

L'éthique, la corporate governance et la protection des tiers ; étude comparée avec le droit américain

Par : Dr. Besma HAMADA GUERBAA (infos juridiques, avril et mai 2010)

Le fonctionnement des sociétés, en général, et de la société anonyme en particulier, n'est plus l'affaire des seuls associés, mais de tous les tiers traitant avec elles, ou de ce que la doctrine moderne convient d'appeler « the stakeholders » ou parties prenantes. Celles-ci sont définies comme étant « l'ensemble des personnes ayant une créance légitime sur la société, auxquelles on ajoute les futurs-actionnaires »¹. Ces personnes sont concernées par le fonctionnement de la société puisque le sort de cette dernière affectera indéniablement les intérêts des personnes qui lui sont liées.

Or, « le fonctionnement de la société est régi, dans la pratique, par une combinaison de réglementations dont certaines sont de nature légale et statutaire et qui constituent des contraintes extérieures et d'autres de nature propre à la personne responsable et que l'on peut appeler autoréglementation ou contraintes intérieures. Ces dernières sont en fait des *comportements d'éthique* dictés par quatre sortes de valeurs que nous portons en nous et que nous imposent la société civile et l'environnement de l'entreprise. Ce sont les valeurs morales², les valeurs de la société³, les valeurs professionnelles⁴ et les valeurs économiques⁵ »⁶.

On en déduit que l'éthique constitue une sorte de réglementation des sociétés en général et de la société anonyme, en particulier,

L'éthique est définie comme « la science de la morale, l'art de conduite et de déontologie »⁷. Ainsi définie, elle peut être considérée comme une mesure de protection des tiers.

¹ Maati (J), *Le gouvernement d'entreprise*, Debeck Universté, Belgique, 1998, p. 14

² « Tels l'honnêteté, l'intégrité et le respect d'autrui »

³ « Respect de l'intégrité humaine, de la dignité humaine, équité, liberté de penser et d'agir et donc d'entreprendre »

⁴ « Le professionnalisme, le travail d'équipe, l'excellence et le dépassement de soi »

⁵ « La nécessaire création de valeur accrue, la productivité et la rentabilité, l'obligation de rendre des comptes, la transparence »

⁶ Lazreg (H), « Gouvernance et éthique », *L'Economiste Maghrébin*, n°373, 2004, p. 24

⁷ Dictionnaire Le Petit Robert, *Robert*, Paris, 1996, p. 704

Quelle est l'assise logique d'une telle considération? (Première partie) et comment se concrétise la protection? (Deuxième partie).

***Première partie: Les fondement de la logique du rôle protecteur
de l'éthique***

Peut-on parler d'éthique ou de morale lorsque le débat concerne une société ?⁸En réalité il s'agit d'observer l'éthique ou la moralité⁹ dans le comportement des dirigeants de la société et dans les objectifs de cette dernière.

« A proprement parler, il n'est d'éthique que personnelle, qu'émanant de véritables personnes, ce que ne sont pas les personnes juridiques dites morales. Il n'existe proprement d'éthique de l'entreprise (ou de la société), mais une éthique dans l'entreprise (ou la société) »¹⁰.

Sans recenser l'ensemble des théories d'éthique sur la question, on se contentera de reproduire les propos de M. Michelos¹¹ qui a noté que les activités de la société ne peuvent se situer dans une sorte de 'no man's land'¹². Comme toute autre activité sociale poursuivant ses objectifs, la société doit encourir à la finalité première de la société à savoir le respect de la personne humaine elle-même (qu'elle soit actionnaire, organe de la société ou toute autre partie prenante) [...] et comme l'affirme M. Friedman, la responsabilité de la société

⁸ M. Delga a noté, à ce propos, que « si la notion d'éthique est délicate à appréhender lorsqu'elle concerne l'homme, elle est encore plus incertaine lorsqu'elle concerne l'entreprise. Les débats actuels sur ' l'éthique d'entreprise' générées pour partie sans doute par les interrogations sur les incidences de l'absence de maîtrise de la modernité industrielle...n'apportent pas de solutions satisfaisantes. Les philosophes sont rares à se prononcer, les réponses paraissent être en fonction du type de l'entreprise, la finalité affinée à cette dernière...les variables sont nombreuses » ; Delga (J), « Ethique, Ethique d'entreprise, Ethique du gouvernement d'entreprise », Dalloz, n°37, 1999, chron. doct., p. 397 ; voir à ce propos Pereira (B), « Ethique commerciale, bonne gouvernance des entreprises et corruption internationale », *Revue internationale de Droit économique*, n°1, 2008, p. 5

⁹ A l'origine les mots « morale » et « éthique » ont le même sens. L'un est d'origine latine (mores), et l'autre est d'origine grecque (ethos). Tous deux renvoient aux coutumes, aux comportements sociaux et à leurs normes. Le mot « moral » désigne les normes auxquels sont astreints les personnes d'une société et le mot « éthique » désigne une discipline ou une réflexion sur les comportements

¹⁰ Le Tourneau (Ph), « Sur l'entreprise au risque de l'éthique », *Revue de jurisprudence commerciale*, n°3, 2006, p.219

¹¹ Michelos (A-C), « Moral Responsibility in Business », cité par Poff (D) et Walnchow (W), *Business Ethics*, Prentice Hall, Canada, 1997, p. 52

¹² Terre déserte

consiste à faire des profits pour les actionnaires tout en tenant compte d'autres facteurs et finalités : les fournisseurs et les créiteurs doivent être remboursés intégralement pour maintenir leur confiance, la clientèle doit être satisfaite de la qualité et du prix du produit et services, les cadres et les employés doivent travailler dans le meilleur climat possible, les projets doivent contribuer au développement de l'emploi, tout en tenant compte des programmes d'accès à l'égalité, de l'environnement etc.

Ainsi présentée, l'éthique est un impératif pour tous les types de sociétés et entreprises et non seulement pour les sociétés anonymes¹³.

Cette idée d'éthique a reçu ces dernières années une importance retentissante suite à l'apparition du courant de la « *corporate governance* » (chapitre premier), et de l'influence de ce dernier sur tous les systèmes du monde, y compris le système tunisien (chapitre deuxième).

Chapitre premier : L'Éthique préconisée par la « *corporate governance* »

La « *corporate governance* » ou « le gouvernement d'entreprise »¹⁴ ne s'entend pas ici de « la manière par laquelle les sociétés sont dirigées et contrôlées »¹⁵, mais plutôt du courant d'idées Anglo-américain qui est apparu à la fin des années quatre-vingt pour réagir contre les abus du pouvoir des dirigeants et l'absentéisme des actionnaires, surtout minoritaires, au sein des sociétés anonymes.

¹³ Aonzo (Ph), « Point de vue sur l'éthique de l'entreprise », *Petites affiches*, n°184, septembre, 2001, p. 4

¹⁴ « Le gouvernement d'entreprise » est la traduction qu'a choisie la doctrine française du terme « *corporate governance* ». Cette traduction a été critiquée par certains auteurs. C'est le cas par exemple de M. Du Granrut qui propose comme traduction « *la gouverne des sociétés* » à propos de laquelle il écrit « j'emploie volontairement le mot gouverne : il a été employé par M. Fleuriot et je me suis reporté au dictionnaire ; la gouverne c'est l'action de piloter une embarcation ; et je crois en définitive plutôt que de traduire 'corporate governance' par gouvernement d'entreprise, la « gouverne des sociétés » n'est peut être pas un mauvais emploi », cf: Du Granrut (B.B), « Corporate governance et démocratie », *Les petites affiches*, n° 55, 1997, p. 18

¹⁵ Charreaux (G), « Vers une théorie du gouvernement d'entreprise », www.ungaro.fr, p. 5

En effet, la fin des années quatre-vingt aux Etats-Unis et en grande Bretagne s'est caractérisée par une situation de déséquilibre marquant entre ceux qui dirigent et le reste des « *stakeholders* » ou parties prenantes.

Est considérée comme « *stakeholder* » ou partie prenante « toute personne ou groupe de personnes dont le bien peut être affecté par les décisions de la société »¹⁶. Parmi ces « *stakeholders* » figurent les actionnaires mais surtout les tiers qui ont une créance légitime sur la société.

Ce déséquilibre venait du fait que les dirigeants ont profité de leur position centrale et dominante¹⁷, et ont commis des abus qui ont coûté cher à tous les partenaires de la société, actionnaires et tiers¹⁸.

Effectivement, leur comportement opportuniste a mené à la défaillance de plusieurs sociétés¹⁹ laquelle défaillance est catastrophique dans la mesure où elle implique que la « coalition constitutive de la société s'effondra, autrement dit que cette dernière cessera ses activités ou au moins provisoirement jusqu'à la reconstitution d'une coalition viable »²⁰.

Une telle cessation met en péril les intérêts de toutes les parties prenantes et dégénère une situation d'anarchie et d'insécurité.

En réaction à cette situation, et avec la montée des investisseurs institutionnels²¹, un très fort courant d'idées est apparu aux Etats-Unis et en Grande Bretagne baptisé « *corporate governance* », tendant à réorganiser la dissociation entre « propriété de capital » et « gestion du capital », à récupérer une parties des rentes que s'approprient les dirigeants et à rétablir l'équilibre²² et la confiance entre les parties prenantes « sociétaires ».

