont régies au niveau fiscal, en cas de leur existence, par les conventions fiscales signées en vue d'éviter les doubles impositions. Cette primauté conventionnelle ne pose d'ailleurs pas de problème particulier dans la mesure où l'article 35 est cohérent avec les dispositions ces conventions fiscales, modèle OCDE, elles-mêmes qui incitent à respecter le principe de pleine concurrence.

Ainsi, l'article relatif aux bénéfices des entreprises et qui est prévu par les conventions fiscales signées par le Maroc dispose que *'lorsque des entreprises dépendantes sont, dans des relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisées par l'une des entreprises, mais n'ont pu l'être*

en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence’.

Et, également, l’article de ces conventions fiscales relatif aux redevances prévoit que ‘Si, par suite de relations spéciales existant entre le débiteur et le créancier ou que l’un et l’autre entretiennent avec des tierces personnes, le montant des redevances payées, compte tenu de la prestation pour laquelle elles sont versées, excède celui dont seraient convenus le débiteur et le créancier en l’absence de pareilles relations, les dispositions du présent article ne s’appliquent qu’à ce dernier montant. En ce cas, la partie excédentaire des paiements reste imposable conformément à la législation de chaque Etat contractant et compte tenu des autres dispositions de la présente convention’.

De ces dispositions, nous sommes en mesure de conclure que l’Etat contractant (en l’occurrence le Maroc) peut :

- d’une part appréhender la partie des bénéfices indûment transférée à l’étranger et par conséquent les rattacher à l’entreprise locale pour les imposer, et
- d’autre part, les dispositions prévues par les conventions fiscales relatives aux redevances ne sont applicables qu’à la partie jugée normale de ces paiements, lorsque le débiteur a des liens de dépendance avec le bénéficiaire et que les conditions acceptées ou imposées dans leurs relations ne sont pas celles du marché. Donc la déductibilité fiscale n’est acquise que pour la fraction de la redevance qui représente le montant ‘raisonnable’ de la transaction contestée.

1 – Les conditions de répression du transfert de bénéfice à l’étranger

Ce texte autorise l’administration à redresser les résultats déclarés par les sociétés qui sont sous la dépendance ou possèdent le contrôle des entreprises situées hors du Maroc.

La portée du texte est très générale puisqu’il vise tous les transferts quels qu’ils soient et indépendamment du pays en cause.

Mais cela suppose que deux conditions soient remplies :

- un lien de dépendance entre les deux entités,
- la preuve de l’existence d’un transfert indirect de bénéfice de l’entreprise marocaine vers l’entreprise étrangère affiliée du même groupe

1.1 - Lien de dépendance

Toute la problématique de transfert de bénéfices suppose l’existence d’un intérêt de groupe transcendant l’intérêt des parties en cause.

L’existence d’un tel intérêt se traduit par un lien de dépendance entre les sociétés. Sans ce lien, les parties sont alors indépendantes et aucun problème de transfert de bénéfice ne saurait se poser. L’existence d’un tel lien constitue donc un préalable indispensable à l’administration fiscale à l’application des mesures sur le transfert des bénéfices. La preuve de l’existence de ce lien est toujours à la charge de l’administration.

Le lien de dépendance quand il existe est facile à prouver. D'une part, parce qu'il peut être soit de droit, soit de fait, d'autre part parce que sa preuve est généralement libre.

1.1.1 - Dépendance juridique

Cette dépendance renvoie aux notions classiques de contrôle au sens juridique du terme. En pratique, il ne génère guère de contentieux tant son existence ne peut être qu'évidente.

Ces liens de dépendance peuvent être directs ou indirects.

Les liens de dépendance directs

Ils sont conçus dans le cadre des relations suivantes :

- société mère et filiales ;
- société et établissements stables ;
- sociétés et leurs succursales.

Même si une société filiale a sa propre personnalité juridique et son propre patrimoine, elle est dépendante de la mère à la fois sur le plan juridique (le nombre des actions détenues par la société mère dans le capital de la filiale) et sur le plan économique (par les liens étroits pouvant régir les activités exercées : dépendance au niveau des approvisionnements en matières premières, fourniture des pièces détachées, de la marque et des brevets détenus par la maison mère, ...).

Les liens de dépendance indirects

Ce type de relations s'établit notamment entre sociétés filiales appartenant à un même groupe de sociétés. Les relations de dépendance financières peuvent exister soit par le jeu de participation dans le capital soit par le jeu d'une sous-dépendance.

C'est le cas, par exemple, d'une société qui exerce directement, ou par personne interposée, un pouvoir décisionnel dans une autre société ; les personnes interposées peuvent être :

- des gérants, administrateurs, directeurs ou membres de leurs familles, de la société exerçant le contrôle,
- toute société contrôlée par la société exerçant le contrôle,
- toute personne ou entité qui a un intérêt dans l'activité ou le capital de la société exerçant le contrôle.

Nous voyons bien que les conventions réglementées peuvent attirer l'attention de l'administration fiscale du moment que ces liens de dépendances sont déjà établis.

1.1.2 - Dépendance de fait

Si l'administration fiscale n'est pas en mesure de prouver le contrôle de droit, elle peut néanmoins démontrer l'existence d'un contrôle résultant d'un état de fait.

La dépendance de fait s'établit lorsqu'il existe une situation de monopole, de quasi-monopole ou d'intérêts communs.

La dépendance de fait résulte des conditions contractuelles, telles que l'une des sociétés est privée de son autonomie normale de décision ou de gestion à travers la fixation des prix d'achat et de vente, ou de concessions exclusives de marque ou de procédé.

Certains contrats de franchise peuvent ainsi révéler une dépendance de fait du franchisé par rapport au franchiseur.

En pratique, la dépendance économique se manifeste le plus fréquemment dans les situations où l'une des entreprises est le fournisseur ou l'acheteur unique de l'autre. Mais cette dépendance commerciale ne saurait être reçue comme motif justifiant le transfert de bénéfices. Parce que l'entreprise (fournisseur) fournirait le maximum d'efforts dans l'objectif de garder des relations commerciales soutenues et pour promouvoir les ventes. Et ceci ne ferait qu'améliorer les résultats à terme.

Le contrôle peut aussi provenir de la nature particulière des relations entre les deux sociétés, comme par exemple une vieille tradition d'affaires.

Néanmoins, sans une appartenance même lointaine, à un même groupe, le lien de dépendance ne pourra être caractérisé. En pratique, l'appartenance à un organigramme commun constitue la notion de dépendance de fait, même si aucune des parties à la transaction ne contrôle directement l'autre.

1.1.3 - Liberté de la preuve du lien de dépendance

L'administration peut avoir recours à tout moyen pour prouver le lien de dépendance. En tout cas, elle dispose pour ce faire de plusieurs outils :

- les clauses d'échanges d'informations entre Etats parties des conventions fiscales bilatérales,
- des bases de données économiques de plus en plus précises,
- les enquêtes sur site.

1.2 – existence ou présomption de transfert de bénéfice à l'étranger

L'administration doit en outre démontrer que les opérations inter-compagnies comportent un transfert de bénéfices à l'étranger ne relevant pas d'une gestion normale. Ce n'est qu'en démontrant la dépendance et l'anormalité de la transaction que l'administration établit une présomption.

Le transfert peut être opéré par voie de :

- majoration des prix d'achat,
- minoration des prix de vente,
- soit par tout autre moyen.

Cette dernière expression laisse la place à toute technique de transfert de bénéfice à l'étranger :

- abandon de créances ou de recettes entre société mère et filiale ou entre sociétés sœurs ;
- prise en charge de dépenses de personnel ;
- prêts consentis à des sociétés étrangères à des conditions anormales (taux minoré ou nul) ;
- versement des redevances excessives (assistance technique ou commerciale, concession de licence ou brevet)
- participation forfaitaire aux frais de gestion d'une filiale à l'étranger qui aboutit à une mauvaise répartition des charges communes.

Pour la détermination du résultat fiscal des sociétés suspectées d'opérer des transferts de bénéfices à l'étranger, l'administration recourt à la méthode des études comparatives portant sur des entreprises exerçant dans des conditions normales des activités similaires à celles des sociétés supposées avoir procédé au transfert desdits bénéfices.

Pour ces rectifications, l'inspecteur doit obligatoirement engager suivant le cas l'une des procédures prévues aux articles 39 et 42 de la loi relative à l'IS, ces articles se rapportent respectivement à la procédure contradictoire de rectification des impositions et à la procédure accélérée de rectification des impositions dans les cas de cession, cessation ou transformation de la forme juridique de la société.

2 - Appréhension des bénéfices transférés par les entreprises

Parmi les procédés de transfert de bénéfices figurent en premier lieu ceux liés aux prix de transfert c'est à dire les achats de biens à des prix majorés ou leur vente à des prix minorés.

Les entreprises associées sont présumées constituer un marché captif, c'est à dire où la concurrence ne joue pas. Dans ce cadre, les prix pratiqués sont présumés ne pas être fixés par l'entreprise en fonction des critères objectifs mais ils dépendent de la volonté du groupe.

2.1 – Critères de comparaison des prix de transfert

L'approche économique des prix de transfert est essentiellement comparative et c'est en se référant aux prix du marché qu'une entreprise pourra justifier les prix de transfert qu'elle pratique.

Le prix comparable est le prix qu'auraient pratiqué deux entreprises indépendantes similaires réalisant une transaction comparable. Et une transaction comparable porte sur un produit ou un service comparable dans des conditions comparables.

Dès lors, deux types de critères permettent de déterminer la comparabilité de transactions :

- la nature des produits,
- les conditions de la transaction.

2.1.1 - La nature des produits

Concernant la nature des produits, la question est mieux maîtrisée pour les produits que lorsqu'il s'agit de services et plus du tout si l'on rentre dans les domaines des incorporels.

Pour les produits, les critères de comparabilité sont :

- la nature du produit,
- la qualité,
- la nouveauté,
- le délai de livraison,
- la présence d'un incorporel attaché au produit (marque, brevet,...),
- le degré de finition.

En pratique, les nomenclatures douanières peuvent servir de base efficace de comparaison. Elles restent, néanmoins, limitées comme outil de comparaison pour les prix de transfert vu l'existence de certains critères, parmi ceux cités ci-dessus, non toujours pris en considération par la douane.

Pour les services, les critères de comparaison sont :

- la nature du service (administratif, commercial, financier,...),
- le savoir faire attaché au service,
- le délai d'exécution.

Pour les biens incorporels, il n'existe pas de critères fiables car deux incorporels sont toujours considérés comme différents.

2.1.2 Les conditions de la transaction

Pour les conditions de la transaction, les critères habituellement retenus sont :

- le volume des ventes (qui peut entraîner un prix dégressif),
- le niveau du marché auquel se situe la transaction (producteur, grossiste, distributeur...),
- la localisation géographique,
- la date de la transaction,
- les accessoires à la vente,
- la présence d'incorporels attachés à la transaction.

Plusieurs éléments rendent, par conséquent, difficile la tâche de l'administration fiscale pour démontrer l'existence d'une transaction comparables :

- la spécificité des produits rend souvent délicate une comparaison objective avec d'autres produits qui sont rarement similaires,
- les moyens de contrôle par l'administration des conditions de marché à l'étranger sont beaucoup plus limités.

Il n'est donc pas surprenant que les prix de transfert des marchandises soient le domaine où les difficultés d'application de l'article 35-II de la loi relative à l'IS sont les plus nombreuses.

D'ailleurs, la jurisprudence dans ce domaine, même dans les pays développés, est la plus restreinte.

