



Centre des Etudes Doctorales : Sciences Juridiques et Politiques

Laboratoire de Recherche : DROIT, PHILOSOPHIE ET SOCIETE

Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit Privé

Sous le thème :

La sanction dans le cadre des procédures des difficultés d'entreprise

Présentée et soutenue par :

Mr. Omar BOUSALEM

Sous la direction du professeur :

Pr. Abdelaziz SQUALLI

Membres de Jury :

Pr. Abdelaziz SQUALLI

PES – FSJES – FES

Président

Pr. Abdellah MARGHICH

PES – FSJES – FES

Rapporteur

Pr. Zineb FASSI FIHRI

PH – FSJES – FES

Rapporteur

Pr. Youssef LAHJOUI

PH – FSJES – MEKNES

Rapporteur

Année universitaire : 2020/2021

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat ».

Dédicace

A l'âme de mon père

A ma mère à qui je dois tout

A ma chère tante Saida

A mes sœurs et frères

Rachida, Fouzia, Bouchra, Dounia, Mounia, Imane et Mohammed

A ma cousine Meryem

A mes amis

A tous ceux ou celles qui me sont chers et que j'ai omis involontairement de citer.

A Tous mes enseignants tout au long de mes études.

A tous ceux qui ont participé de près ou de loin à la réalisation de ce travail.

Remerciements

Je remercie très sincèrement mon émérite professeur Monsieur **ABDELAZIZ SQUALLI** pour sa disponibilité, la patience dont il a toujours su faire preuve et l'attention qu'il portait à mes travaux. Je ne peux que louer ses nombreux et judicieux conseils ainsi que ses qualités humaines d'écoute, de compréhension et son encouragement sans lequel cette thèse n'aurait jamais vu le jour.

Je tiens à remercier également Mr. le professeur Mr **ABDELLAH MARGHICH** pour sa courtoisie, sa franchise et son encouragement.

Votre sympathie, vos qualités humaines et professionnelles suscitent mon admiration.

Mes sincères remerciements vont aussi à Madame la professeure **ZINEB FASSI FIHRI** pour l'excellence de son enseignement, ses appuis et sa fidélité aux étudiants. Votre sens de responsabilité et votre gentillesse suscitent mon admiration.

Je remercie chaleureusement Mr le professeur **YOUSSEF LAHJOUI** pour l'honneur qu'il me fait d'avoir bien voulu accepter de lire et juger ce travail

Je remercie également tous les enseignants de la faculté de droit de Fès, chacun par son nom ainsi que mes amis qui m'ont apporté leur soutien moral pendant les années d'études.

Enfin, un très grand MERCI à toute ma famille qui m'a gratifié de son amour et fourni les motivations qui ont permis l'aboutissement de ce travail. Je leur adresse toute ma gratitude du fond du cœur.

Sommaire

INTRODUCTION	1
Première partie : Le régime de sanction des dirigeants des entreprises en difficultés entre la flexibilité et la rigidité.....	17
Chapitre préliminaire : conceptualisation générale «fait et personnes incriminés »	18
Section 1 : Notion d'entreprise du point de vue juridique.	39
Section 2 : Identification de personnes incriminées.	49
Titre 1 : La place des sanctions civiles en droit des procédures des difficultés d'entreprise	62
Chapitre 1 : Les sanctions patrimoniales.....	64
Section 1 : Le domaine de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.....	64
Section 2 : L'action en extension de la procédure collective.....	77
Chapitre 2 : Les sanctions personnelles.	105
Section 1: la teneur des sanctions personnelles.....	106
Section 2: Les conditions d'ouvertures de la déchéance commerciale	120
Conclusion du titre 1 :	133
Titre 2 : La place de la sanction pénale frappant Le dirigeant.....	134
Chapitre 1 : Le délit de banqueroute.....	139
Section 1 : Domaine d'application.	139
Section 2 : Faits constitutifs de banqueroute.	143
Chapitre 2 : Le chevauchement des sanctions pénales et civiles.....	154
Section 1 : Un cumul limité	156
Section 2 : Un cumul insatisfaisant	163
Conclusion du titre II :	168
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	171
Deuxième partie : L'extension de la sanction aux organes de la procédure.....	172
Titre 1 : La responsabilité civile et autres mécanismes d'imputation du risque	174
Chapitre 1 : la responsabilité civile instrument au service des procédures des difficultés d'entreprise	176

<i>Section 1: La corrélation entre la responsabilité et les missions assignées aux organes des procédures des difficultés d'entreprise</i>	<i>176</i>
<i>Section 2: la responsabilité des tiers.....</i>	<i>215</i>
<i>Chapitre 2 : L'éthique des professionnels des procédures collectives : outil de la sauvegarde de l'entreprise.....</i>	<i>225</i>
<i>Section 1 : objectivité et impartialité.....</i>	<i>226</i>
<i>Section 2 : Protection de la profession</i>	<i>233</i>
<i>Conclusion du titre 1 :</i>	<i>238</i>
<i>Titre II : L'imputation du risque pénal.....</i>	<i>239</i>
<i>Chapitre 1 : la violation du secret professionnel.....</i>	<i>241</i>
<i>Section 1 : théorie générale du secret professionnel</i>	<i>241</i>
<i>Section 2: Vers la consécration d'une sanction d'atteinte au secret des affaires : approche prospective.....</i>	<i>261</i>
<i>Chapitre 2 : les délits satellites de la banqueroute</i>	<i>274</i>
<i>Section 1. Les délits de l'article 757 du code de commerce</i>	<i>274</i>
<i>Section 2 : le Rôle des autorités répressives dans la recherche des Personnes qualifiées complice</i>	<i>284</i>
<i>Conclusion du titre II</i>	<i>308</i>
<i>Conclusion de la deuxième partie</i>	<i>309</i>
<i>Conclusion générale.....</i>	<i>310</i>

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVITAIONS ET SIGLES

ADPIC	: Aspect des droits de propriété intellectuelle qui touche au commerce
AL	: Alinéa
AMMC	: Autorité marocaine du marché des capitaux
Art	: Article
BAM	: Banque al Maghreb
B.O	: Bulletin officiel
BRDA	: Bulletin rapide de droit des affaires
BULL.JOLY	: Bulletin Joly
BULL. CRIM	: Bulletin criminel
C.A	: Cour d'appel
CASS	: Cassation
C.COM	: Code de commerce
CASS.COM	: Cour de cassation Chambre commerciale
CGEM	: Confédération générale des entreprises du Maroc
CNEA	: Comité national de l'environnement des affaires
D.O.C	: Dahir des obligations et des contrats
GPBM	: Groupement Professionnel des Banques du Maroc
CNUDCI	: Commission des Nations unies pour le droit commercial international
CHRON	: Chronique
CH.CIV	: Chambre civile
CRIM	: Chambre criminelle de la cour de cassation
D	: Dalloz

REV.PEN	: Revue Droit pénal.
Éd	: Édition
GAZ. Pal	: Gazette du palais
IN	: dans
JCP	: jurisclasseur périodéque
JCP E	: La semaine juridique édition entreprise
L.G.D.J	: Librairie générale de droit et de la jurisprudence
LPA	: Les Petites Affiches (Lextenso)
N°	: Numéro
OBS	: Observation
OCDE	: Organisation de coopération et de développement économiques
OP. Citée	: Option citée
P	: page
RAPP	: Rapport
Rev. Proc.coll.	: Revue des procédures collectives
REV.SC.CRIM	: Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RJDA	: Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD COM	: Revue trimestrielle de droit commercial
SGG	: Secrétariat général du gouvernement
SPEC	: Spéciale
SUIVTS/ S	: Suivant(e)s
V./V.	: voir

INTRODUCTION

« Être responsable, c'est pouvoir et devoir répondre de ses actes. C'est donc assumer le pouvoir qui est le sien jusque dans les échecs et accepter d'en supporter les conséquences »¹. En effet, chacun admet que l'activité entrepreneuriale, en tant que moteur de la vie économique, est la source de la richesse nationale et qu'il convient de la protéger.

La plupart des entreprises connaissent aujourd'hui des difficultés du fait certes de leurs statuts et souvent de l'incompétence de leurs dirigeants, mais aussi à cause des professionnels des procédures et dans une bien moindre mesure de leur faute. Cette réalité permet d'envisager tant de sanctions à l'encontre des dirigeants ou des tiers ayant commis des erreurs et qui ont participé d'une manière ou d'une autre aux déboires de l'entreprise.

Incompétence, imprudence, manque de diligence, faute, responsabilité, abus ou malhonnêteté vont faire partie des mots-clés de notre étude car ils constituent la base des textes actuels sur la responsabilité des dirigeants et des professionnels des procédures collectives lors de la procédure.

À vouloir dans la conclusion faire des recommandations et proposer des solutions pour l'avenir sans pour autant avoir une version futuriste du « monde » des procédures collectives ; à vouloir traiter dans le corps du sujet de la situation actuelle, notre raisonnement ne peut que mener ici même, à nous tourner vers le passé.

L'histoire du droit des procédures des difficultés d'entreprises a évolué d'une manière progressive, passant d'une théorie punitive du débiteur, au travers de ce qu'on appelait jadis la « faillite »², à des dispositifs plus dynamiques, visant la sauvegarde des entreprises. Traditionnellement, le débiteur en situation de détresse économique,

¹ A.- Comte-Sponville, « Dictionnaire philosophique », PUF, 2001.

² Le mot "faillite" n'a aujourd'hui plus cours dans notre législation, cette dernière a changé de sens à partir de la loi n° 15-95 formant code de commerce promulguée par le dahir n° 1-96-83 du 15 rabii I 1417 (1er août 1996). Aussi devrions-nous dire, en termes actuels, « procédures collective » ou mieux « les procédures des difficultés d'entreprise ». La faillite proprement dite a pris maintenant un sens extrêmement restreint: ce terme ne recouvre plus qu'une sanction. Mais, en fait tout le monde parle encore couramment du droit de la faillite en continuant à lui donner un sens très général.

ainsi que certains de ses partenaires, étaient, le plus souvent, considérés fautifs et, à ce titre, tenus responsables du sort de l'entreprise. Cette théorie a laissé la place à une conception objective du risque, plus soucieuse de le traiter utilement que de sanctionner ses responsables présumés. D'un côté, le droit des procédures des difficultés d'entreprise a pour objet d'assurer la sauvegarde des entreprises toujours plus en amont de la cessation des paiements, tandis que, d'un autre côté, il a voulu fortifier les mécanismes de protection des entreprises déclarées en cessation des paiements afin de leur donner une autre issue que celle de la seule liquidation. Ce mouvement, particulièrement s'agissant de la question de la responsabilité, ou plus largement de celle de l'imputation du risque survenu, s'est traduit en droit positif par l'allègement de la charge du risque envers les différents acteurs de la procédure collective et l'atténuation des sanctions à leur encontre.

En effet, le Maroc n'a jamais connu des procédures collectives semblables à celles qui furent appliquées par la législation romaine, portaient atteinte à la dignité et à la sécurité physique du débiteur. Le créancier avait le droit de poursuivre son débiteur, le détenir, le diffamer, le posséder et même le vendre dans les marchés. Ainsi l'exécution forcée le dénigrerait davantage en autorisant au créancier à travers la législation de tuer son débiteur et de le déchirer en petits morceaux selon la proportion du montant de la dette³. Mais la conscience humaine a mis fin à ce comportement primitif. La procédure de l'exécution ne se fait plus sur la personne mais sur les biens du débiteur.

Avant l'établissement du protectorat français, le Maroc, pays musulman, appliquait le droit musulman. Certaines régions appliquaient le droit musulman et des coutumes locales, notamment pour la gestion des biens collectifs.

Le droit musulman qui est appliqué au Maroc est tiré, essentiellement, du rite malikite qui s'est adapté et imprégné des coutumes locales. Celui-ci jouait donc le rôle de droit positif dans tous les domaines : du statut personnel au statut réel en passant

³ أحمد شكري السباعي، نظام الإفلاس في القانون التجاري المغربي، الطبعة الثانية دار الكتب العربية بالرباط 1976، صفحة 9.

par le droit des contrats, le droit commercial, le notariat et la hisba. Les marocains de confession juive étaient soumis à la loi hébraïque en matière de statut personnel et successoral⁴. Compte-tenu des pratiques qui régnaient à l'époque, le commerçant en cessation de paiement étant soumis au droit musulman, il était impossible de parler de faillite. « Le cadi, homme respecté par la communauté » était seul habilité à déclarer le commerçant en difficulté. A ce titre, le « cadi » s'occupait de la gestion de la liquidation jouant ainsi le rôle de juge-commissaire et de syndic, organes présents du régime des procédures des difficultés d'entreprise.

Avec l'avènement du protectorat, la réforme de la justice était prioritaire, le premier résident général, le général Lyautey, a confié à une commission de juristes franco-marocains, placée sous la présidence de Louis Renault, l'élaboration d'un ensemble de lois pour réformer et organiser le système judiciaire en vigueur au Maroc. Cette commission a commencé ses travaux le 8 mai 1912 et les a terminés le 12 août 1913⁵. Une série de neuf codes fut promulgués. Il s'agit notamment, du code des obligations et des contrats (D.O.C), du code de procédure civile, du code sur la condition civile des français et des étrangers au Maroc, du code de commerce, plus particulièrement le livre II à la faillite, la liquidation judiciaire et la réhabilitation modifié par le dahir de 1951 lequel trouve ses sources dans le code de commerce français de 1807⁶, remodelé le 23 mai 1838⁷, modifié par le dahir du 4 mars 1889⁸ et le

⁴ Ils le sont d'ailleurs toujours en vertu de l'article 2 du Code de la famille.

L'article 2 du code de la famille dispose que : « les dispositions du présent code s'appliquent :

« »

« »

« »

4) à toute relation entre deux personnes de nationalité marocaine lorsque l'une d'elles est musulmane. Les Marocains de confession juive sont soumis aux règles du statut personnel hébraïque marocain. Dahir n°1-04-22 du 12 hijra (3 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant code de la famille. (B.O. n° 5358 du 6/10/2005).

⁵ Cité par M.- ABDELMOUMIN EL MEJDOUB, « l'influence du code de commerce Français de 1807 sur le code de commerce Marocain », in « Bicentenaire de code de commerce 1807-2007 », colloque organisé en Sorbonne les 1^{er} et 2 février 2007, p.654.

⁶ Les dispositions réglementaires étaient d'une grande rigueur au niveau du code de commerce de 1807. Le failli était tenu de déposer son bilan au tribunal de commerce dans un délai de trois jours ; toutes les actions ultérieures à la cession des paiements étaient nulles et celles accomplies dans les dix =jours antérieurs supposées frauduleuses, le failli était incarcéré à la maison dès le début de la procédure ou gardé à vue à son domicile, l'épouse du failli perdait la direction de ses biens, le

décret-loi du 8 août 1935 et qui constituait à l'époque un tournant assez important en sanctionnant le commerçant défaillant.

Depuis l'indépendance en 1956, le Maroc a continué à appliquer ce dispositif législatif avec quelques aménagements fragmentaires. Il a fallu, attendre la promulgation de la loi 15-95 formant code de commerce et son livre V sur les difficultés des entreprises⁹, affirmant ainsi ce passage du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté avec pour ambition l'amélioration du sort du débiteur.

Cet arsenal juridique a été renforcé par la création de tribunaux spécialisés chargés de veiller à la bonne application des dispositions de la loi 15-95 et notamment d'apporter un soutien aux entreprises en difficultés. Ainsi, il a été créé des juridictions de commerce le 12 février 1997¹⁰.

Le code de commerce de 1996 a adopté de nouvelles mesures pour responsabiliser les dirigeants soumis à des procédures collectives et ceux qui ont commis des fautes et qui ont participé d'une manière ou d'une autre aux déboires de

concordat et postérieurement la réhabilitation, étaient difficiles à obtenir, la banqueroute frauduleuse était un crime, tandis que la banqueroute simple était un délit puni d'emprisonnement d'un mois à deux ans, le failli était frappé de nombreuses déchéances professionnelles et civiques, la faillite était traduit devant la cour d'assises et passible des travaux forcés. C.-MAGRAS-VERGEZ, « la constance des stigmates de la faillite. De l'antiquité à nos jours », LGDJ, 2019.

⁷ Cette loi remplaça les dispositions originaires du code de commerce de 1807 en les adoucissant d'une manière très perceptible. Cette loi fut très appuyée par la bourgeoisie d'affaire, devenue très active sous le règne de Louis-Philippe. la loi commerciale réglait à la fois les questions du droit commercial, celles de la procédure, et même celle de droit pénal. En effet, rédigée avec la plus grande minutie. Elle perfectionne les modalités du règlement du passif, notamment, en diminuant les démarches et en envisageant que le syndic serait non pas élu par les créanciers, ce qui facilitait les fraudes, mais désigné par la cour. Pour plus de détails voir ; R-SZRAMKIEWICZ et O- DESCAMPS « Histoire du droit des affaires », LGDJ, ed lextenso, 2013.p.384 et s.

⁸ Cette loi créa une deuxième procédure, la liquidation judiciaire, conçue comme une faveur réservée aux débiteurs malheureux et de bonne foi. Les déchéances étaient atténuées et le débiteur concevrait l'administration de son patrimoine avec le concours du liquidateur. Il restait donc en liaison avec la clientèle, ce qui favorisait un possible redressement de l'entreprise. R-SZRAMKIEWICZ, « Histoire du droit des affaires », Montchrestien, 1992, n° 71 ; A-SQUALLI, « Droit et pratique en matière de faillite des entreprises ou la nécessité d'une réforme immédiate », Revues de droit et d'économie. N° spécial.1994.

⁹ Dahir n° 1-96-83 du 15 rabii i 1417 (1er août 1996) portant promulgation de la loi n 15-95 formant code de commerce (B.O. n 4418 du 3/10/1996). Cette réforme a été élaborée dans le cadre d'une approche participative incluant tous les secteurs gouvernementaux concernés, notamment, le ministère de l'industrie, du commerce et de l'économie verte et numérique, le Ministère de l'économie et des finances et de la réforme de l'administration, le ministère du travail et de l'insertion professionnelle, la CGEM et l'ordre des experts comptable.

¹⁰ Dahir n°1-97-65 du 4 chaoual 1417 (12 février 1997) portant promulgation de la loi n° 53-95 instituant des juridictions de commerce.(B.O.n°4482 du 15/05/1997).

l'entreprise en sanctionnant certains de leurs actes¹¹ s'inspirant en cela de la loi française du 25 janvier 1985. Une telle évolution trouve son explication dans une approche différente de la vie des affaires où l'attachement aux comportements moraux tente à s'estomper au profit d'une prise en compte accrue des techniques et de l'économie¹². En d'autres termes, c'est parce qu'il est devenu de moins en moins moral et pénal et de plus en plus économique et civil, que le droit de la faillite a évolué en droit des entreprises en difficulté. Parallèlement, l'une des principales nouveautés de réforme de 1996 a consisté à distinguer l'entreprise de l'homme qui la dirige des mesures patrimoniales destinées à traiter les difficultés, et ce indépendamment du comportement de son dirigeant. Or, cette loi est jugée inadaptée à notre économie puisque l'immense majorité des procédures aboutissait à la liquidation judiciaire des entreprises et donc des procédures purement liquidatives. Une refonte de ce droit est donc indispensable, cette dernière devant tenir compte du contexte économique européen, voir mondial.

En effet, nul doute que l'incitation à l'investissement, le renforcement de la compétitivité de l'entreprise, l'implication dans les mutations économiques mondiales ainsi que l'habilitation de diverses composantes de l'environnement des affaires, constituent des préoccupations majeures des gouvernements et des groupements économiques régionaux dans le monde.

Au Royaume du Maroc, ce thème figure parmi les principaux chantiers ouverts, dans la mesure où le Maroc a procédé à de multiples réformes du système judiciaire en traduction des dispositions de la Constitution de 2011.¹³

Parallèlement, l'ouverture du Maroc sur l'économie de marché en prenant en considération les opportunités de développement durable qu'elle offre, ainsi que leur engagements vis-à-vis des partenaires économiques internationaux lui impose de

¹¹ L'ancien code de commerce a prévu 188 articles relatifs aux procédures collectives (art 545 à 732) et 31 articles aux sanctions applicables aux dirigeants (art.702 à 732) ces sanctions sont de nature patrimoniale est souvent assortie de la déchéance commerciale art 712.

Les dispositions qui traitent de la déchéance commerciale, comme celles qui traitent de la banqueroute (art 721 à 727) sont largement inspirées de la loi française du 25 janvier 1985.

¹² A-SQUALLI, « Droit commercial marocain », 1er édition info-print.2003.

¹³ Pour plus de détails voir ; جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، ميثاق إصلاح منظومة العدالة، مطبعة الإيث يوليو 2013

s'engager dans la dynamique de modernisation de leurs économies en restructurant cette dernière et en habilitant l'environnement général du cadre juridique du domaine des affaires, dans la mesure où ce dernier permet d'améliorer le classement de l'économie nationale dans les indicateurs internationaux d'attractivité des investissements, à l'instar de l'indicateur Doing Business qui a mis en évidence l'avancée considérable réalisée par le Maroc dans ce domaine, puisqu'il a progressé de neuf places par rapport au rapport précédent, passant de la 69^{ème} à la 60^{ème} place parmi 190 Etats concernés par le rapport paru à la fin du mois d'octobre 2018. Plusieurs mesures ont contribué à cette avancée¹⁴, notamment la promulgation de la nouvelle loi n° 73-17 relative aux difficultés de l'entreprise¹⁵ qui a permis au Royaume de progresser dans l'indice relatif aux difficultés de l'entreprise, passant de la 134^{ème} place durant l'année 2017 à la 71^{ème} place dans le classement précité pour l'année 2018.

De ce qui précède, apparaît l'importance de la nouvelle réforme du livre V du code de commerce dans l'amélioration de l'attractivité de l'environnement des affaires, constituant des pierres angulaires pour accompagner l'ouverture qu'implique l'économie mondiale, inciter à l'investissement, créer un environnement propice aux affaires, promouvoir l'initiative individuelle, encourager le secteur privé et rassurer tout aussi bien les investisseurs marocains qu'étrangers.

¹⁴ Le Maroc a adopté une série de lois qui s'inscrivent dans ce contexte international et qui ont des répercussions sur le plan national par l'encouragement des investissements et l'amélioration de l'environnement des affaires, on retiendra notamment la promulgation de la loi 78-12 modifiant et complétant la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes, la loi 20-19 modifiant et complétant la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes, la loi 21-18 relative aux suretés mobilières, la loi 88-17 relative à la création et l'accompagnement des entreprises par voie électronique. Cette dernière a été s'inscrire dans le cadre du plan d'action du comité national de l'environnement des affaires 2018 (CNEA), en vue de renforcer la compétitivité des entreprises marocaines et s'aligner sur les meilleures pratiques internationales en matières de création des entreprises et la consolidation du Maroc dans les classements internationaux notamment dans le rapport doing business, le Maroc classé à 34^{ème} position pour l'indicateur création d'entreprise DB2019 pour la création d'entreprises et qui sans doute eu un impact positif sur la classification du Maroc dans le classement Doing Business de la banque mondiale. La loi 88-17 a pour objectif de définir la voie électronique comme seul moyen pour accomplir les procédures de création d'entreprise.

¹⁵ Dahir n°1-18-26 du 2 chaabane 1439 (19 avril 2018) portant promulgation de la loi n° 73-17 abrogeant et remplaçant le livre V de loi n° 15-95 formant code de commerce relatif aux difficultés de l'entreprise ;(B.O n° 6732 du 6 décembre 2018).

Cette réforme a été initiée par le ministère de la justice depuis 2010, et ce dans le cadre du comité national de l'environnement des affaires (CNEA)¹⁶, un comité, composé de différents départements concernés, notamment le ministère de l'industrie, du commerce et de l'économie verte et numérique, le Ministère de l'économie et des finances et de la réforme de l'administration, la confédération générale des entreprises du Maroc (CGEM), Banque al Maghrib (BAM), Groupement Professionnel des Banques du Maroc (GPBM) et le Ministère de la justice, a été constitué pour élaborer un projet de loi, répondant aux différentes problématiques soulevées par le livre V du code de commerce. De ce qui précède, une première version a été transmise au secrétariat général du gouvernement (SGG) en juillet 2011 avant qu'elle soit retournée et programmée dans le cadre des axes du dialogue national pour la réforme de la justice¹⁷ au regard de l'importance du sujet et de son impact sur l'économie nationale.

¹⁶ Il a été institué auprès du chef du gouvernement un comité national de l'environnement des affaires, régi par les dispositions du décret portant création du comité national de l'environnement des affaires. ce comité national a pour mission de proposer au gouvernement les mesures susceptibles d'améliorer l'environnement et le cadre juridique des affaires, d'en coordonner la mise en œuvre et d'en évaluer l'impact sur les secteurs concernés. Il exerce sa mission en concertation avec les différents partenaires publics et privés intéressés.

A cet effet, le comité national est notamment chargé de :

- * proposer un programme d'action annuel visant l'amélioration de l'environnement des affaires et mettant en relief les domaines de réformes prioritaires ;
- * développer un plan de communication à l'échelon national et international ;
- * élaborer un rapport annuel au sujet de l'amélioration de l'environnement des affaires et les mesures prises pour son amélioration ;
- * collecter toutes informations en relation avec ses attributions et gérer la base de données y afférentes.

Le comité national peut être consulté sur l'élaboration des projets de textes juridiques en rapport avec sa mission et ses attributions.

V. art 2 du Décret n° 2-10-259 du 20 kaada 1431 portant création du comité national de l'environnement des affaires. (B.O. n° 5896 du 2 décembre 2010).

¹⁷ Pour traduire les fondements et les principes, consacrés par la constitution du Royaume dans le domaine de la justice, en des mesures précises et palpables pour les justiciables -qu'ils soient =personnes physiques ou morales, nationaux ou étrangers-Sa Majesté le Roi a décidé d'instituer une haute instance du dialogue national sur la réforme du système judiciaire, à qui il a confié, à l'occasion de son installation en date du 8 mai 2012, la mission de superviser ce dialogue national et de soumettre à la Haute appréciation de Sa Majesté des projets de recommandations pour la réforme du système judiciaire et ce, en vue de « mettre au point une charte nationale, avec des objectifs clairs, des priorités, des programmes et des moyens de financement précis et des mécanismes de mise en œuvre et d'évaluations rigoureux ». Partant de cela la réforme du livre V fait partie des recommandations de la réforme du système judiciaire qui figure dans le quatrième sous-objectif intitulé « statuer sur les affaires et exécuter les jugements dans délais raisonnables » notamment son point 122 qui prévoit : Revoyant les procédures du régime de traitement des difficultés d'entreprise, et le rôle des instances qui y interviennent, de façon à accélérer les actes de la procédure dans le but de sauver les entreprises et garantir les droit des créanciers.

Publié au bulletin officiel du 19 avril 2018, le législateur marocain a introduit dans le cadre juridique de l'insolvabilité de nouvelles règles et instruments s'inspirant des bonnes pratiques et des standards en la matière, à savoir les principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité, les relations entre créanciers et débiteurs et le guide législatif de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. De ce fait, la nouvelle loi n°73-17, se caractérise par une prévention précoce des difficultés de l'entreprise, et ce par l'instauration des différentes procédures. Celles à caractère préventif, comme le mandat ad-hoc et du règlement amiable qui a été remplacé par une nouvelle appellation dite de conciliation, ou thérapeutique, avec le redressement et la liquidation judiciaire, la nouvelle réforme de 2018 instaure, outre cela, la procédure de sauvegarde qui s'inspire largement du *Chapter 11 de la Bankruptcy law américain*, se trouve à « mi-chemin » entre ces procédures.

La loi 73-17 incorpore, en son sein, l'expérience des différentes législations, elle place la sauvegarde au cœur de son dispositif. Cette voie permet de résumer la philosophie du législateur en la matière qui se traduit par la volonté de traiter, le plus efficacement possible, les difficultés d'entreprise, afin de garantir la poursuite de son activité, le maintien de l'emploi, l'apurement du passif et la croissance de l'entrepreneuriat, symbole de la force économique.

En outre, le législateur a accordé une grande attention aux créanciers dans les procédures de redressement judiciaire et ce, par l'instauration «des assemblées des créanciers» qui constitue un nouveau mécanisme de négociation et de dialogue, réservé aux entreprises soumises à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes conformément à la législation en vigueur ou dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 25 millions de dirhams ou le nombre de salariés dépasse 25 salariés pendant l'année qui précède celle de l'ouverture de la procédure.

La nouvelle loi porte aussi une dimension sociale, en essayant de remédier à la précarité de la situation des salariés de l'entreprise, à travers l'amélioration des conditions du maintien de stabilité des emplois et la garantie d'une meilleure prise en charge des créances salariales.

Enfin, cette loi se veut aussi ouverte sur l'international, en insérant dans son corpus les dispositions de la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité transfrontalière¹⁸ ayant pour objet d'offrir des mécanismes pour faciliter la coopération entre les tribunaux marocains et les tribunaux étrangers concernés par les procédures relatives aux difficultés de l'entreprise et renforcer la sécurité juridique dans le commerce et les investissements transfrontaliers.

Ainsi, dans l'ultime but de préserver l'entreprise et par la même occasion l'économie du pays, la loi 73-17 s'est dotée d'un « appareil pénalisateur » ayant pour finalité de punir les anomalies, les déviations, les irrégularités ou missions détectées dans la conduite et l'activité des exploitants individuels ou des dirigeants de personnes morales.

Cet « appareil pénalisateur » se caractérise par l'existence d'une variété de sanctions, aussi bien civiles que pénales.

Ceci étant, la défaillance d'une entreprise peut également être due à certains facteurs qui, de par leur source, lui sont extérieurs.

Fidèle à sa démarche, le législateur de 2018 n'a rien apporté de nouveau, aucun changement n'a été effectué, excepté au niveau des numérotations avec quelques précisions au niveau de la rédaction. En somme, les mêmes fautes aboutissent aux mêmes sanctions. La doctrine a ainsi souligné l'absence de réformes en cette matière, considérant cette situation comme une « occasion manquée », ce qui est regrettable.

De ce fait, le dirigeant et les tiers intervenants dans les procédures des difficultés d'entreprise doivent être vigilant et consciencieux dans l'exercice de leurs missions. Ils doivent garder à l'esprit que les circonstances particulières des difficultés de l'entreprise n'atténuent pas le risque de sanctions à leurs encontre.

L'étude des responsabilités et sanctions applicables en matière des procédures des difficultés d'entreprise s'oriente particulièrement vers les mécanismes de nature civile et pénale, tels qu'ils sont prévus par le code de commerce.

¹⁸ V. ANNEXE 3.

Les sanctions civiles et les sanctions pénales susceptibles d'être prononcées, en cas de procédure collective, se distinguent par leurs finalités. Les premières tendent à la réparation d'un préjudice ou à la «protection de l'intérêt public», tandis que les secondes visent à réprimer pénalement certains comportements déterminés par la loi.

Les sanctions prévues par le droit des procédures des difficultés d'entreprise disposent d'un champ d'application matériel bien encadré. Elles sont donc liées à des procédures bien déterminées. Leur mise en œuvre limitée reflète la volonté législative pour encourager l'ouverture de procédures particulières, afin de résoudre, au plus vite possible, les difficultés de l'entreprise.

L'étude des responsabilités et sanctions des procédures des difficultés d'entreprise nous invite à s'interroger, sur quelques notions essentielles, notamment celles de «l'entreprise» ou encore de «difficultés». Elles sont à la fois liées par l'usage courant qui en est fait, mais également imprécises, en raison du défaut de définition juridique qui les caractérise.

Les nouvelles mesures de prévention instaurées par la loi 73-17 offrent au dirigeant d'entreprise en difficulté une véritable immunité. Elles sont caractérisées par des formules amiables, contractuelles et secrètes et sont mises en place à l'initiative du président du tribunal ou sur demande du débiteur. Elles permettent grâce à l'intervention du mandataire *spécial* ou du conciliateur, l'élaboration d'un véritable accord, en vue de concilier les intérêts du chef de l'entreprise et ceux des créanciers. Dès lors, il n'y a pas lieu de sanctionner un débiteur qui a la volonté de résoudre rapidement les difficultés de son entreprise mais celui qui a dévoilé le secret professionnel. En revanche, et pour assurer plus d'efficacité des procédures préventives, le législateur de 2018 n'hésite pas à mettre en œuvre la législation pénale relativement au secret professionnel. Dans ce cadre, l'article 549 prévoit que « La procédure de prévention externe et tous ses actes doivent être tenus secrets ».

Les procédures préventives ne sont pas les seules qui écartent le dirigeant de toute sanction. La nouvelle procédure dite de sauvegarde représente un véritable règlement anticipé des difficultés, cette dernière permet un traitement plus précoce des

difficultés, alors même que l'entreprise n'est pas encore en cessation des paiements. Cette nouvelle procédure ne peut être ouverte que sur demande du chef d'entreprise. Il importe donc de mettre celui-ci en confiance afin de l'inciter à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. À cette fin, le législateur a pris diverses mesures d'encouragement du chef d'entreprise dont celle relative à la réduction des sanctions encourues. Cette politique marque le reflet d'une politique modérément sanctionnatrice tout en essayant de les rendre non applicables selon la procédure ouverte.

Le débiteur ne doit pas craindre *l'épée de Damoclès*¹⁹ au-dessus de lui, lorsqu'il fait le choix d'une telle procédure. L'élaboration d'un plan de sauvegarde pour sauver son entreprise demeure l'enjeu principal. La situation est toute autre en cas de redressement et de liquidation judiciaire. Les difficultés sont tellement importantes qu'elles ont conduit à la cessation des paiements. Dans ces circonstances, l'exercice d'actions aux fins de sanctions est envisageable.

En principe, le redressement ou la liquidation judiciaire d'une entreprise, personne morale, est sans incidence sur le sort de ses dirigeants, personnes physiques. C'est la différence majeure avec la situation du commerçant individuel, lequel subit inéluctablement les conséquences patrimoniales liées aux difficultés de son entreprise. Cependant, ce principe n'est pas absolu, en ce sens que le dirigeant d'une société ne peut en aucun cas se réfugier derrière l'écran de la personne morale pour échapper aux conséquences de la procédure ouverte à l'encontre de la société. Autrement dit, au même titre que le commerçant individuel qui voit son patrimoine privé et professionnel happé par la procédure, le dirigeant à la tête d'une structure est exposé à des sanctions patrimoniales, personnelles et pénales. Celui-ci se doit de répondre de ses agissements dès lors qu'ils ont méconnu l'intérêt social, chose qui dénote une certaine éthique commune à l'ensemble de la communauté des affaires, alors qu'il échappera à cette fâcheuse issue s'il a été malheureux en affaires. Ainsi, seul le dirigeant imprudent, négligent, ou coupable s'expose à des sanctions.

¹⁹ Epée de damoclès, danger qui peut s'abattre sur quelqu'un d'un moment à l'autre.

La volonté guidée par le législateur a pour intérêt de protéger et sauver l'entreprise, et ce pour la bonne régulation de la vie économique, où s'entrecroisent les intérêts des partenaires du jeu économique d'une part et l'intérêt général d'autre part. Tout en sanctionnant les comportements inconséquents ou malveillants de ceux qui ont pris des risques démesurés et concouru à l'apparition des difficultés économiques du débiteur.

La politique de sanction dans ce cadre a pour but de répartir la charge du risque économique, qui est en partie réalisée par l'état de cessation des paiements, entre les différents partenaires de l'entreprise en difficulté, soit en mutualisant les sacrifices qu'ils doivent consentir afin d'assurer le redressement de celle-ci, soit en recherchant la responsabilité de certains d'entre eux qui, par leur faute ou leur manque de diligence, ont concouru à l'apparition de ces difficultés. Dans ce cadre, le droit des procédures collectives tente à recourir au droit de la responsabilité civile de droit commun lorsque l'insuffisance d'actif liée en réalité à des fautes commises par des tiers, dans ce cas, la responsabilité civile de droit commun est utilisée par le droit des procédures collectives.

Toutes les personnes qui sont en relation avec le débiteur dans le cadre de son activité sont de nature à provoquer, au moins en partie, des difficultés de l'entreprise et, au-delà, une insuffisance d'actifs. Cependant, aucune action spécifique au droit des entreprises en difficulté n'est toutefois prévue en l'occurrence. Par conséquent le droit des entreprises en difficulté se tourne logiquement vers le droit commun de la responsabilité civile.

Les tiers potentiellement concernés par le droit commun de la responsabilité civile sont très nombreux. L'on pense évidemment surtout au banquier dispensateur du crédit pour soutien abusif mais peuvent être aussi visés le syndic, l'avocat, les techniciens des chiffres notamment le commissaire aux comptes. Dans tous les cas, les actions sont fondées sur les dispositions du droit commun de la responsabilité civile. Il faut bien saisir que la responsabilité civile de droit commun est utilisée par la procédure collective. En effet, les actions pécuniaires sont mises en œuvre dans l'intérêt de la procédure collective puisqu'elles permettent une reconstitution de

l'insuffisance d'actif de l'entreprise débitrice au bénéfice de la masse des créanciers. Dans ce cadre, la responsabilité civile de droit commun constitue un moyen mis au service du droit des procédures collectives afin de diminuer le préjudice subi par l'entreprise.

La responsabilité des partenaires de l'entreprise en difficulté concerne, le plus souvent, celle des établissements de crédit, tantôt pour octroi abusif de crédit, tantôt pour rupture abusive de crédit. Aussi, le syndic ou le commissaire au compte, peuvent voir leur responsabilité civile ou pénale engagée dans les conditions du droit commun.

En effet, le titre VII du livre V du code de commerce est consacré aux sanctions applicables dans le droit des entreprises en difficultés dont la plupart de ces sanctions concernent le débiteur mais cela n'empêche pas que d'autres sanctions peuvent être prononcées en cas de complice ou bien lorsqu'une faute ou un manque de diligence ont concouru à l'apparition des difficultés qui ont conduit l'entreprise à une crise économique où la sanction est en effet une sorte de Janus bifrons.

D'autres dispositions pénales réunies, dans le code de commerce, sous le titre « des autres infractions » viennent compléter le dispositif. Ces dernières sont prévues par l'article 757 du code de commerce, elles ne sanctionnent pas les dirigeants, mais plutôt les personnes qui ont été, soit complices des personnes visées à l'article 736, soit ont agi dans leur intérêt, ou le syndic lorsqu'il a commis des malversations, ou enfin le créancier, qui après la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, a passé plusieurs contrats lui accordant des avantages particuliers au détriment des autres créanciers ou a fait usage, sans autorisation écrite du débiteur, des informations prévues aux articles 612 et 619 lors de toute procédure ou action ou auprès de toute autre partie.

Si les responsabilités et sanctions sont moins rigoureuses qu'auparavant, le poids d'une condamnation reste bien présent à l'encontre des personnes qui ont participé d'une manière ou d'une autre aux déboires de l'entreprise.

Qu'en est-il aujourd'hui où le phénomène de « crise » n'a cessé d'accroître les défaillances des entreprises, tout en aiguissant le besoin de responsabilisation de leur dirigeant fautif et des professionnels? Que doit craindre le dirigeant et les

professionnels des procédures des difficultés d'entreprise? quelles sont les sanctions encourues ? Quelle est la place des sanctions civiles et pénales en matière des procédures des difficultés d'entreprise ? Dans quelle mesure la responsabilité civile pourrait-elle défendre l'efficacité juridique des procédures des difficultés d'entreprise ? L'examen de notre étude nous mène à nous interroger sur la finalité d'une telle sanction. S'agit-il d'une action à connotation réparatrice, protectrice ou plutôt d'une mesure sanctionnatrice ? Sont-elles suffisantes, cohérentes et efficaces ? Quel est le but poursuivi par ce régime ?

L'ensemble de ces interrogations revêt une importance non négligeable, étant donné que le droit des procédures des difficultés d'entreprise constitue « un des paramètres de la compétitivité de la législation d'un Etat », et doit dès lors être « attractif »²⁰.

Son régime de responsabilités et de sanctions suscite également l'intérêt. La matière se caractérise par l'imbrication d'intérêts juridiques (le droit au service de l'entreprise en difficulté) et d'intérêts économiques (particularisme du secteur, compétitivité, concurrence...). Un fort particularisme gouverne, en effet, les procédures des difficultés d'entreprise. La discipline rassemble les intérêts antagonistes des différentes parties prenantes de l'entreprise, tout en essayant de maintenir cette dernière au cœur de la « sphère économique »²¹.

Les sanctions instaurées par le législateur marocain restent teintées d'un certain passéisme, surtout si l'on confronte la loi marocaine à la nouvelle loi française qui a ouvert la voie de la dépenalisation du droit des affaires²².

Une question se pose alors : comment appréhender cette étude ? Doté d'un fort particularisme qui se justifie par la spécificité de la matière, les sanctions civiles et pénales prévues par la loi 73-17, seront examinées, à titre principal, au regard des mécanismes de droit commun. Donc il est opportun de procéder à une distinction entre sanctions patrimoniales et sanctions professionnelles ? La fonction répressive des

²⁰ TH-Favario, « De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté », Rev. proc. coll., juillet-août 2009, p. 23

²¹ S-FARHI, « les procédures collectives : décrypter le droit des entreprises en difficulté », 2e éd, Lextenso, 2020.

²² M-AFARKOUS, « Droit et pratique des procédures judiciaires de traitement des difficultés de l'entreprise au Maroc », thèse Toulouse 1 capitole, 2010, p.373.

sanctions civiles et pénales du droit des procédures des difficultés d'entreprise ne fait-elle pas double emploi avec la sanction pénale ?

Poursuivant des objectifs précis qui découlent notamment de leur différence de nature juridique, ce régime repose, néanmoins, sur un ensemble de modalités communes, nécessaire à leur mise en œuvre.

À dessein de mettre en évidence le paradoxe qui découle de l'organisation du régime des responsabilités et sanctions applicables en matière des procédures des difficultés d'entreprise, il convient d'appréhender le rôle de la responsabilité civile du droit commun dans la recherche de l'efficacité du droit des procédures des difficultés d'entreprise, son analyse s'inscrit dans un cadre descriptif, qui permettra de démontrer le rôle de la responsabilité civile dans les procédures des difficultés d'entreprise. L'accent sera essentiellement mis sur la responsabilité de quelques professionnels de la procédure, notamment le commissaire aux comptes, le syndic et le juge commissaire et les partenaires externes de l'entreprise à l'instar des banques.

Ensuite, on va mettre l'accent sur l'infraction de divulgation du secret professionnel dans le cadre de la prévention interne et les autres infractions prévues par la loi 73-17 qui sanctionnent les personnes qui ont été, soit complices, soit ont agi dans leur intérêt tout en précisant le rôle des autorités répressives quant à la détermination des comportements répréhensibles du complice.

L'étude prend donc comme point de départ le droit en vigueur, tout en procédant à une brève approche comparative avec la législation française.

L'analyse menée sous cet angle donne l'occasion d'analyser la récente et abondante jurisprudence liée à la mise en œuvre des textes nouveaux. L'appréciation et l'interprétation des juges revêtent, en effet, une importance capitale, dans un domaine aux incidences pratiques indiscutables. Aussi, les récents principes qui en résultent restructurent le régime.

L'étude de la responsabilité et des sanctions dans le cadre des procédures des difficultés d'entreprise a donc vocation à retracer en filigrane les dispositions législatives intervenues. De surcroît, elle donne lieu à l'examen du régime en vigueur, à l'appréhension de ses mécanismes, en mettant notamment en exergue sa singularité. Elle conduit également à proposer des solutions viables à dessein d'améliorer l'efficacité du régime, et ce sans brider la «logique économique» des procédures collectives. Partant, l'étude des dispositions générales et communes à la

responsabilité et aux sanctions du droit des entreprises en difficulté est primordiale. Cette démarche tend à mettre en évidence le régime des sanctions des dirigeants des entreprises en difficultés entre flexibilité et rigidité. (Partie 1). Pour parfaire ce cheminement, l'étude de la responsabilité et des sanctions, telles qu'elles résultent du droit positif, demeure le processus le plus pertinent. À cette fin, il faut analyser les mécanismes d'extension de la sanction (Partie 2). Cette démarche aspire à saisir le régime de responsabilité et de sanctions des professionnels intervenant dans le cadre des procédures des entreprises en difficulté.

**Première partie : Le régime de sanction
des dirigeants des entreprises en difficulté
entre la flexibilité et la rigidité**

Chapitre préliminaire: conceptualisation générale «fait et personnes incriminés »

« Le droit des procédures des difficultés d'entreprise n'a pas bonne réputation et il paraît bien le mériter : très complexe, trop original, toujours dérangeant, il ne respecte guère les prévisions les plus savantes et est source d'insécurité dans les relations d'affaires²³.

Cette méchante renommée est pourtant injuste : condamne-t-on le médecin et son art, souvent impuissants l'un et l'autre, devant la maladie et toujours désarmés devant la mort ? »²⁴.

Si la finalité du droit des procédures des difficultés de l'entreprise consiste en la rescousse de l'entreprise, la sauvegarde de l'emploi et l'apurement du passif, ces objectifs ne sont presque jamais atteints. Il s'agit de ce fait d'une matière décevante du moment où le succès escompté n'est dans la majeure partie des cas qu'un mirage²⁵.

Néanmoins, il y a lieu de préciser que pareille discipline ne cesse d'exercer une sorte de séduction si l'on se dit sur les savants du droit, qui, au fil des années, n'ont cessé de faire évoluer leurs idées et leurs techniques espérant atteindre le résultat recherché²⁶.

En effet, l'importance des procédures des difficultés de l'entreprise paraît évidente, en l'occurrence dans les périodes de morosité économique²⁷. La mondialisation démesurée débouche sur l'élimination pure et simple des entreprises qui n'ont pas pu ou n'ont pas manifesté la volonté de s'adapter aux exigences du marché. L'ouverture d'une procédure demeure, certes, un « accident » de parcours, mais c'est une « mésaventure », si l'on ose dire, qui n'a rien d'aberrant.

²³ Cité par M-AFARKOUS, op.cit., p.1.

²⁴ Avant- propos par D.TROCOT, in « l'élaboration du plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire », Thèse, C. LEBEL, presses universitaires d'Aix-Marseille P.U.A.M.2000.

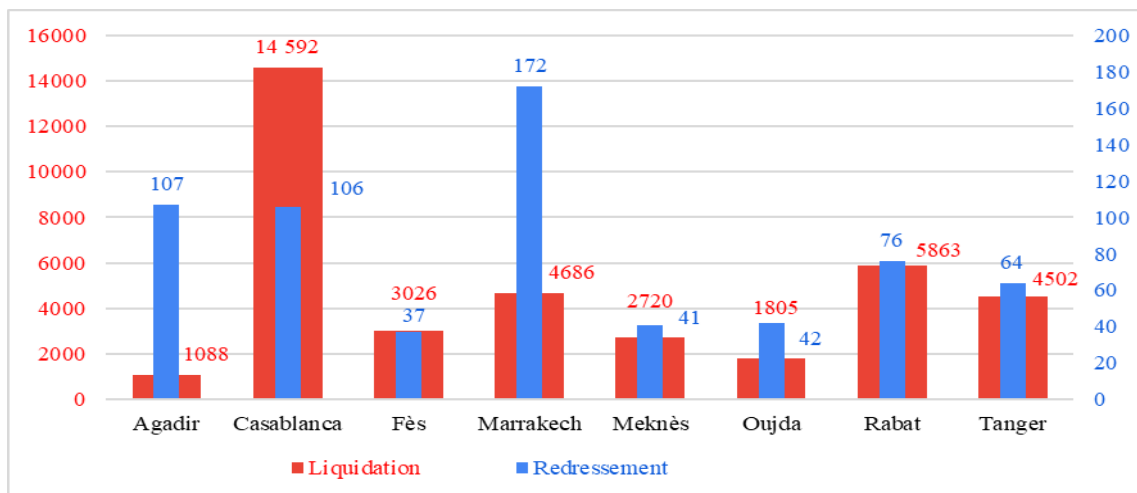
²⁵ A-JACQUEMENT, NBORGA et T-MASTRULLO, « droit des entreprises en difficulté », 11e éd, LexisNexis, 2019, p.31.

²⁶ Il s'agit de tous les auteurs qui se sont penchés sur l'étude des procédures collective et sur la base desquels nous sommes inspirés pour l'établissement de cette modeste contribution.

²⁷ B-LAGARD, « entreprises en difficulté », traité économique et fiscal, 2019.

Pareille importance se traduit dans un premier temps d'un point de vue quantitatif. A cet égard, Selon les statistiques du ministère de la justice 90% des cas de dépôt de bilan finissent par la liquidation judiciaire la mauvaise gouvernance est la cause principale des difficultés de l'entreprise²⁸. En outre, l'année 2018 marque un recul, pratiquement pour tous les secteurs d'activités, du nombre de création des entreprises (personnes morales) 23 816 entreprises par rapport à l'année 2017 40 168 entreprises²⁹. Ce qui revient à dire que ces procédures sont devenues le pain quotidien de nos tribunaux. Il est à souligner, toutefois à travers nos déplacements près des tribunaux de commerce du Royaume et des entretiens que nous avons eu avec certains praticiens de la matière, que les magistrats optent dans un premier temps pour l'ouverture d'une procédure de redressement suivant ainsi la philosophie du législateur marocain, mais il est malheureux de constater que ces procédures se convertissent le plus souvent en liquidation judiciaire.

La présente figure représente le total des jugements de redressement et de liquidation judiciaire dans l'ensemble des tribunaux marocains de l'année 2017



Après avoir interrogé le Ministère de la justice nous avons reçu de la part de ce dernier des statistiques nationales sur le nombre des affaires traitées en général il est regrettable qu'il n'existe pas encore à ce jour de statistiques nationale qui soient accessibles et qui puissent permettre en particulier de mesurer juridiction par

²⁶ Rapport de la Commission des Rapports de l'Assemblée nationale sur l'état de la justice en 2016, p. 17-73. Le rapport est intitulé « Rapport de la Commission des Rapports de l'Assemblée nationale sur l'état de la justice en 2016 ». Le rapport est intitulé « Rapport de la Commission des Rapports de l'Assemblée nationale sur l'état de la justice en 2016 ».

²⁹ Pour plus de détails voir ; Office Marocain de la Propriété Industrielle et Commerciale www.ompic.org.ma 2017. <http://barometre.directinfo.ma> (consulté le 12/12/2017).

juridiction, l'application des sanctions afin de comprendre les différences de traitement que laissent apparaître les statistiques éparses. Un tel outil est nécessaire pour la mise en œuvre d'une politique uniforme sur tout le territoire dans un domaine aussi sensible que celui des sanctions.

Ces chiffres, traduisent mal la réalité de l'amélioration, puisque les trois quarts des procédures sont ouvertes sur des microentreprises. En dépit de ce recul et du nombre d'emplois qui ont été préservés la question de la réforme du droit des entreprises en difficulté demeure un enjeu majeur.

❖ Raisons de la réforme

Le droit des entreprises en difficulté voit véritablement le jour, et supprime le droit de la faillite. Les réformes ultérieures ne vont cesser d'œuvrer dans cette voie, sans pourtant parvenir en pratique à sauver les entreprises en difficulté³⁰. Le droit est ici en échec puisque l'immense majorité des procédures collectives aboutissait à la liquidation judiciaire des entreprises et donc des procédures purement liquidatives³¹. Or ces liquidations ne satisfont aucun des intérêts en présence : ni celui de l'entreprise, qui ne redémarre pas, ni celui des salariés, qui perdent leurs emplois, ni celui de créanciers, qui pour la plupart, ne sont pas payés.

Ce constat a été relevé pas mal de fois dans le rapport annuel *Doing Business* de la Banque Mondiale qui consacre un indicateur spécifique au règlement de l'insolvabilité³², il précise que les créanciers ne parviennent à recouvrer que 28% de leurs créances, avec des délais de recouvrement extrêmement longs, par rapport à des pays à niveau de développement économique comparable.

Ce rapport, a considéré qu'il s'agissait d'un facteur manifeste d'insécurité juridique nuisible au climat des affaires et à l'investissement au Maroc, ce qui a

³⁰ A-SQUALLI, « Les obstacles au rôle de l'entreprise dans l'édification du Maghreb : l'entreprise en difficulté », publication de l'université d'hiver de Marrakech.1993.

³¹ A-SQUALLI, « Le droit des procédures collective ou une loi en difficulté » congrès de L'UIA et de l'ordre des avocats de Fes, les 11 et 12 juin 2010.

³² CNUDCI, « Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité », publication des Nations Unies 2005, n° F.05.v.10.p.66 et s.

fortement impacté la note et a conduit à un classement très désavantageux et **une perte de 63 points entre 2012 et 2016**³³.

Pour tenter d'enrayer ce phénomène et améliorer cette notation et ce, sous l'influence et les recommandations des institutions financières internationales le législateur marocain s'est obligé d'apporter une réforme au Livre V du Code de commerce en édictant la loi n°73-17 promulguée le 17 Avril 2018, abrogeant et remplaçant le Titre V de la loi n° 15-95 formant Code de commerce relatif aux difficultés de l'entreprise.

Comme nous avons vu, l'exposé des motifs de la loi 73-17 fait ressortir que le droit des entreprises en difficulté issu de la législation de 1996 est inadapté à notre économie.

Le constat est donc évident : les procédures sont ouvertes beaucoup trop tardivement donc pour appréhender plus tôt les difficultés des entreprises, il faut, d'une part, multiplier les procédures pour trouver celle adaptée et, d'autres part, écarter la cessation de paiement comme le critère unique d'ouverture d'une procédure judiciaire de traitement des difficultés d'entreprises.

En outre, l'évolution du droit marocain des procédures des difficultés d'entreprise doit tenir compte du contexte européen, voir mondial. Or, le droit marocain fait peur aux investisseurs étrangers et aux créanciers potentiels. « il importe que le droit marocain des procédures des difficultés d'entreprise ne soit plus pénalisant ou stigmatisant que les droits des autres états et puisse être même de faciliter la poursuite de l'activité des entreprises prises. Les investisseurs étrangers prennent en compte, dans leur décision d'implantation dans tel ou tel Etats les conditions dans lesquelles les difficultés rencontrées par leur filiales seront traitées ». Il faut donc rendre compétitif le droit marocain des procédures des difficultés d'entreprise.

Cette loi, promulguée à la hâte a été élaborée et votée sans que l'on ait pris la mesure de l'efficacité du Livre V de 1996 mais a toutefois permis d'améliorer

³³ CNEA, dossier de presse 2016 publié sur <http://cnea.ma/fr/publications/dossier-de-presse-doing-business-2016> (consulté le 02/07/2017).

considérablement le classement pour l'indicateur « *Resolving Insolvency* »³⁴ de Doing Business par sa simple promulgation, puisque ce dernier est passé **de la 134ème à la 71ème place entre 2018 et 2019**, bien que l'efficacité de ces dernières innovations ne peut être véritablement mesurée à ce jour.

Le rapport doing business analyse les réglementations de 190 économies dans 12 domaines³⁵ afin d'évaluer le climat des affaires à travers le monde. Dix de ces indicateurs sont pris en compte pour attribuer à chaque économie une note sur la facilité de faire des affaires³⁶. Parmi ces indicateurs on trouve l'indicateur sur le règlement de l'insolvabilité.

❖ Ce que mesure cet indicateur³⁷ :

Cet indicateur mesure les durées et les coûts des procédures collectives. Le score correspond à la moyenne simple du score de l'indice du taux de recouvrement, délai et coût et de l'indice relatif à la solidité du cadre juridique de l'insolvabilité. Cette dernière est basée sur quatre indices : l'ouverture de la procédure, la gestion des actifs du débiteur, la procédure de redressement judiciaire et la participation des créanciers.

³⁴ Résolution de l'insolvabilité.

³⁵ 1-Création d'entreprise ; 2-Recrutement de main œuvre ; 3-Obtention d'un permis de construire ; 4-Raccordement à l'électricité ; 5- Transfert de propriété ; 6- Obtention d'un prêt ; 7- Protection des investisseurs minoritaires ; 8- Paiement des taxes et impôts ; 9-Commerce transfrontalier ; 10- Accès aux marchés publics ; 11- Exécution des contrats ; 12- Règlement de l'insolvabilité. Pour plus de détails ; voir, Doing Business au Maroc-Doing Business-Le Groupe de la Banque Mondiale [www.doingbusiness.org](http://français.doingbusiness.org/fr/data/exploreeconomies/morocco) 2020. <http://français.doingbusiness.org/fr/data/exploreeconomies/morocco> (consulté le 20/12/2020).

³⁶ Il est à noter que le Maroc a pu avancer dans le classement 2020 en gagnant 7 places et se classe 53e mondial, 3e dans le monde arabe et en Afrique et 1er d'Afrique du Nord.



³⁷ Ces indicateurs ont été pris du site officiel de la BM [www.Doingbusiness.org](http://français.doingbusiness.org/fr/methodology/resolving) 2020. <https://français.doingbusiness.org/fr/methodology/resolving> (consulté le 20/12/2020).

❖ **Indice relatif à l'ouverture de la procédure**

L'indicateur relatif à l'ouverture de la procédure est composé des trois éléments suivants :

- Si les débiteurs peuvent demander l'ouverture des procédures de liquidation et de réorganisation judiciaires. Un score de 1 est attribué si les débiteurs peuvent demander l'ouverture des deux procédures ; 0.5 est attribué si seule l'une des deux procédures est possible (liquidation ou redressement) ; un score de 0 est attribué si aucune procédure d'insolvabilité ne peut être ouverte par les débiteurs.

- Si les créanciers peuvent demander l'ouverture des procédures de liquidation et de redressement judiciaires. Un score de 1 est attribué si les débiteurs peuvent demander l'ouverture des deux procédures ; 0.5 est attribué si seule l'une des deux procédures est possible (liquidation ou redressement) ; un score de 0 est attribué si aucune procédure d'insolvabilité ne peut être ouverte par les créanciers.

- Les critères utilisés pour l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Un score de 1 est attribué si le critère de la liquidité (le débiteur est généralement incapable de payer ses dettes à leur échéance) est utilisé ; 0.5 est attribué si le critère du bilan (lorsque le passif du débiteur excède son actif) est utilisé ; un score de 1 est attribué si les deux critères précités sont disponibles, mais un seul est nécessaire pour ouvrir la procédure d'insolvabilité; 0.5 est attribué si les deux critères sont nécessaires; un score de 0 est attribué si un critère différent est utilisé.

L'indice varie de 0 à 3. Les valeurs plus élevées indiquent un plus grand accès aux procédures d'insolvabilité. En Bulgarie, par exemple, les débiteurs ont le choix entre la procédure de liquidation et de redressement judiciaire (un score de 1). Toutefois, les créanciers ne peuvent ouvrir que la procédure de liquidation judiciaire (un score de 0.5). Le critère de liquidité ou le critère du bilan peut être utilisé pour commencer la procédure d'insolvabilité (un score de 1). La Bulgarie reçoit donc un score total de 2.5 à l'indice relatif à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

❖ **Indice sur la gestion des actifs du débiteur**

L'indicateur relatif à la gestion des actifs du débiteur est composé des six éléments suivants :

- Si le débiteur (ou un représentant de l'insolvabilité en son nom) peut continuer l'exécution de contrats essentiels à la survie de l'activité du débiteur. Un score de 1 est attribué si la réponse est positive ; un score de 0 est attribué si la poursuite desdits contrats n'est pas possible ou si la loi ne contient aucune disposition à ce sujet.

- Si le débiteur (ou un représentant de l'insolvabilité en son nom) peut rejeter les contrats excessivement onéreux. Un score de 1 est attribué si la réponse est positive ; un score de 0 est attribué si le rejet desdits contrats n'est pas possible.

- Si les transactions conclues avant le début de la procédure d'insolvabilité, qui privilégient un ou plusieurs créanciers, peuvent être dénoncées après l'ouverture de la procédure. Un score de 1 est attribué si la réponse est positive ; un score de 0 est attribué si l'évitement de ces opérations n'est pas possible.

- Si les opérations sous-évaluées conclues avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité peuvent être dénoncées après son ouverture. Un score de 1 est attribué si la réponse est positive ; un score de 0 est attribué si leur dénonciation n'est pas possible ou si la loi ne contient aucune disposition à ce sujet.

- Si le cadre juridique de l'insolvabilité comporte des dispositions spécifiques qui permettent au débiteur (ou un représentant de l'insolvabilité en son nom), après le début de la procédure d'insolvabilité, d'obtenir le financement nécessaire à la continuité de son activité au cours de la procédure. Un score de 1 est attribué si la réponse est positive ; un score de 0 est attribué si l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure n'est pas possible ou si la loi ne contient aucune disposition à ce sujet.

- Si le financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité reçoit la priorité sur les créanciers chirographaires ordinaires lors de la distribution des actifs. Un score de 1 est attribué si la réponse est positive ; 0.5 est attribué si le financement postérieur à l'ouverture de la procédure est prioritaire sur tous les créanciers, garantis

et non garantis ; un score de 0 est attribué si aucune priorité n'est accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure ou si la loi ne contient aucune disposition à ce sujet.

L'indice varie de 0 à 6. Les valeurs plus élevées indiquent un traitement plus avantageux des biens des débiteurs du point de vue des parties intéressées. Au Mozambique, par exemple, les débiteurs peuvent continuer les contrats essentiels (un score de 1) et rejeter ceux qui sont excessivement onéreux (un score de 1) au cours de la procédure d'insolvabilité. Le cadre juridique de l'insolvabilité permet l'annulation des opérations préférentielles (un score de 1) et des opérations sous-évaluées (un score de 1). Toutefois, le cadre juridique de l'insolvabilité ne contient pas de dispositions permettant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure (un score de 0) ou donnant la priorité auxdits financements (un score de 0). Le Mozambique reçoit donc un score total de 4 à l'indice mesurant la gestion des actifs du débiteur.

❖ Indice sur la procédure de redressement judiciaire

L'indice mesurant la procédure de redressement judiciaire est composé des trois éléments suivants :

- Si le plan de redressement est voté seulement par les créanciers dont les droits sont modifiés ou affectés par le plan. Un score de 1 est attribué si la réponse est positive ; 0.5 est attribué si tous les créanciers votent sur le plan, indépendamment de son impact sur leurs intérêts ; un score de 0 est attribué si les créanciers ne votent pas sur le plan ou si la procédure de redressement judiciaire n'est pas disponible.

- Si les créanciers habilités à voter sur le plan sont divisés en classes, chaque classe vote séparément et les créanciers au sein de chaque classe sont traités de manière égale. Un score de 1 est attribué si la procédure de vote comprend les 3 caractéristiques précitées ; un score de 0 est attribué si la procédure de vote ne comprend pas les 3 caractéristiques précitées ou si la procédure de redressement n'est pas disponible.

- Si le cadre juridique de la procédure d'insolvabilité prévoit que les créanciers qui s'opposent au plan reçoivent autant dans le cadre du plan de redressement que ce

qu'ils auraient reçu en cas de liquidation. Un score de 1 est attribué si la réponse est positive ; un score de 0 est attribué si les dispositions précitées ne sont pas prévues ou si la procédure de redressement n'est pas disponible.

L'indice varie de 0 à 3. Les valeurs plus élevées indiquent une plus grande conformité aux pratiques internationalement reconnues. Nicaragua, par exemple, n'a pas de procédure de redressement judiciaire et reçoit donc un score de 0 sur l'indice mesurant la procédure de redressement. En Estonie, seuls les créanciers dont les droits sont affectés par le plan de redressement sont autorisés à voter (un score de 1). Le plan de redressement divise les créanciers par classes, chaque classe vote séparément et les créanciers au sein de la même classe sont traités de manière égale (un score de 1). Néanmoins, aucune disposition ne prévoit la possibilité pour les créanciers qui se sont opposés au plan de recevoir autant que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation (un score de 0). L'Estonie reçoit donc un score total de 2 à l'indice mesurant la procédure de redressement.

❖ Indice mesurant la participation des créanciers

L'indice mesurant la participation des créanciers est composé des quatre éléments suivants :

✓ Si les créanciers sélectionnent un représentant de l'insolvabilité ou approuvent, ratifient ou rejettent la sélection du représentant de l'insolvabilité. Un score de 1 est attribué si la réponse est positive et un score de 0 est attribué si la réponse est négative.

✓ Si les créanciers doivent approuver la vente d'actifs substantiels du débiteur dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. Un score de 1 est attribué si la réponse est positive et un score de 0 est attribué si la réponse est négative.

✓ Si un créancier, individuellement, a le droit d'accéder aux informations financières du débiteur durant les procédures d'insolvabilité. Un score de 1 est attribué si la réponse est positive et un score de 0 est attribué si la réponse est négative.

✓ Si un créancier, individuellement, peut s'opposer à une décision du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité relative à l'approbation ou le rejet des réclamations formulées à l'encontre du débiteur, apportées par le créancier lui-même ou par d'autres

créanciers. Un score de 1 est attribué si la réponse est positive et un score de 0 est attribué si la réponse est négative.

L'indice varie de 0 à 4. Les valeurs plus élevées indiquent une plus grande participation des créanciers. En Islande, par exemple, le tribunal nomme le représentant de l'insolvabilité, sans l'approbation des créanciers (score de 0). Le représentant de l'insolvabilité décide unilatéralement sur la vente des biens du débiteur (un score de 0). Tout créancier peut inspecter les registres du représentant de l'insolvabilité (score de 1). Tout créancier est autorisé à contester une décision du représentant de l'insolvabilité relative à l'approbation de toutes demandes, si cette décision affecte les droits du créancier (un score de 1). L'Islande reçoit donc un score total de 2 à l'indice mesurant la participation des créanciers.

❖ Indice sur la solidité du cadre juridique de l'insolvabilité

L'indice sur la solidité du cadre juridique de l'insolvabilité est la somme des scores des indices mesurant l'ouverture de la procédure, la gestion des actifs du débiteur, la procédure de redressement et la participation des créanciers. L'indice varie de 0 à 16. Les valeurs plus élevées indiquant une législation qui est mieux conçue pour pouvoir redresser les entreprises viables et liquider celles qui ne le sont pas

Chaque année, l'indicateur sur le règlement de l'insolvabilité recense les changements liés à la qualité et l'efficacité des régimes d'insolvabilité. Afin de reconnaître la mise en œuvre de changements importants, tous les changements ayant eu un impact significatif sur les données sont considérés comme des réformes et sont publiés dans la section du rapport intitulé « résumé des réformes de Doing Business en 2017/2018 ».

Nous tenterons de relater dans le Tableau, ci-dessous, les mesures prises qui ont permis d'améliorer considérablement le classement du Maroc concernant l'indicateur « *Resolving Insolvency* » de Doing Business.

Tableau 1: indice de la qualité du cadre juridique de la loi 73-17

9	Volet	Question	Impact sur l'indice de solidité du cadre juridique des procédures de traitement des difficultés de l'entreprise
A.1	L'ouverture de la procédure	Quelles sont les procédures disponibles au débiteur lors du commencement des procédures d'insolvabilité ?	1 point au lieu de 0,5
A.2	L'ouverture de la procédure	le cadre juridique applicable aux procédures d'insolvabilité autorise-t-il un créancier d'initier la mise en faillite de son débiteur ?	1 point au lieu de 0.5
A.3	La gestion des actifs au débiteur	Le cadre juridique applicable aux procédures d'insolvabilité prévoit-il explicitement la possibilité pour le débiteur d'obtenir un crédit ou financement après l'ouverture de la procédure afin de financer les besoins courants du débiteur au cours de la procédure ?	1 point au lieu de 0
A.4	La gestion des actifs au débiteur	Le cadre juridique applicable aux procédures d'insolvabilité attribue-t-il un ordre de priorité aux crédits accordés après l'ouverture de la procédure ?	0.5 point au lieu de 0
A.5	La procédure de Redressement	Quels sont les créanciers autorisés à participer au vote du plan de redressement ?	0.5 point au lieu de 0
A.6	La procédure de Redressement	Le Cadre juridique pour les procédures d'insolvabilité exige-t-il qu'un plan de redressement doit préciser que le montant recouvré par les créanciers qui s'y opposent sera au moins égal au montant qui aurait été recouvré dans le cadre d'une liquidation judiciaire ?	1 point au lieu de 0

A.7	La participation des créanciers	Le cadre juridique applicable aux procédures d'insolvabilité exige-t-il explicitement que les créanciers (soit par une décision de l'assemblée des créanciers, soit par une décision du comité des créanciers) nomment le représentant de l'insolvabilité ou approuvant/rejettent la nomination du représentant de l'insolvabilité ?	1 point au lieu de 0
A.8	La participation des créanciers	Le cadre juridique applicable aux procédures d'insolvabilité exige-t-il explicitement que les créanciers (soit par une décision de l'assemblée des créanciers, soit par une décision du comité des créanciers) approuvent la vente faite au cours de la procédure d'insolvabilité des actifs essentiels du débiteur ?	1 point au lieu de 0
A.9	La participation des créanciers	Le cadre juridique applicable aux procédures d'insolvabilité prévoit-il explicitement qu'un créancier individuel a le droit de demander des informations au représentant de l'insolvabilité sur l'entreprise du débiteur et son état financier	1 point au lieu de 0
A.10	La participation des créanciers	Le cadre juridique applicable aux procédures d'insolvabilité prévoit-il explicitement qu'un créancier individuel a le droit de s'opposer à la décision acceptant ou rejetant ses propres créances et les créances des autres créanciers	1 point au lieu de 0

Réponse de la question A.1. Ouverture de la procédure : procédures disponible au débiteur lors du commencement des procédures d'insolvabilité.