¹⁶ Charreaux (G), Article précité, p. 5

¹⁷ Voir à ce propos Schmidt (D), « Actionnaires ou dirigeants: où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées? », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, n°55, 1996, p. 72

¹⁸ Voir par exemple Tunc (A), "Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux Etats Unis et au Royaume Uni", *RIDC*, n°1, 1994, p. 59 et s

¹⁹ Tunc (A), « Les principes of corporate governance », *RDAI*, n°8, 1995, p. 967

²⁰ Charreaux (G), Article précité, p.28

²¹ Compagnies d'assurances privées, sociétés d'investissement mais surtout les fonds de pension

²² Damy (S), « Proposition d'un nouvel équilibre dans la gouvernance d'entreprise », *Petites affiches*, n° 166, 2003, p. 3

Ce courant d'idées cherche donc à instaurer un système qui a pour effet de délimiter les pouvoirs des dirigeants de la société anonyme, surtout celle cotée²³, c'est à dire de ceux qui la gouvernent, de déterminer leur conduite, et de définir leur espace discrétionnaire²⁴.

Selon le système de la « *corporate governance* », les dirigeants sont les mandataires de l'ensemble des *stakeholders*²⁵.

C'est sur cette idée de mandat que repose toute la logique de la « *corporate governance* » et son rôle dans la prévention des tiers.

Le mandat ou l'agence (*agency*) constitue la philosophie intrinsèque du droit américain des sociétés et spécialement des sociétés anonymes ou « *corporations* » qui est en définitif, un moyen pour les actionnaires qui s'unissent afin de parvenir à réaliser des profits²⁶.

Traditionnellement, cette relation d'agence n'opposait que les actionnaires (en tant que mandants ou « *principals* ») aux managements ou dirigeants (en tant mandataires ou « *agents* »).

Les dirigeants n'avaient de rôle que la maximisation des profits des actionnaires²⁷.

Cette vision de la société est devenue peu à peu caricaturale et a fait l'objet de nombreuses critiques²⁸. La plupart d'entre elles repose sur l'argument suivant : la société ne peut être amenée à un seul contrat et les actionnaires ne sont pas les seuls à être concernés par l'évolution de l'activité de la société. D'autres acteurs sont parties prenantes soit par des relations contractuelles (salariés, clients, fournisseurs, banquiers et autres créanciers etc.), soit tout

²³ Caussin (J-J), « Le gouvernement d'entreprise et les sociétés cotées », *Gazette du Palais*, 2^{ème} semestre, 1998, doct. p.1265

²⁴ Charreaux (G), Article précité, p. 19

²⁵ Hill (C.W.L) et Jones (T.M), « Stakeholder-Agency theory », *Journal of Management Studies*, n°2, 1992, paragraphe 29

²⁶ Voir Gevurtz (F.A), *Corporation Law*, West-Group, St-Paul Minn, 2000, p. 12

²⁷ *Ibidem*

²⁸ A titre d'exemple voir Couret (A), « De l'intérêt social », *J.C.P.*, éd. Entreprise, avril 1996; Shmidht (D), « Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes », *Petites affiches*, n°249, 1999, p. 12 et s

simplement par l'impact des activités de la société sur son environnement. Ceci est d'autant plus vrai, que la société ne peut plus être ramené seulement à un contrat, mais elle doit être appréhendée comme une entreprise qui comporte un « nœud d'intérêts »²⁹.

« En effet, si l'actionnaire risque de perdre sa mise en cas de mauvaise gestion, les autres parties sont susceptibles également de subir des préjudices plus ou moins importants : le salarié sur son emploi voire sur sa retraite ; le fournisseur sur son patrimoine en cas de créance irrécouvrable ; le banquier dans sa qualité de créateur ; les collectivités publiques (emplois, revenus attachés à l'activité de la société comme les taxes fiscales et parafiscales) etc. »³⁰.

Le courant de la « *corporate governance* » a pris en compte la multiplicité des parties prenantes et a cherché à protéger leurs intérêts des aléas d'une mauvaise gestion.

C'est dans ce contexte que ce courant a élargi les paramètres de la théorie d'agence passant du modèle classique et simple -un « *principal* » (l'actionnaire)/un « *agent* » (les dirigeants ou manager)- à un modèle élargi -plusieurs « *principals* » (toutes les parties prenantes) / « *agent* » (dirigeants ou management)³¹.

Dans les deux systèmes, cette relation d'« *agency* » ou de « mandat » imposent aux dirigeants en tant que « *agents* » ou « mandataires » des devoirs vis-à-vis des « *stakeholders* » ou « parties prenantes », qui sont le devoir de loyauté (*loyalty*) et le devoir de diligence (*care*), à côté des devoirs de l'obéissance (*obediance*), de rendre compte (*Accounting*) et de l'information (*information*).

²⁹ Voir introduction

³⁰ Charreaux (G), Article précité, p. 73

³¹ Voir Barton (S.L) et Gordon (P.J), « Corporate strategy and capital structure », *Strategic Management Journal*, Vol. 9, 1999, p. 99 ; Voir aussi Calakson (M.B.E), « The corporation and its Stakeholders », *University of Toronto Press*, 1998, p. 36

Ces devoirs découlant de la relation d'« *agency* » ou de « mandat » sont prévus en droit tunisien par le code des obligations et des contrats³², et en droit américain par le « *Restatement Agency second* »³³.

Conséquemment, les dirigeants qui sont donc en relation contractuelle avec l'ensemble des *stakeholders*, jouent un rôle central dans la vision de la « *corporate governance* » et peuvent être alors considérés comme « les mandataires de tous les *stakeholders* impliqués »³⁴ ; leur rôle est de prendre des décisions, notamment stratégiques, conformément aux intérêts de l'ensemble des « *stakeholders* ».

Pour atteindre son objectif, qui est celui d'empêcher les comportements négligents et opportunistes des dirigeants de la société et de regagner la confiance de toutes les parties prenantes du monde des affaires tout en protégeant leurs intérêts, la « *corporate governance* » s'est conçue comme un système qui « ne doit pas seulement permettre de résoudre les crises mais surtout de les prévenir. Ce caractère préventif suppose implicitement qu'il soit possible de détecter une dégradation de la performance des dirigeants ou mieux encore de concevoir des mécanismes qui permettent d'éviter cette dégradation »³⁵. Par une telle prévention, les intérêts de toutes les parties prenantes seront protégés y compris bien évidemment ceux des tiers.

Pour concrétiser cette prévention, « *the American law Institut* »³⁶, et « *the American Bar Association* »³⁷, ont élaboré en 1995 un fameux document appelé « *Principles of corporate governance, Analysis and Recommendations* »³⁸.

³² Dans les articles 1116 à 1140

³³ Chapitre 13, cf : <http://blenderlaw.umlaw.net>

³⁴ Charreaux (G), Article précité, p. 24

³⁵ Charreaux (G), Article précité, p. 28

³⁶ (ALI) : L'institut de droit américain

³⁷ (ABA) : Le Barreau Américain

³⁸ Ce document est « un texte de nature complexe. Il contient une analyse et des recommandations qui couvrent un domaine très large [...] ses recommandations sont formulées dans des articles. Elles s'adressent, comme cela est stipulé, soit au législateur, soit au juge, soit aux sociétés elles-mêmes, comme étant de bonne pratique. Les articles sont regroupés en parties, parfois ouvertes par une note introductive. Ils sont souvent accompagnés d'exemples, normalement, de commentaires qui les comparent au droit actuel... Très fréquemment, un article est

Le titre de ce document « révèle son objectif : il présente le droit régissant les gouvernement des sociétés anonymes et émet à son sujet des recommandations. Ces recommandations sont formulées sous forme d'articles commentés. Elles s'adresse comme cela est précisé chaque fois, au législateur, au juge et aux sociétés elles-mêmes »³⁹.

Ce document couvre un domaine très large : les objectifs que doivent avoir en vue les organes d'une société, la structure de la société, les devoirs et obligations qui pèsent sur les organes de société et spécialement ceux que supportent les dirigeants.

Il est à rappeler toutefois, que ce document n'a pas de caractère législatif, il ne s'agit pas d'une loi mais d'un simple « Code de conduite » imposé par la pratique et la jurisprudence⁴⁰.

En effet, comme l'a bien noté M. Peltier « la réflexion sur la « *corporate governance* » est placée dans la lignée de la réflexion déontologique [...] et s'inscrit dans un dispositif de réglementation visant à maintenir la confiance des principaux acteurs concernés par les affaires de la société »⁴¹.

Ainsi, les mesures de prévention préconisées par le système de la « *corporate governance* » sont des mesures extralégales qualifiées par certains auteurs de « *soft law* »⁴², de « morales » ou d'« éthiques »⁴³.

Dans cette optique l'« *ALI* » a affirmé que la « *corporate governance* » est un système de morale et d'éthique qui essaie de concilier entre tous les intérêts des parties intéressées et les protéger contre tout aléas d'abus ou de négligence. D'ailleurs, en commentant le paragraphe 2.01 des « *principles* », l'« *American Law Institut* » a affirmé que « si l'objectif de la société est de conduire ses

également accompagné d'une annotation du rapporteur [...] » ; cf : Tunc (A), « Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux Etats Unis et au Royaume Uni », *RIDC*, n°1, 1994, p. 62

³⁹ Tunc (A), « les principes de la corporate governance », *RDAI*, n°8, 1995, p. 957

⁴⁰ Voir Baker (A), « L'Effervescence Anglaise », *Les petites affiches*, n° 116, 27 / 09 / 1995, p. 9 et suivantes

⁴¹ Peltier (F), « La convergence du droit français avec les principes de la corporate governance américaine », *Revue de droit bancaire et de la Bourse*, n°60, 1997, p. 50

⁴² « Loi douce » ; voir sur ce terme Culot (H), « Soft Law et droit de l'OMC », *Revue internationale de Droit économique*, n°4, 2005, p. 251

⁴³ Maati (J), *Le gouvernement d'entreprise*, Debeck Université, Belgique, 1998, p. 15

affaires dans l'optique d'accroître son bénéfice et les gains de ses actionnaires, cela ne signifie pas que ces objectifs doivent se réaliser à court terme.