Pour affiner notre analyse, il paraît opportun de se référer aux travaux du comité des affaires fiscales de l'OCDE qui a émis dans le rapport publié en janvier 1979 des recommandations sur les modalités de détermination des prix de transfert au sein des entreprises multinationales. Ce rapport a constitué le vecteur d'un consensus international pendant plus de dix ans. Mais, la réforme fiscale qu'a connu le système fiscal américain a rendu ce consensus caduc. C'est ainsi que l'OCDE a tenté de recréer ce consensus en publiant un rapport sur 'les principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales' en 1995.

2.2 – Recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert des biens

2.2.1 Les méthodes de détermination des prix de transfert des biens

Les méthodes les plus utilisées pour la détermination des prix de transfert sont :

- méthode fondée sur le prix comparable sur le marché libre,
- méthode fondée sur le prix de revente,
- méthode fondée sur le coût de revient.

Ces méthodes sont caractérisées par le fait qu'elles restent axées sur l'objet de la transaction notamment le prix. Elles n'abordent pas la question de la rentabilité de l'entreprise. Ce qui est plus logique car il s'agit d'une question de prix et non d'analyse financière.

Avec la consécration d'une attitude plus économique des administrations fiscales, en matière des prix de transfert, d'autres méthodes sont apparues appelées par l'OCDE 'nouvelles méthodes'. Ces nouvelles méthodes se fondent sur la rentabilité économique de l'entreprise et non sur la transaction elle-même.

A côté de ces deux familles de méthodes, des méthodes forfaitaires sont appliquées par certaines administrations fiscales. Ces méthodes abandonnent toute notion de comparable, que ce soit au regard des transactions ou au regard des entreprises. Elles ne prennent en compte que le revenu mondial et les différentes fonctions assumées dans le groupe. Elles allouent le revenu mondial d'un groupe à chacune des entités économiques en fonction des formules préétablies. Ces formules reposent généralement sur une combinaison des coûts, actifs, salaires et chiffre d'affaires.

Ces méthodes ne sont pas appliquées en matière de prix de transfert, dans la mesure où aucun pays ne les reconnaît comme des méthodes fiables en la matière et qu'elles ne respectent pas les droits des contribuables.

2.2.2 - Hiérarchie des méthodes

Dans le dernier rapport de 1995, l'OCDE a retenu le principe d'une hiérarchie des méthodes.

L'OCDE estime que les méthodes transactionnelles sont les seules à être véritablement fidèles au principe de pleine concurrence.

L'OCDE reconnaît que dans certains cas, il est économiquement impossible d'appliquer une méthode purement transactionnelle, par exemple pour les biens incorporels. Dans ce cas, l'entreprise peut recourir à une méthode de profit.

Quant aux méthodes forfaitaires, l'OCDE refuse leur application. Ce refus est important pour bloquer tout éventuel développement futur de ces méthodes qui ne sont pas appliquées au niveau international.

2.2.3 - Les méthodes traditionnelles

Quelque soit la méthode utilisée, son efficacité repose sur la somme et la qualité des informations disponibles concernant les activités de l'entreprise multinationale dans les divers pays concernés.

Ces informations peuvent être fournies directement par le groupe multinational ou recherchées par les autorités fiscales dans le cadre de la procédure d'échange d'informations.

a - Méthode du prix comparable sur le marché libre

Selon cette méthode, le prix de transfert est fixé par référence aux opérations comparables réalisées entre un acheteur et un vendeur qui ne font pas partie du même groupe. Et, elles ne sont prises en compte que les opérations réalisées dans le cadre d'un contrat commercial normal.

Les paramètres de comparaison sont :

- marché comparable

Le rapport de l'OCDE reconnaît que malgré la libération progressive des échanges internationaux, il n'existe que peu de cas où l'on puisse déterminer le prix de pleine concurrence dans un pays à partir des prix en vigueur dans les pays voisins.

- stades comparables du marché

Le produit comparé doit être replacé au même rang du circuit économique (gros, demi-gros, détail).

- marchandises comparables

Il est souvent difficile de trouver des produits comparables sur le marché libre, compte tenu de tous les facteurs qui entrent en considération pour déterminer le choix du client : notoriété de la marque, frais accessoires, conditions de paiement ...

De surcroît, des facteurs exogènes peuvent être source de différence de prix : les volumes doivent être comparables et les dates de comparaison suffisamment rapprochées.

Il ressort de ce qui précède toute la difficulté liée au recours à la méthode de prix comparables sur le marché libre ainsi que son inadaptation aux transactions portant sur des produits élaborés. L'OCDE a prévu des méthodes alternatives.

b- Méthode du prix de revente

Méthode utilisable pour examiner les opérations de commercialisation. Elle consiste à reconstituer le prix d'achat normal d'une filiale à partir de son prix de vente à un client indépendant diminué de la marge lui permettant de réaliser un bénéfice suffisant pour imputer ses propres frais d'exploitation.

Prenons l'exemple d'une filiale qui a acheté un produit auprès de sa société mère à 130 et l'a vendu à 160. Ses frais d'exploitation sont estimés à 25.

Supposant que l'administration fiscale considère que le bénéfice normal sur le prix de vente doit être de 5%, elle procéderait à l'ajustement suivant :

Prix de vente à un client indépendant	160
Bénéfice (5%)	8
Frais	<u>25</u>
Prix d'achat normal	127

D'après cette méthode, le prix d'achat normal est arrêté à 127 tandis que le prix d'achat payé par la société est de 130 d'où un transfert de bénéfice vers l'étranger de 3 (soit la différence : 130-127).

Cette méthode suppose que les marges bénéficiaires sont correctement appréciés en tenant compte notamment des coûts et risques assumés par le vendeur.

L'exclusivité de commercialisation du produit sera également prise en compte, en mesurant l'ampleur de la concurrence et du territoire concédé.

Cette méthode est à recommander pour les activités où l'essentiel de la marge est lié à savoir-faire de distribution, aux activités où le marketing est essentiel, aux produits de luxe.

c- Méthode du prix de revient majoré d'une marge

Cette méthode est fondée sur le prix de revient du fournisseur apparenté majoré d'un taux pertinent de marge brute. Ce taux pertinent est égal à celui que le vendeur dégage lorsqu'il réalise des transactions comparables avec des parties indépendantes. Cette méthode est applicable aux ventes de produits semi-finis pour lesquels les fabricants apparentés agissent comme des sous-traitants ou des façonniers.

Cette méthode a l'inconvénient de cumuler deux types de difficultés : la détermination des coûts du vendeur et l'estimation du taux normal de marge du revendeur.

Les autorités fiscales désirant utiliser cette méthode devront examiner les principes d'imputation des coûts utilisée par la comptabilité analytique du vendeur. Or, en cette matière, les principes ne sont pas universels.

Par ailleurs, le rapport a observé que les prix de transfert des multinationales ne doivent pas être présumés anormaux et peuvent ne pas être comparables. En effet, les circonstances dans lesquelles sont échangés les biens entre les diverses entités d'un même groupe peuvent être particulières. De même certains accords internes peuvent prévoir des engagements pour l'utilisation en commun d'usines de production qui seraient rationnels au sein d'un groupe mais inconcevable entre entreprises indépendantes.

Le rapport note qu'un fournisseur indépendant peut avoir tout intérêt à accorder des conditions exceptionnellement favorables à un distributeur en difficultés et ce, en vue de sauvegarder un réseau de distribution et des débouchés pour écouler des produits.

Dans le cas des entreprises associées, les autorités fiscales 'pourraient à juste titre exiger la preuve convaincante' qu'il en irait ainsi. Ceci dit que les autorités fiscales ont des réticences à accepter des prix sacrifiés au sein d'un groupe. Les règles de la charge de la preuve ont été également étudiées par l'OCDE.

2.3 - Respect du principe de pleine concurrence dans le paiement des redevances et revenus des prestations de services

En ce qui concerne la définition des redevances et la portée de l'article relatif aux 'redevances' d'une convention donnée, il est indispensable de se reporter au texte en cause, qui varie considérablement d'un pays à l'autre.

Certaines sociétés placées sous la dépendance de sociétés étrangères sont susceptibles de verser au profit de ces dernières des redevances, prévues contractuellement. Ces redevances rémunèrent, généralement, des services rendus par la société mère, telles que la concession d'une licence d'exploitation d'un brevet ou d'un procédé de formule de fabrication ou bien l'assistance directe dans des domaines techniques, scientifiques, commerciaux ou administratifs. L'administration fiscale est en droit de se demander si ces dépenses sont légitimes et si elles correspondent à la rémunération habituelle des services effectivement fournis par la société étrangère. Mais, la recherche d'une telle preuve par l'administration est généralement délicate puisqu'elle ne dispose pas des comptes de la société étrangère dans lesquels les éléments utiles pourraient être trouvés.

De son côté, pour établir la justification des montants de redevances payées, la société intéressée peut faire valoir l'importance des frais de recherche et de développement supportés par le groupe, le coût et la valeur de l'assistance, sous diverses formes, que la société mère fournit de façon constante et unilatérale à sa filiale. Ces éléments peuvent être acceptables par l'administration fiscale s'ils sont appuyés de justifications réelles et précises.

Il convient, en général, de veiller à ce qu'aucun double emploi ne puisse être établi. Par exemple, si la société mère est en même temps fournisseur de sa filiale, cette dernière ne doit pas contribuer doublement aux dépenses de recherche, d'une part, en versant une redevance calculée en fonction du volume des ventes, et, d'autre part, en payant des produits achetés auprès de la société étrangère à un prix de transfert qui tient déjà compte des frais de recherche du groupe.

Comme nous l'avons signalé au préalable, les conventions fiscales internationales prévoient que les dispositions conventionnelles ne sont applicables en matière des redevances qu'à la partie jugée normale de ces paiements, lorsque le débiteur a des liens de dépendance avec le bénéficiaire et que les conditions acceptées ou imposées dans leurs relations ne sont pas celles du marché.

En matière de redevances, sont visées le versement de redevances excessives à des sociétés mères étrangères, bien qu'un transfert de bénéfice puisse être opéré à travers un prélèvement insuffisant de redevance sur une filiale étrangère, voire une concession gratuite de technologie.

D'une manière générale, la déduction des redevances versées au profit des sociétés mères étrangères ne peut être acceptée que si les prestations sont réelles et les prix sont jugés normaux et dans la mesure où le bénéfice net de la société marocaine soit au moins égal à celui réalisé par une entreprise exerçant une activité similaire au Maroc en intégrant les services couverts par la redevance. Il s'agit là de questions de fait qui ne peuvent être réglées qu'après un examen attentif des avantages directs et indirects que s'accordent les entreprises.

Ce principe est naturellement d'autant plus facile à mettre en œuvre que la comparaison peut être réalisée sur une large échelle. Or, plus il existe d'entreprises concurrentes, moins la technologie est sophistiquée ou originale, et moins le problème se pose. A l'inverse, lorsqu'un groupe dispose d'un avantage compétitif au niveau technologique, un taux élevé de redevances se justifie, mais aucune comparaison probante ne peut être effectuée pour en vérifier le montant.

Il est reconnu dans ce cas que des redevances restent légitimes, dès lors que le bénéfice net reste normal pour le secteur d'activité économique concernée.

Il serait plus faisable de mettre l'accent sur la comparaison des taux des bénéfices nets et non des taux des redevances eux-mêmes.

Cas des Prestations de services à l'intérieur d'un groupe (redevances de gestion ou management fees)

Un groupe multinational offre, par principe, à ses différentes filiales un large éventail de services d'ordre administratif, technique ou commercial. De même ces services ne sont généralement pas disponibles tels quels sur le marché.

L'appréciation du caractère normal des facturations de 'management fees' ne peut donc reposer sur une comparaison avec un prix de pleine concurrence, sauf pour certaines prestations particulières liées à l'expertise financière ou comptable, au conseil de gestion ou à l'informatique.