❖ Description

Conformément à la méthodologie Doing business, la disposition 545 alinéa 5 de la nouvelle loi accorde le droit au débiteur de choisir l'une des procédures qu'il souhaite initier à savoir celle de la sauvegarde, du redressement ou de la liquidation.

Conformément aux dispositions des articles 560 et 619 du livre V de la loi 15-95 abrogées, ils ne mentionnaient pas de manière expresse le choix donné au débiteur de demander soit le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire, l'article 545 alinéa 5 et dans le but de lever toute ambiguïté ou mauvaise interprétation de la loi, offre au débiteur personne physique ou morale le droit de choisir entre plusieurs procédures à savoir, le redressement judiciaire ou la liquidation ou la sauvegarde.

Cette dernière procédure dite de sauvegarde nouvellement introduite dans la nouvelle loi 73-17 permettra une intervention précoce avant même la cessation de paiements, ce qui favoriserait d'avantage le maintien de l'activité et le redressement de l'entreprise.

❖ Impact sur Doing business

La réponse à la question le débiteur peut initier la procédure de liquidation aussi bien que celle du redressement³⁸ la note à attribuer à cette question est de 1 point au lieu de 0.5 point.

Réponse de la question A.2. Ouverture de la procédure : mise en faillite du débiteur par le créancier

❖ Description

Conformément à la méthodologie Doing Business, le créancier, quelle que soit la nature de sa créance, est en droit d'initier au tribunal l'ouverture d'une procédure de liquidation ainsi qu'une procédure de redressement. Ce droit est expressément

³⁸ L'article 545 alinéa 5 dispose que « Le débiteur, personne physique ou morale, est en droit de demander au tribunal l'ouverture de l'une des procédures de prévention, de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire dans les conditions prévues par le présent livre ».

mentionné dans la nouvelle réforme à travers l'article 578 alinéa 1 pour l'ouverture de la procédure de redressement et l'article 651 alinéa 1 pour l'ouverture de la procédure de liquidation.

Il convient de noter que ce droit figurait bien dans la loi 15-95 abrogée (art 560 et art 619), mais la nouvelle loi l'a précisé, dans les articles susmentionnés, de manière plus explicite au lieu d'un simple renvoi.

❖ **Impact sur Doing Business**

La réponse à cette question est : oui, un créancier peut initier la procédure de redressement judiciaire³⁹ ou la liquidation judiciaire⁴⁰ la note à attribuer à cette question est de 1 point au lieu de 0.5 point.

Réponse de la question A.3. Gestion des actifs du débiteur : possibilité pour le débiteur d'obtenir un crédit ou financement après l'ouverture de la procédure afin de financer les besoins courants du débiteur au cours de la procédure.

❖ **Description**

Conformément à la méthodologie Doing business, le nouveau texte de la consacre au débiteur de manière explicite le droit d'obtenir des crédits après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Ce principe de droit est extrêmement important pour le débiteur ou son représentant et lui permet de pouvoir obtenir le financement nécessaire à la continuité de son activité.

Il est à noter que ce droit existait dans l'ancien texte de loi en l'occurrence l'article 571 et la nouvelle loi l'a explicitement mentionné dans l'article 591, conformément aux normes internationales en la matière précitées, afin de lever toute mauvaise interprétation de l'article en question.

³⁹ L'article 578 alinéa 1 dispose que « la procédure peut être ouverte sur l'assignation d'un créancier quelle que soit la nature de sa créance ».

⁴⁰ L'article 651 dispose que « Le tribunal prononce, d'office ou à la demande du chef de l'entreprise, d'un créancier ou du ministère public, l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire lorsqu'il lui apparaît que la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise ».

❖ Impact sur Doing Business.

La réponse à cette question est : oui⁴¹, la note à attribuer à cette question est de 1 point au lieu de 0 point.

Réponse de la question A.4. Gestion des actifs du débiteur : attribution d'un ordre de priorité aux crédits accordés après l'ouverture de la procédure.

❖ Description

Le cadre juridique applicable aux procédures d'insolvabilité accorde explicitement la priorité aux crédits accordés après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur tous les créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure, privilégiés ou chirographaires.

En effet, et selon la méthodologie Doing business, le nouveau texte de loi mentionne de manière explicite la priorité accordée aux créanciers nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité afin d'assurer la continuité de l'activité de l'entreprise.

❖ Impact Doing Business.

La réponse à cette question est : oui, priorité sur tous les créanciers à l'ouverture de la procédure, privilégiés ou chirographaire⁴² la note à attribuer à cette question est de 0.5 point au lieu de 0 point.

Réponse de la question A.5. Gestion des actifs du débiteur : participation de tous les créanciers au vote du plan de redressement.

❖ Description

Dans le cadre du renforcement du rôle des créanciers et leur participation active dans la procédure d'insolvabilité conformément aux bonnes pratiques

⁴¹ L'article 591 dispose que « En vue de poursuivre son activité, l'entreprise peut accéder à un nouveau financement. Lorsque ce dernier est assorti d'une sûreté, les dispositions de l'article 594 ci-dessous sont applicables ».

⁴² L'article 590 dispose que « Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture du redressement et qui sont indispensables à la poursuite de cette procédure ou à l'activité de l'entreprise pendant la période de préparation de la solution, sont payées à leurs dates échues. A défaut, elles sont payées par priorité à toutes autres créances assorties ou non de privilèges ou de sûretés, à l'exception de la préférence prévue aux articles 558 et 565 ci-dessus..... ».

internationales la nouvelle loi a consacré toute une section à l'assemblée des créanciers, ses conditions de constitution, sa composition, ses délibérations et ses attributions.

Cette mesure phare confère aux créanciers réunies en assemblée un pouvoir décisionnel qui s'impose aux organes de la procédure, notamment en matière d'élaboration et d'adoption du plan de continuation, du choix du syndic ainsi que la cession des actifs importants de l'entreprise. Ainsi, et conformément aux dispositions de l'article 608 de la loi 73-17, tous les créanciers sont autorisés à participer au vote du plan de redressement.

❖ **Impact sur Doing Business**

La réponse à cette question est : tous les créanciers⁴³. La note à attribuer est de 0.5 point au lieu de 0 point.

Réponse de la question A.6. Procédure de redressement : montant de recouvrement par les créanciers dans le plan de redressement

❖ **Description**

Dans le cadre des dispositions innovantes introduites par la nouvelle loi et conformément à la méthodologie Doing Business, l'article 616 prévoit expressément l'exigence d'accorder aux créanciers qui s'opposent au plan de redressement au moins le même montant qu'ils auraient reçu en cas de liquidation.

❖ **Impact sur Doing Business**

La réponse à cette question est : oui⁴⁴, la note à attribuer cette question est de 1 point au lieu de 0 point.

⁴³ Voir les articles 607, 608 et 611 de la sous-section IV relative à l'assemblée des créanciers.

⁴⁴ L'article 616 alinéa 1 dispose que « Le tribunal approuve le plan de continuation lorsqu'il lui apparaît que les sommes qui seront obtenues par les créanciers dans le cadre du plan de redressement dépassent celles qui auraient été obtenues si la liquidation judiciaire a été décidée, à l'exception des créanciers ayant accepté des sommes inférieures ».

Réponse de la question A.7. Participation des créanciers : nomination ou approbation du représentant de l'insolvabilité par les créanciers.

❖ Description

La nouvelle loi renforce d'avantage la participation des créanciers dans la procédure d'insolvabilité particulièrement en ce qui concerne leur rapport avec le représentant de l'insolvabilité (le syndic). Conformément à la nouvelle loi, les créanciers ont un droit de regard sur la nomination et la révocation du représentant de l'insolvabilité (le syndic)⁴⁵.

❖ Impact sur Doing business

La réponse à cette question est : oui, la note à attribuer cette question est 1 point au lieu de 0 point.

Réponse de la question A.8. participation des créanciers : approbation de la vente des actifs par les créanciers

❖ Description

Eu égard au rôle que jouent les créanciers dans la procédure d'insolvabilité à travers l'assemblée des créanciers, ces derniers doivent approuver la vente d'importants actifs du débiteur durant la procédure d'insolvabilité, notamment le fonds de commerce, les outils et machines⁴⁶.

❖ Impacts sur Doing Business

La réponse à cette question est : oui, la note à attribuer à cette question est de 1 point au lieu de 0 point.

⁴⁵ L'article 607 alinéa 4 dispose que « L'assemblée se réunit en vue de se prononcer sur : la demande de remplacement du syndic désigné, conformément aux dispositions de l'article 677 ci-dessous ;

⁴⁶ L'article 607 alinéa 5 dispose que « L'assemblée se réunit en vue de se prononcer sur :.... – la cession d'un ou de plusieurs actifs indispensables prévus à l'article 618 ci-dessous.

Réponse de la question A.9. Participation des créanciers : demande d'informations par un créancier individuel.

❖ Description

Le cadre juridique applicable aux procédures d'insolvabilité prévoit explicitement qu'un créancier individuel a le droit de demander des informations au représentant de l'insolvabilité sur l'entreprise du débiteur et son état financier.

En effet, le droit de demander toutes les informations sur le représentant de l'insolvabilité (syndic) est garanti par les articles 612 et 619 au créancier de manière individuelle.

❖ Impact sur Doing business

La réponse à cette question est : oui⁴⁷, la note à attribuer cette question est de 1 point au lieu de 0 point.

Réponse de la question A.10. Participation des créanciers : Droit d'un créancier individuel à s'opposer aux décisions d'acceptation ou de rejet des créances.

❖ Description

La réforme a introduit une nouvelle disposition à travers l'article 731 qui de manière explicite donne le droit au créancier de pouvoir individuellement s'opposer à une décision du tribunal ou à celle du syndic afférente à sa propre créance peut également exercer une tierce opposition contre toute décision fixant des autres créanciers et ce, conformément à l'article 734.

❖ Impact sur Doing business

La réponse à cette question est oui⁴⁸, la note à attribuer à cette question est de 1 point au lieu de 0 point.

En effet, la protection de l'entreprise et l'amélioration du climat des affaires sont des impératifs majeurs de notre société⁴⁹, la prospérité de l'entreprise est le gage de la

⁴⁷ Voir les articles 612 et 619 de la loi 73-17.

⁴⁸ Voir les articles 731 et 734 de la loi 73-17.

protection des intérêts des personnes en relation avec elle. C'est la raison pour laquelle bon nombres des règles, et en tête desquelles se trouvent celles relatives aux difficultés des entreprises, ont pour finalité la protection de celles-ci, cherchant à concilier l'efficacité économique et la sécurité juridique. La nouvelle loi, ne garantissant pas assez les intérêts des créanciers d'une entreprise en difficulté - ce bricolage législatif n'ayant pas réglé les questions de fond- a néanmoins apporté quelques améliorations avec notamment la création de la procédure de sauvegarde qui dure 5 ans, cette procédure risque toutefois d'être exploitée par les débiteurs de mauvaise foi pour retarder le recouvrement des créances.

Intégrer de nouveaux amendements induit une relecture profonde de la réforme, vu l'état d'urgence dans laquelle ce texte a été adopté, nous regrettons qu'on le veuille gagner des places dans le classement de la banque mondiale en usant de cosmétique législatif qui manque d'une évaluation préalable à l'étude d'impact.

❖ Absence d'une évaluation préalable à l'étude d'impact

En principe, l'étude d'impact s'attache à fournir une évaluation préalable de la réforme envisagée, aussi complète, objective et factuelle que possible, elle ne saurait se comprendre ni comme un exercice formel de justification a posteriori d'une solution prédéterminée, ni comme une appréciation technocratique de l'opportunité d'une réforme qui viendrait se substituer à la décision politique. Il s'agit au contraire d'une méthode destinée à éclairer les choix possibles, en apportant au gouvernement et au parlement les éléments d'appréciation pertinents : nature des difficultés à résoudre, avantages et inconvénients des options possibles en fonction de l'objectif poursuivi, évaluation détaillée des conséquences qui peuvent être raisonnablement attendues de la réforme. Pour chacune des catégories des personnes concernées, cette approche permet d'apporter une démonstration rigoureuse de la nécessité d'un nouveau texte et de la proportionnalité de la réponse juridique envisagée, en vue d'assurer un bon équilibre entre les objectifs d'intérêt général qui inspirent la réforme et la prise en compte des différents intérêts particuliers en présence.

⁴⁹ Cet impératif participe au mouvement général que connaît notre législation depuis quelques années afin de favoriser la création de nouvelles entreprises, créant ainsi des emplois et luttant contre le chômage.

Ce champ, ainsi circonscrit en l'état du texte de la loi organique⁵⁰, laisse au pouvoir d'appréciation du chef du gouvernement le soin de décider du choix d'une étude d'impact pour les projets de loi revêtant une importance certaine⁵¹.

Il s'agit en effet des lois édictant une législation nouvelle dans tel ou tel domaine, et des lois qui, sans créer de législations nouvelles, ont pour objet ou pour effet de refondre une législation existante.

Le Maroc se réjouit de la philosophie de l'ensemble de ces textes comportant plus de rigueur et de transparence, mais c'est la rapidité de leur réception qui pose aujourd'hui problème, dans la mesure où il y a :

- ✓ une absence d'études d'impact par les pouvoirs publics sur l'environnement économique et juridique pratique au Maroc ;
- ✓ une absence d'études approfondies des textes par le législateur, d'où l'absence et/ ou l'indisponibilité des travaux préparatoires. Aussi la non publication de la dernière version du projet de loi n° 73-17 au site WEB du secrétariat générale du gouvernement (site unique pour la mise en ligne des projets des textes) pour donner la possibilité aux personnes intéressées d'émettre des commentaires à leur égard, et ce conformément au circulaire du premier ministre sur la publication électronique des textes législatifs et réglementaires,⁵² qui vise la mise en œuvre du décret instituant la procédure de publication des projets de textes législatifs et réglementaires⁵³ qui concernent les secteurs du commerce et les services financiers prévus dans le cadre de l'accord du libre-échange signé entre le Royaume du Maroc et les États-Unis d'Amérique. À cet égard, les

⁵⁰ Dahir n° 1-15-33 du 28 joumada I 1436 (19 mars 2015) portant promulgation de la loi organique n° 065-13 relative à l'organisation et à la conduite des travaux du gouvernement et au statut de ses membres. (B.O. n° 1436 du 2/4/2105)

⁵¹ L'article 19 de la loi organique n° 65-13 relative à l'organisation et à la conduite des travaux du gouvernement et au statut de ses membres dispose que : « les projets de loi tendant à édicter une =législation nouvelle ou à refondre une législation existante doivent, lorsque les circonstances l'exigent, être accompagnés, par arrêté du chef du gouvernement, d'une étude d'impact. Les modalités d'établissement de cette étude et les données qu'elle doit contenir sont fixées par voie réglementaire ».

⁵² V. ANNEXE 4.

⁵³ Décret n° 2-08-229 du 25 joumada I 1430 instituant une procédure de publication des projets de textes législatifs et réglementaires. (B.O. n° 5744 du 18-6-2009).

dispositions dudit décret prévoit que : tout projet de loi, de décret, d'arrêté ou de décision dont le contenu concerne les domaines susmentionnés, est mis sur le portail électronique du SGG pour la réception des commentaires que suscite le contenu desdits projets⁵⁴. Parallèlement, le service initiateur du projet, doit assurer le suivi des commentaires reçus, d'en faire la synthèse et de procéder, dans la mesure du possible, à leur réponse de manière globale, par thème de commentaires.⁵⁵

L'opérateur économique, amené à réceptionner et à appliquer ces textes immédiatement dans l'entreprise, est inquiet devant l'imprévisibilité de leur application du fait, justement, d'absence de référentiels cités ci-dessus.

Cette inquiétude est d'autant plus importante, étant donné que la loi 73-17 a un caractère exceptionnellement répressif.

En effet, pour qu'elle puisse être efficace, la loi doit être le reflet du paysage socio-économique qu'elle se doit d'organiser. Mieux encore, il incombe au législateur de chercher méticuleusement à comprendre les besoins de l'économie et par la même, être conscient de ce qu'exigeraient les impératifs du marché. De ce fait, le droit des procédures des difficultés de l'entreprise ne constitue pas uniquement l'affaire de l'entrepreneur et ses partenaires externes, il est également l'affaire de l'État du moment où c'est l'économie du pays qui en dépend.

Par conséquent, l'entreprise, en tant que moteur de la vie économique, est la source de la richesse nationale qu'il convient de protéger.

En effet, pour qu'elle puisse être efficace, la loi doit être le reflet du paysage socio-économique qu'elle se doit d'organiser. Mieux encore, il incombe au législateur de chercher méticuleusement à comprendre les besoins de l'économie et par la même, être conscient de ce qu'exigeraient les impératifs du marché. De ce fait, le droit des procédures des difficultés de l'entreprise ne constitue pas uniquement l'affaire de l'entrepreneur et ses partenaires externes, il est également l'affaire de l'Etat du moment où c'est l'économie du pays qui en dépend.

⁵⁴ Art 5 du décret n° 2-08-229, op.cit.

⁵⁵ Art 7 du décret n° 2-08-229, op.cit.

Par conséquent, l'entreprise en tant que moteur de la vie économique, est la source de la richesse nationale et qu'il convient de la protéger.

Objet du droit des procédures des difficultés d'entreprise par excellence, l'entreprise bénéficie de l'intérêt que lui accord le législateur marocain se traduisant par l'existence d'une multitude de règles ayant pour but de sanctionner ceux qui peuvent fausser le jeu, portent atteinte à leur sécurité ou à crédibilité par des pratiques frauduleuses. Mais bien avant d'identifier ces personnes (**section 2**), il serait opportun de définir ce qu'est l'entreprise (**section 1**).

Section 1 : Notion d'entreprise du point de vue juridique.

« Encore une réflexion sur la notion d'entreprise ». Ce sentiment de lassitude tient au caractère insaisissable de la notion ; l'entreprise apparaît comme un concept

« accordéon » irréductible à une acception unique et aux contours si fuyants qu'il est permis de douter de l'opportunité de sa reconnaissance par le droit et plus précisément par le droit des procédures de traitement de l'entreprise.

Faute d'être définie par la loi ou la jurisprudence, la notion juridique d'entreprise est discutée et ce, d'autant plus que l'évolution qu'elle subit au contact des réalités économique et sociales, qui se modifient à un rythme rapide, ne permet pas d'en dessiner une physionomie définitive. Au-delà de son existence, l'utilité même de la notion conduit certains auteurs à souligner son caractère fonctionnel, l'entreprise variant au gré du résultat à atteindre ou de la difficulté à résoudre ; ainsi, selon l'optique considérée, la notion prend une coloration différente et change de physionomie.

Cet aspect hétérogène de l'entreprise lui donne incontestablement une nature incertaine et favorise la critique fondée sur l'absence de réflexion unitaire et cohérente autour de cette notion ; celle-ci s'apparente à un concept caméléon se transformant au gré des textes qui la prennent pour objet et conduisant inévitablement à son éclatement en autant de définitions qu'il existe d'intérêt en jeu.

Cependant, La loi 73-17 a fait de la protection de l'entreprise le « cœur » de son dispositif, témoignant en l'occurrence d'une plasticité. Or, en multipliant les

expressions et les significations pour traiter de l'entreprise, le législateur a provoqué une confusion qui n'est aucunement satisfaisante juridiquement (**sous section 1**) et, par la même, a renforcé la complexité inhérente à l'entreprise plutôt que d'en permettre une lecture simplifiée, cette approche, qui engendre inéluctablement des dévoiements, témoigne d'un manque de cohérence en la matière ; or elle n'est que le reflet de l'appréhension générale de l'entreprise dont la perception est entravée par le recours aux concepts classiques, inadaptés.

En somme, Le législateur marocain n'a pas pris le soin de donner une certaine définition à l'entreprise, chose qui incombe par voie de conséquence à la doctrine selon l'évolution des conditions économiques et sociales (**sous section 2**).

Sous-Section 1 : une perception inhibée de l'entreprise.

L'entreprise constitue l'objet du droit des procédures des difficultés de l'entreprise qui veille à sa sauvegarde et à sa pérennité. Or, cet objectif est teinté d'une certaine ambiguïté en raison de la confusion due à l'absence d'une définition précise et générale de la notion (**A**). Il y a donc une contradiction entre, d'une part, les objectifs recherchés ou le but affiché et d'autres parts, la réalité du traitement des difficultés qui semble supporter le poids du passé (**B**). Il en résulte une certaine déception à l'égard du dispositif légal qui ne correspond pas à l'esprit de la loi. Au-delà, la législation utilise d'autres concepts qui viennent se juxtaposer à la notion d'entreprise, concepts qui sont tout autant ambigus et non définis et qui invitent à s'interroger sur leur combinaison avec la notion étudiée (**C**).

A. Une approche confuse de l'entreprise

Aussi paradoxale que cela puisse paraître, le législateur n'a pas pris soin de donner une définition générale de l'entreprise, mais bien au contraire, il s'est montré hésitant et confus dans l'utilisation du terme. Cette ambivalence alimente le dispositif en son entier et, conjuguée à l'absence de définition de l'entreprise, elle rend douteuse la reconnaissance de celle-ci comme notion juridique.

B. Les sources de la confusion

Cette affirmation peut, à première lecture, paraître surprenante dans la mesure où la nouvelle loi 77-17 de 2018 relative aux procédures de traitement de l'entreprise définit l'entreprise dans son article 546 comme étant « le commerçant personne physique ou la société commerciale » et ouvre une procédure de redressement et de liquidation judiciaires au profit des entreprises visées, lesquelles s'appliquent à « toute entreprise commerciale en cessation de paiement ».

A priori, ce dispositif ne consacre pas une notion autonome d'entreprise mais la rattache expressément à un sujet de droit, personne physique ou morale dont le statut juridique le rend apte à bénéficier du dispositif visé. Dans cette acception, l'entreprise ne constitue qu'un instrument commode pour désigner, sous un terme générique, l'ensemble des personnes juridiques relevant de ladite loi, ce qui correspond finalement à la notion de débiteur. Dans ce sens, la notion d'entreprise a une portée simplement rédactionnelle, mais n'est pas juridiquement pertinente.

Toutefois, si le législateur de 2018 fait référence souvent à la structure juridique du débiteur, il vise également l'entreprise en tant que telle, en lui accordant non pas des attributs d'emprunt mais ses propres attributs, indépendants d'une forme juridique particulière greffée sur elle. Ce phénomène peut trouver une explication dans la fonction économique et sociale du droit des procédures collectives, qui s'efforce d'extraire l'outil de production de sa gongue patrimoniale pour assurer sa survie ; le sort de l'entreprise ne dépend plus de l'importance des dettes contractées. En privilégiant le redressement de l'entreprise, le dispositif l'égale entière et consacre la séparation de l'homme et de l'entreprise. La réalité économique de l'entreprise est consacrée et, inévitablement, cela emporte des conséquences du point de vue juridique.

Le respect des vœux du législateur doit nécessairement conduire à appréhender l'entreprise de manière autonome, comme une réalité à part entière, détachée de la personne physique ou morale qui en est le support patrimonial et dont le sort distinct

de celui du débiteur⁵⁶. La philosophie de la loi est axée sur l'entreprise, en tant qu'entité indépendante de la vie économique et sociale qu'il s'agit de préserver. Normalement, cette philosophie devrait s'exprimer, se concrétiser sur le plan rédactionnel. Or, le législateur ne donne aucune définition précise de l'entreprise. Autrement dit, ce concept irrigue » les arrêtes de la loi sans que jamais la loi n'y apporte la moindre précision »⁵⁷

De façon générale, les concepts juridiques sont élaborés afin d'appréhender le monde « réel »⁵⁸ ; ils visent un phénomène observé en vue de lui donner une signification juridique normative ou contentieuse. Du premier point de vue, la préoccupation législative rejoint le sentiment généralement partagé d'une utilité de l'entreprise ; la pérennité de l'exploitation via le redressement de l'entreprise repose sur un principe général rationnel qui fait l'objet d'un consensus⁵⁹. Mais sur le second aspect du concept, c'est-à-dire sur le plan technique, les difficultés s'accumulent⁶⁰ le souhait du législateur ne s'incarne pas dans une rédaction explicite, l'entreprise ne trouvant ni définition ni statut juridique dans celle-ci, faute de précision, la notion d'entreprise est affectée d'une très grande relativité ce qui perturbe sa reconnaissance en tant que notion juridique. De plus, l'utilisation du mot « entreprise » dans les dispositions légales joue sur l'ambiguïté attachée à celle-ci ce qui conduit à des formulations recelant la plus grande incertitude quant au fond du droit. Enfin, quels qu'aient été les vœux du législateur et ses efforts concernant l'autonomie juridique de l'entreprise, celle-ci n'arrive pas à s'émanciper pleinement du dispositif qui reste traditionnellement attaché à la personne de l'entrepreneur.

En empruntant ainsi cette approche, le dispositif juridique mis en place est confus et ne parvient pas à une conceptualisation globale et autonome de l'entreprise. La loi sur les procédures des difficultés de l'entreprise est imparfaite dans sa rédaction

⁵⁶ Mot de Monsieur IDRISSE ALAMI MACHICHI, « la notion d'entreprise », colloque organisé par le ministère de la justice en marge de la cérémonie d'hommage en l'honneur du professeur M. IDRISSE ALAMI MACHICHI.les 01 et 02 mars 2018. Non publié.

⁵⁷ B-SOINNE, « traité des procédures collectives », commentaires des textes, formules, p. 26.

⁵⁸ V. guide de légistique réalisée par le secrétariat général du gouvernement série « documentation juridique marocaine » première édition 2015, p.17.

⁵⁹ M.-I. IZORCHE, le raisonnement juridique, P.U.F. 2001, p.59.

⁶⁰ C-BORRELY, « La notion juridique d'entreprise en droit des procédures collectives », Thèse, Montpellier I, 2004.p.57.

car d'une part, les contours de la notion d'entreprise n'y sont pas précisés et d'autre part, la notion elle-même n'est pas toujours employée avec la même signification.

C. Les manifestations de la confusion

La lecture des dispositions relatives aux procédures des difficultés de « l'entreprise » ne peut que provoquer un sentiment de perplexité chez le chercheur en quête de précisions sur la notion d'entreprise. En effet, bien qu'elle soit l'objet même du dispositif, elle n'y reçoit aucune définition, mais surtout, elle est utilisée à plusieurs titres pour le moins antinomiques. Les termes de la loi stigmatisent deux approches de la notion, l'une économique, l'autre juridique ; au sein de celle-ci, les dispositions sont des plus confuses.

Dans une première acceptation, l'entreprise désigne une entité économique à laquelle le droit apporte une protection tendant à assurer sa sauvegarde, sa survie et à éviter sa disparition. Elle se caractérise par son activité sans pour autant y être identifiée puisque la loi distingue la cessation d'activité et la cessation de l'entreprise⁶¹.

En ce qui concerne l'acceptation juridique, il apparaît que l'entreprise ne révèle aucune structure particulière mais au contraire transcende les formes juridiques. En effet, dans certaines dispositions notamment dans l'intitulé de la loi, elle est utilisée dans un sens générique dans la mesure où vise tous les exploitants sans distinguer la nature de leur activité⁶², alors que dans d'autres, elle va permettre de souligner le caractère individuel de l'exploitation par opposition à la forme sociétaire.

⁶¹ L'entreprise ne peut être réduite à l'activité déployée ; il faut également prendre en considération l'organisation matérielle mise en œuvre pour exercer l'activité visée. De plus, en disposant que la procédure des difficultés de l'entreprise est destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'activité, l'article 560 du code de commerce opère forcément un distinguo entre l'entreprise et l'activité.

⁶² Il s'agit de désigner, alors, toutes les entreprises en général, peu importe qu'elles soient civiles ou commerciales. De façon générale, le mot « entreprise » a remplacé, dans les dispositifs législatifs et réglementaires, le terme « commerçant » ou l'expression « sociétés commerciales » et sa signification s'est élargie pour désigner toute activité économique, dépassant ainsi le cadre strict de la commercialité. par ailleurs, le nouvel éclairage sous lequel la notion d'entreprise traduit l'activité dénote un certain affaiblissement du caractère personnaliste stigmatisé par l'utilisation des mots de commerçant ou de société commerciales, le terme entreprise procède d'une optique différente en ce qu'il s'attache au caractère objectif de l'activité, sans référence aux sujets qui l'exercent ; il est le témoin de l'importance des facteurs économiques dans la vie sociale et de la tendance à saisir l'activité humaine sous l'angle économique.

Toutes ces significations et utilisations du terme « entreprise », bien que perturbant une approche cohérente et unitaire du concept, ne sont pas pour autant contestables au niveau des principes du droit.

En revanche, tel n'est pas le cas pour certaines dispositions dont la formulation est juridiquement inexacte car elles traitent l'entreprise comme un véritable sujet de droit, titulaire d'un patrimoine ou du moins de certains droits patrimoniaux, identifiant parfois au débiteur. En raison de la théorie du patrimoine, de telles allégations sont parfaitement erronées et doivent être interprétées comme de simples formules de langage sans valeur juridique⁶³. Si l'on a pu écrire « qu'à travers la personnification linguistique transparaît une aspiration vers la personnification juridique...sujet grammatical dans la phrase, sujet de droit dans la législation »⁶⁴, il n'en reste pas moins que contrairement à l'apparence créée par le langage écrit de la loi 73-17 du 19 avril 2018, le législateur n'a pas franchi le pas et n'a pas érigé l'entreprise en sujet de droit authentique.

Le système des procédures des difficultés des entreprises actuel est directement inspiré du système précédent, même s'il tient compte d'une certaine évolution dans le domaine économique et sociale. La notion de « débiteur » y est largement employée, ce qui paraît logique dans une procédure ouverte pour non-paiement des dettes. Les rapports créanciers-débiteurs demeurent l'un des antagonismes essentiels du système nouveau. Plusieurs textes utilisent à la fois le mot entreprise et le mot débiteur : il ne faut pas donc s'y tromper⁶⁵. Ce n'est pas l'entreprise qui est mise en redressement judiciaire mais bien la personne de l'entrepreneur, celle que la loi nome « le débiteur » qui a cessé ses paiements. Chaque fois que la loi confère des droits et des obligations à une entreprise, cette identification permet de les attribuer à la personne physique qui a la qualité d'entrepreneur⁶⁶. C'est donc bien le patrimoine qui est

⁶³ Cité par C-BORRELY, op.cit, p.23.

⁶⁴ C-BORRELY, op.cit, p.23.

⁶⁵ A-SQUALLI, « L'entreprise en difficulté : une nouvelle notion dans le droit marocain des procédures collective », colloque organisé par le département de droit privé de la faculté de droit et le barreau de Marrakech : « nouveauté du code de commerce et tribunaux de commerce », les 30 et 31 octobre 1998.

⁶⁶ G-BLANC, les frontières de l'entreprise en droit commerciale (brève contribution), D.1999, chron., p, 415. L'auteur estime qu'en droit commercial, l'entreprise s'identifie à une personne juridique et en

concerné par la procédure et non pas l'entreprise en elle-même. Le dispositif n'arrive donc pas à dissocier pleinement l'entreprise de la personne physique ou morale de l'entrepreneur.⁶⁷

A l'issue de cette petite analyse, on peut s'apercevoir que la notion d'entreprise est mise en œuvre par les textes dans des occurrences qui lui confèrent une signification variable.

Cependant, Le législateur marocain n'a pas pris le soin de donner une certaine définition à l'entreprise, chose qui incombe par voie de conséquence à la doctrine selon l'évolution des conditions économiques et sociales.

Sous section 2 : la notion de l'entreprise du point De vue économique.

Les développements précédents ont mis en exergue le caractère multiforme de la notion de l'entreprise et les difficultés de son uniformisation. Comment dès lors caractériser cette entité ? Pour ce faire, il faut retenir une conception large susceptible de s'adapter à une structure qui évolue en permanence. Il semble que la science économique parvient à donner à l'entreprise une définition assez satisfaisante.

A cet égard, l'on distingue deux courants. Le premier courant attribue le terme « entreprise » à l'entreprise capitaliste, c'est-à-dire l'entreprise qui recourt au travail pour réaliser un maximum de profit, en ce sens, « l'entreprise est une forme de production par laquelle, au sein d'un même patrimoine, on combine les prix des différents facteurs de la production apportés par des agents distincts du propriétaire de l'entreprise en vue de vendre sur le marché un bien ou des services et pour obtenir un

adopte les contours. A titre d'exemple de textes opérant explicitement l'identification, il cite les lois françaises du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 dont les titres visent expressément les entreprises et dont le domaine d'application concerne respectivement les « personnes morales de droit privé non commerçant ayant une activité économique », et les personnes « commerçants, artisans, agriculteurs et personnes morales de droit privé ». l'auteur conclut à une « identification voire à une confusion des notions d'entreprise et de personnalité juridique ».

⁶⁷ Y-CHARTIER, « droit des affaires : entreprises en difficultés _ prévention_ redressement liquidation », Thémis 1989, n°7.

revenu monétaire qui résulte de la différence entre deux séries de prix (celle qui compose le prix de revient et celle qui forme le prix de vente) »⁶⁸.

Le second courant est celui de Monsieur Henri TRUCHY qui a trouvé en Monsieur JAMES son plus éloquent défenseur. Le premier définit l'entreprise comme étant « toute organisation dont l'objet est de pourvoir à la production, à l'échange ou à la circulation des biens ou des services. L'entreprise est l'unité économique et juridique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique »⁶⁹. De même, La cour de justice des communautés européennes s'appuie également sur la notion d'activité et estime que « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »⁷⁰.

Partant de ces considérations, il faut concevoir l'entreprise comme une activité qui intègre des moyens humains et financiers nécessaires à son fonctionnement, en vue de réaliser des objectifs fixés en fonction de sa forme. En effet, l'entreprise bénéficie de structures juridiques qui lui sont habituellement dévolues. Il s'agirait donc d'une «activité organisée» dont les incidences et les enjeux sont importants, au sens où l'activité est la résultante d'une coordination de facteurs humains, financiers, logistiques, comprenant l'intervention de partenaires extérieurs.

Selon Monsieur le professeur SQUALLI ABDELAZIZ « l'entreprise est une notion économique, elle n'est pas une notion juridique, même si elle est très présente dans le droit». Il note également que l'entreprise dépend du champ disciplinaire où elle est utilisée, est alors associée à l'activité qui par la suite peut être organisée différemment⁷¹.

En effet, l'ensemble des critiques adressés à l'entreprise alimente le constat selon lequel elle serait une notion juridique qu'économique, transcendant le droit et les

⁶⁸ F-PERROUX, cours d'économie politique, entreprise et capitalisme, expansion et intensité de l'entreprise capitaliste, production et échange des biens, formation et distribution du crédit, concentration et capitalisme, paris 5^e éd., 1949,Tome 2, p 7.

⁶⁹ H-TRUCHY, cours d'économie politique, Tome 1 ,p 153 et s.

⁷⁰ Cité par J-PAGES, « De l'irréductible et incontournable entreprise », in « Prospectives du Droit économique », Dialogues avec M. Jeantin, éd. Dalloz, 1999, p. 87.

⁷¹ Mot de Monsieur SQUALLI ABDELAZIZ, « la notion d'entreprise »,op.cit.

classifications juridiques⁷². Cela signifie peut être que les juristes n'ont pas donné à cette réalité la même attention que lui ont portée économistes.

S'il est apparu que certaines notions n'étaient plus adaptées au droit des entreprises en difficulté, l'évolution du domaine est riche d'enseignements. Elle révèle, en effet, une corrélation entre l'entreprise et le droit des procédures collectives

A. Le lien entre l'entreprise et les procédures collectives.

Dès lors qu'il est possible d'observer que la notion d'entreprise n'est pas définie par les textes, alors pourtant qu'elle est au centre des préoccupations du législateur dans un certain nombre de textes, qu'il est également possible de constater que la notion de difficulté n'est pas d'avantage précisée, il peut paraître complexe de traiter du droit des entreprises en difficulté.

B. La notion des difficultés.

L'entreprise peut être définie comme une unité économique et sociale disposant de moyens humains et matériels, destinée à permettre la réalisation d'une activité économique autonome⁷³.

Du point de vue qui nous intéresse, l'entreprise a aussi été présentée comme un « processus économique consistant à mettre en scène un certain risque économique ».

La notion d'entreprise en difficulté est plus difficile encore à appréhender. Elle est en effet disparate, en fonction des préoccupations législatives dont elle est la cible.

La commission des communautés européennes, dans une première communication en 1999⁷⁴, sans poser véritablement de définition de l'entreprise en difficulté, a envisagé quatre situations dans lesquelles elle estime qu'il y a entreprise en difficulté :

- Entreprise incapable d'assurer sans redressement avec ses ressources financières propres ou avec celles dont sont disposés à faire apport ses actionnaires et créanciers ;

⁷² C-BORRELY, op.cit, p.13.

⁷³ LAMARCHE, « la notion d'entreprise », RTD com.2006.

⁷⁴ P.-MICHEL-LE CORRÉ, « Droit et pratique des procédures collectives », DALLOZ., 2012-2013., p141.

- Entreprise soumise à une procédure collective fondée sur l'insolvabilité, c'est-à-dire au Maroc le redressement judiciaire, la sauvegarde et la liquidation judiciaire ;
- Société dont les associés ont une responsabilité limitée et qui a perdu plus de la moitié de son capital avec une perte du quart de ce capital au cours des douze derniers mois ;
- Société à responsabilité limitée ayant perdu plus de la moitié de ses fonds propres et plus du quart de ceux-ci au cours des douze derniers mois.

La commission des communautés européennes a posé en 2004⁷⁵ de nouvelles lignes directrices d'aides aux entreprises en difficultés, en faisant de ces dernières l'approche suivante. Est une entreprise en difficulté, celle qui « incapable, avec ses ressources propres ou avec les fonds que sont prêts à lui apporter ses propriétaires/actionnaires ou ses créanciers, d'enrayer des pertes qui la conduisent, en l'absence d'une intervention extérieure des pouvoirs publics, vers une mort économique quasi certaine à court ou moyen terme ». L'article 10 des lignes directrices précise, de manière très objective, que l'entreprise est en difficulté dès lors qu'elle remplit les conditions de soumission à une procédure d'insolvabilité, ce qui en droit marocain, correspond au redressement et à la liquidation judiciaire, mais aussi à la sauvegarde. La disposition introduit dans le dispositif beaucoup de souplesse, et par le fait même, le rend moins lisible, en ajoutant que si aucun des deux premiers critères n'est constaté, l'entreprise peut néanmoins être considérée comme étant en difficulté « si l'on est en présence des indices habituels d'une entreprise en difficulté ». Sont notamment représentatifs d'après l'article 11, de ces indices, le niveau croissant des pertes, la diminution du chiffre d'affaire, le gonflement des stocks, la surcapacité, la diminution de la marge brute d'autofinancement, l'endettement croissant, la progression des charges financières, l'affaiblissement ou la disparition de la valeur de l'actif.

Le droit marocain des entreprises en difficulté présente, dans la législation récente, une certaine constance, ce qui concerne les objectifs essentiels poursuivis. Il

⁷⁵ P.-MICHEL-LE CORR, op.cit., p.141.

s'agit de préserver les entreprises, instruments indispensable au bon fonctionnement du tissu social. L'entreprise en difficulté apparaît comme un malade qu'il faut traiter, afin d'éviter qu'il ne meure, alors surtout qu'il est atteint d'une maladie généralement contagieuse, qui risque d'affecter d'autres entreprises saines. Aujourd'hui, il n'est plus possible de raisonner au niveau microéconomique. La défaillance d'une entreprise d'une certaine taille peut être source de graves perturbations, non seulement sur le terrain de l'emploi mais encore sur celui de droit de la concurrence⁷⁶.

Des préoccupations de nature macroéconomique viennent nécessairement interférer, dans ce qui n'est plus seulement l'affaire des parties. C'est pourquoi, toute législation intéressant le droit des entreprises en difficulté est nécessairement d'ordre public, lequel ne peut être seulement de protection.

Si l'entreprise représente une notion essentielle en droit des procédures des difficultés d'entreprise, elle est moins usitée en matière de responsabilité. L'identification du débiteur susceptible de sanctions s'appuie donc sur la forme juridique qu'il a choisi pour exercer son activité, d'où l'utilisation des termes « dirigeant » pour l'un et « personne physique » pour l'autre. La législation de 1996 effectuait déjà fait la distinction entre la personne morale et l'entreprise individuelle. Cela s'explique en partie par la différence des mécanismes de sanction, en fonction du débiteur visé.

Section 2 : Identification de personnes incriminées.

On parle ici aux dirigeants personnes physiques et dirigeants personnes morales de droit ou de fait.

De prime abord, le dirigeant auquel on songe le plus volontiers, est bien évidemment une personne physique, chose qui n'appelle aucune observation particulière. Toutefois, le dirigeant n'est pas forcément une personne physique ; il peut s'agir encore d'une personne morale, laquelle répondra par exemple, au même titre

⁷⁶ A-SQUALLI, « Droit marocain de la concurrence », édition Sijilmassa.2005.

qu'une personne physique, du passif sur ses bien pareilles situations est assez fréquente dans les situations de groupe et le rapport société-mère filiale⁷⁷.

Or, engager la seule personne morale aurait pour conséquence de déresponsabiliser des agissements qui à la base, sont en toute logique, ceux des hommes, c'est pourquoi, les dispositions de la loi du 19 avril 2018 s'appliquent tant aux dirigeants personnes physiques et personnes morales, qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales. Il convient donc de mettre sur un pied d'égalité aussi bien les représentants que les dirigeants.

A ce propos la loi vise tant les dirigeants de droit (**sous-section1**) que les dirigeants de fait (**sous-section 2**). L'article 736 du code de commerce vise d'ailleurs tant les dirigeants de l'entreprise individuelle ou à forme sociale, ayant fait l'objet d'une procédure collective, qu'ils soient de droit ou de fait, rémunérés ou non.

Sous section 1 : le dirigeant de droit.

C'est le type de dirigeant, qui dans la distinction entre dirigeant de droit et dirigeant de fait posera incontestablement le moins de problèmes, car issu d'un cadre légal dans lequel la loi 73-17 n'a pas innové, bien que parfois certaines difficultés extra-législatives se soient posées à la doctrine ou à la jurisprudence, sur lesquelles il n'est pas sans intérêt de revenir.

La notion la plus admise est de considérer que Les dirigeants de droit sont ceux qui sont régulièrement désignées en tant qu'organes légaux de la personne morale ont pour tâche de gérer cette société. Il s'agit, pêle-mêle, du président du conseil d'administration, des administrateurs et directeurs généraux des sociétés anonymes et des gérants des autres sociétés.

Il importe peu que l'administrateur soit majoritaire ou minoritaire, du moment où il est rendu coupable d'une carence dans la surveillance de l'activité des dirigeants

⁷⁷ J-SORTAIS, « à propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés », Revue de jurisprudence commerciales, 1977, p.121.

de la société. Celui-ci sera dès lors considéré comme ayant collaboré aux actions ou omissions répréhensibles en relation avec les formations du passif⁷⁸.

De même, pour pouvoir prétendre à la qualité d'administrateur d'une société anonyme, il suffit d'être désigné comme tel dans le statut⁷⁹. Ainsi a-t-il été jugé que le gérant de droit d'une société à l'encontre de la quelle une procédure a été ouverte ne peut aucunement prétendre échapper à sa responsabilité sous prétexte qu'il n'a pas réellement exercé les fonctions qu'il a acceptées. Celui-ci est en effet tenu responsable pour les fautes de gestion commises par deux associées gérant de fait qui ont reconnu exercer la gestion.

A. Organes exclus.

Ne seront toutefois pas considérés comme dirigeants de droit ceux qui quand bien même ils occupent éventuellement une fonction de décision, n'ont pas juridiquement parlant la qualité de dirigeant.

Il en est ainsi des organes de surveillance⁸⁰ ou de contrôle⁸¹, des commissaires aux comptes⁸², à moins qu'ils ne s'immiscent dans la gestion, auquel cas ils auront la qualité de dirigeant de fait, des salariés du groupement⁸³, comme le sont les directeurs

⁷⁸ CA Paris. 18 juin 1991 : Gazette du palais 1992, 1, p. 148, note J.-P-MARCHI : Bull. joly 1992, P.277, note A- COURET.

⁷⁹ Colmar, 1^{er} ch. 25 juin 1985, juris-data n° 040908, cité par C.- SAINT – ALARY –HOUIN « Droit des entreprises en difficulté », 5^e éd., n° 1256, p.737.

⁸⁰ J.-F.MARTIN, « les membres du conseil de surveillance sont-ils des dirigeants sociaux au sens de la loi du 25 janvier 1985 », GAZ, pal 1991.1.doctr.p.24.

⁸¹ A ce titre, l'on se pose la question de savoir si est dirigeant celui que la loi désigne comme tel ? Faut-il tenir pour dirigeants de droit les membres d'un « conseil de surveillance » statutaire d'une SARL, à supposer ce conseil doté par les statuts de véritables pouvoirs de direction ? En réponse à cette question, les professeurs Michel CABRILLAC et Michel VIVANT précisent que « prendre l'apparence, et qui plus est, très formellement. La qualité de dirigeant c'est déjà d'une certaine façon, nous semble-t-il, assumer cette qualité », en ce sens que la désignation statutaire crée une apparence de droit. JCP E 1985, I, 14004, n° 17.

=Dans le même esprit, l'on peut, peut-être, considérer que celui qui a été nommé dirigeant, fût-ce irrégulièrement doit être tenu pour tel, avec toutes les conséquences que cela implique.

⁸² A titre de rappel, Les commissaires aux comptes ne peuvent être soumis à des sanctions pécuniaires parce qu'ils exercent simplement une mission de contrôle et donc de vérification des comptes, sans pouvoir s'immiscer dans la gestion et par conséquent être responsable d'une insuffisance d'actif.

⁸³ A noter que le salarié ne peut en aucun cas se voir attribuer la qualité de dirigeant de droit ni celle d'ailleurs de dirigeant de fait en raison qu'il soit lié à la société par un contrat de travail et partant placé dans un état de subordination. Un tel constat n'est toutefois pas absolu. Ainsi tout dépendra du degré d'autonomie accordé au salarié. Il est donc pas exclu qu'il soit qualifié par les juges de dirigeant

techniques, mais également des fondateurs du groupement pour les actes accomplis lors de la constitution de celui-ci.

B. Dirigeant de droit retirés.

Les dirigeants de droit peuvent être condamnés, lorsque la création ou l'aggravation de l'insuffisance d'actif ayant conduit à l'ouverture d'une procédure contre la personne morale se sont faites alors qu'ils étaient en fonction⁸⁴, même si entre temps ils se sont retirés⁸⁵. A eux de prouver qu'ils n'étaient plus en fonction à l'époque où se s'est créée la situation aboutissant à l'insuffisance d'actif.

Toutefois, l'absence de tout lien de causalité, il ne suffirait pas de constater que l'insuffisance d'actif dont souffre l'entreprise existait en germe au départ du dirigeant social pour que ce dernier soit passible de sanction. En d'autre terme, il convient de rapporter la preuve de l'existence d'un lien de causalité attestant que le dirigeant démissionnaire, révoqué ou décédé⁸⁶, avait fortement contribué à la cessation des paiements de la société⁸⁷. Or, comme l'a à bon escient soulevé le professeur Philippe MERLE, il ne sera pas aisé pour les juges de déceler la situation exacte de la société après départ du dirigeant du moments où les gradations sont multiples dans les difficultés d'une entreprise et les enchevêtrements assez complexes quant aux rôles joués et les résultats obtenus par les anciens et les nouveaux dirigeants d'une entité économique⁸⁸.

de fait peu importe qu'il soit au surplus salarié de la société. PH-MERELE, « Effets sur la personne du débiteur et à l'égard des dirigeants sociaux », Revue trimestrielle de droit commercial, 1982, p.466.

⁸⁴ G-CREFF, « la responsabilité des dirigeants sociaux retirés » : RTD. Com. 1978. P. 479 ; (cass. Com., 4 février 1969 : Revue sociétés 1970, p. 280, note HONORA ; RTD. Com. 1971, p. 460.

⁸⁵ D-PASCAL, la responsabilité des dirigeants de personnes morales en redressement ou liquidation judiciaires, thèse Montpellier I, 1995, p. 88.

⁸⁶ S'agissant du dirigeant décédé, ses héritiers se doivent de faire preuve que leur auteur a dirigé la société en bon père de famille afin que leur responsabilité soit dégagée, ce qui n'est pas chose aisée faute de disposer des éléments d'information nécessaires ou d'avoir accès aux documents sociaux. Toutefois, l'article 736 ne faisant allusion qu'aux dirigeants, ne semble aucunement applicable aux héritiers, d'où la nécessité de combler un tel vide, quoique le droit musulman successoral trouve application.

⁸⁷ PH-MERELE, op. cit., p.471.

⁸⁸ PH-MERELE, op. cit., p.471.

Enfin, un dirigeant de droit ne peut en aucun cas, pour fuir a ses responsabilité, prétendre avoir abandonné l'exercice effectif de ses fonctions à un dirigeant de fait. Toute la difficulté est alors de préciser ce qu'est un dirigeant de fait.

Sous-section 2 : les dirigeants de fait.

La notion de dirigeant de fait n'est ni définie, ni précisée par les textes⁸⁹. Sans pour autant en apporter de définition, il est juste fait allusion au dirigeant de fait à l'article 736 du titre VII de la loi 73-17 du 19 avril 2018 intitulé « les sanctions» qui prévoit que les « les dispositions du présent titre sont applicables aux dirigeants de l'entreprise individuelle ou à forme sociale ayant fait l'objet d'une procédure qu'ils soient de droit ou de fait, rémunérés ou non », mais également à l'article 347 du titre XIV portant sur les sanctions pénales de la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes⁹⁰ lequel précise que « les dispositions du présent titre visant les membres des organes d'administrations, de direction ou de gestion seront applicable à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion de sociétés anonymes sous le couvert ou aux lieu et place de leurs représentants légaux ».

C'est ainsi que la doctrine française⁹¹ s'est efforcée de dégager quelques éléments de définitions⁹². A cet égard, selon Monsieur RIVES-LANGE,⁹³ « *est dirigeant de fait celui qui accomplit des actes positifs, de gestion ou de direction et ce,*

⁸⁹ Les textes de loi français n'apportent pas non plus de définition à la notion de dirigeant de fait légant ainsi cette tâche à la jurisprudence laquelle, en se basant sur la doctrine, a progressivement cerné cette notion en s'appuyant sur les faits de nature à démontrer que la personne poursuivie a géré, en fait, la société.

⁹⁰ Dahir n° 1-96-124 du 30 août 1996 (14 rabii II 1417), portant promulgation de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes. (B. O. n° 4423 du 17/10/1996).

⁹¹ Il est à signaler que c'est en 1975 que Monsieur RIVES-LANGE a tenté de définir la notion de dirigeant de fait, tentative qui sera un succès unanimement reconnue par la suite.

⁹² A ce propos, force est de préciser que les actes de gestion et de direction sont les plus variés. Il s'agit en effet de toutes décisions prises habituellement au cours de la vie d'une entreprise par ses =dirigeants ayant trait de déterminer la stratégie commerciale et financière de la structure dont il est question. Or, comme a pris le soin de le préciser Monsieur D-TRICOT, « on peut devient pas dirigeant de fait par un acte unique ». il faut plutôt que soit constatée une « activité positive de gestion », le terme « activité » comme l'affirmé Monsieur MELLOTE étant le plus approprié du moment où il matérialise une certaine quantité d'actes caractérisant la gestion de l'entreprise. Propos cités par F-DAEMS, « les sanctions du dirigeant d'entreprise en difficulté d'entreprise en procédures collectives », mémoire de DEA, Université de lille2, 1998-1999.

⁹³ J.-L. Rives-lange, « la notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi 13 juillet sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens »,D., 1975., 41.

en toute indépendance. Un simple rôle de surveillance ou de contrôle n'est point pris en compte ».

De ce fait, Il n'y a pas moins de trois conditions cumulatives pour reconnaître une personne physique comme dirigeant de fait :

- La personne doit exercer une activité positive, et dès lors il faut rechercher si elle a effectivement participé à la gestion. On ne lui appliquera pas la présomption de faute des dirigeants de droit même si elle n'a pas participé à la gestion.

- Le silence, l'abstention voire la complaisance ne peuvent pas être considérée comme des actes de gestion qui nécessitent la prise de décisions.

- La qualification suppose une activité positive de direction. La direction doit être entendue dans le sens de gestion car il existe des personnes au sein de l'entreprise, comme les directeurs techniques, qui peuvent avoir des fonctions importantes de responsabilité, de direction, sans pour autant toucher à la gestion de la société⁹⁴.

On qualifiera une personne de dirigeant de fait⁹⁵ lorsqu'elle a (ou elle a eu) la possibilité de prendre des décisions sur la situation financière de la société, donc d'assumer des fonctions de gestion, direction, administration tant sur le plan commercial que financier. Vu l'absence de présomption de faute, c'est à cette condition que l'on assimilera un dirigeant de fait à un dirigeant de droit pour engager sa responsabilité.

- La troisième condition tend à l'exercice d'une activité de direction accomplie en toute indépendance et liberté.

Les termes sont clairs : en plus des notions de gestion et de direction il faut une totale indépendance sur l'accomplissement des actes, un pouvoir souverain de décisions, sinon on est assimilé à un agent d'exécution qui ne sera pas responsable.

⁹⁴ A propos d'un contrôleur de gestion considéré comme dirigeant de fait parce qu'ayant une activité positive de direction (signature bancaire, prise de décisions sans en référer aux dirigeants de droit cité par D-PASCAL, op.cit., p.94.

⁹⁵ Ainsi l'expression « dirigeant de fait » prend alors toute son ampleur en recouvrant une situation de fait entendue comme une copie non conforme d'une situation de droit. Cité par L-Le Veneur. « Situation de fait et droit privé », L.G.D.J., 1990, n° 36.

Cette notion a pour mérite de préciser les domaines respectifs entre dirigeant de droit et dirigeant de fait, notamment en différenciant d'un côté le dirigeant de droit avec les notions d'abstention et la présomption de faute, et de l'autre le dirigeant de fait avec les notions d'activité positive et d'absence de présomption.

En dehors de quelques cas de jurisprudence marocaine qui font juste allusion à la notion de dirigeant de fait, les juridictions françaises se prononcent en ce sens. La notion d'immixtion dans la gestion et la réalisation d'actes de gestion en toute indépendance constituent de ce fait des critères d'appréciation précis pour les tribunaux⁹⁶.

Ainsi pour la cour de Rouen, est dirigeant de fait le franchiseur de l'entreprise franchisée, qui compte tenu des difficultés rencontrées, en confie le redressement à un responsable choisi par lui, propose l'intervention d'un audit, suggère des mesures destinées à améliorer la trésorerie, négocie le départ des salariés, modifie les menus et fixe les prix⁹⁷.

Pour la cour de Toulouse, s'agissant d'une société en liquidation judiciaire dont le gérant a expliqué que sa création n'a été possible que grâce à un cabinet de conseil juridique et au directeur de celui-ci qui avait organisé les études de marchés, recherché des investisseurs, promu le projet auprès de ces derniers et organisé les contacts avec les organismes financiers, il apparaît que la manifestation de signes extérieurs d'autorité comme les ordres donnés, l'embauche, la personnalisation des actions, la manifestation d'un intérêt propre concrétisé par des engagements de caution, caractérise l'exercice d'une véritable direction de fait et partant, confirme les allégations du gérant et des autres salariés de la société défaillante selon lesquelles le directeur de ce cabinet dirigeait en réalité, seul, la société défaillante selon lesquelles le directeur de ce cabinet dirigeait en réalité, seul, la société⁹⁸.

⁹⁶ Cass. Com., 18 janvier 2000, juris-data n° 000287 ; CA. Paris, 3^e ch., sect. C, 6 octobre 2000 : Bulletin Joly 2001 s 5, n°6.

Se référer à la chronique de C.-SAINT- ALARY- HOUIN , « la responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté », Revue des procédures collectives, n°3, juillet 2001, p.147.

⁹⁷ CA Rouen, 2^e ch. Civ., 14 mars 1992 : RJDA 1992, n°870

⁹⁸ CA Toulouse, 2^e ch., 25 janv. 1993 : JCP E 1993, 1412.

Quant à elle, la cour de cassation française a eu l'occasion de préciser que s'était immiscé dans la gestion de la société et devait être considéré comme un dirigeant de fait le franchiseur qui dépassait le rôle qui lui incombait par la convention, détenait tous les documents comptable, sociaux et bancaires nécessaires à la gestion, conservait la signature bancaire, préparait les déclarations fiscales et sociales et contrôlait l'embauche du personnel⁹⁹.

Dans le même esprit, la même cour a estimé que doit être considéré comme dirigeant de fait d'une société destinée à exploiter un hôtel, la personne morale qui sous couvert d'un contrat de prestations de services s'était réservée l'embauche et le licenciement du personnel, la mise en place de l'organisation administrative et financière, la définition de la politique des prix, la négociation des contrats et la politique commerciale¹⁰⁰.

De même, la cour d'appel de paris a eu l'occasion de qualifier comme dirigeant de fait l'ancien gérant qui avait démissionné. Ce dernier continuait, en toute indépendance et sous sa seule autorité, de participer fermement à la gestion de la société, chose qui le conduisait à signer des contrats¹⁰¹.

La même cour a eu l'occasion de condamner des dirigeants de fait en se basant sur le fait que ces derniers assuraient au côté du gérant, de manière continue et en toute indépendance la gestion de la société¹⁰².

La même cour a confirmé la condamnation du dirigeant de fait sur le fondement de la poursuite abusive dans un intérêt personnel d'une activité déficitaire qui ne pouvait mener qu'à la cessation des paiements et de la déclaration tardive de celle-ci. La qualité de dirigeant de fait a été déduite, par les juges, des éléments de fait qui ne laissaient pas planer le moindre doute sur la personne qui exerçait véritablement la direction de la société.

⁹⁹ Cass. Com., 9 Novembre 1993 : JCP E 1994, 48 ; 1994.

¹⁰⁰ Cass. Com., 19 décembre 1995. arrêt n° 2245, cité par CDROM jurisclasseur commercial, 2004.

¹⁰¹ Paris, 3^e, ch., sect, A, MOUNIER C/ CHEVRIER, 15 décembre 1999. Cité par C-MASCALA, RTD.COM.54 (1), janvier-mars 2001, p. 241.

¹⁰² C-MASCALA, RTD.COM.54 (1), janvier-mars 2001, op.cit.,p. 241.

Les actes de gestion ayant été pris en considération concernaient le recrutement du personnel, la passation des commandes de fournitures, la surveillance des chantiers et les relations avec la clientèle et les fournisseurs¹⁰³.

Cela étant, a été considéré comme dirigeant de fait :

- Le franchiseur qui, en l'absence du dirigeant de l'entreprise franchisée ;

Réunit le personnel de celle-ci, procède à un licenciement, augmente un autre salarié et se proclame « le patron de l'affaire »¹⁰⁴ ;

- L'ancien dirigeant (de droit) qui avait poursuivi son activité¹⁰⁵, avait procuration sur le compte bancaire et était considéré par le personnel comme le dirigeant de l'entreprise¹⁰⁶;

- Celui qui, se substituant au président qui ne résidait pas sur place, avait pris seul les décisions concernant l'embauche du personnel, y compris de rang directorial et l'achat du matériel, s'occupait du courrier, de la tenue des livres comptables, disposait en permanence de chèques en blanc signés par le président et avait même présenté une requête en justice au nom de la société¹⁰⁷;

- Celui qui, sans être administrateur, participe aux délibérations du conseil d'administration¹⁰⁸;

- La société-mère qui exerce une influence prédominante sur sa filiale et dispose d'une autorité de fait sur la personne de ses responsables¹⁰⁹ ;

¹⁰³ Paris, 3^e, ch., sect, B, ARRIAT C/ PELLE-grini, 15 décembre 1999. Cité par C. MASCALA, RTD.COM.54 (1), janvier-mars 2001, p. 242.

¹⁰⁴ Cass. Com., 9 juillet 1980 : BRDA 1980, n° 23, p. 12.

¹⁰⁵ C.A. paris, 15 décembre 1999. RTD. Com., 2001.p. 241. OBS. C. MASCALA.

¹⁰⁶ Cass. Com., 6 octobre 1980 : BRDA 1981, n° 1, p. 11.

¹⁰⁷ Cass. Crim., 8 décembre 1980 : Joly 1981, 1981, p. 63.

¹⁰⁸ Cass. Com., 24 janvier 1984. Cité par CDROM jurisclasseur commercial. 2004.

¹⁰⁹ Cass. Com., 6 juin 2000., n° 1221., Sté BECOP C/ AMAUGER és qual., R.J.D.A 9-10/00, n° 896, p. 711, arrêt cité par C.-SAINT-ALARY-HOUIN, « La responsabilité des dirigeants des sociétés en difficultés », Revue des procédures collectives, n° 3, juillet 2001.p.147 : en l'espèce la société mère a été qualifiée de dirigeant de fait de sa filiale en raison du fait qu'elle n'a accordé à cette dernière une autonomie que pour les actes de gestion courante et l'a contrainte à modifier ses comptes, à changer de politique salariale, à verser des excédents de trésoreries au profit d'autres sociétés sœurs en violation de ses statuts et à procéder, contre l'avis de son dirigeants, à sa liquidation amiable ainsi qu'à la fermeture de son établissement.

Il en est de même d'une personne morale qui ne constitue la société dirigée que pour se débarrasser d'une branche d'activité déficitaire, la société dirigée n'étant qu'une société fantôme.

- Le seul maître d'une affaire qui a choisi de transformer son entreprise individuelle en société pour pouvoir s'abriter derrière un gérant de droit de complaisance¹¹⁰ ;

- Le président du conseil de surveillance d'une société civile qui détenait un tiers des parts de ladite société, avait effectué personnellement des démarches auprès de la commission des opérations de bourse, avait participé à l'élaboration de documents diffusés par la société et s'était présenté dans la presse comme l'animateur de l'affaire¹¹¹ ;

- Un associé majoritaire qui, du fait de sa nationalité, ne pouvait exercer la fonction de dirigeant de droit, mais avait exercé, de façon continue et régulière depuis l'origine de la société, créée de surcroît à son initiative, une activité positive de gestion et de direction, notamment en négociant auprès des fournisseurs les achats de marchandises de la société¹¹².

A. Indifférence de la qualité de dirigeants rémunérés ou bénévoles.

Bien entendu, il importe peu que le dirigeant soit rémunéré ou bénévole. Le dirigeant même bénévole se doit d'assumer la responsabilité qu'il a acceptée¹¹³.

Il découle ainsi de l'ensemble de ces décisions que les pouvoirs du dirigeant de fait doivent être tels qu'il ait, en toute responsabilité et indépendance par ses décisions, engagé la personne morale¹¹⁴.

Mieux encore, si le fait pour une banque de « suivre » de très près un dossier en intervenant activement, si besoin est, auprès de l'entreprise qu'elle soutient financièrement a souvent été considéré comme un acte légitime de défense de ses intérêts propres ne conférant pas à ladite banque la qualité de dirigeant de fait, la jurisprudence a, néanmoins, eu l'occasion de franchir le pas en l'opposé, tant que l'intervention de l'établissement de crédit n'a d'autre but que le

¹¹⁰ Cass.com., 24 janvier 1984, cité par CDROM jurisclasseur commercial.2004.

¹¹¹ Tribunal correctionnel de paris. 3 juillet 1980 : BRDA 1981, n° 1, 11, cité par CDROM jurisclasseur commercial, 2004.

¹¹² Cass. Com., 25 janvier 1994, pourvoi n° 91-20-007, cité par CDROM jurisclasseur commercial 2004.

¹¹³ L- DISA, op.cit., p.101.

¹¹⁴ Cass.com, 6 octobre 1992 : Bull.joly 1992, p.1288, note J-J. DAIGRE.

contrôle, elle ne fait pas vraiment de son auteur un dirigeant de fait. Il en est ainsi de la banque qui subordonne l'octroi de crédits à la prise de certaines décisions¹¹⁵.

B. L'Etat : dirigeant de fait.

Plus loin encore, l'on se doit de préciser qu'il n'est point exclu que l'état puisse être considéré comme dirigeant de fait compte tenu de son intervention dans la gestion de l'entreprise en question. A cet égard, faute de jurisprudence marocaine, le tribunal de commerce de Rouen¹¹⁶ par une décision rendue en date du 10 mars 1981 avait estimé que l'état pouvait être considéré comme tel au motif que Monsieur le premier ministre a pris l'engagement pour le gouvernement d'assurer les conditions de la poursuite de l'activité, dans l'attente de la mise en place d'un plan durable de restructuration et officiellement les engagements du gouvernement par lettre adressé à Monsieur quoiqu'il en soit, il appartiendra, en vertu des principes généraux du droit

¹¹⁵ Cass.com.,9 mai 1978 :D.1978, p.419. note VALSSEUR.

¹¹⁶ Ph-MERLE ; Revue de jurisprudence commerciale, 1982. 153, J- MESTRE (références citées par CDROM jurisclasseur commercial, 2004).

=En l'espèce, l'entreprise normande la chapelle darblay connaissait de très sérieuses difficultés ayant été mise en règlement judiciaire, la société a eu l'occasion de bénéficier d'une autorisation de continuation d'exploitation pour trois mois autorisation qu'il convenait de renouveler. La situation était tellement mauvaise que le tribunal devait transformer le règlement judiciaire en liquidation des biens.

Cependant .comme les pouvoirs publics étaient attachés au maintien de l'emploi dans cette région, le premier ministre prit l'engagement pour le gouvernement d'assurer les conditions de la poursuite d'activité de la Chapelle Darblay dans l'attente de la mise en place d'un plan durable de =restructuration. Le préfet de région confirma officiellement les engagements du Gouvernement dans une lettre adressée au président de la juridiction consulaire.

C'est dans ces conditions que le tribunal de commerce de Rouen eut l'occasion de déclarer « **que l'Etat apparaît comme dirigeant de fait de l'entreprise** ». Ce faisant, le tribunal accorde une prolongation d'exploitation de trois mois qui devait être utilisée pour mettre en place un plan durable =de restructuration permettant à la fois la survie de l'entreprise et par la même un concordat sérieux. Le tribunal précisa que les pertes d'exploitation. Résultat de la continuation d'activité, ne seront pas supportées par la masse, mais plutôt par les dirigeants de fait.

Quand bien même l'Etat ait été qualifié de dirigeant de fait, la compétence du tribunal de commerce était loin d'être mise en doute en raison du fait que la question posée était celle de la continuation de l'exploitation de la société et non celle de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat, l'on ne pouvait pas se placer sur le terrain de la faute de gestion économique puisque l'Etat est intervenu en fonction d'un impératif social. Or la question qui s'est posée était celle de savoir si l'on peut envisager une responsabilité sans faute ? Pareille question mérite une réflexion assez approfondie.