En fait, la réalité est inverse : rentabilité à long terme et gains pour l'actionnaire sont l'essence même de l'équilibre économique [...] la société moderne, par sa nature même, crée des interdépendances entre divers groupes de protagonistes qui constituent des préoccupations légitimes pour elle, comme par exemple le personnel, les clients, les fournisseurs, et autres membres de la communauté dans laquelle la dite société intervient. La rentabilité à long terme de la société dépend généralement de la capacité de cette dernière à satisfaire harmonieusement les aspirations de l'ensemble de ces protagonistes. Les profits à court terme peuvent parfaitement être subordonnés à la prise en compte de ce qu'une gestion responsable de ces interdépendances est susceptible de contribuer au profit à long terme et à l'enrichissement de l'actionnaire. La marche des affaires de la société peut être conduite dans ce sens »⁴⁴.

Pour mettre en œuvre cet objectif, la « *corporate governance* » recommande à travers les « *principles* » de renforcer le rôle du conseil d'administration en y maintenant la hiérarchie structurelle et fonctionnelle⁴⁵,

⁴⁴ Commentaires du paragraphe deuxième des « *principles* », par l'« *American Law Institut* », « *The objective of the corporation is to conduct business activity with the view to enhancing corporate profit and shareholder gain - does not mean that the objective of the corporation must be to realize corporate profit and shareholder gain in the short run. Indeed, the contrary is true: long term run profitability and shareholder gain are the core of the economic objective...the modern corporation by its nature creates interdependencies with a variety of groups with whom the corporation has legitimate concern, such as employees, customers, suppliers and members of the communities in which the corporation operates. The long-term profitability of the corporation generally depends on meeting the fair expectation of such groups. Short-term profits may properly be subordinated to recognition that responsible maintenance of these interdependencies is likely to contribute to long-term corporate profit and shareholder gain. The corporation's business may be conducted accordingly* », *Principles, analysis and recommendations*

⁴⁵ Concernant la structure, la *corporate governance* ne cherche pas à changer la structure moniste de la société anonyme. Bien au contraire, elle tend à renforcer une telle structure par la redéfinition de la composition et du rôle du conseil d'administration, dorénavant hiérarchisé, actif et efficace. On devrait noter ici que la structure dualiste de la SA est une idée germanique ; et pourtant certaines sociétés dans différents pays ont prétendu s'adhérer aux principes de la *corporate governance* suite à leur adoption de la forme dualiste. Une telle confusion pourrait être compréhensible dans la mesure que selon les principes de la *corporate governance* le conseil d'administration doit être composé impérativement d'« *executive directors* » (administrateurs gérants) et de « *non executive directors* » (administrateurs non-gérants). Les premiers dirigent et gèrent la société alors que les seconds les contrôlent. Cette distinction entre ceux qui dirigent et ceux qui contrôlent a amené certaines personnes à croire à tort que la *corporate governance* appelle à l'adoption de la forme dualiste des SA. Parallèlement à cette co-existence des deux types d'administrateurs, il existe une « dyarchie » à la tête du conseil : « *the chief executive officer* » ou « *CEO* » (chef des administrateurs dirigeants) et « *the chairman of the board* » (le président du conseil). Le *CEO* est la personne la plus hautement placée à la tête des « *executives* » (administrateurs dirigeants), alors que le « *chairman* » est la personne la plus hautement placée à la tête de tout le

mais surtout de faire peser sur les dirigeants de la société des devoirs moraux appelés « *fiduciaries duties* » ou « devoirs fiduciaires » que ces dirigeants doivent observer dans leurs comportements.

En effet, la « *corporate governance* » regroupe trois séries de composantes : des structures⁴⁶, des procédures et des comportements ; et les comportements complètent le diptyque précédent en lui apportant une dimension sans laquelle il resterait, pour l'essentiel, formel. Ces comportements sont ceux des agents concernés par le dispositif institutionnel (structurel et fonctionnel), et chargés de le mettre en œuvre et de l'animer. Leurs bonnes pratiques, leur déontologie ou, à l'opposé, leur absence de scrupules et leurs déviations, ont une part majeure dans l'efficacité du système de gouvernance et dans l'atteinte de ses objectifs, et par conséquent dans la protection des tiers⁴⁷.

Avant d'analyser ces devoirs et de voir leur rôle dans la protection préventive des tiers, il est primordial de déceler les empreintes du courant de la « *corporate governance* » dans le système tunisien.

Chapitre deuxième : L'influence du système tunisien par la « *corporate governance* »

A vrai dire, le débat sur le courant Anglo-américain de la « *corporate governance* » a suscité un intérêt international et a poussé plusieurs pays, en

conseil. A côté de cette distinction, la *corporate governance* appelle à ce que le conseil soit composé d'administrateurs indépendants de tout lien avec ceux qui dirigent (*independent directors*). Ce type d'administrateurs n'existe pas en droit tunisien mais son incorporation dans notre système ne serait pas impossible puisque l'article 189 du code des sociétés commerciales permet aux non actionnaires d'être membres du conseil. Toutefois, il faudrait que le Code limite le nombre des administrateurs salariés pour que le conseil ne soit pas composé exclusivement de membres subordonnés à la direction, ce qui entraverait la fonction du contrôle. Ensuite, la *corporate governance* recommande la création de comités⁴⁵ au sein du conseil, à savoir un comité d'audit (*audit committee*), un comité de rémunération (*compensation committee*) et un comité de sélection (*nomination committee*), pour assurer plus d'indépendance et d'objectivité dans l'audit, la sélection du personnel et leur rémunération.

⁴⁶ Berlioz (J), « Le gouvernement d'entreprise : quelles conséquences pour les conseils d'administrations des sociétés françaises ? », *Petites affiches*, n° 140, 1996, p. 6

⁴⁷ Voir Pérez (F), *Le Gouvernement d'entreprise*, www.corpgov.org

Europe⁴⁸ et partout dans le monde, à revoir leurs systèmes de gestion et de contrôle dans les sociétés anonymes.

Ainsi, en Grande Bretagne un code déontologique, à savoir « *The Best of Practice Code* », a été élaboré en 1992 par un comité présidé par *Sir Adrian Cadbury*⁴⁹ pour concrétiser cette nouvelle idéologie qui est la « *corporate governance* ».

Ce Code a été suivi en 1995 par un autre appelé « *Directors' remuneration* » ou « *Greenbury Code* » qui s'est intéressé plutôt à la rémunération des dirigeants qui devenait exorbitante et qui nécessitait une limitation pour ne pas affecter la situation financière de la société et de tous ses « *stakeholders* ».

Puis est apparu en 1998 un autre code appelé « *Combined Code* » ou « *Rapport Hampel* » qui, comme son nom l'indique, a fait la synthèse des deux Codes précédents⁵⁰.

La force des recommandations émises par ces codes vient du fait que depuis 1993 la Bourse de Londres n'admet plus la cotation des sociétés qui ne prouvent pas leur respect du « *Cadbury Code* ».⁵¹

En France⁵², les juristes, les économistes les gestionnaires, les journalistes et les hommes d'affaires se sont intéressés à la question et des centaines d'articles⁵³ ont paru afin d'analyser le courant de la « *corporate governance* » et

⁴⁸ Pochet (C), « Fédéralisme, droit des sociétés et gouvernance d'entreprise : quelles leçons l'Europe peut-elle tirer de l'expérience Américaine ? », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2006, p. 285

⁴⁹ C'est pourquoi ce code est souvent appelé « *Cadbury Code* »

⁵⁰ Beyon (C), « Le gouvernement des sociétés anonymes au Royaume Uni : Le rapport du comité Hampel », *RIDC*, n° 3, 1998, p. 912

⁵¹ D'ailleurs cette bourse a « posé comme condition à toutes les sociétés cotées au Royaume Uni de produire, notamment dans leurs rapports annuels une déclaration indiquant si oui ou non elles respectent le « *Cadbury Code* » et de justifier les éventuels écarts » : Hopt (K.J), « Le gouvernement d'entreprise ; expériences allemandes et européennes », *Revue des sociétés*, n°1, 2001, p. 2

⁵² Couret (A), « Mondialisation et droit des sociétés : la structure juridique des entreprises » (corporate governance), *Revue internationale de droit économique*, n°3, 2002, p. 339 ; Couret (A), « Première traduction législative de la corporate governance : la loi sur les fonds de pension » *Daloz*, n° 29, 1997, chron. p. 245

⁵³ Voir par exemple bibliographie dans *RIDC*, n° 4, 1999, p. 1107 ; *Revue des sociétés*, n°2, 1198, p. 460

proposer d'en adopter quelques principes⁵⁴, tout en criant à l'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins de l'entreprise⁵⁵.

Plusieurs rapports ont été élaborés proposant de moderniser les sociétés anonymes en tenant compte des principes de la « *corporate governance* ». Il en est ainsi du rapport « Marini » et du rapport « Viénoit » publié en 1999 et élaboré par un comité ad-hoc présidé par M. Marc Viénoit, et qui propose de dissocier les fonctions du P-DG et du DG, de créer des comités au sein de la société, d'avoir recours à des administrateurs indépendants afin de renforcer le rôle du conseil d'administration etc.