Ces services peuvent être fournis dans le cadre de l'activité de la société mère agissant comme actionnaire ; ils peuvent répondre aux besoins généraux communs à toutes les entités du groupe ou à des besoins spécifiques à certaines entités.

Pour apprécier la quote-part anormale de la redevance transférée à l'étranger, le rapport OCDE suggère aux autorités fiscales de suivre la démarche suivante :

- précision du type de service rendu ;
- voir si ces services confèrent un avantage particulier à une ou plusieurs entreprises associées ;
- détermination du montant normal à payer.

La justification de l'avantage s'exprime en termes réels ou potentiels et doit s'apprécier globalement sur une période assez longue. Mais l'avantage doit être direct en d'autres termes le service rendu doit profiter directement à l'entité payeur et non aux autres sociétés sœurs.

Concernant les modalités de paiement, il est d'usage de faire recours au forfait et les autorités fiscales ne contestent pas cet aspect.

En l'absence de toute possibilité de comparer le prix facturé avec les conditions de facturation par les prestataires indépendants, il sera généralement fait appel à la méthode du 'cost plus' en admettant une marge de bénéfice appropriée.

Les preuves à établir par le contribuable comprendront :

- le contrat liant les parties,
- l'origine et l'accumulation des coûts,
- les clés de répartition,
- les justificatifs des débours divers,
- les relevés de temps,
- les éléments tangibles du service fourni (rapports, notes,...)

2.4 - La charge de la preuve de transfert des bénéfices

L'un des principes fondamentaux en droit est la présomption d'innocence. Nul n'est déclaré coupable jusqu'à preuve du contraire.

En fiscalité, ce principe se traduit par le fait que c'est à l'administration fiscale de prouver que la base imposable calculée par le contribuable est inexacte. C'est à elle d'apporter les éléments nécessaires à cette démonstration.

Néanmoins, ce principe est remis en cause par la plupart des administrations fiscales depuis le début des années 90. Les administrations fiscales, conscientes des difficultés qu'entraînerait la nécessité d'apporter la preuve que le prix pratiqué n'est pas de pleine concurrence, ont procédé à un renversement de la charge de la preuve. Ce renversement de la charge peut être conditionnel ou inconditionnel.

Le renversement de la charge conditionnel :

L'administration fiscale apporte un début de la preuve que le prix n'est pas de pleine concurrence. Dès que l'incohérence est rapportée, le prix est présumé incorrect. C'est alors au contribuable de prouver le contraire. Ce système est principalement appliqué en Europe.

Le renversement de la charge inconditionnel :

Le prix pratiqué est présumé dès le départ incorrect et c'est au contribuable de prouver le contraire. Ce système est appliqué par les USA.

Le renversement de la charge est très dommageable et fait courir des risques substantiel à l'entreprise et des coûts importants.

L'OCDE nuance le refus de renversement de la charge.

L'OCDE s'oppose au principe de renversement de la charge mais elle ne voudrait pas que cette opposition fasse obstacle au renversement de la charge.

Par conséquent, il est légitime que l'administration fiscale exige l'existence et la production de certains documents au sein de l'entreprise. D'autant plus que, par respect du principe de gestion prudente et raisonnée, les entreprises ont les pièces et justificatifs liés à leurs prix de transfert.

L'OCDE estime que les informations suivantes sont nécessaires à une administration fiscale pour qu'elle puisse exercer son pouvoir de contrôle :

- une description succincte de l'entreprise : l'OCDE ne précise pas le sens exact de la description succincte rendant sans valeur pratique cette limitation ;
- un organigramme du groupe ;
- une description de la structure organisationnelle ;
- le chiffre d'affaires et les résultats d'exploitation des derniers exercices précédant la transaction ;
- le niveau des transactions du contribuable avec des entreprises étrangères associées.

Nul ne peut nier l'intérêt de la préparation de cette documentation avant le contrôle fiscal que ce soit au niveau du temps de préparation, la pertinence des informations contenues, la gestion du coût de la préparation...

2.5 - Régime d'imposition des transferts de bénéfices liés aux entreprises

2.5.1 - Rappel du traitement fiscal des redevances normales et justifiées

Le régime d'imposition des redevances, jugées normales, dépend dans un premier lieu des dispositions des conventions fiscales signées entre les pays de résidence des parties au contrat et dans un second lieu du droit commun.

La quasi-totalité des conventions signées par le Maroc préconisent le principe de l'imposition de ces redevances dans les pays du bénéficiaire, tout en prévoyant un partage d'imposition sous forme d'une retenue à la source opérée au Maroc et dont le taux maximum est fixé par la convention.

Dans ce cas, l'intérêt de l'existence de convention fiscale est de pouvoir imputer la retenue à la source sur l'impôt exigible sur les redevances dans le pays du bénéficiaire, grâce au mécanisme du crédit d'impôt.

La partie de la redevance jugée excessive serait soumise aux règles fiscales du droit commun. Elle serait, de ce fait, réintégrée au résultat fiscal de la société ayant effectué ce transfert de bénéfice. Le redressement du résultat fiscal serait ensuite considéré comme revenu distribué soumis à la retenue à la source sur les distributions de bénéfice.

2.5.2 – régularisation des transferts de bénéfices à l'étranger

La régularisation des transferts à l'étranger des bénéfices liés aux entreprises relève du pouvoir d'appréciation de l'administration fiscale. Elle ne peut avoir lieu que suite à des procédures de rectification menées conformément à l'article 39 et 42. Mais, au préalable, l'administration fiscale doit prouver l'existence d'un tel transfert ; cette preuve est réputée acquise si elle répond à deux exigences essentielles :

- existence de lien de dépendance entre les parties à la transaction, et
- existence d'un avantage au profit de l'étranger.

Une fois le transfert de bénéfices est définitivement prouvé, deux conséquences fiscales sont à envisagées :

- le redressement de la base de l'impôt chez la société ayant effectué le transfert et ce, par la réintégration de la totalité des bénéfices identifiés comme étant transférés.
- ces redressements seraient par la suite considérés comme étant des bénéfices distribués soumis à la retenue à la source due sur les distributions des bénéfices.

Cette présomption de transfert de bénéfices n'est qu'une présomption simple de telle sorte que l'entreprise nationale peut la combattre en prouvant que les avantages consentis sont édictées par des nécessités commerciales réelles et non par un souci d'effectuer des transferts au détriment du Trésor.

Ainsi la société peut invoquer les intérêts financiers et commerciaux qui s'attachent à de telles opérations accomplies avec des entités étrangères.

3 – Appréhension des bénéfices transférés par les établissements stables : Frais de siège (Cost sharing)

Nous étudierons les dispositions fiscales concernant ce type de frais même si les conventions réglementées ne peuvent exister dans le cas des établissements stables sans personnalité juridique.

L'article 35-III de la loi relative à l'IS prévoit que :

'III- lorsque l'importance de certaines dépenses engagées ou supportées à l'étranger par les sociétés étrangères ayant une activité permanente au Maroc n'apparaît pas justifiée, l'administration peut en limiter le montant ou déterminer la base d'imposition de la société par comparaison avec des entreprises similaires ou par voie d'appréciation directe.'

Cette disposition vise à limiter les dépenses engagées à l'étranger et supportées par les établissements stables au Maroc des sociétés étrangères. Ces établissements peuvent déduire une quote-part des frais engagés à leur profit par ces sociétés étrangères.

Les dépenses, dont la déduction est admise et limitée, sont les frais de siège proprement dits et les charges financières.

3.1 - Nature des dépenses dont la déduction est admise et limitée

3.1.1 - Frais de siège proprement dits

Ils comprennent les frais généraux d'administration et de direction générale :

- dépenses de direction (jetons de présence, charges sociales des services administratifs et de la direction générale) ;
- dépenses ou frais de tenue de comptabilité et du contrôle comptable.

3.1.2 - Charges financières

Les fonds propres du siège mis à la charge de l'établissement stable ne sont pas considérés comme des emprunts et par conséquent ne donnent pas lieu à paiement d'intérêts et ce car l'établissement stable n'est pas une entité juridique distincte, et n'a pas de patrimoine propre. Cette mise à disposition des fonds est considérée comme un simple mouvement de fonds.

En revanche, si ces capitaux sont empruntés auprès des tiers, le siège peut répartir entre les différentes entités de la société les intérêts payés au titre de ces prêts et ce, dès lors que :

- ces emprunts s'inscrivent dans le cadre d'une politique financière stratégique de l'entreprise ;
- les fonds mis à la disposition d'un établissement stable sont réputés provenir d'une manière diffuse des capitaux permanents de la société, lesquels capitaux sont constitués par les fonds propres et les fonds étrangers.

3.2 - Limites de la déduction de la quote-part des frais de siège

Tout établissement stable est habilité à déduire de son résultat fiscal une quote part des frais engagés par le siège.

Pour bénéficier de cette déduction, ces frais doivent répondre aux conditions suivantes :

- ils doivent être justifiés et détaillés par la société sur un état visé par l'administration fiscale dont dépend le siège social de ladite société,
- ils ne doivent pas dépasser 2% du chiffre d'affaires de l'établissement stable,
- ils doivent être jugés par l'administration fiscale marocaine comme indispensable à la gestion dudit établissement.

Au cas où l'administration fiscale jugerait que les dépenses supportées par l'établissement stable sont excessives, elle peut en limiter la déduction ou bien déterminer les bases d'imposition par comparaison avec des entreprises similaires ou par appréciation directe.

CHAPITRE 3 : IMPOSITION DES DISTRIBUTIONS OCCULTES

L'article 9 de la loi relative l'IS prévoit que les distributions occultes, résultant des redressements des bases d'imposition des sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés, sont soumises à la retenue à la source applicables aux produits des actions, parts sociales ou revenus assimilés.

Cette disposition constitue, depuis le 1er juillet 2000, une novation essentielle elle a substitué des notions comptables à des notions juridiques pour la détermination du résultat distribuable. En fait, la définition comptable se réfère plus à la situation de la société plutôt qu'à celle du bénéficiaire.

Auparavant, l'imposition des revenus distribués est subordonnée à deux conditions :

- paiement à un associé ou inscription dans son compte courant d'une somme d'argent ou son équivalent en nature,
- l'attribution de cette somme devrait constituer pour l'associé un produit de son action ou de sa part sociale ou un revenu assimilé.

Section 1 : Champ d'application

1 - Bénéfice non mis en réserve ou non incorporé au capital

L'objectif de cet élargissement de la définition est d'imposer toutes les formes de distribution officielle (décidée par les organes compétents) et officieuse qui couvre toutes les charges réintégréées par l'administration, dans le cadre de la procédure de rectification, au titre :

- des produits dissimulés ;
- des rémunérations et charges non justifiées ;
- ou, de tous autres avantages consentis aux associés.

Une seconde remarque qui mérite d'être soulignée est que la définition ne se réfère pas à la qualité du bénéficiaire. Et, en cas de redressements du bénéfice imposable, les sommes en cause peuvent être considérées comme des revenus distribués que les bénéficiaires aient ou non la qualité d'associés.

2 – Prélèvements directs

Ces redressements sont passibles de la retenue à la source même s'ils ne couvrent pas des déficits déclarés. Ce qui permettrait de dire que le législateur voudrait qualifier ces redressements de prélèvements directs.

Les prélèvements directs ne portent donc pas sur les bénéfices mais peuvent être considérés comme des revenus distribués. Ces prélèvements interviennent lorsque le redressement prononcé par l'administration aboutit uniquement à une réduction du déficit.