A notre sens, du moment où l'Etat s'immisce dans la gestion d'une entreprise dans le but de la sauvegarder, celui-ci se doit d'accomplir sa mission jusqu'au bout quand bien même il ne commettrait pas une faute dite de gestion.

commun, à celui qui entend faire qualifier un individu ou un groupement de dirigeant de fait, de prouver ses allégations¹¹⁷.

Le dirigeant fautif, sanctionnable est donc un dirigeant d'entreprise qui a commis des faits considérés par la loi comme étant répréhensible et partant de nature à entraîner à son égard une sanction.

Les dispositions de la nouvelle loi 73-17 du 19 avril 2018 concernant le dirigeant fautif, bien que ne constituant pas une partie spécifique dans le plan de cette loi mettent en place une répression que l'on pourrait qualifier de diversifiée, parce qu'elle prévoit des sanctions civiles et des sanctions pénales.

Les sanctions civiles se subdivisent en sanctions patrimoniales quand un dirigeant fait l'objet d'une action en comblement de passif ou d'une action en extension de la procédure et en sanctions personnelles lorsque le dirigeant de l'entreprise est frappé d'une interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou toute société ayant une activité économique.

Les sanctions pénales sont, quant à elles, la conséquence de la condamnation aux peines frappant le délit de banqueroute qui vise à protéger les partenaires sociaux d'une certaine « violence économique et financière », de la mauvaise foi du débiteur qui s'est permis de maquiller ou de masquer la situation compromise de l'entreprise de se livrer à des actes de nature à appauvrir l'entreprise ou de dissimuler certains actifs de la société en difficulté afin d'empêcher les créanciers d'exercer leur poursuites.

Mais ces sanctions qui sont prévus par le livre V du code de commerce semblent passées au second plan le législateur, par la nouvelle loi 73-17 jugeant que l'inefficacité du système est due à un traitement trop tardif des difficultés, il a créé une nouvelle procédure dite procédure de de la sauvegarde applicable en l'absence de cessation des paiements. Cette loi est basée sur une nouvelle idée : il faut permettre un traitement très précoce des difficultés, ce qui suppose en pratique que la nouvelle procédure de sauvegarde suscite l'engouement. Or, cette procédure ne peut être ouverte que sur demande du chef d'entreprise. Il importe donc de mettre celui-ci en

¹¹⁷ D-PASCAL, op.cit., p.67.

confiance afin de l'inciter à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. A cette fin ; le législateur a pris diverses mesures d'encouragement du chef d'entreprise, et parmi celles-ci, il a décidé de réduire les sanctions encourues.

De ce fait, il y a lieu de distinguer les sanctions civiles (**titre1**) des sanctions pénales (**titres2**).

Titre 1 : La place des sanctions civiles en droit des procédures des difficultés d'entreprise

Les sanctions civiles sont deux ordres : Elles comprennent des sanctions patrimoniales mais également des sanctions personnelles, dont le prononcé aura des conséquences financières à l'égard du débiteur sanctionné personnellement.

Les sanctions patrimoniales, au nombre de deux, sont la condamnation au comblement de l'insuffisance d'actif et la mise en redressement ou en liquidation judiciaire personnelle de l'intéressé.

En raison du principe de l'unité du patrimoine, le débiteur, personne physique, voit tout son patrimoine happé par la procédure collective. Son actif, en l'occurrence, les biens affectés à l'usage de son commerce mais de surcroît ses biens personnels, sont vendus pour désintéresser ses créanciers. En revanche, lorsque le débiteur est une personne morale, la séparation des patrimoines ainsi que l'écran de la personne morale font que les dirigeants échappent aux conséquences pécuniaires de la procédure, dans la mesure où ils ne s'agisse d'une société de personnes dans le cadre de laquelle les associés sont tenus indéfiniment et solidairement du passif social¹¹⁸.

Toutefois, pour mettre un terme aux abus que peut engendrer une telle situation, le législateur permet au tribunal d'atteindre le dirigeant responsable de la cessation des paiements. De la sorte, les dirigeants sont tantôt astreints à combler le passif social, tantôt la procédure de redressement judiciaire ouverte à titre principal contre la société est étendue aux associés et aux dirigeants (**chapitre 1**).

Les sanctions personnelles dites professionnelles tendent, quant à elles, à exclure de la vie des affaires certaines personnes physiques et ce, en raison de leur indécatesse révélée à l'occasion de la procédure. Toujours facultatives, ces mesures, laissées à l'appréciation souveraine des tribunaux, sont analogues à des mesures de sûreté. Il s'agit en effet de la déchéance commerciale, édictée par l'article 745 et suivants du livre V du code de commerce, qui emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou toute société ayant une activité économique (**chapitre 2**).

¹¹⁸ Il s'agit des associés des sociétés en nom collectif et des associés commandités des sociétés en commandite.

Chapitre 1 : Les sanctions patrimoniales

En vertu des articles 738 à 740 du code de commerce, le dirigeant d'une société faisant l'objet d'une procédure collective s'expose à deux types de sanctions patrimoniales, la seconde pouvant d'ailleurs être la conséquence de la première. Pareilles mesures sont laissés à l'entière discrétion du tribunal, mais supposent, bien évidemment, une procédure ouverte à l'encontre de la personne morale. Il s'agit de l'action en comblement de tout ou partie du passif social (**section1**) et de la mise en redressement ou liquidation judiciaire personnelle (**section2**)

Section 1 : Le domaine de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

L'article 738 alinéa 1^{er} du code de commerce dispose que « *lorsque la procédure concernant une société commerciale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que cette dernière sera supportée, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous ses dirigeants ou seulement certains d'entre eux* ». L'objet d'une telle action consiste à obliger les dirigeants, en cas d'insuffisance d'actif résultant de tout ou partie de fautes de gestion, à combler cette insuffisance sur leur propre patrimoine.

Seront donc envisagés le caractère sanctionnateur de l'action pour insuffisance d'actif (**sous-section1**), ses conditions de mise en œuvre (**sous-section2**) ainsi que ses effets (**sous section3**).

Sous section 1: Le caractère sanctionnateur de l'action pour insuffisance d'actif.

On parle ici de la responsabilité patrimoniale car les sanctions vont directement impacter le patrimoine du dirigeant de l'entreprise.

En effet, la fonction de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est double : il s'agit d'une part de sanctionner, d'autre part de financer. Il semblerait en effet étrange et inaudible aux créanciers¹¹⁹ de pas impliquer le dirigeant qui, par sa

¹¹⁹ «Quelle place pour la sanction civiles et pénales en droit des procédures collectives?», Rev proc.coll n° 5, septembre 2009, entretien 2.p.5.

faute, a contribué aux difficultés de l'entreprise. L'assouplissement des sanctions ne peut donc s'assimiler à une éradication de la responsabilité patrimoniale, laquelle suppose néanmoins la preuve d'une faute. A côté de cet enjeu moral, il est admis que les sanctions patrimoniales ont une réelle utilité économique¹²⁰. Puisqu'elles permettront de recouvrer des fonds qui entrent dans le patrimoine du débiteur et seront répartis au marc le franc entre les différents créanciers. A ce titre-là, la sanction a un caractère purement pécuniaire assure une fonction originale de financement¹²¹.

L'article 738 alinéa premier de la loi 73-17 du 19 avril 2018 dispose que « lorsque la procédure concernant une société commerciale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que cette dernière sera supportée, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous ses dirigeants ou seulement certains d'entre eux ».

L'examen de cet article nous mène à nous interroger sur la nature juridique d'une telle sanction. S'agit-il d'une action à connotation réparatrice ou plutôt d'une mesure sanctionnatrice ?

A cet égard l'on peut avancer que les dispositions de l'article 738 du code de commerce seraient une application spécifique du droit de la responsabilité civile de droit commun au droit des entreprises en difficulté, en ce sens qu'elles introduisent une action à connotation indemnitaire. Par la même, l'on peut considérer que cette disposition vise plutôt à sanctionner le dirigeant fautif de l'entreprise en difficulté.

Cela étant, afin d'écarter la brume qui entoure la nature juridique d'une telle sanction, il serait opportun de mettre sur pied une comparaison avec les règles des sanctions ainsi que celles de la responsabilité civile.

A première vue, il semblerait que les dispositions de l'article 738 aient pour finalité de réparer le dommage subi par les créanciers. A ce propos, l'article 738 de la loi dispose qu'en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la

¹²⁰ «Quelle place pour la sanction civiles et pénales en droit des procédures collectives?», op.cit., p.5.

¹²¹ R-OLLARD et R-RAFFRAY, « le chef d'entreprise et les procédures collectives les cas de la responsabilité », collection actes & études, 2012, éd., cujas, p.32.

personne morale, le tribunal peut décider que cette dernière sera supportée en tout ou en partie par le dirigeant ayant commis pareille faute.

L'applicabilité des règles régissant la responsabilité civile paraît aisément envisageable, du simple fait que les trois éléments nécessaires à la mise en mouvement de la responsabilité du dirigeant, à savoir une faute, un dommage et un lien de causalité semblent bel et bien réunis.

La faute visée par l'article 738 du code de commerce est une faute de gestion et le dommage qui en résulte consiste à l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires subie par l'entreprise en difficulté. Toutefois, si l'on examine minutieusement les dispositions de l'article 738 du code de commerce, l'on se rend compte qu'il est requis que la faute ait contribué à l'insuffisance d'actif et non pas l'ayant causé, chose qui nous fait douter de l'aspect réparateur de l'action en comblement de passif pour la simple et unique raison que le lien de causalité entre la faute et le dommage soit incomplet.

Mieux encore, l'on doit se garder de ne pas oublier que le droit de la responsabilité civile suppose une réparation intégrale du dommage causé, en ce sens qu'il faut qu'il y ait une certaine proportionnalité entre le dommage causé et la réparation. Or, les dispositions de l'article 738 du code de commerce condamnent le dirigeant fautif à combler tout en partie du passif.

En outre, en matière de responsabilité civile, le juge qui constate la faute, le dommage et le lien de causalité les reliant se doit d'astreindre celui qui en est fautif de réparer le préjudice, faute de quoi celui-ci risquerait d'encourir la censure des Hauts magistrats. Or, en vertu de l'article 738 du code de commerce, la condamnation du dirigeant au comblement du passif n'est qu'une faculté offerte au juge. L'article 738 dispose que le tribunal « peut », chose qui n'apparaît aucunement en matière de responsabilité civile.

En définitif, l'on peut avancer qu'en dépit du fait que l'action en comblement de passif s'apparente à une action en responsabilité civile, celle-ci demeure classée

dans la catégorie des sanctions¹²², ce qui est plus approprié du simple fait que la loi 73-17 du 19 avril 2018 règlemente cette action dans un titre consacré aux sanctions.

Sous-section 2 : Les conditions d'exercice de l'action pour insuffisance d'actif (recul de la sanction)

La nouvelle loi 73-17 sur les procédures des difficultés d'entreprises est incitée au fur et à mesure à repenser le cadre dans lequel s'exerce l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

La limitation des cas d'ouverture de l'action en responsabilité d'actif met en évidence la volonté croissante de limiter la responsabilité civile du dirigeant d'entreprise en difficulté. Le réflexe d'anticipation des difficultés de l'entreprise, le préserve ainsi d'éventuelles sanctions. Dès lors, celui qui fait l'objet d'une procédure de conciliation ou de sauvegarde échappe automatiquement à toute sanction l'absence de sanctions peut apparaître comme une faveur tout particulièrement dans une procédure qui peut être ouverte après cessation des paiements.

Mais c'est bien évidemment la nouvelle procédure de sauvegarde qui se traduit par une véritable immunité pour le dirigeant. Toutes les sanctions et actions en responsabilité prévues par le Livre V du Code de commerce sont écartées. Le raisonnement du législateur est simple. Pour augmenter les chances de redresser l'entreprise, il faut intervenir le plus en amont possible des difficultés et en particulier avant la cessation des paiements. Or, tant que l'entreprise n'est pas en cessation des paiements, il est difficile, aussi bien sur le plan juridique que sur le plan économique, de contraindre le dirigeant à quoi que ce soit, et en tout cas à recourir à une procédure collective. Dans cette approche, le recours à une telle procédure en amont de la cessation des paiements suppose non seulement l'adhésion du dirigeant mais aussi sa participation active. On ne redresse pas une entreprise contre le dirigeant. Dans cet esprit, le législateur lui a accordé une immunité totale. Les sanctions pénales ou professionnelles sont écartées, et il en va de même des actions en responsabilité.

Pour le dirigeant d'une entreprise en difficulté, à savoir celle qui se trouve en état de cessation de paiement et dont le redressement est manifestement impossible, les

¹²² C.-ALARY-HOUIN, op.cit.,p. 149.

circonstances sont différents, il ne bénéficie d'aucune immunité. La situation obérée de son entreprise ne laisse plus présager d'«amélioration» dans ce contexte, la responsabilité patrimoniale du dirigeant peut être mise en jeu, si une faute de gestion lui imputable et a contribué à l'insuffisance d'actif.

La mise en jeu de la responsabilité civile du dirigeant d'entreprise en difficulté nécessite que soient réunies des conditions de fond (A) et des conditions de forme (B).

A. Condition de fond.

❖ Nécessité d'une faute de gestion.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif suppose que soit établie une faute de gestion du dirigeant social, mais également un lien de causalité entre la faute commise et l'insuffisance d'actif. Ainsi, le dirigeant social peut se voir reprocher toute faute de gestion ayant contribué, même partiellement, à l'insuffisance d'actif.

❖ Absence de définition légale.

De prime abord, la notion de « faute de gestion¹²³ » apparaît à l'article 738 de la loi 73-17 du 19 avril 2018. Au même titre que le législateur français, le nouveau texte n'apportant aucune qualification de la faute, la notion reste ambiguë.

Faute de jurisprudence marocaine en la matière, c'est donc la jurisprudence française qui a pris l'initiative de cerner les contours d'une telle notion.

❖ Pluralité d'actes qualifiant une faute de gestion.

A priori l'expression « faute de gestion » suggère que la faute doit être en relation avec la gestion de l'entreprise, mais en raison de sa nature protéiforme, celle-ci s'interprète de manière extensive embrassant ainsi non seulement les actes caractérisant une mauvaise gestion, mais de surcroît les violations des dispositions légales, réglementaires ou statutaires.

A cet égard, constitue une faute de gestion, le fait de créer une société sans apporter de fonds propres suffisants pour assurer son fonctionnement dans des

¹²³ la notion de faute de gestion est particulièrement extensive. La gestion d'une entreprise étant chose compliquée, il est aisé d'imaginer la facilité à rapporter la preuve d'une faute de gestion. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour l'apprécier.

conditions normales et en poursuivant l'activité de la société sans pour autant prendre la moindre mesure pour contrecarrer cette insuffisance de fonds propres¹²⁴.

De même, il est assez fréquent de reprocher au dirigeant d'avoir poursuivi une exploitation déficitaire dans son intérêt personnel. Du moment où les mesures arrêtées n'ont point permis la réanimation et qu'au contraire la situation financière n'a cessé de périliter, les dirigeants sociaux engagent leur responsabilité¹²⁵.

Dans le même ordre d'idées, il est très souvent reproché aux dirigeants sociaux de ne pas avoir pris les mesures s'imposant pour redresser l'entreprise en difficulté. En l'occurrence, les juges reprochent aux dirigeants leur oisiveté¹²⁶. Ces derniers se doivent d'exercer dans les règles de l'art les fonctions qui leur sont assignées.

Ajoutons qu'il est également constitutif d'une faute de gestion, le fait de céder la totalité de la trésorerie d'une société à une banque, à la veille de la déclaration de cessation des paiements, chose qui permettait à une autre société du groupe de bénéficier, indirectement, d'un prêt de cette banque¹²⁷.

En outre, est fréquemment fautive l'omission du dirigeant d'effectuer la déclaration de cessation des paiements dans les 30 jours¹²⁸. Toutefois, il convient de signaler qu'un tel retard doit être réellement constitutif d'une faute¹²⁹.

C'est le cas lorsque les dirigeants n'avaient pas déclaré la cessation de paiements, tandis que le passif avoisinait sept millions de francs, comprenant pour moitié, une créance fiscale, à propos de laquelle la transaction qui avait été conclue n'avait pas été exécutée, que les seuls actifs étaient constitués par des fonds de commerce dont les droits au bail avaient été perdus, faute d'avoir pu être cédés, et qu'une part assez importante du passif existait déjà antérieurement à la date de cessation des paiements, reportée plus d'un an avant l'ouverture de la procédure

¹²⁴ Cass.com, 23 novembre 1999 : RJDA 4/2000.n°457.

¹²⁵ Cass. Com, 23 mai 2000 : juris-Data n° 002128.

¹²⁶ Cass. Com, 31 janvier 1995 : RJDA 7/1995,n° 902.

¹²⁷ Cass.com., 7 décembre 1999 : RJDA 2000, n° 458, p. 361.

¹²⁸ Art 576 du code de commerce.

¹²⁹ C.-SAINT-ALARY-HOUIN, op.cit., p.148.

collective¹³⁰. C'est le cas également lorsque les dirigeants sociaux ont retardé à tort la déclaration de cessation des paiements en poursuivant abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements, celle-ci venant après la constatation d'une telle exploitation, dont elle l'aboutissement logique¹³¹. En revanche, il n'en est pas ainsi si la cessation des paiements n'était pas avérée.

Mieux encore, la cour de cassation française a eu l'occasion de juger que le dirigeant qui avait maintenu son domicile en un lieu éloigné de l'entreprise, alors que cette dernière nécessitait une action constante, avait fait preuve d'une attitude laxiste justifiant sa condamnation en comblement de passif¹³².

De même, peut être qualifiée de faute de gestion, le fait pour un dirigeant d'imposer à la société un projet jugé trop ambitieux¹³³, voire une gestion dite « aventurée »¹³⁴.

Dans le même ordre d'idées, la chambre commerciale de la cour de cassation française considère que la mauvaise appréciation des coûts d'un projet économique constitue bel et bien une faute de gestion¹³⁵. Or, il convient de préciser que le seul fait d'engager des investissements importants ou des actions commerciales dans un pays à risque, ne constitue en aucun cas une faute de gestion¹³⁶.

Somme toute, cette panoplie de fautes atteste qu'une variété de comportements, actions ou omissions, caractérise les fautes de gestion pouvant incomber aux dirigeants. Les juges du fond se réfèrent au comportement qu'aurait affiché un bon dirigeant en pareille circonstance¹³⁷ et exigent un chevauchement de fautes de gestion, car l'on doit se garder de ne pas oublier que la complexité des affaires ainsi que les

¹³⁰ Cass.com., 26 octobre 1999, 1698 D., VIROL c/VINCENEUX és qual : RJDA 12/99, n° 1368, p.906.

¹³¹ C.A.Paris., 18 Février 2000, RJDA 11/2000, n° 1023.

¹³² Cass.com., 7 juillet 1992 : bull. joly, 1992, P. 1192.

¹³³ Tribunal de commerce de Paris, 23 novembre 1992 : bull. Joly., 1993.p. 255.

¹³⁴ Tribunal de commerce de Paris, 215 septembre 1992 : bull. Joly., 1993.p. 79.

¹³⁵ P-GOURDON, note sous cass.com.25 novembre 2008, n°07-11549, bull. joly. 2009. P.491 et s.

¹³⁶ C.A, verasailles, 13^e ch.A., 21 janvier 1993, Revue sociétés, 1993, p.884.

¹³⁷ C-MASCALA, RTD.Com., 1999, p.183.

difficultés de la concurrence ne permettent pas une répression basée sur une faute unique, bien que cela paraisse concevable juridiquement parlant¹³⁸.

Preuve de faute : Il faut toutefois mettre l'accent sur le fait que la preuve de cette faute est facilitée moyennant l'analyse des comptes sociaux permettant de reconstituer, a posteriori, les erreurs de gestion des dirigeants¹³⁹.

Lien de causalité : Cela étant, il convient de signaler que cette constatation de faute de gestion n'est pas à elle seule suffisante pour que puisse être retenue la responsabilité patrimoniale des dirigeants. Encore faut-il qu'une telle faute soit à l'origine de l'insuffisance d'actif dont souffre l'entreprise.

L'article 738 alinéa 1 exige que le dirigeant, par sa faute, ait contribué à l'insuffisance d'actif ce qui implique que la faute commise puisse n'être que l'une des causes ayant mené à l'insuffisance d'actif¹⁴⁰.

Ce faisant, la faute n'a pas, pour être réprimée, à être la cause unique de l'insuffisance d'actif, ni de surcroît sa cause principale, celle-ci devant seulement y avoir contribué.

Préjudice. S'agissant de l'insuffisance d'actif, une jurisprudence française constante avance qu'elle doit s'apprécier dans son existence et dans son montant « *au moment où statue la juridiction saisie de l'action tendant à faire supporter tout ou partie de cette insuffisance par un dirigeant social* »¹⁴¹.

En d'autres termes, c'est au moment où la juridiction statue que doit être constatée la persistance de l'insuffisance d'actif. C'est à ce stade même que doit être apprécié son montant.

Toutefois, il n'est nullement requis que l'insuffisance d'actif soit définitivement chiffrée pour qu'une condamnation à combler le passif puisse être prononcée. En d'autres termes, il est inutile d'attendre que le passif soit entièrement connu et que l'actif ait été réalisé dès lors que l'insuffisance est certaine, car il ne serait pas

¹³⁸ C.-SAINT-ALARY-HOUIN, « Droit des entreprises en difficultés », LGDJ. Lextenso, 11^e éd, 2018.

¹³⁹ C.-SAINT-ALARY-HOUIN, op.cit., p.31.

¹⁴⁰ Cass.com., 17 février 1998 : RJDA 6/98., n° 776, p.547.

¹⁴¹ C.A.Paris., 18 février 2000 : RJDA 11/2000, n°1023.

opportun de permettre à des dirigeants dirigeants d'organiser sans vergogne leur insolvabilité¹⁴².

Il suffit donc que la faute de gestion ait contribué à l'insuffisance d'actif, sans pour autant qu'il y ait forcément de proportionnalité entre le montant de la condamnation et le préjudice résultant de la faute commise¹⁴³.

B. Conditions procédurales.

L'action en comblement de passif n'est ouverte qu'à l'encontre des personnes désignées par l'article 736 du code de commerce. Au rebours de la nouvelle loi française dite de sauvegarde du 26 juillet 2005, selon laquelle les titulaires du droit d'agir sont le ministère public¹⁴⁴, le mandataire judiciaire, le liquidateur, mais également les créanciers en cas de carence des mandataires ayant qualité pour agir, la loi marocaine prévoit que seul le tribunal d'office, ou le syndic peuvent introduire l'action¹⁴⁵.

Quel que soit l'organe qui introduit l'action, celle-ci se prescrit par trois ans, à compter du jugement qui arrête le plan de redressement ou, à défaut, de la date du jugement qui prononce la liquidation judiciaire¹⁴⁶.

Aux termes de l'article 737 du code de commerce, le tribunal compétent pour prononcer une telle sanction est bien entendu celui qui a ouvert la procédure.

A ce propose, la question qui nous vient à l'esprit est celle de savoir si la règle édictée par l'article 737 demeure la même dans l'hypothèse d'une action en comblement de passif ouverte à l'encontre d'un dirigeant de nationalité étrangère domicilié à l'étranger. En effet, l'on doit mettre l'accent sur le fait que l'internationalisation progressive des relations commerciales occasionne fréquemment dans le cadre sociétaire la participation d'intervenants étrangers, chose qui peut

¹⁴² RTD.Com., 1982, p 457.obs. PH-MERELE.

¹⁴³ A-LIENHARD, « procédures collectives », éd Delmas, 2019-2020.

¹⁴⁴ A noter que le tribunal n'a plus le droit de se saisir d'office, mais peut être saisi par le ministère public.

¹⁴⁵ En ce sens, se référer au jugement du tribunal de commerce de Casablanca. Dossier n° 316/10/2003, du 8 janvier 2007, Revue du droit marocain, n° 5, mai 2008, p. 235 et s.

¹⁴⁶ Article 738 alinéa 2 du code de commerce.

soulever des difficultés, notamment lorsque l'entreprise est soumise à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

A défaut de jurisprudence marocaine en la matière, nous avons jugé opportun d'illustrer notre propos par un arrêt rendu par la chambre commerciale de la cour de cassation française en date du 5 mai 2004. En l'espèce, une société-la société européenne d'humidité- a été mise en liquidation judiciaire par le tribunal de commerce de Lyon en 1991. La procédure a fait apparaître une insuffisance d'actif résultant de fautes de gestion, le liquidateur a engagé une action en comblement de l'insuffisance d'actif contre les trois administrateurs de la société¹⁴⁷.

Un des administrateurs poursuivis était une société de droit belge dont le siège sociale se trouve en Belgique. Le tribunal de commerce saisi s'est déclaré compétent pour connaître de l'action engagée et à, ce titre, condamné la société étrangère à payer 30% de l'insuffisance d'actif vérifié. La cour d'appel s'est déclaré également compétente pour connaître de l'action en paiement des dettes sociales et a confirmé la décision de première instance. La société belge condamnée a interjeté un pourvoi en cassation au motif que *« si l'article 1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 exclut de son champ d'application les faillites, il n'en va pas ainsi que l'action en comblement....qui est une simple action en responsabilité... que l'article 5-3 donne compétence en matière délictuelle au tribunal du lieu du fait dommageable ; que dès lors le fait dommageable s'étant produit en Belgique, la cour d'appel ne pouvait retenir la compétence des tribunaux français... »*.

La cour de cassation a rejeté un tel pourvoi au motif que l'action en comblement *« qui trouve son fondement dans l'existence de fautes de gestion imputables au dirigeant est indissociable de la procédure collective de la personne morale dès lors que la part du passif social mis à la charge du dirigeant trouve son origine dans les agissements incriminés et qu'elles relève de la compétence du tribunal qui a ouvert la procédure collective, même à l'égard du dirigeant de nationalité étrangère et dont le domicile est à l'étranger »*¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Cité par M-AFARKOUS, op.cit., p.398 et s.

¹⁴⁸ Arrêt cité par C- MASCALA, RTD.Com., juillet/septembre 2004, p. 601 et S.

Une fois le tribunal compétent saisi, le ou les dirigeants mis en cause sont dûment convoqués huit jours au moins avant leur audition¹⁴⁹. Le respect de cette règle est requis sous peine de nullité car il s'agit bel et bien d'une prescription d'ordre public¹⁵⁰. Ainsi, le dirigeant qui n'a pas été convoqué et mis en demeure peut-il pour faire valoir ses moyens de défense interjeter un appel-nullité¹⁵¹.

Cela étant, le tribunal peut, après avoir entendu le ou les dirigeants en chambre du conseil, entendre toute personne dont l'audition lui paraîtrait utile, et ce sans qu'elle ne puisse invoquer le secret professionnel, dans le but d'établir minutieusement la situation patrimoniale du ou des dirigeants, mais surtout afin que la condamnation pécuniaire se situe en pleine adéquation avec la surface financière de l'intéressé¹⁵².

Mesures conservatoires. En outre, il est loisible au tribunal de prononcer toute mesure conservatoire nécessaire à l'égard des biens du ou des dirigeants, de crainte qu'ils n'organisent leur insolvabilité, ce qui s'avérerait nuisible aux créanciers.

Le tribunal statue ensuite en audience publique après avoir entendu le rapport du juge-commissaire, et peut alors prononcer un jugement condamnant le débiteur à prendre en charge tout ou partie du passif¹⁵³. Un tel jugement est bien entendu susceptible d'appel.

Enfin, en vertu de l'article 744 du code de commerce, la décision intervenue est notifiée aux parties par le secrétaire-greffier. Celle-ci est mentionnée au registre du commerce, publiée par extrait dans un journal d'annonces légales et au bulletin officiel et affichée au panneau réservé à cet effet au tribunal.

Sous-section 3 : Les effets de l'action en responsabilité.

Aux termes de l'article 738 du code de commerce, la décision du tribunal de prononcer ou non la condamnation est souveraine. Dans le même ordre d'idées, le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour décider du montant de la

¹⁴⁹ A noter que cette exigence de l'audition ne s'applique qu'en première instance.

¹⁵⁰ Cité par C.-SAINT-ALARY-HOUIN., « Droit des entreprises en difficulté », Montchrestien, 6^e éd., 1277, p. 815.

¹⁵¹ C.-SAINT-ALARY-HOUIN., « Droit des entreprises en difficulté », Montchrestien, 6^e éd., op.cit., p.815

¹⁵² S-PIEUCHOT., « l'avocat de l'entreprise en difficulté est son dirigeant », Revue des procédures collectives., n° 2., juin 2006., p 167.

¹⁵³ C.-SAINT-ALARY-HOUIN, « la responsabilité patrimoniale des dirigeants de société difficulté », Revue des procédures collectives., n°3., juillet 2001., n° 38., p 151.

condamnation. A cet égard, la condamnation ne peut en aucune manière être d'un montant supérieur à celui de l'insuffisance d'actif¹⁵⁴. En revanche, celle-ci peut correspondre au montant totale de l'insuffisance d'actif et ce, même si la faute n'est à l'origine que d'une partie d'une telle insuffisance¹⁵⁵, ou du moins correspondre seulement à une partie du passif.

A- Transaction écartée.

Face à une telle incertitude, craignant d'être condamné à supporter une assez lourde dette, les dirigeants peuvent être amenés à rechercher les moyens leur permettant d'échapper à une telle action, notamment en cherchant à transiger avec les organes de la procédure, afin de diminuer le poids de la dette en proposant un paiement immédiat, mais d'un montant inférieur à celui arrêté par le tribunal.

A cet égard, faute de jurisprudence marocaine, la chambre commerciale de la cour de cassation française a eu l'occasion de rendre un arrêt de principe en date du 5 novembre 2003 en vertu duquel : « *les condamnations au paiement des dettes sociales prononcées en application de l'article l 624-3 du code de commerce ne peuvent faire l'objet d'une transaction* », au motif qu'elle serait contraire à l'autorité de la chose jugée. Ainsi, toute possibilité de transaction est écartée, dès lors qu'il s'agit d'honorer des dettes sociales résultant d'une condamnation au comblement de l'insuffisance d'actif¹⁵⁶.

La solution arrêté par la chambre commerciale de la cour de cassation mérite d'être approuvée et ce, pour trois raisons fondamentales. De prime abord, une telle opération ayant pour objet de diminuer le montant de la condamnation des dirigeants sous le prétexte d'un paiement immédiat plutôt qu'un paiement intégrale de la dette mais incertain, n'entrent nullement dans les prévisions du texte.

En deuxième lieu, l'article 1098 du dahir formant code des obligations et contrats définit les transactions comme étant « *un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennant la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions réciproques, ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un droit à l'autre partie* ».

¹⁵⁴ Cass. Com., 18 octobre 1982. Gazette du palais., 1983.

¹⁵⁵ Cass.com.,30 novembre 1993. Bull.joly 1994, p.410.

¹⁵⁶ Cité par M-AFARKOUS,op.cit.,p.420.

En outre, l'article 1099 du même code dispose que : « *pour transiger, il faut avoir la capacité d'aliéner, à titre onéreux, les objets compris dans la transaction* ». Or, en l'espèce, lorsque les dirigeants proposent de transiger avec liquidateur, ce n'est aucunement pour mettre un terme à une contestation née, du moment où la justice a déjà été saisie et a statué au fond, mais uniquement pour négocier le quantum d'une sanction prononcé par le tribunal de commerce. Ce faisant, du moment où la transaction n'est pas intervenue avant que le liquidateur ne saisisse le tribunal d'une action en comblement de passif, ou au plus tard avant que la juridiction ne rende son verdict, celle-ci ne peut en aucun cas être approuvée.

De même, la transaction conclue en l'espèce porte sur un objet dont les parties n'ont guère la capacité de disposer. L'objet d'une telle convention consiste en l'exécution d'une décision de justice, du simple fait qu'elle porte sur le montant de la condamnation au paiement des dettes sociales, arrête par une juridiction étatique, en d'autres termes, l'exécution d'une sanction ne peut nullement constituer un droit dont les parties peuvent comme bon leur semble disposer.

En troisième et dernier lieu, la transaction serait conçue comme une échappatoire permettant aux dirigeants de soustraire à la sanction en proposant un paiement inférieur par rapport à la sanction prononcée¹⁵⁷.

Cela étant, il convient de signaler que l'article 738 alinéa 3 prévoit que les sommes correspondant à la condamnation entrent dans le patrimoine de l'entreprise débitrice. Celles-ci sont affectées, en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues par le plan de continuation. En cas de cession ou de liquidation, ces sommes sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc.

B- Appréciation de la jurisprudence marocaine.

Il est tout de même curieux de constater qu'aucune décision ne donne application aux articles 738¹⁵⁸ et 739¹⁵⁹ du code de commerce. Les juges de fonds se bornent juste à faire allusion à ces articles sans pour autant en tirer les conséquences juridiques qui s'imposent¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Se référer à C- MASCALA., RTD. Com., juillet, 2004 p 604.

¹⁵⁸ Ancien article 704 du code de commerce de 1996.

¹⁵⁹ Ancien article 705 du code de commerce de 1996.

¹⁶⁰ المحكمة التجارية بالدار البيضاء حكم رقم 2004/118 بتاريخ 2004/04/26 غير منشور.

D'autres confondent action en comblement de passif et action en extension de la procédure, ce qui regrettable¹⁶¹.

Il y a lieu de signaler qu'à défaut d'acquittement de la dette mise à la charge de dirigeant par le biais de l'action en comblement de passif, celui-ci se verra ouvrir à son encontre, à titre de sanction, une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à titre personnel.

Une telle sanction fut supprimée par la nouvelle loi française dite de sauvegarde. Le dirigeant qui ne s'acquitte pas de la dette lui incombant peut désormais être seulement frappé d'une mesure de faillite personnelle ayant pour effet de l'évincer de la vie des affaires, sans que cela ne puisse permettre de récupérer les sommes dues et non acquittées, ouvrant ainsi la voie aux modes d'exécution du droit commun¹⁶². Toutefois, il semblerait que rien ne pourra interdire au dirigeant condamné de réclamer le bénéfice de la procédure de surendettement et de rétablissement personnel, ses dettes n'étant pas professionnelles, à condition que ce dernier soit de bonne foi¹⁶³.

Section 2 : L'action en extension de la procédure collective.

Au même titre que l'action en comblement du passif prévue à l'article 738 du code de commerce, l'article 739 arrête une sanction purement patrimoniale pouvant frapper indifféremment les dirigeantes fautives personnes morales ou personnes physiques¹⁶⁴. Voir même leurs associés¹⁶⁵.

Toutefois, bien que qualifiée d'extension de la procédure aux dirigeants, une telle mesure ne constitue pas, à proprement parler, une action en extension, en ce sens que la seule et unique véritable extension existant en matière de procédures collectives

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2004/111 الصادر بتاريخ 2004/04/19. غير منشور.
حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2004/174 الصادر بتاريخ 2004/06/21. غير منشور.
حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2002/253 الصادر بتاريخ 2002/07/29. غير منشور.
¹⁶¹ حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2000/111 الصادر بتاريخ 2000/07/03. غير منشور.

¹⁶² C-MASCALA., RTD. Com., janvier/mars 2006, p 211.

¹⁶³ C.- SAINT-ALARY-HOUIN., « le projet de réforme de la loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », Revue droit et patrimoine., n° 133. Janvier 2005., p40.

¹⁶⁴ A noter qu'en droit français, toutes les extensions à titre de sanction ont été supprimées. Une telle suppression avait été envisagée inadmissible d'ouvrir une procédure collective lorsque la situation économique de la personne ne le justifiait pas. une telle sanction a été remplacée par l'obligation aux dettes sociales créée par la loi du 26 juillet 2005, laquelle céda à son tour la place de la responsabilité pour insuffisance d'actif de manière à rendre la loi beaucoup plus lisible, cohérente et logique.

¹⁶⁵ En l'occurrence il s'agit des associés des sociétés en nom collectif et des commandités des sociétés en commandite.

est celle basée sur la confusion des patrimoines ou la fictivité des sociétés. En d'autres termes, la sanction prévue par l'article 740 du code de commerce, souvent appelée « extension du redressement », se traduit en réalité, non par une extension, mais plutôt par un dédoublement de la procédure, monsieur DERRIDA la qualifie d'ailleurs de simili-extension¹⁶⁶.

Sous section 1: Les simili-extensions aux associés

Dans cette hypothèse, au rebours de la nouvelle loi française dite de sauvegarde des entreprises en difficulté qui, dans le souci de pousser jusqu'au bout la « distinction entre l'homme et l'entreprise », a supprimé les extensions prévues auparavant¹⁶⁷, d'un côté par l'article L. 624-1 à l'encontre des personnes membres ou associés de la personne morale indéfiniment et solidairement responsables du passif sociale, de l'autre côté par les anciens articles L.624-3 et L.624-4, lesquels permettaient d'ouvrir la procédure collective à l'encontre des dirigeants sociaux pour défaut de paiement d'une condamnation en paiement de l'insuffisance d'actif ou pour commission de l'un des faits énoncés restrictivement par les textes¹⁶⁸, la loi marocaine applique le redressement judiciaire aux associés **(A)** ou aux dirigeants **(B)** des personnes morales faisant elle-même l'objet d'une procédure collective.

A. Le cas des associés tenus indéfiniment et solidairement du passif social.

Il arrive dans certains cas que le redressement judiciaire soit étendu aux associés d'une personne morale faisant elle-même l'objet d'une procédure collective les associés concernés peuvent être, selon les cas, soit des personnes physiques¹⁶⁹ soit des personnes morales.

Sont atteints d'une telle extension les associés membres d'une société en nom collectif et les associés membres d'une société en commandite, c'est-à-dire les

¹⁶⁶ J.-P.SORTAIS, op.cit., p.121.

¹⁶⁷ Madame le professeur Corinne SAINT-ALARY-HOUIN affirme à bon escient qu'il s'agissait de fausses hypothèses d'extension du simple fait que les procédures ouvertes à l'égard des dirigeants ou des membres de la personne morale étaient différentes de celle qui frappait celle-ci.

¹⁶⁸ C.- SAINT-ALARY-HOUIN., « 2006 : les nouvelles procédures à l'épreuve de la jurisprudence-le redressement de l'extension de procédure sur la confusion des patrimoines et la fictivité des personnes morales », Revue droit et patrimoine., n° 160., 2007., p 84.

¹⁶⁹ حكم المحكمة التجارية بمراكش، رقم 2006/50 الصادر بتاريخ 2006/07/12 في الملف رقم 2004./15/20 غير منشور.

associés commandités, du fait qu'ils jouissent de la qualité de commerçant et qu'ils soient, par là même, tenus d'une obligation solidaire et indéfinie de rembourser la totalité du passif social. L'extension du redressement ou de la liquidation judiciaire à leur n'étonne donc point.

A priori, l'extension de la procédure collective affecte les associés présents au moment du jugement d'ouverture de la procédure diligentée l'encontre de la société. Cependant, soucieuse de protéger les tiers, dont notamment les créanciers, la procédure ne perd pas de vue certains associés qui vu certains événements, seraient de plein droit passibles d'une extension de procédure à leur encontre.

Parmi les événements susceptibles d'affecter les associés, il y a lieu d'évoquer le cas de l'associé retiré **(1)**, le cas de celui qui est décédé **(2)**, l'hypothèse de l'associé incapable **(3)** ainsi que celle de celui dont la société a été transformée **(4)** et la protection des tiers **(5)**.

1. Le cas de l'associé retiré.

A priori, l'associé qui quitte la société ou le groupement n'est plus par hypothèse tenu du passif social. Toutefois, dans le souci de ne pas épargner les associés qui auraient eu l'audace de limiter leur responsabilité, l'associé retiré peut rester la cible parfaite d'une extension de procédure.

A cet égard, l'article 580 du code de commerce prévoit que peut être mis en redressement judiciaire dans le délai d'un an qui suit sa retraite, l'associé d'une société de personnes¹⁷⁰ à condition que la société dont il était membre ait fait elle-même l'objet dans ce délai d'une procédure collective. En d'autres termes, l'associé retiré demeure exposé au prononcé d'une mesure d'extension de redressement ou de liquidation judiciaire dès lors que la cessation des paiements de la personne morale dont il relevait est antérieure à son retrait.

Toutefois, le délai d'un an arrêté par le législateur est à débattre du moment où il peut permettre à l'associé, conscient de la naissance des difficultés susceptibles

¹⁷⁰ L'associé visé donc est celui qui est tenu d'une obligation solidaire et indéfinie de rembourser la totalité du passif social. Il s'agit en effet de l'associé en nom collectif et de l'associé commandité lesquels ont la qualité de commerçant leur permettant de répondre aux conditions d'ouverture d'une procédure collective.

d'entraîner la cessation des paiements de la société dont il est membre, de se retirer se dérobant ainsi de toute responsabilité.

Cependant, force est de constater que tant que l'associé ne s'est pas fait radié, il demeure responsable des dettes de la société et ce, avant la publicité de son retrait. Il n'est ainsi s'il a continué, après son départ, « *à exercer les droits attachés à la propriété de ses parts sociales en s'unissant dans la gestion de la société* »¹⁷¹.

A cet égard, la chambre commerciale de la cour de cassation française a eu l'occasion, dans un arrêt du 16 décembre 1997, à condamner un associé d'une société en nom collectif au paiement de dettes nées après la cession de ses parts au motif qu'il avait « *continué à effectuer des commandes pour le compte de la société et à utiliser son matériel à des fins personnelles* »¹⁷².

Quid de l'associé décédé ?

2.Silence du texte quant aux cas de l'associé décédé.

Contrairement à l'hypothèse du retrait, aucune disposition ne prévoit la possibilité de soumettre l'associé décédé à la procédure collective après la cessation des paiements de la personne morale, ce qui est reprochable au législateur, car il est à préciser que la solution envisagée par l'article 579 du code de commerce a été prévue dans un souci de protection des créanciers du commerçant décédé et l'on voit pas mal qu'un tel souci n'est pas aussi présent dès lors qu'il s'agit de déterminer le sort de l'associé décédé.

Face au silence du texte, la doctrine et la jurisprudence marocaine devraient logiquement étendre la lettre de l'article 579 du code de commerce à l'associé décédé dans l'ultime but de protéger les tiers et, par là même, de combler le vide laissé par le législateur, car si l'on interprète largement le terme « retraite » de l'article 580 du code de commerce, il engloberait bel et bien le décès de l'associé indéfiniment et solidairement responsable du passif social.

¹⁷¹ A.- CERATI-CAUTHIER., « la société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence », thèse., université d'Aix-Marseille., presse universitaires d'Aix-marseille., 2002., n° 207..p 171.

¹⁷² A.- CERATI-CAUTHIER.,op.cit.,p.171 et s.

Ces précisions apportées, qu'en est-il de l'associé incapable ?

3.L'hypothèse de l'associé incapable.

A priori, l'incapable ne peut en aucune manière participer à une société en nom collectif ou être associé commandité. Toutefois l'aléa étant omniprésent, il est possible que son incapacité se produise en cours de vie sociale, et l'on se pose la question de savoir s'il y a lieu d'étendre la procédure collective à son encontre dès lors qu'il ne s'est pas immédiatement retiré ou le cas échéant, son curateur a tardé, voire omis de notifier à la société la mesure frappant l'associé. Curieusement, la chambre commerciale de la cour de cassation française a eu l'occasion d'étendre la procédure collective à l'associé incapable au motif que ce dernier a poursuivi son activité¹⁷³.

A cet égard, si l'on se réfère à la lettre de l'article 580 du code de commerce, l'on peut avancer par analogie que tant l'associé incapable ne s'est pas immédiatement retiré, tant que le jugement attestant que l'associé en question est placé sous tutelle n'a pas été publié dans les règles de l'art dans le délai d'un an, la procédure collective peut bel et bien lui être étendue, comme le fit d'ailleurs la cour de cassation.

Ceci étant, l'article 580 du code de commerce trouvera, dans pareil cas, logiquement application pour déterminer le sort de l'associé dont la société a été transformée.

4.L'hypothèse de l'associé dont la société a été transformée.

Au cas où les associées parviendraient d'un commun accord à transformer la société en nom collectif ou en commandite dont ils sont membres en une société de capitaux (société anonyme, société anonyme simplifiée, société à responsabilité limitée), ils ne seront plus tenus de l'intégralité du passif social, ils le seront qu'à concurrence de leurs apports et ne seront par conséquent plus passibles d'une extension de procédure.

Une telle exonération ne saurait s'appliquer si la société était en état de cessation des paiements avant sa transformation, en ce sens que la procédure ouverte à son encontre est susceptible d'être étendue à ses associés à ses associés du fait qu'ils

¹⁷³ Cass.com., 8 décembre 1998, cité par A.-CERATI-GAUTHIER., op.cit.,p.183.

soient tenus indéfiniment et solidairement du passif social avant la transformation, chose qui a le mérite de déjouer les fraudes et, par là même, de dévoiler la volonté des associés de porter atteinte aux droits des créanciers.

Silence de l'article 580 quant à la fixation de la date d'ouverture de la procédure. Dans cette hypothèse, eu égard au silence du texte, l'on se pose la question de savoir s'il est ou non judicieux de renfermer la saisine du tribunal de commerce dans le délai d'un an. L'article 580 du code de commerce n'envisage que le retrait de l'associé et non pas le changement dans l'étendue de ses engagements.

A cet égard, comme le démontre à bon escient Adeline CERATI GOUTHIER dans sa thèse portant sur « la société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence »¹⁷⁴, l'on conçoit mal que la saisine de tribunal de commerce soit enfermée dans le délai d'un an du moment où la transformation de la société n'a pas pour conséquence la disparition de l'ancienne structure et la création d'une nouvelle, c'est la même entité qui est poursuivie.

En outre, s'il arrive que la société soit en état de cessation des paiements avant la transformation, c'est logiquement la société sous sa forme ancienne qui serait placée en redressement judiciaire, ce qui relève du bon sens, car il est question de protéger les partenaires de l'entreprise, en l'occurrence ses créanciers de tout abus.

Ceci étant, il convient de préciser qu'au cas où le passif de la société placée en redressement judiciaire englobe aussi bien les dettes nées avant la transformation de la société que celles nées après, l'associé ne serait tenu indéfiniment et solidairement que du passif antérieur, sa responsabilité étant limitée à concurrence de son apport pour ce qui est du passif postérieur.

Inversement, au cas où une société de capitaux se transformerait en une société de personnes, ses associés seraient tenus indéfiniment et solidairement de l'intégralité du passif aussi bien antérieur que postérieur à ladite transformation ce qui à notre sens est teinté d'une certaine injustice.

¹⁷⁴ A.-CERATI-GAUTHIER., op.cit.,p.183.

5. Protection des tiers.

La publication de la transformation n'a pas aucun impact sur la bonne marche de la procédure. L'unique rôle qui lui est assigné consiste en la protection des tiers, en ce sens qu'à défaut d'une telle publication, la transformation serait inopposable aux tiers qui, à leurs yeux, les associés demeurent tenus indéfiniment et solidairement du passif social¹⁷⁵.

Une telle solution, quand bien même sévère, a le mérite de protéger les tiers, car nous semble-t-il, l'extension de la procédure collective aux associés, qu'ils soient retirés, décédés, incapables, ou dont la société a été transformée, a pour effet la multiplication, ou dont la société a été transformée, a pour effet la multiplication de débiteurs, chose qui confère aux créanciers plus de chances d'être payés.

Dans d'autres cas, seule la constatation d'une confusion des patrimoines ou de la fictivité des sociétés donne au tribunal le feu vert pour étendre une procédure déjà ouverte.

Le sort de l'associé ainsi étalé, la procédure collective peut pareillement s'étendre au dirigeant.

B. Le cas du dirigeant fautif.

Hormis le cas du dirigeant qui n'exécute pas la condamnation à combler le passif de la personne morale dont il détenait les rênes, et en dehors de l'hypothèse dans laquelle il aurait confondu le patrimoine social avec le sien, les hypothèses qui fondent l'extension de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires au dirigeant sont arrêtées par l'article 740 du code de commerce.

En effet, l'article 740 de la loi du 19 avril 2018 prévoit sept fautes pouvant donner lieu à une telle condamnation :

1° « avoir disposé des biens de la société comme les siens propres ».

Les biens visés par une telle disposition sont l'ensemble des biens meubles et immeubles formant le patrimoine de l'entreprise ou détenus par celle-ci dans le cadre

¹⁷⁵ A.-CERATI-GAUTHIER., op.cit.,p.183.

de son activité sociale, dont le dirigeant dispose abusivement¹⁷⁶ au mépris des intérêts de celle-ci, peu important qu'un tel agissement bénéficie au dirigeant lui-même ou à un tiers¹⁷⁷.

2° « sous le couvert de la société masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ».

A ce titre, le dirigeant use de la personne morale pour dissimuler sa propre activité dans le but de tirer un profit de la société, soit directement, soit par personne interposée. Toutefois, dès lors que les actes ne sont pas contraires à l'intérêt de la société, la mise en redressement judiciaire du dirigeant au motif que tels actes lui profitent également s'avère injustifiable¹⁷⁸.

3° « avoir fait des biens ou du crédit de la société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ».

Un tel agissement rappelle le délit d'abus de biens sociaux puisque la définition de l'infraction est la même. L'ensemble du patrimoine de l'entreprise est protégé par cette disposition. Le crédit de la personne morale peut consister dans la notoriété commerciale de la société dont le dirigeant pourrait se servir dans un but contraire à l'intérêt de celle-ci, soit à des fins personnelles, soit pour favoriser une autre entreprise dans laquelle le dirigeant est intéressé directement ou indirectement¹⁷⁹.

قرار محكمة النقض، رقم 260 المؤرخ في 28 ماي في الملف التجاري رقم 2014/3/138، منشور بسلسلة إصدارات المكتب
¹⁷⁶الفني، صعوبات المقابلة في ضوء قرارات محكمة النقض العدد السادس 2020 ص. 228.

¹⁷⁷ A-JACQUEMENT, NBORGA et T-MASTRULLO, « droit des entreprises en difficultés », 11e éd, LexisNexis, 2019.

¹⁷⁸ A-JACQUEMENT, NBORGA et T-MASTRULLO, op.cit., p.86.

¹⁷⁹ حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 285 الصادر بتاريخ 2007/12/17 في الملف رقم 2005/25/220 حيث جاء فيه : « ... وحيث إن قيام شركة حافلات الراحة بأداء قيمة متعلقة بشراء 48 مطاطية وتكاليف المحروقات لفائدة لشركة حافلات السلام وعدم مبادرتها إلى المطالبة بواجبات كراء الحافلات المتخلدة بزمة الشركات المشار إليها مسبقا، وكذا استفادة شركة حافلات السلام من ثلاثة حافلات موضوع بروتوكول اتفاق كان مبرما بين شركة حافلات الراحة وشركة أمريكا الجديدة دوم موجب قانوني يوضح أن مسير شركة الراحة السيد... استعمل أموال الشركة بشكل يتنافى مع مصالحها لتفضيل مقاولات أخرى (شركة حافلات الهناءة الأمان والسلام) له بها مصالح مباشرة باعتباره مساهما فيها ومسيرا لها؛ وحيث إن الهدف من التخصيص على استعمال أموال المقابلة وانتمائها لتفضيل مقابلة على أخرى للمسير بها مصالح مباشرة أو غير مباشرة هو معاقبة المسير بطريقة غير مباشرة عن الأفعال التي ارتكبها. ؛ منشور بمؤلف علال فالي، التعليق على قانون مساطر صعوبات المقابلة على ضوء 20 سنة من القضاء التجارية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2018، ص. 460.

4° « *Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société* ».

Cette disposition vise à encourager les dirigeants à effectuer une déclaration de cessation des paiements dès que le passif exigible dépasse l'actif disponible afin de ne pas diminuer les chances de sauvegarde de l'entreprise en difficulté et par la même de protéger les créanciers sociaux.

5° « *Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptable de la société ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales* ».

La notion de comptabilité fictive ne pose pas de difficulté particulière. Nous aurons l'occasion de l'analyser ultérieurement dans le cadre de l'étude qui en est établie au sujet de la banqueroute.

6° « *Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la société* ».

Une telle mesure permet de sanctionner le fait d'user de la procédure de redressement judiciaire comme une échappatoire permettant au dirigeant de faire diminuer les dettes lui incombant.

7° « *Avoir tenu comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière* ».

La notion de comptabilité incomplète ou irrégulière ne soulève pas non plus de difficulté particulière.

De son côté, l'article 738 du même code habilite le tribunal, en cas de faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actif, à condamner le dirigeant à supporter «en tout ou partie, avec ou sans solidarité », les dettes de la personne morale. Dans ces hypothèses, le tribunal devra relever la commission par ce dernier, ne serait-ce que l'une des fautes énumérées ci-dessus, lui permettant de lui étendre la procédure ouverte à l'encontre de la personne morale et ce, dans le souci d'accroître le gage des créanciers sociaux.

Une telle extension a pour objectif de moraliser les relations d'affaires, car il serait inconcevable que ce dirigeant échappe aux fâcheuses conséquences du pillage dont il a été la source¹⁸⁰.

1.Débiteur retiré : Antériorité de la cessation des paiements et respect du délai d'un an.

L'article 579 du code de commerce énonce que « *la procédure peut être ouverte à l'encontre d'un commerçant qui a mis fin à son activité.... Dans l'année de sa retraite... si la cessation des paiements est antérieure à ces événements* » et ce, suite à l'assignation du créanciers, à la requête du procureur du Roi, ou à la saisine d'office du tribunal. Il en résulte qu'ayant perdu la qualité qui l'y autorise, le commerçant radié ne peut lui-même demander l'ouverture de la procédure à son encontre.

Dates à retenir. A première vue, l'application d'une telle disposition paraît tout à fait simple ce qui n'est pas du tout le cas, car il faut, comme l'a démontré à bon escient le professeur Yves GYON, prendre en considération quatre dates : celle de la retraite, celle de la cessation des paiements, celle de la radiation du registre du commerce et celle afférente à la saisine du tribunal en vue de l'ouverture de la procédure¹⁸¹. A cet égard, trois hypothèses peuvent se présenter¹⁸².

- le commerçant a cessé ses activités et a été radié bien avant la cessation des paiements. Il est donc en règle et aucune procédure ne peut être déclenchée à son encontre.

- Quand bien même retiré, le commerçant était toujours immatriculé lors de la cessation de paiements et a été radié du registre du commerce après celle-ci dans ce cas, la procédure peut bel et bien s'ouvrir à son encontre mais uniquement dans l'année qui suit sa radiation. Une telle demande serait diligentée par les créanciers, le

¹⁸⁰ Cour d'appel de commerce de Marrakech, arrêt n° 08/2002 du 26/02/2002, Gazette des tribunaux du Maroc G.T.M. n° 92 janvier février 2002, p.209 et s.

¹⁸¹ Y-GUYON, « droit des affaires, entreprise en difficultés, redressement judiciaire faillite », 9e éd, Economica, 2003, p 115.

¹⁸² محمد الفروجي، صعوبات المقاول والمسااطر القضائية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الدار البيضاء، 2000 صفحة 62.

parquet ou le tribunal d'office, exclusion faite du commerçant qui, à ce stade, ne peut plus demander à être placé en redressement judiciaire¹⁸³.

- Enfin, en dépit du fait qu'il ait cessé ses activités, le commerçant a omis de se faire radier du registre du commerce. Dans ce cas de figure, la procédure, si elle a été déclenchée, peut normalement aboutir du moment où l'intéressé est toujours immatriculé au registre du commerce et qu'une telle inscription a un effet présomptif simple de la qualité de commerçant¹⁸⁴. Dans le même ordre d'idées, l'article 60 du code de commerce qu' *« en cas de cession ou de location d'un fonds de commerce, la personne immatriculée reste solidairement responsable des dettes de son successeur ou de son locataire tant qu'elle ne s'est pas fait radier du registre du commerce ou qu'elle n'a pas fait modifier son inscription avec la mention expresse de la vente ou la location »*.

Ceci étant, la cessation d'activité qui peut découler du retrait peut également résulter du décès.

2.Débiteur décédé : conditions identiques à la retraite.

Aux termes de l'article 579 du code de commerce *« la procédure peut être ouverte à l'encontre d'un commerçant ... qui décédé, dans l'année de...son décès, si la cessation des paiements est antérieure à ces évènements »*.

La solution est donc voisine lorsque le commerçant est décédé, en ce sens que les deux conditions cumulatives exigées dans l'hypothèse du retrait, à savoir la

¹⁸³ Cité par Y-GUYON, op.cit., p.116.

¹⁸⁴ Comme le démontre à juste titre Monsieur Y-Guyon, cette solution s'explique par « l'importance des critères formels en droit commercial et par la nécessité de protéger les créanciers. Celui qui a traité avec une personne immatriculée est en droit de penser qu'elle a contracté avec un commerçant ». Mieux encore, comme le précise toujours Monsieur GUYON, contrairement à la date de radiation qui ne peut être discutée, la date de retraite est difficile à établir, notamment lorsque le commerçant cesse à petits pas ses activités d'où la difficulté de déterminer avec précision la date de cessation de paiement (si elle est ou non antérieure à cette retraite) ce qui révèle l'intérêt pour le commerçant retiré de ne pas omettre de se faire radié du registre de commerce. Pour plus de détails ; voir, Y-GUYON,op.cit.,p.115 et s.

préexistence de l'état de cessation des paiements à la fin de l'exploitation, et la saisine du tribunal dans le délai d'un an à compter du décès, s'étendent à ce cas de figure et ce, dans l'ultime but de faire survivre, pour les besoins de la liquidation judiciaire, le patrimoine du débiteur, du moment où la procédure est ouverte à son encontre et non point à l'égard de ses héritiers, à moins qu'ils continuent d'exploiter le fonds en indivision¹⁸⁵, chose qui évince tout risque de confusion des patrimoines du débiteur et de ses héritiers.

3.Compétence du tribunal de commerce initialement saisi.

Cela étant, il convient de signaler qu'une telle procédure est tout à fait distincte de celle ouverte à l'encontre de la personne morale car il se peut que le tribunal prononce la liquidation judiciaire de la personne morale et arrête un plan de redressement à l'encontre du dirigeant ou de l'associé ou vice vers cela.

Quoiqu'il en soit, le tribunal, pour statuer de cette extension n'est autre que celui qui a prononcé le redressement ou la liquidation judiciaire de la personne morale, ce qui est tout à fait logique du simple fait qu'il dispose d'une connaissance assez accrue et satisfaisante du cas d'espèce.

Dans le même esprit, la date de cessation des paiements prise en considération pour la procédure collective ouverte à l'encontre du dirigeant est celle de la personne morale. Enfin, le passif de la procédure ouverte à l'encontre de la structure est joint dans la procédure individuelle au passif personnel du dirigeant.

En définitif, les règles de procédures gouvernant l'action en comblement du passif social sont celles applicables à la mise de la loi française dite de sauvegarde

¹⁸⁵ Y-GUYON,op.cit.,p.115 et s.

selon laquelle les conditions de l'action demeurent identiques à celles de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif¹⁸⁶.

En dépit du fait que le principe d'autonomie de la personne morale soit menacé, certaines causes justifient l'extension de la procédure. Il s'agit dans ce cadre des vraies extensions.

Sous section 2 : Les vraies extensions fondées sur la confusion des patrimoines et la fictivité des sociétés

Le droit des entreprises en difficulté a pour objectif capital de sauver l'entreprise défaillante si le sauvetage paraît ensuite infructueux, la sauvegarde des droits des créanciers prend le dessus. Quoique nombreux, ces derniers ne sont pas assez protégés conviendrait donc de renforcer l'assiette de leurs créances.

A cet égard, la confusion des patrimoines et la fictivité des sociétés constituent indubitablement une arme efficace entre les mains des créanciers pour renforcer l'assiette de leurs créances.

En présence d'une déficience législative en matière de désintéressement des créanciers, la théorie de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés¹⁸⁷, d'origine prétorienne, et venue porter secours aux créanciers d'une entreprise en difficulté.

En effet, le droit des entreprises en difficulté est par définition une bouée de sauvetage de l'entreprise. Il octroie la priorité à la survie de l'entreprise, les créanciers étant au second rang, et la mise en jeu de la responsabilité (civile ou pénale) des dirigeants sociaux ou des associés solidairement responsables, ne peut avoir lieu qu'en cas de faute de gestion.

¹⁸⁷ A noter que l'action en ouverture du redressement ou de la liquidation à titre personnel et remplacée par l'obligation des dirigeants aux dettes sociales.

Les juges, plus proches de la situation, ne se cantonnent pas à une application aveugle de la loi. Soucieux des dépassements que font les dirigeants voire les associés dans la réalité, usant de leurs pouvoirs souverains d'appréciation et créateurs de la règle de droit, ils se sont livrés à une lutte persévérante contre ces abus à savoir, la confusion des patrimoines et la fictivité des sociétés.

Le législateur marocain a fait timidement allusion à la seule confusion des patrimoines à l'article 585 du code de commerce lorsqu'il a prévu une éventuelle extension des procédures à d'autres entreprises¹⁸⁸. Face à une telle timidité, et en l'absence d'une consécration légale concrète et éclatante de ces deux notions, la doctrine et la jurisprudence se sont consacrées à en donner des définitions, qui, tantôt se juxtaposent, tantôt s'écartent, cédant ainsi la place à des interprétations paradoxales. A cet égard, la confusion des patrimoines et la fictivité des sociétés constituent deux notions juxtaposées et on les assimile parfois à tort¹⁸⁹.

Notion de fictivité : La fictivité de la société est la séparation d'un seul et même patrimoine. Elle est établie lorsque les personnes qui la composent ne sont que des prête-noms ou des complices d'une autre personne elle-même associée ou complètement étrangère à la société.

Notion de confusion des patrimoines : La confusion des patrimoines est l'imbrication de deux, voire de plusieurs patrimoines. Il demeure difficile de tracer une ligne de tracer une ligne séparatrice des deux notions, mais cela n'empêche pas pour autant d'évincer la brune qui les entoure.

¹⁸⁸ A noter que la loi française du 25 janvier dont s'est largement inspiré le législateur marocain ne fait état nulle part du cas de confusion de patrimoines ce qui revient à dire que le législateur marocain s'est fortement inspiré de la jurisprudence française de l'époque faisant preuve d'un certain avant-gardisme.

¹⁸⁹ B-SOINNE , « Hésitations sur « la confusion », Revue des procédures collectives, n° 5, décembre 2000, P.117.

A titre de récapitulatif, indépendamment des cas d'extension fondées sur les dispositions de loi du 19 avril 2018 formant code de commerce, seule la constatation d'une confusion des patrimoines¹⁹⁰ (**A**) ou d'une fictivité des sociétés (**B**) habilite le syndic, le chef de l'entreprise soumise à la procédure, du ministère public ou le tribunal à étendre la procédure déjà ouverte.

Une telle mesure présente l'avantage de permettre l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire contre des personnes, aussi bien physiques que morales, vis-à-vis desquelles l'état de cessation des paiements n'est pas démontré.

A. La confusion de patrimoines.

La confusion de patrimoines¹⁹¹ ne fait l'objet d'aucune définition légale, sa définition doctrinale ne fait pas non plus l'unanimité¹⁹².

A cet égard, le professeur Bernard SOINNE avance à juste titre que la notion de confusion des patrimoines se trouve « *entourée d'une brume particulièrement épaisse* ». Face à une telle difficulté, la pratique judiciaire s'efforce de tenir compte de certains indices révélant l'existence sans équivoque d'une confusion des patrimoines.

Loi du 19 avril 2018. En dépit de l'importance des enjeux, les incertitudes affectant la notion de confusion de patrimoines n'ont pas véritablement été évincés par loi de 1996 c'est la raison pour laquelle la nouvelle loi 73-17 abrogeant et remplaçant le livre V a introduit la fictivité de la personne morale parmi les causes d'extension de la procédure en effet, l'article 585 dispose que : « *la procédure ouverte peut être étendue à une plusieurs autres entreprises par suite de confusion de leur patrimoine*

¹⁹⁰ Au rebours de son homologue français qui, à travers l'article L 621-2 alinéa 2 du code de commerce prévoit que la sauvegarde « peut être étendue à une plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui de débiteur ou de fictivité de la personne morale »

¹⁹¹ Se référer à la thèse de Madame F-REILLE, « La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives », Litec, Paris. 2006.

¹⁹² Selon G-CORNU, la confusion des patrimoines signifie « le mélange de biens d'origines différentes dans une masse unique au sein de laquelle il devient plus difficile de les identifier » ; in vocabulaire juridique, association H-CAPITANT, 8ème éd., P.U.F, 2000., p.198.

avec celui de l'entreprise soumise à la procédure ou l'orsqu'il s'agit d'une personne morale fictive .

La procédure est étendue à la demande du syndic, du chef de l'entreprise soumise à la procédure, du ministère public ou d'office par le tribunal

Le tribunal statue après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le chef de l'entreprise soumise à la procédure et les chefs des autres entreprises.

Le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent pour statuer au fond». Bien que l'article 585 du code de commerce ne règle qu'une question de compétence.

1.Faisceau d'indices.

En l'absence d'une définition légale, nous avons jugé opportun de nous référer à la jurisprudence française s'y rapportant afin de cerner les contours de la notion pour en extraire les critères permettant de conclure systématiquement à l'extension de la procédure.

En effet, comme le précise à titre le professeur CORINNE SAINT-ALARY HOUIN, ces indices diffèrent selon qu'il s'agit des personnes physiques ou des personnes morales¹⁹³.

S'agissant des personnes physiques, l'exploitation en commun d'une activité commerciale est susceptible de donner naissance à une confusion des patrimoines résultant d'une imbrication des biens des coexploitants de telle sorte qu'il est difficile de déterminer avec exactitude les passifs nés de chacun d'eux.

Pour ce qui est des personnes morales, la détection d'une confusion des patrimoines n'est pas chose aisée. A ce propos, les tribunaux doivent faire preuve

¹⁹³ C.-SAINT-ALARY-HOUIN, «droit des entreprises en difficulté». Montchrestien., 5° éd, n° 384., p.228 et s.

d'une certaine vigilance leur évitant de se fier à une simple apparence de confusion qui peut conduire, dans certains cas, à ce qu'une société-mère soit tenu des engagements de sa filiale ou inversement.

L'apparence ne peut donc à elle seule justifié une telle extension. C'est ainsi que l'on ne peut prendre en considération le fait que l'ensemble des sociétés d'un groupe emploient la mention de ce groupe dans le papier à en-tête, le fait que ces sociétés aient des associés commun voire dirigeant, le fait qu'elles soient domiciliées à la même adresse, le fait qu'elles aient la même clientèle, le fait que les bons de commande de chacune de ces structures comportent la même signature, le fait qu'elles aient le même objet social, la même dénomination sociale ou même le fait qu'elles utilisent les mêmes moyens de fonctionnement¹⁹⁴.

Mieux encore, complétant une longue liste de décisions concernant l'application de la confusion de patrimoines à un montage SCI- société d'exploitation¹⁹⁵, la cour de cassation française a eu l'occasion de préciser que le versement par une société à responsabilité limitée à une société civile immobilière d'un loyer très supérieur à la valeur locative des locaux, ou son non-versement ne permettent pas d'établir la confusion des patrimoines entre les deux sociétés justifiant l'extension de la liquidation judiciaire de la société à responsabilité limitée à la société civile immobilière¹⁹⁶.

¹⁹⁴ La cour d'appel de commerce de Casablanca a cependant estimé dans un arrêt rendu en date de du 10 novembre 2006 que la procédure de redressement ou de la liquidation judiciaire peut bel et bien être entendu pour confusion de patrimoines, dès lors que les sociétés dont il est question ont les mêmes dirigeants. Le même siège sociale et les mêmes procédés de gestion. Arrêt n° 5209/2006, publié au site internet de la société civile professionnelle d'avocat BASSAMAT. [www. Cabinetbassamat.com](http://www.Cabinetbassamat.com). (Consulté le 02/08/2018).

¹⁹⁵ Mémento Lefebvre Société commerciales, 2009, n° 26040.