Cependant, la consécration la plus concrète des principes de la « *corporate governance* » dans le système français se trouve dans la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques ou NRE⁵⁶ du 15 Février 2001 et dans la loi sur la sécurité financière du 1^{er} Août 2003⁵⁷.

En Allemagne, ils parlent de « *unternehmenskontroll* » qui signifie « *corporate governance* », et en juin 2000, il y a eu la promulgation du code allemand de la « *corporate governance* ». Ce code déontologique a été élaboré afin d'améliorer la gestion et le contrôle de la société anonyme et de préserver, ainsi, les intérêts de toutes les parties prenantes⁵⁸.

⁵⁴ Voir par exemple Tunc (A), « les principes de la corporate governance », *RDAI*, n°8, 1995, p. 59 ; Bissara (P), « Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement d'entreprise », *Revue des sociétés*, n°1, 1998, p. 5 ; Daigre (J-J), « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond », *Droit et patrimoine*, 7 août 1996, p.21

⁵⁵ Bissara (P), « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas de solutions », *Revue des Sociétés*, 1990, p. 553 ; Bissara (P), « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? », *Revue des sociétés*, n°1, 2003, p. 5

⁵⁶ Cette nouvelle loi a permis la dissociation entre les fonctions du P-DG et celles du DG, à côté de la consécration du droit des administrateurs à l'information, mais elle a renforcé surtout la transparence et la confiance au sein du marché financier. Voir à ce propos Colson (J.P), « Le gouvernement d'entreprise et les NRE », *Petites affiches*, n°166, 2001 ; Salomon (R), « Régulations économiques et droit des sociétés commerciales », *Juris-classeur droit des sociétés*, Août - Septembre, n° hors série, 2001, p. 13 ; Bureau (D), « La loi relative à la nouvelle régulation économique : Aspects de droit des sociétés », *Bulletin Joly Sociétés*, juin, 2001, chronique, para. 149, p. 533

⁵⁷ Cette loi a renforcé l'obligation d'information dans les sociétés anonymes et a consolidé l'indépendance des commissaires aux comptes... Voir à ce propos Lucas (FX), « Loi de sécurité financière corporate governance ou poudre aux yeux », *Droit et Patrimoine*, n° 122, janvier 2004, p. 54

⁵⁸ Hopt (K.J), *Article précité*, p. 2 à 5

En Italie, des réformes législatives ont été entreprises pour prendre en considération les principes de la « *corporate governance* »⁵⁹.

Aux Pays-Bas, il y a eu l'élaboration dès 1997 d'un rapport intitulé « *Corporate Governance in Nederland* » ou « *Peters Report* » qui émet quarante recommandations qui portent sur la séparation des pouvoirs, l'indépendance des administrateurs, la création de comités etc.

Au Japon, il y a eu adoption des principes de la « *corporate governance* » dans le rapport intitulé « *Corporate Governance principles to consider new Japanese Governance* » qui a été publié en 1998. De plus, plusieurs auteurs⁶⁰ ont décrit et analysé l'effet de ces principes sur les sociétés anonymes japonaises et sur l'économie en général⁶¹.

Au Canada, la Bourse de Toronto⁶² a élaboré, en 1994, « *The Dey Code* » qui a proposé quatorze titres à suivre afin de promouvoir le fonctionnement des sociétés anonymes et protéger les intérêts des parties intéressées. Ensuite, et en 1995. Cette même Bourse a imposé à toutes les sociétés cotées de produire dans leurs rapports annuels une déclaration indiquant si oui ou non elles respectent « *The Dey Code* » et de justifier les éventuels écarts⁶³.

En Russie, il y a eu aussi un très grand mouvement pour adopter la logique des principes de la « *corporate governance* » américaine⁶⁴.

Internationalement, il y a eu le lancement de plusieurs sites web⁶⁵ pour faire reprendre les principes de la « *corporate governance* » et construire le lieu dans lequel les débats sur ce courant peuvent être entrepris. De plus, certaines institutions internationales se sont aussi intéressées à ce courant envahissant

⁵⁹ Il en est ainsi par exemple du décret sur les marchés financiers qui a été approuvé en 1998 par le gouvernement italien et qui est le produit du travail d'un comité présidé par M. Draghi. Ce décret essaie d'adopter quelques principes de la « *corporate governance* » comme celui du renforcement du rôle du conseil et la consécration de la transparence

⁶⁰ Voir par exemple Hoshi, « *cleaning up the balance street : Japanese in the post war restriction period in corporate governance in transitional economies : insider control and the role of the banks* », cité par Gilson (R.J), "Globalizing corporate governance: convergence of form or function", *American Journal of Comparative Law*, n°3, Vol. 49, 2001, p. 334

⁶¹ Ayant un effet sur le rôle des banques plutôt que sur celui du marché financier

⁶² Qui jouit d'un pouvoir réglementaire très important

⁶³ Hansell (C), « The Toronto Stock Exchange Report on corporate governance », *IBLJ*, n°8, 1995

⁶⁴ www.corpgovorg

⁶⁵ A titre d'exemple : www.corpgoc.org, www.ecgn.ulb.ac.be

comme l'OCDE⁶⁶ qui a élaboré en 1999 un code de bonne conduite appelé « *Principles of Corporate Governance* »⁶⁷, et « *The European Association of Securities Tenders* » qui élaboré en 2000 un code déontologique appelé « *The Corporate Governance Code : principles and recommendations* »⁶⁸.

On déduit de ce qui a précédé que la notion de « *corporate governance* » est empruntée internationalement pour se référer au courant américain proposant de nouveaux mécanismes de gestion et de contrôle de la société anonyme, lesquels mécanismes doivent concilier entre les intérêts de tous les partenaires de cette société.

Ce faisant, la « *corporate governance* » « désigne un mode d'administration des entreprises emprunté du système américain et qui permet de dégager un consensus entre des parties qui peuvent avoir des intérêts divergents ou opposés, consensus supposé faire prévaloir l'intérêt général de l'ensemble des partenaires de l'entreprise et finalement de toute la population d'un pays »⁶⁹.

Qu'en-est-il du système tunisien ?

En fait, les acteurs du monde des affaires (juristes, comptables, experts comptables, économistes, hommes d'affaires etc.) se sont rendus compte de l'impact mondial de ce courant et l'intérêt qu'ils lui ont porté s'est exprimé par la présentation de ce système à travers des cours donnés dans les facultés de droit⁷⁰ et de gestion⁷¹, à travers la publication d'articles⁷² traitant le sujet et à travers la création d'organismes chargés de l'établissement de ces principes dans les sociétés et entreprises tunisiennes.

⁶⁶ L'Organisation de la Coopération et du Développement Economique

⁶⁷ Adopté en mai 1999 par les ministres représentant 29 Etats de l'OCDE

⁶⁸ Hopt (J.J), *Article précité*, p. 3

⁶⁹ Sfar (R), « Gouvernance et vérification au cœur d'un des défis majeurs auxquels sont confrontées aujourd'hui les économies de tous les pays », *L'Economiste Maghrébin*, n°373, Septembre 2004, p. 6

⁷⁰ Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis, Cours de M. Chefaai (M.M)

⁷¹ Institut supérieur de Gestion de Tunis, Cours donné par M. Guerbaa (M.R)

⁷² A titre d'exemple, *L'Economiste Maghrébin*, n°373, Septembre 2004, Forum ; *L'Economiste Maghrébin*, n°367, Juin 2004, p. 18 et suivantes

A ce titre, « la fondation tunisienne de la vérification intégrée » qui avait pour objectif premier de « promouvoir les approches de contrôle fondées sur l'évaluation et la mesure des performances des entreprises économiques [y compris les sociétés anonymes] et des services administratifs », a modifié sa dénomination en lui substituant celle de « la fondation tunisienne pour la vérification et la gouvernance », et ce pour « mettre en valeur la parfaite convergence entre les objectifs des gestionnaires et des vérificateurs au sein de la société »⁷³ c'est-à-dire entre ceux qui gèrent et ceux qui contrôlent⁷⁴.

Cependant, il n'y a pas eu de consécration expresse et explicite du courant américain de la « *corporate governance* » ni par des comités⁷⁵ ni par le législateur tunisien, quoique certains députés ont proposé, lors de la promulgation du code des sociétés commerciales, de prendre en considération les principes de ce courant⁷⁶. Il est vrai que l'institut arabe des chefs d'entreprises a élaboré en 2008 un code déontologique intitulé « guide de bonnes pratiques de gouvernance des entreprises tunisiennes »⁷⁷. Toutefois, ça demeure un effort isolé, non pris en compte par les pouvoirs étatiques.