En France, les prélèvements directs doivent remplir deux conditions pour qu'ils soient qualifiés de revenus distribués :

- le bénéficiaire du prélèvement doit être associé ou actionnaire,
- l'administration doit apporter la preuve que les sommes en cause ont été appréhendées par les bénéficiaires.

Par le respect de ces deux conditions, l'administration ne doit pas se borner à qualifier tout redressement de distribution de revenus mais elle devra faire état des éléments permettant d'établir que les sommes réintégrées ont été bien désinvesties et partant distribuées.

Section 2 : Lien entre le bénéfice imposable et la masse des revenus distribués

Le législateur a bien voulu déterminer la masse distribuée à partir du résultat fiscal et non du résultat comptable afin d'éviter que la société procède à des distributions occultes (rémunérations exagérées, avantages divers alloués aux tiers...) et qui viennent en diminution du résultat comptable.

Toutefois, l'assimilation de tout redressement à un revenu distribué poserait le problème des charges qui restent investies dans la société cas des amortissements et provisions. C'est pourquoi, le législateur a expressément exclu :

- les amortissements et les provisions ;
- les réintégrations portant sur les honoraires justifiés mais non déclarés sur l'état modèle 8306 ;
- les réintégrations portant sur les paiements en espèces des charges justifiées dont le montant est égal ou supérieur à 10 000 DH.

Section 3 : Mode d'imposition

Les sommes réputées distribuées sont présumées perçues à la clôture de l'exercice de leur constatation.

Le montant des redressements passibles de la retenue à la source est présumé constituer un montant net après impôt. En effet, dans ce cas il y a lieu de reconstituer leur montant brut pour le calcul de la retenue à la source.

L'émission des rôles concernant ces redressements ne peut avoir lieu qu'après :

- accord exprès ou tacite du contribuable ;
- taxation d'office effectuée dans le cadre des articles 29 et 47 de la loi relative à l'impôt sur les sociétés ;
- décision non contestée de la commission locale de taxation ;
- décision de la commission nationale de recours fiscal.

Il convient de signaler à cet égard, que dans le cas de vérification de comptabilité, l'inspecteur vérificateur doit informer la société vérifiée dans une lettre jointe à la notification, des redressements passibles de la retenue à la source.

CHAPITRE 4 : ANALYSE DES CONVENTIONS REGLEMENTEES AU REGARD DE LA TVA

L'article 1 de la loi 30-85 relative à la TVA dispose que cette taxe s'applique, en sus des opérations d'importation, aux opérations de nature industrielle, commerciale, artisanale, ou relevant de l'exercice d'une profession libérale, accomplies au Maroc.

Et l'article 3 de la même loi précise ce qu'il convient d'entendre par « opération réputée faite au Maroc » :

- s'il s'agit d'une vente, lorsque celle-ci est réalisée aux conditions de livraison de la marchandise au Maroc ;
- s'il s'agit de toute autre opération, lorsque le service rendu, le droit cédé ou l'objet loué sont exploités ou utilisés au Maroc».

Ces dispositions ratissent large et paraissent couvrir toutes les opérations relevant d'une activité économique ou même opérations taxables effectuées à titre occasionnel.

Néanmoins, il faut noter de manière significative qu'il convient de distinguer entre opérations effectuées au sein d'une même entité juridique et celles intervenant entre deux entités ayant des personnalités juridiques distinctes.

Par ailleurs, les seules opérations entre les établissements appartenant à une même entité juridique qui peuvent, dans certains cas, être imposables sont les livraisons à soi-même.

Donc l'impact de la TVA peut être recherché au niveau des opérations effectuées entre des entités juridiquement distinctes. Ainsi, allons-nous voir l'impact en matière TVA qui serait généré par les conventions réglementées qui sont, par principe, signées entre des entités juridiquement séparées.

Nous examinerons successivement les problèmes de TVA liés aux conventions portant sur :

- les opérations de ventes entre entreprises liées ;
- les redevances versées à l'étranger.
- les aides financières octroyées à titre de subvention ou d'abandon de créances.

Le choix de ces opérations s'impose car se sont des opérations qui ont un régime de TVA spécifique et particulier.

Section 1 : Opérations portant sur la vente de produits entre parties liées

1- Principe général

Les opérations commerciales, industrielles, artisanales ou de prestations de services sont taxables dans les règles de droit commun et la base imposable est constituée par le prix des marchandises, des travaux ou de services et les recettes accessoires qui s'y rapportent, ainsi que les frais, droits et taxes y afférents à l'exception de la taxe sur la valeur ajoutée.

La base imposable est, par conséquent, déterminée par référence au chiffre d'affaires réalisée par l'entreprise vendeuse. Toutefois, la loi a prévu une exception à ce principe général et ce, pour les opérations entre entreprises liées dont l'une est non assujettie à la TVA.

2 - Exception au principe général

Les opérations de vente entre entreprises liées sont aussi suspectes en matière de TVA. Pour ces opérations, des dispositions dissuasives de toute évasion fiscale à ce niveau sont prévues au cas où les transactions commerciales interviendraient entre entreprises dont l'une est non assujettie ou exonérée de la TVA.

Ainsi, l'article 11-1° de la loi relative à la TVA définit de façon différente la base imposable chez la société vendeuse.

Lorsqu'une entreprise vendeuse est assujettie et une entreprise acheteuse est non assujettie ou exonérée, la taxe due par la première doit être assise, non sur la valeur des livraisons qu'elle a effectuée à la seconde, mais sur le prix de vente pratiqué par cette dernière ou, à défaut de vente, sur la valeur normale du bien. Cette règle est applicable :

- quelle que soit la forme juridique des deux entités, et
- si les deux entités sont dans la dépendance l'une de l'autre.

Pour l'application de ce principe, il convient de préciser la notion du lien de dépendance au regard de la loi relative à la TVA.

Lien de dépendance

Le décret pris pour l'application de l'article précité précise qu'une entreprise est considérée sous la dépendance d'une autre entreprise, si cette dernière :

- en assure la direction effective ;
- y exerce directement ou par personnes interposées le pouvoir de décision ;
- y possède soit une part prépondérante dans le capital, soit la majorité absolue des suffrages susceptibles de s'exprimer dans les assemblées d'associés ou d'actionnaires.

Une personne interposée peut être :

- le propriétaire, les gérants et administrateurs, les directeurs et employés salariés de l'entreprise dirigeante ;
- les ascendants et descendants et le conjoint du propriétaire, des gérants, des administrateurs et des directeurs de l'entreprise dirigeante ;
- toute autre filiale de l'entreprise dirigeante.

Nous remarquons que les liens de dépendance sus développés couvrent les critères de liens retenus pour les conventions réglementées en matière de droit de sociétés.

3 - Risques liées aux ventes de produits entre parties liées

3.1 - Redressement de la base de la TVA facturée aux sociétés liées

Le risque le plus significatif en cas de conventions réglementées portant sur ce type de vente, entre deux sociétés liées dont l'une est exonérée de la TVA ou est hors champ, est de voir l'entreprise vendeuse tenue de verser la TVA non pas d'après le montant de ses ventes mais d'après le montant des ventes de l'entreprise acheteuse.

3.2 – Non respect des formalités requises par la loi

D'après le décret précité, aussi bien l'entreprise assujettie que celle non-assujettie ou exonérée doivent respecter l'obligation administrative qui consiste soit à avoir une comptabilité permettant de distinguer les achats et les ventes faites entre elles, soit à avoir un livre spécial pouvant faire ressortir ces mêmes éléments.

Si la comptabilité des deux entités ne permet pas de dégager les éléments détaillés ci-dessous, ces entités sont obligées de tenir un livre spécial, dans lequel elles inscrivent :

3.2.1 - Chez l'entreprise vendeuse

- d'une part, le montant de leurs ventes, directes ou indirectes, à l'entreprise acheteuse, avec la désignation sommaire des produits vendus ;
- d'autre part, le montant des prix de vente des mêmes produits, pratiqués par l'entreprise acheteuse.

3.2.2 - Chez l'entreprise acheteuse

- d'une part, le montant de leurs achats, directes ou indirectes, à l'entreprise vendeuse, avec la désignation sommaire des produits achetés ;
- d'autre part, le montant de leur vente des mêmes produits.

Section 2 : Redevances et rémunération des services divers rendus par une société étrangère

Les redevances payées à une société étrangère seraient passibles de la TVA, selon le taux applicable à chaque type de service, dans la mesure où les services rendus seraient utilisés au Maroc.

A cet égard, il convient de signaler qu'en vertu de l'article 57 de la loi sur la TVA, le prestataire de service doit désigner un représentant fiscal domicilié au Maroc, qui s'engagerait à se charger des déclarations de la TVA et à payer la taxe exigible. A défaut, la TVA et, le cas échéant, les pénalités y afférentes, seraient dues par le client marocain.

La TVA reversée pour le compte du prestataire étranger est déductible chez la société marocaine dans les conditions du droit commun.

Section 3 : Les aides financières

Comme nous l'avons déjà précisé ci-dessus, il convient de distinguer entre opérations effectuées au sein d'une même entité juridique et celles intervenant entre deux entités ayant des personnalités juridiques distinctes.

Les aides financières peuvent ainsi être effectuées sous forme :

- de 'mouvements de fonds' entre un siège et ses établissements qui sont toutes des entités d'une même personne morale, ou
- de subventions ou d'abandon de créances qui interviennent entre deux entités ayant des personnalités juridiques distinctes.

Les opérations portant sur des aides financières ne seraient imposables à la TVA que si elles interviennent entre des entités juridiquement distinctes. Donc, les mouvements de fonds ne peuvent générer la TVA du fait qu'il s'agit uniquement d'une circulation de fonds au sein de la même entité juridique.

Ceci étant clarifié, l'étude de l'impact de la TVA en matière des aides financières trouverait toute sa raison d'être au niveau des opérations effectuées par des personnes morales distinctes qui peuvent être parties à une convention réglementée. A cet égard, il est admis que l'administration est en droit pour asseoir les impositions, de s'en tenir à l'apparence des relations contractuelles au moment du fait générateur, même si ces relations sont ultérieurement annulées avec effet rétroactif.

L'assujettissement des aides financières, qu'elles soient sous forme de subventions ou d'abandons de créances, dépend largement de leur motif commercial ou financier.

1 - Principe général

L'analyse du régime des aides financières est plus complexe. Pour se faire, nous nous référons à la note circulaire relative à la TVA qui opère une distinction entre les subventions octroyées sans contrepartie et les subventions de fonctionnement.

L'article 11 de la loi sur la TVA stipule que « ... le chiffre d'affaires imposable comprend le prix des marchandises, des travaux ou des services et les recettes accessoires qui s'y rapportent, ainsi que les frais, droits et taxes y afférents à l'exception de la taxe sur la valeur ajoutée.... ».

La note circulaire de la TVA considère les subventions comme des recettes accessoires et précise que les subventions de fonctionnement qui sont octroyées dans le but par exemple d'éponger un déficit dans la gestion, ou pour soutenir le prix d'un produit ou d'un service, doivent être incluses dans le chiffre d'affaires imposable. Et par conséquent, elles sont assujetties à la TVA.

Tandis qu'elles ne sont pas imposables à la taxe sur la valeur ajoutée, les subventions reçues par un assujetti et qui présentent le caractère d'une libéralité, c'est à dire quand elles sont accordées sans contrepartie.

2 – les aides constituant un acte normal de gestion

2.1 - Aides consenties pour des motifs commerciaux

Elles sont assujetties à la TVA. Deux séries d'arguments peuvent être avancés en faveur de cette imposition :

- Les subventions d'équilibre ou d'exploitation peuvent être analysées comme des recettes accessoires s'ajoutant à celles qui proviennent de l'exploitation industrielle ou commerciale proprement dite (voir supra : article 11 de la loi relative à la TVA).
- De plus ces aides ont en fait une contrepartie : s'assurer des débouchés, s'assurer des sujétions pour une société concessionnaire de services publics.