¹⁹⁶ محمد الفروجي، التوقف عن الدفع في قانون صعوبات المقاول، الطبعة الأولى، سلسلة دراسات قانونية معمقة، 2005، رقم 1، الدار البيضاء، صفحة 53.

Deux critères : Compte tenu de la délicatesse d'une telle situation, l'indice permettant de déceler de manière fiable la confusion des patrimoines réside au niveau des relations financière que nouent les sociétés du groupe. Ces dites relations doivent afficher des flux financiers anormaux, c'est-à-dire des liens financiers exorbitant, inexplicables et inextricables entre les sociétés. A cet égard, la jurisprudence française voit dans l'imbrication des patrimoines impossibles à dissocier l'indice d'une confusion de patrimoines¹⁹⁷.

Un tel critère fût appuyé d'un deuxième indice assez important, à savoir l'existence de mouvements anormaux de fonds entre deux personnes : l'appréciation de l' « anormal » n'est toutefois pas chose aisée.

L'imbrication des patrimoines : En effet, le tribunal de commerce d'Agadir retient comme critère celui d'une confusion des comptes, tel « *l'existence d'une véritable interdépendance et imbrication et imbrication entre plusieurs patrimoines sociaux s'il s'agissait d'un seul patrimoine social, au point qu'il devient difficile pour un expert de distinguer un patrimoine d'un autre, que la confusion des patrimoines justifiant l'extension de la procédure désigne essentiellement l'imbrication des actifs et passifs de deux ou plusieurs entreprises* »¹⁹⁸.

Dans le même ordre d'idée, la cour de cassation française retient comme critère celui d'une confusion des comptes, tel « *un désordre rendant impossible la détermination des droits de chacune des parties concernées*¹⁹⁹ », celui d'une « *imbrication matérielle des patrimoines, actifs et passifs rendant très difficiles, voire*

¹⁹⁷ Il s'agit d'ailleurs du sens premier de l'expression elle-même de confusion de patrimoine.

¹⁹⁸ Tribunal de commerce d'Agadir, jugement n° 807 du 06/06/2006 cité par F.-EL IDRISSE et N-ROUINI, « la notion inachevée de confusion des patrimoines en droit des entreprises en difficultés : les réponses de la jurisprudence », publié par L'institut Marocain de L'information Scientifique et =Technique sur [www. revues.imist.ma](http://revues.imist.ma/?journal=REMSES&page=index) 2020. <http://revues.imist.ma/?journal=REMSES&page=index> (consulté le 11/07/2020).

¹⁹⁹ M-CABRILLAC et PH-PETEL., op. cit., p 799.

*impossible la détermination du véritable titulaire »*²⁰⁰. Nombreux sont les arrêts qui y font référence, que cette imbrication soit totale ou partielle²⁰¹. Parmi les formules utilisées par les cours d'appel, l'on peut citer : l'imbrication permanente et substantielle des actifs²⁰², le non- respect de la distinction théorique des patrimoines²⁰³, l'impossibilité d'individualiser les différentes activités des sociétés et l'absence de communication d'une quelconque comptabilité²⁰⁴, ou encore l'existence d'intérêt tellement impliqués que les relations financières deviennent anormales et qu'il devient impossible de distinguer un patrimoine de l'autre²⁰⁵.

2. Condition accueillie par la doctrine.

Cette condition d'une imbrication matérielle des patrimoines a été approuvée par la plupart des auteurs. A cet égard, Monsieur BARBIERI définit la confusion de patrimoines comme *«une interpénétration des patrimoines traduite par des mouvements anormaux »*²⁰⁶

Dans le même ordre d'idées, Monsieur HOVASSE avance que *« ... l'imbrication peut résulter de relations commerciales anormales. Par telles relations. Les dirigeants opèrent des mouvements de valeurs d'une société à l'autre de telle sorte qu'actif et passif de l'une ou de l'autre se trouvent mêlés »*²⁰⁷. En d'autres termes, les mouvements de valeurs d'un patrimoine à l'autre constituent des éléments indispensables à la confusion de patrimoines, dès lors qu'ils matérialisent l'imbrication

²⁰⁰ J.-M.DELENEUVILLE., «Critères de la confusion des patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques », Revue des procédures collectives, 2002.. p 161 ; cité par B.ROLLAND., op. cit., p 799.

²⁰¹ CA. BORDEAUX. 6avril 1999 ;juris- Data n° 040967.

²⁰² قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، رقم 2015/81 الصادر بتاريخ 23/06/2015 غير منشور.

²⁰³ CA Toulouse, 17 janvier 1999 : juris-Data n° 042123.

²⁰⁴ F-REILLE,op.cit.,p.183 et s.

²⁰⁵ F-REILLE,op.cit.,p.183 et s.

²⁰⁶ J.-F-BARBIERI, « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », in « La situation des créanciers d'une entreprise en difficultés », Montchrestien 1998, p.45 et s. Monsieur BARBIERI ajoute même que *« l'imbrication d'actif et de passif paraît désormais être le critère de confusion de patrimoines »*.

²⁰⁷ D-PORRACHIA, note sous cass . com. 16 janvier 2001, droit et patrimoine 2001, n° 2870.

effective des patrimoines²⁰⁸. En d'autres termes, il est essentiel que soient rendues «perméables les cloisons. Existant entre les structures distinctes» que «les patrimoines aient effectivement communiqué entre eux»²⁰⁹ pour que soit caractérisée la confusion patrimoniale. Cela étant, l'imbrication des éléments est, à juste titre, la seule caractéristique que la cour retient pour qualifier la confusion, les relations anormales matérialisant ce mélange²¹⁰.

3.L'existence de flux financiers anormaux.

L'existence de « flux financiers anormaux »²¹¹ entre les sociétés²¹² caractérise également la confusion de patrimoines. Ce dernier indice consiste en « des transferts d'actifs, des abandons de créances »²¹³, à condition que leur anormalité soit démontrée. Toutefois, la seule constatation de l'existence de flux anormaux ne suffit pas à elle seule à fonder le constat d'une confusion de patrimoines²¹⁴ et par là même, à gommer les frontières entre les patrimoines des sociétés²¹⁵, de tels flux doivent de surcroît être sans contrepartie²¹⁶, il n'en sera pas ainsi s'il s'avère qu'une filiale paie à une société-mère²¹⁷. Ou inversement, un loyer dès lors qu'une telle rémunération correspond bel et bien à une location effective et dont le montant est tout à fait raisonnable²¹⁸.

²⁰⁸ C-CUTAJAR, « Le montage société civile immobilière/ société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective », bulletin jolly 1999, p. 1057.

²⁰⁹ PH-PETEL, Note sous cass. Com. 16 janvier 2001, Revue droit et patrimoine 2001, n° 2870.

²¹⁰ C-CUTAJAR, op.cit.

²¹¹ A-SQUALLI, « les principales difficultés d'application de la loi sur les procédures collectives », Revue de droit et d'économie. N° 19.2002.p 13.

²¹² A-SQUALLI, « La réforme en matière de réglementation des sociétés anonymes », journée d'étude organisée par L'AMITH-FES (association marocaine des industries du textile et de l'habillement, le 04/06/1998.

²¹³ B-ROLLAND., op. cit., p 799.

²¹⁴ C.-SAINT-ALARY-HUOIN, « les nouvelles procédures à l'épreuve jurisprudence- le « resserrement » de l'extension de procédure sur la confusion des patrimoines et la fictivité des personnes morales », Revue droit et patrimoine, n° 160., juin 2007., p 85.

²¹⁵ A titre d'exemple des opérations de prêt et de cautionnement entre les sociétés.

²¹⁶ A-SQUALLI, « Droit et pratique en matière de la faillite et de liquidation judiciaire des entreprises », 1er édition.1995.

²¹⁷ A-BEZERT, « les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines », Thèse publiée, LGDJ, bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, 2021.

²¹⁸ Cité par F-CONAN, « Filiale et procédure collective : que risque la mère ? », éd Universitaires Européennes, 2018.

Volonté de créer la confusion : Mieux encore, l'on ne saurait déduire le caractère anormal du seul fait que la société-mère ne réclame pas le remboursement d'un prêt à une filiale, du moment où il est tout à fait normal que la mère vienne en aide à sa filiale, qui souffre de difficultés financières.

Volonté de léser les créanciers : Le flux n'est donc anormal que dans la mesure où il cause un préjudice notable aux créanciers de la société en difficulté et cette notion « *doit s'interpréter à la lumière de la logique qui gouverne le mécanisme de l'extension de la procédure collective : il s'agit de corriger les abus débouchant sur un préjudice anormal pour les créanciers du débiteur faisant l'objet de la procédure collective* »²¹⁹.

Preuve de l'anormalité du flux et absence de contrepartie : La procédure ne saurait donc être étendue que si, et seulement si l'intéressé prouve le caractère anormal et sans contrepartie desdites relations. A ce titre, Monsieur TRICOT avance à bon escient que « *dès lors que les engagements financiers et les règlements trouvent leur cause dans des engagements réciproques, l'extension pour confusion de patrimoines n'est pas encourue* »²²⁰. De la sorte, la confusion doit être telle qu'il devient impossible de distinguer les droits de chacune des sociétés.

Dans un arrêt rendu en date du 5 mars 2002, la cour de cassation française a modifié sa terminologie en faisant allusion aux « relations financières anormales » entre les sociétés concernées constitutives de patrimoines²²¹.

Afin de bien concrétiser ce qu'on vient de dire on va présenter un jugement qui est rendu par le tribunal de commerce de Casablanca le 11-05-2018 dossier

²¹⁹ Cass.com., 4 juillet 2000., obs. M-CABRILLAC et PH-PETEL., J.C.P. 2001, p 17.

²²⁰ dans ce cadre, l'intérêt est principalement constitué par la contrepartie reçue dans le cadre d'un contrat synallagmatique. cité par D.TRICOT, « les critères de la gestion de fait », Revue droit et patrimoine, 1996.p.161.

²²¹ Cass.com., 5 mars 2002., pourvoi n° 99-13302.

2017/8321/171 concernant la « société de la Samir »²²² cette dernière n'a pas été dénuée de soupçons de l'existence d'une confusion des patrimoines entre elle et ses filiales²²³. D'ailleurs, ledit jugement présente un intérêt majeur en la matière²²⁴.

La décision prévoit expressément que l'une des figure des flux financiers est de « prise en charge par une entreprise des frais et des dépenses d'une autre entreprise ou l'acquittement de factures u profit d'une autre entreprise ». par conséquent, face à la demande introduite par le syndic d'extension de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la société CORRAL HOTEL RESORTS & COMPANY, à la société Marocaine de TRANSPORT ET DE STROKAGE DES PRODUITS PETROLIERS (TSPP), à la société SALAM GAZ et à la société de DISTRIBUTION DES CARBURANTS ET COMPUSTIBLES (SDCC) sur le fondement de la confusion des patrimoines, le tribunal ne retient l'extension qu'à l'égard de certaines sociétés, ce qui demeure que la pertinence du motif de confusion est requise pour prononcer l'extension de la procédure. aussi convient-il d'élucider les faits entourant chaque cas pour déceler ces indices retenus par la jurisprudence susceptibles de caractériser une relation financière anormale constitutive d'une confusion des patrimoines.

Concernant la demande de l'extension de la procédure de liquidation judiciaire à la société HOTELLIERE SAMIR et la société CORRAL HOTELRESORTS & COMPANY :

Le syndic affirme dans sa demande d'extension de la procédure de liquidation judiciaire que la société SAMIR a conclu en date du 28 décembre 2006 une convention avec la société CORRAL HOTELRESORTS & COMPANY débouchant sur la cession de 48831 actions appartenant à la société SAMIR dans le capital de la société

²²² حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 8321/171 الصادر بتاريخ 11/05/2018. غير منشور.

²²³ F.-EL IDRISSE et N- ROUINI, « la notion inachevée de confusion des patrimoines en droit des entreprises en difficultés : les réponses de la jurisprudence », op.cit., p.5.

²²⁴ Jugement traduit par : F.-EL IDRISSE et N- ROUINI, « la notion inachevée de confusion des patrimoines en droit des entreprises en difficultés : les réponses de la jurisprudence », op.cit., p.5 et s.

HOTELLIERE SAMIR, au profit de la société CORRAL HETELRESORTS & COMPANY. Une partie du prix de la cession a été acquittée en intégralité alors que pour le reste, M. Baamer J. en sa qualité de PDG de la société HOTELIER SAMIR, de dirigeant de la société CORRAL HOTELRESORTS & COMPANY et administrateur de la société SAMIR, à émis 6 lettre de change au nom de la société HOTELLIERE SAMIR à hauteur du montant restant pour qu'elle se substitue à la société CORRAL HOTELRESORTS & COMPANY pour le paiement le prix de cession au lieu de remettre ces lettres de changes à la société SAMIR, toutefois, celles-ci n'ont pas été présentées au paiement et ont été conservées dans la trésorerie de la société jusqu'à prescription, d'où la confusion des patrimoines des trois sociétés en cause.

En réponse aux propos du syndic, le juge invoque qu'il ressort des spécimens des chèques, des lettres de changes, des factures et des ordres de paiement de la SAMIR au profit de la société CORRAL HOTELRESORTS & COMPANY, la SAMIR a continué de payer les charges de la société HOTELLIERE SAMIR.

Or, « attendu que la continuation de paiement par la société SAMIR des charges incombant à la société HOTELLIERE SAMIR au lieu de la société CORRAL HOTELRESSORTS & COMPANY après complète cession des actions constitue l'une des figure des flux financiers anormaux prouvant la confusion des patrimoines conformément à la définition apportée par la jurisprudence commerciale à (cette notion)... et que la continuation du même dirigeant social de payer les dépenses d'une société au détriment d'une autre constitue une preuve de la situation de confusion des patrimoines » et décide sur ce que, l'extension de la procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de la société HOTELLIERE SAMIR et de la société CORRAL HOTELRESORTS & COMPANY est fondée.

La jurisprudence retient donc que la caractérisation du flux financier peut se manifester par le support de charges appartenant à une autre structure.

Concernant la demande d'extension de la procédure de liquidation judiciaire à la société SALAM GAZ :

En l'espèce, le syndic fonde la demande d'extension de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la SAMIR à la société SALAM GAZ sur le fait que la société SAMIR et la société SALAM GAZ ont conclu en 2104 un contrat de prêt à l'effet duquel la société SAMIR continuait de fournir à la société SALAM GAZ du gaz jusqu'à acquittement du montant dudit prêt et qu'en date du 28-11-2014, les parties ont conclu ensuite un autre contrat de prêt pour acquisition de marchandises et que suite à cela, la société SAMIR est débitrice envers la société SALAM GAZ d'un certain montant, mais que la compensation entre les dettes de la société SAMIR est soumise à la liquidation judiciaire, arguant qu'il est établi judiciairement que l'opération de compensation est illégale comptablement dans la mesure où elle constitue l'une des figures de la confusion des patrimoines en ce qu'elle engendre un désordre comptable empêchant la distinction entre le créancier et le débiteur.

En d'autres termes, la demande est fondée sur un enchevêtrement des positions de créanciers et de débiteur qui devraient être précis dans une relation commerciale.

Cependant, le juge conforte qu'il n'existe aucune polémique concernant l'extinction de la dette découlant de la première opération de prêt, et que par rapport à la seconde opération, le juge commissaire a décidé l'admission de la créance de la société SALAM GAZ au passif de la société SAMIR soumise à la liquidation judiciaire et que par conséquent, la clarté de la position créditrice nie l'existence d'une confusion au niveau des passifs des deux sociétés. aussi précise-t-il que le fait que la société SAMIR soit soumise à la liquidation judiciaire ne permet pas de dire que la compensation ne peut être établie sans mentionner les raisons qui l'empêcheraient, d'autant plus que le montant de la créance est prédéfini, de sorte que le syndic puisse continuer à représenter la société soumise à la liquidation judiciaire à l'égard des tiers et que la procédure de liquidation n'est pas encore clôturée.

Par ces motifs, la demande d'extension de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la société SAMIR à la société SALAM GAZ pour cause de confusion des patrimoines reste non fondée.

Concernant la demande d'extension de la procédure de liquidation judiciaire à la société marocaine de TRANSPORT ET DE STORCKAGE DES PRODUITS PETROLIERS (TSPP) :

Pour conserver la valeur marchande de ses actions, la société SAMIR soumise à la liquidation judiciaire, a cédé 158141 actions à sa filiale, la société TSPP au prix de 23,008.859,21 DHS. Or, faute de liquidité disponible pour conclure la vente, la filiale a dû contacter un emprunt d'une valeur de 23,000.000, 00 DHS auprès de la SAMIR.

Toutefois, le syndic et le juge commissaire ont considéré qu'il s'agit en l'occurrence d'une opération d'achat de la part de la SAMIR de ses propres actions et non pas d'une cession, dans la mesure où la SAMIR en tant que société mère de la société TSPP, détient des actions dans le capital de cette société, et que suite à l'interdiction instituée à l'article 280 de la loi 17-95 d'achat par une société anonyme de ses propres actions, soit directement, soit par une personne agissant en son propre nom, mais pour le compte de la société, la confusion des patrimoines était établie.

Cela dit, le juge considère que du moment que le prix totale de la cession a été transférée et inscrit au crédit du compte courant de la société bénéficiaire, à savoir la société TSPP, la confusion des patrimoines est non justifiée et que la violation des dispositions de l'article 280 de la loi 17-95²²⁵ n'engendre pas forcément l'extension de la procédure judiciaire mais donne lieu à l'application de la sanction prévue par l'article 402 de la même loi²²⁶.

²²⁵ Al.1 article 280 loi 17-95 sur les sociétés anonymes prévoit qu' « il est interdit à la société :

1) la souscription et l'achat par la société de ses propres actions, soit directement, soit par une personne agissant en son propre nom, mais pour le compte de la société, sauf si l'acquisition de ces actions vise leur annulation à l'effet de réduire le capital conformément aux dispositions de l'article 208 ».

²²⁶ Article 402 la loi 17-95 énonce que : « seront punis de la même peine prévue à l'article 401, les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme qui auront, au nom de la société, souscrit, acquis, pris en gage, conservé ou vendu des actions émises par celle-ci en violation des dispositions des articles 279 à 281. Sont passible de la même peine, les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme qui auront, au nom de celle-ci, effectué les opérations suivantes : avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers, opérations interdites par l'article 280 (paragraphe 3) ».

Ainsi, la demande d'extension de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la SAMIR à la société TSPP pour motif de confusion des patrimoines est non fondée.

De manière inverse, si la remise des sommes n'était pas justifiée, l'absence de contrepartie aurait été retenue comme indice prouvant l'existence de flux financiers anormaux et conséquemment, aurait justifié la confusion des patrimoines.

Concernant la demande d'extension de la procédure de liquidation judiciaire à la société DE DISTRIBUTION DES CARBURANTS ET COMBUSTIBLES (SDCC) :

Le syndic fonde la demande d'extension de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la SAMIR à la société SDCC pour motif de confusion des patrimoines sur deux points essentiels : le premier étant que la société SAMIR a établi une facture d'avoir au profit de sa filiale, la société SDCC, et après examens des opérations inter-sociétés, il constate que ladite opération figure sur les comptes annuels de la société SDCC et de là, conclut que le dirigeant manipulait la comptabilité des deux sociétés en les assimilant à une seule entreprise, le second, par ailleurs, concerne la cession d'une unité de production de la société SAMIR nommée BLENDING au prix de 400.000.000.00 confirmant que l'opération n'avait pour but que de réduire les pertes d'exploitation qu'a subi la société SAMIR en 2014, la société SDCC en tant que qu'acquéreur n'en a aucunement tiré profit, au contraire, l'opération a alourdi les finances de la société.

Néanmoins, relativement à la première opération, le juge conforte que la société SDCC a procédé à l'annulation de l'avoir et que la société SDCC avait résilié le contrat de vente et par conséquent rejette la demande d'extension sollicitée.

En somme, il reste que l'on reproche à la jurisprudence de continuer à utiliser l'expression flux financiers anormaux même dans les cas où l'anormalité dérive d'un flux à sens unique. Les cas des sociétés HOTELIERE SAMIR et CORRAL

HOTELRESORTS & COMPANY filiales de la société SAMIR et le cas de la société CARI CONFORT PLUS filiale de la société CARI CONFORT, le confirment bien. Il aurait été plus pertinent d'invoquer le critère de relations financières anormales certainement plus logique dans ces cas d'espèces où l'anormalité détectée n'implique pas des agissements réciproques.

Il reste encore que l'extension de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire trouve pareillement application dès lors que les personnes morales n'ont pas d'existence réelle en raison de leur fictivité.

B. La fictivité des sociétés

Cause traditionnelle d'extension de procédure, la fictivité des sociétés est d'une importance pratique à telle enseigne que certains auteurs soutiennent que cette notion absorbe celle de confusion de patrimoines, en ce sens que cette dernière ne pourrait s'expliquer que par la fictivité d'une ou plusieurs sociétés.

1. Dissociation des deux notions par la jurisprudence.

Il convient de signaler que tels concepts ne se recoupent pas absolument²²⁷. Généralement, la confusion de patrimoines est l'indice de la fictivité des sociétés, mais tel n'est pas toujours le cas, en ce sens qu'il est parfaitement possible qu'une société soit fictive sans que des flux financiers anormaux ne soient constatés, ni que leurs actifs ne soient imbriqués²²⁸. Plus largement, nombreux sont les arrêts qui parviennent à déceler la fictivité sans référence à la confusion de patrimoines²²⁹.

Contrairement à l'hypothèse de confusion des patrimoines, la fictivité met en œuvre la théorie générale de simulation²³⁰, en ce sens qu'elle consiste en une société

²²⁷ C.-SAINT-ALARY-HOUIN, 5^e éd., op.cit., n° 385, p 230.

²²⁸ R-AZEVEDO, « le caractère collectif des procédures collectives », LGDJ, bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, 2020.

²²⁹ A-SQUALLI, « Droit et pratique en matière de faillite des entreprise », colloque organisé par le département de droit public, faculté de droit de Fes en 1994 sur le thème : « Droit et pratique au Maroc ».

²³⁰ P-M. LE CORRE, op.cit., p.272.

de façade dont les membres ne sont que des prête-noms. Il s'y a qu'apparence de la personnalité morale.

2.Absence d'affectio societatis.

En effet, une société fictive est celle dans laquelle un des éléments constitutifs de la société fait défaut, c'est un quelque sorte un « fantôme juridique »²³¹ du simple fait qu'elle ne reflète point la définition accordée par l'article 982²³² du dahir formant code des obligations et contrats²³³.

Une société est donc fictive dès lors qu'elle est dépourvue d'affectio societatis²³⁴ toutefois, dans le but de protéger les tiers des fâcheuses conséquences que peut engendrer une telle situation, la jurisprudence française s'est efforcée de lui donner une conception beaucoup plus large qui réside dans la recherche du mobile ayant présidé l'existence d'une société fictive.

En effet, il est assez fréquent qu'une société soit créée dans le but de lui fait peser les risques pouvant résulter d'une opération commerciale aléatoire, ou pour léser les créanciers sociaux en lui transférant une partie du patrimoine social, ou pire encore, afin de permettre à la société-mère d'effectuer des activités prohibées. Ceci étant, il en découle qu'une société fictive est une « coquille vide »²³⁵, un intrus qui ne sert qu'à masquer les agissements du maître de l'affaire.

A l'instar du cas de confusion des patrimoines, l'extension sur le fondement de la fictivité a pour finalité de « chasser l'intrus » et par la même de faire rejaillir une réalité juridique que l'apparence trompeuse avait voulu masquer au détriment des créanciers de la structure à l'encontre de laquelle la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire avait déjà été ouverte.

²³¹ A.-CERATI-GOUTIHER, op.cit.,p.233.

²³² L'article 982 du dahir formant code des obligations et contrats dispose que « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs biens ou leur travail, ou tous les deux à la fois, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ».

²³³ Bulletin officiel n° 46 du 12 septembre 1913., p 78.

²³⁴ Concernant l'affectio societatis, se référer à la thèse de Monsieur V-CUISINIER, « l'affectio societatis », LGDJ., juillet 2008.

²³⁵ A.CERATTI-GAUTHIER., op. cit., n° 302., p239.

Chapitre 2 : Les sanctions personnelles.

Une fois que les conditions d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire sont remplies, le tribunal peut prononcer à toute époque²³⁶ de la procédure l'interdiction de gérer, d'administrer ou de contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale et toute société commerciale ayant une activité économique.

Aucune disposition de la loi ne réserve l'application de la sanction civile à la seule période initiale de la procédure et n'en prévoit l'exclusion au cours de la phase terminale de la liquidation, si toute poursuite de l'exploitation se révèle impossible de plus, la liquidation n'étant pas clôturée, le prononcé de la déchéance commerciale demeure possible.

Cela étant, la question qui nous vient à l'esprit est celle de savoir si l'on peut envisager de permettre au tribunal de prononcer la déchéance commerciale après l'issue de la procédure et la clôture des opérations de liquidation²³⁷ ? En d'autres termes, serait-il opportun de prononcer la déchéance commerciale à l'issue de procédure collective, époque à laquelle les agissements du dirigeant sont mieux connus ou faudrait-il, en revanche subordonner le prononcé de déchéance commerciale à la nécessité que la procédure soit toujours en cours ?

A notre sens, il serait préférable de prononcer la déchéance commerciale même après la clôture des opérations de liquidation car a contrario, dès que procédure est close, aucune condamnation ne pourrait plus être prononcée, chose qui serait contraire à la morale.

Cela étant, les articles 745 et 746 du code de commerce visent deux catégories de personnes à l'encontre desquelles peut être prononcée une déchéance commerciale. Il s'agit en effet *des personnes physiques commerçants et des personnes physiques, dirigeants de droit ou de fait de personnes morales ayant une activité économique*. Seules les personnes physiques peuvent faire l'objet d'une telle sanction. De même, en

²³⁶ Article 750 du code de commerce.

²³⁷ Cité par Cité par M-AFARKOUS, op.cit., p.428.

raison de son caractère personnel, la déchéance commerciale ne peut en aucun cas être prononcée à l'égard des héritiers du dirigeant fautif.

Les cas d'ouverture mis en place par la loi du 19 avril 2018 constituent une liste limitative, en ce sens que l'insuffisance d'actif ne saurait à elle seule constituer un des faits sanctionnés par la déchéance commerciale

Il y a lieu donc de traiter la teneur des sanctions personnelles (**section1**), avant de s'arrêter sur les conditions d'ouverture de la déchéance commerciale (**section 2**).

Section 1: la teneur des sanctions personnelles

En application des articles 745 et suivants du code de commerce, le tribunal procède à l'éviction du débiteur des affaires commerciales selon un processus très réglementé.

Seront donc envisagés le domaine de la sanction personnelle (**sous-section1**), avant de s'arrêter sur les cas légaux de la déchéance commerciale (**sous-section2**).

Sous -Section 1 : Le domaine de la sanction personnelle

En raison de leur spécificité, la mise en œuvre des sanctions personnelles du droit des entreprises en difficulté suppose le respect de conditions particulières. C'est la nature de la procédure ouverte à l'égard de l'entreprise qui détermine L'exercice d'une action aux fins de sanctions professionnelles est ainsi subordonné à la nature de la procédure collective ouverte à l'égard de l'entreprise, mais dépend de la qualité de personnes visées. Il faut alors mettre en relief les procédures visées (A) avant de s'arrêter sur les cas où ils peuvent être sanctionnés (B).

A. -Les procédures visées

Les sanctions civiles extra-patrimoniales instaurées par le droit des procédures de traitement des difficultés de l'entreprise visent uniquement le dirigeant d'entreprise en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. Cela concerne l'hypothèse classique, où la cessation de paiement de l'entreprise donne lieu au traitement judiciaire de ses difficultés (1).

Néanmoins la procédure de sauvegarde, ouverte à l'initiative du débiteur en cas de difficultés qu'il n'est pas en mesures de surmonter, ne peut donner l'occasion de

l'ouverture d'une action en vue de sanctionner le dirigeant d'entreprise par la déchéance commerciale (2).

1- Le redressement et la liquidation judiciaire

Comme auparavant, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires²³⁸ le dirigeant d'entreprise en difficulté est susceptible, de sanctions personnelles

Le domaine des sanctions civiles extra-patrimoniales est en conséquence plus vaste que celui de la responsabilité pour insuffisance d'actif.

Cependant, les sanctions personnelles n'ont pas pour but d'engager la responsabilité patrimoniale du dirigeant d'entreprise en cas de faute de gestion ayant contribué une insuffisance d'actif. Seuls certains faits répréhensibles préalable à l'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire²³⁹ sont en mesure d'aboutir au prononcé d'une mesure de déchéance commerciale afin de protéger le «monde économique» des dirigeants d'entreprise incompetents ou malhonnêtes.

Les actions civiles extra-patrimoniales peuvent être exercées lors de l'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire. Les objectifs d'anticipation des difficultés, véhiculés par la loi 73-17 n'ont pas entraîné la limitation des conditions d'ouverture de ces sanctions. De surcroît, en maintenant la dualité des procédures qui permettent d'introduire une instance aux fins de sanctions, le principe de séparation de l'homme et de l'entreprise est préservé.

En effets, un dirigeant d'entreprise peut être condamné pour déchéance commerciale sans compromettre les chances de redressement de l'entreprise et la poursuite de son activité ou contrevenir aux opérations de liquidation. Le sort de l'un n'ayant pas d'incidence sur l'autre. Mais, comme en matière d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la sauvegarde échappe au mécanisme de sanctions civiles personnelles (2).

²³⁸ Art 740 du code de commerce

²³⁹ L-DISA, op.cit.,p.341.

2- L'exclusion de la sauvegarde

La nouvelle loi 73-17 jugeant que l'inefficacité du système est due à un traitement trop tardif des difficultés, il crée une nouvelle procédure dite de sauvegarde applicable en l'absence de cessation des paiements. Cette loi est basée sur une nouvelle idée : il faut permettre un traitement très précoce des difficultés, ce qui suppose en pratique que la nouvelle procédure de sauvegarde suscite l'engouement. Or, cette procédure ne peut être ouverte que sur demande du chef d'entreprise. Il importe donc de mettre celui-ci en confiance afin de l'inciter à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. A cette fin ; le législateur a pris diverses mesures d'encouragement du chef d'entreprise, et parmi celles-ci, il a décidé de réduire les sanctions encourues.

Néanmoins, ce mouvement de réduction des sanctions, qui sert la politique juridique mise en place, ne traduit que partiellement la réalité du droit positif.

Si la procédure de sauvegarde constitue bien une procédure collective, au sens où elle permet un traitement judiciaire des difficultés, elle se démarque des procédures habituelles de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, étant donné que l'entreprise n'est pas en cessation des paiements. A ce titre, la procédure de sauvegarde bénéficie d'un régime plus favorable, puisqu'elle soustrait le dirigeant d'entreprise à toute sanction spécifique du droit des entreprises en difficultés.

La nouvelle procédure créée par la loi 73-17 du 19 avril 2018 tient une place particulière au sein des procédures de traitement des difficultés de l'entreprise. Comme son nom l'indique, la sauvegarde entend maintenir l'activité de l'entreprise par le traitement anticipé des difficultés²⁴⁰. Celles-ci ne résultent pas l'Etat de cessation de paiement et laissent présager d'une « sortie de crise » favorable²⁴¹. Surtout, les modalités de mise en œuvre de la procédure de sauvegarde, dont l'ouverture est réservée à l'initiative du débiteur, mettent en lumière l'anticipation accrue voulue par le législateur. Face une telle finalité, la procédure se veut beaucoup plus souple et attractive que les classiques procédures de redressement et de liquidation judiciaire.

²⁴⁰ Art 560 du code de commerce

²⁴¹ Art 561 du code de commerce

L'efficacité de la sauvegarde repose donc sur un régime exempt de sanctions à l'encontre du dirigeant d'entreprise. Si l'hypothèse contraire avait été prévue, le débiteur qui connaît certaines difficultés n'aurait peut-être pas pris le risque de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de crainte de se voir évincer de ses fonctions de dirigeant d'entreprise pendant un laps de temps déterminé.

L'exclusion de la sanction du champ de la sauvegarde préserve la finalité et le « potentiel d'attraction » de celle-ci. Ces sanctions professionnelles restent donc cantonnées au redressement judiciaire et à la liquidation judiciaire de l'entreprise, puisqu'elles permettent une meilleur concordance entre le but poursuivi par ces procédures et l'objectif visé par les sanctions du droit des procédures des difficultés de l'entreprise, tout en favorisant la sauvegarde de l'entreprise. Or, il arrive parfois que la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde soit détournée par le dirigeant d'entreprise à des fins utilitaristes confinant parfois à un égoïsme exacerbé. Dans ce cas, la procédure de sauvegarde n'assure plus la poursuite d'une activité, ni le maintien de l'emploi mais se trouve paradoxalement à l'origine d'une situation avantageuse au profit du dirigeant que la relation contractuelle ne permettrait pas d'obtenir. De ce fait, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde constitue une opportunité pour le dirigeant malhonnête pour résoudre ses problèmes en créant volontairement de manière artificielle des difficultés auxquelles le dirigeant semble, a priori, incapable de faire face.

En effet, Le rythme d'ouverture des procédures de sauvegarde reste un peu faible avec 18 procédure de sauvegarde depuis le début d'application de la nouvelle loi²⁴², il est trop tôt pour données des conclusions utiles la plupart d'entre elles font encore l'objet de la poursuite d'une période d'observation.

²⁴² Nous signalons que la première société au Maroc ayant bénéficié du plan de sauvegarde est la société STORC industrie.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 92 الصادر بتاريخ 12/07/2018 في الملف التجاري رقم 59/8301/2018 غير منشور.

Evolution du nombre de procédure sauvegarde depuis avril 2018								
Agadir	Casablanca	Fès	Marrakech	Meknès	Oujda	RABAT	Tanger	Totale
1	9	1	4	0	0	3	0	18

Il est intéressant, trois ans après l'entrée en vigueur de cette procédure d'examiner la théorie. En s'interrogeant sur l'hypothèse de détournement de la procédure de la sauvegarde.

B- L'hypothèse de détournement de la procédure de sauvegarde

L'article 561 du code de commerce prévoit qu'une telle procédure est susceptible d'être ouverte si le débiteur. Sans être en état de cessation de paiement, éprouve des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. L'objectif de la procédure de sauvegarde est précisément la « sauvegarde » de l'entreprise. C'est-à-dire la poursuite de son activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Les créanciers en sont donc éloignés, d'autant que la procédure ne peut s'ouvrir qu'à la demande du débiteur.

La condition principale tient à la situation du débiteur. Il doit être « en difficulté ». Peu importe la nature de ces difficultés ; elles peuvent être d'ordre financier, économique, sociale, ou encore juridique et trouver ainsi leur expression dans des questions tenant à l'exécution d'un contrat. Encore faut-il, toutefois que ces difficultés aient une certaine intensité. Les textes parlent de « difficultés insurmontables », c'est-à-dire de difficultés que le débiteur ne peut surmonter par lui-même et de difficultés qui doivent, probablement, mais pas « plus » nécessairement, conduire à la cessation de paiements.

Trois années d'application de la nouvelle loi est un temps très bref pour caractériser une telle pratique.

De ce fait, la jurisprudence française a été confrontée au contentieux mêmes de la sauvegarde évoquons deux affaires.

Dans un arrêt rendu en date du 26 juin 2007, la cour de cassation française faisant observer que la situation de la société en cause doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en considération les capacités financières du groupe

auquel elle appartient; et ajoutant que les conditions d'ouverture doivent être appréciées au jour où il est procédé à cette ouverture²⁴³.

Cet arrêt nous enseigne aussi que la sauvegarde est une procédure de prévention qui n'est pas subordonnée aux poursuites des créanciers.

CA paris, 25 févr.2010, rendu dans l'affaire cœur Défense, et déclarant qu' «en raison du principe de la force obligatoire des contrats, il n'appartient pas à la société en cause de modifier unilatéralement les contrats de prêts souscrit ni, en l'absence de réelles difficultés affectant son activité, de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à seule fin de faire échec à l'impossibilité juridique dans laquelle elle se trouve d'imposer une telle modification, en obtenant, indirectement mais nécessairement par le seul effet de la procédure, la suspension des clauses contractuelles qu'elle n'a pas antérieurement réussi à faire modifier d'un commun accord »²⁴⁴.

Pour comprendre la portée de ce cet arrêt, il convient de retracer brièvement les faits.

❖ Rappel des faits

La société de droit français cœur de défense²⁴⁵, a acquis en 2007 dans le cadre d'une opération dite de LBO (leveraged buy out) un ensemble immobilier appelé « coeur de défense ».

La société dame Luxembourg est l'actionnaire unique de la société cœur de défense²⁴⁶.

Cette dernière emprunte un montant de 1.6 milliards d'euros remboursable in fine en 2012.

❖ Les garanties de de prêt

Des contrats de prêt ont été conclus par la société cœur de défense prévoyant trois garanties principale :

²⁴³ BULL.civ.IV, n° 176 et 176.

²⁴⁴ JCP E 2011, 1215.

²⁴⁵ Elle s'appelle en réalité « SAS Heart of La Défense » hold.

²⁴⁶ Ces deux sociétés ont été constituées pour les besoins de l'opération de LBO.

- Une hypothèque sur un immeuble situé dans le quartier de la défense ;
- Une cession de créance sur les loyers à venir (type daily) un nantissement sur les parts de la société cœur de défense avec application d'un pacte commissaire (soumis au droit luxembourgeois).

❖ Particularité de prêt

L'emprunt portant intérêts à taux variable, la société de cœur de défense avait l'obligation contractuelle de souscrire un contrat de couverture de taux auprès de la société Lehmann Brother (banque de couverture).

Le 15 septembre 2008, les sociétés de Lehmann Brother ont fait l'objet d'une procédure de faillite. Les créanciers²⁴⁷ ont alors exigé de la société la conclusion d'un contrat de couverture de risque auprès d'une banque, faute de quoi le contrat de prêt deviendra immédiatement exigible.

La société cœur de défense qui continuait à régler les échéances contractuelles, et après des discussions avec les créanciers, la société cœur de défense a estimé qu'il ne lui était pas possible, vu la crise économique, de faire un nouveau contrat de couverture de risque.

Le 25 octobre 2008, la société de gestion Eurotitrisation a convoqués les porteurs de parts pour une assemblées afin de se prononcer sur l'exigibilité anticipée du prêt. Au même temps la société cœur de la défense et la société Dame luxembourgeois, ont obtenu du tribunal de commerce de paris l'ouverture de deux procédures de sauvegarde.

Ce jugement a fait l'objet d'une tierce opposition des créanciers, représentés par Eurotitrisation en sollicitant la rétractation des jugements de l'ouverture. Elle soutenait que les débiteurs n'étaient pas éligibles à l'ouverture de sauvegarde et ils n'étaient pas confrontés à des « difficultés insurmontables » au sens de la loi.

²⁴⁷ Suite à une opération de titrisation Le prêt consenti par le groupe Lehmann Brother (banque de couverture) a été racheté par un fond commun de titrisation géré par la S.A.Eurotitrisation. (la société cœur de défense est devenu débitrice d'un fond commun de titrisation)

❖ Jugement du 7 octobre 2009

Le tribunal de commerce de paris a rejeté la demande de rétractation. Le tribunal notamment considéré que la menace liée à l'exigibilité anticipé du prêt, qui aurait conduit la société cœur de la défense à des difficultés insurmontable²⁴⁸.

❖ Arrêt du 25 février 2010, cour d'appel de paris.

Sur appel du jugement du 7 octobre 2009 ayant déclaré la tierce opposition recevable. La cour d'appel de paris confirme la recevabilité de la tierce opposition et a rétracté les deux jugements d'ouverture de la procédure de sauvegarde²⁴⁹.

La cour relève que la société cœur de défense n'a pas prétendu que la souscription de nouveaux contrats de couverture de taux lui était impossible, mais le coût lui semblait excessif.

Aussi selon la cour, la société cœur de la défense n'a pas fait état de difficultés à poursuivre son activité de bailleuse de locaux, mais seulement de circonstances imprévues lui rendant plus onéreuses l'exécution de ses obligation contractuelles.

S'agissant de la société Dame Luxembourgeois, la cour estime que celle-ci n'a pas justifié de difficultés à poursuivre son activité de gestionnaire des titres de ses filiales.

Enfin, la cour a considéré que ces derniers avaient sollicité l'ouverture de cette procédure pour imposer à leurs créanciers une modification unilatérale des accords contractuelles et pour faire échec à l'exécution du pacte commissaire afférent aux titres sociaux nantis.

En effet, cet arrêt, « contractuel » si l'on ose dire, a provoqué la réaction de la cour de cassation qui a clairement affirmé qu' « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter (et qui sont de nature à la conduire à la cessation de paiement) »²⁵⁰.

²⁴⁸ Tribunal de commerce de Paris, 7 octobre 2009, RG n° 2008089778.

²⁴⁹ CA, Paris 25 février 2010, RG n° 09/22756.

²⁵⁰ Cass.com., 8 mars 2011 : JCP G 2011, 627, n° 1, obs. P. pétel.

Ce dernier arrêt retient une solution simple : si le débiteur a des difficultés insurmontables, il n'y a pas lieu de s'interroger sur les finalités qu'il poursuit au regard de ses obligations contractuelles si, en revanche, il ne connaît pas de telles difficultés, la procédure de sauvegarde lui est fermée. Le seul critère à considérer est celui des difficultés du débiteur, à l'exclusion de toute référence à ses obligations contractuelles et à leur force, sous réserve de l'hypothèse de fraude²⁵¹.

1- Les fraudes envisageables

La définition de fraude donnée par José Vidal dans sa thèse : la fraude se manifeste « chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »²⁵².

Puisque la seule condition pour l'ouverture d'une sauvegarde est l'existence des difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter, la fraude pourrait être réalisée en jouant sur les deux éléments : créer des difficultés volontairement (artificiellement) et faire en sorte, par les actes de gestion idoines, de ne pas avoir les moyens d'y faire face. Le débiteur pourrait ainsi être suspecté de créer des difficultés, ou en donner l'apparence, dans le but d'obtenir des avantages attachés à la sauvegarde et, ainsi, se soustraire à ses obligations contractuelles, au détriment des cocontractants. Sans être impossibles, ces hypothèses sont assez hypothétiques.

2- L'opportunité d'application de l'abus de droit

La théorie de l'abus de droit, ici entendue d'ailleurs comme l'abus de droit subjectifs, est justement destinée à sanctionner le non-respect de la finalité de la règle de droit. Ce principe général est à l'honneur de l'Etat de droit puisqu'il permet d'assurer la fonction sociale de la règle.

En effet, la référence à l'abus de droit, plus adapté que la fraude, permettrait, par sa souplesse d'application, d'écarter du bénéfice de la sauvegarde des entreprises

²⁵¹ P-DELBECQUE, « Le risque de détournement de la procédure de sauvegarde », bulletin jolly 2016, p. 209.

²⁵² J-VIDAL, « essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe *fraus omnia corrumpit* », thèse, Toulouse, 1957.

qui ne rencontrent aucune difficultés tenant à leur activité, qui serait de toute façon maintenu, fut-ce entre d'autres mains, et qui en outre ne provoque effet sur l'emploi.

Le droit de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, comme tout droit subjectif, suppose qu'il n'y ait aucun abus de la part de l'intéressé²⁵³. Un tri fort utile pour l'économie nationale pourrait ainsi être fait entre les entreprises dont l'activité pourrait ainsi être faite entre les entreprises dont l'activité pourrait disparaître (avec les emplois qui y sont attachés) des hypothèses de simple confort ou d'habileté nuisibles pour les créanciers, qui pourraient alors être qualifiées de demande abusive.

On sait que la sanction de l'abus assez large (sanction qui ne présente ici guère d'intérêt), dans ce cadre, il serait judicieux d'instaurer une sanction propre au droit des procédures des difficultés d'entreprise au cas où la procédure de sauvegarde sera détournée par le dirigeant d'entreprise à des fins utilitaristes.

C. L'hypothèse de la conversion de la procédure de sauvegarde

La nouvelle procédure instaurée par la loi 73-17 pénètre le champ du redressement judiciaire de manière bien singulière. En effet, l'alinéa 1 de l'article 573 donne la possibilité au tribunal ou à un créancier de demander la conversion de la procédure en redressement ou en liquidation si l'adoption de plan est manifestement impossible (si l'entreprise n'exécute pas ses engagements fixés par le plan de sauvegarde) alors même que les conditions prévu par l'article 575 ne sont pas réunies²⁵⁴.

Le redressement judiciaire du débiteur en raison d'un jugement de conversion de la sauvegarde en vertu de l'article 573 du code de commerce soulève une interrogation : la procédure du redressement judiciaire qui résulte de ces circonstances est-elle retenue par l'article 575 du code de commerce aux termes duquel « **la procédure de redressement judiciaire s'applique à toute entreprise commerciale en cessation de paiement** » ?

²⁵³ Cité par P-ROSSI, « Le juge face à la procédure collective de l'une des parties », éd Ceprisca, 16 mai 2017.

²⁵⁴ L'alinéa de l'article 575 dispose que « La procédure de redressement judiciaire s'applique à toute entreprise commerciale en cessation de paiement »

La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire fait suite à l'inexécution des engagements fixés par le plan. Dans cette situation, l'entreprise n'est pas en cessation de paiements et ne l'a d'ailleurs jamais été d'après les termes même de l'article 561, alinéa 1, qui dispose que « **La procédure de sauvegarde peut être ouverte sur demande d'une entreprise qui, sans être en cessation de paiements, fait face à des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter et qui pourraient entraîner dans un proche délai la cessation de paiement** ». La nouvelle disposition relative à la résolution du plan de sauvegarde se trouve prononcée à la suite de l'inexécution des engagements pris dans le cadre de ce plan. La résolution est donc en principe indépendante de la cessation des paiements ce qui laisse donc entendre que les conditions du redressement judiciaire prévues par l'article 575 du code commerce sont remplies. À cet égard, pour assurer plus de cohérence, de sécurité juridique et éviter toute ambiguïté :

- Il serait judicieux d'élargir le champ d'application de l'article 575 relatif aux conditions d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire en le reformulant comme suit :
 - « La procédure de redressement judiciaire s'applique à :
- toute entreprise commerciale en cessation de paiement ;
- **Toute entreprise qui n'exécute pas ses engagements fixé par le plan de sauvegarde... ».**

Le redressement judiciaire résultant d'une conversion de procédure, telle qu'elle est prévue par l'article 573 est spéciale, mais le dirigeant peut-il craindre des sanctions dans ce cas ? Il convient de souligner, que cette modalité de conversion est laissée à l'initiative de tribunal ou de créancier. La conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire suffit à mettre en jeu la responsabilité du dirigeant ou du chef d'entreprise, sans que celle-ci se trouve en cessation des paiements. C'est dire que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne constitue nullement un gage de sécurité pour l'intéressé, par l'exclusion des sanctions même si la résolution du plan devait intervenir plusieurs années après l'adoption et l'exécution de celui-ci. Donc, il est

susceptible de rentrer dans le champ d'application de l'article 745 du code de commerce quid de l'instance pénale ?

❖ *L'hypothèse de l'instance pénale*

La déchéance commerciale peut revêtir un « caractère pénal » lorsqu'elles constituent des sanctions complémentaires à la banqueroute²⁵⁵. Dans ce cas spécifiques, le prononcé de ces sanctions civiles extrapatrimoniales ne peut être envisageable qu'au cours d'une instance pénale pour banqueroute. Dès lors, le champ d'application matériel de ce délit réprimé par le droit des entreprises en difficultés doit être évoqué, d'autant que la sanction professionnelle prononcée dans ce cadre relève de l'article 756 et non de l'article 750 du code de commerce.

Un dirigeant d'entreprise n'est susceptible d'être condamné pour banqueroute qu'en cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. L'ouverture d'une de ces procédures constitue un préalable obligatoire à toute action pour banqueroute. En effet, l'article 754 dispose qu'« En cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes.... ». la déchéance commerciale qui résulte d'une instance pénale en tant qu'une peine accessoire du délit de banqueroute est également subordonnée aux mêmes conditions d'application que celui-ci. Le champ d'application de la banqueroute et des sanctions civiles extra-patrimoniales est de ce fait le même, compte tenu de ces circonstances particulières. Le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire est par conséquent une condition également nécessaire.

Sous-Section 2: le caractère sanctionnateur des sanctions personnelles.

La déchéance commerciale affecte le dirigeant d'entreprise au cœur de sa fonction de gestion et de direction. Un impact direct sur sa personne physique, quelle que soit l'organisation juridique de son activité. Le prononcé de telles mesures engendre ainsi l'interdiction d'exercer des fonctions de direction. Une situation qui

²⁵⁵ L'article 756 du code de commerce dispose que « les personnes coupables des infractions prévues à la présente section, encourent également, à titre de peine accessoire, la déchéance commerciale prévue à la section II du chapitre I du présent titre ».

présente une double spécificité, puisque la condamnation du dirigeant d'entreprise peut résulter soit d'une commerciale, soit d'une juridiction répressive.

A. Les sanctions personnelles « civiles »

L'étude des sanctions personnelles dites « civiles » a trait à l'analyse du régime de déchéance commerciale résulte de l'article 745 à 753 du code de commerce. Une telle condamnation découle alors d'une juridiction commerciale et se distingue des circonstances dans lesquelles intervient celle prononcée par une juridiction pénale **(1)**. Toutefois la déchéance commerciale conserve une finalité qui leur propre **(2)**.

1- Les circonstances de la condamnation

Le droit des entreprises en difficulté prévoit à l'encontre du dirigeant d'entreprise en difficulté un régime de responsabilité et sanctions civiles spécifique avec des incidences distinctes. En effet, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se caractérise par son impact sur le patrimoine privé du débiteur, alors que la déchéance commerciale intéresse personnellement le dirigeant d'entreprise. Régie par les articles 745 et suivants du code de commerce, elle constituait traditionnellement des sanctions extra-patrimoniales de nature commerciale.

Le prononcé des sanctions civiles professionnelles telles que prévue par le droit des entreprises en difficulté résulte donc d'une juridiction commerciale ou d'une juridiction pénale. En effet, le tribunal de commerce est compétent pour les personnes physiques exerçant une activité commerciale, les dirigeants de droit ou de fait. La condamnation de ces personnes physiques par le juge pénal ou commercial peut s'effectuer soit à titre principal (dans ce cas, le dirigeant d'entreprise est frappé de sanctions extrapatrimoniales de manière exclusive), soit en complément du prononcé d'une condamnation pour insuffisance d'actif (les sanctions professionnelles s'ajoutent à l'action patrimoniale de l'article 738 du code de commerce). Cependant, ces sanctions personnelles ont une finalité spécifique

2-La finalité des sanctions personnelles.

Pour appréhender l'objectif poursuivi par la déchéance commerciale, une très succincte approche comparative avec l'action patrimoniale spéciale du droit des entreprises en difficulté est utile. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif a

une vocation indemnitaire. L'insuffisance d'actif qui découle de la faute de gestion du dirigeant de personne morale ou de la personne physique peut être supportée par lui entièrement ou partiellement.

La condamnation du dirigeant d'entreprise pour déchéance commerciale résulte de la faute qu'il a commise, jugée incompatible avec le « monde des affaires ». Le comportement fautif du dirigeant peut, dès lors, conduire à son éviction et une interdiction temporaire d'exercice pour les fonctions de gestion et de direction d'une entreprise.

Les sanctions civiles extra-patrimoniales du droit des entreprises en difficulté sont considérées comme des mesures d'intérêt public, dont l'objectif d'assainissement des affaires est clairement affirmé. Concrètement, elles permettent l'exclusion du dirigeant d'entreprise de la « sphère économique ». L'origine des faits susceptibles de sanctions professionnelles importe peu. Cela signifie que tant la malhonnêteté que l'incompétence du dirigeant d'entreprise peuvent être fautives, au regard des faits prédéfinis par les dispositions légales, et son en mesure d'occasionner une condamnation. Comme le fait remarquer un auteur, « l'incompétence ne peut tout excuser surtout, quand les dégâts occasionnés sur le tissu économique sont importants. En effet, si rapporté au nombre total d'affaires jugées toutes infractions confondues, les affaires économiques et financières ne sont pas quantitativement importantes, l'impact financier sur le monde économique est très important et dévastateur par rapport aux autres infractions »²⁵⁶.

La perception des sanctions personnelles diffère de sa nature juridique. Présentées volontiers comme des mesures d'intérêt public, la déchéance commerciale est néanmoins vécue par le dirigeant comme une sanction à vocation plutôt punitive.

De ce fait, le ressenti des sanctions extra-patrimoniales est douloureux quand bien même l'aspect pécuniaire n'est pas en cause. L'impact psychologique de ces mesures n'est pas à négliger, puisqu'il affecte directement la personne du dirigeant et, par corrélation sa liberté d'entreprendre.

²⁵⁶ CH- Delattre, « Le comportement du dirigeant en termes de coopération est un critère important dans le prononcé d'une sanction », Rev.proc. coll., mai-juin 2010, p. 36.

La déchéance commerciale peut affecter la personne physique à un triple niveau. Parce qu'elles l'écartent du monde des affaires (sanctions professionnelle), elles peuvent le priver de certaines fonctions (sanction personnelle) et comportent également un volet pénal (sanction pénale). Le ressenti répressif de ces sanctions personnelles se combine avec leur nature d'intérêt public. L'assainissement procède bien de la « sanction » du dirigeant.

B- Les sanctions personnelles « pénales ».

Le prononcé de la déchéance commerciale à l'encontre du dirigeant d'entreprise n'est pas réservé qu'aux juridictions commerciales. Ces condamnations peuvent accessoirement provenir d'une instance pénale, dont les conditions d'application sont définies par l'article 756 du code de commerce, tout en produisant les mêmes effets que celles dites « civiles ». La formulation sanctions personnelles « pénales » évoque donc la possibilité de condamner un dirigeant d'entreprise coupable de banqueroute à des sanctions professionnelles. Cette option particulière soulève toutefois quelques interrogations, qui feront l'objet de développements spécifiques dans la suite de ce travail.

Section 2: Les conditions d'ouvertures de la déchéance commerciale

En applications des articles 745 et suivants du code commerce, le tribunal procède à l'éviction du débiteur des affaires commerciales selon un processus très réglementé. Seront donc envisagés les cas légaux de la déchéance commerciale (sous-section 1), avant de s'arrêter sur les règles de procédure (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les cas légaux de la déchéance commerciale.

Les cas légaux de la déchéance commerciale sont prévus aux articles 745 à 748 du code de commerce, de prime abord, l'article 745 permet au tribunal de prononcer la déchéance commerciale de toute personne physique commerçante contre lequel a été relevé l'un des fait suivants :

1° Avoir poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements. Il faut mettre l'accent sur le fait que la poursuite de l'exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements. Il faut mettre l'accent sur le fait que la poursuite de l'exploitation doit être

abusive. Il en est ainsi par exemple lorsque la personne sanctionnée a opéré des prélèvements personnels exorbitants, ébranlant la structure financière de l'entreprise et mettant à néant sa trésorerie.

C'est ce qui est confirmée d'ailleurs par une décision selon laquelle le tribunal de commerce de Casablanca a prononcé l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire ainsi que la déchéance commerciale du dirigeant de l'entreprise qui exploite abusivement les biens de l'entreprise.

Ce jugement expliqué comme suite : « ...attendu que, sur la base de ce qui précède, l'entreprise ne dispose pas d'une comptabilité exacte et que le déséquilibre et l'incompatibilité qu'existe entre les documents comptables et la réalité pratique des équipements de la société, prouve que son dirigeant, emploi l'actif social comme si c'était ses fonds personnels »²⁵⁷.

2° Avoir omis de tenir une comptabilité conformément aux dispositions légales ou fait disparaître tout ou partie des documents comptables. Le texte vise à réprimer toute omission et disparition volontaire des documents et non le caractère incomplet de la comptabilité. Toutefois, il a été jugé que l'existence des pièces permettant de reconstituer une comptabilité n'équivaut en aucun cas à l'existence de cette comptabilité²⁵⁸.

²⁵⁷ حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 330/2001 الصادر بتاريخ 19/11/2001 في الملف التحاري رقم 414/10/2001 غير منشور.

²⁵⁸ C.A RIOM., 13 mars 1991., Gazette du palais., 1992., 2.somm.537. Selon le jugement N° 101/2002 (dossier n° 53/2002) ; le chef de l'entreprise n'a pas envoyé au syndic la comptabilité des trois derniers exercices et qu'il a tenu une comptabilité fictive ou il a fait disparaître des documents comptables de la société ou s'est abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales. Cette attitude du chef de l'entreprise est justifiée conformément aux dispositions de l'article 706 du code de commerce suffisantes pour prononcer l'ouverture de la liquidation judiciaire et la déchéance commerciale pour une durée de cinq ans à l'égard de M.AHMED ALKESSRI dirigeant de la société =objet de la procédure de liquidation. cité par B-MAJDOUBI, « attitude des tribunaux marocains face aux difficultés des entreprise »,mémoire master,p,113.

La même position a été confirmée par le tribunal de commerce d'Oujda le 01/04/2005 ; selon le rapport du syndic l'entreprise que son représentant a pris une attitude négative et qui n'a rien porté comme réponse sur la situation financière de l'entreprise du fait qu'il ne dispose pas de comptabilité et que son passif a atteint 43.767.994,16 Dhs. Jugement publié sur la revue du tribunal de commerce d'oujda.

=Les juges ont qualifié cette attitude comme le fait d'avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la société ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales, tel prévu par l'article 706 du code de commerce et par conséquent ils ont

C'est ainsi que le tribunal a prononcé la liquidation judiciaire et la déchéance commerciale à l'égard d'un commerçant dans Le jugement rendu par le tribunal de Casablanca en 2008. Dans lequel le syndic du redressement a démontré dans son rapport que lors de ses investigations à l'occasion de son inventaire pour déterminer l'actif de la société, le concierge de l'immeuble où se trouve le siège de la société, lui a confirmé que la société en question a fermé ses portes depuis 2002. Et après avoir ouvert le siège de la société par la force par une ordonnance du juge commissaire en date du 27/2/2006 ; le syndic accompagné d'un expert a constaté l'absence des documents de la comptabilité²⁵⁹.

3° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté son passif. Un tel agissement reste un cas de banqueroute. La qualification de détournement d'actif empiète parfois celle d'abus de biens sociaux lorsque ces abus sont matérialisés moyennant des détournements prolongés au moment de la cessation des paiements.

De leur côté, les dispositions de l'article 746 du code commerce renvoient aux actes mentionnés à l'article 740 afférent à l'extension de la procédure de redressement au dirigeant fautif.

L'article 747, quant à lui, constitue la disposition la plus large. Elle énumère cinq cas dans lesquels la déchéance commerciale peut être prononcée à l'égard de toutes les personnes visées à l'article 747 alinéa 1.

1° Avoir exercé une activité commerciale ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi. Comme par le passé, il faut que l'activité, il faut que l'activité exercée a été contraire à une interdiction légale. A titre d'exemple, qu'elle ait contrevenu aux incompatibilités de faire du commerce en raison de certaines fonctions telles que celles des officiers ministériels.

=prononcé l'ouverture de la liquidation la déchéance commerciale pour une durée de cinq (article 712) à l'égard du chef de l'entreprise.

²⁵⁹ قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 6686 الصادر بتاريخ 07/12/2016 في الملف التجاري رقم 2984/8301/2016 غير منشور.

2° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou de la liquidation judiciaire, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds. Il en est ainsi de l'exploitation d'une entreprise déficitaire en état de cessation des paiements depuis plusieurs mois en vendant des produits finis à des prix très inférieurs aux prix de revient, faisant ainsi ressortir que cet emploi de moyens ruineux avait eu lieu dans l'intention de retarder l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire²⁶⁰. Toutefois, la question la plus épineuse demeure sans aucun doute le recours osé au crédit bancaire qui pose problème de la responsabilité des établissements financiers de par leur politique de crédits face aux entreprises en difficulté.

3° Avoir souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise.

4° Avoir omis de faire, dans un délai de trente jours, la déclaration de l'état de cessation des paiements. La responsabilité de l'absence de déclaration de cessation des paiements dans le délai fixé pèse exclusivement sur le débiteur, quand même il n'ait différé sa déclaration que sur les conseils d'un tiers.

Selon un jugement du tribunal de commerce de Casablanca « ...Attendu que, si le tribunal est compétent pour prononcer la déchéance commerciale contre le dirigeant pour non soumission de la demande d'ouverture de la procédure dans un délai de quinze à compter de la date de cessation de paiement, il le prononce le cas échéant, à condition que cette abstention soit fonder sur l'élément intentionnel d'une part, et en raison d'un intérêt personnel »²⁶¹.

Enfin, l'article 748 précise que le tribunal peut prononcer la déchéance commerciale du dirigeant de la personne morale qui n'a pas acquitté les dettes mises à sa charge.

²⁶⁰ J. ROUYER., « la responsabilité des organismes financiers du fait de leur intervention financière », Revue de jurisprudence commerciale., n° spécial., 1976 p 364.

²⁶¹ قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ، الصادر بتاريخ 11/11/2005 في الملف التجاري رقم 563/11/2005 غير منشور.

La procédure à suivre.

A l'instar des sanctions patrimoniales, le tribunal compétent pour prononcer la déchéance commerciale est celui qui l'est pour prononcer le redressement ou la liquidation judiciaire de l'entreprise. Ce jugement est susceptible d'appel.

En outre, à l'instar des sanctions patrimoniales, la déchéance commerciale consiste en une mesure de sûreté édictée pour sauvegarder l'ordre public économique troublé par défaillances en chaîne des entreprises, chose qui explique l'élargissement du rôle du ministre public. L'article 749 de la loi habilite, en effet, le procureur du Roi à saisir le tribunal d'une demande en déchéance commerciale à côté du syndic le tribunal peut également se saisir d'office.

Publicité : Une fois définitive, la décision prononçant la déchéance commerciale et sa durée ou une autre mesure d'incapacité doit être publiée et mentionné au casier judiciaire de l'intéressé, insérée ensuite par extrait au Bulletin officiel et dans un journal d'annonces légales et s'affichée au panneau réservé à ce titre au tribunal²⁶².

Durée : En vertu de la loi 73-17 du 19 avril 2018, la durée de la déchéance commerciale est limitée dans le temps, sa fixation appartient au tribunal qui prononce la sanction mais elle ne saurait être inférieure à cinq années²⁶³, ce qui signifie, a contrario, qu'elle peut dépasser 5 ans. Cette interprétation n'a toutefois, jamais reçue application, du fait que les juges de fonds préfèrent appliquer le texte à la lettre²⁶⁴.

Dans un arrêt n° 37 rendu en date du 30 avril 2014 dossier 2013/1863 que l'entreprise focon flour est en cessation de paiement depuis 2009 bien que la procédure de la liquidation judiciaire n'a ouverte contre elle que en date du 14/5/2014 c'est-à-dire 15 jours après la date de cessation de paiement qui constitue l'un des faits permettant de prononcer la déchéance commerciale et ce, conformément aux dispositions de l'article 712 du code de commerce.

²⁶² Article 744 du code de commerce.

²⁶³ L'alinéa 2 de L'article 750 du code commerce dispose que «...La durée de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective résultant du jugement de liquidation judiciaire est de cinq ans».

²⁶⁴ قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 254 الصادر بتاريخ 24/11/2008. غير منشور؛ قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 212 الصادر بتاريخ 254/09/2006. غير منشور.

La cour d'appel a cependant estimé que c'est une faute pour le tribunal qui a rendu le jugement en déterminant que la durée de la déchéance commerciale prononcée à l'encontre du dirigeant de l'entreprise susmentionnée est de 2 ans justifiant que le tribunal n'a pas le pouvoir de diminuer la durée de la sanction fixée par le code de commerce qui est de 5 ans . La cour ne peut sur le seul appel du débiteur diminuer la condamnation. Eu égard à la gravité de cette faute la durée de 2 ans sera ramenée à cinq ans.

En effet, il n'est pas souhaitable de conserver une durée minimale de cinq ans. Ceci ne permet pas une adaptation en fonction de la gravité de la faute, qui paraît pourtant nécessaire.

Par ailleurs, il est proposé de fixer un plafond même si en pratique, les juges ne prononcent pas d'interdictions illimitées dans le temps.

En effet, l'incapacité d'exercer une fonction publique élective est de cinq ans²⁶⁵. Au terme de cette durée, il va de soi que la déchéance commerciale ou les mesures d'interdiction cessent de plein droit. Elles prennent également fin avec le jugement constatant l'extinction du passif ou une décision du tribunal de relever le condamné de la sanction qui l'afflige²⁶⁶.

Relèvement : Dans tous les cas, l'intéressé peut demander au tribunal de le relever, en tout ou partie, des déchéances et de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective s'il a apporté une contribution suffisante au passif²⁶⁷. Cette condition à laquelle est subordonné le relèvement n'étant pas exclusivement de nature quantitative, la loi accorde au tribunal une liberté totale pour apprécier le caractère suffisant de la contribution au passif. Si l'apurement réalisé effectivement est l'élément fondamental à prendre en considération, il convient par, là même, de tenir compte des facultés contributives du déchu et il est permis de garder à l'esprit la part prise dans la création du passif ; particulièrement, pour accueillir partiellement une demande de relevé. A ce propos, la cour de paris souligne à juste titre que l'énormité du passif est sans commune mesure avec les ressources d'un individu, et que si cette

²⁶⁵ Article 752 du code de commerce.

²⁶⁶ Article 752 du code de commerce.

²⁶⁷ Article 753 du code de commerce.

personne, au prix de pénibles sacrifices, a contribué et continue de contribuer au passif, il convient de ne pas oublier sa responsabilité dans la constitution de ce passif²⁶⁸.

Lorsqu'il y a relèvement total de la déchéance et de l'incapacité, la décision du tribunal emporte réhabilitation²⁶⁹. Dans la pratique, cette demande est adressée par requête au tribunal qui a prononcé le redressement judiciaire. Ce dernier statue en audience publique après avoir entendu le demandeur et le procureur du Roi en chambre du conseil.

Sous-section 2 : Effets de la déchéance commerciale.

Le prononcé de la déchéance commerciale emporte des conséquences assez graves. L'article 750 dispose en effet que : la déchéance commerciale emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale et toute société ayant une activité économique.

Faisant allusion à la gestion indirecte, la loi entend prohiber la gestion par prête-nom, ce qui relève du bon sens. Par ailleurs c'est la gestion non seulement d'une entreprise commerciale, ou d'une société ayant une activité économique qui est censurée. Une telle prohibition s'entend comme interdiction à être gérant, administrateur, membre du directoire ou du conseil de surveillance, représentant permanent d'une personne morale, commissaire aux comptes ainsi que fondateur d'une société en voie de constitution. Elle laisserait subsister la possibilité d'être actionnaire ou porteur de parts. Toutefois, force est de signaler qu'un vote majoritaire en assemblée peut être un vote de contrôle et partant un acte de gestion et de direction faisant partie des actes interdits.

A-Obligation de paiement du passif social.

Le déchu reste tenu de payer le passif. Par la même occasion, le jugement qui prononce la déchéance commerciale emporte également l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. Une telle mesure prend effet de plein droit à compter de la

²⁶⁸ C.A, paris.12 juin 1990.D.1990.IR 192.

²⁶⁹ Article 753 du code de commerce

notification qui en est faite à l'intéressé par l'autorité compétente. La personne frappée d'une déchéance commerciale ne peut exercer aucune fonction publique.

•Restriction frappant les dirigeants de personnes morales dans leur prérogative d'associés.

La déchéance commerciale emporte également un certain nombre de conséquences au niveau des rapports juridiques qui se nouent entre les dirigeants et l'entreprise défaillante.

Ainsi, elle entraîne automatiquement l'impossibilité de voter dans les assemblées des personnes morales soumises à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Ce droit de vote est alors exercé par un mandataire désigné par le tribunal à cet effet, à la requête du syndic²⁷⁰.

De plus, le tribunal peut enjoindre à ces dirigeants ou à certains d'entre eux, de céder leurs actions ou parts sociales dans la personne morale, ou ordonner leur cession forcée par les soins d'un mandataire de justice, au besoin après expertise.