⁷³ *L'Economiste Maghrébin*, n°373, Septembre 2004, Forum, p. 10

⁷⁴ La même dissociation introduite par le système de la « *corporate governance* »

⁷⁵ Comme ça a été le cas dans les pays sus indiqués et où il y a eu élaboration de Codes spécifiques

⁷⁶ Voir l'intervention de M. El Affes, Délibérations parlementaires, journal officiel de la République Tunisienne, n°4, 13/10/2006, p. 169

⁷⁷ Le paragraphe 7 de ce guide dispose que « *Système de valeurs, transparence et investissements socialement responsables caractérisent les entreprises les plus performantes et dictent les comportements éthiques des différents acteurs. En effet, satisfaire aux exigences des actionnaires, des clients, des salariés et de l'environnement correspond à une stratégie de l'entreprise qui se soucie de sa rentabilité et de sa croissance, mais aussi de sa performance globale qui repose sur les trois piliers : économique, social et environnemental et ce, en développant une culture organisationnelle orientée vers des valeurs de loyauté, confidentialité et éthique. Le respect des bonnes pratiques, énoncées ci-dessous, bénéficiera à tous les acteurs tant sur le plan interne qu'externe à l'entreprise. Elle garantira dans le même temps la réputation et la confiance des parties prenantes.* » ; de même le paragraphe 7.1 dispose que « *L'honnêteté et le civisme Principe général : agir avec transparence dans ses rapports avec l'ensemble des parties prenantes et remplir ses obligations économiques, légales et sociétales. - Sauvegarder les actifs et les ressources de l'entreprise. - Respecter ses engagements financiers vis-à-vis des différentes parties prenantes. - Donner des informations exactes, claires et suffisantes au sujet de la composition, de la sécurité d'utilisation, de l'entretien, du stockage et de l'élimination éventuelle des biens ou des services. - Favoriser la participation des collaborateurs à des programmes humanitaires et de soutien à la société civile. - Participer à la préservation et la valorisation du patrimoine culturel, historique, linguistique et artistique du pays.* » ; dans le même ordre d'idées, le paragraphe 7.2 dispose que « *La justice et l'équité : Principe général : établir un équilibre entre les différents intérêts des parties prenantes. - Instaurer avec les parties prenantes des relations mutuellement bénéfiques et équitables. - Oeuvrer à ce que les prestations fournies garantissent l'équité et la fiabilité et que les prix tiennent compte des besoins et des*

Mais est-ce que la non consécration explicite des principes de la « *corporate governance* » en droit tunisien implique l'absence de toute influence de ceux-ci sur notre système ?

Pour répondre à cette question, il faut tout d'abord rappeler que pour atteindre ses objectifs qui sont la conciliation des intérêts de toutes les parties prenantes et la maximisation des profits mais à long terme, la « *corporate governance* » propose aux organes de la société certaines recommandations structurelles et fonctionnelles et des recommandations comportementales.

Pour ce qui est des recommandations structurelles et fonctionnelles⁷⁸, la « *corporate governance* » propose, en gros :

- La hiérarchisation du conseil et la séparation entre ceux qui dirigent et ceux qui contrôlent.
- L'amélioration de l'information (surtout financière) et de la transparence.
- La mise en place de comités (comité d'audit, comité de sélection et comité de rémunération).
- L'introduction d'administrateurs indépendants au sein du conseil d'administration.

Quant aux recommandations comportementales, elles consistent en l'imposition de devoirs fiduciaires aux dirigeants.

Ainsi présentée, quelle est l'étendue de l'influence de notre système par la « *corporate governance* » ?

Il faut admettre que la plupart des recommandations de la « *corporate governance* », sont consacrées dans notre système⁷⁹ ; reste à savoir si cette

attentes des clients. Accords entre concurrents visant à imposer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou quotas à la production ou partager ou subdiviser des marchés par répartition de clients, fournisseurs, zones géographiques ou branches d'activité. Proposer une offre de biens et de services à forte valeur ajoutée au pays (technologie, recherche et innovation, développement des services de proximité etc.) »

⁷⁸ Voir Couret (A), « Le gouvernement d'entreprise », *Dalloz*, n°22, 1995, p. 166

⁷⁹ Possibilité d'avoir des administrateurs indépendants puisque l'article 189 du code des sociétés commerciales n'exige plus la qualité d'actionnaire pour les administrateurs, possibilité d'avoir des comités d'audit dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, renforcement de la transparence (la loi n°2005-96 du 18 octobre 2005)

consécration est due à l'influence indirecte du courant de la « *corporate governance* »⁸⁰, ou elle est le produit du génie de notre législateur.

Toutefois, plusieurs acteurs du monde des affaires tunisien continuent à revendiquer la consécration explicite⁸¹ et la prise en considération des principes de la « *corporate governance* » en tant que le meilleur mécanisme de gestion et de contrôle.

Ceci a été noté, par exemple, par M. Mansour lors du troisième congrès de la FTVG⁸² qui a affirmé qu'il y a un intérêt général « à adopter et à appliquer les principes de la gouvernance dont les fondements et la mise en oeuvre effective constituent des garanties de transparence, de légitimité et d'efficacité indispensable à la pérennité des activités économiques »⁸³.

Dans le même cadre M. Kéchiche a affirmé que les améliorations des entreprises en général et des sociétés anonymes en particulier ne peuvent être atteintes qu'« à partir d'une ultime conviction que les principes de la *corporate governance* sont universels, communs et opposables à toutes les structures, se référant essentiellement aux règles d'organisation, de participation et de transparence [...] La gouvernance est la clé de l'efficacité et du rendement, elle repose sur les relations entre les différents acteurs, qu'il s'agisse d'actionnaires, de gestionnaires, d'auditeurs, de clients, de fournisseurs ou autres [...] la gouvernance présente l'avantage d'offrir des garanties à tous ces acteurs »⁸⁴.

Comment se manifeste la garantie à laquelle M. Kéchich fait référence ?

La garantie accordée aux différents acteurs du monde des affaires, et entre autres les tiers, par les principes de la « *corporate governance* » se manifeste à travers la réorganisation structurelle et fonctionnelle de la société et

⁸⁰ C'est-à-dire que le législateur tunisien a été, fidèle d'habitude, influencé par le législateur français qui a été à son tour influencé par ce courant ou encore que le législateur tunisien a suivi la « mode » en adoptant des réglementations qui sont en vogue (renforcement de la transparence, consolidation de l'indépendance des organes de contrôle)

⁸¹ Par l'adoption d'un Code déontologique comme l'ont fait d'autres Etats

⁸² « La fondation tunisienne pour la vérification et la gouvernance »

⁸³ Mansour (A), « Gouvernance », *L'Economiste Maghrébin*, n°373, Septembre 2004, Forum, p. 2

⁸⁴ Kéchich (M.R), « La Tunisie a pris l'initiative de mettre en place une série de programmes et réformes pour promouvoir le gouvernement d'entreprise », *L'Economiste Maghrébin*, n°373, Septembre 2004, Forum, p. 4

spécialement du conseil d'administration, mais surtout à travers les devoirs qu'ils font imposer aux dirigeants.

En effet, est-il vrai que la réorganisation structurelle et fonctionnelle du conseil recommandée par la « *corporate governance* » est déontologique dans le sens qu'elle n'est pas imposée par le législateur et qu'elle contribue même indirectement à la protection des tiers puisqu'elle tend à renforcer la pérennité de la société ; mais en fait, ce sont les devoirs qu'impose ce système aux dirigeants qui font révéler, au plus, le côté déontologique du courant puisqu'ils s'adressent aux comportements et aux agissements des dirigeants.

Effectivement, « la bonne gouvernance est un mode de comportement »⁸⁵.

Cette même idée a été exprimée par M. Lazreg qui a affirmé que « le concept de gouvernance est très complexe pour être défini univoquement. C'est pourquoi il convient de focaliser l'attention sur les principes sur lesquels il est basé à savoir le sens des responsabilités, la transparence et l'équité⁸⁶ »⁸⁷.

De même, M. Souiden a noté dans le même cadre que « la *corporate governance* est un concept multidimensionnel mettant en cause différents intervenants et visant la protection de leurs intérêts spécifiques »⁸⁸.

Comment se concrétise cette protection par l'éthique préconisée par la « *corporate governance* » ?

Deuxième partie: La concrétisation de la protection des tiers par l'éthique

L'éthique, par essence même, impose des devoirs comportementaux. Ainsi, la concrétisation de la protection des tiers par l'éthique préconisée par la

⁸⁵ Kéchich (M.R), *Article précité*, p. 4

⁸⁶ Sur cette notion voir 6 ص 2006، ديسمبر، الأخبار القانونية، "آفاق مؤسسة التحكيم القضائي"، سويدان (ز)،

⁸⁷ Lazreg (H), *Article précité*, p. 24

⁸⁸ Souiden (A), « Synthèse du 3^{ème} congrès de la FTVG », *L'Economiste Maghrébin*, n°373, Septembre 2004, Forum, p 38

« *corporate governance* » est effectuée par l'imposition de certaines règles de conduite et des devoirs comportementaux aux dirigeants de la société.

En effet, selon les paragraphes quatre et cinq des « *principles* », ce sont les dirigeants qui doivent supporter ces devoirs.

Ceci a été confirmé par la doctrine américaine⁸⁹ qui affirme que la gouvernance de la société anonyme est focalisée sur une catégorie d'acteurs, clés de toute société : ses dirigeants, catégorie réduite parfois à une personne, représentée le plus souvent par un petit groupe fortement hiérarchisé autour du leader. C'est cette catégorie qui polarise l'attention de ce système surtout pour ce qui est de leurs devoirs⁹⁰. D'ailleurs il y a eu édicition de tout un code de conduite appelé « *Corporate Director's Guidebook* », adressé spécialement aux dirigeants.

Comme il est toujours rappelé par la doctrine américaine⁹¹, les dirigeants de la société ou le « management » sont « *the executive directors* » (administrateurs exécutifs), et « *the officers* » (agents exécutifs) présidés tous les deux par « *the CEO* » (*chief executive officer* ou le chef exécutif »).

En droit tunisien, les dirigeants sont toutes les personnes « qui assurent la fonction de gestion⁹², de direction⁹³ ou encore d'administration⁹⁴ des sociétés commerciales »⁹⁵.

Conséquemment, seraient considérés comme dirigeants en droit tunisien, les administrateurs, le P-DG, le DG, les directeurs généraux adjoints et toutes les personnes intervenant dans la gestion de la société.