Cette analyse s'applique également aux abandons de créances fondées sur des motifs commerciaux.

2.2 - Aides accordées pour des raisons financières

Elles échappent à la TVA. En effet, ces aides sont considérées soit comme des profits financiers exonérés, soit comme des suppléments d'apport placés hors champ d'application de la TVA.

3- les aides en cause constituant un acte anormal de gestion

Si l'aide n'a pas été accordée dans le cadre d'une gestion normale, elle peut être analysée comme constituant une recette financière pour le bénéficiaire ; or ces recettes financières sans contrepartie sont exonérées de la TVA.

4- modalités de paiement de la TVA

Dans le cas d'assujettissement des aides, l'entreprise bénéficiaire de l'aide doit délivrer à l'entreprise qui consent l'aide une facture ou un document en tenant lieu, faisant mention de la taxe afférente à l'aide reçue. Corrélativement, l'entreprise qui a versé l'aide pourra déduire la taxe ainsi facturée.

CHAPITRE 5 : DROITS D'ENREGISTREMENT

L'enregistrement d'une convention peut avoir plusieurs effets. En premier lieu et au niveau civil, la formalité confère à l'acte date certaine à l'égard des tiers (article 425 du D.O.C). De plus et surtout, il arrive que l'opposabilité de la convention aux tiers soit subordonnée à la formalité de l'enregistrement notamment en matière de transactions immobilières.

Section 1 : Risques identifiés en matière de droit d'enregistrement des conventions réglementées

Certaines conventions et actes sont obligatoirement soumis à la formalité de l'enregistrement, d'autres au contraire deviennent soumis à l'enregistrement lorsqu'ils sont présentés volontairement à la formalité ou, dans certains cas, lorsqu'il en est fait usage.

Donc au cas où l'acte serait obligatoirement assujéti, il convient de veiller au paiement des droits d'enregistrement dans le délai légal qui est de un mois à compter de la date de l'acte. Le délai est compté du quantième au quantième sans égard à la durée exacte du mois (qui peut varier de 28 jours à de 31 jours).

Mais il ne faut pas perdre de vue que l'enregistrement fait preuve, uniquement, de l'existence de l'acte et de sa date. Les parties à la convention ne peuvent se prévaloir de la formalité de l'enregistrement pour prouver la validité de la convention ou considérer la formalité comme une preuve ou même début de preuve.

Quant à la force probante de la formalité vis-à-vis de l'administration, l'article 3 du code de l'enregistrement dispose que « au regard du trésor, l'enregistrement fait foi de l'existence de l'acte et de sa date. Il doit être réputé exact jusqu'à preuve du contraire en ce qui concerne la désignation des parties et l'analyse des clauses de l'acte ».

De ce qui précède, nous pourrions relever la possibilité de coexistence de quatre types de risques en matière de droits d'enregistrement :

- risque d'inopposabilité de la convention aux tiers en cas de non accomplissement de la formalité de l'enregistrement,
- risque fiscal de paiement des pénalités et majorations de retard en cas de défaut ou d'insuffisance de paiement des droits dus si l'acte est obligatoirement soumis à l'enregistrement,
- risque de révision des droits dus suite à la requalification de la convention par l'administration fiscale après l'analyse de ses clauses, et
- risque de révision des prix déclarés si l'administration les estime sous-estimés.

Vu leur importance et spécificité, ces deux derniers risques méritent d'être développés.

Section 2 : Révision des droits d'enregistrement suite à la requalification de la convention

Etant donné que les droits d'enregistrement varient suivant la nature des actes et mutations qui sont soumis, il est nécessaire de déterminer la nature des opérations juridiques. Cette détermination s'opère, en règle générale, d'après le droit commun. Le plus souvent, cette nature correspond à la qualification donnée à l'acte par les parties et qui s'impose à elles. Cette qualification s'impose également à l'administration sous réserve qu'elle soit sincère et qu'elle corresponde à la réalité.

Toutefois, les parties peuvent être tentées, pour éluder l'impôt ou pour bénéficier d'un tarif moins élevé, de donner à leur accord l'apparence de stipulations différentes de celles réellement conclues.

Dans ce cas la jurisprudence reconnaît à l'administration le droit de rétablir le véritable caractère de l'acte. Le fondement de ce droit se trouve dans la règle unanimement admise suivant laquelle l'administration est un tiers vis-à-vis des redevables (article 22 du D.O.C).

Par ailleurs, l'article 3 précité du code de l'enregistrement précise que l'acte doit être réputé exact jusqu'à preuve du contraire en ce qui concerne la désignation des parties et l'analyse des clauses de l'acte.

Cet article traite des actes, peut-on assimiler une convention à un acte ?

1 - Définition de l'acte

Un acte, en matière d'enregistrement, désigne tout écrit rédigé en vue de former le titre, c'est à dire la preuve littérale, d'un fait juridique et non pas comme on l'entend au sens général, l'opération juridique elle-même.

Donc une convention est bien un acte au sens des dispositions du code de l'enregistrement.

Par conséquent, en matière de droits d'enregistrement, une convention est réputée exacte jusqu'à preuve du contraire en ce qui concerne la désignation des parties et l'analyse des clauses.

2 - Analyse des clauses de l'acte

Par cette analyse, l'administration fiscale cherche à restituer leur véritable caractère aux opérations. Car ne peuvent être opposés à l'administration, les actes qui dissimulent la portée véritable d'un acte ou d'une convention à l'aide des clauses qui donnent ouverture à des droits d'enregistrement moins élevés.

L'analyse des clauses de la convention peut aboutir à trois catégories de résultats :

2.1 - Actes à caractère fictif

Se sont des actes qui ne correspondent à aucune opération réelle.

2.2 - Actes portant sur des opérations déguisées

Se sont les actes qui bien que n'étant pas fictifs dissimulent une opération juridique d'une nature autre que celles déclarée par les parties ; l'exemple type serait la cession d'un fonds de commerce déguisée en contrat de location gérance.

2.3 - Désaccord sur l'interprétation de l'acte

Dans cette hypothèse, l'administration ne remet pas en cause la sincérité de la convention mais ne partage pas l'interprétation qui en a été faite par le redevable.

3 - Désignation des parties

Dans ce cas, l'opération est réelle et sa nature juridique correspond à celle résultant de l'acte ; seulement le cocontractant n'est qu'un prête-nom ; il n'agit pas en réalité pour son propre compte.

L'administration cherche, par ce biais, les cas d'interposition des personnes.

4 - Conséquences de la requalification de la convention

L'administration fiscale doit, pour pouvoir écarter comme lui étant inopposables certains actes passés par les contribuables, établir que ces actes avaient un caractère fictif ou pouvaient être regardés comme ayant pour seul but d'éluder les impositions dont était passible l'opération réelle

Pour exiger les droits réellement dus, l'administration doit restituer sa véritable nature à l'opération.

Les pénalités à payer au titre des droits dus varient selon la présomption de la bonne ou de la mauvaise foi du redevable. Dans le second cas, la pénalité peut atteindre 100% des droits dus.

Section 3 : Révision des prix

Le receveur de l'enregistrement peut procéder au redressement des prix ou des déclarations estimatives, exprimés dans certains actes, lorsqu'il s'avère que lesdits prix ou déclarations estimatives ne paraissent pas conformes à la valeur vénale des biens qui y sont visés.

Donc la révision des prix est faite par référence à la valeur vénale.

Ce redressement ne peut être effectué que dans un délai de trois ans courant à compter de la date de l'enregistrement de l'acte.

Indépendamment de cette action de révision des prix, il existe une mesure plus risquée mais rarement utilisée : c'est le droit de préemption de l'Etat. Ce droit peut être exercé au profit de l'Etat :

- sur les immeubles et droits réels immobiliers ayant fait l'objet d'une mutation volontaire entre vifs à titre onéreux ou gratuit, à l'exclusion des donations en ligne directe,
- lorsque le prix de vente déclaré ou la valeur vénale reconnue sont estimés insuffisants.

Section 4 : Délai de prescription

L'administration est en droit de réviser les droits payés et demander le paiement des droits supplémentaires :

- après trois ans à compter de l'enregistrement s'il s'agit d'un supplément de perception insuffisamment faite ou d'une fausse évaluation ne pouvant être redressée par la voie de l'expertise ;
- après trente ans pour les droits et pénalités dus sur les mutations d'immeubles non enregistrées et sur les dissimulations mobilières ou immobilières.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Les conventions réglementées ne doivent pas être contraires à l'intérêt de la société. Cette notion mérite d'être amplement maîtrisée par l'expert comptable qui en aurait besoin tout au long de sa mission de commissariat aux comptes ou en sa qualité de conseil.

En fait, le droit positif a offert cette clé qui permet de repérer, d'éviter ou de réprimer la divergence éventuelle des intérêts des dirigeants, de ceux de la société et de ceux des actionnaires.

L'intérêt social exprime l'intérêt commun des actionnaires qui n'est autre que celui de la société dédiée à leur 'entreprise commune'.

S'il ne saurait se confondre avec l'intérêt de l'entreprise en tant que structure de production, l'intérêt social se trouve aujourd'hui confondu à l'intérêt du marché qui tend à prévaloir en ce qui concerne les sociétés cotées.

Les parties signataires des conventions réglementées doivent également veiller à la préservation de l'ordre public. Cette notion large reflète bien la réalité de l'impossibilité de dresser une liste exhaustive de toutes les infractions ou délits à éviter.

Ne serait que le cas du droit des sociétés commerciales, sa complexité, sa rigidité et son caractère formaliste nous laissent devant des dispositions contraignantes mais dont les contours en sont bien tracés. Il est souvent difficile de savoir si tout ce qui n'est pas interdit est permis ou tout ce qui n'est pas permis est interdit. Cette rigidité se fonde sur la nécessité difficilement niable, de protéger la société, les tiers et les associés minoritaires.

Nous avons, en revanche, essayé de distinguer entre deux types de délits :

- délits engageant la responsabilité des dirigeants et portant préjudice à la société, et
- délits ou infractions engageant la responsabilité de la personne morale.

Pour le premier groupe de délits, nous avons présenté le cadre de leur réglementation notamment les éléments constitutifs, les conditions de répression, les sanctions et la prescription. Les délits fréquemment commis étant l'abus de biens sociaux, l'abus de pouvoirs et de voix. L'abus de majorité a été retenu par la jurisprudence française pour prononcer la nullité des conventions réglementées.

Quant à la responsabilité de la personne morale, elle peut être mise en jeu du simple fait que l'acte est accompli par les dirigeants sans qu'il y est lieu de chercher d'autres éléments d'incrimination. A cet égard, nous pouvons citer le non respect des dispositions de la loi sur la liberté des prix et de la concurrence ainsi que la fraude ou l'évasion fiscale.

Les actionnaires doivent ainsi réagir vis-à-vis des conventions réglementées pour protéger la personne morale contre les risques contenus dans les conventions et ce, en étudiant profondément ces conventions avant leur approbation. La réaction des actionnaires dépendrait largement de la qualité des informations portées à leur connaissance dans le rapport spécial d'où l'importance de ce rapport et des informations qu'il contient.

Nous avons vu que les conventions réglementées soulèvent des questions de pur droit, dès lors que la présence des dirigeants communs aux sociétés en cause suscite, en droit des sociétés, le problème de la résolution du conflit d'intérêts, celui de la procédure spéciale des conventions réglementées, voire les délits qui y sont liés notamment l'abus des biens et du crédit de la société.