Le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes sociales dans le cas où ces dettes auraient été mises à la charge des dirigeants²⁷¹.

Une telle mesure ne peut en aucun cas être étendue aux parts sociales que peuvent détenir les dirigeants sociaux dans d'autres personnes morales, l'interdiction de contrôler ces personnes, de les gérer ou administrer ne nécessitant pas obligatoirement une telle cession²⁷².

B- L'ineffectivité de la sanction

Les articles 750 et 751 du code de commerce ont prévu, sous le titre « la déchéance commerciale », une série de sanctions civiles, dans le cadre de l'ouverture la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, que le tribunal peut prononcer à l'encontre de toute personne physique commerçante.

²⁷⁰ alinéa 2 de l'article 750 du code de commerce.

²⁷¹ alinéa 3 de l'article 750 du code de commerce.

²⁷² CA versailles, 25 février 1993, bull. joly 1993., p 602.

Si les conditions sont réunies, le tribunal leur interdit pendant une durée qui ne peut être inférieur à 5 ans²⁷³ de diriger, gérer administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale et toute société ayant une activité économique la loi ne fixait pas de limite temporelle maximale (sans pouvoir être définitive), et les condamnes à subir certaines interdictions notamment celle d'exercer une fonction publique, pendant une durée de 5 ans²⁷⁴.

En effet , les durées respectives des sanctions professionnelles civiles devraient, selon une partie de la doctrine²⁷⁵ , être harmonisées : les dites sanctions présentent une certaine identité, les durées différentes donneraient lieu à des différences illégitimes de traitement entre personnes condamnés par la déchéance commerciale alors que les effets des mesures sont identiques.

Toutefois, il y a lieu de noter qu'aucune sanction n'est prévue, en droit marocain, au cas où le débiteur ne respecte pas la déchéance commerciale prononcée à leur encontre. Autrement dit, le débiteur qui ne respecte pas les interdictions prononcées à son encontre, ne peut éventuellement se voir condamné sur la base de violation de la sanction prévue par les articles 750 et 751 précité.

Par ailleurs, le législateur français sanctionne la violation des interdictions prononcées à l'encontre des débiteurs qui ne respectent pas les mesures de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer. A cet égard, l'article L. 654-15 du code de commerce français dispose que : « le fait pour toute personne, d'exercer une activité professionnelle ou des fonctions en violation des interdictions, déchéances ou incapacités prévues par les articles L.653-2 et L 653-8, est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 375 000 Euro ».de ce fait, le débiteur qui ne respecte pas les mesures de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer prononcé à son encontre, peut se voir condamné sur le plan pénal.

²⁷³ Art 752 du code de commerce.

²⁷⁴ Art 751 du code de commerce.

²⁷⁵ Il s'agit de tous les auteurs qui se sont penchés sur l'étude des sanctions dans le cadre des procédures collective et sur la base desquels nous sommes inspirés pour l'établissement de cette modeste contribution.

Il encourt donc un emprisonnement pénal de deux ans et une amende de 375 000 Euros, soit l'une ou l'autre de ces sanctions, pour la violation d'une condamnation à des sanctions professionnelles. C'est dans ce cadre que nous invitons le législateur marocain d'instaurer une sanction pour assurer le respect des dispositions 750 et 751 du code de commerce. Il est légitime donc que l'inexécution d'une interdiction devrait assortie une sanction, notamment pour contrecarrer la faible effectivité des mesures d'intérêt public. De ce fait, il est judicieux de renforcer la sanction en cas d'inexécution des sanctions personnelles pourrait s'avérer pertinent. Pour qu'elle ait un réel impact sur le débiteur, ce renforcement devra passer par l'augmentation de la durée de l'interdiction ou par l'instauration d'une amende. Cette sanction permettrait de réduire toute tentative de direction factuelle d'une entreprise.

La déchéance commerciale qui est susceptible de frapper le dirigeant d'entreprise, l'évincer du « monde des affaires ». Néanmoins, l'effectivité de cette sanction n'est pas garantie puisqu'en pratique le débiteur condamné exerce le plus souvent, de manière détournée, des fonctions de gestion et de direction au sein d'une entreprise ; il revêt alors la qualité de dirigeant de fait. En effet, il n'existe pas d'outil permettant la centralisation et la diffusion de l'ensemble de ces mesures (si bien que) lors de la création d'une entreprise les greffiers des tribunaux de commerce sont susceptibles de procéder à une immatriculation alors même que les dirigeants être sous le coup d'une mesure d'interdiction de gérer.

Comme nous avons vu précédemment, les interdictions de gérer peuvent être prononcées à la fois par le tribunal de la procédure collective à titre de sanction principale (la déchéance commerciale emportant interdiction de diriger ou interdiction de gérer comme sanction spécifique) et par le tribunal correctionnel à titre de peine accessoire²⁷⁶ dans ce cadre, les interdictions de gérer n'ont pas recensées de manière systématique, les juridictions ont des difficultés à connaître celles prononcées dans un autre ressort, ainsi que ces interdictions n'ont pas sanctionnées pour cette raison.

A cet égard, le législateur français a adopté en date du 22 mars 2012 la loi n° 2012-387 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches

²⁷⁶ Art 756 du code de commerce.

administratives a eu pour objectif, en créant le fichier national des interdits de gérer, de lutter contre les fraudes, de prévenir la commission des infractions de non-respect des condamnations pénales portant interdictions de gérer, de favoriser l'exécution des mesures d'interdiction de gérer prononcées par les juridictions judiciaires.

A cet égard, il serait souhaitable de créer un fichier national automatisé des interdits de gérer où seront inscrites les déchéances et les autres mesures d'interdictions de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale et toute société ayant une activité économique.

Ce fichier permettrait une centralisation et une diffusion au niveau national de l'ensemble des mesures d'interdiction de gérer qu'elles visent des commerçants, prononcées par les tribunaux correctionnels ou de commerce, les greffiers pourront accéder à ce fichier pour vérifier au moment des inscriptions au registre du commerce.²⁷⁷

Toutefois, la perspective d'une « deuxième chance » offerte au dirigeant d'entreprise est appréciable. Toutefois, il faut également s'interroger sur les éventuelles mesures à lui proposer lors de son exclusion. L'assainissement de la « sphère économique » par la mise à l'écart du débiteur ne semble pas à elle seule satisfaisante.

L'exécution de la sanction professionnelle devrait s'associer à des modalités de formation professionnelle. De la sorte, le prononcé d'une déchéance commerciale formation entrepreneuriale. La mise en place de ce procédé donnerait l'occasion au dirigeant d'entreprise d'approfondir les techniques de gestion et de direction, de comprendre le comportement fautif qu'il a pu avoir et surtout, de ne plus le reproduire (au cas où il déciderait d'entreprendre à nouveau). Cette méthode permettrait dans un premier temps l'exécution de la mesure d'intérêt public avec un objectif d'assainissement et dans un second temps, d'informer le dirigeant en matière de direction d'une entreprise.

²⁷⁷ Le législateur français a confié la gestion de ce fichier au conseil national des greffiers des tribunaux de commerce (CNGTC), aux frais et sous la responsabilité de ce dernier.

Il apparaît opportun d'assortir, à titre facultatif, les sanctions professionnelles de stages ou de formations dans le domaine de l'entreprise, afin de combler les lacunes du dirigeant d'entreprise condamné. En effet, le dirigeant pendant sa condamnation va être « déconnecté » du « monde des affaires ». Il ne sera pas forcément au courant des évolutions législatives, voire complètement dépassé par la célérité des « affaires ».

Au regard de ces considérations, il aura une vision erronée de l'«environnement économique », s'il envisage de reprendre une activité de gestion ou de direction au sein d'une entreprise. Le procédé de formation semble intéressant pour éviter cela, même s'il restera à la charge du débiteur sanctionné. Il est judicieux, tant pour le dirigeant d'entreprise que pour le « monde des affaires » ; d'autant plus que ces modalités de «stages» sont en mesure constituer un moyen de relèvement de l'interdiction de gérer.

En instaurant des mesures de formation, il ne s'agit nullement de rompre avec le principe primordial de la liberté d'entreprendre, ni d'accentuer l'aspect coercitif du régime de responsabilité civile extra-patrimoniale des dirigeants d'entreprises en difficulté. Cela permet simplement de placer le dirigeant dans les meilleures conditions pour diriger sa future entreprise et maîtriser les enjeux qui en découlent, à dessein d'éviter de nouveau des sanctions civiles extra-patrimoniales, dont la nature est double.

En somme, le prononcé de la déchéance commerciale semble être très restreint car les tribunaux marocains qui ne prononcent que rarement les sanctions pénales telles la déchéance commerciale l'égard des dirigeants qui ont commis des infractions énumérées par les articles 745 et 754. C'est ce qui découle du jugement rendu le 21-12-2012 par le tribunal de commerce d'Agadir dossier n°411/34/10, dans ce jugement le juge n'a décidé que le comblement du passif de la société par son dirigeant, qui a poursuivi abusivement l'exploitation déficitaire de la société (article 745 , alinéa 1)²⁷⁸, sans tenu d'assemblées générales , ni déclaration de la cessation de paiement qui remonte à 40 mois antérieure au jugement d'ouverture qui selon l'alinéa 4 de l'article

²⁷⁸ Ancien article 712

747 du code de commerce,²⁷⁹ constitue une infraction sanctionnée par la déchéance commerciale. Alors le tribunal n'a pris en compte que l'action en comblement de passif qui repose sur la commission d'une faute ayant contribué à l'insuffisance de l'actif, cette sanction se concrétise par la commission de l'un des faits énumérés limitativement par les articles 739 et 740 du Code de commerce.²⁸⁰

En général, en droit des affaires en plus de la dépénalisation, le régime répressif semble être fictif, que ça soit patrimoniale ou encore pénal, c'est ainsi que durant 18 ans les sanctions prononcées dans le cadre des difficultés étaient très limitées, prenant le tribunal de Casablanca qui traite 48% des affaires relatives aux procédures collectives, il n'a jamais prononcé de déchéance commerciale, alors que le nombre d'extension de la procédures aux dirigeants n'a pas dépassée 78 demandes sur 1634 demandes d'ouverture. Ce qui représente l'inertie dans le déclenchement et l'application des mesures répressifs à l'égard et des personnes mentionnées par l'article 737 du code de commerce.²⁸¹

²⁷⁹ Ancien article 714.

²⁸⁰ Ancien article 705.

²⁸¹ Ancien article 702.

Conclusion du titre 1 :

L'analyse des sanctions civiles du Titre VII du Livre cinq du Code de commerce, susceptibles d'être prononcées à l'encontre des dirigeants d'entreprise en difficulté, a mis en évidence les caractéristiques et les conditions d'application de chacune d'elles.

L'examen s'est ainsi attaché à détailler deux grands domaines : la responsabilité civile patrimoniale et les sanctions civiles extra-patrimoniales dites personnels. Ces principaux axes ont, d'une part, souligné en matière de sanctions patrimoniales des procédures collectives, la consécration de l'unique action en responsabilité pour insuffisance d'actif, et d'autre part, une certaine stabilité.

Ainsi que la nouvelle loi 73-17 offre au chef d'entreprise qu'elle espère responsable, une véritable boîte à outils, une véritable machine à anticiper le traitement des difficultés de son entreprise. Elle suscite, à maints égards, l'envie d'anticiper en offrant au chef d'entreprise qui s'engagera dans la voie de l'anticipation des cadeaux incitatifs, par rapport à celui qui attend la cessation des paiements. L'on passe de l'ère du redressement à celui de la sauvegarde, l'idée étant moins de guérir que de prévenir. Ce qui a pour effet de faire passer la sanction au second plan où Les actions en responsabilité et les sanctions sont écartées.

Titre 2 : La place de la sanction pénale frappant Le dirigeant

Bien que cela puisse déclencher l'ouverture d'une procédure collective, le fait pour un commerçant ou dirigeant d'une personne morale de cesser ses paiements ou de placer l'entreprise dans cette situation ne constitue point en soi une infraction. Cependant, l'on doit se garder de ne pas oublier que 'état de cessation des paiements peut être précédé, accompagné, ou suivi de fautes de nature à faire grief aux créanciers, c'est-à-dire, de comportements graves et nuisibles aux intérêts des créanciers.

Ce faisant, le recours au droit pénal peut apparaître comme le complément nécessaire et indissociable de la procédure commerciale. L'infraction la plus connue dans ce domaine étant bien évidemment le délit de banqueroute²⁸², qualifié en arabe de « tafalouss ».

Par référence à l'ancien code de commerce marocain du 12 août 1913 et du code pénale de 1962 toujours en vigueur, force est de constater qu'il existe une antinomie, une contradiction, voire une complexité caractérisant ces deux lois.

❖ **La banqueroute dans le cadre du code de commerce du 12 août 1913.**

Traditionnellement, le système répressif s'est révélé fortement empreint d'un esprit sanctionnateur destiné à évincer du circuit économique tout commerçant, sans pour autant distinguer entre le fraudeur et l'incompétent.

L'ancien code de commerce consacrait dix-huit articles à la banqueroute (de l'article 362 à l'article 379). Celui-ci prévoyait différents cas de banqueroute :

²⁸² De l'Italien « banco rotto » ou « banca rotta », banc cassé, par référence à l'usage ancien de briser, en signe d'infamie, le banc ou le comptoir du commerçant failli qui peut accompagner d'ailleurs la faillite personnelle.

Pour plus de détails voir ;M-Ch. SORDINO., « le délit de banqueroute ; contribution à l'étude d'un droit pénal des procédures collectives », litec., 1996.

Proche de la banqueroute, le délit d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité vise toute diminution volontaire de l'actif du débiteur, ce dernier opérant une approbation frauduleuse de son propre patrimoine afin d'annihiler l'assiette de poursuite de ses créancier. Au même titre que la banqueroute, cette infraction vise à protéger d'une certaine « violence économique et financière ». se référer à L-EYRINGNAC, « la protection pénale du patrimoine de la société », thèse publiée, LGDJ 2007. Collection des thèses,n°12, fondation Varenne, n°82,p.141.

La banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse, ainsi que des délits commis par des personnes autres que le failli²⁸³.

Curieusement, l'ancienne législation renvoyait, pour les sanctions, au code pénal²⁸⁴, alors qu'en 1913, il n'existait pas à proprement parler de code pénal marocain, et l'on se référait implicitement au code pénal napoléonien français de 1810. Pareille situation a perduré jusqu'à 1997, date à laquelle l'ancien code de commerce marocain est entré en vigueur.

A cet égard, il importe de préciser que l'ancien code de commerce n'incriminait que les errements des commerçants personnes physiques et non les dirigeants sociaux. Apparemment, cette situation s'explique par les raisons suivantes :

- L'ancien code de commerce du 12 août 1913 faisait application des dispositions du code pénal napoléoniens de 1810 qui ne régissait que la situation des commerçant personnes physiques considérés comme étant les principes acteurs économiques de l'époque, à l'exclusion des dirigeants sociaux des sociétés de capitaux. A contrario, s'agissant des sociétés de personnes, de personnes, les associés étaient considérés comme commerçant et pouvaient, de ce fait, être mis personnellement en faillite, quand bien même ils étaient gérants.

- sous l'égide de l'ancienne loi française du 24 juillet 1867, les dirigeants de sociétés anonymes et les gérants de sociétés à responsabilité limitée échappaient à l'emprise des sanctions pour délit de banqueroute et ce, en dépit de toutes les irrégularités de gestion qui pouvaient être commises par ces derniers.

Le législateur français, conscient des dangers qu'entraînent l'état d'impunité et l'irresponsabilité des dirigeants sociaux a adopté, de manière progressive, des règles tendant à écarter du paysage législatif cet état d'impunité. C'est ainsi que, par l'adoption du décret du 8 août 1935²⁸⁵, il avait retenu, pour première fois, le principe

²⁸³ M- JAOUHAR, « Les sanctions applicables aux dirigeants des entreprises en difficultés », actes du colloque « dix ans d'application du système des difficultés des entreprises, quel bilan ? », Revue marocaine de droit d'économie et de gestion, n°53, 2008, p.101 et s.

²⁸⁴ Dahir n° 1-59-413 (28 joumada II 1382 (B.O.5 JUIN 1963).

²⁸⁵ Décret du 8 août 1935 du 8 août portant application aux gérants et administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de la banqueroute et instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et administrer une société.

de la responsabilité des dirigeants, en admettant l'extension de la faillite aux dirigeants sociaux qui, par leurs fautes, ont contribué à la faillite de la société²⁸⁶.

S'imprégnant de la conduite du législateur français, son homologue marocain avait introduit, dans l'ancien code de commerce marocain du 12 août 1913, le dispositif du dahir du 10 février 1951 qui a inséré dans le paragraphe 4 de l'article 197 la possibilité d'une déclaration de la faillite commune à l'égard de toute personne qui sous le couvert de la société, masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel, des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme siens propres.

Fidèle à sa démarche, le législateur marocain avait introduit, pour les besoins de l'efficacité, le régime répressif de la banqueroute aux dirigeants sociaux, en transposant, purement et simplement, le dispositif pénal de l'ordonnance française du 23 décembre 1958 dans le code pénal de 1962.

La banqueroute dans le code pénal marocain de 1962. Dans sa dimension actuelle, le code pénal marocain de 1962 consacre quatorze articles au délit de banqueroute (de l'article 556 à l'article 569) dans le cadre de la section IV du chapitre IX relatif aux crimes et délits contre les biens.

L'examen du chapitre IX relatif aux crimes et délits contre les biens fait ressortir que le code pénal marocain répartit le délit de banqueroute en quatre :

- La banqueroute simple qui est à distinguer de la banqueroute frauduleuse ;
- La banqueroute simple obligatoire qui est à distinguer de la banqueroute simple facultative ;
- La banqueroute des commerçants qui est à distinguer de la banqueroute des représentants légaux de la personne morale ;
- Et dernier lieu, les infractions commises par les autres personnes dont nous aurons l'occasion de le traiter dans la deuxième partie.

L'étude de l'ancien code de commerce et de l'actuel code pénal fait ressortir un certain archaïsme tenant à la flagrante contradiction qui existe entre ces deux textes

²⁸⁶ L-EYRIGNAC, « la protection pénale du patrimoine de la société, op, cit., n° 146,p.236.

de loi. Ainsi, à titre d'exemple, l'ancien Code de commerce ne frappe de banqueroute que les commerçants faillis, ce qui n'est pas le cas pour le Code pénal qui incrimine de banqueroute les commerçants qui avaient cessé leurs paiements et ce, même en l'absence d'une jugement déclaratif de faillite.

Ajouter à cela, le manque de cohérence entre les deux textes dans le sens où, concernant la banqueroute simple obligatoire, le code de commerce de 1913 retenait quatre cas, alors que le code pénal de 1962 en prévoit sept. Devant une telle situation qui n'arrange en rien les chercheurs, la réforme de la banqueroute devenait plus pressante, ce qui amené le législateur marocain à revoir le paysage législatif en matière commerciale en promulguant le code de commerce du 1er août 1996 qui s'inspire en grande partie de l'ancienne loi française du 25 janvier 1985.

La Réforme de 1996. Avec la réforme de 1966. De nouvelles idées ont vu le jour ayant pour objectif de traiter les maux dont souffre l'entreprise le plus précocement possible, tout en distinguant entre le dirigeant malhonnête et le dirigeant maladroit.

En guise de simplification, la loi 73-17 du 19 avril 2018 regroupe dans un seul article (article 721) quatre cas de banqueroute. De la sorte, celle-ci a dépénalisé la banqueroute simple pour ne retenir que la banqueroute frauduleuse. ladite loi forme un ensemble cohérent en faisant coexister la banqueroute (**chapitre 1**) et les chapeauchement des sanctions pénales et civiles (**chapitre 2**)

Chapitre 1 : Le délit de banqueroute

Généralités. Les articles 754 à 756 du code de commerce sont consacrés à la banqueroute. Une telle infraction est constituée dès lors qu'une des personnes visées par l'article 736 du code de commerce a commis un des quatre faits énumérés par l'article 754 et ce, dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Pourraient être poursuivis aussi les complices de l'infraction, même s'ils n'ont pas la qualité de commerçant. Etant constitutive d'un délit, la banqueroute est réprimée de peines correctionnelles. La loi définit donc le domaine de l'infraction de banqueroute (**section 1**) et les faits constitutifs de banqueroute (**section 2**).

Section 1 : Domaine d'application.

La recevabilité des poursuites sur le fondement de la banqueroute est subordonnée à la juxtaposition de deux conditions préalables. La première tient à la qualité de l'auteur (**sous-section 1**) ayant commis des faits constitutifs de banqueroute (**sous-section 2**), la deuxième est afférente à l'ouverture d'une procédure (**sous-section 3**)

Sous section 1 : Les personnes visées.

L'article 736 de la loi énumère les individus qui peuvent être déclarés banqueroutiers, en l'occurrence les dirigeants de droit mais également les dirigeants de fait²⁸⁷.

Il est en effet normal que celui qui a dirigé en fait la personne morale engage sa responsabilité civile et pénale pour les fautes graves qu'il a pu commettre. La jurisprudence française dont s'inspirent les juges marocains rappelle d'ailleurs de manière ponctuelle que l'infraction de banqueroute est indifféremment applicable tant aux dirigeants de droit qu'aux dirigeants de fait.

A ce propos, il y a lieu de noter que quand les dirigeants, de droit ou de fait, ont commis des faits de banqueroute, ils ne peuvent être poursuivis de ce chef que si la personne morale qu'ils dirigent fait l'objet d'une procédure collective. *

²⁸⁷ Cass.crim.7 décembre 1992, bull.crim., n° 402.

A cet égard, force est de rappeler que seules les personnes morales de droit privé peuvent être soumises à une procédure collective. Les dirigeants des personnes morales de droit public²⁸⁸ ne peuvent donc aucunement être auteurs du délit de banqueroute, ce qui n'est pas le cas pour les dirigeants d'une société d'économie mixte locale qui peuvent être poursuivis pour banqueroute dès lors que cette société a été constituée sous la forme d'une société anonyme, celle-ci étant, bien évidemment, une personne morale de droit privé ;

- Toute personne physique représentant permanente de personnes morales dirigeant des personnes morales de droit privé.

Personnes visées par la loi française. Cela étant, au rebours de la loi marocaine qui restreint la liste des personnes susceptible d'être déclarées banqueroutiers, la nouvelle loi française dite de sauvegarde introduit une modification majeure tenant à l'élargissement de la liste des personnes susceptibles d'être poursuivis sur le fondement du délit de banqueroute. Une telle modification est la conséquence directe de l'introduction des professionnels dans le champ d'application de la loi du 25 juillet 2005²⁸⁹.

Ainsi, peut être déclaré banqueroutier selon l'article L.654-1 du code de commerce français :

- Tout commerçant, tout agriculteur, toute personne immatriculée au répertoire des métiers et toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ;

- Toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé ;

- Toute personne physique représentant permanent de personnes morales dirigeant des personnes morales de droit privé.

²⁸⁸ Anciennement, les dirigeants des personnes morales de droit public étaient traduits, en cas de faute, devant les juridictions d'exception, en l'occurrence la cour spéciale de justice. Actuellement ces derniers relèvent des juridictions pénales de droit commun.

²⁸⁹ C-MASCALA.,RTD.Com., 2006., p.217.

L'alinéa 1° de cette disposition a fait l'objet d'un toilettage par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui vise désormais « toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale » et « tout agriculture ». En dépit du fait qu'il n'ait pas d'incidence majeure, un tel changement a pour finalité de faciliter la poursuite pénale des artisans de fait non immatriculés qui devaient, jusqu'alors, être qualifiés de personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante lorsqu'ils ne satisfaisaient pas à la formalité de l'immatriculation.

Sous-section 2 : l'ouverture préalable d'une procédure et cessation des paiements condition de pénalisation

En principe, le droit pénal n'a pas vocation à protéger les intérêts des créanciers car ils le sont suffisamment tant par le droit civil que par le droit commercial. Son intervention se justifie, toutefois, dès lors que le débiteur, en état de cessation des paiements ou dont la situation est irrémédiablement compromise, commet des faits constitutifs de banqueroute, sachant pertinemment que de tels comportements font grief, non seulement à ses créanciers, mais également à l'ordre public économique.

L'article 754²⁹⁰ alinéa 1^{er} subordonne la responsabilité pénale pour banqueroute à l'ouverture préalable d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire²⁹¹. Or, il reste muet sur la procédure de sauvegarde.

La solution s'explique aisément. En effet la procédure de sauvegarde est ouverte sans état de cessation des paiements. Or l'infraction de banqueroute, même si la cessation de paiements n'en est plus un élément constitutif, ne devrait être prononcée qu'à l'occasion de procédures supposant l'état de cessation de paiement, ce qui est le cas de redressement et de liquidation judiciaires, non la de la procédure de sauvegarde.

En termes de la politique législative, l'exclusion de la sauvegarde des procédures au cours desquelles peut être prononcées la banqueroute est la trace de la prime à l'anticipation, chère au législateur de la loi 73-17. La sauvegarde apparaît une machine à laver les fautes, mais à condition que la machine ne tombe pas en panne.

²⁹⁰ Ancien article 721 de la loi de 1996.

²⁹¹ En droit français comme en droit marocain le délit de banqueroute n'est pas étendu à la procédure de sauvegarde. Celui-ci demeure limité aux procédures de redressement et de liquidation judiciaire.

La banqueroute ne pourra toutefois, à suivre le texte, ce que la loi pénale plus que toute autre conduit à faire strictement, être prononcée en cas de conversion en redressement ou en liquidation judiciaire, car il ne s'agit pas, ainsi que l'exige l'article 754, de l'«ouverture d'une redressement ou de liquidation judiciaire».

En revanche, en cas de résolution du plan de sauvegarde, la banqueroute pourra être prononcée, mais à condition seulement qu'il y ait cessation des paiements, en cas, en effet il y aura ouverture d'une liquidation judiciaire.

En d'autres termes, tant que le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire n'est pas intervenu, le tribunal ne peut en aucun cas condamner un dirigeant ou un commerçant pour banqueroute.

En dépit du fait que l'article 754 alinéa 1^{er} n'évoque pas l'état de cessation des paiements, celui-ci est bel et bien sous-entendu, en raison du fait qu'il soit une condition d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, indispensable à l'engagement des poursuites pénales. Ainsi, à défaut de jurisprudence marocaine en la matière, la chambre criminelle de la cour de cassation française a eu l'occasion de préciser que «le délit de banqueroute par détournement d'actif», suppose pour être établi, l'existence d'une dissipation volontaire du patrimoine du débiteur «en état de cessation des paiements».

Dans le même ordre d'idées, certains auteurs voient dans la cessation des paiements une condition préalable de fond «extra-pénale» à la constatation de l'infraction de banqueroute²⁹². Pour d'autres, il semble plutôt s'agir d'un véritable élément constitutif de l'infraction²⁹³.

En outre, toujours dans la le même esprit, le tribunal peut qualifier de banqueroute des faits antérieurs et postérieurs à l'état de cessation des paiements. Généralement la cessation des paiements anticipera des actes matériels visés par l'article 754 et constitutifs de l'infraction de banqueroute. Toutefois, ce même article permet aussi d'envisager l'hypothèse d'actes répréhensibles antérieurs à la cessation

²⁹² V.P.GIOANNI, «la cessation de paiements dans l'infraction de banqueroute», D.1994., chron.53.

²⁹³ Cité par M-P, LUCAS DE LEYSSAC, A. MIHAMAN, «droit pénal des affaires» ECONOMICA, 2009.n° 331,p.230.

des paiement, à ce titre, l'article 754-1° vise le fait d'avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds. Dans ce cadre, même si le juge pénal auprès du tribunal de première instance se trouve saisi de l'affaire, celui-ci doit surseoir à statuer, tant que la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise n'a pas été mise en mouvement. Ainsi peut-on avancer que dans la banqueroute, commercial tient le pénal en l'état. On exige même que le jugement de la juridiction commerciale soit passé en force de chose jugée.

Section 2 : Faits constitutifs de banqueroute.

Comme il a déjà été indiqué, l'article 754 du code de commerce réprime quatre cas de banqueroute à l'égard des personnes visées à l'article 736 du même code. En effet, l'article 754 dispose que sont coupables de banqueroute les personnes contre lesquelles a été relevé l'un des faits suivants :

1° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de traitement, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit .

2° employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;

3° Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur ;

4° Avoir tenu comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la société ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque la loi en fait l'obligation²⁹⁴.

Ces quatre cas se retrouvent dans l'article 740 du code commerce qui prévoit l'extension de la procédure au patrimoine du dirigeant, mais également aux articles 745 et l'alinéa 1 de l'article 746 du même code afférents à la déchéance commerciale, ce qui atteste, à plus d'un titre, de la sévérité du titre V du livre V du code de commerce, du fait que le dirigeant de l'entreprise pourra éventuellement s'exposer à l'extension de la procédure, à la déchéance commerciale et à la banqueroute.

²⁹⁴ A noter que la loi française dite de sauvegarde ajoute un cinquième cas de banqueroute, à savoir le fait d'avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.

Sous- section 1 : l'Elément moral.

Du point de vue du droit pénal général, « l'élément moral de l'infraction de banqueroute est constitué par l'intention de nuire. La banqueroute est donc une infraction intentionnelle. Un tel constat découle du fait que le texte même de l'article 754 contient soit implicitement (article 754-2° : détournement ou dissipation d'actif), soit expressément (article 754-3° : emploi de l'adverbe frauduleusement) cet élément intentionnel. De plus, le code pénal marocain dans son article 133 précise en principe qu'il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre, l'imprudence et la négligence étant exceptionnellement punissable dans des cas spécialement prévus par la loi.

Il est à noter que l'élément intentionnel de l'infraction de banqueroute suppose que l'agent au moment de son action, ait au conscience de la cessation des paiements ou du moins des maux financiers dont souffre l'entreprise. La connaissance de l'état de cessation des paiements de l'entreprise n'est tout de même pas à elle seule suffisante, un dol spécial demeure toutefois requis, l'agent devant avoir agi afin de nuire aux intérêts de ses créanciers, retarder ou éviter la mise en mouvement de la procédure. A titre d'exemple, s'agissant du cas de poursuite pour banqueroute par emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, les juges se doivent de rechercher si les prêts consentis l'ont été dans le but d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure. pour ce qui est du détournement ou de la dissimulation d'actif, pareils agissement doivent être teintés de la conscience de nuire au droit des créanciers. Il n'en sera pas ainsi si le débiteur a consigné le prix des actifs qu'il a vendus, pour honorer ses engagements vis-à-vis de ses créanciers²⁹⁵. Enfin, s'agissant de la mauvaise tenue de la comptabilité qui peut être commise avant ou après la cessation des paiements, une telle faute nécessite la mauvaise foi de l'agent dans la mesure où elle vise à camoufler la situation moribonde de l'entreprise.

Ceci étant, la preuve de l'élément moral de l'infraction de banqueroute doit, en toute logique, être rapportée par l'accusation. Celle-ci n'est pas point difficile à rapporter dans la mesure où elle peut l'être moyennant le procédé de la présomption

²⁹⁵ Crim., 13 juillet 1996, Revue des procédures collectives, 1997, p.369, obs. B.bouloc.

judiciaire, Ainsi, s'agissant de la preuve tenant à la conscience de la cessation des paiements, celle est souvent présumée du fait que les auteurs du délit sont, dans la majeure partie des cas, des professionnels. La preuve du dol spécial quant à elle peut se manifester de la matérialité des faits, notamment en cas de détournement ou de dissimulation d'actif²⁹⁶ et de comptabilité fictive. Il n'en est du cours dont la preuve se révèle très difficile, ou de surcroît impossible à rapporter. A cet égard, il y a lieu de noter que la banqueroute ne peut aucunement être constituée si la vente au-dessous du cours s'explique par une baisse brutale et soudaine des cours ou pour éviter la perte des marchandises qui étaient en train de déprécier²⁹⁷.

Sous section 2 : l'Elément matériel

Quant à l'élément matériel, le texte prévoit particulièrement des actes positifs : emploi de moyens ruineux (**A**), détournement, dissipation (**B**), augmentation du passif (**C**) et mauvaise tenue de la comptabilité (**D**).

Enfin, plusieurs cas de banqueroute peuvent être visés dans la condamnation : ainsi en est-il par exemple de l'obtention de fonds par des moyens ruineux, fonds promptement détournés au profit d'autres sociétés²⁹⁸.

A. Emploi de moyens ruineux.

L'article 754-1° considère comme acte constitutif de banqueroute, le fait d'« *avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de traitement, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds.* »

En effet, force est de signaler qu'il se peut que la vente à perte soit infligée par les circonstances ou résulter d'une faute de gestion. Pour la retenir, il faut établir qu'au moment de l'achat, le commerçant avait déjà l'intention de revendre à perte pour retarder l'ouverture de la procédure²⁹⁹. La seule liquidation de marchandises dans des

²⁹⁶ Crim., 5 avril 2006, D.2007,p.126.obs. C.MASCALA.

²⁹⁷ Cité par M-P , LUCAS DE LEYSSAC, A. MIHAMAN, op.cit., n°336,p.233.

²⁹⁸ Cass.crim., 2 avril 1984., Bull.crim.,n°135.

²⁹⁹ Cass.crim.27 avril 1971, Bull.crim., n°122.

Ce premier cas de banqueroute suppose donc un élément morale particulier, une intention manifeste, celle de retarder l'ouverture de la procédure de traitement. Se référer aux observations de C-MASCALA., Cass.crim., 2 juin 1999., RTD.Com.1999.,p.982.

conditions catastrophiques, si elle est faite pour retarder l'ouverture de la procédure, pourrait cependant être considérée, dans certaines circonstances comme un moyen ruineux de se procurer des fonds.

Les tribunaux ont en effet le pouvoir d'apprécier le moyen ruineux de se procurer des fonds. Il en est ainsi par exemple des emprunts³⁰⁰ ou encore de l'escompte de fausses factures³⁰¹ et de traites de complaisance dont le coût ne peut qu'aggraver la situation financière de l'entreprise³⁰². Mieux encore, il n'est point exclu que le banqueroutier fasse appel à des moyens qui sont loin d'être illégaux pour se procurer des fonds, comme l'affacturage³⁰³, mais qui se révèlent ruineux compte tenu de mettre l'accent sur le fait que le président d'une société anonyme qui a fait tout son possible pour réduire l'endettement de sa société et qui y est parvenu dans une très large mesure ne saurait se voir reprocher d'avoir recouru à des moyens ruineux dans l'intention d'éviter ou de retarder la constatation de la cessation des paiements, constitutifs de banqueroute³⁰⁴.

Le complice du banqueroutier, qui sera souvent un établissement financier³⁰⁵, peut être aussi poursuivi à condition que soit établi un dol spécial de sa part, c'est-à-dire «l'intention de s'associer à la réalisation du fait principal, notamment en fournissant son aide ou son assistance»³⁰⁶. En d'autres termes, le banquier qui octroie des crédits dépassant les capacités financières d'une entreprise qui connaît déjà des difficultés participe à l'accentuation de celles-ci.

Cela n'est pas en soi suffisant pour retenir la complicité, encore faut-il apporter la preuve que l'organisme financier dispensateur de crédit était conscient des difficultés dont souffre l'entreprise et, par conséquent, pouvait apprécier le caractère

³⁰⁰ Cumul de découverts et emprunts générant des frais excessifs compte tenu des pertes accumulées. Cass.crim.21 septembre 1994.JCP.ed.E,1995. II.690, Note A-DEKEUWER.

³⁰¹ Cass.crim., 19 septembre 1994., Bull.Joly 1994.,p 1309.Note J.-F-BARBIERI.

³⁰² Cass.crim., 6 décembre 1993., Bull.crim., N)370.

³⁰³ Cass., CRIM.,13 MAI 1991., Revue des procédures collectives.,1995., p354., obs.J-DEVEZ ; CA.paris., 14 février 2000., RTD.Com.,2000.,p238., obs.C-MASCALA.

³⁰⁴ CA paris,22 avril 1992.Dr.sociétés 1992,no 225 obs.Y-CHAPUT, Gazzette de palais 1992.2.250,note J.-P-MARCHI.

³⁰⁵ Ch-MOULY., « la responsabilité pénale du banquier en cas de banqueroute de son client : un révélateur »,., D.1984., p 32.

³⁰⁶ C-MASCALA., RTD.Com.,janvier mars 2001., p238 et s.

ruineux du concours, mais également que par son aide, il avait un objectif bien déterminé : éviter ou retarder l'ouverture d'une procédure collective.

B. Détournement ou dissimulation d'actif.

L'article 754-2° considère comme second acte constitutif de banqueroute le fait d'«avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur». Le détournement comme la dissimulation permet de caractériser tout acte par lequel le débiteur soustrait une partie de son actif à une époque précise où cet actif devrait être uniquement utilisé pour faire face au passif exigible. Ainsi, à défaut de jurisprudence marocaine, la chambre criminelle de la cour de cassation française avance que le délit de banqueroute par détournement d'actif nécessite, pour être constitué à l'égard d'un dirigeant social, l'existence d'une dissipation volontaire d'un élément du patrimoine d'une société en état de cessation des paiements³⁰⁷.

A titre d'exemple, le fait pour un dirigeant de se faire consentir des rémunérations jugées exorbitantes ou injustifiées³⁰⁸ constitue inéluctablement un détournement d'actif. Il en est de même du commerçant en état de cessation des paiements qui cède son fonds de commerce et le matériel représentant l'actif de l'entreprise à une société créée par lui à cet effet³⁰⁹.

En revanche, la chambre criminelle de la cour de cassation française a eu l'occasion d'affirmer que le détournement de la clientèle d'un fonds de commerce pris en location-gérance n'est point constitutif du délit de banqueroute, cet élément du fonds de commerce pris en location-gérance n'étant point la propriété de la société en cessation des paiements et ne figurant pas dans ses actifs.

L'une des difficultés de ce cas de banqueroute consiste à distinguer le paiement préférentiel fait à un ou plusieurs créanciers non punissable pénalement du véritable acte de disposition volontaire de l'actif constitutif de banqueroute. A cet égard, le fait, par le dirigeant d'une société, de céder à un ou plusieurs créanciers de la personne morale tout ou partie des biens de cette dernière, n'est pas en soi illicite, dans la

³⁰⁷ Cass.crim.22 août 1995.Bull.crim., n° 267, Dalloz affaires 1995, n°5,p.115.

³⁰⁸Paris., 28 octobre et 16 novembre 1987., Revue des procédures collectives., 1988., p.325.,obs.J-DEVEZ.

³⁰⁹ Cass.crim.4 octobre 1998, Bull.crim.,n° 244.

mesure où la créance du bénéficiaire est certaine, liquide et exigible³¹⁰. Il en est de même lorsque le dirigeant d'une société en redressement judiciaire remet en paiement à un fournisseur une partie des stocks de l'entreprise, cette dation en paiement s'analysant en un paiement préférentiel non punissable pénalement³¹¹.

Une autre difficulté de la mise en œuvre de l'article 754-2° réside dans la détermination du moment où ont été commis la détournement ou la dissimulation de tout ou partie de l'actif du débiteur car le texte ne le précise pas en d'autres termes, l'acte matériel de banqueroute doit-il avoir été matérialisé après la cessation des paiements ou bien avant cette date ?

A cet égard, à défaut de jurisprudence marocaine, la chambre criminelle de la cour de cassation française a eu l'occasion d'affirmer que le détournement et les dissimulations devaient avoir été postérieurs à la cessation des paiements pour être constitutifs de banqueroute³¹².

D'autres ont appliqué la qualification de banqueroute aux faits antérieurs à la date de cessation des paiements à condition que ces agissements se soient prolongés au-delà de cette date³¹³. Enfin, face à la complexité d'une telle question, la chambre criminelle a précisé que *« le délit de banqueroute est constitué, que les faits constatés soient antérieurs ou postérieurs à la date de cessation des paiements, dès lors que comme en l'espèce, procédant d'une même intention et tendant au même but, ils ont pour objet ou pour effet soit d'éviter ou de retarder la constatation de cet état, soit d'affecter la consistance de l'actif disponible dans des conditions de nature à placer l'intéressé dans l'impossibilité de faire face au passif exigible »*³¹⁴.

³¹⁰ Cass.crim., 16 janvier 1989., D.1990., cité par C.-SAINT-ALARY-HOUIN., « Droit des entreprises en difficulté », Montchrestien., 5° éd., n°1315.,p775.

³¹¹ Cass.crim.21 juin 1993,Bull.crim.,n°217.

³¹² Cass.crim.5 juin 1989,Bull.crim.,n°233.

³¹³ D-MARTY., « droit pénal des affaires »,PUF ,coll.thémis.,1990.,3^e éd., tome II,p.585.

³¹⁴ Cass.crim.,5 octobre 1992., Bull.crim., n°301.,Bull.Joly 1993.,252..obs.B-BOULOC : JCP,éd.E.I.277,n°24.obs.P-PETEL et M-CABRILLAC. Justifient leur décision les juges de fond qui relèvent que les détournements constatés avaient provoqué la cessation de paiements.

Pareilles solutions ne sont pas contradictoires entre elles, celles-ci ont toutes un point commun ; « *ce qui est moralement condamnable, c'est le détournement en connaissance de la cessation des paiements ou en sachant qu'il la provoquera* »³¹⁵.

Enfin, la dernière question épineuse a trait au possible concours de qualification entre l'abus de bien sociaux et la banqueroute. Contrairement à l'abus de bien sociaux qui exige que le dirigeant ait agi à des fins personnelles, le détournement de tout ou partie de l'actif prévu par l'article 754-2° est punissable quand bien même, l'agent n'ait pas recherché un intérêt personnel³¹⁶. De même, faute de jurisprudence marocaine en la matière, la chambre criminelle de la cour de cassation française a eu l'occasion de trancher cette question par un arrêt rendu en date du 7 avril 1998³¹⁷. La cour a affirmé qu'après la date de cessation des paiements, la qualification d'abus de biens sociaux ne peut aucunement être retenue pour les actes de détournement commis par les dirigeants de la société placée en redressement judiciaire. Seules des poursuites sur le fondement de la banqueroute peuvent être engagées. En d'autres termes, pour les actes de détournement perpétrés au cours de la période postérieure à la date de cessation des paiements, le conflit de qualification n'existe pas, en ce sens que seules les peines de la banqueroute trouvent application³¹⁸. A contrario, avant la date de cessation des paiements, les détournements sont passibles des peines d'abus de bien sociaux.

Toutefois, une telle solution n'est pas assez claire qu'il n'y ait paraît, car la banqueroute peut être commise aussi bien avant qu'après la date de cessation des paiements. Un tel constat nous amène à distinguer deux hypothèse : du moment où une procédure collective est engagée, les actes de détournement postérieurs à la date de cessation des paiements retenue par le jugement d'ouverture, ne peuvent plus être qualifiés d'abus de bien sociaux, ces derniers n'étant constitutifs que du délit de banqueroute. Par contre, les actes de détournement antérieurs à la date de cessation des paiements peuvent être poursuivis tant sur la qualification d'abus de biens sociaux

³¹⁵ A-DEKEUWER, «les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux», JCP,éd. E, 1995.I.p 421 ets.

³¹⁶ M.-DELMAS-MARTY. « Droit pénal des affaires »,op.cit.,p 584.

³¹⁷ RTD.Com., octobre-décembre1998., p 947 et s., obs.C-MASCALA.

³¹⁸ CA.Paris., 26 juin et 4 juillet 1986., JCP 1998., éd. II.15118., obs. CABRILLAC ET VIVANT.

puisque la société est apparemment encore in bonis, que la banqueroute puisqu'un jugement d'ouverture de la procédure est depuis lors, intervenu.

En raison de l'ambiguïté d'une telle solution, il appartient à la jurisprudence de clarifier cette situation pour les actes de détournements antérieurs à la date de cessation des paiements.

C. Augmentation frauduleuse du passif.

L'article 754-3° de la loi 19 avril 2018 énonce un troisième cas de banqueroute : « Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur ». cette disposition réprime toute forme d'augmentation frauduleuse du passif sans en décrire les modalités.

En outre, le fait d'augmenter frauduleusement le passif correspond souvent au cas précédent de banqueroute, à savoir le détournement de l'actif. D'ailleurs, les exemples de poursuites de ce chef sont assez rares³¹⁹.

L'élément matériel de l'infraction consiste, pour le débiteur ou le dirigeant de la personne morale, à se reconnaître débiteur de sommes qu'il ne doit pas ou que ne doit pas la personne morale, selon le cas.

La motivation du débiteur ici de se ménager les faveurs futures des bénéficiaires. Il s'agit, en quelque sorte, d'une reconnaissance morale de dette pour le futur, les bénéficiaires, généralement complices de l'auteur du délit, devant percevoir des sommes incluses, dans la procédure collective, qu'ils restitueront plus tard.

D. Mauvaise tenue de comptabilité.

L'article 754-4° incrimine le fait d'avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître les documents comptable de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque la loi en fait l'obligation.

En effet, constitue le délit de banqueroute, le fait, pour tout commerçant ou dirigeant d'une personne morale commerçante, de s'abstenir de procéder, au mépris de l'article 19 du code de commerce, à l'enregistrement chronologique des mouvements

³¹⁹ Cass.crim.18 décembre 1986.bull.crim., n°377.

affectant le patrimoine de l'entreprise et à l'établissement de l'inventaire périodique des éléments actifs et passifs de ce patrimoine³²⁰.

Le fait de faire disparaître la comptabilité de l'entreprise ou de la personne morale débitrice. Il s'agit de réprimer les comportements par lesquels les intéressés essaient de faire disparaître la preuve d'engagements ayant généralement comme contrepartie l'introduction dans le patrimoine du débiteur d'un élément d'actif, qu'il serait tentant de soustraire au gage des créanciers. Cette infraction serait ainsi préparatoire à une autre ; celle de soustraction d'un élément d'actif.

Ces cas est constitué si le débiteur ou le dirigeant ne présente pas aux mandataires de justices ou aux autorités judiciaires qui lui en font la demande la comptabilité pourtant existante. L'infraction reste établie si la présentation des documents comptables antérieurement sollicités n'intervient qu'après citation devant le tribunal correctionnel, ce qui semble aller au-delà du texte et donc du principe de légalité des délits et des peines, identiquement, l'infraction a été retenue alors que l'existence de la comptabilité n'était pas discutée, mais qu'elle n'avait pas spontanément été produite au mandataire, ce dernier avait été invité à s'en saisir lui-même, alors que les pièces comptables avaient été stockées dans un endroit difficile d'accès.

1. Abstention de toute tenue de comptabilité lorsque la loi en fait obligation

Ainsi, le fait pour un commerçant personnes physique ou pour le dirigeant de la personne morale commerçante de ne pas enregistrer chronologiquement des mouvements du patrimoine de l'entreprise et de ne pas établir d'inventaire périodique est constitutif du délit.

L'obligation de tenue de la comptabilité incombe tant au dirigeant de droit qu'au dirigeant de fait, lequel peut donc commettre le délit d'abstention de toute comptabilité. Le délit est encore constitué lorsque le dirigeant ne présente qu'une

³²⁰ Cass.crim.6 décembre 1993.bull.crim., n°370.

simple liasse fiscale sans autre sans autre justificatif pour une année d'exercice le défaut d'établissement des comptes annuels constitue le délit.

Il y a encore commission du délit lorsque le dirigeant de fait d'une société poursuit abusivement une exploitation déficitaire, dans son intérêt personnel lié aux avantages consentis par la société dont le montant dépendait des résultats de l'exercice de l'entreprise, pour accroître ses avantages, le dirigeant masquait le déficit d'exploitation par des falsifications comptables.

Les mêmes faits peuvent constituer le délit de banqueroute pour tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière ou incomplète et dès lors qu'il s'agit d'intérêt distincts et que les éléments constitutifs des deux infractions sont différents :

- Celui de fraude fiscale pour omission d'écritures en comptabilités
- Celui de présentation de comptes infidèles et celui d'escroquerie, dès lors que l'intéressé, qui connaissait l'état de cessation des paiements de la société, avait donné des consignes pour que les comptes annuels soient équilibrés, sans qu'importent les méthodes comptables utilisées, pour permettre la cession des actions de la société qu'il dirigeait.

Ce cumul idéal d'infractions comptables ne peut toutefois conduire qu'à une seule sanction.

Les faits constitutifs du délit de banqueroute ainsi exposés, il convient à présent de s'arrêter sur le régime de répression.

2. Peines encourues.

La banqueroute est punie par l'article 755 de la loi du 19 avril 2018 de cinq ans d'emprisonnement et de 10 000 à 100 000 dirhams d'amende ou l'une de ces deux peines seulement. Le juge choisit donc le quantum de la peine en toute liberté.

En outre, l'on assiste à une aggravation des peines sanctionnant la banqueroute qui est portée au double lorsque l'auteur ou le complice de banqueroute est un dirigeant, de droit ou de fait, d'une société cotée à la bourse des valeurs³²¹.

³²¹ Article 755 alinéa 3 du code de commerce.

De plus, l'article 756 de la même loi prévoit que les personnes déclarées coupables de banqueroute encourent également la déchéance commerciale à titre de peine accessoire. A cet égard, le paragraphe 8 de l'article 61 du code pénal prévoit « *l'intention d'exercer toute profession, activité ou art, subordonnés ou non à une autorisation administrative* ». De son côté, l'article 87 du même code dispose que « *cette interdiction est prononcée pour une période qui ne peut excéder dix ans, à compter du jour où la peine a été subie, sauf les cas où la loi en dispose autrement* ».

Ces précisions apportées, il y a lieu de préciser qu'outre la rareté des cas de condamnations en matière de banqueroute, l'on se heurte à une application erronée de la loi par les magistrats du royaume dans la mesure où ces derniers continuent à se référer, même après l'entrée de l'ancienne loi du 1^{er} août 1996, aux articles 556 et suivants du code pénal et de surcroît, à invoquer la distinction entre banqueroute simple et banqueroute frauduleuse, méconnaissant l'abrogation de cette distinction par l'ancien article 721 du code de commerce, ce qui est fort regrettable !

Sur les sept décisions afférentes au délit de banqueroute, une seule a correctement appliqué la loi. En l'occurrence, il s'agit du jugement du tribunal de première instance de Casablanca numéro 1745, rendu en date du 30 octobre 2000. Pour les six autres décisions³²², les juges ont curieusement fait appel aux dispositions du code pénal, d'où la mise en œuvre de peines assez faibles au regard de l'importance du délit. Celles-ci varient entre deux à quatre mois avec sursis, assorties de dommages et intérêt entre 6000 et 40.000 dirhams, ce qui fait qu'elles n'ont aucun effet dissuasif.

³²² حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أنفا، رقم الصادر بتاريخ 2000/12/15. غير منشور.
حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عين الشق، رقم 8879/98 الصادر بتاريخ 26/01/2000. غير منشور.
حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء- الحي المحمدي- عين السبع، رقم 07/2001 الصادر بتاريخ 10/04/2004. غير منشور.
حكم المحكمة الابتدائية بابني ملال، رقم 01/03 الصادر بتاريخ 25/03/2003. غير منشور.
حكم المحكمة الابتدائية بابني ملال، رقم 2140 الصادر بتاريخ 08/04/2004. غير منشور.
قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، رقم 9455 الصادر بتاريخ 21/07/2004. غير منشور.

Chapitre 2 : Le chevauchement des sanctions pénales et civiles

Le droit des entreprises en difficulté a toujours choisi coexister les sanctions civiles et les sanctions pénales. Reste alors à préciser comment se combinent ces sanctions de nature et donc de portée distincte.

Le droit des entreprises en difficulté reste, par de multiples aspects, un droit sanctionnateur. Ainsi, la sanction pénale reste présente même si elle est circonscrite à l'infraction de banqueroute et aux infractions punissant les comportements malhonnêtes commis en cours de procédures³²³. Les sanctions civiles sont, pour celles qui demeurent, plus diversifiées comme nous avons vu précédemment. Ce sont aussi des sanctions plus sévères, cette sévérité, classique en matière pénale, marque de façon plus originale les sanctions civiles qui, pour certaines, dissimulent à peine leur fonction punitive ou protectrice du milieu professionnel. Aux côtés des sanctions civiles classiques, apparaissent ainsi des sanctions quasi pénales, qui sont pourtant de la compétence du tribunal de la procédure collective. Il y a un paradoxe en cette branche du droit des affaires : ce n'est pas ici le droit pénal qui pose difficulté, et qui justifierait comme dans d'autres droits une dépénalisation. C'est plutôt l'hypertrophie de la sanction civile qui jette le trouble.

Cet état du droit positif suppose aujourd'hui d'articuler des sanctions civiles ordinaires, qui satisfont les objectifs de la procédure, et spécialement permettent de récupérer de l'actif par les dommages et intérêts alloués ; des sanctions pénales là aussi classiques qui répriment les comportements les plus graves ; mais aussi des sanctions civiles quasi pénales, « para-pénales »³²⁴, dont la nature hybride soulève des interrogations. Or, ici comme ailleurs, il existe des « conflits de territoire » : la fonction répressive des sanctions civiles du droit des entreprises en difficultés ne fait-elle pas double emploi avec la sanction pénales ? C'est là une question classique que celle de l'articulation des sanctions pénales et quasi pénales avec les sanctions

³²³ Art 754 du code de commerce

³²⁴ R-RAFFARY, « le chef d'entreprise et les procédures collectives les cas de responsabilité », acte du colloque organisé le 14 septembre 2012 par l'observatoire de la délinquance et de la justice d'affaires, éditions cujas, p.43.

administratives, disciplinaires ou fiscales souvent posée. Il apparaît de façon que la proximité des sanctions, leur quasi identité, devrait conduire à limiter leur cumul. Autrement dit, des sanctions de nature différente ne peuvent se cumuler qu'à la condition d'avoir des fonctions, des finalités distinctes. A défaut, elles doivent seulement coexister, chacune dans son domaine naturel. En droit des entreprises en difficulté, tel n'est pas le cas, puisque les sanctions civiles et pénales se cumulent en certaines hypothèses alors même qu'elles poursuivent toutes deux des fins punitives.

Dans ce contexte, le chef d'entreprise est en droit de se demander comment s'articulent ces différentes sanctions, et s'il trouve un intérêt à cette nouvelle combinaison des sanctions civiles et pénales.

Les rôles attribués à chacune des sanctions civiles et pénales ne servent pas au mieux les politiques poursuivies, et le cumul des sanctions civiles et pénales génère un contentieux important.

Pour remédier à ces difficultés, il importe de repenser le chevauchement des sanctions civiles et pénales, et de prendre l'occasion de promulgué le décret relatif à la création de l'observatoire délinquance initié par le Ministère de la justice pour être force de propositions³²⁵. Ce chapitre se fera donc en deux temps. Le premier temps sera celui de l'étude du cumul des sanctions civiles et pénales, et du contentieux qu'il génère (**section 1**). Il apparaîtra alors que même si, à l'échelle de l'ensemble des sanctions, se cumul est limité, il n'en demeure pas moins insatisfaisant (**section 2**).

³²⁵ Au cours de l'année 2017, le ministère de la Justice a travaillé sur un projet de création d'un observatoire national de la délinquance, le nouveau projet d'organisation structurelle du ministère prévoyant sa création et son intégration dans les unités administratives de la Direction des affaires criminelles, des grâces et de l'observation du crime. La création de cet observatoire intervient en application des directives royales incluses dans le discours de Sa Majesté le Roi le 20 août 2009 et qui a été adoptée par la recommandation n ° 92 de la charte pour la réforme du système judiciaire, car elle sera chargée de surveiller et de suivre les indicateurs de développement de la criminalité au niveau national, de collecter les données statistiques y afférentes auprès de toutes les parties et de les analyser, en proposant les moyens de prévenir et de réduire ses risques ainsi de contribuer à définir les contours de la politique pénale. (Voir annexe 5).

Section 1 : Un cumul limité

La faute commise par le chef de l'entreprise en difficulté expose-t-il à des sanctions cumulées ou alternatives ? La réponse à cette question est nuancée : le droit positif applicable à la banqueroute, tantôt admet le cumul, tantôt exclut le cumul. Le cumul est, d'un côté écarté lorsque la faute commise légère, de sorte que le débiteur s'expose seulement à des sanctions civiles.

Cette situation ne semble guère critiquable, dans laquelle les domaines des sanctions sont bien délimités. Aux contraires, le cumul est d'un autre côté admis en droit positif lorsque la faute est grave. Cette solution est au contraire discutable en raison de la confusion des matières qu'elle engendre : les fautes civiles et pénales sont alors trop proches. Autrement dit, alors qu'en premier lieu la légèreté de la faute exclut légitiment la sanction pénale en matière de banqueroute et partant le cumul, la réciproque n'est pas exacte : la gravité de la faute n'exclut malheureusement pas la sanction civile est alors admis, en second lieu.

Sous-section 1 : Le Cumul écarté en cas de faute légère.

Pour exclure le cumul des sanctions, il faut donc délimiter la « gravité » pénale de la faute, c'est-à-dire le seuil au-dessous duquel les sanctions pénales de la banqueroute sont exclues. Quel est le critère ?

Il apparaît, en réponse, que le domaine de la banqueroute est réduit aux hypothèses de situation irrémédiablement compromise du débiteur. Au contraire, dans « les autres infractions » applicables en matière d'entreprises en difficultés³²⁶, la gravité de la faute peut résulter de ses caractères intrinsèques ou de son contexte. En effet, sont incriminés des actes dont la coloration pénale est manifeste (soustraction, dissimulation, recel, détournement)³²⁷, mais aussi des comportements qui méconnaissent les règles de la procédure collective dont l'aspect pénal est au moins évident à priori³²⁸. Néanmoins, l'incrimination se justifie par l'obstacle ainsi mis à la

³²⁶ Art 757 du code de commerce.

³²⁷ J-VALLANCAN, P-CAGNOLI ET L.- FIN-LANGER « difficultés des entreprises commentaire article par article du livre VI du code de commerce », lexisNEXIS , 6ème édition, p.39.

³²⁸ J-VALLANSAN et L.- FIN-LANGER, « guide des procédures collectives », 2e éd, lexisNexis, 2020.

sauvegarde ou au redressement de l'entreprise, de sorte que l'intérêt protégé par la loi pénale probablement atteint, idéalement, il faudrait donc d'avantage distinguer la gravité intrinsèque de la faute de sa gravité extrinsèque.

Cela étant précisé, l'absence de situation irrémédiablement compromise entraîne, en matière de banqueroute, l'exclusion des sanctions pénales alors que les sanctions civiles demeurent applicables.

A -L'exclusion des sanctions pénales

L'exclusion des sanctions pénales n'est pas évidente a priori : la lecture des textes est décevante. L'article 754 du code de commerce incriminant la banqueroute ne semble pas s'opposer au cumul répressif. Seule l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est visée par la loi, au titre des conditions préalables à la banqueroute. Or, l'ouverture d'une procédure collective est certainement inefficace à discriminer les sanctions dès lors que, par définition, les sanctions civiles peuvent également être prononcées dans les mêmes procédures collectives.

De plus, le prononcé des peines de la banqueroute n'est pas toujours soumis à l'existence d'une telle procédure. La cour de cassation française admet en effet que l'action publique perdure alors même que la procédure collective a été clôturée : l'ouverture d'une telle procédure n'est selon, la haute cour, qu'une condition de forme³²⁹. Qui doit exister au moment du déclenchement de l'action publique³³⁰. En matière pénale, elle apparaît comme une question préjudicielle au déclenchement de l'action publique. Dans cette hypothèse de clôture de la procédure collective, seule la sanction pénale peut alors être prononcée.

Mais il faut, en matière de banqueroute, une condition supplémentaire pour que la sanction puissent être prononcées : le caractère irrémédiablement compromis de la situation du débiteur. Or, c'est précisément cette condition qui permet d'exclure le

³²⁹ V.not. cass.com.,10 mars 1986,D.3986,p.182, note.F.derrida_rappr.O Décima, « réflexions sur la cessation des paiements en matière pénale »,DR.pén.2008, étude 22.

³³⁰ L.-CAROLINE-HENRY et L.-ANTONINI-COHIN, « droit des entreprises en difficultés », 3e éd, Mémentos, 2020.

cumul. En effet, l'ouverture de la procédure collective n'est pas suffisante en matière pénale, car la banqueroute n'est pas constituée qu'en cas de situation compromise. La condition dramatique dans laquelle se trouve l'entreprise rend la faute de son dirigeant plus lourde, car elle sacrifie définitivement les intérêts en présence. Au demeurant, la situation désespérée de l'entreprise rend la faute flagrante, criante : il ne peut s'agir de maladresse commerciale. Certes, il existe un débat très nourri en doctrine autour de cette question-là doctrine commerciale étant majoritairement opposée à l'utilisation de cette notion par le juge pénal. Il est pourtant naturel que le juge répressif utilise cette notion.

La situation commerciale obérée du débiteur établit sa culpabilité pénale : elle montre que l'heure n'est plus au sauvetage de l'entreprise (fonction du droit des entreprises en difficulté), mais la répression des fautes ; elle marque le seuil de la répression et la gravité de la faute.

De fait, la jurisprudence pénale française³³¹ confirme cette conception. Dans la plupart des arrêts, les juges prennent en effet soin de caractériser la situation patrimoniale gravement obérée du débiteur ou encore sa situation irrémédiablement compromise au moment des faits³³². Et la jurisprudence ne cesse de relever l'état de « cessation des paiements » de l'auteur des comportements incriminés³³³. En application de cette notion autonome, la même jurisprudence autorise le juge pénal à retenir une date de cessation des paiements distincte de celle retenue par le jugement d'ouverture de la procédure collective³³⁴.

B- L'application des sanctions civiles

A la différence de leur grande sœur pénale, les sanctions civiles peuvent s'appliquer lorsque la situation n'est pas obérée. Elles seules peuvent punir le débiteur

³³¹ V. not Cass.crim., 6 juin 2007, pourvoi n° 06-85.644, juris-Data n° 2007-040024_cass.crim., 28 juin 2006, pourvoi n° 05-85.236, juris-Data n° 2006-034835_cass.crim., 5 janvier.1995, pourvoi n° 93-85.102.

³³² A-SQUALLI, « L'étude critique de la notion de la cessation des paiements en matière de la faillite et de liquidation judiciaire », *Revue de droit et d'économie*. N° 11.1995.p.53.

³³³ Rappor.O Décima, « réflexions sur la cessation des paiements en matière pénale », *Dr, pén.*2008, étude 22.

³³⁴ V.F-PERCHON, *entreprise en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, n°1551 ; P-GIONANI, « la cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute », *D.*1994, chron.p.53.

indélicat. Ainsi, ni la responsabilité pour insuffisance d'actif, ni la déchéance commerciale, ni le remplacement de dirigeant n'exige que la situation de l'entreprise soit irrémédiablement compromise. Ces différentes sanctions peuvent être prononcés alors que les fautes ont été commises dans un contexte où le redressement de l'entreprise était possible, à la différence de la banqueroute. Par conséquent, le monopole de la sanction civile devrait être encouragé.

L'espoir de redressement, notamment, justifie que le chef de l'entreprise bénéficie d'une plus grande indulgence. En revanche, la situation est bien différente en cas de faute grave.

Sous-section 2 : Le cumul admis en cas de faute grave

Lorsque le débiteur commet une faute grave au regard de la situation obérée de l'entreprise, les sanctions pénales de la banqueroute peuvent s'appliquer. Ces dernières n'excluent malheureusement pas les sanctions civiles : le cumul est admis. Mais, conscient de la sévérité dudit cumul, le droit positif s'est montré hésitant. L'inconstance a été manifesté s'agissant des sanctions personnelles - déchéance commerciale, qui présente un aspect répressif marqué. Cette dernière possède une double nature pénale et civile ; elle peut être prononcée par les deux types de juridictions. Il apparaît, par conséquent, qu'une même sanction peut a priori être prononcée deux fois contre le même débiteur fautif. Au contraire, les sanctions patrimoniales peuvent se cumuler ou, plus aisément avec les sanctions pénales, car elles ont un aspect indemnitaire. Les sanctions personnelles doivent donc davantage préoccuper l'observateur³³⁵, car elles sont « quasi pénales ». Cette parenté constitue un obstacle au cumul ou, plus exactement, une cause d'hésitation du droit positif marocain.

Les conditions du cumul

Le prononcé de la déchéance commerciale à l'encontre du dirigeant d'entreprise n'est pas réservé qu'aux juridictions commerciales. Ces condamnations peuvent

³³⁵ *تقرير وزارة العدل، مشاريع قوانين تنتظر الإحالة إلى البرلمان، مديرية التشريع 2018. غير منشور.*

accessoirement provenir d'une instance pénale, dont les conditions d'application sont définies par l'article 756 du Code de commerce, tout en produisant les mêmes effets que celles dites « civiles ». La formulation sanctions personnelles « pénales » évoque donc la possibilité de condamner un dirigeant d'entreprise coupable de banqueroute à des sanctions professionnelles. Cette option particulière soulève toutefois quelques interrogations.

Ainsi, les sanctions civiles extra-patrimoniales prononcées par le juge pénal en complément de la banqueroute font-elles l'objet d'une réglementation autonome, ou bien s'alignent-elle sur les principes commercialistes ?

En effet, La déchéance commerciale peut être prononcée par la juridiction répressive, à titre de peine accessoire ou bien complémentaire³³⁶ cela présuppose le prononcé de la banqueroute.

Le texte est muet dans le cas où si la juridiction répressive a prononcé à titre de peine complémentaire la déchéance commerciale, alors que la juridiction commerciale l'avait également prononcée, si les deux décisions sont définitives, et si les faits fondant la sanction sont différents seule la décision de la juridiction répressive sera exécutée. si la seconde décision est plus sévère que la première, l'intéressé aura intérêt à la frapper d'appel, pour en obtenir la réformation en faisant valoir qu'il a déjà été condamné par la juridiction commerciale.

Aucune difficulté ne se présente si la juridiction commerciale a prononcé la déchéance commerciale alors que, dans le cadre du prononcé de la banqueroute, la juridiction pénale n'a prononcé la déchéance commerciale. L'intéressé ne saurait d'évidence se prévaloir de l'absence de prononcé de la déchéance commerciale par la juridiction pénale pour prétendre être déchargé de sa condamnation prononcée par la juridiction commerciale.

En d'autres termes, si la juridiction répressive est saisie alors que la juridiction commerciale l'est également, en ce cas, la règle « le criminel tient le civil en l'état »

³³⁶ Art 756 du code de commerce

doit permettre d'attribuer compétence exclusive à la juridiction répressive. En revanche, que décider si la juridiction commerciale a rendu une décision, qui n'est pas encore définitive ? En pareille situation, il a été également suggéré d'appliquer le principe « le criminel tient le civil en l'état », pour n'appliquer au final que la décision de la juridiction répressive.

Quoi qu'il en soit, si cette hypothèse se présente, il faudrait considérer que, si la juridiction pénale a prononcé ces sanctions professionnelles en complément de la banqueroute, la juridiction commerciale ne pourra plus condamner le dirigeant à des sanctions extra-patrimoniales pour ces mêmes faits. Donc il est judicieux d'ajouter un nouvel article qui devrait par conséquent prévoir une « condition de réciprocité » pour le prononcé de sanctions professionnelles par la juridiction pénale avant la juridiction commerciale.

Il est utile de souligner enfin que, si le juge commercial n'a pas retenu de sanctions à l'encontre du dirigeant d'entreprise, le juge pénal n'est pas lié par cette décision. De la sorte, il peut tout à fait prononcer pour les mêmes faits, en complément de la banqueroute, la déchéance commerciale. Aussi, si les faits à l'origine de la condamnation sont différents, la juridiction répressive bénéficie pleinement de l'opportunité de prononcer des sanctions professionnelles. Ces solutions sont appréciables et mènent à une meilleure articulation entre les jugements commerciaux et répressifs lors du prononcé de sanctions civiles extra-patrimoniales du droit des entreprises en difficulté.

Un autre problème qui se pose au niveau du relèvement, il s'agit du cas où si le dirigeant d'entreprise en difficulté qui a été frappé par des sanctions personnelles, et dont les droits doivent cependant être réhabilités. Les dispositions du Code de commerce prévoient expressément des cas de relèvement qui mettent fin à la sanction professionnelle de la personne physique. Celle-ci, certes salutaires, soulèvent parfois quelques interrogations sur leurs conditions d'application.