⁸⁹ Voir par exemple Hamilton (R.W), *Cases and Materials on corporations*, West-group, St-Paul., Minn., 7th ed., p. 885

⁹⁰ Voir Pérez (F), *Le Gouvernement d'entreprise*, www.corpgov.org

⁹¹ Hamilton (R.W), *op. cit.*, p. 673; Anderson (R.A), *Business law*, South-western publishing Co, Chicago, 1980, p. 673 ; Gevurtz (F.A), *op. cit.*, p273

⁹² « La gestion est l'accomplissement d'actes usuels de la vie sociale plus ou moins urgents et tendant à la réalisation de l'objet social »

⁹³ « La direction est la fonction consistant à conduire une affaire ou les affaires d'une société en assumant au plus au niveau la responsabilité de cette charge » ; A propos de cette notion voir Saintourens (B), « Les organes de la direction après la loi relative aux NRE », *Revue des sociétés*, n°3, 2001, p. 515

⁹⁴ « L'administration est la fixation des grandes orientations de la société c'est-à-dire à définir les objectifs d'action pour réaliser l'objectif social »

⁹⁵ Kolsi (S), *Le statut juridique des dirigeants de la société anonyme*, Thèse de Doctorat, FSJPST, 1997, p.19

Les dirigeants, selon la « *corporate governance* » doivent adopter un comportement déontologique et faire preuve d'éthique et de moralité dans leurs agissements.

Ce comportement et ces valeurs se traduisent dans la « *corporate governance* » principalement à travers les devoirs fiduciaires, lesquels devoirs contribuent à la protection des tiers (chapitre premier).

Cependant, en pratique, cette protection s'avère souvent entravée et donc limitée (chapitre deuxième).

Chapitre premier : Les devoirs fiduciaires et la protection des tiers

Les devoirs fiduciaires ou « *fiduciary duties* » imposés par la « *corporate governance* » aux dirigeants de la société anonyme sont « *the duty of care* » ou « le devoir de diligence » et « *the duty of loyalty* » ou « le devoir de loyauté ».

Ces devoirs sont qualifiés de « fiduciaires ». Le terme 'fiduciaire' dérive du mot latin « *fiducia* » qui signifie confiance, la confiance qu'ont mise la société et tous les *stakeholders*, en tant que « *principals* » ou « mandants », en les dirigeants en tant que « *agents* » ou « mandataires ».

Comment est ce que le devoir de diligence (première section) et le devoir de loyauté (deuxième section) contribuent-ils à la protection des tiers ?

Première section : Le devoir de diligence et la protection des tiers

Le devoir de diligence est prévu par le paragraphe 4 des « *principles* » qui le définit par référence à son contenu en énonçant qu'« un administrateur ou un «*officier*» a le devoir, à l'égard de sa société, d'exercer ses fonctions de bonne foi (*good faith*), d'une manière dont il pense raisonnablement qu'elle sert au mieux les meilleurs intérêts de la société (*best interest*) et avec la diligence que

l'on peut raisonnablement attendre d'une personne prudente ordinaire dans une situation identique et dans des circonstances semblables (*reasonable care*)»⁹⁶.

Le devoir de diligence ou « *the duty of care* » est présenté par la doctrine américaine comme « le devoir d'agir comme une personne ordinairement prudente l'aurait fait dans les mêmes circonstances afin d'éviter tout dommage à la société »⁹⁷.

La même conception est retenue par la doctrine française qui considère le « devoir de diligence » comme celui qui « exige d'un dirigeant qu'il fasse son possible pour promouvoir les intérêts de la société, dont la gestion lui est confiée, en respectant dans l'exécution de ses fonctions, une obligation de bonne foi et de compétence »⁹⁸.

Ainsi défini, le devoir de diligence est donc, un devoir de « non négligence », de « non inattention ».

C'est ce qui a été confirmé par l'arrêt de principe « *Francis v. Jersey Bank* »⁹⁹, qui a établi le standard du devoir de diligence, le test à appliquer pour vérifier l'étendue du respect de ce devoir par le dirigeant et les conditions de l'établissement de la responsabilité de ce dernier en cas de son non respect.

Pour ce qui est du standard du devoir de diligence, la Cour a affirmé dans cet arrêt qu'« *en règle générale, le dirigeant doit avoir un minimum requis de compréhension des affaires de la société. De plus, il est obligé de s'informer continuellement et de se maintenir à jour à propos des activités de celle-ci. Il doit aussi assister à toutes les réunions du conseil, ou au moins, à la plupart d'entre elles. Il doit surtout se tenir perpétuellement informé de la situation financière de la société. Il doit en tout état de cause faire attention dans*

⁹⁶ Traduction de M. Tunc (A), *op. cit.*, p. 134

⁹⁷ « *A duty to act as a reasonably prudent person would act under the same circumstances to avoid such harm* », Gevurtz (F.A), *op. cit.*, p. 274

⁹⁸ Chamy (A), « Transposition du corporate governance anglo-saxon en droit français », *Petites affiches*, n° 69, 1997, p. 5

⁹⁹ *Francis v Jersey Bank*, 87 N.J.15, 432 A. 2d 814, 1981; cf: Gevurtz, *op. cit.*, p. 274

l'accomplissement de son rôle de la même façon que l'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances »¹⁰⁰.

Ainsi, la Cour, dans l'affaire « *Francis* », n'a pas défini le devoir de diligence mais elle a plutôt déterminé son contenu général, ce qui pourrait être considéré comme pratique et bénéfique pour la vérification de l'étendue du respect de ce devoir par le dirigeant.

Il suffira de voir si le dirigeant s'est conformé au minimum requis de sa part tel qu'établi par la Cour, compte tenu de son rôle dans la société.

Il est vrai qu'il n'est pas évident de vérifier une telle conformité, vu la diversité des tailles des sociétés et de leurs objets. Ceci a amené la Cour dans l'affaire « *Francis* » à affirmer que le contenu du devoir de diligence « dépend des circonstances »¹⁰¹.

Ainsi, ce n'est qu'après avoir déterminé les circonstances, que la Cour se prononcerait sur la question de l'étendue du respect du devoir de diligence par le dirigeant, en appliquant le standard de la personne prudente et les efforts qu'elle aurait fourni dans les mêmes circonstances, c'est-à-dire en appliquant le test de « la personne raisonnablement prudente »¹⁰².

En droit tunisien, et en l'absence d'un texte équivalent aux « *principles* », on se référera au code des sociétés commerciales, puisque même « le guide de bonnes pratiques de gouvernance des entreprises tunisiennes »¹⁰³ n'en donne aucune définition, et même s'il le faisait, ce texte n'a, encore, aucune valeur juridique.

¹⁰⁰ "As a general rule, a director should acquire at least a rudimentary understanding of the business of the corporation. Directors are under a continuing obligation to keep informed about the activities of the corporation. A part of keeping informed, directors should make it a practice to attend board meetings, even if they cannot attend every meeting. Directors should also keep informed by regular review of corporate financial statements"; cf: Gevurtz (F.A), *op. cit.*, p. 275

¹⁰¹ Gevurtz (F.A), *op. cit.*, p. 275

¹⁰² « *The reasonably prudent person test* »

¹⁰³ Institut Arabe des Chefs d'Entreprises, 2008 ; voir *infra* p. 205

Dans ce code, le législateur n'a pas imposé directement et explicitement un devoir de diligence aux dirigeants, mais cette imposition est implicitement prévue dans les articles 207 et 214 de ce code.

Selon l'article 207 « *les membres du conseil d'administration sont responsables [...] envers la société ou envers les tiers [...] sauf s'ils établissent la preuve de **la diligence d'un entrepreneur avisé** et d'un mandataire loyal* ».

Quant à l'article 214, il dispose que « *pour échapper au comblement de l'insuffisance d'actif, [le P-DG le ou les directeurs généraux adjoints, les membres du conseil d'administration ou tout autre dirigeant de fait] doivent faire preuve qu'ils ont apporté à la gestion de la société toute l'activité et **la diligence d'un entrepreneur avisé** et d'un mandataire loyal* ».

Ainsi, le dirigeant doit faire preuve dans son activité de la diligence d'un entrepreneur avisé.

Le législateur tunisien n'a ni défini la diligence requise, ni déterminé son étendue.

Conséquemment, comme en droit américain, le contenu et l'étendue de la diligence ne peuvent avoir un modèle unique pour tous les cas et dans toutes les circonstances. Ils dépendent, tous les deux et en grande partie, des attentes de la société et de la prédisposition du dirigeant, de son honnêteté et de son intégrité. Il s'agit, rappelons-le, d'une question d'éthique qui varie en fonction de la moralité de la personne dont elle est requise et de la moralité de la personne qui la jugera.

Par conséquent, le degré du respect de ce devoir par le dirigeant est apprécié en droit tunisien au cas par cas.

Dans tous les cas, la diligence requise est celle d'un « entrepreneur avisé » et donc d'un professionnel, et non d'un simple profane, averti des aléas de sa fonction et muni de la capacité nécessaire pour accomplir sa fonction sous peine d'engager sa responsabilité.

L'idée de déterminer l'étendue du respect du devoir de diligence par le dirigeant, au cas par cas, est bien établie en droit américain. La jurisprudence et la doctrine affirment que le devoir de diligence relève de l'éthique des affaires et spécialement de l'éthique personnelle du dirigeant, qu'il ne peut avoir un contenu fixe et préétabli et qu'il dépend des circonstances¹⁰⁴.