Corrélativement aux aspects juridiques, nous avons détecté les principaux problèmes fiscaux inhérents aux contrats conclus entre les parties liées qui font partie des conventions réglementées.

Pour l'analyse fiscale des conventions réglementées, nous avons distingué entre deux catégories de contrats nationaux et internationaux étant donné que même les conventions conclues avec des sociétés étrangères sont régies par les dispositions relatives aux conventions réglementées.

En droit des affaires, certains actes jugés contraires à l'intérêt social peuvent être frappés de nullité. En droit fiscal, la théorie de l'acte anormal de gestion permet de rendre certains actes inopposables à l'administration fiscale pour le calcul de l'impôt lorsqu'ils sont contraires à l'intérêt de l'entreprise.

En effet, la société étant dotée d'une personnalité juridique distincte de ses membres ne saurait accomplir des actes à son détriment dans l'intérêt de ses dirigeants ou actionnaires ou d'autres sociétés appartenant au même groupe.

Cette notion est à ne pas confondre avec l'acte illicite, vu l'absence d'obligation juridique nécessitant l'accomplissement de l'acte ou la conformité aux usages.

Concernant les contrats internationaux, les clauses juridiques et financières d'un contrat vont se trouver directement influencées par son objet. C'est pourquoi, il est primordial de savoir quand il sera soumis à un impôt, par qui il sera imposé, sur quelles bases et selon quelles dispositions ?

Les contrats seraient régies par, en cas de leur existence, les conventions fiscales de non double imposition qui priment les lois nationales et à défaut c'est le droit commun qui serait applicable.

Cela conduit à examiner les critères de répartition des revenus entre deux ou plusieurs Etats selon qu'il s'agit des contrats :

- de fourniture de biens d'équipement ;
- de travaux d'entreprise ;
- de fourniture de biens de consommation ;
- de prestations de services ;
- de transfert de technologie.

Il convient, ainsi, de s'assurer des impositions qui vont en résulter soit par voie de retenue à la source, soit par le biais de l'imposition des bénéfices des entreprises en cas d'existence d'un établissement stable ou d'une filiale.

En effet, comme pour l'ensemble des dépenses prises en compte par les entreprises dans leurs charges d'exploitation, les versements considérés devront répondre aux conditions générales de déductibilité prévues par la loi relative à l'IS. Ces charges doivent correspondre à un service effectivement rendu dans le cadre de leur exploitation et ne pas apparaître excessives eu égard à l'importance de celui-ci.

Il en va, sans dire, la vigilance dont doivent faire preuve les entreprises pour conserver tous les éléments requis retraçant les faits qui les ont conduits à opérer les versements correspondants afin de justifier leur bien-fondé et éviter toute remise en cause de ces montants, par l'administration fiscale, en tant que transfert de bénéfices à l'étranger.

Il nous semble, ainsi, que la conclusion des conventions à des conditions normales par l'établissement d'un système cohérent de prix de cession pour les transactions réalisées entre entreprises associées doit être fait en conservant présent à l'esprit un certain nombre de principes de base.

En premier lieu, le prix de comparaison avec des opérations de même nature, dans les conditions similaires dans le temps et dans l'espace, reste encore la meilleure référence pour l'administration fiscale. A défaut, la marge dégagée à l'occasion des transactions à l'intérieur du groupe doit être cohérente avec la marge normale des entreprises concernées ou à celle des entreprises similaires sur le même marché. Toute distorsion doit être appuyée et justifiée par des documents. Or, en l'absence d'un prix comparable sur le marché libre, il est possible de retenir, selon le sens de l'initiative économique, soit la méthode du 'cost plus' soit la méthode du 'prix de revente moins'.

Néanmoins, la législation fiscale marocaine semble souffrir d'une insuffisance en matière de preuve de transfert de bénéfice à l'étranger notamment à destination d'un pays à fiscalité privilégiée ou d'un paradis fiscal.

Certains pays considèrent que les intérêts, arrérages et rémunérations de services payés à des personnes établies hors de ces pays et y sont soumis à une fiscalité privilégiée ne sont pas admises comme charge déductible pour l'établissement de l'impôt sauf si le débiteur apporte la preuve que ces dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré.

Dans ce cas spécifique, ces législations n'obligent pas l'administration fiscale de chercher à établir un lien de dépendance entre les parties à l'opération mais la présomption de transfert de bénéfice repose sur le fait que le bénéficiaire réside dans un pays à fiscalité privilégiée (appelés généralement paradis fiscal).

Les autorités fiscales cherchent, dans ce cas, à apporter la justification nécessaire pour prouver l'existence de fiscalité privilégiée par la comparaison de l'imposition effective supportée par les deux entreprises.

Les redressements fiscaux auxquels donnent lieu ces risques fiscaux seraient également imposés en tant que distribution occulte des bénéfices.

Les opérations entre parties liées sont tout de même encadrées par la loi sur la TVA qui a prévu une imposition différente des transactions commerciales entre sociétés dépendantes.

Les liens de dépendance préconisés en matière de TVA couvrent les critères de liens retenus pour les conventions réglementées en matière de droit de sociétés.

Le reversement de la taxe sur les abandons de créances tend également à rendre inopposables à l'administration fiscale toutes décisions délibérément prises sans contrepartie pour la société.

La société peut être redressée en matière des droits d'enregistrement surtout suite à une révision des prix déclarés ou encore suite à une requalification de l'opération contractuelle.

CONCLUSION GENERALE

La réglementation des conventions conclues entre une société commerciale et ses dirigeants a permis de distinguer entre trois types de conventions : interdites, libres et réglementées. Ces nouvelles dispositions ont pour objet et peuvent avoir pour effet de permettre aux dirigeants de sociétés de se prémunir contre les risques de mise en cause de leurs responsabilités en évitant des comportements jugés fautifs ou négligents et surtout en mettant en œuvre des pratiques recommandées.

La procédure d'autorisation et d'approbation des conventions réglementées dans les SA vise, dans le même ordre d'idées, à instaurer une transparence eu égard des relations conventionnelles entre les dirigeants et la société et de prévenir les éventuels abus de ces derniers. Cette procédure a été simplifiée dans le cas des SARL. Et, c'est seulement dans les SARL, que la réglementation applicable aux conventions conclues entre une société anonyme et l'un de ces dirigeants, a été étendue à toute convention entre un associé et la société.

Cette extension ne nous paraît pas bien fondée. Certes, on comprend que ce soit réglementées les conventions entre une société et l'un de ces dirigeants car ces conventions s'apparentent à des conventions conclues avec soi-même, si le dirigeant intéressé a la qualité de représentant légal mais l'associé qui n'a pas cette qualité légale n'aurait pas une position dominante pour imposer à la société des conditions discriminatoires.

En second lieu, la transposition de la procédure d'approbation des conventions réglementées dans les SARL paraît souffrir d'une grande insuffisance car la garantie principale résulte du contrôle exercé par le commissaire aux comptes, organe qui n'existe pas obligatoirement dans les SARL de faible dimension.

Un progrès a été accompli toutefois par la loi qui a prévu que s'il n'existe pas un commissaire aux comptes, les conventions conclues par un gérant non associé sont soumises à l'approbation préalable de l'assemblée. Mais on ne sait pas quelle sanction serait encourue en cas de non respect de cette formalité. Par référence à l'article 61 de la loi sur la SA, il aurait été logique de prévoir une nullité, lorsque la convention non autorisée a eu des conséquences dommageables pour la société.

En revanche, il demeure curieux qu'en l'absence du commissaire aux comptes le gérant puisse présenter lui-même à l'assemblée le rapport décrivant la convention qu'il a conclue avec la société et invitant les associés à l'approuver.

Dans les sociétés par actions (SA et SCA), les conventions conclues entre la société et ses actionnaires ne sont pas systématiquement soumises à une réglementation particulière. Celle-ci ne s'applique qu'aux conventions conclues avec les dirigeants ou celles passées entre des sociétés ayant des administrateurs communs.

En effet une réglementation générale serait à la fois irréaliste car le nombre des actionnaires est important et leur identité n'est pas toujours connue et inutile car les actionnaires minoritaires ne disposent d'aucun moyen de pression pour obtenir de la société des avantages indus.

Ce principe de liberté supporte néanmoins quelques exceptions notamment lorsque la société, dans les deux ans qui suivent son immatriculation, acquiert un bien appartenant à un actionnaire et dont la valeur est au moins égale au dixième du capital social.

En France, il a été envisagé un amendement de la loi étendant la procédure des conventions réglementées aux conventions intervenant entre une société et l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 5 %.

Nous avons bien remarqué dans nos précédents développement au la pièce maîtresse dans la procédure des conventions réglementées dans les SA est l'autorisation préalable du conseil d'administration. Les sanctions de l'absence de cette autorisation préalable sont lourdes. L'article 61 visant à la fois l'action en responsabilité et l'action en nullité lorsque les conventions non autorisées ont eu des conséquences dommageables pour la société.

D'où, une première difficulté de déterminer de quel préjudice une société pourrait solliciter réparation. Il semble que, pour le législateur, seul ce chef de préjudice serait réparable. Or, le rejet de l'action en nullité faute de préjudice paraît bien fermer cette voie.

Mais, le non respect de la procédure d'autorisation génère un autre préjudice non expressément visé par le législateur.

Dans son aspect moral, il s'agit de l'atteinte portée au droit à l'information et au droit à la décision, dont les autres administrateurs ont été privés, ainsi qu'à l'atteinte à l'éthique sociétaire, ce que l'on pourrait appeler le droit au respect de la « bonne règle » sociale.

Dans son aspect matériel, il s'agit de la perte d'une chance d'échapper, par une décision de refus d'autorisation, à l'obligation de faire supporter à la société des charges lourdes : c'est l'atteinte au libre choix du conseil d'administration en matière de gestion contractuelle de la société.

D'ailleurs, il ne faut pas s'étonner de la rigueur qui entoure l'absence d'autorisation préalable des conventions réglementées dans les SA, face à des opérations qui sont, par hypothèse, suspectes de favoritisme.

Les sanctions prévues par la loi témoignent du fait que le législateur est défiant à l'égard des conventions non autorisées. C'est ainsi que la loi prévoit que :

- la prescription de l'action en nullité ne court pas tant que l'assemblée générale n'a pas été dûment informée de l'existence et du contenu de la convention réglementée non autorisée.
- Le point de départ de la prescription n'est donc pas la révélation de la convention au conseil d'administration ou de surveillance, mais celle faite à l'assemblée générale. En pratique, et à titre de preuve, cela semble exiger soit une référence expresse aux éléments de la convention dans une résolution figurant dans un procès-verbal d'une assemblée, soit l'annexion d'une copie de l'acte au procès-verbal d'une assemblée visant cet acte ;
- A l'expiration du délai triennal de prescription, la nullité peut encore être invoquée par voie d'exception tant que cette nullité n'est pas couverte, quand bien même les prestations antérieurement exécutées seraient irrépétibles en raison de la prescription de l'action ;

- La procédure de couverture de la nullité fermant la voie de l'action que celle de l'exception, ne saurait être que celle décrite par l'article 61.
- Les juridictions, en cette matière, seraient très attentives à la nature de l'information fournie aux actionnaires par le biais du rapport spécial du commissaire aux comptes.