En effet, l'article 753 du code de commerce dispose que : « Dans tous les cas, l'intéressé peut demander au tribunal de le relever, en tout ou partie, de la déchéance

commerciale et de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective s'il a apporté une contribution suffisante au paiement de l'insuffisance d'actif.

Lorsqu'il y a relèvement total de la déchéance commerciale ou de l'incapacité élective, la décision du tribunal emporte réhabilitation».

Il en ira dans l'hypothèse où l'intéressé demandera le relèvement des mesures prononcées par la juridiction répressive quelle est la juridiction compétente dans ce cas ? Est-ce que celle ayant prononcé la sanction ? ou bien la juridiction commerciale sachant bien que l'article 9 de la loi n° 53-95³³⁷ dispose que « le tribunal de commerce est compétent pour connaître de l'ensemble du litige commercial qui comporte un objet civil » ?

Le texte n'a pas franchi le pas à notre sens la demande en relevé la sanction doit être adressé à la juridiction compétente, qui sera celle ayant prononcé la sanction.

Le droit positif marocain est apparu malheureusement très hésitant sur le principe et les conditions du cumul. Le code du commerce n'a pas tranché en ce sens qu'en cas de déchéance commerciale prononcée, en raison des mêmes faits, par une juridiction répressive et commerciale qu'il est la sanction applicable ?

A notre sens le législateur doit écarter la sanction pénale dès lors qu'une sanction identique avait été prononcées par le tribunal de la procédure collective, peu important que les faits étaient identiques ou distincts³³⁸.

³³⁷ Dahir n°1-97-65 du 4 chaoual 1417 (12 février 1997) portant promulgation de la loi n° 53-95 instituant des juridictions de commerce. (B.O n° 4482 du 15 mai 1997).

³³⁸ Il est utile de souligner que le droit français prévoit que la juridiction répressive, qui prononce la banqueroute, conserve la possibilité sous le régime issu de la loi du 26 juillet 2005, de prononcer à titre de peine complémentaire, la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer mais cette possibilité est modifiée, par suppression de l'article L.626-6 alinéa 2 sur un point important : la juridiction répressive ne pourra plus prononcer une mesure d'interdiction, ni en modifier les modalités, dès lors que la juridiction civile ou commerciale aura statué par une décision définitive conformément aux dispositions de l'article L.654-6 du code de commerce français qui dispose que « la juridiction répressive qui reconnaît l'une des personnes... coupable de banqueroute peut, en outre, prononcer soit la faillite personnelle à l'article L.653-8, à moins qu'une juridiction civile ou commerciale ait déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive ». la solution a été justifiée par la règle « non bis in idem » qui interdit de prononcer deux sanctions pour un même fait. Or, pour le conseil d'état français, la règle non bis in idem, « fait partie du principe à valeur constitutionnelle de la nécessité des peines » garantie par l'article 8 de la déclaration de 1789. Ce principe est relayé par l'article 368 du code de procédure pénale français. Ainsi, le civil l'emportera sur le pénal. La rédaction de l'article

Ce sont les raisons pour lesquelles le droit positif demeure insatisfaisant et que des formes plus importantes doivent être envisagées : les domaines des sanctions doivent être mieux distingués. Mais dès lors que le cumul continue d'être admis, la question se pose d'en déterminer la mesure.

Section 2 : Un cumul insatisfaisant

L'importance du contentieux qu'il génère pourrait suffire à rendre le cumul des sanctions civiles et pénales insatisfaisant. Mais, d'autres raisons mènent à ce constat. Les réformes successives et permanentes du droit des procédures collectives font qu'aujourd'hui la ligne de partage entre les sanctions civiles et les sanctions pénales s'est obscurcie³³⁹. Il apparaît en effet que la sanction civile empiète de plus en plus sur le domaine naturel de la sanction pénale. Cette hypertrophie de la sanction civile, qu'il convient tout d'abord de caractériser, est néfaste, ce qui conduira à repenser la place de la sanction pénale en droit des entreprises en difficulté.

Sous-section 1 : La dénaturation des sanctions civiles

L'hypertrophie de la sanction civile résulte d'un gonflement artificiel de son domaine, en la dotant d'une fonction punitive et protectrice de l'intérêt général, alors qu'il s'agit là des fonctions naturelles de la sanction pénale³⁴⁰. Mais le mouvement est nécessairement double : à l'image des vases communicants, si la sanction civile se gonfle en empiétant sur la fonction de la sanction pénale³⁴¹, cette dernière se retire ou pourrait se retirer de ses domaines naturels, ce qui peut alors faire douter de l'intérêt de sa présence en cette matière. Partant, l'hypertrophie de la sanction civile est néfaste car elle conduit d'une part, à la dénaturation de cette sanction, et d'autre part, à des vœux de dépénalisation, pourtant injustifié en cette matière.

l.654-6 du code semblait justifier que la règle instituée allât plus loin que la prohibition de la règle non bis idem. En effet, il pouvait être son pouvoir de prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer, même si la sanction concernait d'autres faits que ceux qui avaient conduit au prononcé de la sanction par la juridiction civile ou commerciale. Le principe de la proportionnalité des peines avait aussi été avancé pour justifier la solution.

³³⁹ P.-MICHEL LE CORRE, « droit et pratique des procédures collectives », Dalloz, 11e éd, 2021.

³⁴⁰ S-GORRIAS, « le régime de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises : textes et commentaires », 3e éd, Joly, 2020.

³⁴¹ A-LIENHARD, op.cit., p.49.

L'attrait du législateur pour la sanction civile paraît parfois regrettable car elle le conduit à ne pas respecter la fonction naturelle de cette sanction. En effet, dans le contexte d'une procédure collective, la sanction civile doit classiquement permettre d'engager la responsabilité du dirigeant fautif. Ici comme ailleurs, la sanction civile est aussi instrumentalisée pour servir des intérêts jugés supérieurs. Là où la responsabilité civile de droit commun est mise au service des victimes dont on recherche avant tout l'indemnisation, plus que la faute à l'origine de préjudice, le droit des entreprises en difficulté met la sanction civile au service de la procédure collective : elle permet de recouvrer des actifs qui serviront, en priorité au sauvetage de l'entreprise, et à défaut, au paiement des créanciers. Bon nombre des cas de responsabilité vus dans l'intervention précédente, entrent dans ce schéma : action en responsabilité pour insuffisance d'actifs ; action en extension de procédure collective ou encore en réunion des patrimoines...

D'autres, en revanche, s'écartent de ce schéma ordinaire. La dénaturation des sanctions civiles trouve ses meilleures illustrations dans les sanctions personnelles qui est la déchéance commerciale. Selon le professeur pérochon³⁴², ce sont des mesures « d'assainissement et d'élimination à la fois pour le milieu intéressé et punitives pour l'intéressé » alors que même ces fonctions punitive et protectrice d'un intérêt général sont étrangères à la sanction civiles, le législateur a choisi d'en confier prioritairement le prononcé au tribunal de la procédure collective. Pourtant les comportements qu'elles sanctionnent ressemblent fortement à des incriminations, au point pour certains d'entre eux de correspondre trait pour trait à des infractions³⁴³. Le législateur n'assume d'ailleurs pas pleinement la nature civile de ces sanctions puisqu'il permet au juge

³⁴² V.F-PERCHON, entreprise en difficultés, 9^e éd., LGDJ, n° 1551.

³⁴³ Par exemple plusieurs hypothèses de déchéance commerciale sont des cas de banqueroute Ainsi des achats faits en vue de la revente au-dessous du cours ou d'emploi de moyens ruineux dans l'intention de retarder ou d'éviter l'ouverture de la procédure collective (C.com., art.747). Ainsi encore, des fautes commises dans la tenue de la comptabilité (C.com., art. 745). Ainsi enfin, du détournement d'actif (même art).

pénal de les prononcer comme peines complémentaires de la banqueroute, au prix d'un contentieux important³⁴⁴.

Il est possible de se demander quel doit être le juge naturel de ces sanctions « para-pénales »³⁴⁵ ? Ces sanctions ont une double fonction : une fonction punitive et une fonction de régulation en ce sens qu'elles servent à écarter du milieu professionnel celui qui mal agi, et qui présente donc des risques pour ses pairs, et plus largement pour le marché. La première fonction conduit naturellement vers la sanction pénale. La seconde fonction, de régulation, n'est pas donc toujours assumée par une sanction de nature pénale. Pourtant, son objectif sert ici avant tout intérêt du milieu professionnel et, au-delà, comme l'intérêt du marché. Dans le même ordre d'idée, la chambre commerciale de la cour de cassation française reconnaît que la faillite personnelle et l'interdiction de gérer sont des mesures d'intérêt public³⁴⁶.

Fondée sur le plan conceptuel, la nature pénale de ces sanctions professionnelles apparaît également pertinente en pratique, en ce qu'elle permettrait d'en accroître l'efficacité. Les garanties offertes au chef d'entreprise en matières pénales sont tout d'abord plus importantes qu'en matières civiles. Le principe de légalité des délits et des peines imposerait ainsi une plus grande rigueur dans la définition des comportements interdits quand aujourd'hui les textes du code de commerce usent des formules vagues³⁴⁷. La sanction pénale s'accompagne d'autres garanties : droits de la défense adage **non bis in idem, etc.** la juridiction pénale semble ensuite plus efficace à réprimer les comportements fautifs : la procédure pénale offre des moyens d'enquête plus importants ; le juge pénal n'est pas tenu par le privilège de l'article 736 du code de commerce, c'est-à-dire qu'il peut sanctionner les professions libérales, là où c'est interdit au tribunal de la procédure collective. Enfin, la présence accrue du ministère

³⁴⁴ V. Responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise en difficulté : un regrettable statu quo, Revue Le Lamy Droit des Affaires, N° 64, 1er octobre 2011

³⁴⁵ V.not. A-LEPAGE, P-MAISTRE DU CHAMBON, R-SALOMON, op.cit., n°641.

³⁴⁶ LIENHARD, «Aubaine pour le dirigeant condamné» in Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, LexisNexis, éd., 2012, p. 431.

³⁴⁷ V.M- BENEJAT, « la responsabilité pénale professionnelle », DALLOZ, coll. « nouvelle bibliothèque des thèses», n° 111, 2012.

public lors de la procédure collective - telle que consacrée par les textes récents-assure la saisine de la juridiction répressive en cas de fait pénalement qualifiable.

En conséquence, c'est ici une pénalisation de cas déchéance commerciale qui est prônée. Ce choix peut paraître paradoxal puisqu'en droit des affaires, c'est ordinairement une dépénalisation qui est invoquée. Ce paradoxe n'est en réalité qu'apparent car, en cette matière, toute dépénalisation apparaît injustifiée.

Sous-section 2 : Une dépénalisation injustifiée.

Si la dépénalisation du droit des affaires est un thème récurrent, signalons tout de suite que le droit des procédures collectives fait figure d'îlot de résistance. Ainsi, même les assises nationales organisées par le ministère de la justice et les journées organisée par la CGEM relatif aux « droit pénal des affaires », laisse le droit des entreprises en difficulté à l'abri de toute proposition de dépénalisation³⁴⁸. Le doute quant à la légitimité de la sanction pénale en cette matière existe et vient de certains membres de la doctrine qui s'interrogent sur la pertinence d'un droit pénal spécifique au droit de l'entreprise en difficulté³⁴⁹. Il semble pourtant que ce droit pénal spécifique mérite d'être conservé.

Les infractions punissant les comportements frauduleux du débiteur ou de tiers pendant le déroulement de la procédure collective sont, de toute évidence, utiles car elles ne se confondent par hypothèse avec aucune autre infraction.

Reste la banqueroute objet de deux critiques. Elle serait inutile car rarement prononcée par les tribunaux du Royaume³⁵⁰. L'efficacité d'une infraction pénale ne saurait être fonction du nombre de condamnations, ne serait-ce qu'en raison de sa vertu

³⁴⁸ La politique pénale au Maroc : Réalité et perspectives ; actes des assises nationales organisées par le ministère de la justice Meknès, les 9,10 et 11 décembre 2004.

³⁴⁹ V.L-SAHRANE , « Le droit des affaires entre la pénalisation et la dépénalisation », Thèse Fsjes-fés.,2014.

³⁵⁰ Quant au délit de banqueroute, on constate la rareté des condamnations. Cette rareté des condamnations au pénal n'a d'égale paradoxalement que l'abondance des condamnations commerciales.quant au contenu des peines prononcées, il s'agira de peines trop faibles pour ne pas dire dérisoires qui ne peuvent avoir aucune vertu dissuasive. Ca varie entre 2 mois et 4 mois avec sursis, assorties des dommages et intérêts entre 6.000 et 40.000 DH.

intimidante. En pratique, un chef d'entreprise craint bien davantage la prison que le paiement de dommage et intérêt.

Il apparaît ainsi qu'une dépénalisation du droit des entreprises en difficulté serait injustifiée et ne saurait légitimer l'hypertrophie de la sanction pénale en cette matière afin de rendre à chaque sanction sa place naturelle.

Conclusion du titre II :

Les sanctions pénales sont indispensables pour les dirigeants qui ne respectent pas les sanctions civiles prononcées contre eux. La menace d'une peine d'emprisonnement est plus dissuasive.

Cette catégorie de dirigeants qui ne respectent pas les sanctions civiles est-elle minoritaire ou conséquente ? Sur mon ressort c'est très marginal. Ce ne sont pas des dossiers que l'on voit régulièrement mais quand on les voit il faut pouvoir apporter une réponse adéquate.

Peut-on imaginer de cantonner la sanction pénale à ceux qui ne respectent pas la sanction civile ?

Il y a d'autres infractions très spécifiques au droit des entreprises en difficulté qui peuvent nécessiter une réponse pénale. Dans ces cas-là, le dispositif prévu permet de faire face aux difficultés. L'équilibre est difficile à trouver entre la liberté d'entreprendre et la gestion du risque. L'esprit d'entreprise fait la richesse d'un pays, c'est le tissu économique. Il ne faut pas que les gens soient freinés par une sanction potentielle. Le risque il est là, il existe et cela fait partie de l'économie. Les sanctions doivent être dirigées contre des comportements répréhensibles qui n'ont rien à voir avec le risque de l'entreprise. Au début on peut avoir un risque de l'entreprise qui va dévier. Parfois on aura quelqu'un qui n'aura pas assez de recul pour se rendre compte qu'il va trop loin. Ce n'est que quand on dévie vers ce genre de comportements que l'utilité des sanctions est à envisager et bien évidemment il ne faut pas que celui qui décide d'entreprendre soit freiné. C'est ce difficile équilibre qu'il faut trouver

La sanction pénale en droit des entreprises en difficulté revient en réalité à exploiter les qualités naturelles de cette forme de sanction, afin de les mettre au service de la politique juridique menée par le législateur en cette matière. Le droit des entreprises en difficulté est en quête d'efficacité. Il doit parvenir en pratique à redresser les entreprises et à réduire le nombre de liquidations judiciaires. Pour ce faire il doit gagner la confiance des chefs d'entreprise, ce qui suppose qu'il renforce son attractivité. Ces logiques_ économiques plus que juridiques_ ne peuvent pour

autant le conduire à laisser libre cours aux comportements les plus graves et les plus risqués pour l'entreprise et le milieu économique. C'est à cet égard que la sanction pénale peut être mise au service du droit des entreprises en difficulté. Le législateur doit afficher une politique attractive en réduisant les sanctions encourues, tout en affichant que ceux qui sont mal honnêtes – et non simplement incompetents – encourrent des sanctions pénales. Le message livré aux chefs d'entreprises serait ainsi plus claire :

- Ceux qui connaissent des difficultés et qui agissent tôt – en sollicitant une procédure de sauvegarde – sont à l'abri de toute sanction civile et pénale ;

- Ceux qui n'agissent pas en amont de la cession des paiements encourrent des sanctions seulement patrimoniales s'ils sont fautifs ;

- Ceux qui sont en outre malhonnêtes et commettent des fautes graves encourrent des sanctions pénales, en ce compris les sanctions professionnelles.

Deux propositions permettraient de mettre les vertus répressives et intimidantes de la sanction pénale au service du droit des entreprises en difficulté.

La première proposition conduit à revenir sur la nature hybride de la déchéance commerciale. Les comportements qui les constituent, au moins les plus graves, devraient devenir des infractions pénales autonomes. Ces sanctions gagneraient par là-même une fonction d'intimidation qu'elles ont pour l'heure perdue, et une plus grande efficacité grâce aux principes du droit pénal et de la procédure pénale. Cette mesure permettrait en outre de mettre un terme au contentieux.

La deuxième proposition passe par la création d'une nouvelle infraction. Puisque le législateur veut inciter le débiteur à se placer sous la procédure de sauvegarde, ou à défaut de redressement judiciaire, alors le fait de tarder sciemment à saisir la justice pour faire une telle demande devrait être fortement sanctionné. La sanction pénale peut ici trouver une place, dans la mesure où la déclaration tardive de la cessation de paiements conduit inévitablement à la liquidation judiciaire, et sacrifie nombre d'intérêts particuliers jugés supérieurs (salariés, créanciers, partenaires économiques). D'ailleurs, Aujourd'hui, si le débiteur ne déclare pas la cessation des

paiements dans 30 jours, il peut faire l'objet d'une déchéance commerciale. Faire du défaut de déclaration de l'état de cessation de paiements dès l'expiration du délai de 30 jours une infraction para-pénale pourrait paraître excessivement faible. C'est pourquoi, il serait possible alors de créer une infraction autonome, détachée des cas de déchéance commerciale, pour plus de visibilité, et qui punirait d'une peine d'amende d'emprisonnement le défaut de déclaration de la cessation des paiement alors que la situation était irrémédiablement compromise la menace de la sanction pénale jouerait ainsi utilement le jeu du droit des entreprises en difficultés dans sa lutte contre le traitement tardif des difficultés, et contribuerait à limiter le risque de liquidation judiciaire.

En revanche, l'alinéa 1 de l'article 754 considère comme acte constitutif de banqueroute, « le fait d'avoir dans l'intention d'éviter ou retarder l'ouverture de la procédure, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds », or, cette infraction est déjà couverte par la déchéance commerciale (article 747 alinéa 2 du code de commerce).donc, il est proposé de supprimer un cas déjà couvert par d'autres incriminations.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Le contexte économique a amené le législateur à assouplir et adoucir les sanctions et les actions en responsabilité dans le but de renforcer l'application de prescriptions utiles à l'économie du pays cette législation, fruit des scandales successifs en la matière ou du contexte économique, marque le reflet d'une souple politique sanctionnatrice tout en essayant de les rendre non applicables selon la procédure ouverte. La volonté guidée par le législateur a pour intérêt de protéger et sauver l'entreprise et ce, pour la bonne régulation de la vie économique, où s'entrecroisent les intérêts des partenaires du jeu économique d'une part et l'intérêt général d'autre part.

L'objectif de cette évolution est connu. D'abord, le législateur souhaite encourager la création d'entreprises. Ensuite, des raisons sociales ont pu le guider ; il faut dans la mesure du possible tout faire pour que le débiteur conserve son logement pour éviter qu'il tombe dans la précarité et l'exclusion. Enfin, il a souhaité briser l'image négative de la « faillite » pour essayer de prendre en compte le fait qu'un échec n'est pas nécessairement condamnable mais qu'il peut au contraire constituer un enrichissement, une expérience. Et en ce sens, tout a été fait pour favoriser le rebond des dirigeants d'entreprise, des intérêts des créanciers et de l'initiative entrepreneuriale.

Deuxième partie
L'extension de la sanction aux organes de la
procédure

Le droit des entreprises en difficulté a toujours choisi faire coexister les sanctions civiles et les sanctions pénales. Les sanctions civiles et les sanctions pénales susceptibles d'être prononcées, en cas de procédure collective, se distinguent par leurs finalités. Les premières tendent à la réparation d'un préjudice ou à la «protection de l'intérêt public», tandis que les secondes visent à réprimer pénalement certains comportements déterminés par la loi.

La politique de l'extension de la sanction a pour but de répartir la charge du risque économique, qui est en partie réalisée par l'état de cessation des paiements, entre les différents partenaires de l'entreprise en difficulté, soit en mutualisant les sacrifices auxquels ils doivent consentir afin d'assurer le redressement de celle-ci, soit en recherchant la responsabilité de certains d'entre eux qui, par leur faute ou leur manque de diligence, ont concouru à l'apparition de ces difficultés. Dans ce cadre, la responsabilité civile de droit commun constitue un moyen mis au service du droit des procédures collectives afin de diminuer le préjudice subi par l'entreprise **(titre I)**.

Aussi, et pour assurer plus d'efficacité des procédures des difficultés d'entreprise, le législateur de 2018 n'hésite pas à mettre en jeu les sanctions pénales du droit commun et celles de pénal des affaires **(titre II)**.

En effet, Les sanctions pénales du droit commun et celles de pénal des affaires ont été instaurées par le législateur pour protéger et sécuriser l'investissement, le crédit, les actifs de l'entreprise qui constituent le gage général des créanciers et des tiers.

Titre 1 :
**La responsabilité civile et autres mécanismes
d'imputation du risque**

La recherche des solutions salvatrices pour l'entreprise en difficultés est devenue une priorité qui supplante de loin de quête des éventuels responsables. Cette nouvelle orientation du droit des procédures des difficultés d'entreprise initiées depuis longtemps a modifié le sort de ceux qui dirigeants ou tiers ont commis des erreurs qui ont participé d'une manière ou d'une autre aux déboires de l'entreprise leur rôle personnel de cette défaillance est évalué avec moins de sévérité qu'auparavant, sauf s'il masque des comportements malhonnêtes. Dans ce cas seulement, le droit des entreprises en difficultés retrouve, sa fonction répressive. C'est donc sous le signe du pragmatisme que se règle la question de l'imputation de la responsabilité des difficultés de l'entreprise afin de ne pas décourager les bonnes volontés tout en sanctionnant les agissements les plus graves.

En effet, pour réaliser un équilibre entre l'objectif poursuivi par le droit des procédures des difficultés d'entreprise et les nécessités liées à l'intérêt général, le droit des procédures des difficultés d'entreprise fera de la responsabilité civile un instrument qui défend leur finalité **(chapitre 1)**. Toutefois, la responsabilité civile ne constitue pas le seul instrument qui peut être utilisé, il est aussi d'autres règles qui peuvent être utilisé ; elles concernent l'éthique et la déontologie professionnelle **(chapitre 2)**.

Chapitre 1 : la responsabilité civile instrument au service des procédures des difficultés d'entreprise

Le droit des procédures des difficultés d'entreprise, une « terre de conflit ». Il n'arrive pas à protéger tous les intérêts en présence, de manière identique. Aucune époque n'a réussi ce challenge ; aucun pays n'a trouvé la clef pour régulariser harmonieusement, à la satisfaction de tous les intérêts en cause, les répercussions de la faillite. Nous ne prétendons pas avoir trouvé la solution. Tout simplement, si l'on considère la politique juridique de droit des procédures des difficultés d'entreprise comme étant tous les outils de droit mis en place pour rechercher les finalités des procédures collectives, il apparaît que la responsabilité civile constitue une de ces outils. Cette politique qui concerne donc l'ensemble des professionnels en charge de l'assurer (**section 1**) ainsi que les tiers (**section 2**).

Section 1: La corrélation entre la responsabilité et les missions assignées aux organes des procédures des difficultés d'entreprise

Toute les procédures des difficultés d'entreprise fait intervenir un certain nombre des professionnels chargés de représenter les nombreux intérêts en présence et par la même, de rechercher des moyens permettant d'assurer la survie de l'entreprise.

Ces professionnels, qu'on l'on peut désigner sous le vocable « tableau de bord de la procédure », jouent un rôle non négligeable consistant en la protection d'une panoplie d'intérêt quand bien même divergentes.

Parmi les différents acteurs concernés par une procédure collective, l'on pense tout naturellement au débiteur et aux créanciers. Toutefois, si l'on se réfère à la loi n°73-17 du 19 avril 2018 relatif aux difficultés de l'entreprise, l'on se rend compte de la présence de certains intervenants dits « organes de la procédure » qu'elle a mis en place. Leur présence manifeste bel et bien la volonté de législateur pour rechercher l'efficacité des procédures collectives.

Notion d'organe. L'expression « organe de la procédure » que l'on peut désigner sous le vocable « tableau de bord de la procédure ». Est utilisée par le

législateur lui-même. A cet égard, le chapitre I du titre VI de la loi n°73-17 du 19 avril 2018 relatif aux difficultés de l'entreprise est intitulée : « les organes de la procédure ».

Selon Madame Frison-Roche, l'organe de la procédure serait « une personne identifiée, désintéressée en ce qu'elle n'est pas personnellement partie au litige, en charge d'une mission concourant à l'exercice de la justice et dotée à titre de prérogatives adéquates »³⁵¹. Une telle définition met, à bon escient, l'accent sur le fait que ces organes professionnels ne défendent pas des droits qui leur sont propres.

Toutefois, l'on peut lui reprocher de ne pas être « directement opérationnelle »³⁵². Un tel risque a, sans aucun doute, pour source le terme « organe » qui peut être défini comme étant « l'instrument d'une fonction ; le rouage d'une organisation ; les éléments qui, liés à la structure d'une institution, en assurent le fonctionnement, par leur action combinée »³⁵³.

A suivre ces définitions, l'on se pose la question de savoir qu'englobe le vocable « organes de la procédure » ?

Pluralité d'organes. Tout naturellement, pareille notion englobe les parties, le tribunal, le président du tribunal, le juge-commissaire, le ministère public et le syndic. Toutefois, comme démontré Monsieur CROZE³⁵⁴ l'on doit distinguer les organes de la procédure des parties, du simple fait qu'à la différence de ces derniers, les organes de la procédure doivent leur existence en raison de la procédure.

Les créanciers, le débiteur, le tribunal, le président du tribunal et le parquet ne peuvent donc en aucune manière se voir attribuer une telle « casquette » du moment où ils préexistent à l'ouverture de toute procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

³⁵¹M-A. FRISON-ROCHE., citée par P.CANGNOLI. « Essai d'analyse processuel du droit des entreprises en difficultés », LGDJ 2002.p 18.

³⁵²F.PERCHON et R.BONHOMME., « entreprises en difficultés, instruments de crédits et de paiement », LGDJ, 5^e éd., 2001.n°139.

³⁵³G.CRONU., « vocabulaire juridique », Association H. CAPITANT., PUF., 8^e éd, 2000.

³⁵⁴II.CROZE, « les organes de la procédure, nouveau juge, nouveaux pouvoirs ? », mélanges. R.PERROT., Dalloz. 1996. P 46 et s.

C'est ainsi que l'on désigne par « organe interne de la procédure », le juge commissaire et le syndic. Ces organes ont donc pour mission primordiale d'exprimer les intérêts concernés par les difficultés de l'entreprise.

Sous- section 1 : le rôle des organes dans la recherche de l'efficacité des procédures des difficultés d'entreprise

Une fois les organes sous indiqués mobilisés, il reste à déterminer les différents intérêts que ces derniers sont censés préserver. Ces dits organes ont pour mission d'exprimer un certain nombre d'intérêts, quand bien même divergents, chose qui leur rend la tâche plus périlleuse car, à notre sens, satisfaire toutes les parties à la procédure relève de l'impossible.

En effet, à chaque organe incombe une fonction. Le syndic le porte-parole de l'intérêt de l'entreprise, il représente également les intérêts des créanciers et exprime, à ce titre, l'intérêt collectif de ces derniers. Les organes préexistant à l'ouverture de la procédure, quant à eux, font valoir l'intérêt général. Leurs fonctions peuvent toutefois converger, en ce sens qu'ils se partagent certaines actions en justice, de telle sorte qu'il devient délicat de déterminer quel intérêt ladite action est censée exprimer³⁵⁵.

Mieux encore, le caractère évolutif de la procédure a pour fâcheuse conséquence d'accentuer les difficultés de détermination des différents intérêts en présence que le droit des entreprises en difficulté se doit de protéger. A ce titre, certaines actions en justices menées en période d'observations ont pour conséquence de reconstituer le patrimoine du débiteur.

Les objectifs assignés à de telles actions n'apparaissent pas clairement au jour où celles-ci sont effectuées ; selon les cas, ces actions peuvent profiter à la collectivité des créanciers ou à l'entreprise en fonction de la trajectoire du jugement statuant sur le sort de l'entreprise.

Ces précisions apportées, il y a lieu de mettre l'accent sur le fait que la particularité du titre VII de la législation du 19 avril 2018 consiste en la protection de plusieurs intérêts que l'on peut, a titre de simplification, ranger en deux grands pôles :

³⁵⁵ P.CAGONLI , op.,n°86.p.65.

- Des intérêts privés, se rapportant à la protection des créanciers.
- Et d'autres publics, se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise et à la protection de l'ordre public.

Il s'agit en effet d'une protection si l'on se dire « à double tranchant », en ce sens qu'elle vise des intérêts tout à fait opposés.

On exposera donc simultanément la protection des intérêts privés A et la protection des intérêts publics B.

A. La protection des intérêts privés.

Comme on a pris le soin de le mentionner plus haut, la protection des intérêts privés se limite, à notre sens, à la sauvegarde des intérêts des créanciers.

L'œuvre d'une telle protection réside tout d'abord dans la possibilité offerte par le législateur au tribunal de se saisir d'office. En effet, la saisine d'office permet de protéger les créanciers qui seraient, par la force des choses, absents ou empêchés. Une telle protection n'est toutefois pas limitée aux créanciers absents, elle a le mérite de profiter à l'ensemble des créanciers mettant ainsi un terme « à l'agonie de leur débiteur ».

A titre d'exemple, elle pourrait intervenir au moment où le débiteur, désespéré ou de mauvaise foi, s'apprête à avoir des arrangements avec les plus intransigeants de ses créanciers, en l'occurrence la nullité des actes accomplis en période suspecte.

Si les intérêts privés désignent uniquement les intérêts publics concernant l'intérêt de l'entreprise, de ses salariés mais également l'intérêt général.

B. La protection d'intérêt général.

En droit des entreprises en difficultés, l'intérêt général occupe une place prépondérante.

En effet, le concept d'intérêt général est une notion assez vague, complexe, relevant du mystère et qui peut s'avérer difficile à appréhender, du fait qu'elle soit relative à la circonstance, à l'époque et au lieu où elle est invoquée et qu'elle dépende d'un environnement politique, moral et religieux.

Dans le même ordre d'idées, un auteur disait que « toutes les notions nécessaires à l'action politique, celle de l'intérêt général est la plus vague. Et nul secours n'est jamais venu de l'effort théorique au point que certains économistes ou politologues doutent qu'elle ait un sens, si non une utilité, notamment dans l'art de l'incantation. « Les intérêts individuels » ne se comparent pas, ne s'additionnent pas, ne se combinent pas pour définir un « intérêt de tous ensemble » baptisé général. Au demeurant, comment prétendre qu'une configuration d'intérêts particuliers ou catégoriels est meilleure que d'autres puisque plusieurs ne peuvent exister simultanément.

L'histoire ne se dédouble pas. Reste seulement que certaines situations sociales sont acceptées par l'ensemble des individus et que d'autres suscitent contestation plus ou moins intense et généralisée. Ainsi s'impose de façon pragmatique, l'idée que l'intérêt général est satisfait dès que la vie sociale n'est pas perturbée. Se rejoignent alors les notions d'intérêt général de consensus social et d'ordre comparatifs »³⁵⁶.

Toutefois, force de constater que le débat sur le concept d'intérêt général ainsi que sa prééminence sur les intérêts de tout un chacun remonte à la nuit des temps.

A cet égard, selon PLATON, l'intérêt général est celui de la cité dans sa globalité, il constitue bel et bien un ensemble indivisible et non pas celui d'une simple majorité.

Ainsi conçu, il doit tout naturellement supplanter les intérêts privés, ce qui a pour conséquence logique l'éviction des individus ayant refusé de se plier à ses obligations.

Inversement, ARISTOTE penche vers une conception beaucoup souple. D'après lui, la notion d'intérêt général rime avec ce qu'il appelle « le bien vivre », en ce sens que l'individu n'a pas renoncer à ses intérêts particuliers dès lors que ce dernier les utilise avec modération, c'est donc le juste milieu entre l'égoïsme incontrôlé qu'il faut rechercher.

³⁵⁶ A-COTTA, «les corporatismes», que sais-je, presses universitaires de France, PUF.1984, p.11 et 12.

En effet, les difficultés de l'entreprise ne constituent pas uniquement l'affaire de l'entrepreneur, elles sont également l'affaire des professionnels des procédures.

L'une des manifestations majeures de l'intérêt général en matière des procédures collectives réside dans la sauvegarde de l'activité. Il s'agit d'une mission assez délicate que les organes affichent comme une préoccupation fondamentale. La sauvegarde d'un tel intérêt va de pair avec le redressement de l'entreprise. Un tel constat découle l'entreprise n'est pas renfermée dans une coquille, c'est de son absence ou de sa présence que dépendent la richesse et la vie d'un pays. L'intérêt général se manifeste également à travers l'arsenal des sanctions que recèle le Code de commerce marocain et le droit commun. A cet égard, force de constater qu'à chaque fois qu'une sanction est prononcée, l'intérêt général est impliqué. En outre, cet intérêt général apparaît par le biais d'autres règles. Comme il serait de retracer l'ensemble de ces règles, l'on se concentra d'en donner un exemple : l'on pense à l'obligation faite aux organes nommés par le tribunal de veiller sur le bon déroulement de la procédure.

En définitif, l'on peut avancer que toute règle ayant pour effet de contribuer à la sauvegarde de l'entreprise vivement l'intérêt général.

En effet, la complexité et l'évolution permanente du droit, la pression des faits économiques et l'attente du justiciable imposent aux organes un effort d'adaptation permanent. Les professionnels des procédures des difficultés d'entreprise sont concernés par la recherche des finalités des procédures des difficultés de l'entreprise et, partant de sa politique juridique. A ce titre, la mise en œuvre de leur responsabilité sanctionnera un comportement contraire à la politique juridique de la procédure des difficultés d'entreprise.

Sous-section 2 : La responsabilité des organes interne des procédures des difficultés d'entreprise

La responsabilité des professionnels (organe interne), tel le commissaire aux comptes (1), le syndic (2) ou encore le juge commissaire (3), obéit aux règles générales du droit commun de la responsabilité civile, de sorte qu'une faute, même légère, engage leur responsabilité.

A- Le commissaire aux comptes

Le commissaire aux comptes est chargé du déclenchement de l'alerte³⁵⁷ en raison de sa mission de contrôle³⁵⁸ des comptes de la société. Il est tenu de révéler les faits constatés dans l'exercice de sa fonction et non pas de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise.

Il doit réagir dans l'intérêt de tout organe constituant l'entreprise (chef d'entreprise, associé, salarié...) car ça leur permet de mieux connaître l'état de santé de l'entreprise³⁵⁹.

Le commissaire aux comptes doit adopter une approche proactive pour la recherche d'éventuelles difficultés et d'informer le chef d'entreprise afin que sa responsabilité ne soit pas recherchée.

D'autre les fonctions attribuées aux commissaires aux comptes dans cette phase d'alerte par le législateur marocain lui a reconnu d'autres fonctions que ce soit dans la loi n°17-95 du 30 août 1996 régissant les sociétés anonymes ou dans la loi n° 5-96 du 13 février 1997 régissant les autres sociétés commerciales³⁶⁰.

Afin de mieux exprimer leur engagement une charte pour la prévention des entreprises pour la prévention des entreprises en difficultés³⁶¹ a été signée par les commissaires aux comptes lors des Xème assises nationales du 9 décembre 1993³⁶².

Vu que ce dernier joue un rôle essentiel dans cette phase d'alerte, on constate qu'il y a plusieurs points à développer afin de mieux cerner le sujet comme par

³⁵⁷ Art 547 du code de commerce.

³⁵⁸ Dahir n°1-96-124 du 14 rabii II 1417 (30 août 1996) portant promulgation de la loi n°17-95 du 30 août 1996, art. 1966 : «le commissaire aux comptes exerce une mission permanente, de vérification et de contrôle au sein de la société, il doit vérifier les valeurs et les livres, les documents comptables de la société, vérifier également la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur. Il vérifie la sincérité et la concordance, avec les états de synthèse, les informations données dans le rapport de gestion des dirigeants» bulletin officiel n°4422 du 4 jourmada II 1417 (17 octobre 1996), p.661.

³⁵⁹ Y.GUYON., « le rôle de prévention du commissaire aux comptes » JCP, Ed.E 1995, n°48, p.622.

³⁶⁰ Dahir n°1-11-39 du 29 jourmada II 1432 (02 juin 2011) portant promulgation de la loi n°24-10 modifiant et complétant la loi n°5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en participation, bulletin officiel n°5956 bis du 25 rajeb 1432 (30 juin 2011), p 1775, article 12 al, 1, et article 80.

³⁶¹ J.-F.BARBIERI., «l'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte : le rôle des commissaires aux comptes », L.P.A .14 sept.1994, n°110, p.40.

³⁶² J.-F.BARBIERI, op.cit., p.40.

exemple les méthodes de désignation de celui-ci? Comment se déroule cette phase d'alerte par le commissaire aux comptes? Ainsi les possibilités, les cas où sa responsabilité pourrait être engagée, et éventuellement les sanctions encourues?

1- Désignation du commissaire aux comptes :

Première remarque qu'on peut tirer des textes de loi qui règlementent les sociétés anonymes ainsi que les autres formes de sociétés commerciales c'est que cette désignation diffère que ce soit selon la forme de la société ou selon son chiffre d'affaire annuel, elle peut être obligatoire comme cela est prévu par la loi n°17-95 qui réglemente les sociétés anonymes³⁶³ et par la loi n° 5-96 du 13 février 1997 régissant les sociétés en commandite par action³⁶⁴.

En revanche la désignation de dernier est facultative dans les autres formes de société, mais elle peut devenir obligatoire lorsque la société enregistre un chiffre d'affaire qui dépasse les cinquante millions de dirham hors taxe lors de la clôture de l'exercice sociale³⁶⁵.

Lorsqu'une société fait appel public à l'épargne elle est tenue de désigner deux commissaires aux comptes³⁶⁶.

Par contre les groupements d'intérêt économique selon la loi n° 13-97 du 1er avril 1999 qui énonce dans l'article 39, al, 2 ils sont tenus de nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes, lorsqu'ils émettent des obligations non convertibles au profit de leurs membres,

Au contraire du droit marocain, le législateur français a prévu et a élargi la nomination du commissaire aux comptes dans presque toutes les formes de sociétés au groupement et a multiplié les critères de sa désignation.

³⁶³ Loi n°17-95 du 30 août 1996, article.159,al,1.

³⁶⁴ Loi n°5-95 du 13 fév.1997,art.31 prévoit que, «les dispositions de la loi n°17-95 du 30 août 1996, relatives à la nomination du commissaire aux comptes leur sont applicables, dans la mesure où elles sont compatibles avec ses dispositions.

³⁶⁵ Loi n°5-96 du 13 février 1997,art,12 al,2 ;21 al, 2 et art 80.

³⁶⁶ Loi n° 17-95 du 30 août 1996, article,159,al,2.

En effet, cette désignation est obligatoire dans les sociétés anonymes³⁶⁷, dans les sociétés anonymes cotées en bourse et dans les sociétés par actions simplifiée³⁶⁸.

Les groupements d'intérêt économique sont également tenus de désigner un commissaire aux comptes lorsqu'ils émettent des obligations ou lorsqu'ils comptent cent salariés ou plus à la clôture d'un exercice³⁶⁹.

Elle est également impérative dans toutes les sociétés commerciales³⁷⁰, notamment, les sociétés en nom collectif³⁷¹, les sociétés à responsabilité limitée³⁷² et les sociétés en commandite simple³⁷³, lorsqu'elles dépassent deux des trois seuils suivants :

- Un totale de bilan d'au moins 1550 000 euros ;
- Chiffres d'affaires hors taxes 3 100 000 euros ;
- Effectif de 50 salariés.

Les personnes morales de droit privé non commerçant ayant une activité économique sont tenues également de désigner au moins un commissaire aux comptes et un suppléant lorsqu'elles dépassent, à la fin de l'année civile ou à la clôture de l'exercice, les chiffres ci-dessous fixés pour deux des trois critères suivants :

- Cinquante pour le nombre de salariés ;
- 3 100.000 euros pour le montant hors taxes du chiffre d'affaires ou des ressources ;
- 1 550 000 euro pour le totale du bilan³⁷⁴.

La désignation d'un commissaire aux comptes et d'un suppléant est également obligatoire dans les associations ayant reçue annuellement des autorités

³⁶⁷ Code de commerce,art.l.234-1,modifié par la loi 26 juill.2005,code de commerce,art.R.234-1 à R.234-4

³⁶⁸ Code de commerce,art.L.225-228,al.3.

³⁶⁹ C.com.,art.L.251-12,al 3.

³⁷⁰ C.com.,art.L.234-2,modifié par la loi n°2005-845 du 26 juill.2005,C.com.,art.R.234-7.

³⁷¹ C.com.,art.L.221-9, et décret n°67-236 du 23 mars 1967,art.12.

³⁷² C.com.,art.L.223-35,al,2 et décret n°67-236 du 23 mars 1967,art.34.

³⁷³ C.com.,art.L.222-2 et décret n°67-236 du 23 mars 1967,art.12.

³⁷⁴ C.com,art.L.612-1,modifié par décret n°2005-1677,28 décembre 2005,art.44,devenu art.R.612-1 C.com.

administratives, ou des établissements publics à caractère industriel et commercial, une ou plusieurs subventions dont le montant est de 153 000 euros³⁷⁵.

Certaines entreprises publiques (établissement publics de l'Etat ayant une activité industrielle ou commerciale et entreprises nationales) sont également obligées de désigner un commissaire aux comptes et un suppléant³⁷⁶.

Deuxième remarque qu'on peut déduire c'est que la désignation du commissaire aux comptes dans les deux législations, c'est qu'il y a plus de souplesse, un cercle plus élargi qui peut le désigner du côté du droit français.

Troisième remarque c'est que le commissaire aux comptes peut être désigné de manière facultative par les associés même si les seuils fixés par la loi ne sont pas atteints.

Ce type de désignation se fait par une demande sans conditions des associés au président du tribunal de commerce statuant en référé³⁷⁷ qui désigne un commissaire aux comptes cela concerne les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple.

Par contre dans les sociétés à responsabilités, la demande de nomination d'un commissaire aux comptes se fait également par les associés au président du tribunal statuant en référé, mais, à condition que ces derniers représentent au moins le quart du capital social³⁷⁸.

Cette deuxième faculté introduite par le législateur pour ses types de société est considérée comme une roue de secours au bon déroulement du rôle joué par le commissaire aux comptes dans cette phase de prévention.

2- Le devoir d'alerte

A la lecture des dispositions de l'article 547 on peut déduire que le législateur a organisé procédure pour les sociétés anonymes.

³⁷⁵ C.com., art.L.624-4 ;art.D.612-4 C.com, et décret.n°2006-335 du 21 mars 2006,art.1er.

³⁷⁶ Loi n°.84-184 du 1er mars 1984,art,30 (réda.l.2003-706 du 1er août 2003).

³⁷⁷ Loi n°5-96 du 13 fev.1997,1997,art.12,al 2.

³⁷⁸ Loi n°5-96 du 13 févr.1997,art.80,al3.

Dans cette phase de l'alerte du commissaire aux comptes le législateur a impliqué trois organes différents à savoir :

3. Les dirigeants de l'entreprise (présidents du conseil d'administration ou du directoire selon les cas et conseil d'administration ou conseil de surveillance) ;
4. Les actionnaires à travers l'assemblée générale ordinaire ;
5. Le président du tribunal de commerce.

3- L'information du dirigeant :

En vertu de l'article 547 le rôle aux comptes dans cette phase critique et d'informer premièrement les dirigeants de l'entreprise sur la situation de l'entreprise sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise .

A l'occasion de leur mission le commissaire aux comptes doit établir une demande d'explication limité dans le temps en respectant un certain formalisme.

En effet, cette demande doit être faite et envoyé par lettre recommandée avec accusé de réception dans un délai qui ne dépasse pas huit jours.

Quant à lui, le législateur français n'a rien prévu comme délai pour informer dirigeants de ces faits³⁷⁹, mais le recours à l'écrit³⁸⁰ pour preuve diligence est obligatoire.

Cette information attire l'attention de dirigeant sur les signes révélateurs des premiers difficultés. et ce, pour donner la possibilité aux commissaires aux comptes de rectifier certaines négligences et éventuellement assistés le dirigeant dans la recherche des solutions³⁸¹.

Le commissaire aux comptes doit se justifier sur les faits qu'il relève et préciser les raisons pour lesquelles il trouve que la continuité de l'exploitation de l'entreprise est compromise, cette tâche ne doit pas être une source de conflit afin d'arriver à des solutions satisfaisantes.

³⁷⁹ Décret n°67-236 du 23 mars 1967, article 251, devenu article R.234-1 du code de commerce.

³⁸⁰ IBRAHIM SQUALLI, op.cit., p.170.

³⁸¹ M.DRISSI.ALAMI MACHICHI, « droit commercial fondamental au Maroc », édition 2006, p.529.

Les dirigeants sont obligés de répondre à la demande du commissaire aux comptes dès la réception de la lettre recommandée énoncé par l'article 547 du code commerce ce n'est pas une faculté qui leur offerte.

Le législateur français donne un délai de quinze jours article R.234-1 alinéa 2 du code de commerce français³⁸², aux dirigeants pour répondre.

Nous observons que la législation marocaine souffre d'une lacune qui touche la question de la forme de réponse car elle n'est pas énoncée cette imprudence peut conduire à des difficultés au niveau de la preuve si la responsabilité du commissaire aux comptes vient être mise en cause. A ce point le législateur français est plus vigilant car il a donné certaines précisions sur cette forme qui doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception que les dirigeants doivent fournir avec les explications envisagées³⁸³ et les propositions susceptibles remédier³⁸⁴ aux points soulevés par le commissaire aux comptes.

Si cette réponse donné par les dirigeants est avérée rassurante pour commissaire aux comptes, l'alerte restera confidentielle au sein de l'entreprise et doit être exécutée rapidement par le conseil d'administration³⁸⁵.

Par contre dans le cas où les dirigeants ne donnent pas suite à la demande d'alerte du commissaire aux comptes, ces derniers sont pas sanctionnés, une souplesse de la part du législateur mais qui peut avoir d'énormes conséquences vue l'importance de cette phase, et peut conduire à penser que :

- La finalité de la prévention interne est remise en cause

³⁸² Article R234-1 énonce «dans les société anonymes ,l'information prévue au premier alinéa de l'article L.234-1 porte sur tout fait que le commissaire aux comptes relève lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou sur tout fait dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission. cette information est faite sans délai, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception .

Le président du conseil d'administration ou le directoire répond par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans le quinze jours qui suivent la réception de l'information mentionnée ci-dessus ».

³⁸³ C.co., art.L.251-1,D.23 mars 1967 modifié par le décret du 21 octobre 1994 pris en en application de la loi du 10 juin 1994,devenu art.R.234-1,al.2.

³⁸⁴ C.SAINT-ALARY-HOUIN, droit des entreprises en difficultés,5^e éd 2006,n°149,p.80.

³⁸⁵ G-BLANC., «la situation du commissaire aux comptes après la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984», J.C.P.1984 ,E ;II,14304,n°43.

- Aucun dialogue entre les dirigeants et le commissaire aux comptes n'existe et ce manque de communication nous paraît dangereux et à éviter.

Encore on remarque que le droit français est plus efficace et plus innovant que le nôtre vu qu'il a mis une porte de sortie pour ce point³⁸⁶ qu'il a réglé dans l'article L.234-1 du code de commerce.

Au Maroc si nous essayons chercher la raison du législateur pour cette réticence nous constatons qu'elle est liée au principe de non immixtion du commissaire aux comptes dans la gestion de la société auquel s'attache le chef d'entreprise marocain.

Pour le bon fonctionnement et la bonne gestion de la société une porte de sortie a néanmoins été prévue par la loi n° 17-95³⁸⁷ qui donne la possibilité aux commissaires aux comptes de convoquer lui-même le conseil d'administration ou le conseil de surveillance pour délibérer, mais cette situation est prévue que dans des circonstances difficiles.

On déduit qu'il y a certaines différences entre les deux législations dans cette phase outre celles déjà citées :

- La première c'est que le commissaire aux comptes en France informe le président du tribunal de commerce³⁸⁸. Cette information a pour objet de tenir au courant de ses démarches, le président du tribunal qui peut à son tour convoquer le chef d'entreprise pour un entretien³⁸⁹.
- La deuxième différence c'est l'information du comité d'entreprise s'il y en a ou du délégué du personnel dans les huit jours qui suivent la réunion du comité d'administration ou du conseil de surveillance.

Afin de bien mener sa mission si le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation de l'entreprise reste menacée, s'il remarque qu'il y a encore des risques de défaillance, s'il estime que le chef d'entreprise n'a pas pris les

³⁸⁶ Si le commissaire aux comptes ne reçoit pas une réponse de la part des dirigeants ou bien il reçoit une réponse ne permettant pas d'être assuré sur la continuité de l'exploitation, il doit inviter par écrit, dont copie est adressée au président du tribunal, le président du conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à faire délibérer le conseil de surveillance sur les faits relevés.

³⁸⁷ Loi n°17-95, art.73 al.2.

³⁸⁸ Loi n°2005-845 du 26 juillet.2005, art.62, C.com., R.234-1.

³⁸⁹ Article L.611-2 du code de commerce.

bonnes décisions pour améliorer la situation de l'entreprise, il doit rédiger un rapport spécial qu'il présentera à l'assemblée générale des actionnaires pour statuer sur le sujet.

4- L'information des actionnaires

Lorsque le commissaire aux comptes détermine que la situation de l'entreprise reste compromise, il est dans l'obligation de lancer une deuxième phase d'alerte auprès des actionnaires par le biais d'un rapport spécial qu'il doit qu'il doit rédiger et présentée à l'assemblée générale des actionnaires.

Cette phase se manifeste par la rédaction d'un rapport par le commissaire aux comptes destiné aux actionnaires.

Cette phase se caractérise par une souplesse attribuée par le législateur marocain aux commissaires aux comptes qu'il y a aucune obligation ou précision concernant le contenu et délai de présentation de ce rapport. Cette autonomie est laissé aux commissaires aux comptes afin de mieux conduire l'alerte et de prendre les bonnes décisions sur la situation de l'entreprise.

Le législateur marocain n'a fait que reproduire la situation déjà établit par le législateur français³⁹⁰.

Par contre une petite précision a été établie par l'ordre des experts comptables français sur le contenu de ce rapport qui devrait en principe être consacré à relater les diverses phases de la procédure d'alerte et les décisions prises, ainsi que les éléments constatés de la non amélioration ou l'aggravation de la situation de l'entreprise.

Le rapport spécial du commissaire aux comptes n'est pas présumé confidentiel par la loi vue que ce dernier doit être transmis d'abord aux dirigeants de l'entreprise ensuite, il doit être mis à la disposition des actionnaires, ou leur être adressé, dans les quinze jours qui précèdent la date de la tenue de l'assemblée générale annuelle, conformément aux dispositions de la loi n°17-95 du 30 août relatives aux sociétés anonymes³⁹¹.

³⁹⁰ C.com., art.R.234-1.3,reprenant l'article 251 du décret du 23 mars 1967.

³⁹¹ Loi n°17-95 du 30 août 1996,art.140 et 141,al.6.

Les dispositions de l'article 547 du code de commerce, prévoient que : « le chef d'entreprise est tenu de faire délibérer la prochaine assemblée générale pour statuer sur rapport du commissaire aux comptes à ce sujet ». Ces dispositions ne montrent par le caractère d'urgence que doit susciter l'alerte. Cependant, si cette réunion n'a pas eu lieu, alors que le caractère d'urgence est bien déterminé, le commissaire aux comptes doit poursuivre la procédure. Il peut convoquer lui-même une assemblée générale pour délibérer sur le sujet, conformément aux dispositions de la loi n°17-95 du 30 août 1996 régissant les sociétés anonymes³⁹².

Par contre il ne peut convoquer l'assemblée générale qu'après avoir vainement requis sa convocation par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance³⁹³.

Dans le nouveau dispositif français, cette lacune a heureusement été corrigée par la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet. En effet, si malgré les décisions prises en conseil d'administration ou en conseil de surveillance, la continuité de l'exploitation demeure compromise, une assemblée générale doit être convoqué : c'est au conseil d'administration ou au directoire qu'il incombe de procéder à cette convocation et ce dans un délai de huit jours de l'invitation qui lui en est faite par le commissaire aux comptes. La réunion de l'assemblée générale doit intervenir au plus tard dans le mois suivant la notification du commissaire aux comptes³⁹⁴. Le but étant d'accélérer le déroulement de la procédure d'alerte.

Cependant, en cas de carence du conseil d'administration ou du directoire, le commissaire aux comptes procède lui-même à la convocation de l'assemblée générale dans un délai de huit jours à compter de l'expiration du délai imparti au conseil d'administration ou au directoire et en fixe l'ordre du jour³⁹⁵.

Ainsi les actionnaires peuvent décider des mesures à prendre afin d'améliorer la situation de l'entreprise, ils peuvent révoquer les dirigeants ou exercer toute autre action envisageable.

³⁹² Loi n°17-95 du 30 août 1996,art.116.

³⁹³ Loi n°17-95 du 30 août 1996,art. 116,al.5.

³⁹⁴ C.com.,art R.234-3.

³⁹⁵ C.com., art.R.234-3

Cependant, nous remarquons que l'information des actionnaires n'est pas sans inconvénient. Elle peut porter atteinte à la confidentialité de la prévention interne. son utilisation nécessite donc une certaine prudence afin de ne pas affecter l'image de la société.

Si à l'issue de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les résolutions adoptés ne permettent pas d'assurer la continuation de l'exploitation de l'entreprise, il en informe le président du tribunal de commerce dans les plus brefs délais.

5- L'information du président du tribunal de commerce

Lorsque le commissaire aux comptes constate que les décisions prises après la réunion de l'assemblée générale ne sont d'aucune efficacité et s'il observe que la situation de l'entreprise demeure non changer et que ses décisions ne permettent toujours d'assurer la continuité de l'exploitation, dans ce cas il est dans l'obligation d'informer le président du tribunal de commerce en lui communiquant les résultats³⁹⁶.

Dans ce rapport envoyé par lettre recommandé au président du tribunal de commerce, le commissaire aux comptes doit joindre toute information ou document utile qui l'a poussé à conclure aux insuffisances des décisions prise ainsi que toute correspondance déjà établi avec les dirigeants³⁹⁷, dans ce point on remarque que l'article 548 du code de commerce ne précise pas de délais afin d'effectuer cette démarche.

En France, l'information du président du tribunal de commerce semble être primordiale, car elle se fait en deux temps. Dans un premier temps, cette information se fait dès le moment où commissaire aux comptes invite le conseil d'administration ou le conseil de surveillance à délibérer sur les faits préoccupants³⁹⁸.

³⁹⁶ C.com., art.548.

³⁹⁷ عبد الرحيم شميعة، شرح أحكام نظام صعوبات المقاوله في ضوء القانون 73-17، دار الأفاق المغربية. 2018. صفحة 52؛ أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات المقاوله التي تعترض المقاوله، ومساطر معالجتها، الجزء الاول، الطبعة الثالثة 1998 صفحة 175.

³⁹⁸ C.com,art.R.234-3.

Elle est destinée à attirer l'attention du président du président sur l'existence de difficultés auxquelles aucune solution satisfaisante n'a été encore trouvée, en laissant au président le soin d'apprécier les moyens d'un traitement convenable³⁹⁹.

Ensuite dans un deuxième temps, l'information du président intervient après la consultation des actionnaires. Cette dernière information est, comme le précisent certains auteurs est une « invitation faite au tribunal d'ouvrir sans trop tarder une procédure collective afin que la situation des partenaires de l'entreprise ne s'aggrave pas ».

6- Ses responsabilités

Dans ce point on remarque que L'article 547 du code de commerce ne prévoit aucune disposition relative à l'éventuel engagement de la responsabilité du commissaire aux comptes, dans le cadre de la procédure d'alerte. par contre, la loi n° 17-95 sur les sociétés anonymes tel qu'elle a été modifiée et complétée précise le cas dans lequel la responsabilité du commissaire aux comptes peut être engagée, pendant l'exercice de sa mission de vérification et de contrôle des comptes. En effet, selon les dispositions de l'article 180 de ladite loi dispose que le ou les commissaires aux comptes sont responsables, tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers, des conséquences dommageable des fautes ou négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions.

L'obligation qui leur incombe est une obligation de moyens, non de résultat⁴⁰⁰. la faute du commissaire doit être appréciée par référence à la conduite d'un commissaire diligent, placé dans la même situation.

La responsabilité du commissaire à été engagé dans une espèce où ce dernier « en l'absence de diligence approfondies pour cause d'insuffisance de rémunération et manque de temps, certifie néanmoins sans réserve la régularité et la sincérité du bilan et des comptes ».

³⁹⁹ I-SQUALLI, op.cit.,p.176.

⁴⁰⁰ H- CHARKAOUI, « la société anonyme »,1^e éd,1997.p.226.

Sa responsabilité était engagée envers un tiers preneur qui avait tenu compte d'un bilan contrôlé et le considérait comme un élément sûr d'appréciation de la situation de la société⁴⁰¹.

Toutefois, notons que dans le cadre de procédure d'alerte, la responsabilité du commissaire aux comptes pourrait être engagée dans deux cas :

Dans le premier cas, le commissaire aux comptes ne remplit pas son devoir d'alerter les dirigeants, malgré l'existence de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Dans ce cas, il peut être poursuivi pour faute ou négligence, et peut être interrogé sur les difficultés qu'il a relevées lors de sa mission de vérification et de contrôle des comptes, ainsi que sur la négligence d'une question qui semble importante aux yeux des dirigeants.

❖ **Application pratique.**

Le commissaire aux comptes est susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard des créanciers. Ainsi, le commissaire aux comptes d'une société cédée engage sa responsabilité envers le cessionnaire⁴⁰². Selon la Cour de cassation, un commissaire aux comptes avait manqué de vigilance et n'avait pas exercé un contrôle conforme aux normes professionnelles, de sorte qu'au moment de la cession, la société cédante se trouvait dans l'impossibilité manifeste de faire face à ses engagements vis-à-vis de son ancienne filiale. Les obligations contractées par la société cédante à l'égard de la société cédée ne pouvaient en conséquence être tenues, ce que les commissaires aux comptes n'avaient pas décelé. Or, l'état de cessation des paiements existait dès cette époque pour la société cédante.

Par contre, le refus temporaire du commissaire aux comptes de certifier les comptes ne constitue pas une faute, dans la mesure où ce refus est motivé par des doutes sur la régularité d'une opération qui, si elle avait été annulée, aurait eu une incidence sur leurs comptes, les doutes n'étant levés qu'ultérieurement⁴⁰³. De même, le commissaire aux comptes ne commet pas de faute, bien qu'ayant certifié sans réserve

⁴⁰¹ H- CHARKAOUI, op.cit, p.226.

⁴⁰² Cité par M-COTTINGY, « responsabilité civile et procédures collectives », Thèse Lille 2, 2016, p.42.

⁴⁰³ M-COTTINGY, op.cit., p.42.

les comptes d'une société mise en redressement judiciaire, dès lors qu'il a suffisamment attiré l'attention des intéressés sur des problèmes liés à des flux de trésoreries anormaux entre les différentes sociétés du groupe⁴⁰⁴.

Dans le deuxième cas, le commissaire aux comptes au contraire peut déclencher une alerte, alors que les faits relevés ne nécessitaient pas cette action. Ce qui est susceptible de porter préjudice à l'entreprise.

Ce deuxième cas de figure suscite un intérêt particulier à notre sens, car on se demande si cette alerte prématurée peut réellement causer un préjudice à la société et dans quelle mesure peut-on engager la responsabilité du commissaire aux comptes ?

A cet égard, la loi marocaine ne prévoit aucune sanction. Le droit français, ne prévoit pas non plus une sanction spécifique à l'encontre du commissaire aux comptes qui se trompe sur la qualification des faits de nature à compromettre la continuité d'exploitation de l'entreprise, néanmoins, contrairement au législateur marocain, afin d'encourager de la mission d'alerte des commissaires aux comptes, il a choisi d'alléger les risques qu'ils peuvent encourir de cette mission, en instaurant une disposition législative permettant de les protéger d'avantage de ce fait, l'article L.225-241 du code de commerce prévoit que la responsabilité des commissaires aux comptes « ne peut pas être engagé pour les informations ou divulgations des faits auquel ils procèdent en exécution de leurs missions définies aux articles L.234-1 et L.234-2 » cette irresponsabilité lui permet « d'agir » dans le cadre de la procédure d'alerte, c'est à dire lorsqu'il relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

La cour de cassation française confirme cette assertion et a jugé à propos de la révocation d'un commissaire aux comptes ayant déclenché une alerte prématurément. Elle a écarté la responsabilité d'un commissaire aux comptes dont la mauvaise foi n'était pas établie lors d'une alerte inopportune.

En outre, La responsabilité du commissaire aux comptes est délicate, car il y a toujours le risque d'alerter précipitamment et donc d'alarmer inutilement, ce qui peut provoquer des effets négatifs, ou bien au contraire, se tarder d'avertir.

⁴⁰⁴ M-COTTINGY, op.cit., p.42.

Pour éviter toutes ses probabilités, il doit toujours prendre des décisions fondées sur une appréciation objective.

En droit français à la lecture d'un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation, il s'est avéré qu'il y a une indulgence en faveur du commissaire aux comptes, même s'il lui pèse l'obligation légale d'alerte, lorsqu'il constate des faits de nature à compromettre la continuité d'exploitation de L'entreprise, sa responsabilité peut ne pas être mise en jeu, dans le cas des petites structures, car il semble peu probable que les actionnaires ne soient pas au courant de la situation de la société, en raison de leur nombre limité⁴⁰⁵, ce qui signifie que la responsabilité du commissaire aux comptes peut être retenue, pour les grandes sociétés, alors que pour les petites, le commissaire aux comptes peut bénéficier d'une certaine immunité en raison du nombre restreint des actionnaires. Selon les termes de l'arrêt « les actionnaires connaissent la situation de l'entreprise à la fin de 1992, c'est à dire au moment des difficultés rencontrées..., et donc l'absence de déclenchement d'alerte était sans incident sur le retard apporté au dépôt de bilan et l'éventuelle aggravation du passif qui en résultait »⁴⁰⁶

En effet, le commissaire aux comptes, sauf faute lourde de sa part, bénéficie d'une immunité dans le déclenchement de l'alerte.

En outre, certains auteurs soutiennent qu'il : «vaut mieux une alerte prématurée, plutôt qu'un dépôt de bilan »⁴⁰⁷.

Or, cela ne signifie probablement pas que le commissaire aux comptes n'engage aucunement sa responsabilité dans le cadre d'une procédure d'alerte. Au contraire, si le commissaire aux comptes déclenche la procédure d'alerte dans le but de nuire à l'entreprise, tout en sachant que l'exploitation de cette dernière ne court aucun risque,

405 C.cass, 3 mars 2004,n°14188.

406 Cité par Madame N-LYAZAMI, « La prévention des difficultés des entreprise: étude comparative entre le droit français et le droit marocain», Thèse du Toulon-Var., 2013.

⁴⁰⁷ Y-GUYON, «le rôle de prévention du commissaire aux comptes », JCP, éd, E, n° 48, 1987 n° 15066,p.623.

ou s'il déclare l'alerte dans son intérêt personnel, sa responsabilité pourrait être engagée, car il aurait commis une faute lourde être qualifiée de dol⁴⁰⁸.

En revanche, ceux qui agissent en responsabilité contre lui devront faire la preuve de la faute, du préjudice et du lien de causalité entre la faute commise et le préjudice. Ils doivent démontrer que le dommage s'est produit du fait de l'absence d'information et de contrôle qui incombe au commissaire aux comptes.⁴⁰⁹

Toutefois, le commissaire aux comptes est tenu de préserver la confidentialité de la procédure de prévention interne, sous peine de sanction civile conformément à l'article L.225-241 du code de commerce français. il doit toutefois se montrer prudent car le lien entre la révélation des faits et l'action du commissaire aux comptes pourrait être contesté.⁴¹⁰

On pense que l'essentiel reste que le commissaire aux comptes agisse en se conformant à l'esprit du texte tel qu'il est disposé et d'essayer de l'adapter en fonction des situations qui se présentent. De ce fait, il doit s'assurer que les faits allégués sont réellement de nature à nuire à la continuité de l'exploitation. Toutefois, l'absence de précisions suffisantes lui impose de se référer à sa conscience, à son expérience, ou tout simplement à son intuition pour la mise en œuvre de la procédure d'alerte. Cependant, le fait que le commissaire aux comptes soit désigné volontairement ne réduit pas la portée de l'obligation d'alerte mise à sa charge⁴¹¹.

B- Le syndic.

En général, les hommes de loi n'ont jamais été bien perçus par l'opinion publique. Les chroniques et écrits à ce sujet ne se font pas rares. A cet égard, Agobart qui écrivait sous dagorbert avançait que l' «on connaît des injustices dans le sein même de la justice ; l'innocence n'y trouve plus d'asile, quel serait son refuge ?

⁴⁰⁸ T.G.I Toulouse, 29 juin 2000, bull.nat. Commissaire comptes, 2002, n° 125,p.76, obs.Ph. Merle, jugement confirmé par CA Toulouse, 15 oct.2001. ; Y-CHAPUT.,op.cit,p.72. ; P-M.LE CORRE, op.cit, p.135.

⁴⁰⁹ P-LE CANNU, op.cit., n°116, p.101.

⁴¹⁰ En ce sens, v.Y-CHAPUT., op.cit.,p.81.

⁴¹¹ A.-EL HAMMOUMI, «les difficultés de l'entreprise essai d'analyse des dispositions légales & pratique des tribunaux marocaines », 2003.p 23.185 أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، صفحة 23.185

l'avocat? il vend son éloquence à celui qui paie le mieux. Le juge ? Il vend sa sentence »⁴¹²

En outre, l'ouvrage d'un auteur intitulé la « mafia des tribunaux de commerce», n'a pas échappé au mépris de la justice⁴¹³.

En matière de procédures collectives, les syndics sont les plus visées. A ce titre, Monsieur BERNARD SOINNE relate l'observation suivante : « on voit des abus se produire dans la gestion des syndics, des liquidations traînent en longueur, contrairement aux prescriptions de la loi et ne donnent presque rien, on se méfie des syndics... »⁴¹⁴.

En effet, l'on doit avoir présent à l'esprit que le syndic constitue l'un des sujets récurrents qui suscitent, de ce fait, une attention assez particulière. A cet égard, l'on doit se garder de ne pas oublier le résultat de leur intervention n'est pas applaudir, en ce sens que l'on ne sauve malheureusement pas suffisamment d'entreprise en difficulté. La mort financière n'est certes pas admise du moment où elle a pour incontournable conséquence de transformer l'économie du pays. Il est toutefois vrai que les traumatismes occasionnés par l'ouverture d'une procédure collective engendrent des séquelles plus ou moins graves, des plaies des cicatrices quasiment difficiles à panser et ce, aussi bien dans l'environnement économique que social.

En droit marocain, l'on se limite de plus en plus à constater le décès de l'entreprise et, par là même, à procéder à son autopsie afin que l'on puisse extraire les causes de la mort, mais surtout si elle ne résulte pas d'une faute, chose qui est contraire à l'esprit du livre V du code de commerce lequel a pour priorité de sauvegarder les entreprises en difficulté leur évitant le couperet de la liquidation judiciaire.

Profession non encadrée. Ce faisant, au rebours de la législation, laquelle a pris, par le biais de textes spéciaux, d'organiser, dans les règles de l'art, les fonctions du

⁴¹² Cité par B-SOINNE, « le pari (à propos du projet de loi relatif au nouveau statut des mandataires de justice) », *Revue des procédures collectives et civiles et commerciales*, n°5., décembre 2000., p.155.