Ce devoir d'éthique, à savoir le devoir de diligence, contribue à la protection des tiers. En effet, l'observation de la diligence dans la gestion des affaires de la société protégera les tiers dans la mesure où d'un côté, le sort de la société gérée affecte incontestablement les intérêts de toutes les personnes liées avec elle par quelque rapport que ce soit ; d'un autre côté, les dirigeants en tant qu'« agent » des « *stakeholders* » doivent leur rendre compte de leur respect de ce devoir imposé, d'une part, par les « *principles* » ou le code des sociétés commerciales et d'autre part, par la relation d'« *agency* » même.

Ainsi, en respectant les devoirs fiduciaires qui lui incombent, le dirigeant protège les intérêts de la société et prévient, de là même, les tiers contre les aléas de la mauvaise gestion, de l'imprudence et de la non diligence.

De même, en respectant son statut de mandataire des tiers, tel que préconisé par la « *corporate governance* », le dirigeant doit faire preuve de diligence à leur égard et veiller donc à préserver leurs intérêts.

Deuxième section : Le devoir de loyauté et la protection des tiers

En droit américain, la doctrine, les « *principles* » ainsi que la jurisprudence déterminent le contenu du devoir de loyauté¹⁰⁵.

Ainsi, M. Hamilton a noté que « les dirigeants ont un devoir de loyauté vis-à-vis de la société. Ils doivent lui révéler toutes les informations concernant

¹⁰⁴ Gevurtz, (F.A), *op. cit.*, p. 275

¹⁰⁵ Sur ce devoir en droit français voir Daille- Dulcos (B), « Le devoir de loyauté du dirigeant », *La Semaine Juridique*, n°39, 1998, étude p. 1486 ; Naberque (H), « Le développement du devoir de loyauté dans le droit des sociétés », *R.T.D.Com.*, n°1, 1999

n'importe quel conflit d'intérêts la menaçant, et ils doivent s'abstenir d'utiliser les informations inhérentes aux affaires de la société dans le but d'obtenir des avantages personnels ou de faire profiter des personnes concurrentes »¹⁰⁶.

Pour ce qui est des « *principles* », ils consacrent toute la section cinquième à ce devoir, sans pour autant le définir.

En effet, tous les paragraphes de cette section énumèrent les comportements et agissements à éviter par le dirigeant et a contrario ils lui déterminent ce qu'il ne doit pas faire pour qu'il soit considéré comme loyal.

Ainsi par exemple, un dirigeant ne doit pas abuser des biens ou du crédit de la société¹⁰⁷, ne doit pas entrer avec elle dans un arrangement qui lui est inéquitable et dommageable impliquant en même temps à son profit le versement d'une rémunération¹⁰⁸, ne doit pas non plus prendre pour lui-même ou pour un « *associate* »¹⁰⁹ une chance économique¹¹⁰ (*corporate opportunities*)¹¹¹, ne peut concurrencer la société en recherchant son propre intérêt pécuniaire ou celui d'un « *associate* »¹¹².

D'une façon générale, le dirigeant « ne doit jamais se trouver dans une situation qui l'obligerait à choisir entre son devoir à l'égard de la société et son intérêt personnel [ou celui d'un *associate*] ; il ne peut traiter avec lui-même (*self-dealing*) et il doit au besoin démissionner de ses fonctions »¹¹³.

La jurisprudence américaine ne donne pas non plus de définition du devoir de loyauté, mais elle affirme que le respect de ce devoir doit être apprécié au cas

¹⁰⁶ « *Corporate fiduciaries bear a duty of loyalty to the corporation. They serve toward furthering the interests of the corporation. They must disclose and withhold relevant information concerning any potential conflict of interests with the corporation, and they must refrain from using their knowledge of the affairs of the corporation to gain personal advantages or to make profiting competitors* », cf: Hamilton (R.W), *op. cit.*, p. 893

¹⁰⁷ Paragraphe 5.05 des « *principles* »

¹⁰⁸ Paragraphe 5.09 des « *principles* »

¹⁰⁹ Ce terme désigne « un conjoint, un enfant, un père ou une mère, un frère ou une sœur du dirigeant, ou toute personne dont le dirigeant a la responsabilité financière, ou avec qui il a une relation d'affaire suffisamment importante pour qu'on puisse raisonnablement penser qu'elle affectera son jugement d'une manière défavorable à la société », cf : « *principles, Définitions* », traduction de M. Tunc (A), *op. cit.*, p. 140

¹¹⁰ Paragraphe 5.12 des « *principles* »

¹¹¹ Ce terme désigne « toute possibilité de s'engager dans une activité d'affaires (y compris l'acquisition ou l'utilisation d'un droit contractuel ou de toute propriété tangible ou immatérielle) » : Paragraphe 5012 (b) ; traduction de M. Tunc (A), *op. cit.*, p. 145

¹¹² Paragraphe 5.13 des « *principles* »

¹¹³ M. Tunc (A), *op. cit.*, p. 146

par cas et ce, par application du test connu sous le nom de « *fairness test* » (test d'équité) en vérifiant si l'acte contesté était « équitable ou pas »¹¹⁴ à la société, et donc s'il était juste et honnête¹¹⁵.

En droit tunisien, le législateur n'a pas défini le devoir de loyauté qui incombe aux dirigeants, d'après les articles 207 et 214 du code des sociétés commerciales¹¹⁶.

Toutefois, lors de la promulgation de ce code, l'un des députés a noté que la loyauté désignerait « une qualité morale qui est celle de l'honnêteté et de la non recherche des intérêts personnels au détriment de ceux de la société »¹¹⁷.

De plus, les articles 200¹¹⁸ et 202¹¹⁹ du code des sociétés commerciales donnent quelques manifestations pratiques de ce devoir et rappellent les interdictions préconisées par la « *corporate governance* » à travers la section cinquième des « *principles* ». D'ailleurs, l'alinéa premier de l'article 200, tel que modifié par la loi n° 2009-16 du 16 mars 2009¹²⁰, est intitulé '*Evitement des conflits d'intérêts*'. Cet article dispose que « *les dirigeants de la société anonyme doivent veiller à éviter tout conflit entre leurs intérêts personnels et ceux de la société et à ce que les termes des opérations qu'ils concluent avec les sociétés qu'ils dirigent soient équitables* ». Cette disposition rappelle celle prévue par les paragraphes 5.09 et 5.13¹²¹ des *principles*, puisque le dirigeant doit s'abstenir d'entrer dans un conflit d'intérêts avec la société, et n'agir que pour le bien de celle-ci, en n'adoptant que les actes qui lui sont « équitables ».

¹¹⁴ Voir par exemple : *Sinclair Oil corp. v Levin*, 280 A.2d 717 (Del. 1971); *Lewis v S.L &E. Inc.*, 629 F. 2d 764 (Cir. 1980); *Fliegler v Lawrence*, 361 A 2d. 218 (Del. 1976), cf: *Gevurtz (F.A)*, *op. cit.*, p. 321

¹¹⁵ Puisque le mot '*fairness*' est « l'équivalent du mot équité, justice, honnêteté », "*Harrap's Shorter Dictionary*", Harrap, Edinburgh-Paris-New York, 1991, p. 297

¹¹⁶ Voir infra p. 213

¹¹⁷ Délibérations parlementaires, journal officiel de la République Tunisienne, n°4, 13/10/2006

¹¹⁸ Cet article dispose que « *sont soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration, l'approbation de l'assemblée générale et à l'audit du commissaire aux comptes, les opérations suivantes*
-la cession des fonds de commerce ou de l'un de ses éléments ou leur location [...]
-l'emprunt important conclu au profit de la société [...]
-la vente des immeubles lorsque les statuts le prévoient
-la garantie des dettes d'autrui [...] »

¹¹⁹ Cet article dispose que « *tout avantage précisé à l'article 200 du présent code, procuré par l'effet des conventions ... [aux dirigeants] au détriment de la société, ne les exonère pas de la responsabilité [...]* »

¹²⁰ Loi modifiant et complétant le code des sociétés commerciales

¹²¹ Voir infra p. 216

D'ailleurs l'adjectif 'équitable', utilisé par le législateur tunisien dans l'article 200, rappelle la philosophie américaine d'équité, sur laquelle repose toute la logique des devoirs fiduciaires préconisés par la théorie de la *corporate governance*¹²².

Il s'avère que l'approche du devoir de loyauté en droit tunisien joint celle avancée par la « *corporate governance* » dans la mesure où tous les deux considèrent le devoir de loyauté comme un devoir d'honnêteté et de moralité et donc d'éthique.

Ce devoir contribue à la protection des tiers dans la mesure où le sort de la société gérée affecte incontestablement les intérêts de toutes les parties prenantes et donc des tiers, puisque la déloyauté du dirigeant pourrait engendrer des difficultés économiques ce qui met en péril les intérêts de tous les tiers.

De même, en tant qu' « *agent* » des « *stakeholders* », les dirigeants doivent leur rendre compte de leur respect de ce devoir imposé d'une part par les « *principles* » ou le code des sociétés commerciales et d'autre part, par la relation d'« *agency* » même.

Cependant, en pratique la protection des tiers par l'imposition des devoirs fiduciaires n'est pas très efficace, surtout en droit américain.