Mais, est-ce que les conseils dans nos sociétés sont prêts à assurer un tel rôle que ce soit en terme de leur structure, du nombre de mandats détenus par chaque administrateur ou encore par la participation active des membres. Certaines pratiques et comportements, préjudiciables aux actionnaires, peuvent susciter des interrogations et des critiques :

- la composition des conseils présente des insuffisances à cause de la multiplication des administrateurs réciproques dans les conseils des sociétés liées et de l'insuffisante représentation des actionnaires minoritaires dans ces conseils. Ce système prive les conseils d'administration de toute initiative critique voire même de l'exercice d'un contrôle minimum. D'où l'importance de la limitation du nombre de mandats par administrateur. Cette réciprocité des administrateurs contribue à l'accroissement du nombre de conventions réglementées entre les sociétés en question.
- le second point critique est celui de la réalité de l'accomplissement de ses tâches notamment l'autorisation préalable par le conseil : les conseils, en général, sont soupçonnés d'absentéisme, de négligence...

Quant aux autres intervenants dans la procédure à savoir le commissaire aux comptes et l'assemblée générale, des questions se multiplient pour voir de quelle manière leur intervention pourrait être pertinente et utile pour la société. Le commissaire aux comptes doit préparer son rapport en toute indépendance et les actionnaires doivent être en mesure de participer activement à la procédure d'approbation des conventions en question.

Ces conventions doivent être mentionnées dans le rapport spécial des commissaires aux comptes qui doit être déposé au siège social de la société, quinze jours au moins avant la tenue de son assemblée. Or, ce rapport n'a pas à se prononcer sur l'utilité et le bien-fondé de telles conventions et laisse à l'actionnaire le soin d'apprécier lui-même l'intérêt qui s'attachait à leur conclusion. Autant dire, dans ce cas, qu'il n'y a aucun contrôle réel sur le contenu de telles conventions.

Dans la pratique l'actionnaire n'est souvent informé de ces conventions que le jour de l'assemblée et n'a ni le temps ni les moyens de s'assurer de leur bien-fondé. De plus, on imagine difficilement un actionnaire avoir un accès direct à ces conventions et encore moins en contrôler l'application pratique et en réaliser un audit, indépendamment des compétences techniques que cela peut parfois exiger. Ceci pose d'autant plus un problème lorsqu'il s'agit de conventions de management où il existe un véritable conflit d'intérêt. Pour y remédier, une telle mission de contrôle pourrait être confiée aux commissaires aux comptes. Mission qui ne serait pas limitée à un objet informatif mais consisterait en un audit de la convention qui serait effectué indépendamment de la mission légale.

Dans le cadre d'une mission contractuelle, l'auditeur :

- pourra préciser si le contrat est conforme d'une part à la réglementation en vigueur et d'autres part avec les directives formalisées de l'entreprise. Dans le cas contraire, il va évaluer les conséquences aussi bien niveau juridique que fiscal et proposer des mesures à prendre pour régulariser la situation.
- devra présenter des recommandations en termes d'efficacité pour permettre d'améliorer les modes de conclusion des contrats choisis, modifier les rédactions, inclure ou écarter certaines clauses de manière à réduire les contentieux, permettre une meilleure gestion des contrats et faciliter ou réorganiser les tâches des services de l'entreprise chargés de l'élaboration, de la négociation et de la signature des contrats.
- pourra formuler des recommandations à court et à moyen terme relatives à des contrats particuliers et ayant un effet immédiat de modifier des clauses ou d'ajouter d'autres.

Par ce biais, les actionnaires peuvent renforcer leur pouvoir de contrôle des dirigeants afin de les obliger à n'avoir qu'un seul but : maximiser le profit et partant les dividendes et la valeur de l'entreprise.

Dans le cadre de sa mission légale, le commissaire aux comptes est obligé d'examiner l'ensemble des conventions portées à sa connaissance ou qu'il a découvertes. Il ne peut effectuer ses travaux sur les conventions réglementées par sondage puisque le régime actuel des conventions réglementées n'est nullement limité aux conventions qualifiées de «significatives». Ceci constitue une lourde obligation mise à la charge du commissaire aux comptes et nécessite un budget temps et honoraires qui n'est pas toujours pris en compte par les professionnels lors de la planification des missions légales.

Pour être en mesure d'effectuer cet examen général des conventions réglementées, nous avons jugé plus utile de donner des critères d'appréciation ayant un caractère général et valable pour tout type de convention.

En France, des amendements de loi ont été proposés pour restreindre le champ du régime des conventions réglementées à celles qui ont une incidence significative sur l'activité, le chiffre d'affaires ou le résultat de la société. Après leur examen, il a été observé que la notion d'«incidence significative» ne pourrait qu'être source de difficultés d'interprétation d'autant plus que le caractère significatif d'une convention dépende de son objet.

Hormis les aspects juridiques, nous avons bien vu que l'administration fiscale, de son côté, suspecte toute opération dictée par des liens de dépendances, que se soit pour les contrats conclus entre des entités relevant du droit marocain (acte anormal de gestion) ou avec des entités étrangères (transfert de bénéfices à l'étranger). Les liens de dépendance sont généralement présumés entre la société et une autre entité dont les dirigeants sont intéressés ou entre des sociétés ayant des dirigeants en commun.

Mais nous nous demandons, au vu des risques développés dans le corps de notre sujet, si l'administration fiscale marocaine a réellement octroyé aux vérificateurs les moyens suffisants pour effectuer ce type de contrôles ad hoc ; moyens informationnels, bases de données, temps suffisant notamment avec la limitation de la durée de la vérification à six mois

sans distinction entre les différentes entreprises taille, importance et spécificité de l'activité, nature et type des contrats,...

La loi comptable a également cherché à donner aux lecteurs des états de synthèse une meilleure visibilité des opérations entre entités liées. Ainsi, la liasse comptable a été complétée par deux tableaux annexes B6 et B7 relatifs respectivement à l'analyse des créances et des dettes. Ces deux tableaux, prévoient parmi les critères des autres analyses les montants sur les entreprises liées.

Au terme de notre sujet, il est possible de remarquer que l'ensemble des dispositions légales relatives aux conventions entre sociétés commerciales et leurs dirigeants présentent des similitudes avec les règles de la corporate gouvernance.

Actuellement aucun texte n'impose le respect des règles de la corporate governance. Les pays anglo-saxons ont élaboré un certain nombre de recommandations sans procéder à des changements législatifs formels.

Toutefois, le Maroc fort d'une conception institutionnelle que conventionnelle du droit des sociétés, une modification limitée du cadre juridique peut se révéler nécessaire pour améliorer le fonctionnement des sociétés commerciales dans l'esprit de la corporate gouvernance. Et, le premier changement nécessaire relève à notre avis des mentalités et des pratiques.

1. Quelques propositions d'aménagements législatifs

a- Limitation du cumul des mandats par les administrateurs

Un conseil d'administration ne peut convenablement remplir sa mission que si les membres qui le composent disposent effectivement du temps nécessaire pour accomplir leur tâche.

b- la bonne information du conseil d'administration et des administrateurs se justifie par leurs attributions et responsabilités

Le droit à l'information est la contrepartie de la responsabilité qui pèse sur l'administrateur qui ne remplirait pas sa mission de contrôle. Des sanctions sont prévues en cas de défaut d'information. Ainsi, la non information du conseil d'administration des conventions réglementées et par conséquent le défaut d'autorisation préalable est sanctionné par la nullité de la convention.

La mise en place d'un système d'accès à l'information, pour connaître une efficacité, nécessite que soient définies les sanctions qui y sont attachées, telles que :

- ajournement de la réunion du conseil,
- nullité des délibérations du conseil.

2. Les changements de la pratique du pouvoir au sein des sociétés commerciales

Au delà des changements des textes à envisager, de simples modifications dans le comportement des intervenants iraient dans le sens souhaité de transparence et de responsabilité accrue.

a- un remède possible avec la généralisation d'une structure duale de type 'allemand'

Cette structure permet une véritable séparation organique entre administrateurs de direction et de contrôle.

Plusieurs raisons peuvent justifier le peu de succès, au Maroc, de cette structure ; la présence de deux organes au lieu d'un, et le nécessaire contrôle des actes de l'un par l'autre, alourdissent et compliquent le fonctionnement et engendrent des coûts supplémentaires de fonctionnement.

b- le substitut : la mise en place de comités spécifiques

Ces comités sont constitués généralement d'administrateurs non gestionnaires. Et, en vertu de l'article 51 de la loi 17-95, le conseil d'administration a une grande latitude de décision quant aux comités qu'il peut mettre en place.

Il est non moins évident qu'un double risque éventuellement cumulatif existe, soit que le comité fasse mal son travail, alors que le seul fait par exemple qu'un comité d'audit soit constitué donne l'apparence que des diligences sont effectivement accomplies, soit que le conseil trop confiant se repose entièrement sur les travaux du comité en oubliant que le contrôle de l'information financière est de sa responsabilité collégiale.

c- le rôle des actionnaires

Le problème de la participation des actionnaires et en particulier celle des gestionnaires des fonds d'épargne aux assemblées générales est amplement posé.

Sur ce point l'exemple des investisseurs américains est intéressant, ils ont obtenu une modification du mode de gestion des entreprises aux Etats Unis. Pour ce faire, ils n'hésitent pas à entrer en contact avec les dirigeants des entreprises pour obtenir certaines garanties, au besoin, en menaçant de se désengager de la société.

La régularité des réunions du conseil d'administration et la présence des administrateurs à ces réunions s'en trouvent sans doute améliorées. Enfin, les administrateurs seront plus enclins à utiliser leur pouvoir de faire acter leurs désaccords sur les procès-verbaux des conseils.

D'une manière générale, une participation plus active des actionnaires dans la vie de l'entreprise, notamment par une meilleure préparation des assemblées générales (appelées à approuver les conventions réglementées) ne pourra qu'améliorer le fonctionnement du conseil d'administration. L'administrateur n'est que le mandataire des actionnaires et la qualité de l'accomplissement de sa fonction dépend de la présence active du mandant. Au delà du rôle accru de l'actionnaire, sa recherche éventuelle de la responsabilité de l'administrateur aura une répercussion très forte sur la qualité des travaux des conseils d'administration.

A cet égard, nous ne pourrions que présenter une citation éloquent du doyen Georges Ripert (*Aspects juridiques du capitalisme moderne*) : « je ne puis que citer ici les principales réformes apportées à notre droit en les supposant connues. Ce qu'il y a de remarquable c'est qu'aucune de ces réformes n'a atteint son but. Le législateur tentait quelque chose d'impossible : secouer l'indifférence des actionnaires ».