⁴¹³ *Revue des procédures collectives et civiles et commerciales*, n°5, op.cit.,p.155.

⁴¹⁴ *Revue des procédures collectives et civiles et commerciales*, n°5, op.cit.,p.155.

syndic (administrateur judiciaire)⁴¹⁵, le législateur marocain ne s'y est pas du tout intéressé se limitant ainsi à arrêter les tâches qui lui sont confiées. En effet, désigné par le tribunal, la mission que le syndic est appelé à remplir est d'une telle importance qu'on ne peut pas concevoir l'absence actuelle d'une formation d'un corps de greffiers spécialisés dans ce domaine⁴¹⁶. L'application concrète des textes relatifs au redressement judiciaire en dépend.

Dans la pratique, le tiers généralement désigné par le tribunal est expert-comptable. Or l'établissement d'un plan de redressement exige une connaissance accrue du droit, en ce sens qu'il implique le respect d'une multitude de règles de fond et de procédure.

Dans la pratique, le tiers généralement désigné par le tribunal est expert-comptable car il ne s'agit pas seulement de faire fonctionner des comptes. Or l'établissement d'un plan de redressement exige une connaissance accrue du droit, en ce sens qu'il implique le respect d'une multitude de règles de fond et de procédure.

Le syndic est certainement plus compétent que l'expert-comptable car il ne s'agit pas seulement de faire fonctionner des comptes. En effet, en intervenant, le syndic peut être amené à répondre à une procédure déjà existante, concernant notamment le paiement de certaines créances, l'expulsion du débiteur du local où s'exerce l'exploitation, l'exécution de contrats en général. La décision est quelquefois délicate.

Ainsi, pour sauver le fonds de commerce dans le cas d'une expulsion, il doit faire application de la loi sur les beaux commerciaux et procéder au paiement de la dette exigible.

Le syndic peut recourir à un emprunt d'une banque pour régler certaines dettes qui permettent de redresser l'entreprise.

⁴¹⁵ En France, les administrateurs judiciaires doivent passer un examen d'aptitude après l'accomplissement d'un stage professionnel. Ils sont ensuite inscrits sur une liste nationale constituée par une commission composée, non seulement de juristes, mais aussi d'un membre de l'inspection générale des finances, d'un membre d'une juridiction commerciale du premier degré, de trois administrateurs judiciaires et éventuellement, d'un professeur de droit, de science économiques ou de gestion.

⁴¹⁶ V. ANNEXE 6 : Tableau comparatif des organes de procédure au Maroc et en France.

Une telle opération exige le plus souvent de connaître les priorités légales (privilèges et sûretés) pour négocier cet emprunt avec le banquier. La désignation d'un expert-comptable n'est donc pas la solution, car il faut que ce professionnel, qui maîtrise la science des chiffres et du raisonnement financier, puisse avoir une formation juridique adéquate à même de lui permettre d'assumer ses fonctions en bon maître⁴¹⁷.

Il serait judicieux d'étudier d'abord les modalités de désignation du syndic ; pour ensuite voir ses missions.

1- Modalités de désignation.

Faute d'absence du décret d'application de l'article 673 du code de commerce précisant les qualifications requises pour l'exercice des missions de syndic, en raison de l'importance capitale de ses fonctions, nous avons jugé nécessaire de fonder notre réflexion sur l'ancien loi de 1996, qui donne la possibilité de désigner le syndic soit parmi les greffiers, soit parmi les tiers.

Sous l'empire de la législation de 1996 la désignation du syndic a été posée par l'article 568 du code de commerce. A la lecture de cette disposition, on comprend que la fonction de syndic est assurée par le greffier. Toutefois, le tribunal peut, le cas échéant, le confier à un tiers.

Aux termes de l'article 568 de l'ancien code de commerce, on peut déduire que la préséance du greffier sur les tiers dans la désignation du syndic. En effet, la pratique judiciaire est allée dans le sens contraire en ce que dans la majorité des cas d'ouverture de procédures collectives, la fonction de syndic est confiée à des tiers en dehors du greffe du tribunal. Cela veut dire, que le greffier n'a pas les qualités professionnelles requises pour l'accomplissement de cette fonction, l'on peut que se poser des questions quant aux critères que le tribunal de commerce pourrait adopter pour faire le

⁴¹⁷ En ce sens le professeur M.SQAULI, précise que la fonction du syndic greffier nécessite une bonne formation en matière juridique, comptable et en gestion d'entreprise. Ces exigences font défaut dans l'état actuel de notre droit, puisque les fonctions du syndic sont exercées par des personnes ne remplissant aucune de ces caractéristiques pas plus qu'ils ne possèdent de qualification suffisante dans le domaine des procédures collectives abstraction faites de ceux d'entre eux qui acquièrent cela par expérience ajoute-il. A ce propos, V. A. SQUALI ORIDI, la faillite et redressement judiciaire des entreprises en difficulté en droit marocain, thèse, paris, 1990.

choix d'un syndic parmi les tiers. Sachant bien que la loi n'ayant pas défini de cadre institutionnel ni réglementaire précisant le profil professionnel du syndic, les résultats attendus d'une telle procédure restent aléatoires.

En effet, le législateur marocain, en dépit, de la richesse et la législation française d'inspiration et de référence, n'a pas assez pensé pour mener une réflexion stratégique et profiter des avancées réalisées par cette législation, en matière de syndic, pour harmoniser les dispositions de la nouvelle loi par un dispositif réglementaire adapté aux spécificités du contexte économique marocain⁴¹⁸. Car cette loi ne saurait être efficace pour atteindre ses objectifs que si, dans un règlement cohérent, elle répond dans une mesure aux finalités qui lui sont confiées.

2- Les interdictions.

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 670 du code de commerce : «aucun parent jusqu'au quatrième degré inclusivement ou alliés du chef ou des dirigeants de l'entreprise ne peut être désigné comme juge-commissaire ou syndic ».

Dans l'objectif de ne pas aggraver le passif et de garder les actifs de l'entreprise de toute malversation ou manœuvre que son, ou ses dirigeants ou alliés du chef, seraient tentés de commettre, la loi interdit la désignation du syndic ou du juge-commissaire parmi leurs parent jusqu'au quatrième degré. De ce fait, le tribunal, avant de statuer, doit s'assurer qu'aucun lien de parenté n'existe entre le dirigeant et le syndic à désigner⁴¹⁹.

En effet, les interdictions prévues par l'article précité sont nécessaires mais elles restent insuffisantes. Car un débiteur malhonnête pourrait toujours trouver le moyen de se soustraire à ses obligations en employant de manœuvres suspectes avec la complicité d'autres personnes en dehors de cercles familiaux. De ce fait, les

⁴¹⁸ V.ANNEX 6.

⁴¹⁹ En ce sens les personnes visées sont :

- La mère et le père, les grands-parents et les arrières grands-parents de dirigeant de la société débitrice ;
- Les enfants et leurs conjoints, la mère et le père du conjoint des enfants de dirigeant de la société débitrice ;
- Les frères et sœurs, les neveux et nièces de dirigeant de la société débitrice ;
- Les tantes et les oncles, les cousins et les cousines de dirigeant de la société débitrice ;
- Le conjoint de dirigeant de l'entreprise débitrice, son père et sa mère, ses frères et sœurs.

dispositions prévues par l'article 670 restent limitée. C'est la raison pour laquelle le législateur aurait dû prévoir une formalité déclarative sur l'honneur par le syndic désigné au moment de l'acceptation de son mandat⁴²⁰.

Enfin, il reste que toute personne qui s'estime pouvoir être lésé dans ses intérêt dispose d'une voie de recours en récusation formée en référé auprès de juge commissaire⁴²¹, à charge pour lui d'en rapporter les preuves.

3- Mission

Le syndic est chargé de contrôler les opérations de la sauvegarde, de mener les opérations de redressement ou de liquidation judiciaire, à compter du jugement d'ouverture jusqu'à la clôture de la procédure. Sous réserve des droits reconnus aux contrôleurs, La mission générale du représentant des créanciers est fixée par l'article 675 du code de commerce qui dispose que : « ...le syndic a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers ».

A cet effet, il: Surveille l'exécution du plan de la continuation ou de cession de l'entreprise.

Au niveau de contrôle et de gestion de l'entreprise, le jugement qui désigne le syndic le charge :

Soit, de surveiller les opérations de gestion ;

Soit, d'assister le chef de l'entreprise pour tous les actes concernant la gestion ou certain d'entre eux

Soit, d'assurer seul, entièrement ou en partie, la gestion de l'entreprise

Au niveau de la procédure de sauvegarde la mission de syndic se limite à contrôler les opérations de gestion réalisées par le dirigeant en dressant un rapport détaillé le bilan financier sur la situation économique et sociale de l'entreprise au vu de ce bilan le syndic propose au tribunal soit le redressement de l'entreprise ou la liquidation judiciaire⁴²².

⁴²⁰ A-LIENHARD , «sauvegarde des entreprises en difficultés.2^e éd,Delmas 2007, p.21.

⁴²¹ Art,672 du code de commerce.

⁴²² Art 569 du code de commerce.

❖ Mission de vérification des créances.

Dans le cadre de sa mission en tant que représentant des créanciers le syndic se voit confier par la loi, une fonction particulièrement importante : celle de vérification des créances.

Il est rendu destinataire des déclarations de créances. Il doit informer les titulaires de sûretés et des contrats de crédit-bail publiés et pour les invités à déclarer leurs créances la loi l'oblige également à avertir les « créanciers connus »⁴²³.

Le syndic- représentant des créanciers est cependant dispensé de vérification du passif chirographaire, en cas de plan de cession totale ou de liquidation judiciaire⁴²⁴ dès lors qu'il apparaît que le produit de la réalisation des actifs sera absorbé par les créanciers privilégiés, sauf si une action en responsabilité pécuniaire est envisagée contre un dirigeant de la personne morale débitrice.

Dans le cadre de sa mission de vérification des créances, après avoir réceptionné celles-ci, il avise les créanciers de l'existence de contestation⁴²⁵.

Il doit établir, dans un délai maximum 6 mois à compter du jugement de l'ouverture de la procédure, la liste des créanciers déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet d'incompétence ou de constat ou de renvoi devant le tribunal. Il transmet cette liste au juge commissaire⁴²⁶. Il vérifie également les créances salariales⁴²⁷.

❖ Nullités de la période suspecte et actions en rapport

La loi reconnaît la qualité au syndic pour exercer les actions en nullité de la période suspecte⁴²⁸ et pour demander le report de la date de cessation des paiements⁴²⁹. elle lui accorde également la qualité pour exercer l'action en rapport contre le tireur d'une lettre de change ou le donneur d'ordre, ainsi que contre le bénéficiaire d'une

⁴²³ Art 719 du code de commerce.

⁴²⁴ Art 725 du code de commerce.

⁴²⁵ Art 726 du code de commerce.

⁴²⁶ Art 727 du code de commerce.

⁴²⁷ Art 728 du code de commerce.

⁴²⁸ Art 718 du code de commerce.

⁴²⁹ Art 713 du code de commerce.

chèque et le premier endosseur d'un billet à ordre⁴³⁰, dans le même esprit, elle lui donne la qualité pour agir en rapport à l'encontre du conjoint du débiteur exerçant ses reprises⁴³¹.

❖ Mission d'information

Dans le cadre de sa mission le syndic a des obligations d'information. Il doit ainsi informer, de manière permanente, les autres organes de la procédure, et notamment le juge-commissaire du déroulement de la procédure⁴³²

Pour pouvoir remplir ses obligations d'information, l'article prévoit l'obligation, pour tout tiers détenteur, de remettre au syndic les documents comptables du débiteur en vue de leur examen, sous peine d'une astreinte fixée par le juge commissaire.

A tout moment, le tribunal peut modifier la mission (l'étendu ou la restreindre) du syndic à sa demande ou d'office⁴³³.

Dans tous les cas, le syndic est tenu de respecter les obligations légales et conventionnelles du chef de l'entreprise.

Généralement, sa mission se focalise autour de deux axes :

- ✓ D'une part, celui-ci doit pouvoir à l'administration de l'entreprise en redressement judiciaire et, par conséquent, préparer la solution de la procédure.
- ✓ D'autre part, il lui incombe d'assurer la préservation des intérêts des créanciers, desquels il doit impérativement recevoir la déclaration de leurs créances. Celui-ci se doit également d'en informer le chef d'entreprise et de procéder à la vérification des créances déclarés sous le contrôle du juge-commissaire et ce, conformément aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article 673 du code de commerce, chose qui encombre d'avantage la mission qui lui assignée, le poussant à requérir du tribunal un allongement du délai qui lui est

⁴³⁰ Art 717 du code de commerce.

⁴³¹ Art 711 du code de commerce.

⁴³² Art 674 du code de commerce.

⁴³³ Art 592 du code de commerce.

imparti et ce, conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 750 du code de commerce, ce qui retarde ainsi le cours de la procédure.

En somme, Les missions du syndic sont nombreuses de ce fait, la multiplicité de ses fonctions sont des facteurs aggravant qui pourrait amener cet organe à commettre des fautes préjudiciables aux intérêts des parties en présence, ce qui n'est pas sans risque que sa responsabilité civile soit engagé.

En matière de procédures des difficultés d'entreprise, le cas dans lequel la responsabilité du syndic peut être engagée est tellement nombreux et variés qu'il est difficile, sinon impossible d'en dresser un inventaire exhaustif. Les missions de cet organe, nombreuses, difficiles voire complexes et intéressant une pluralité d'acteurs aux intérêts contradictoires, font que chaque action ou opération qu'il initie, quelle qu'elle soit, n'est pas sans comporter un risque potentiel de responsabilité dont la sanction varie selon sa nature et dans quelle intention elle est engagée.

De par cette multiplicité et diversité des fonctions du syndic, ses interférences et ses relations avec le tribunal, le juge-commissaire, le débiteur, les contrôleurs, les créanciers, les tiers, et du fait de la nouveauté du droit marocain de l'entreprise en difficulté, ces charges constituent une fonction à risques d'autant que le syndic n'appartient à aucun corps professionnel ni ordre régi par une législation propre. Il est particulièrement exposé aux critiques des créanciers et du débiteur envers lesquels il a l'obligation de défendre et de préserver des intérêts qui sont naturellement contradictoires.

Aussi, le syndic serait-il amené, lors de l'accomplissement de ses missions, à commettre des fautes préjudiciables aux intérêts des parties en cause, ce qui n'est pas sans engager sa responsabilité civile.

4- La responsabilité civile du syndic.

La responsabilité civile du syndic en droit marocain est régie par les dispositions du droit des obligations et des contrats et la loi 15-95 formant code de commerce telle qu'elle a été modifiée et complétée par loi n° 73-17 abrogeant et remplaçant le livre V relatif aux difficultés de l'entreprise. Celle-ci varie que le syndic est désigné parmi le greffier ou parmi les tiers.

Dans la première hypothèse, le syndic greffier accomplit ses missions en tant que fonctionnaire d'Etat relevant de l'autorité direct de l'administration dont il relève, alors que, dans la deuxième hypothèse, sa fonction s'apparente à celle d'un mandataire investi d'un mandat de justice.

Choisi parmi les greffiers les tiers, le syndic répond de sa responsabilité civile sur le fondement des dispositions du D.O.C. Mais, au cas où le tribunal lui confierait la mission d'assurer seul, entièrement ou en partie, la gestion de l'entreprise, il s'érige en un véritable dirigeant de l'entreprise qui répond de sa responsabilité civile sur le fondement des dispositions du code de commerce.

❖ **Responsabilité fondée sur le D.O.C.**

En l'absence des règles spécifiques prévues par un texte particulier, la responsabilité civile en droit marocain est régie par les dispositions de droits des obligations et des contrats (D.O.C).

Jusqu'à l'écriture de ces lignes, Le syndic professionnel des procédures collectives ne relève d'aucune institution organisée ni régie par un quelconque dispositif légale spécifique qui puisse définir ses droits, ses obligations et sa responsabilité en tant que membre d'une telle institution. De ce fait, sa responsabilité ne peut être appréhendée que dans le cadre des dispositions du droit commun.

Mais, considérant que la fonction de syndic peut être confiée soit à un greffier du tribunal soit à un tiers, la responsabilité de cet organe est appréciée selon qu'il s'agit d'un syndic désigné parmi les greffiers ou parmi les tiers.

❖ **Le syndic greffier**

Le syndic greffier accomplit les missions qui lui sont confiées en tant que fonctionnaire relevant de l'autorité judiciaire où il exerce ses fonctions sous la tutelle administrative de sa hiérarchie supérieur. En cette qualité, sa responsabilité ne peut que relever de la responsabilité administrative à laquelle sont soumis les fonctionnaires et agents de l'Etat et des municipalités, telles qu'elle est édictée par les dispositions des articles 79-80 du D.O.C. ces deux articles régissent la responsabilité de l'Etat et de ses institutions quant aux dommages et préjudices causés directement par le

fonctionnement de celle-ci ou par les fautes que commettent leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions.

Au cas où le tribunal confierait la fonction de syndic à ce fonctionnaire, il n'est pas possible de séparer celui-ci de son cadre institutionnel tant qu'il est resté lié fonctionnellement à cette administration⁴³⁴. En raison de la relation de subordination existant entre celle-ci et ses agents, l'état répond des dommages causés directement par son fonctionnement et des fautes de service commises par ces derniers. Néanmoins, lorsqu'ils sont personnellement responsables des préjudices causés par leur dol ou des fautes lourdes, l'Etat et les municipalités ne peuvent être poursuivis qu'en cas d'insolvabilité des fonctionnaires responsables et conformément aux dispositions de l'article 80 du D.O.C.

La responsabilité civile est fondée sur le dommage moral ou matériel causé, non seulement par le fait mais par sa faute, à condition qu'il soit établi que celle-ci en est la cause directe. La partie qui s'estime lésée doit en rapporter la preuve selon les règles et principes du fait personnel. Par faute, le législateur entend soit l'omission de ce qu'on était de faire, soit faire ce dont on était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage⁴³⁵.

❖ Le tiers syndic

Pour certains auteurs, le syndic désigné parmi les tiers reste soumis aux règles de responsabilité liées à un mandataire salarié. Contrairement aux dispositions et principes qui régissent et délimitent la responsabilité du syndic greffier, la responsabilité du tiers syndic, de par ses relations avec le débiteur chef d'entreprise, les créanciers dont les créances sont nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure et les tiers est régie par les dispositions des articles 903 et 904 du D.O.C.

En l'espèce, cette affirmation n'a pas de fondement légal. Par conséquent, elle ne peut être invoquée pour la simple raison que le syndic nommé parmi les tiers n'est jamais lié au débiteur ni aux créanciers par un quelconque mandat ; son choix et sa désignation relèvent des prérogatives du tribunal de commerce sur le fondement de

⁴³⁴ H-HMOURI, « Le syndic des procédures collectives en droit marocain : approche prospective », thèse perpignan, 2012,p.122.

⁴³⁵ Art 78 al.3 du D.O.C.

l'article 670. De ce fait il est investi d'un mandat de justice. Sa responsabilité ne peut être mise en cause que dans le cadre de la responsabilité délictuelle édictée par les articles 77 et 78 du D.O.C.

Toutefois, lorsque le tiers syndic, de bonne foi et sans qu'il ait faute lourde ou imprudence grave de sa part, donne des renseignements dont il ignore la fausseté, il ne peut être tenu d'aucune responsabilité envers la personne qui est l'objet de ces renseignements. Il en est même lorsqu'il y avait pour lui ou pour celui qui les a reçu un intérêt légitime à les obtenir ou est obligé, par suite de ses rapports d'affaires ou d'une obligation légale de communiquer lesdites information en sa possession. Il en est de même lorsqu'il aurait fourni un simple conseil ou une recommandation aux parties en présence, sauf cas où il aurait donné ce conseil dans le but de tromper l'autre partie ou lorsque, étant intervenu dans l'affaire à raison de ses fonctions, il a commis une faute lourde dont il est résulté un dommage, c'est-à-dire une faute qu'une personne dans sa position n'aurait pas dû commettre.

Le syndic, qu'il soit désigné parmi les greffiers ou parmi les tiers, encourt sa responsabilité civile. Il peut être poursuivi par toute personne victime de ses agissements vicieux sur le fondement du D.O.C, mais à charge pour le demandeur d'en rapporter la preuve en établissant la réunion des trois conditions requises à savoir : l'existence d'une faute, l'existence d'un dommage matériel ou moral et l'établissement d'un lien de causalité entre les deux premières.

La faute peut découler ou être la conséquence indirecte d'un acte positif comme une abstention, un manquement aux règles du droit commun, du droit des sociétés, du droit commercial, du droit du travail et de la sécurité sociale, du droit comptable, du droit fiscal et du droit des procédures des difficultés d'entreprise...

C'est ainsi qu'il peut être retenu comme faute tout manquement à l'obligation de prendre des mesures conservatoires, le défaut de paiement, non seulement de commandes passées à des fournisseurs dans le cadre de la poursuite des contrats en cours, mais aussi dans la renonciation à la poursuite d'un contrat qui revêt une importance capitale pour la continuation de l'activité.

❖ La responsabilité fondée sur le code de commerce

Rappelons que lorsque le tribunal ouvre une procédure de redressement ou de liquidation à l'encontre d'une entreprise individuelle ou à forme sociale, le jugement désigne le syndic et lui assigne une mission. En vertu des dispositions de l'article 592 du code de commerce, le tribunal peut, le cas échéant, confier à cet organe la mission d'assurer seul, entièrement ou en partie, la gestion de l'entreprise. Dans ce cas, le syndic devient dirigeant effectif de l'entreprise en cause, en remplacement du débiteur qui est écarté de la gestion de celle-ci. De par cette qualité, les pouvoirs et les prérogatives dévolues au chef de l'entreprise sont, de plein droit, transférés et exercés par le syndic, sauf énonciations contraires contenues du jugement désignant les missions de celui-ci. Parallèlement, il encourt le risque de voir sa responsabilité engagée et répondre des fautes qu'il commet et des dommages qu'il pourrait causer à l'entreprise débitrice et aux tiers, non seulement en sa qualité de syndic mais aussi en tant que dirigeant pendant la période d'observation ou d'exécution du plan de continuation ou de liquidation judiciaire.

Si la gestion d'entreprise est une tâche difficile, il n'en demeure pas moins que celle d'une entreprise en difficulté l'est encore davantage. La diversité et la complexité des missions du syndic qui est constamment tiraillé de toutes parts par les animateurs de la procédure ouverte⁴³⁶, ceux qui sont intéressés par le sort de l'entreprise⁴³⁷ et ceux qui convoitent le profit au moindre coût⁴³⁸, pourraient amener cet organe à commettre délibérément ou inconsciemment des fautes.

Bien qu'il agisse dans le cadre des prérogatives qui lui sont conférées par la loi et qu'il soit investi d'un mandat de justice qu'il tient du tribunal qui lui assigne des missions, le syndic n'est pas exempt d'être appelé en responsabilité. Sa mise en cause pourrait être recherchée lorsqu'il dépasse ses pouvoirs ou en fait un mauvais usage à son profit ou à ceux des tiers, au détriment des intérêts du débiteur ou des créanciers. Lorsque le syndic est chargé par le tribunal de gérer ou de contrôler une entreprise à l'encontre de laquelle une procédure de traitement judiciaire est ouverte, il acquiert de

⁴³⁶ Il s'agit du tribunal, du juge commissaire, des créanciers, et des contrôleurs.

⁴³⁷ Ce sont les créanciers et les salariés.

⁴³⁸ Les candidats potentiels à la reprise totale ou partielle de l'entreprise ou ceux qui seraient intéressés par certains actifs.

ce fait, outre sa qualité, celle de dirigeant d'entreprise. Il fera sienne l'application des règles d'une bonne gestion, sinon il encourt le risque de voir retenir à son encontre un ou plusieurs faits incriminés par les dispositions des articles 740 et 745 du C.com., prévoyant respectivement des sanctions patrimoniales et la déchéance commerciale instituées à l'encontre des dirigeants d'entreprise fautifs.

❖ Sanctions patrimoniales

Comme nous avons vu au niveau de la première partie, le législateur marocain a institué des sanctions patrimoniales à l'encontre des dirigeants lorsqu'une société commerciale placée sous traitement judiciaires de ses difficultés fait apparaître une insuffisance d'actif motivée par une faute de gestion.

Comme nous avons vu, les dirigeants de droit sont ceux qui sont régulièrement désignées en tant qu'organes légaux de la personne morale ont pour tâche de gérer cette société. Il s'agit, pêle-mêle, du président du conseil d'administration, des administrateurs et directeurs généraux des sociétés anonymes et des gérants des autres sociétés. Par extension, est qualifiée dirigeant de fait celui et celle qui sont motivés par un intérêt quelconque et s'immiscent directement ou indirectement dans la gestion de l'entreprise.

Lorsqu'une entreprise en liquidation judiciaire accuse une insuffisance d'actif, le législateur marocain a prévu des patrimoniales à l'encontre de ses dirigeants, qu'ils soient de droit ou de fait, rémunérés ou non.

Au cas où le syndic se verrait confier les missions de gestion dans une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaires, en application des dispositions du 3° de l'article 592 du code de commerce⁴³⁹, d'aucuns pourraient se demander si celui-ci, bien qu'il agisse dans le cadre d'un mandat de justice sous l'autorité et le contrôle de l'autorité judiciaire qui le désigne, pourrait s'apparenter à un dirigeant de droit ou de fait, à notre avis, il pourrait être qualifié de dirigeant de droit puisque son

⁴³⁹ Le jugement charge le syndic :

- soit de surveiller les opérations de gestion ;
- soit d'assister le chef de l'entreprise pour tous les actes concernant la gestion ou certains d'entre eux ;
- soit d'assurer seul, entièrement ou en partie, la gestion de l'entreprise.

mandat émane de la juridiction qui le nomme et lui assigne une mission. De ce fait, il répond des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa fonction et engage la responsabilité civile et pénale de la personne morale.

Dans la perspective de dissuader le syndic de commettre des malversations, le législateur a institué, à titre de sanctions, l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant contre lequel peut être relevé un des faits prévus par l'article 740 précité, en vertu duquel le passif comprend, outre le passif personnel, celui de la société⁴⁴⁰.

Les sanctions patrimoniales ne sont pas les seules et uniques mesures répressives que le législateur a instituées pour condamner les dirigeants sociaux fautifs, y compris le syndic lorsqu'il est fait application du 3° de l'article 592 du code de commerce, d'autres sanctions pourraient aussi les atteindre : il s'agit de déchéance commerciale.

❖ **Déchéance commerciale.**

Comme il a déjà été mentionné, le législateur marocain caractérise la déchéance commerciale par les sanctions qu'elle induit à l'encontre des dirigeants d'entreprise personnes physique ou morales, de droit ou de fait, rémunérés ou non.

Aux termes de l'article 750 du code de commerce, la déchéance commerciale emporte l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale et toute société ayant une activité économique. L'exégèse de cet article met en évidence la responsabilité qui pourrait atteindre les dirigeants d'une entreprise qui fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires, lorsqu'il apparaît que ceux-ci ont commis un des faits répréhensibles énumérés aux articles 745 et 746 du code de commerce.

par dirigeant de droit, le législateur entend tout propriétaire personne physique d'une entreprise individuelle commerciale impliqué directement dans la gestion de son affaire ou tout mandataire investi de pouvoirs de gestion de celle-ci, ainsi que tout président, administrateur, gérant, directeur ou fondé de pouvoirs dans une entreprise à

⁴⁴⁰ Art, 741 du code de commerce.

forme sociale ayant tenu ses pouvoirs de gestion et d'administration des décisions des assemblées générales des associés ou des actionnaires selon le cas.

Par dirigeant de fait, le législateur entend toute personne qui s'immisce dans la gestion de l'entreprise sans qu'il soit nécessairement investi légalement de pouvoirs de gestion de la part du chef d'entreprise individuelle ou des dirigeants de la société, qu'ils soient rémunérés ou non. La preuve de l'ingérence dans la gestion d'une entreprise incriminée peut être rapportée par tout moyen.

Comme en matière de sanctions patrimoniales en raison de la mission spécifique de confier au syndic la gestion de l'entreprise, celui-ci peut aussi encourir les sanctions de la déchéance commerciale prévues par les dispositions du code de commerce.

Les actes incriminés que le syndic pourrait commettre ont trait aux faits prévus par l'article 745 du code de commerce. A l'exception du de l'alinéa 1 du même article⁴⁴¹

Ils consistent en l'omission de tenir une comptabilité conformément aux dispositions légales telles que prévues par les différentes législations en vigueur, notamment, celles du droit comptable, du droit des sociétés et du droit fiscal. Il en est de même au cas où il ferait disparaître tout ou partie des documents comptables, détournerait ou dissimulerait tout ou partie de l'actif ou aurait frauduleusement augmenté le passif social. A ceux-ci s'ajoutent ceux prévus par l'article 740 du code de commerce.

C- La responsabilité du juge-commissaire

«Homme-orchestre ou « chef d'orchestre » de la procédure collective »⁴⁴², cette expression de la doctrine pour désigner le juge commissaire, dénote le rôle prépondérant que joue ce dernier dans les procédures des difficultés d'entreprise.

⁴⁴¹ La sanction portant sur « la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements ». ne peut s'appliquer qu'au chef d'entreprise, en ce sens, le syndic n'intervient qu'après la cessation des paiements motivant l'ouverture par le tribunal d'une procédure de redressement ou en liquidation judiciaires.

⁴⁴² C.-SAINT-ALARY-HOUIN, « droit des entreprises en difficultés », LGDJ, 11^e éd, 2018.

En effet, celui-ci est considéré comme étant le pivot de la procédure collective. Il éclaire le tribunal jouant ainsi le rôle de véritable « juge d’instruction de la procédure collective » et remplit parallèlement les fonctions de juge des référés, en préservant les intérêts en présence et en apaisant les conflits qui peuvent surgir, voire même les trancher de manière autonome, sans qu’il s’agisse sous l’autorité du tribunal.

Dans le même ordre d’idées, celui-ci représente de nos jours l’autorité judiciaire dans le quotidien de l’entreprise. Plus révélateur est un inventaire de ses prérogatives. Celles-ci sont deux ordres :

- En tant que juge d’instruction de la procédure collective, celles-ci se rapportent à l’information. A cet égard, celui-ci dispose d’un droit d’accès à des informations détenues par des tiers (administrations, organismes financiers...) voire par le procureur du Roi⁴⁴³ et dispose également du droit d’être instruit par le mandataire de justice du cours de la procédure »⁴⁴⁴.
- En tant que juge des référés, celles-ci sont relative à la surveillance et à la protection des intérêts en présence qui requièrent une intervention immédiate⁴⁴⁵.

En effet, puisque l’intérêt des créanciers et l’intérêt de l’entreprise elle-même sont en jeu, le juge commissaire doit indiscutablement veiller à résoudre les difficultés de la procédure au lieu et place du juge de référés, ce qui n’est pas chose aisée.

De même celui-ci doit statuer sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence, ainsi que sur les réclamations formulées contre les actes du syndic⁴⁴⁶. Il peut proposer le remplacement éventuel de dernier⁴⁴⁷ et désigner, s’il y a lieu, le ou les contrôleurs⁴⁴⁸.

⁴⁴³ Art 674 du code de commerce.

⁴⁴⁴ المهدي شيو، مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر صعوبات المقاول، دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، الطبعة الأولى 2006، صفحة 35 و36.

cour d’appel de commerce de Casablanca, arrêt n° 24499/2003, du 18/07/03, (dossier n° 1594/112003), Revue des tribunaux du Maroc, n° 98, p.164 et s.

⁴⁴⁵ Art 671 du code de commerce.

⁴⁴⁶ Art 672 du code de commerce.

⁴⁴⁷ Art 677 du code de commerce.

⁴⁴⁸ Art 678 du code de commerce.

En outre, le juge- commissaire surveille l'élaboration des offres de règlements du passif, prescrit le cas échéant des mesures conservatoires⁴⁴⁹, fixe la rémunération des dirigeants maintenus en fonction⁴⁵⁰, autorise les actes excédant la gestion courante de l'entreprise⁴⁵¹ et décide de l'admission ou du rejet des créances déclarées⁴⁵².

Généralement, le juge-commissaire statue par ordonnance normalement exécutoire à titre provisoire, mais susceptible de recours⁴⁵³. Dans ce cadre, l'article 731 du code de commerce dispose que : « ...le recours contre les décisions du juge-commissaire est porté devant la cour d'appel. Il est ouvert au créancier, au débiteur, et au syndic.

Le délai du recours est de quinze jours, à compter de la notification pour le créancier et le débiteur, à compter de la décision pour le syndic... ».

Cependant, le juge commissaire, désignée par le tribunal, exerce des fonctions de magistrat, et à ce titre le juge commissaire en conflits d'intérêts s'expose à la récusation prévue pour les juges conformément aux dispositions du code de procédure civile⁴⁵⁴ à condition que le demandeur y fasse allusion bien avant la clôture des débats.

Également, il peut faire l'objet d'une prise à partie est également possible dans les formes et conditions de droit commun. Ceci résulte implicitement de l'article 670 du code de commerce qui énonce qu' «aucun parent jusqu'au quatrième degré

⁴⁴⁹ Art 681 et 684 du code de commerce.

⁴⁵⁰ Art 685 du code de commerce.

⁴⁵¹ Art 594 du code de commerce.

⁴⁵² Art 729 du code de commerce.

⁴⁵³ A-HADRI, « le recours contre les ordonnances du juge-commissaire dans le cadre des procédures de traitement des difficultés de l'entreprise », Revue de droit économique, n°1, décembre 2007, éd AL HILAL, Oujda..

⁴⁵⁴ L'article 295 du code de procédure civile dispose que : « tout magistrat du siège peut être récusé :
- quand il a, ou quand son conjoint a un intérêt personnel direct ou indirect à la contestation ;
- quand il y a parenté ou alliance entre le magistrat ou son conjoint et l'une des parties jusqu'au degré de cousin germain inclusivement ;
- quand il y a procès en cours ou quand il y a eu procès terminé depuis moins de deux ans entre l'une des parties et le magistrat ou son conjoint ou leurs ascendants ou descendant ;
- quand le magistrat est créancier ou débiteur de l'une des parties ;
- quand il a précédemment donné conseil, plaidé ou postulé sur le différend ou en a connu comme arbitre, s'il a déposé comme témoin ;
- quand il a dû agir comme représentant légal de l'une des parties ;
- s'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint ;
- s'il y a amitié ou intimité notoire entre le juge et l'une des parties.

inclusivement ou alliés du chef ou de dirigeant de l'entreprise ne peut être désigné comme juge commissaire ».

En effet, la possibilité de rechercher la responsabilité du juge-commissaire sur ce fondement et dans l'absence d'une jurisprudence marocaine la cour d'appel de paris avait jugé qu' « recevable l'action introduite par le gérant société à responsabilité limitée en faillite, qui tend par la voie de la prise à partie, à obtenir la réparation du préjudice causé à la société par le juge-commissaire, si celui-ci par sa faute retardé la procédure d'opposition au jugement déclaratif de faillite et, si ce retard à statuer et le maintien de la décision critiquée a gravement compromis la réputation commerciale de la société »⁴⁵⁵.

La procédure de prise à partie est située à l'article 96 de la loi 106.13 relative au statut de magistrature qui dispose que « tout manquement par un magistrat à ses devoirs professionnels, à l'honneur, à l'honorabilité ou à la dignité constitue une faute susceptible de faire l'objet d'une sanction disciplinaire ».

En France, cette procédure est réglementée par le code de l'organisation judiciaire. A ce propos, l'article L. 141-3 énonce deux hypothèses dans lesquelles le juge peut être pris à partie : « s'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde, commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements » alors « s'il y a déni de justice ».

En pratique la recherche de la responsabilité du juge-commissaire est très rare voire inexistante, et s'explique par les conditions mentionnés à l'article 96 précité. Nous avons pu relever néanmoins une espèce dans la jurisprudence française dans laquelle, «après avoir relevé que le juge commissaire avait eu recours à une procédure grossièrement inadéquate, à la régularité de laquelle il ne pouvait croire de bonne foi et violé manifestement le principe de la contradiction, la cour d'appel a pu retenir qu'il s'était rendu coupable de méconnaissances graves et inexcusables des devoirs essentiels du juge dans l'exercice de ses fonctions et avait commis une succession d'erreurs tellement grossières qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y aurait pas été entraîné, lesquelles avaient causé un préjudice important à un

⁴⁵⁵ CA Paris, 21 mars 1956, D. 1956, p. 138.

créancier. La cour d'appel, saisie d'une procédure de prise à partie, à légalement justifié sa décision de condamnation du juge à dommages-intérêts »⁴⁵⁶.

En outre, dans une espèce qui ne concerne pas à priori le juge-commissaire, la haute juridiction avait jugé que « commet un manquement à ses obligations le représentant des créanciers, qui, sur sa propre initiative, propose au juge commissaire l'admission d'une créance déclarée tardivement, peu important l'éventualité d'une action en relevé de forclusion »⁴⁵⁷. Or, au-delà de la responsabilité du mandataire, ne pouvait-on pas, comme le souligne M. Lucas, rechercher la responsabilité du juge qui a accepté la créance rendant, par-là, une décision préjudiciable. N'aurait-on pas pu chercher la responsabilité de l'Etat, tout aussi solvable que le mandataire, pour fonctionnement défectueux du service public de la justice ? certainement, d'autant que la cour de cassation française considère que cette action, sur le fondement de l'article L.141-1 du code de l'organisation judiciaire peut être exercée par le débiteur au titre de ses droits propres⁴⁵⁸.

Section 2: la responsabilité des tiers

La responsabilité des tiers (organe externe), tel la banque (sous-section 1), ou encore l'avocat pour défaut de déclaration de créance (sous-section 2), obéit aux règles générales du droit commun de la responsabilité civile, de sorte qu'une faute, même légère, engage leur responsabilité.

Sous-section 1 : La responsabilité de la banque dans l'aggravation de la situation de l'entreprise

Les banques sont les partenaires privilégiés des entreprises. Elles financent leurs activités par l'octroi des crédits et contribuent ainsi à leur rentabilité. Car le banquier est un commerçant qui cherche de façon légitime à développer son activité et à réaliser des profils, notamment en octroyant des crédits aux entreprises. Distribuer du crédit est le cœur de son métier, ce qui ne signifie cependant pas qu'il puisse le faire n'importe comment en se souciant que de son enrichissement car, tout le monde le sait, l'argent est une chose dangereuse dont le maniement appelle la plus grande précaution

⁴⁵⁶ Cass., civ. 1re, 10 mai 1995, rejet n° 93-17.306.

⁴⁵⁷ Cass., com. 30 juin 2004, cassation n° 02-20.729, RD banc. et fin. 2004, n° 6, p. 252, note F.-X. LUCAS.

⁴⁵⁸ Cass., com. 16 décembre 2014, cassation n°13-19.402, D. 2015, p. 6, note. A. Lienhard

et donc le conseil⁴⁵⁹. Lorsque l'entreprise est en difficulté et qu'elle fait l'objet d'une procédure collective, ses créanciers ou les organes de la procédure reprochent souvent aux banques d'avoir apporté un soutien abusif à celle-ci en finançant en connaissance de cause une activité déficitaire. Ce qui maintient artificiellement l'entreprise en vie et fait croire à ses créanciers qu'elle est solvable. Donc les créanciers du débiteur peuvent être les victimes des crédits imprudents accordés par un banquier⁴⁶⁰.

Face à ce qui semble être un leurre à leurs yeux, les créanciers et/ ou les organes de la procédure recherchent la responsabilité du banquier, dispensateur de crédit dont l'octroi du crédit est constitutif d'une faute. Une faute à l'origine d'un préjudice. Comme le note Monsieur François Pasqualini «en créant une apparence de solvabilité, le crédit agit comme un leurre : il donne au débiteur l'illusion de pouvoir échapper à la faillite et offre/ aux créanciers une perspective de paiement qui n'est, en réalité, qu'un mirage»⁴⁶¹. Les banques étaient devenues alors de plus en plus réticentes face au financement, par l'octroi d'un prêt, du redémarrage des activités des entreprises en difficulté. Par peur que leur responsabilité ne soit engagée soit par les créanciers, soit par les organes de la procédure. Or, les entreprises jouent un rôle non indispensable dans la mesure où elles contribuent à lutter contre le chômage en contribuant à la création d'emploi.

En effet, la responsabilité du banquier pour aggravation de la situation financière de l'entreprise en difficultés, peut être mise en jeu en deux cas de figure opposés. Le premier est l'octroi abusif de crédit (A) ; le second est rupture abusive de concours financiers (B).

⁴⁵⁹ F-PASQUALINI, « responsabilité du banquier », Rep. Droit. com, Dalloz, p 11.

⁴⁶⁰ F-PASQUALINI, op.cit.,p 25 et s.

⁴⁶¹ F-PASQUALINI, op.cit.,p 25 et s.

A- L'octroi abusif de crédit.

La première hypothèse d'engagement de la responsabilité du banquier est celle dans laquelle le banquier a accordé des concours importants, dont le coût excessif rend inéluctable l'effondrement de son client en l'absence de toute perspective sérieuse de développement ou de redressement. Cela suppose que les concours accordés soient disproportionnés par rapport aux perspectives de rentabilité de l'entreprise. Selon d'autres formules, il faut que le coût du crédit soit insupportable pour l'équilibre de la trésorerie du débiteur et incompatible pour lui avec toute rentabilité ou que l'établissement de crédit ait fait peser sur l'entreprise une charge financière excessive qui ne tenait pas compte des capacités raisonnable prévisible de résultat et de remboursement de l'entreprise. Il y a crédit ruineux lorsque le prêteur sait que l'emprunteur ne pourra supporter la charge des emprunts dans les conditions normales d'exploitation.

La mise en jeu de la responsabilité de la banque par la jurisprudence française dépend en réalité de la qualité et de la qualification de la personne qui s'en prévaut.

Ainsi à l'égard des tiers (ni le créancier, ni le débiteur), la cour de cassation a décidé que la responsabilité délictuelle de la banque peut être engagée :

« Si, n'ayant pas normalement satisfait à ses obligations professionnelles de prudence et diligence, ou ayant une connaissance de la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise ou du caractère ruineux du crédit, elle a accordé ou maintenu un soutien susceptible de tromper les tiers sur la situation de l'entreprise »⁴⁶².

Ce qui concerne le débiteur, il y a lieu de comparé deux situations⁴⁶³ :

⁴⁶² C.cass, 11 mai 1999. Cité par A-EL HAMMOUMI , op.cit,p. 100.

⁴⁶³ A-EL HAMMOUMI , op.cit,p. 100.

La première situation, lorsque le débiteur est présumé averti, la responsabilité de la banque ne peut être retenue au seul motif que le crédit sollicité a été accordé alors que la situation de l'entreprise était désespérée ;

La deuxième situation, lorsque le débiteur est présumé non averti, auquel cas la banque est astreinte à plus de diligence et sa responsabilité peut être retenue.

Pour prévenir la mise en jeu de sa responsabilité en matière de concours financiers qu'elle accorde aux entreprises, la banque doit prendre un certain nombre de précaution, dont :

La vérification de la proportionnalité du montant du crédit sollicité aux besoins financiers nécessaires à la concrétisation des besoins exprimés. Par contre si la situation dans laquelle le montant et le coût du crédit sont incompatible avec la situation financière de l'entreprise créditée et ses facultés de remboursement, ainsi qu'avec sa rentabilité ou ses perspectives économiques. Ce caractère disproportionné de crédit s'apprécie par rapport aux capacités de l'entreprise emprunteuse et révèle en lui-même un manquement du fournisseur de crédit à son obligation de vigilance⁴⁶⁴;

L'analyse de la viabilité et la rentabilité du projet à financer, le cas échéant ; par la responsabilité du dispensateur de crédit peut être engagé lorsqu'il finance une activité dépourvue de toute viabilité. Tel ne sera pas le cas, responsabilité ne sera pas retenue en présence d'un crédit-bail, si l'activité s'est poursuivie pendant trois ans avant l'ouverture de la procédure collective et qu'une étude faisait ressortir les prévisions de rentabilité de l'activité ;

6. L'analyse des capacités financières de l'entreprise, notamment ses fonds propres, par rapport au montant du crédit sollicité ;

⁴⁶⁴ F-PASQUALINI, op.cit.,p 26.

La fixation de conditions de remboursement en adéquation avec les capacités et la situation financières de l'entreprise, d'un côté, et avec la rentabilité prévisionnelle du projet à financer, le cas échéant, de l'autre.

B- Responsabilité pour rupture abusive

A cet égard, la responsabilité de l'établissement de crédit peut être engagée sur le fondement de l'article 525 du code de commerce qui dispose que : « l'ouverture de crédit est consenti pour une durée limitée renouvelable ou non, ou illimitée.

L'ouverture de crédit à durée illimitée, expresse ou tacite, ne peut être résiliée ou réduire que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai fixé lors de l'ouverture de crédit, ce délai ne peut être inférieur à 60 jours.

L'ouverture de crédit à durée limitée prend fin de plein droit au terme fixé sans que la banque ait l'obligation d'en avertir le bénéficiaire.

Qu'elle soit à durée limitée ou illimitée, l'établissement bancaire peut y mettre fin sans délai en cas de cassation notoire de paiements du bénéficiaire ou de faute lourde commise à l'égard dudit établissement ou dans l'utilisation du crédit.

Le non-respect de ces disposition par l'établissement bancaire peut engager sa responsabilité pécuniaire ».

De ce qui précède, l'établissement bancaire peut voir sa responsabilité pécuniaire engagée si du fait d'une rupture brutale des concours financiers qu'ils accordaient à l'entreprise débitrice, particulièrement en ne respectant pas un délai de préavis, met celle-ci en difficultés et éventuellement, cause sa cessation de paiements.

Afin de bien concrétisé ce qu'on vient de dire, la cour d'appel de commerce de Casablanca a retenu la responsabilité pécuniaire d'une banque ayant rompu

brutalement ses crédits envers la société débitrice, la mettant ainsi en situation financière difficile et causant par-là, préjudice à ses créanciers⁴⁶⁵.

Dans le même ordre d'idée, un arrêt rendu par la cour d'appel de commerce de fés, confirmant la décision des juges du 1^{er} degré, a donné droit à la banque qui a mis fin, sans préavis, à son concours financier autorisé dans la limite de 150.000 dirhams (consommé dans sa totalité). Après constatations d'un arrêt de paiement notoire. La cour a décidé que la rupture de concours financier par la banque, dans le cas d'espèce, n'est pas abusif, dans la mesure où le compte de l'entreprise débitrice a enregistré des mouvements créditeurs très insuffisants, totalisant 30.000 dirhams de décembre 1997 à octobre 1998 et 10.000 dirhams jusqu'en juillet 1999⁴⁶⁶.

En effet, la relation entre la banque et l'entreprise doit être repoussée. L'entreprise a besoin de la banque pour se ressourcer et, vice versa, la banque a besoin de l'entreprise, un client viable et solvable. Cependant, en réalité les choses se compliquent, surtout lorsque cette banque se trouve dans l'incapacité de dévoiler la réalité de la situation financière de ladite entreprise.

« il n'existe pas encore de dispositif cohérent ou des textes de lois permettant au banquier dispensateur de crédits de prendre conscience progressivement de la défaillance de l'entreprise et de l'aider à faire face ; à temps ; aux difficultés »⁴⁶⁷. selon certains auteurs : « le prêteur se trouve alors dans la position d'un funambule qui cherchait l'équilibre entre deux poids de son balancier : la responsabilité pour soutien abusif d'un côté, et la responsabilité pour rupture abusive du crédit de l'autre »⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Arrêt n° 2909 d'octobre 1999, cité par A-EL HAMMOUMI, op.cit.,p 103.

⁴⁶⁶ Arrêt n° 1261 du 21/11/2002, dossier n° 545/2001.

⁴⁶⁷ A.-MUSTAPHA et T-NOUREDDINE, « banque/ entreprise en difficulté : prévention et traitement des difficultés des entreprises par la banque », ISCAE, 5 mai 2001. P 4.

⁴⁶⁸ F-MACORING-VENIER, « le soutien abusif ». RJDA 2008/24, n° 1497. Cité par N-lyazami, op.cit., p 204.

.aujourd'hui le banquier se trouve inhibé par la menace qui lui pèse, à savoir, d'avoir soutenu abusivement une entreprise alors qu'elle se trouvait dans une situation compromise ; mais aussi quand la banque découvre la situation réelle de l'entreprise, interrompt les concours et pourra engager sa responsabilité pour rupture abusive.

Une question classique dans la vie des affaires est d'avoir à arbitrer entre les deux impératifs inconciliables. Aider les entreprises, s'assurer qu'elles sont toujours solvables, garantir la récupération des crédits consentis, mais sans tomber dans le piège du soutien, ou la rupture abusive d'une entreprise. C'est pourquoi la loi française du 26 juillet sur la sauvegarde des entreprises a introduit dans le code de commerce l'article L.650-1 au terme duquel « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ».

L'idée c'est d'encourager les banques à apporter de l'argent frais aux entreprises en difficultés afin de sauver les emplois et de ce fait, empêcher leur disparition du circuit économique. Les créanciers ou les organes de la procédure ne peuvent pas engager la responsabilité du banquier pour avoir accordé du crédit à une entreprise en difficulté. Toutefois, ce principe est à relativiser dans la mesure où cette responsabilité refait surface lorsque le banquier se retrouve dans l'une de trois exceptions prévues par l'article précité. Autrement dit la responsabilité du banquier peut être engagée lorsque l'octroi du crédit à l'entreprise en difficulté est révélateur d'un cas de fraude, une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou en cas de disproportion manifeste entre le crédit accordé et les garanties prises pour pallier à une éventuelle insolvabilité du débiteur. La chambre commerciale de la cour de cassation française a jugé que lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou

de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises, que si les concours consentis sont eux-mêmes fautifs⁴⁶⁹.

Le crédit accordé à l'entreprise en difficulté ne doit pas être un crédit ruineux, ni être perçus comme un soutien abusif auquel la responsabilité du banquier sera engagée. Les crédits ruineux sont ceux qui nécessairement et évidemment provoquent une croissance continue et insurmontable des charges financière⁴⁷⁰.

Ainsi l'existence de crédits ruineux a été retenue dès lors qu'une banque avait financé l'acquisition d'un fonds de commerce alors que le commerçant ne disposait d'aucune liquidité, qu'il y avait un déficit structurel de trésorerie qui interdisait toute rentabilité, et que l'entreprise était soutenue artificiellement par de nouveaux concours⁴⁷¹. La fourniture de crédits à des taux insupportables est un indice de leur caractère ruineux⁴⁷². Le soutien abusif selon la jurisprudence française développé antérieurement à l'introduction de l'article L.650-1 vise l'hypothèse dans laquelle le fournisseur du crédit continue de maintenir des crédits à une entreprise dont il ne peut ignorer les difficultés. Un arrêt de la chambre commerciale a énoncé un critère d'appréciation qui reste vrai. Il doit être établi que la banque poursuivie a accordé des crédits à une entreprise dont elle savait ou aurait dû savoir, faisant preuve de diligence normale, que la situation était irrémédiablement compromise, ou octroyé, en

⁴⁶⁹ C.com, 27 mars 2012, no 10-20-077, D.2012.obs. A-LIENHARD. Cité par A-TOURE, « le préjudice individuel d'un créancier dans les procédures collectives », mémoire Master, franche comté 18.

⁴⁷⁰ Gaz.pal, 2 avril.2011, p.40, note R-ROUTTIER : sont ruineux les concours atteignant un montant cumulé de 160.000.000 F, assortis de frais hors normes absorbant 75% voir l'intégralité du résultat d'exploitation, et se bornant à combler les pertes tout en engageant la société dans une politique d'endettement infernale.

⁴⁷¹ Cass.com., 8 juillet.2003, n° 00-18-757 : jurisData n° 2003-020091 ; RTD com.2003, p.787, note D-LEGEAIS.

⁴⁷² RTD com.2003, op.cit., p.787.

connaissance de cause, un crédit dont le coût total était insupportable pour l'équilibre de la trésorerie de la société et incompatible pour elle avec toute rentabilité⁴⁷³.

Dans tous les cas, pour la mise en cause de la responsabilité de la banque, conformément au droit commun de la responsabilité civile, le lien de causalité entre la faute de la banque et le préjudice subi, notamment, par les créanciers doit être établie.

Sous-section 2 : La responsabilité de l'avocat pour défaut de déclaration de créance.

Le droit des procédures des difficultés d'entreprise impose une discipline aux créanciers. Celle-ci se manifeste par la déclaration de créance, que ce soit par « le créancier ou par tout mandataire de son choix article 719 du code de commerce ». Est donc visée la déclaration par ministère d'avocat. En effet, la haute juridiction française exerce sa censure quand l'avocat a, par sa faute, omis d'effectuer une déclaration de créance lors d'une procédure des difficultés d'entreprise, ce qui a causé un dommage à son client, réparable sur le fondement contractuel⁴⁷⁴.

Tel n'est cependant pas le cas, lorsque le client n'établit pas que son avocat avait eu connaissance, en temps utile, du redressement judiciaire personnel de ses débiteurs. L'avocat, négligeant la défense des intérêts de son client, est susceptible de porter atteinte, de manière incidente à la politique juridique de la procédure des difficultés d'entreprise.

❖ La nécessité de tenir compte des conséquences attachées à l'ouverture d'une procédure.

La responsabilité de l'avocat sera recherchée parce qu'il aura fait perdre une chance à son client. L'avocat qui n'informe pas son client, acheteur d'un immeuble, de ce que la substitution d'une demande de résolution de la vente à une simple demande

⁴⁷³ D-LEGAEIS, « les actions en soutien abusif », Revue des procédures collectives n° 4, juillet 2013, dossier 27.

⁴⁷⁴ Cass., civ. 1re 3 juillet 2013, cassation n° 12-23.016, Act. proc. coll. 2013, n° 14, alerte 199.

de réparation des désordres affectant l'immeuble lui a fait prendre le risque de ne pas pouvoir faire exécuter la décision de résolution pour cause de liquidation judiciaire du défendeur. L'avocat a fait perdre la chance de ne pas courir ce risque. L'avocat doit donc tenir compte des conséquences de l'ouverture d'une procédure des difficultés d'entreprise.

Finalement, bien que l'avocat ne participe pas directement à la recherche des finalités des procédures des difficultés d'entreprise, il assume « une responsabilité assez lourde que l'entreprise pourrait être tentée d'engager pour compenser par des dommages et intérêts d'une opération ».

Les tiers doivent donc participer à la recherche de l'efficacité du droit des procédures des difficultés d'entreprise. A côté des tiers, les acteurs doivent garantir l'accomplissement de ses finalités.

Chapitre 2 : L'éthique des professionnels des procédures collectives : outil de la sauvegarde de l'entreprise

Pour mener à bien leurs missions, les professionnels des procédures collectives sont appelés à avoir une attitude et un comportement qui soient irréprochables, ils doivent s'attacher à réaliser l'objectif de sauvegarde de l'entreprise, tel un médecin s'attache à sauver la vie d'un malade⁴⁷⁵. Ils ne doivent pas se comporter en dispensateurs de panacée ; mais faire preuve d'abnégation, de moralité et probité accouplées à un professionnalisme pointu. Les solutions élaborées qu'ils entendent mettre en œuvre et qu'ils doivent proposer au tribunal, doivent être pertinentes et résoudre la problématique posée pour chaque cas d'espèce.

Les conditions de moralité et de probité exigées que doit remplir chaque professionnel sont identiques à celles posées par la loi n° 15-89 réglementant la profession d'expert-comptable marocain⁴⁷⁶, ou encore celles plus détaillées et concernant spécialement les professionnels des procédures collectives françaises telles qu'elles sont posées par l'article 811-5 du code de commerce qui prévoit dans ses deuxième, troisième et quatrième points que :

- l'on ne doit pas avoir été l'auteur de faits contraires à l'honneur ou à la probité ayant donné à une condamnation pénale ;
- l'on ne doit pas avoir été l'auteur de faits de même nature ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, de radiation, de révocation, de retrait d'agrément ou de retrait d'autorisation ;

⁴⁷⁵ Cité par H-HMOURI, op.cit., 249 et s.

⁴⁷⁶ L'article 20 de ladite loi prévoit que : « nul ne peut inscrit à l'ordre s'il ne remplit pas les conditions suivantes :

= -« »

- Ne pas avoir été condamné à une peine privative de liberté pour des faits contraire à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs.

Dahir n° 1-92-139 du 8 janvier 1993 portant promulgation de la loi n° 15-89 réglementant la profession d'expert-comptable et instituant un ordre des experts comptables. (B.O. n° 4188 du 3 février 1993).

- l'on ne doit pas avoir été frappé de faillite personnelle ou d'une des mesures d'interdiction ou de déchéance prévues au chapitre V du titre II du livre VI du code de commerce, au titre VI de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires, au titre II de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire des entreprises, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

Section 1 : objectivité et impartialité

Le tribunal de commerce, faisant appel aux professionnels des procédures collectives qu'il désigne attend d'eux une collaboration professionnelle irréprochable qui ne saurait se départir des objectifs de sauvegarde de l'entreprise et la préservation des intérêts en présence que toute ouverture d'une procédure de traitement s'assigne. Le professionnel doit être exempt de tous préjugés et d'idées reçues. Il doit s'abstenir de proposer des solutions toutes faites qui ont peut-être bien fonctionné dans un autre contexte, mais qui seraient inadaptées au cas d'espèce⁴⁷⁷.

Le véritable professionnel est celui qui saura maîtriser ses émotions en ne se laissant pas influencer par des préjugés, bien qu'il soit difficile d'être entièrement objectif et impartial alors qu'il est de nature humaine que des facteurs peuvent influencer sur cette impartialité et objectivité. En l'occurrence, la culture et le système de valeurs personnels du professionnel peuvent intégrer des croyances et des préjugés d'ordre axiologique⁴⁷⁸ (ethnique, régionaliste, politique, religieux, etc.).

La bonne règle qui préside aux valeurs d'objectivité et d'impartialité exige que le professionnel soit conscient des valeurs et des préjugés qui sont les siens et des facteurs et intérêts qui peuvent avoir une incidence sur son impartialité et objectivité. L'approche qu'il entend adopter et les solutions qu'il envisage d'appliquer ne doivent pas s'opposer aux impératifs moraux et éthiques. Autrement dit, un véritable professionnel doit décliner sa désignation dans une procédure collective s'il sait qu'il ne lui sera pas possible d'être objectif.

⁴⁷⁷ Cité par H-HMOURI, op.cit., 250 et s.

⁴⁷⁸ Axiologie désigne la science et la théorie des valeurs morales. Selon Le Petit Robert, 2011, p :201

Sous-section1 : Les aptitudes intellectuelles et professionnelles

Si des qualités personnelles revêtent un aspect sensible et capital qui doit présider à l'exercice de la mission, il n'en demeure pas moins que des aptitudes intellectuelles et professionnelles sont aussi un préalable à se prévaloir du titre syndic, mandataire, conciliateur, etc. et le mériter.

C'est pourquoi tous ceux qui entendent exercer cette profession doivent avoir à l'esprit que cette dernière a ses exigences propres. Au-delà des qualités personnelles ci-dessus évoquées, l'acquisition d'un savoir multidisciplinaire en gestion et management d'entreprise **(A)** est un préalable nécessaire qui doit être conjugué à un savoir-faire certain **(B)**, diversement acquis au cours d'une plus ou moins longue expérience au sein d'une pluralité d'entreprises.

A- Savoir multidisciplinaire

L'on sait que chaque profession a son corps de connaissances propres qui sont dispensées par des établissements d'enseignement supérieur général ou professionnel. Celles-ci s'apparentent à un savoir permettant la maîtrise intellectuelle des concepts théoriques.

La diversité des missions et des prérogatives qui caractérisent les procédures des difficultés de l'entreprise exige de leurs professionnels l'acquisition d'un savoir multidisciplinaire, ensemble de connaissances se rapportant à des faits, des concepts, des relations et des processus.

Les connaissances dont il est question ci-dessus sont deux sortes :

Connaissances d'ordre général et connaissances d'ordre spécifique. Les connaissances d'ordre général s'attachent à l'environnement économique, juridique, social, politique culturel et environnemental de l'entreprise, alors que les connaissances d'ordre spécifique se rapportent à l'objet du traitement qui s'intéresse aux différents aspects de la gestion opérationnelle et stratégique de l'entreprise⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ A-SQUALLI, « la cour suprême face aux nouveaux impératifs du monde des affaires », Mélanges en l'honneur du professeur Yves Guyon. Edition Dalloz 2003.

Ce savoir, ainsi structuré, est indispensable pour pouvoir appréhender les difficultés de l'entreprise ; et instaurer une réelle communication active avec les différents acteurs, internes et externes, intervenant dans les processus de traitement. Ceci étant, le savoir, aussi nécessaire qu'il soit, n'est pas suffisant pour mener convenablement une procédure collective ; il doit être conforté d'un savoir-faire.

B- Savoir-faire éprouvé

Le savoir-faire est l'expertise ou la capacité à mettre en œuvre ou plutôt à appliquer effectivement et conjointement connaissances, aptitudes et attitudes aux difficultés que l'on rencontre pour les résoudre. Puisant sa substance dans ces caractéristiques, le savoir-faire ne s'acquiert que par la pratique et l'expérience⁴⁸⁰.

En matières des procédures des difficultés d'entreprises, le savoir-faire se manifeste par des habilités qui s'appuient sur une méthodologie d'approche globale permettant d'une part une évaluation rationnelle des difficultés, selon leur nature et leurs causes, et une appréciation des solutions possibles, compte tenu de l'intensité des contraintes qui s'y opposent, et des leviers qui s'y accordent, d'autre part. Car, l'on ne peut aboutir aux résultats escomptés que si la méthodologie adoptée est déclinée en objectifs réalistes et réalisables dans des conditions temporelles optimales, compte tenu des intérêts des parties en présence.

Comme le savoir-faire ne s'acquiert qu'après un certain nombre d'années d'expérience et de pratique dans le domaine de négociation, de restructuration et de redressement d'entreprise, les professionnels des procédures collectives, au-delà du savoir précité, doivent justifier une expertise acquise en milieu professionnel sous la supervision et le contrôle de membres anciens et hautement qualifiés de la profession.

Tout en exprimant le vœu que soit instituée au Maroc la profession des administrateurs et mandataires judiciaires du droit des procédures des difficultés d'entreprise en lieu et place du syndic, on souhaite qu'un accord franco-marocain soit conclu dans le sens qu'une formation ou bien un stage professionnel des premières promotions soient effectués auprès de professionnels français des procédures collectives, pour les simples raisons que :

⁴⁸⁰ Cité par H-HMOURI, op.cit., 249 et s.

- Le droit marocain des procédures des difficultés est inspiré du même droit français ;
- L'expérience séculaire française en la matière est enrichissante et pleine d'enseignements ;
- La culture et la communication managériales et entrepreneuriales marocaines sont à l'identique de celles de la France dont elles s'y sont largement inspirées et identifiées.

Faut-il ajouter que la justice commerciale marocaine s'avère inadéquate avec les impératifs d'une économie en perpétuelle évolution. Face aux exigences liées à un droit toujours complexe qui se montre omniprésent dans le monde économique, statuer en droit, en se limitant des seules connaissances théoriques est insuffisant. De ce fait, les juges professionnels ne peuvent, à eux seuls, s'accaparer la justice commerciale que s'ils jouissent d'une large connaissance en terme financier et économique. Dans ce cadre, l'intervention de l'État est obligatoire, étant donné qu'il est appelé à assurer aux juges des formations dont l'objectif est de leur permettre un accès au savoir économique. Du moment où une justice économique efficace est devenue à l'aune de la mondialisation économique un facteur incontournable de la compétitivité, l'ouverture des juges de juridiction commerciale sur les questions relatives à l'économie, dont le droit des procédures des difficultés d'entreprise, est un élément régulateur. Le savoir-faire des juges ne peut donc être exhaustif que par le truchement d'une formation économique en vue de mieux les préparer au nouvel environnement dans lequel ils vont exercer⁴⁸¹. Dans cette optique, il incombe de repenser la formation dispensée aux magistrats de manière à l'insuffler des disciplines et des modules visant à doter les juges commerciaux concernés par des savoirs économiques. Et à l'extrême, il est préférable que ces juges proviennent d'un cursus économique et reçoivent par la suite une formation juridique.

Ainsi, le magistrat se forge progressivement un savoir-faire lui permettant de mener à bien la mission dont il est chargé, car le savoir n'a de finalités que lorsqu'il se

⁴⁸¹ A-SQUALLI, « Les obstacles au rôle de l'entreprise dans l'édification du Maghreb : l'entreprise en difficulté », publication de l'université d'hiver de Marrakech.1993.

concrétise par un savoir-faire. Et, comme disait Beaumarchais : « *pour gagner du bien, le savoir-faire vaut mieux que le savoir* »⁴⁸².

Le savoir et le savoir-faire en matière des procédures collectives ne sont pas les seuls attributs requis pour que celles-ci soient convenablement conduites ; il y a aussi d'autres règles dont les professionnels ne peuvent se départir : elles concernent l'éthique et la déontologie professionnelles.

Sous section 2 : La déontologie et la responsabilité disciplinaire

Toute profession réglementée, quel que soit son domaine d'intervention, est, en principe, dotée de ses codes de déontologie et de responsabilité disciplinaire auxquels ses membres accordent une grande importance. Ces codes consacrent l'acceptation volontaire par eux de l'obligation de l'autodiscipline par-delà même des prescriptions légales⁴⁸³.

Considéré comme étant l'homme pivot de la procédure collective, le juge commissaire, doté de pouvoirs importants, doit être déontologiquement contrôlé afin de réaliser les objectifs du livre 5 dont la sauvegarde de l'entreprise constitue l'objectif majeur. De ce fait, il serait judicieux de mettre en place un conseil national des tribunaux de commerce pour intervenir dans toutes les questions relatives à la formation et à la déontologie des magistrats commerciaux, s'inspirant ainsi de la législation française qui avait créé un conseil national des tribunaux de commerce dont le rôle consiste à intervenir très utilement dans toutes les questions relatives à la formation et la déontologie des juges consulaires, et qui pourrait être consulté ou associé à d'éventuelles réflexions sur la réforme de la carte judiciaire.

En l'état actuel de la fonction de syndic qui ne dispose d'aucun statut réglementé, on remarque que cet organe, choisi et désigné par le tribunal parmi les greffiers ou parmi les tiers, n'est soumis à aucune règle de déontologie ou de responsabilité disciplinaire. Bien que sa fonction soit encadrée par des dispositions légales, elle ne relève d'aucune profession. Le mandat qu'il tient du tribunal qui le

⁴⁸² Dictionnaire Le PETIT ROBERT.

⁴⁸³ K- Milan, « Le conseil en management », 3e édition, Bureau International du Travail, Genève, 2003, p 8 et s.

choisit et le désigne en fonction de son appréciation et ses convictions, ne s'inscrit pas dans la continuité : c'est un mandat d'opportunité.

En cas de manquement aux règles de bonne conduite communément admises, le tribunal ne peut que procéder à son élimination et à son remplacement pur et simple, soit d'office par le juge commissaire, soit à la demande du ministère public, de l'assemblée des créanciers, soit sur réclamation du débiteur ou d'un créancier, conformément aux dispositions de l'article 677 du C.com. Et ce, sur le fondement d'une simple appréciation des faits qui lui sont reprochés.

L'imperfection et l'incohérence de ce système sont telles que les finalités du droit marocain des procédures en difficultés sont vouées à l'échec.

Il est donc temps d'institutionnaliser d'une profession où la fonction actuelle de syndic doit être scindée et confiée à plusieurs professionnels, à l'instar de celle des professionnels de la législation française ; celle-ci doit s'imprégner d'un ensemble de règles à même de régir l'accomplissement par ceux-ci des missions qui leur seront assignées dans le respect des normes d'éthique et de conduite professionnelle, et tout manquement à celles-ci pourrait engager leur responsabilité professionnelle.