Chapitre deuxième : L'inefficacité de la protection des tiers par les devoirs fiduciaires

Quoique les « *principles* » et la doctrine américaine ont affirmé et réaffirmé que les devoirs fiduciaires et l'éthique en général, que doivent observer les dirigeants dans leurs comportements, sont dus à la société mais aussi à tous les « *stakeholders* », la jurisprudence américaine n'a pas consacré cette idée puisque les tribunaux reconnaissent que les dirigeants ont un devoir de diligence et de

¹²² Voir infra p. 193

loyauté vis-à-vis de la société et indirectement des actionnaires mais refusent de reconnaître la responsabilité des dirigeants s'ils faillent à leurs obligations fiduciaires vis-à-vis des tiers¹²³, à moins que la société ne soit insolvable¹²⁴.

Ce refus relève souvent de deux raisons :

La première est que l'établissement d'une telle responsabilité vis-à-vis des tiers entravera l'exercice des dirigeants, censés servir avant tout les intérêts de la société, puisqu'ils seront méfiants de la prise de certaines décisions, incontestablement bénéfiques pour la société alors qu'ils ne le sont pas forcément pour les tiers¹²⁵.

La deuxième raison est que les tiers peuvent se protéger par des contrats qu'ils concluent avec la société.

Si la première raison est plus ou moins acceptable dans la mesure où les dirigeants ne peuvent pas servir à la fois et à l'occasion de la même décision ou action les intérêts de la société et les intérêts des actionnaires d'une part, et ceux des tiers d'une autre part, alors qu'ils peuvent s'avérer très contradictoires ; la deuxième raison postulée par les tribunaux américains, quant à elle, est critiquable dans la mesure où le contrat que conclurait le tiers avec la société ne peut jamais anticiper toutes les situations ou tous les problèmes qui pourront avoir lieu dans l'avenir.

Cependant, lorsque la société est insolvable, les tribunaux américains admettent l'établissement de la responsabilité des dirigeants s'il s'avère qu'ils avaient manqué à leurs devoirs fiduciaires vis-à-vis des tiers¹²⁶. Cette position est argumentée par le fait que l'insolvabilité de la société cause des dommages réels aux tiers qui seront souvent obligés de faire des concessions pour récupérer

¹²³ Voir par exemple, *Metropolitan life Inc. v RJR Nabisco Inc.*, 718 F. Supp. 1504 (SDNY 1998), cf: Gevurtz (F.A), *op. cit.* p. 306

¹²⁴ Voir supra p. 416

¹²⁵ Par exemple : la hausse des prix augmente les revenus de la société et lèse les clients ; mettre fin à certains contrats de travail aideront la société à dépasser certaines difficultés économiques alors qu'il met en péril les intérêts des salariés etc.

¹²⁶ Voir par exemple *Credit Lyonnais Bank Nederland v NVV Patch communication corp.*, WL 2776 13 (Del. Ch. 1991), cf: Gevurtz (F.A), *op. cit.* .p 306

le minimum de leurs dus, à côté des dangers économiques qu'engendrera l'insolvabilité et qui pourraient, même, affecter la communauté¹²⁷, laquelle insolvabilité est due généralement au manque de diligence et de loyauté de la part des dirigeants.

Pour remédier à cette situation d'inefficacité des devoirs fiduciaires dans la protection des tiers, certains Etats¹²⁸ ont promulgué des lois (*statues*) qui recommandent aux dirigeants de prendre en compte les intérêts des tiers dans leur prise de décision, mais il s'agit de simples recommandations et non pas de réelles impositions. De plus, aucune de ces lois ne permet aux tiers de poursuivre en justice le dirigeant qui a manqué à ses devoirs fiduciaires à son égard. D'ailleurs, « *the American Bar Association Committee in Corporation Law* »¹²⁹ a simplement rejeté l'idée d'imposer de telles provisions dans le *MBCA*¹³⁰.

Conséquemment, si un tiers est lésé par un manque de diligence ou de loyauté de la part du dirigeant, il ne pourra pas se prévaloir de ce manque devant les tribunaux pour se faire dédommager et il n'aura qu'à se retourner vers les règles du droit commun c'est-à-dire les règles du « *tort law* »¹³¹.

Heureusement que le laxisme judiciaire est contrebalancé par un contrôle extérieur exercé par *the SEC* et ses comités, composés de professionnels et d'observateurs, qui sanctionnent les sociétés dont les dirigeants sont non-diligents et déloyaux. La sanction peut être assurée par la publication de la liste de ces sociétés en tant que « les sociétés les plus mal gérées », or « quel dirigeant n'aurait le souci d'obéir à ses devoirs pour éviter de gagner sur le tableau d'infamie »¹³².

En droit tunisien, la situation est plus ou moins différente.

¹²⁷ Voir les commentaires de Chancellor Allen à propos de l'arrêt sus-cité, cf : Gevurtz (F.A), *op. cit.*, p.307

¹²⁸ Oklahoma General Corporation Act, www.oscn.net

¹²⁹ Le comité du droit des sociétés du barreau américain

¹³⁰ Voir Gevurtz (F.A), *op. cit.*, p. 311

¹³¹ Droit de la responsabilité délictuelle

¹³² Tunc (A), « Les principes of corporate governance », *RDAI*, n°8, 1995, p. 967

Selon l'article 207 du code des sociétés commerciales, le tiers a le droit de poursuivre le dirigeant devant les tribunaux, non pas à cause de la non-diligence ou la déloyauté de sa part, mais plutôt suite à des fautes commises par lui¹³³.

Toutefois, pour échapper à cette responsabilité le dirigeant doit prouver qu'il a apporté à la gestion de la société toute l'activité et la diligence d'un entrepreneur avisé et d'un mandataire loyal. On peut en déduire, alors, que ce dirigeant supporte un devoir de diligence et de loyauté vis-à-vis des tiers.

En conséquence, le rôle préventif des devoirs fiduciaires dictés par l'éthique, et que supporte le dirigeant, s'avère, a priori, plus efficace dans le système tunisien qu'il l'est dans le système américain grâce à l'intervention législative.

Cependant, une telle interprétation de l'article 207 du code des sociétés commerciales va à l'encontre du statut du dirigeant tel qu'imaginé par le législateur, à savoir un mandataire des associés et un organe de la sociétés, qu'il doit servir en premier lieu. Et faire bénéficier les tiers des obligations fiduciaires, reviendrait à dire que le dirigeant doit être aussi soigneux de l'intérêt des tiers qu'il doit l'être de l'intérêt des associés ou même de celui de la société. Or, dans ce cas, « les obligations que le dirigeant devrait au tiers viendraient directement en conflit avec celles qu'il doit déjà à la société et à ses actionnaires [...] De fait, cette interprétation aboutit à créer des obligations nouvelles sur la tête du dirigeant »¹³⁴, et engendrera un conflit d'intérêts certain, susceptible de conduire à un blocage dans la société, puisque le dirigeant ne saura pas quel comportement adopter et quelle décision prendre, de peur de porter atteinte aux intérêts de l'une des catégories susvisées.

La meilleure interprétation de cet article consiste à dire que « le fait pour les dirigeants de devoir agir dans l'intérêt de l'un ne doit pas l'autoriser à violer des normes de comportement qui s'imposent à tous [...] et surtout à eux en

¹³³ Voir supra p. 283

¹³⁴ Didier (Ph), « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Revue des sociétés*, n° 2, p. 242

raison de leur qualité [...] c'est pourquoi ils doivent observer une certaine éthique qui ferait qu'ils devraient être plus attentifs aux tiers que le commun des acteurs juridiques »¹³⁵.

D'autant plus, même si les comportements contraires à l'éthique ne sont pas nécessairement sanctionnés en terme de responsabilité, ils risqueront finalement de conduire à en adopter d'autres qui, eux, le seront. Par ailleurs, indépendamment de la valeur juridique indéniable des engagements explicites pris en la matière, il faut souligner, en terme de gestion, que les attitudes non éthiques dévoilés, seraient à tout le moins négatives en terme d'image et de compétitivité, c'est-à-dire, in fine, en termes financiers¹³⁶.

Néanmoins, il faut noter que l'éthique ne se résume pas aux seuls devoirs fiduciaires, même si ces derniers en constituent le pilier principal selon la « *corporate governance* ». Elle s'étend, comme ça a été déjà noté, à tout comportement moral et honorable. C'est ainsi que « le professeur *Dodd* s'était fait l'avocat de l'ouverture de la société aux problèmes sociaux. Pour donner à sa thèse un fondement juridique, il soutint que les dirigeants étaient les *trustees*, non des intérêts des actionnaires mais de l'entreprise elle-même, une entreprise qui reçoit de son environnement et qui a des devoirs à son égard »¹³⁷.

Le « *MBCA* » de son côté propose dans le paragraphe 3.02 « de reconnaître à la société anonyme le pouvoir de faire des donations pour le bien-être public ou pour des objectifs charitables, scientifiques ou éducatifs ; de se livrer à toute activité non illégale qui aidera la politique du gouvernement »¹³⁸. La même idée est exprimée par le paragraphe 2.01 des « *principles* ».

Cependant, il ne faut pas oublier que tous ces textes et avis permettent simplement « de prendre en compte des considérations d'éthique et de consacrer

¹³⁵ Didier (Ph), Article précité, p. 244

¹³⁶ Trébulle (F.G), Article précité, p. 1343

¹³⁷ Tunc (A), *op. cit.*, p. 159

¹³⁸ Paragraphe 3.02 *MBCA*, traduction de M. Tunc (A), *op. cit.*, p. 159

des ressources à des objectifs désintéressés »¹³⁹ mais n'obligent point les sociétés et ses dirigeants à y adhérer¹⁴⁰.

La protection des tiers par l'éthique s'avère donc théorique, plutôt que pratique.

¹³⁹ Tunc (A), *op. cit.*, p. 161

¹⁴⁰ Caffagi (F), « Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2005, p. 111