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE	1
PARTIE PRELIMINAIRE : PRESENTATION DU CADRE JURIDIQUE DES CONVENTIONS CONCLUES ENTRE LES SOCIETES COMMERCIALES ET LEURS DIRIGEANTS.....	11
INTRODUCTION.....	11
CHAPITRE 1 : LES CONVENTIONS INTERDITES	12
Section 1 : Personnes visées par l'interdiction.....	12
1 – Liste des personnes visées par l'interdiction	
2 – Commentaire	
Section 2 : Les opérations visées par l'interdiction.....	13
1 - Les prêts	
2 - Le découvert	
3 - Les cautions et avals des engagements personnels	
4 - Les exceptions légales	
Section 3 : La portée de l'interdiction.....	15
Section 4 : Sanctions	15
1 - Nullité absolue des conventions interdites	
2 - Responsabilité du dirigeant	
CHAPITRE 2 : CONVENTIONS LIBRES.....	17
CHAPITRE 3 : LES CONVENTIONS REGLEMENTEES	18
Section 1 : Sociétés soumises à la réglementation.....	18
Section 2 : Personnes visées par la réglementation.....	18
1 - Personnes physiques	
2 - Personnes morales	
Section 3 : Opérations visées par la réglementation.....	20
Section 4 : Procédure d'autorisation et d'approbation des conventions réglementées.....	21
1 – Dans les sociétés anonymes	
2 – Dans les sociétés à responsabilité limitée	
3 – Dans les SARL à associé unique	
Section 5 : Les effets des conventions réglementées.....	23
1 - Les effets en cas de respect de la procédure	
2 - Les effets en cas de non respect de la procédure dans les sociétés anonymes	
3 – Les effets du non respect de la procédure dans les sociétés à responsabilité limitée	
4 - La responsabilité personnelle du dirigeant	
CONCLUSION DE LA PARTIE PRELIMINAIRE.....	32
PREMIERE PARTIE : PROBLEMATIQUE DE QUALIFICATION DES CONVENTIONS REGLEMENTEES.....	33

INTRODUCTION.....	33
SOUS PARTIE I : CRITERES DE QUALIFICATION DES CONVENTIONS REGLEMENTEES.....	34
CHAPITRE 1 : PERSONNES VISEES PAR LA REGLEMENTATION APPLICABLES AUX CONVENTIONS REGLEMENTEES.....	34
Section 1 : Personnes physiques.....	34
1 - Notion du dirigeant : Généralités	
2 - Appréciation de la qualité du dirigeant	
Section 2 : Personnes morales.....	35
1 - Notion d'entreprise visée par l'article	
2 - Propriétaire	
3 - Associé indéfiniment responsable	
Section 3 : Intérêt indirect et interposition de personnes.....	37
1. Notion d'intérêt indirect	
2 - L'interposition de personne	
CHAPITRE 2 : APPRECIATION DU CARACTERE CONVENTIONNEL.....	40
Section 1 : Appréciation du caractère conventionnel d'un acte au regard du droit des contrats.....	40
1 - Conventions réglementées parfaites	
2 - Cas spécifique des avant-contrats	
Section 2 : Principe des conventions réglementées au regard du droit des sociétés.....	43
Section 3 : Application du principe.....	44
1 - Cas de renouvellement des conventions conclues avant la nomination du dirigeant	
2 - Modifications apportées à une convention	
3 - Résiliation des conventions réglementées	
4 - Exemples illustratifs des conventions réglementées	
CHAPITRE 3 : APPRECIATION DU CARACTERE COURANT D'UNE OPERATION.....	48
Section 1 : Notion d'opération courante.....	48
Section 2 : Exemples jurisprudentiels.....	49
CHAPITRE 4 : APPRECIATION DU CARACTERE NORMAL DES CONDITIONS D'UNE CONVENTION.....	50
Section 1 : Appréciation au regard du droit des contrats.....	50
Section 2 : Les références d'appréciation du caractère normal.....	50
1 - Critères internes à la société	
2- Critères liés au secteur d'activité : principe de pleine concurrence	
3- Application des dispositions légales	
4- Intérêt social	
Section 3 : Analyse des clauses des contrats.....	51
1- Clauses principales	
2- Les clauses accessoires	
Section 4 : Appréciation des conditions normales dans le cadre de groupes de sociétés.....	53

1 - Transactions commerciales courantes	
2 - Les frais communs du groupe	
3 - Personnel détaché	
4 - Transactions sur immobilisations	
5 - transactions financières	
6 - Abandon de créances, subventions et prêts sans intérêts	
Section 5 : Quand apprécier le caractère normal des conditions d'une convention ?.....	56
 SOUS PARTIE 2 : CONSEQUENCES DE LA QUALIFICATION DES CONVENTIONS REGLEMENTEES.....	 57
 CHAPITRE 1 : APPLICATION DE LA PROCEDURE PREVUE PAR LES LOIS SUR LES SOCIETES COMMERCIALES.....	 57
Section 1 : Information de l'organe de gestion ou d'administration des sociétés.....	57
1 – Modalités de l'information	
2 - Forme de l'information	
3 – Absence d'information du conseil	
Section 2 : La délibération et le vote du conseil.....	58
1 – Conditions de l'autorisation	
2 - Modalités de l'autorisation	
Section 3 : Information du commissaire aux comptes.....	59
Section 4 : Intervention et rôle du commissaire aux comptes.....	60
1 - Le contenu du rapport spécial	
2 - La communication du rapport	
Section 5 : Intervention de l'assemblée générale.....	61
1. Compétence de l'assemblée générale	
2. Règles du quorum et de majorité	
3. Résolutions et votes	
 CHAPITRE 2 : MISSION DU COMMISSAIRE AUX COMPTES	62
Section 1 : Etendue de la mission.....	62
Section 2 : Diligences.....	63
1 - Les conventions préalablement autorisées	
2 - Les conventions non autorisées préalablement : Attention du commissaire aux comptes lors de ses travaux	
3 - Recherche des informations sur le contenu des conventions dont le commissaire aux comptes a été avisé ou qu'il a découvertes	
Section 3 : Outils à la disposition du commissaire aux comptes.....	65
1 - Lettre circulaire du commissaire aux comptes	
2 - fiche d'analyse des conventions	
3 - Tenue des dossiers de travail	
Section 4 : Rapport spécial sur les conventions réglementées.....	67
1 - Norme de rapport spécial sur les conventions réglementées	
2 - Contenu du rapport spécial	
3 - Règles générales concernant le rapport spécial	
4 - Communication du rapport	
5 - Liens du rapport spécial avec le rapport général	
Section 5 : Responsabilité du commissaire aux comptes.....	71

1 - Responsabilité civile	
2 - Responsabilité pénale	
3 - Prescription de la responsabilité du commissaire aux comptes	
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	77
DEUXIEME PARTIE : ANALYSE JURIDIQUE ET FISCALE DES CONVENTIONS REGLEMENTEES	79
INTRODUCTION.....	79
SOUS PARTIE 1: ANALYSE JURIDIQUE DES CONVENTIONS REGLEMENTEES	80
CHAPITRE 1 : LES CONVENTIONS REGLEMENTEES DOIVENT ETRE CONCLUES DANS L'INTERET DE LA SOCIETE	80
Section 1 : La notion d'intérêt social.....	80
1 - Définition de l'intérêt social	
2 - Intérêt social et divergence d'intérêts entre dirigeants et actionnaires	
3 - A qui s'impose le respect de l'intérêt social	
Section 2 : Appréciation de l'intérêt social.....	83
1 - Dirigeants	
2 - Actionnaires	
3 - Le juge	
Section 3 : Rapprochement entre l'intérêt social et l'intérêt commun des actionnaires.....	84
1 - La continuité et la prospérité de l'entreprise commune	
2 - Appropriation de la valeur créée	
Section 4 : Intérêt social et intérêt de l'entreprise commune.....	85
Section 5 : Arbitrage permanent entre les intérêts contradictoires.....	85
1 - Intérêt des co-contractants	
2 - les critères de la bonne gestion	
Section 6 : Intérêt social des sociétés cotées et le rôle du marché.....	86
CHAPITRE 2 : LES CONVENTIONS REGLEMENTEES ET LA PRESERVATION DE L'ORDRE PUBLIC.....	87
Section 1 : Définition générale de l'ordre public.....	87
1 - ordre public traditionnel	
2 - l'ordre public moderne	
3 - Ordre public économique	
Section 2 : Sanctions applicables aux conventions pour infraction à l'ordre public.....	89
CHAPITRE 3 : RISQUES JURIDIQUES LIES AUX INFRACTIONS A L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE	90
Section 1 : Abus de biens sociaux.....	90
1 - les biens sociaux protégés	
2- les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux	
3 - Les poursuites pénales	
4 - Les personnes punissables	
5 - Les éléments de défense	
6 - Procédure des conventions réglementées et présomption d'abus de biens	

sociaux	
Section 2 : Abus de majorité.....	99
1 - le principe directeur de l'abus de la majorité	
2- Applications jurisprudentielles	
3 - Sanctions de l'abus de majorité	
4 - Conventions réglementées et abus de majorité	
CHAPITRE 4 : RESPONSABILITE PENALE DE LA PERSONNE MORALE.....	104
Section 1 : Principe de mise en cause de la responsabilité pénale des personnes morales.....	104
Section 2 : Loi sur la liberté des prix et de la concurrence.....	104
1 - Interdiction des pratiques discriminatoires	
2 - Prohibition des ententes	
3 - Prohibition des abus de domination	
4 - Exceptions à la prohibition des ententes et des abus de domination	
5 - Les sanctions applicables aux ententes et aux abus de domination	
SOUS PARTIE 2 : ANALYSE FISCALE	108
INTRODUCTION.....	108
CHAPITRE I : ANALYSE FISCALE DES CONTRATS NATIONAUX	109
Section 1 : Analyse fiscale générale des contrats nationaux.....	109
Section 2 : Acte anormal de gestion.....	110
1 – Principe de la liberté de gestion des entreprises	
2 - la théorie des actes anormaux de gestion	
Section 3 : Appréciation du caractère normal ou anormal des opérations réalisées au sein d'un groupe.....	114
1 – le groupe de sociétés en droit fiscal	
2 – le critère essentiel : les relations entre sociétés mères et leurs filiales	
3 – Critères complémentaires	
Section 4 : Cas illustrant le traitement fiscal des abandons de créances.....	117
1 - La place de l'abandon de créances dans la typologie des actes anormaux de gestion	
2 – Traitement fiscal des abandons de créances par la loi fiscale marocaine	
3 – Abandons de créances financières au profit d'une filiale	
4 - Abandon de créances entre sociétés sœurs	
5 - Abandon de créances au profit d'une filiale étrangère	
CHAPITRE 2 : ANALYSE FISCALE DES CONTRATS INTERNATIONAUX.....	121
Section 1 : Généralités.....	121
1 - Définition juridique du contrat international	
2- Définition fiscale du contrat international	
3. Intérêt du cadre contractuel	
Section 2 : Analyse des clauses du contrat.....	123
1 - Durée des accords	
2 - Conditions de livraison des fournitures et Prestations de services	
3 - Détachement de personnel	
4. Support juridique	
5. Attributions de responsabilité	

6 - Neutralisation ou atténuation des charges fiscales étrangères	
Section 3 : Transfert de bénéfices à l'étranger.....	130
1 – Les conditions de répression du transfert de bénéfice à l'étranger	
2 - Appréhension des bénéfices transférés par les entreprises	
3 – Appréhension des bénéfices transférés par les établissements stables : Frais de siège (Cost sharing)	
CHAPITRE 3 : IMPOSITION DES DISTRIBUTIONS OCCULTES	145
Section 1 : Champ d'application.....	145
1 - Bénéfice non mis en réserve ou non incorporé au capital	
2 – Prélèvements directs	
Section 2 : Lien entre le bénéfice imposable et la masse des revenus distribués	146
Section 3 : Mode d'imposition.....	146
CHAPITRE 4 : PROBLEMATIQUE DES CONVENTIONS AU REGARD DE LA TVA.....	147
Section 1 : Opérations portant sur la vente de produits entre parties liées.....	148
1- Principe général	
2 - Exception au principe général	
3 - Risques liés aux ventes de produits entre parties liées	
Section 2 : Redevances et rémunération des services divers.....	150
Section 3 : Les aides financières.....	150
1 - Principe général	
2 – les aides constituant un acte normal de gestion	
2- les aides en cause constituant un acte anormal de gestion	
3- modalités de paiement de la TVA	
CHAPITRE 5 : DROITS D'ENREGISTREMENT.....	152
Section 1 : risques identifiés en matière de droit d'enregistrement des conventions réglementées.....	152
Section 2 : Révision des droits d'enregistrement suite à la requalification de la convention.....	153
1 – Définition de l'acte	
2 – Analyse des clauses de l'acte	
3 – Désignation des parties	
4 – Conséquences de la requalification de la convention	
Section 3 : Révision des prix.....	154
Section 4 : Délai de prescription.....	155
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	156
CONCLUSION GENERALE.....	160

ANNEXES