A- Les normes d'éthique et de conduite professionnelle

Le code de déontologie professionnelle auquel il est fait allusion dans ce contexte doit faire état des normes d'éthique et de conduite professionnelle auxquelles tout intervenant doit adhérer. Celles-ci doivent être concises, clairement définies et de portée générale sans aller trop loin dans les détails ; elles doivent laisser une grande liberté de jugement aux professionnels de manière à ce qu'ils puissent déterminer ce qui est conforme à l'éthique de la profession et ce qui ne l'est pas⁴⁸⁴. Les professionnels doivent constamment s'interroger sur ces règles et sur la façon dont elles doivent être appréhendées et appliquées, en les soumettant à une réelle évaluation par le Ministère de la justice et le conseil supérieur de la magistrature.

Évidemment, ces normes n'auront d'utilité que si elles sont administrées avec rigueur et souplesse par tous les membres de la profession car, en effet, ce sont de

⁴⁸⁴ K- Milan, op.cit., p 8 et s.

véritables instruments de pilotage de la procédure ouverte au bénéfice d'une réelle préservation des intérêts en présence et de la protection de la profession.

B- Préservation des intérêts en présence

Autant de tâches difficiles que complexes auxquelles tout professionnel intervient dans le cadre des procédures des difficultés d'entreprise doit se conformer.

Si des connaissances en gestion et management d'entreprise, couplées à un savoir-faire certain sont des compétences indispensables pour que les professionnels puissent tenir les rênes d'une procédure collective, il n'est pas moins important que ceux-ci s'imprègnent également des normes d'éthique et de conduite professionnelle. Leurs savoirs et leur temps doivent être entièrement mis à la disposition de l'entreprise en cause, afin de chercher les réelles origines des difficultés rencontrées et les solutions qui leur conviennent, de telle sorte qu'ils ne sacrifient ni ne lèsent aux intérêts en présence. Bien qu'il soit difficile d'arbitrer entre des intérêts contradictoires, tels que ceux présents dans une procédure collective, les règles d'éthique et de bonne conduite imposent aux professionnels d'éviter un quelconque conflit entre leurs propres intérêts et ceux de l'entreprise ou ceux des créanciers. C'est pourquoi il est requis que la profession soit dotée de son code de déontologie dont tout professionnel digne de cette qualité se doit de s'en convaincre et de l'appliquer au-delà de toutes prescriptions légales⁴⁸⁵.

Aussi l'éthique impose-t-elle aux professionnels, avant leur désignation, d'indiquer tout intérêt, financier ou autre, qu'ils possèdent, non seulement, dans l'entreprise à l'encontre de laquelle une procédure collective est ouverte, mais aussi dans une entreprise concurrente ou dans celle offrant des biens ou des services fournis à l'entreprise en cause. Ils doivent décliner leur intervention dans celle-ci, en raison de

⁴⁸⁵ O-CLASSIOT et N-RENOUARD, « de la compliance à l'éthique des affaires, de la règle descendante à la culture partagée, de la direction juridique à la direction RSE : analyse d'un changement clé de l'approche des entreprises », Rev, internationales de la compliance et de l'éthique des affaires, n° 13,2016, p.37.

leurs relations familiales ou personnelles avec le chef d'entreprise, ses alliés, ses proches collaborateurs et ses principaux créanciers⁴⁸⁶.

L'indépendance des professionnels par rapports à tout ce qui est et tous ceux qui sont en relation avec l'entreprise est un garant de la transparence qui est un élément qui contribue au bon déroulement de la procédure.

Ainsi, le code de déontologie définissant les règles d'éthique et de conduite professionnelle est de nature à contribuer à la protection de la profession.

Section 2 : Protection de la profession

Parmi les questions qui taraudent tous ceux qui s'intéressent au droit marocain des procédures des difficultés d'entreprise, figurent celles qui soulèvent la problématique liée au syndic dans toutes ses dimensions. Les débats auxquels ces questions donnent libre cours sont révélateurs, d'une part, des aspirations professionnelles exprimées par certains syndicats eux-mêmes qui ont été nommés dans des procédures collectives, et du sens qu'ils sont de leurs responsabilités sociales et d'autre part, des contraintes qui freinent l'institutionnalisation d'une profession.

Ces débats officiels et officieux susmentionnés sont toujours d'actualité ; ils ont été même relayés par l'opinion internationale⁴⁸⁷. En cause, la qualité des prestations fournies par des préposés à la fonction de syndic qui, livrés à eux-mêmes car ne disposant d'aucune formation spécifique appropriée au traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise ni d'un cadre institutionnel de référence qui assure leur encadrement, sont à l'origine de l'échec d'une majorité écrasante des procédures collectives marocaines ouvertes.

De ce fait, une émergence d'une profession réglementée des professionnels de ces procédures est souhaitable. L'institution d'un titre professionnel est de nature à contribuer à reconnaître cette activité comme une véritable profession dont la protection et la pérennité sont assurées, et ce à l'instar des autres professions

⁴⁸⁶ Il est regrettable de constater que les tribunaux en charge de l'ouverture d'une procédure collective ne daignent pas faire signer une déclaration sur l'honneur que le professionnel qu'ils ont choisi et désigné est exempt de tout ce qui pourrait susciter un quelconque conflit d'intérêt.

⁴⁸⁷ Rapp, ACAM 04/07 réalisé grâce au soutien de l'agence Américaine pour le développement international (USAID) au titre du contrat n° GEG-I-00-04-00001, ordre n° GEG-I-02-04-00001. Avril 2007.

réglementées dont les règles de déontologie imposent une conduite professionnelle qu'aucun membre ne doit déroger, sauf à se rendre coupable de sanctions disciplinaires.

Comme dans toutes professions réglementées, les professionnels des procédures des difficultés d'entreprises marocaines, au-delà des fautes qu'ils commettent et qui pourraient engager leur responsabilité civile ou pénale, doivent avoir à l'esprit qu'ils doivent également répondre de leur responsabilité disciplinaire.

Si la faute civile requiert qu'il y ait un préjudice résultant des dommages ou des pertes causés à l'entreprise débitrice, aux créanciers, voire aux tiers, et si la faute pénale, quant à elle, exige nécessairement qu'il y ait violation d'une disposition du code pénal, celle inhérente au droit disciplinaire est de nature à se rapporter à des manquements à une réglementation professionnelle instituée par les textes législatifs ou réglementaires régissant la profession ou ceux prévues par son code déontologique.

Toutefois, on peut souligner par ailleurs qu'un même manquement peut servir de fondement à la fois à des sanctions pénales et disciplinaires sans que l'on puisse objecter au principe *non bis in idem*⁴⁸⁸ et que, pour les fautes les plus graves, il peut y avoir à la fois responsabilité pénale, disciplinaire et civile⁴⁸⁹.

La responsabilité disciplinaire se distinguant clairement des responsabilités civile et pénale, nous examinerons successivement la notion de faute disciplinaire (**sous-section 1**) et les manquements graves aux règles professionnelles et d'éthique qui fondent l'incrimination (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : Notion de faute disciplinaire

Bien qu'il soit difficile d'établir une nette distinction entre les différentes fautes que les professionnels du droit marocain des procédures collectives pourraient commettre et qui fondent la nature de la responsabilité applicable à chaque cas

⁴⁸⁸ Formule latine qui exprime le principe selon lequel une personne déjà jugée définitivement pour un fait délictueux, ne peut être poursuivie à nouveau pour le même fait. Lexique des termes juridiques éd,23, dalloz 2015-2016 p.702.

⁴⁸⁹ B-SOINNE, « Les mandataires de justice, Administrateurs – mandataires judiciaires experts en diagnostic d'entreprise », éd, Juris-Classeur, Litec, Paris, 2003, p.423.

d'espèce, l'appréhension de la notion de faute disciplinaire revient à préciser en quoi celle-ci se distingue de la faute civile et de la faute pénale.

Comme nous avons vu précédemment, la faute civile, donnant lieu à un préjudice et à un lien de causalité et n'entraînant aucune conséquence ni implication sur le plan du respect des règles de la loi et de celles de la profession, et la faute pénale procédant d'une violation d'une disposition pénale, la faute disciplinaire ne peut provenir de la mise en cause de la responsabilité civile d'un professionnel⁴⁹⁰.

Le droit disciplinaire ayant pour finalité d'assurer le respect des règles professionnelles et un ordre certain au sein de la profession, la notion de faute disciplinaire doit être appréciée restrictivement lorsque les poursuites se fondent sur les notions polymorphes d'indépendance, de probité, d'honneur, de loyauté, de dignité et de bonnes mœurs⁴⁹¹.

Sous-section 2 : Sanctions pour manquements graves aux normes d'éthique et de devoirs professionnels.

Toute profession véritable ne peut se concevoir que si elle dispose d'un Ordre constitué élu par ses membres, d'un code des devoirs professionnels auquel ces derniers souscrivent et dont le respect s'impose à tout un chacun pour régir et sanctionner tout écart de comportement personnel ou professionnel.

En guise de perspective, il serait opportun de constituer une organisation des professionnels des procédures collectives marocaines dotée d'un conseil de l'ordre qui exercerait à l'égard des professionnels le pouvoir disciplinaire pour toute faute professionnelle ou toute contravention aux dispositions législatives et réglementaires auxquelles ils seraient soumis dans l'exercice de leur profession, telles que :

- la violation des règles professionnelles, les manquements aux règles de l'honneur, de la probité et de la dignité dans l'exercice de la profession, telles qu'elles seront édictées dans le code des devoirs professionnels ;

⁴⁹⁰ B-SOINNE, « Les mandataires de justice, Administrateurs – mandataires judiciaires experts en diagnostic d'entreprise », op.cit., p.423.

⁴⁹¹ L-FELICI, « l'impartialité et l'absence de conflit d'intérêt : axes fondamentaux d'une procédure collective éthique », in L'éthique et procédure collective (table ronde), université Paris-Dauphine, 2019.

- le non-respect des lois et des règlements applicables aux professionnels dans l'exercice de leur profession ;
- l'atteinte aux règles ou règlements édictés par l'ordre.

Les actions disciplinaires seraient à porter devant le conseil de l'ordre qui composé et délibérant ainsi qu'il serait prévu, aurait à prononcer des sanctions disciplinaires appropriées qui iraient d'un simple avertissement jusqu'à la radiation pure et simple de la liste des professionnels. Le conseil de l'ordre connaîtrait des affaires concernant les professionnels qui auraient aux devoirs de leur profession ou aux obligations édictées par le code de déontologie professionnelle. Ces sanctions devraient être assorties, à titre d'exemple, de l'interdiction pour le professionnel fautif de se présenter à des fonctions électives pour une durée que le conseil déciderait, et d'une amende perçue au profit des œuvres de l'ordre. La durée de l'interdiction et le montant de l'amende relèveraient de l'appréciation souveraine du conseil de l'ordre qui les fixe en fonction de la nature et de la gravité de la faute commise. Mais, en respect du principe du droit de la défense, les décisions disciplinaires que prononcerait le conseil de l'ordre devraient être assorties du pouvoir d'être déférées à la juridiction compétente en matière d'annulation pour excès de pouvoir. L'action disciplinaire portée devant le conseil de l'ordre ne devrait pas faire obstacle à l'action publique ni à celle des particuliers devant les tribunaux.

L'institutionnalisation et la professionnalisation de la fonction des professionnels des procédures collectives marocaines est une nécessité absolue. Elles revêtent un caractère urgent, tant de la qualité des prestations du syndic qui laissent à désirer ; il est à l'origine des échecs de redressement de la majorité des entreprises à l'encontre desquelles une procédure de traitement judiciaire de leurs difficultés est ouverte.

Que dire en outre des modalités et des conditions dans lesquelles les liquidations judiciaires s'opèrent !

Le caractère déterminant des finalités des procédures collectives marocaines requiert des réformes nécessaires et concrètes afin de lutter efficacement contre les carences et les incohérences liées à la fonction des professionnels des procédures

collectives notamment le syndic. Les textes législatifs actuellement en vigueur, en ce qu'ils ont trait au syndic, sont décriés par tous ceux qui s'intéressent au droit marocain de l'entreprise en difficulté ; leur réforme est recommandée.

Aussi, les conditions d'une professionnalisation de la fonction de syndic requièrent-elles leur éclatement et l'organisation de la profession en deux professions aux missions distinctes : celle d'administrateur judiciaire et celle de mandataire judiciaire à l'image simplifiée du droit français des procédures collectives, séparation dont l'impact est certain, non seulement sur les intérêts en présence mais également sur les organes juridictionnels que les organes non juridictionnels.

Conclusion du titre 1 :

Les procédures des difficultés de l'entreprise est un carrefour de personnalités et parmi celles-ci la personne du débiteur en constitue le centre de gravité. Qu'il soit victime d'un dommage ou auteur d'une faute, la mise en œuvre de la responsabilité civile innovera toutes les procédures.

L'utilisation de la responsabilité civile est donc bien cohérente, la responsabilité civile est mise au service des finalités des procédures des difficultés de l'entreprise et de son régime. Elle sert alors la politique juridique de la procédure collective pour laquelle le tout participe à son efficacité.

Or, ce « tout » englobe à la fois le dirigeant débiteur, les professionnels. Ils y concourent tout, par l'étendue de leurs devoirs et pouvoirs.

Les professionnels, qu'ils soient tiers ou acteurs, défenseurs d'un intérêt privé ou général, sont en quelque sorte les garants de l'efficacité du droit des procédures des difficultés de l'entreprise. Dès lors, l'utilisation de la responsabilité civile apparaîtra comme une institution régulatrice des intérêts divergents et finalement protectrice de l'efficacité.

Titre II

L'imputation du risque pénal

Les sanctions pénales du droit commun et celles de pénal des affaires ont été instaurées par le législateur pour protéger et sécuriser l'investissement, le crédit, les actifs de l'entreprise qui constituent le gage général des créanciers et des tiers et, somme toute, le commerce et les transactions commerciales.

Les dirigeants des entreprises ne sont pas les seuls personnes visées par ces sanctions : les dirigeants de fait et tous mandataires appelés à intervenir dans la gestion de l'entreprise, à quelque titre que ce soit, sont également concernées et visés.

Pour comprendre le cheminement suivi par le législateur, nous étudierons les sanctions pénales du droit commun. Nous nous concentrons dans cette étude sur le secret professionnel dans les procédures de prévention externe (**chapitre 1**), et les sanctions pénales réunies dans le code de commerce, sous le titre « des autres infractions » (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : la violation du secret professionnel

Pour les entreprises, y compris celles en difficulté, la confidentialité constitue aujourd'hui la clé de succès. En réalité, les informations confèrent un avantage concurrentiel et doivent donc être soustraites à la convoitise des autres opérateurs du marché⁴⁹². En effet, les procédures de difficultés d'entreprises sont publiques, et il convient donc de protéger le débiteur, exposé au risque de propagation des rumeurs qui portent atteinte à la réputation de l'entreprise et qui pourraient lui faire perdre la confiance de ses partenaires⁴⁹³. Outre l'aspect curatif, le droit des procédures collectives présente également un aspect préventif, dont l'efficacité est conditionnée par le secret professionnel, la discrétion permet en effet à l'entreprise de conserver son crédit, notamment le crédit-fournisseur, ce qui favorise son rétablissement⁴⁹⁴.

Le but essentiel de ce mécanisme est de protéger les informations et données sensibles de l'entreprise par une obligation du secret, de non communication, de non divulgation, ou encore de discrétion (**section1**). Toutefois, malgré l'efficacité de ces obligations, notamment en droit des procédures des difficultés d'entreprise, ces mécanismes ne prennent pas en considération la valeur économique de l'information. Ils sont insuffisants ou bien inappropriés à la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise. La valeur économique et stratégique des idées, du savoir-faire de l'entreprise a conduit à l'apparition de la théorie du secret des affaires, qui nécessite également l'introduction de cette théorie dans notre droit positif (**section 2**).

Section 1 : théorie générale du secret professionnel

Le secret professionnel pourrait être défini comme une obligation, dont le non-respect est sanctionné par la loi pénale, imposant à certains professionnels de taire les informations, à caractère secret, dont ils sont dépositaires, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire. L'incrimination implique la révélation, par le professionnel, de confidences qui lui ont été faites ou

⁴⁹² J.-FRONCOIS -MARTIN, «Redressement et liquidation judiciaires», 8e éd., Dalloz.,2003.P.65.

⁴⁹³ أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات المقاولية التي تعترض المقاول، ومساطر معالجتها، مرجع سابق، صفحة 262.

⁴⁹⁴ N.-DEPLOIX-ROBAIN, « Le règlement amiable des difficultés d'entreprise »,Thèse Paris IX Dauphine.,1997.

d'éléments recueillis au cours de l'exercice de son activité, portant ainsi atteinte à la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions ou fonctions⁴⁹⁵.

Selon le droit commun, l'obligation au secret professionnel auquel il est fait référence à un fondement incertain. Celui-ci a, en effet, varié selon les époques et a donné lieu à une controverse qui, encore aujourd'hui, n'est pas encore définitivement résolue⁴⁹⁶.

Selon une première analyse, les informations économiques confidentielles n'étaient que très partiellement protégées par la législation. Face aux lacunes de la loi, le secret aurait eu un fondement contractuel ; les entreprises sont contraintes de contractualiser le secret afin de limiter la circulation des informations. L'obligation de confidentialité très présente dans la vie des affaires, a vocation à s'appliquer non seulement lors de l'exécution du contrat, mais également pendant les négociations et à l'expiration de la convention. Dans ce cas, le secret professionnel au sens strict visait initialement à protéger l'intérêt privé des personnes, ce qui avait pour but d'autoriser celui qui a le secret professionnel à contraindre son confident au silence à propos d'une information qui ne lui appartient pas.

Toutefois, Cette analyse fut apparue insuffisante et une nouvelle approche fut alors proposée. Celle-ci avait pour but d'orienter le secret professionnel en une obligation d'ordre public, elle visait à protéger notamment le bon fonctionnement de la société. C'est-à-dire les personnes qui, dans l'exercice de leur profession, sont amenées à recueillir dans l'accomplissement de leurs missions des informations sensibles, sont tenues au secret professionnels et dont la divulgation auprès du public serait susceptible d'engager leurs responsabilités. De ce fait, l'obligation au secret devait dès lors s'apparenter au caractère général et absolu auquel il ne pourrait en aucun cas être dérogé.

⁴⁹⁵ Lexique des termes juridiques, op.cit., p.950.

⁴⁹⁶ N.-DEPLOIX-ROBAIN, op.cit.,p.524.

Contrairement à ce qui est parfois affirmé par certains auteurs⁴⁹⁷, cette dernière approche ne correspond pas aux vœux recherchés par le législateur dans le cadre des procédures des difficultés d'entreprise.

Dans cette optique, le secret professionnel instauré par le législateur de 2018 n'a pas pour objet de défendre l'ordre public mais simplement de sauvegarder les intérêts du débiteur. Dans le même ordre d'idée, Monsieur DEPLOIX-ROBAIN précise que « l'objectif recherché étant d'éviter que la divulgation des difficultés de l'entreprise n'incite les tiers à supprimer leurs crédits ou ne les conduise à exiger leur paiement de façon prématurée »⁴⁹⁸.

Cet objectif est déterminant dans la définition du champ d'application de l'obligation au secret édictée par les nouvelles dispositions de l'article 549 du code de commerce. Toutefois, cette obligation peut se trouver occasionnellement en contradiction avec certaines dispositions légales qui, parfois, imposent ou autorisent la divulgation d'informations couvertes par le secret.

C'est pourquoi nous verrons dans la suite de cette étude le champ d'application de l'obligation au secret (**sous-section 1**), puis par la suite, nous envisagerons ses limites (**sous-section 2**).

Sous-Section 1 : Le champ d'application de l'obligation au secret professionnel

Les procédures de prévention des difficultés des entreprises présentent un certain nombre de caractères qui leur sont spécifiques⁴⁹⁹ et les différencient des procédures collectives de traitement : alors que ces derniers cherchent à attirer le plus grand nombre possible de participants et, à cette fin, font une large place aux mesures de publicité et donc au principe de transparence, les procédures préventives, au

⁴⁹⁷ D-THOUWENIN, «violation du secret professionnel», J.C.I., pénal, Fsc. 1, 1987,n° 16.P.5.

⁴⁹⁸ N.-DEPLOIX-ROBAIN, op.cit.,p.526.

⁴⁹⁹ La confidentialité de la procédure prévention externe prend un double aspect.D'une part, elle se caractérise par une obligation au secret professionnel imposée à tous les actes qui concernent la procédure. D'autre part, l'accord une fois conclu ne donne lieu à aucune publicité, puisqu'il est simplement déposé au Greffe du tribunal.

contraire, sont placées sous le signe du secret professionnel⁵⁰⁰ et impliquent le plus souvent qu'un choix soit fait parmi les partenaires de l'entreprise qui seront invités à participer aux négociations.

Au Maroc, la mise en place d'une obligation au secret professionnel est une nouveauté apportée par la loi 73-17. Dans sa volonté d'assurer plus d'efficacité des procédures des difficultés d'entreprise, le législateur de 2018 n'hésite pas à mettre en jeu la législation pénale sur le secret professionnel. De ce fait, l'article 549 dispose que: « La procédure de prévention externe et tous ses actes doivent être tenus secrets ».

Contrairement au droit français, cette considération a été prise en compte depuis la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. En effet, sous l'empire de ladite loi, l'article L. 611-6 du Code de commerce disposait que « toute personne qui est appelée au règlement amiable ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue au secret professionnel, dans les conditions et sous les peines prévues aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal ».

S'imprégnant de la conduite du législateur français, son homologue marocain n'a fait que reproduire la situation déjà établie par le législateur français en instaurant l'obligation de respect du secret professionnel lors des procédures des difficultés d'entreprise, notamment dans la procédure de prévention externe.

En s'inspirant de la loi française n°2005-845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises, le législateur marocain a réglementé la conciliation dans les articles 549 et suivants du code de commerce.

Dans cette phase, le chef de l'entreprise cherche à obtenir des accords afin d'éviter la faillite. Cet accord doit être secret.

Notons toutefois que le règlement amiable instauré par la législation de 1976 a été remplacé par une nouvelle procédure dite de conciliation. Cette dernière n'est pas nouvelle, le législateur marocain n'a fait que modifier quelques éléments de l'ancien règlement amiable en renforçant la sécurité entourant cette procédure et ce, pour

⁵⁰⁰ A-REYGROBBELLET, « les vertus de la transparence », 2001, Paris, Presse de Sciences Po, Créda, la bibliothèque des décideurs ; F-TEERE., « sécurité juridique et annonce légales », LPA 2 oct.2008,n° 198,P.3.

assurer une réelle efficacité au traitement des difficultés des entreprises. Par cette mesure, le législateur marocain a voulu appréhender mieux les difficultés des entreprises en plaçant cette procédure parmi les mécanismes de détection en donnant la possibilité au débiteur de trouver un moyen d'arrangement avec ses créanciers.

Mieux encore, la nouvelle loi a amélioré les procédures préventives mises à la disposition des dirigeants d'entreprises, leur permettant ainsi de trouver celle qui est la mieux adaptée à leur situation. Cette procédure permettant la désignation d'un mandataire spécial en vue de réduire les oppositions éventuelles qu'elles soit d'ordre social, entre les associés ou des partenaires habituels de l'entreprise, et toutes les difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise ou un conciliateur dont l'objet est d'aplanir les difficultés financières ou économiques de l'entreprise, en recherchant la conclusion d'un accord avec les créanciers tout en respectant le secret professionnel⁵⁰¹.

La définition du champ d'application de l'obligation au secret implique que l'on s'interroge sur la nature des informations qui doivent être protégées (A) ainsi que sur la qualité des personnes envers lesquelles cette obligation a vocation à s'appliquer (B).

A. Les informations couvertes par le secret professionnel

Les dispositions de l'article 549 de la loi du 19 avril 2018 ne font aucune référence à ces informations. Il existe par conséquent une ambiguïté sur le fait de savoir si le secret doit uniquement couvrir l'accord amiable en tant que tel ou bien si celui-ci ne doit pas s'étendre davantage.

L'objectif poursuivi par l'obligation au secret professionnel incline en réalité à retenir une acception aussi large que possible. Le secret a donc vocation à s'appliquer à toutes les étapes de la procédure et doit concerner tous ses aspects⁵⁰². La protection s'étend du dépôt de la requête du débiteur⁵⁰³ jusqu'au-delà de l'exécution de l'accord⁵⁰⁴ en passant par l'instruction du président du Tribunal, la désignation du

⁵⁰¹ Art 549, 550 et 551 du code de commerce.

⁵⁰² C.-SAINT-ALARY-HOUIN, « Droit des entreprises en difficultés », LGDJ, 12e éd, 2020.

⁵⁰³ Art 549 c.com

⁵⁰⁴ Art 556 c.com

mandataire spécial ou du conciliateur, la phase de la négociation, la conclusion, puis l'homologation.

Sont donc couvertes par le secret toutes les informations que le dirigeant aura fournies à l'appui de sa requête en vertu des dispositions de l'article 551 alinéa 2⁵⁰⁵ du code de commerce, ainsi que tous les renseignements recueillis par le président du Tribunal en vertu de son droit de communication, ou bien du rapport de l'expert qu'il aura éventuellement désigné⁵⁰⁶.

Il en va de même pour toutes les informations susceptibles de circuler pendant la phase des négociations. A ce stade, de nombreuses personnes peuvent en effet être consultées par le conciliateur. Le risque de divulgation d'informations confidentielles de nature à compromettre la conclusion de l'accord et la sauvegarde de l'entreprise est particulièrement important. D'où la nécessité pour ce dernier, de se montrer vigilant en veillant notamment à ne fournir que les indications strictement nécessaires qu'à des personnes dont l'intervention est réellement indispensable au sauvegarde de l'entreprise. Donc le débiteur devra se méfier des créanciers qui, ayant été présents aux négociations, auront finalement refusé d'y participer, car ce sont eux qui sont le plus à même de divulguer des informations secrètes sur l'entreprise en difficulté. Dans cette perspective, le fait de porter sur tout écrit concernant la procédure de conciliation la mention « secret » s'avérera utile.

Cependant, le secret professionnel tel qu'instauré par les dispositions de l'article 549 précité, se trouve décliné lorsque ce dernier se trouve confronté au droit de sociétés et plus particulièrement aux sociétés faisant appel public à l'épargne. En effet, à la lumière de l'article 4 de la loi n°44-12 relative à l'appel public à l'épargne et aux informations exigées des personnes morales et organismes faisant appel public à l'épargne⁵⁰⁷ prévoit que l'information donnée au public par les personnes morales faisant appel public à l'épargne doit être exacte, précise et sincère ». Dans le même

⁵⁰⁵ « ... La requête du chef de l'entreprise comporte un exposé sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise, les besoins de financement ainsi que les moyens d'y faire face ».

⁵⁰⁶ Art 552 c.com

⁵⁰⁷ Dahir n°1-12-55 du 28 décembre 2012 portant promulgation de la loi 42-12 relative à l'appel public à l'épargne et aux informations exigées des personnes morales et organismes faisant appel public à l'épargne (B.O n°6124 du 7 février 2013).

ordre d'idée, l'article 14 de la même loi dispose que : « les personnes morales ou organismes faisant appel public à l'épargne sont tenus de publier dans un journal d'annonces légales et surtout et sur tout autre support de publication exigé par l'AMMC, aussitôt qu'ils en ont pris connaissance, toute information portant sur l'organisation, leur situation commerciale, technique ou financière, et pouvant avoir une influence significative sur les cours en bourse de leurs titres ou une incidence sur le patrimoine des porteurs de titre »⁵⁰⁸.

Cependant, ce secret conduit certains auteurs en droit des affaires à souligner des contradictions notamment quand il se heurte au principe de l'obligation imposée par les sociétés cotées en bourse, on parle désormais, comme a cité Madame L'YAZAMI NAHID «la mise embargo de l'information »⁵⁰⁹.

Mais cette obligation d'information n'a pas une portée générale, cela veut dire que l'entreprise émettrice de l'information a la faculté de ne pas communiquer ou diffuser l'information et de la retarder provisoirement sous sa responsabilité lorsque ladite information porte atteinte à son intérêt. Dans ce cadre, la loi 44-12 récite, dans son article 15, insiste sur le fait de :

- protéger des intérêts de l'émetteur ;
- garantir la confidentialité de ladite information ;
- ne pas induire le public en erreur.

La question qui se pose dans ce cadre : est ce que l'émetteur peut-il légitimement retarder la diffusion de l'information au public ?

Le tiraillement entre les dispositions de l'article 549 et l'article 15 de la loi n°44-12 pose beaucoup de questions dans ce sens.

Certains auteurs pensent que l'application distributive des règles en présence pourra à elle seule alléger l'acuité de ce problème, alors que d'autres auteurs penchent vers la confirmation de la suprématie de la confidentialité.

⁵⁰⁸ Art 1.2 circulaire de l'AMMC n° 03/19 du 20 février 2019 relative aux opérations et informations financières.

⁵⁰⁹ Cité par N.L'YAZAMI,op.cit.,p.112.

À cet égard Y.GUYON considère que «la confidentialité paraît plus souhaitable que la transparence ». Il rajoute que la prééminence de ce principe doit être assurée même lorsque « l'entreprise est en situation difficile ou compromise, sans être en état de cessation de paiement⁵¹⁰.

Dans la même perspective, CARBONNIER, « ne cesse pas à affirmer l'utilité de grader la discrétion, car elle constitue la clé de la réussite»⁵¹¹.

Quant à J.CHARTIER, il considère que « l'expérience a très clairement démontré que la réussite d'une procédure amiable repose essentiellement sur ces trois principes fondamentaux : anticipation, confidentialité et consensus »⁵¹².

B.Les personnes soumises au secret

À la lecture de l'article 549 du code de commerce, le législateur précise que la «procédure de prévention externe et tous ses actes doivent être tenus secrets ». Or, le texte n'indique que les actes de la procédure. Cette rédaction ne nous renseigne pas sur l'identification des personnes concernées ni sur les obligations de prudence qui leur incombent dans leur mission pour ne pas enfreindre ce secret.

Pratiquement parlant, les parties participant à l'accord respectent, de manière générale, le secret professionnel. Le débiteur et ses créanciers ont, en effet, tout intérêt à garder le secret de la procédure afin de parvenir à un accord. Le débiteur ne souhaite pas exposer ses difficultés à ses autres partenaires, et les créanciers craignent les réactions de leurs propres clients. Certaines affaires révèlent néanmoins que le secret des difficultés de l'entreprise à l'égard des tiers n'est pas toujours respecté. Le choix des créanciers participant à l'accord est donc déterminant. Certains créanciers concurrents du débiteur peuvent trouver des avantages à mettre en échec la négociation et à divulguer alors l'existence de telles négociations. Cette divulgation est souvent spécialement réalisée pour influencer sur le prix de négociation des instruments, objets de la négociation.

⁵¹⁰ Y-GUYON « La transparence dans les procédures collectives ». LPA, 21 avril 1999, n°79, page 8.

⁵¹¹ Colloque sur la transparence, revue Juridique et Commerciale, 1993, n°spécial, page 9.

⁵¹² J-CHARTIER, «Le projet de sauvegarde des entreprises »,Commission de finance, d'économie générale et du plan. Assemblée nationale, page 20.

Mais qu'en est-il lorsque le secret est divulgué par un tiers qui n'a jamais participé à la procédure de conciliation ni de près ni de loin ? Cette divulgation est-elle susceptible de sanction ?

Vu la nouveauté de cette disposition, et vu l'absence de jurisprudence marocaine, la chambre commerciale de la cour de cassation française a eu l'occasion de trancher cette question par un arrêt rendu en date du 13 février 2019 par lequel la cour de cassation française⁵¹³ a eu à statuer sur un conflit entre le devoir de confidentialité et une liberté fondamentale puisqu'il s'agit de la liberté d'expression ; celle-ci, appliquée à la profession de journaliste, devient la liberté d'information et touche, par conséquent, à la liberté même de la presse⁵¹⁴. Cet arrêt a été rendu dans les circonstances suivantes : alors qu'une procédure de mandat ad hoc, puis de conciliation était en cours concernant les sociétés du groupe C, une société, Mergermarket Ltd., editrice d'un site d'information financière en ligne et spécialisée dans le suivi de l'endettement des entreprises a publié un article concernant l'ouverture de la procédure de mandat ad hoc puis a , par la suite, diffusé divers articles rendant compte de l'évolution des procédures en cours, cela a provoqué une réaction tant des sociétés débitrices que la SELARL chargée des fonctions de mandataire ad hoc puis de conciliateur ; elles ont donc saisi le juge des référés pour obtenir le retrait de l'ensemble des articles contenant des informations confidentielles les concernant et l'interdiction d'en publier d'autres.

Les demandereses ont obtenu gain de cause en première instance les juges du fond ont condamné la société qui a révélé l'existence et l'avancée du traitement amiable en décidant d'allouer une indemnisation élevée aux sociétés débitrices au titre du préjudice subi, caractérisé par la réduction du crédit fournisseur et la trésorerie.

Mais, en appel de référé, la cour d'appel de Versailles a rendu un arrêt infirmatif.

⁵¹³ Cass.com, arrêt n°198 du 13 février 2019 publié sur http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_financiere_economique_574/198_13_41359.html (consulté le 02/05/2019).

⁵¹⁴ J.-PIERRE-SORTAIS « procédures préventives et confidentialités », mélanges en l'honneur de Jean-luc Vallens, éd Joly, l'extenso, 2015, P 241.

De ce fait, la Cour de cassation rejette le pourvoi et valide le raisonnement des juges du fond. Elle estime que les articles litigieux ne sont pas de nature à nourrir un débat d'intérêt général sur les difficultés des sociétés du groupe, mais qu'ils tendent essentiellement à satisfaire les intérêts des abonnées du site régi par la société éditrice. La Haute juridiction érige la confidentialité comme règle fondamentale des procédures amiables, elle n'admet d'exception qu'en cas de débat d'intérêt général. De plus, la Haute juridiction relève que leur publication risque de causer un préjudice considérable aux sociétés du groupe ainsi qu'aux parties appelées à la procédure de prévention amiable et de compromettre son déroulement et son issue. Le fait que la procédure se soit terminée par une conciliation n'a aucune incidence. L'accord trouvé aurait pu être plus favorable aux sociétés du groupe si la confidentialité avait été respectée, la divulgation des informations ayant dégradé les relations entre les parties.

Encore plus intéressant paraît un arrêt rendu du 22 septembre 2015⁵¹⁵ s'est prononcé à propos d'un mandat ad hoc ouvert au profit d'une société et suivi d'une conciliation, le processus se terminant malgré tout par un redressement puis une liquidation judiciaire. Le litige mettait aux prises une banque qui avait consenti à la société un découvert garanti par un cautionnement accordé par un dirigeant. Ce dernier, sur les poursuites de comportement de la banque et, à cette fin, produisait une attestation établie par le mandataire ad hoc dans laquelle celui-ci «stigmatisait l'attitude de la banque lors des négociations» : alors que tous les autres créanciers – au nombre de dix-sept, précise l'arrêt-avaient donné leur accord au projet de moratoire proposé par le mandataire ad hoc, la banque seule s'y était opposée.

La cour d'appel avait écarté des débats l'attestation en question en ce qu'elle comportait une violation flagrante de l'obligation de confidentialité qui s'imposait au mandataire ad hoc⁵¹⁶ comme à « toute personne qui est appelé à la procédure de

⁵¹⁵ Cass.com., 22 sept. 2015, n° 14-17377 :Act. Pro.coll.2015, n°17, comm.264 ; JCP E 2016, 1151, note T-STEFFANIA ; Rev. Sociétés 2015, p. 761, note Roussel PH-GALLE. ; Rev.pro.coll.2015,p.23, comm.174, note C-Delattre; LPA7 avr.2016, n°70,p.10,note MORELLI N. ; GAZ. Pal.2016, n°2016, n°3, p.57, note T.-V. MONTERAN la chronique de B-SAINTOURESS, «Mandat ad hoc : confidentialité et liberté », Act.pro.coll.2015, n°17,com.263.

⁵¹⁶C.com., art.L.611-15. Le texte vise aussi toute personne « qui, par ses fonctions en a connaissance », ce qui peut s'appliquer tant aux commissaires aux comptes qu'aux personnel du tribunal.

conciliation ou à un mandat ad hoc »⁵¹⁷. La cour de cassation approuve expressément les juges du fond en déclarant que c'est que « c'est à bon droit que la cour d'appel à écarter des débats l'attestation remise à la caution de la société débitrice par le mandataire ad hoc de celle-ci ». Et, alors que le mémoire ampliatif suggérait que la cour d'appel aurait dû se demander si la banque « n'avait pas fait dégénérer en abus son droit de refuser la renégociation du crédit consenti à la société cautionnée », la cour de cassation énonce que les juges d'appel « n'avaient pas à effectuer une recherche inopérante », excluant par là toute idée d'abus de droit.

À partir de ce qui précède, nous constatons que le législateur français a étendu le champ d'application de secrets professionnels à toutes les personnes ayant participé, de loin ou de près, au déroulement de la procédure, et ayant eu connaissance de cette dernière. De surcroît, le législateur français a le mérite d'obliger ces personnes au secret professionnel sous peine d'engager leurs responsabilités civiles. Par contre, il convient de mentionner enfin que les dispositions de l'article 549 du code de commerce doivent en réalité retenir une acception aussi large que possible, ceci dit que les dispositions de l'article susmentionné ne font aucune référence aux personnes soumises au secret. Il existe par conséquent une ambiguïté. Il semble que le législateur a limité cette obligation aux seuls professionnels de la procédure. La stricte appréciation de cet article est d'autant plus critiquable. Il serait donc judicieux de réajuster cette disposition pour qu'elle ait un réel impact sur le déroulement de la prévention externe, de ce fait, il faut étendre le champ d'application du respect du secret professionnel que les personnes concernées par le secret professionnel, sont celles qui sont appelées au règlement amiable, et qui, par leurs fonctions ont pu en avoir connaissance.

Sous-section 2 : Les limites du secret

La relativité du secret des procédures des difficultés d'entreprise est patente, notamment lorsque la loi autorise la levée du secret professionnel, dans ce cas la divulgation de l'information n'est pas réprimée.

⁵¹⁷ B-SAINTOURENS, op. cit., p.2

En effet, il existe des situations dans lesquelles les auteurs des faits n'encourent aucune sanction parce qu'ils ont l'obligation de porter connaissance au tribunal les informations a priori protégées par la loi.

En principe, seul un texte légal peut déterminer les cas dans lesquels l'obligation de garder le secret s'efface complètement ou subit des amputations partielles. C'est là une garantie nécessaire dont la justification s'impose avec évidence.

A.L'inopposabilité du secret professionnel dans les procédures des difficultés d'entreprise

En matière des procédures des difficultés d'entreprise, le secret professionnel est Inopposable. Afin de cerner les contours de cette inopposabilité, il nous paraît judicieux de clarifier le périmètre de cette notion dont les dispositions applicables au secret susmentionné sont éparpillées dans toutes les branches du droit.

Le secret professionnel peut être écarté en raison de l'ordre public ou de l'intérêt général. Il en est de même quant au secret bancaire. Celui-ci est inopposable de plein droit à l'égard de Bank Al-Maghreb et de l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale. L'article 180 de la loi N° 103.12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés dispose, en outre, qu'il pourrait être levé au profit des agences de notation pour les besoins de leur notation et au profit des personnes avec lesquelles les établissements de crédit négocient, concluent ou exécutent une opération importante. Il s'agit notamment des :

- opérations de crédit, des instruments financiers, des garanties ou d'assurances ;
- prises de participations ou de contrôle dans un établissement de crédit ;
- cessions, transferts ou nantissements d'actifs, de fonds de commerce, de créances ou de contrats ;
- études, élaboration, conclusion, exécution de tout type de contrats ou d'opérations. Dès lors que ces agences appartiennent au même groupe que l'auteur de la communication.

Toutefois, la raison du secret bancaire n'est pas la protection de l'intérêt général et de l'ordre public. Il a pour but de protéger les clients des établissements de crédit et organismes assimilés contre la diffusion et la divulgation de leurs données confidentielles détenues par ceux-ci⁵¹⁸.

En outre, en raison de ce caractère protecteur, le secret bancaire ne peut être opposé au client et celui-ci peut y renoncer à tout moment par son consentement exprès⁵¹⁹. Cela pourrait être dans son seul intérêt, mais aussi dans l'intérêt conjoint du banquier et du client ou des tiers⁵²⁰. Mais qu'en est-il lorsque le client refuse la levée de son secret bancaire dans le seul intérêt de son banquier ? Celui-ci, peut-il lever le secret bancaire pour son propre intérêt, malgré la volonté de son client ?

Il convient tout d'abord de rappeler qu'à propos du secret professionnel de l'avocat, cette possibilité a été validée par la jurisprudence française⁵²¹. Elle l'a également été à propos du secret des professionnels du chiffre⁵²². Le banquier ne peut se libérer de son secret qu'avec l'accord de son client. L'article 180 alinéa 3 de la loi n° 103.12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés prévoit ainsi que «les établissements de crédit peuvent communiquer les informations couvertes par le secret professionnel chaque fois que les personnes sur lesquelles portent ces informations les y auront autorisées». La cour de cassation française a confirmé l'application de ce principe⁵²³. Elle a décidé que le banquier, même partie au procès, ne peut pas se libérer de son secret professionnel pour échanger à sa responsabilité lorsqu'elle celle-ci n'est pas mise en cause par le bénéficiaire du secret⁵²⁴. Le secret

⁵¹⁸ En ce sens, Madame LYAZAMI NAHID précise que le banquier en tant que créancier ou partenaire, est tenu de préserver le secret professionnel. Autrement dit, il est interdit au banquier, qui fait partie au règlement amiable, de communiquer ou révéler des informations concernant l'accord à un autre banquier sous prétexte du secret partagé. Dans ce cas, il fera l'objet d'un engagement de responsabilité pénal à son encontre. V. N.LYAZAMI, op.cit., p.385.

⁵¹⁹ V.R-KLEIMAN, « secret bancaire et transparence des opérations boursières : Rôle et pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers », Gaz.Pal.29 juin 2004 n° 181, p.23.

⁵²⁰ V.R-KLEIMAN, op.cit., p.23.

⁵²¹ Cass.com., 11 avril 1995, n° 92-20.985, RTD com.1995, p.635, note M.CABRILLAC.

⁵²² TH- GRANIER, « le secret professionnel du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable face aux expert désignés dans le cadre de la mise en état ou dans celui de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », Rev. Sociétés, 01/04/1996, n° 2, p.286.

⁵²³ Cass., com., 13 nov.2003, n°00-19573, JCP E 2004, 736, n° 6, obs. J.STOUFFLET ; RD bancaire et fin., n° 4 juillet-AOÛT 2004, p.242, obs. F.-J.CREDOT et y.GERARD.

⁵²⁴ TH-BONNEAU, note sous Cass., com., 13 nov.2003, n° 00-19.573, banque droit n° 94, mars-avril 2004, p.57.

bancaire n'est pas prévu dans l'intérêt du banquier, mais au profit du client et ne doit pas, à ce titre, être opposé à celui-ci⁵²⁵. A défaut d'un accord exprès du client, le banquier serait paralysé « par l'impossibilité de se défendre d'une accusation dont il pourrait démontrer la fausseté »⁵²⁶.

En effet, le secret de l'entreprise est préservé traditionnellement par l'application des dispositions du droit pénal relatives au secret professionnel et des dispositions de la loi n° 103.12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés.

1. Le droit d'accès aux informations secrètes.

Afin de permettre au président du tribunal de garantir une réelle efficacité de la procédure du règlement amiable, le législateur marocain lui accorde la possibilité de faire des investigations sur la situation de l'entreprise. A cet égard, le président du tribunal dispose des pouvoirs qui lui sont attribués par l'article 552 du Code de commerce marocain. En effet, ce dernier peut, mais avant l'ouverture de la procédure du règlement amiable, nonobstant toute disposition législative contraire, obtenir communication, par le commissaire aux comptes, s'il en existe, les représentants des salariés, les administrations de l'État et les autres personnes de droit public, les établissements de crédits et les organismes assimilés, les organismes financiers ou toute autre partie, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise. Ces organismes ne peuvent lui opposer leur secret.

Il est également inopposable à l'égard de l'expert, de même, l'article 552 précité donne à celui-ci le pouvoir d'obtenir tout renseignement sur la situation économique et financière de l'entreprise de la part des établissements de crédit et les organismes assimilés ou les organismes financiers.

Ce droit d'accès au secret professionnel est également reconnu au syndic (lors de l'ouverture de la procédure de sauvegarde) par l'article 568 du code de commerce qui dispose que « tout tiers détenteur des documents et livres comptables qui

⁵²⁵ E-COLLOMP, « chronique de droit bancaire (1ère partie) », LPA 16 janvier 2006 n° 11, p.5.

⁵²⁶ B-MOREAU, « secret bancaire et communications de pièces », Gaz.Pal.29 juin 2004 n° 181, p.19 et s.

concernent l'entreprise est tenu de les mettre à la disposition du syndic en vue de leur examen, sous peine d'une astreinte fixée par le juge commissaire ».

En droit français, le président du tribunal dispose également des mêmes pouvoirs d'investigations qui lui sont attribués par l'article L.611-6, alinéa 6 du Code de commerce, mais après l'ouverture de la procédure de conciliation. En effet, le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

Cet élargissement du pouvoir d'investigation du président du tribunal a été accepté par la doctrine française, particulièrement, Paul LE CANNU⁵²⁷ et Dominique VIDAL⁵²⁸, ayant affirmé que le président du tribunal avait la possibilité de demander la levée du secret bancaire, en considération du caractère de la procédure amiable nécessitant des informations plus détaillées et plus précises.

Afin de compléter ses informations, le président du tribunal peut également charger un expert afin d'établir un rapport sur la situation économique de l'entreprise⁵²⁹. L'expert a donc la possibilité d'entendre les personnes qu'il souhaite, notamment les représentants du personnel, si les difficultés sont d'origine sociale, ou bien les associés de la société si les problèmes sont dus à un conflit interne, etc.

Ainsi, l'expert a une mission d'audit sur la situation économique et financière de l'entreprise, le but étant d'étudier s'il existe un moyen d'établir un plan de redressement. En outre, l'expertise permet au président du tribunal de collecter les informations nécessaires afin de prendre la décision appropriée à la situation de l'entreprise⁵³⁰.

⁵²⁷ P. LE CANNU, « Prévention et règlement amiable », juri-dictionnaire, joly, 1988, p. 158.

⁵²⁸ V.DOMINIQUE, « Droit des entreprises en difficulté : prévention, conciliation, sauvegarde ». 3e éd, l'extenso. 2010

⁵²⁹ Art 552 du code de commerce.

⁵³⁰ A-SQUALLI, « La prévention des difficultés de l'entreprise dans le nouveau droit marocain des procédures collectives », journée d'étude organisée par le département de droit privé de la faculté de droit de Meknès : « Le traitement des difficultés de l'entreprise », le 21 mars 1998.

Aucun délai n'est prévu par le texte marocain pour l'établissement du rapport de l'expertise ; toutefois, compte tenu du caractère d'urgence, celui-ci doit être rendu le plus rapidement possible.

Observons toutefois que la désignation d'un expert chargé d'obtenir toutes ces informations auprès des organismes sociaux et financiers contribue à l'élargissement de l'information relative à l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, ce qui, à notre avis, risque de troubler le caractère confidentiel d'une telle procédure.

En droit français, sous l'empire de la législation antérieure, le président du tribunal pouvait désigner un expert avant l'ouverture de la procédure de conciliation, cependant, avec les nouvelles réformes apportées par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, cette possibilité a été écartée. En effet, selon l'article L.611-6, alinéa 5 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008, le président du tribunal peut, mais seulement après l'ouverture de la procédure de conciliation, charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise. La décision de procéder aux investigations sur la situation de l'entreprise après l'ouverture de la procédure de conciliation a pour finalité de maintenir la confidentialité qui caractérise cette procédure. Elle est également argumentée par les débats parlementaires précisant que, d'une part, elle est motivée par la volonté d'accélérer l'instruction de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation et d'accroître son efficacité⁵³¹.

La procédure de conciliation devant être ouverte le plus rapidement possible. D'autre part, cette décision encourage le débiteur à s'adresser au tribunal, sans qu'il craigne une investigation trop poussée en amont de l'ouverture de toute procédure, ce qui permet de maintenir la confidentialité de la procédure et d'inciter les chefs d'entreprises à franchir le pas.

Remarquons que les pouvoirs du président du tribunal, en droit marocain sont relativement importants et suffisent pour permettre à ce dernier d'obtenir toutes les informations nécessaires concernant la situation financière et économique de l'entreprise.

⁵³¹ Cité par N-LYAZAMI, op.cit., p.71.

Une question subsiste néanmoins : il est en effet permis de se demander qui va être juge des renseignements de nature à donner, en la matière, une information exacte et utile au président du tribunal. Comment réagirait-il si l'un des organismes cités, refuserait de lui fournir des informations par respect du secret professionnel ?

A cette interrogation, la loi 73-17 n'apporte aucune réponse. Dès lors, en cas de refus de communiquer, c'est au droit commun qu'il faut recourir, afin de sanctionner les réticents.

Notons toutefois qu'aucune sanction n'est prévue, en droit marocain, si l'une des personnes ou institutions interrogées refuse de donner une information. En revanche, en droit français, notamment sous l'ancien règlement amiable, il n'était pas exclu que soit engagée la responsabilité civile des personnes qui, étant tenues d'informer le président, ne le font pas, ou par négligence causent un préjudice au débiteur ou à ses créanciers, en compromettant le déroulement normal du règlement amiable et la réalisation d'un accord amiable.

2.L'opportunité d'une sanction

Le pouvoir d'investigation du président du tribunal auprès du dirigeant d'entreprise et de certains tiers implique, a contrario, que pèse sur eux un devoir d'information.

En conséquence, le non-respect de cette obligation par les intéressés doit être sanctionné. L'hypothèse n'ayant pas été envisagée par les rédacteurs des textes, de tels agissements seront réprimés sur la base du droit commun.

Il semble, tout d'abord, que le président du tribunal puisse soumettre leurs auteurs à une astreinte. L'argument sera tiré en ce sens de l'article 568 qui prévoit la communication forcée des renseignements, en admettant que le juge commissaire peut condamner sous astreinte les détenteurs des documents réticents.

Dans le même ordre d'idée, certains auteurs ne sont pas exclus, que soit engagée la responsabilité civile des personnes interrogées⁵³². C'est sur le fondement des articles 77 et 78 du D.O.C. qu'une telle action sera mise en œuvre, mais encore

⁵³² Pour plus de détails V. E.-MOUIAL- BASSILANA, « Entreprise en difficulté : avant propos », éd Dalloz septembre 2019.

faut-il qu'une faute et un dommage rattachés par un lien de causalité, soient caractérisés.

Concernant la faute, celle-ci implique un comportement répréhensible. Un tel comportement peut avoir été adopté par les différentes personnes tenues de renseigner le président du tribunal, soit en l'informant, soit en s'abstenant de l'informer.

Faute de commission, la première de ses attitudes reposera sur la négligence de l'informateur, voir sur son dol. Il en ira ainsi lorsque les renseignements dévoilés au magistrat seront incomplets ou encore inexacts. Faute d'abstention, la seconde attitude se caractérisera par une rétention d'informations, l'interrogé refusant de répondre à l'appel du président.

La violation de l'obligation d'information, parce qu'elle va compromettre le déroulement du règlement amiable projeté, peut donc causer un préjudice au dirigeant de l'entreprise ou à un créancier. Mais ne s'agissant pas d'un dommage actuel ni futur, on peut être certain de sa réalisation. Néanmoins, toute possibilité de réparation n'est pas rejetée. Il suffit pour cela de considérer que le préjudice subi consiste en la perte d'une chance qu'avaient, à travers le sauvetage de l'entreprise, le dirigeant de poursuivre son activité, et le créancier d'être payé. Il ne s'agit pas de leur accorder l'avantage que la mauvaise information du président les a privés de la possibilité de briguer, car ça serait préjuger de la réussite du règlement amiable, il convient seulement d'admettre que la chance perdue, c'est-à-dire le sauvetage préventif de l'entreprise, valait quelque chose, ce dont la victime a été dépossédée.

Dans ce cadre, l'application de sanction présente, en résumé, l'intérêt d'éviter que le règlement amiable des entreprises ne soit «bâti sur du sable ».

De manière générale, force est de constater que le pouvoir d'investigation du président du tribunal se caractérise par une entière liberté d'appréciation. Non seulement le magistrat peut, dans l'intérêt de l'entreprise, interroger qui bon lui semble, mais il est encore libre d'opérer un tri parmi les informations reçues, afin de ne communiquer au conciliateur que les renseignements qu'il juge dignes de considération. Dans ce cadre, le conciliateur doit se montrer extrêmement vigilant à ne

pas outrepasser le rôle qui lui est imparti et à maintenir une étroite concertation avec tous les acteurs de la procédure sous peine d'engager sa responsabilité pénale.

3-La responsabilité pénale du conciliateur

La responsabilité pénale du conciliateur peut être engagée sur la base de l'article 446 du code pénal relatif à la violation du secret professionnel, qui, en vertu de l'article 549 du code de commerce impose que la procédure de prévention externe et tous ses actes doivent être tenus secrets.

La constitution de cette infraction suppose que celui-ci ait volontairement révélé une information couverte par le secret professionnel dont il aurait pris connaissance dans le cadre de sa mission. Elle implique par conséquent, la réunion d'un élément intentionnel et d'un élément matériel.

Pour autant, le conciliateur doit pouvoir, sans entrave, informer les créanciers qu'il sollicite, en vue de la négociation de l'accord amiable.

De ce point de vue, sa liberté d'action et de consultation doit demeurer totale. Sa responsabilité ne saurait donc être engagée que s'il transmet à des tiers étrangers à la procédure des informations relatives aux actes de la procédure de prévention toute en ayant conscience que ces révélations ne sont pas nécessaires à la réussite de sa mission.

Cela implique qu'en cas d'imprudence ou de négligence, seule la responsabilité civile pourra être mise en cause. Il n'est cependant pas nécessaire que celui-ci soit animé de la volonté de nuire.

Dans ce cas, peu importe que ces révélations soient écrites ou orales, qu'elles soient destinées à une seule personne ou à un large public. Celles-ci peuvent autant porter sur des informations couvertes par le secret que sur d'autres faits susceptibles d'y conduire indirectement. Elles doivent néanmoins revêtir un caractère suffisamment précis.

Si la preuve des éléments constitutifs de l'infraction est rapportée, le conciliateur pourra alors faire l'objet, de la part de tout intéressé, d'une action en responsabilité devant le tribunal répressif, la violation du secret professionnel

constituant un délit. Dans cette perspective, il paraît en fait que seul le débiteur soit en mesure de présenter un intérêt à agir dans la mesure où il est unique bénéficiaire de cette obligation au secret. Les peines encourues sont celles désormais prévues par l'article 446 du code pénal, à savoir un mois à six mois et mille deux cent à vingt mille dirhams.

B-Propos conclusif

En application de l'article 549 du code de commerce, les dépositaires de l'information secrète relative à la procédure de prévention externe sont soumis au secret professionnel. En vertu de ce texte, la prévention externe et tous ses actes doivent être tenus secrets.

Cette pénalisation est mal adaptée aux exigences de la procédure collective. Les débiteurs victimes de la divulgation, préféreraient l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction pour être indemnisés du préjudice subi.

Contrairement au droit français qui a substitué l'obligation de confidentialité à l'obligation de secret professionnel, la stipulation des mesures coercitives et répressives par le législateur marocain à l'encontre de celui qui divulgue le secret professionnel, la pénalisation consécutive à l'atteinte à ce principe s'est révélée infructueuse. C'est dans ce cadre que nous invitons le législateur marocain à supprimer la notion pénale du secret professionnel, en la substituant par la confidentialité ou le secret des affaires, en tant que notion civile moins intimidante. Ce changement sémantique doit être inscrit dans le cadre d'un mouvement de dépenalisation du droit des affaires.

En effet, la dépenalisation de divulgation des informations relatives aux procédures amiables n'est pas en contradiction avec l'applicabilité du secret professionnel, ce régime général reste applicable en droit des entreprises en difficulté. En effet, toute personne agissant dans un cadre professionnel ou en raison d'un mandat dans une procédure collective est soumise au secret professionnel de l'article 446 du code pénal. Il peut s'agir des syndics, des contrôleurs, des commissaires aux comptes, des expert-comptable, du mandataire ad hoc, du conciliateur, etc.

En vertu de leur secret professionnel, ces personnes ne peuvent communiquer aucune information secrète sous réserve des sanctions pénales et civiles.

En somme, les mécanismes traditionnels du secret du droit commun sont applicables en droit des entreprises en difficulté. Ils peuvent être utilisés pour préserver le secret de l'entreprise en difficulté et maîtriser la circulation de l'information. Mais la valeur économique et stratégique du patrimoine informationnel nécessite également l'utilisation de la théorie du secret des affaires.

Section 2: Vers la consécration d'une sanction d'atteinte au secret des affaires : approche prospective

Aujourd'hui, nous vivons dans une société dite de l'information, où les entreprises possèdent une richesse immatérielle de grande valeur. La compétitivité des entreprises dépend de plusieurs facteurs dont la connaissance et de l'innovation qui doivent donc être protégées.

Les informations économiques confidentielles ne sont pas suffisamment prises en compte par le droit marocain. A cet égard, une grande partie des informations économiques financières et sociales échappaient aux mécanismes du secret du droit commun. L'abus de confiance qui nécessite une remise préalable⁵³³, le secret professionnel⁵³⁴, le secret de fabrique⁵³⁵, le vol qui suppose une chose matérielle⁵³⁶ ne sont pas trop adaptés à la protection de toutes les informations ayant une valeur économique.

Contrairement au droit français, le droit marocain ne dispose d'aucun texte de loi qui prévoit la reconnaissance légale du secret des affaires et de la répression de sa violation.

En droit marocain, la protection des informations sensibles fait donc l'objet de dispositions disparates. Parfois soutenue par le droit pénal comme le secret professionnel, ou bien contractualisée et soumise au droit de la responsabilité civile

⁵³³ Art 547 du code pénal

⁵³⁴ Art 446 du code pénal

⁵³⁵ Art 447 du code pénal

⁵³⁶ Art 505 du code pénal

comme la clause de confidentialité, elle n'est pas, du coup, suffisamment efficace. A l'inverse, le législateur français a transposé la directive du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées⁵³⁷ (secrets d'affaires) par une loi qui a été entrée en vigueur le 30 juillet 2018 et a introduit dans le code de commerce un titre V intitulé : « de la protection du secret des affaires »⁵³⁸.

Si le secret d'affaire n'est pas visé par la législation marocaine, il en va autrement dans l'ordre international. Ainsi, l'accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touche au commerce (ADPIC)⁵³⁹ impose aux États signataires de préserver les « renseignements non-divulgués ». Ce texte, issue de l'accord de Marrakech instituant l'organisation mondiale du commerce, dont la finalité est d'harmoniser les régimes nationaux, prévoit un standard de protection minimal⁵⁴⁰. Son article 39.2 stipule que : « les personnes physiques ou morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements :

- a- soient secrets en ce que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ;
- b- aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secret ;
- c- aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secret. ».

Cette définition pourrait nous servir de source d'inspiration afin de cerner des critères permettant d'identifier le secret des affaires.

⁵³⁷ Directive 2016/943/EU du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées.

⁵³⁸ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

⁵³⁹ L'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce signé à Marrakech le 15 avril 1994.

⁵⁴⁰ A-SQUALLI, « Etude de droit de la propriété intellectuelle », édition Sijilmassa.2005.

Sous-section1 : Notion de secret des affaires

A l'heure actuelle, le secret des affaires est une pratique des entreprises, il ne peut être qualifié de notion juridique. Il faut donc s'en remettre à la doctrine et, comme le remarque le professeur FRISON-ROCHE, « nul n'a jamais défini ce qu'on l'on doit entendre par SECRET DES AFFAIRES »⁵⁴¹. Pourtant, en 1970, le professeur SAINT-ARLY⁵⁴² a distingué les « secrets de production » des « secrets de situation » : les premiers, tels que les techniques, procédés, recettes, etc., peuvent être assimilés au savoir-faire tandis que les seconds se rapportent notamment à la situation financière de l'entreprise, au calcul de ses prix, à sa stratégie de développement, etc. Tel est également la position du droit suisse, qui connaît les secrets d'affaires et les secrets commerciaux⁵⁴³. Le professeur HUET, quant à lui, a estimé que le secret des affaires était « un ensemble d'informations accessibles comme telles à un nombre limité de personnes et que l'entreprise, d'une part, était en droit de conserver pour elle-même, tout en étant en partie protégée contre certaines divulgations non autorisées, et, d'autre part, pouvait communiquer à des cocontractants auxquels elle désire en transmettre la connaissance, à charge, pour eux aussi de les garder secrètes »⁵⁴⁴. D'une manière générale, il faut considérer que le secret des affaires comprend toutes les informations que l'entreprise ne souhaite pas divulguer, sauf obligation légale contraire.

A. Distinction entre le secret des affaires et le secret professionnel

Le secret professionnel, prescrit par l'article 446 du code pénal, ne vise que la révélation d'un secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire. Cette obligation particulière ne s'applique qu'aux personnes désignées par la loi. La logique du secret professionnel est très différente de celle du secret des affaires : en raison de la confiance que lui accorde son client, le praticien est tenu à un silence quasi-absolu.

⁵⁴¹ M.-A. FRISON- ROCHE, «secret professionnels», collection Essai, éd, Autrement, 1999,p.167.

⁵⁴² R.SAINT-ALARY, «le secret des affaires en droit français » in le secret et le droit (journées libanaises), travaux de l'association Henri CAPITANT, t. XXV, 1974, Dalloz, 1976, p.264.

⁵⁴³ R.SAINT-ALARY,op.cit.,p.264.

⁵⁴⁴ J. HUET, « le secret commercial et la transparence de l'information », in secret et transparence : l'entreprise et l'administration, actes du 17^e colloque de droit européen, éd. Conseil de l'Eroupe, 1987, p.88.

L'obligation de se taire découle davantage de l'intuitu personae que du renseignement lui-même.

La doctrine relative au secret professionnel apparue depuis quelques décennies analyse la notion de secret des affaires, sans que sa violation ne fasse l'objet de sanction spécifique ni même de définition généralement reconnue⁵⁴⁵. Quelques confusions et quelques doutes naissent quant à l'articulation de notions de secret professionnel et de secret des affaires. Pour contribuer à lever ces doutes, il faut souligner que le secret professionnel est fondé sur la responsabilité pénale d'une personne, alors que la notion de secret des affaires s'applique à la protection des informations, quels que soient les acteurs. Le secret professionnel au sens strict visait initialement à protéger la vie privée des personnes, alors que le secret des affaires est davantage axé sur la protection des informations d'une organisation, même si aucune définition ne nous permet d'être catégoriques.

Autrement-dit, le secret professionnel prévu par l'article 446 du code pénal vise à protéger la clientèle des professions réglementées, comme les médecins ou les avocats. Pour l'exercice de leurs métiers, ces derniers sont amenés à recueillir des informations sensibles confiées par leurs clients ou par leurs patients, dont ils ne doivent pas trahir la confiance. De ce fait, le secret professionnel ne s'applique que de manière restreinte ; il ne concerne que les personnes expressément visées par la loi.

A l'inverse, en matière économique, l'information doit être objectivement confidentielle puisqu'elle est confiée à des personnes sans profession ni état particulier. Donc la donnée est secrète en elle-même et non en raison de la personne à laquelle elle est transmise. Il faut donc raisonner en termes de prérogatives sur ce renseignement et non en termes d'obligation imposée au confident⁵⁴⁶.

En outre, le secret des affaires englobe toutes les informations sensibles qui ne sont pas couvertes par les autres mécanismes du secret. Qu'elles soient de nature industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique, les informations sensibles de l'entreprise pourraient être protégées par le secret des affaires. Il s'agit

⁵⁴⁵ M.-A. FRISON- ROCHE, op.cit, p.98.

⁵⁴⁶ S-MARCELLIN et T.-DU MANOIR DE JUAYE, op.cit., p 45.

notamment de l'information relative à l'organisation de l'entreprise, aux accords passés avec d'autres entreprises, aux projets d'extension, d'implantation de succursales ou d'aménagement de certaines chaînes de distribution.

1.Approche juridique de l'information

La polysémie du terme « information » est mise en évidence par la définition qu'en donne le Petit Robert, selon lequel il s'agit de « l'action de s'informer, de prendre des renseignements », d'un « fait ou jugement qu'on porte à la connaissance d'une personne, d'un public, à l'aide de mots, de sons ou d'images », mais également d'un « élément ou système pouvant être transmis par un signal ou une combinaison de signaux »⁵⁴⁷. L'information présente donc deux aspects : il s'agit d'une part de s'informer, et d'autre part de transmettre, de mettre au courant.

Telle est la définition du professeur CATALA, selon lequel « l'information est d'abord expression, formulation destinée à rendre un message communicable ; elle est ensuite communiquée, ou peut l'être, à l'aide du signe choisi pour porter le message à autrui »⁵⁴⁸. L'effort d'expression différencie donc l'information de l'idée, qui n'est qu'abstraction, pure pensée, tant qu'elle n'a pas quitté le for de son auteur, sous quelque forme que ce soit (orale, écrite, électronique...) ⁵⁴⁹. Dans cette hypothèse, faute de relation interpersonnelle, le droit ne saurait intervenir.

2.Fonction de l'information

Si la connaissance a toujours été une ressource précieuse, les enjeux sont particulièrement importants dans notre société, marquée par le développement des moyens de communication. Le savoir est en effet une importante source d'enrichissement, car il permet à son détenteur d'agir de manière efficace⁵⁵⁰ : c'est pourquoi les entreprises cherchent à en maîtriser la production et la circulation, afin de paralyser leurs concurrents.

En effet, la notion d'information englobe de très nombreux renseignements, publics ou secrets, utiles ou non, présentant une grande valeur ou totalement dénués

⁵⁴⁷ Le Petit Robert de la langue française, 2011, p.1328.

⁵⁴⁸ P-CATTALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », D.1984,p. 97.

⁵⁴⁹ P-CATTALA,op.cit.,p.97.

⁵⁵⁰ J.-Ch. GALLOUX, «Ebauche d'une définition juridique de l'information», D. 1994, p.229.

d'intérêt. A titre d'exemple, il est possible de citer les données financières, les brevets, les formules mathématiques, etc. Malgré leur diversité, ces connaissances présentent les mêmes caractéristiques qui influencent le régime juridique auquel elles sont soumises. Tout d'abord, le savoir est toujours le produit d'une activité humaine, il n'existe pas à l'état naturel. Artificielle, l'information est également immatérielle.

3.L'immatérialité de l'information

L'information est strictement scientifique : elle ne dépend pas de son support, qui n'existe pas toujours⁵⁵¹, et ne se confond pas avec lui. Elle se distingue également de la communication, qui constitue une prestation de service et intervient postérieurement à la création et à la mise en forme de l'idée. En d'autres termes, la connaissance est incorporelle et ne peut être appréhendée par la main ou le regard ; l'application des concepts classiques du droit des biens, comme la possession, est donc malaisée⁵⁵².

En effet, l'information présente aujourd'hui un grand intérêt pour l'entreprise, soit parce qu'elle est une source de direct profit, soit parce que sa divulgation porte préjudice à son titulaire. Ce dommage peut par exemple résulter de la perte d'avantage concurrentiel conféré par la connaissance, qui entraîne une baisse de chiffre d'affaires. En d'autres termes, la plupart de ces informations sont dotées d'une grande valeur, comme en témoigne la convoitise dont elles font l'objet. Pourtant, cette richesse n'est que rarement reconnue par le droit. Certes, notre législation permet la réservation de création générale et impose le secret professionnel dans plusieurs textes de loi, mais ce dispositif ne permet pas de protéger le secret des affaires.

B.La nécessaire protection du secret : Exposé des motifs

La protection du secret des affaires est une nécessité en droit marocain. Cette protection suppose que la notion de secret des affaires soit introduite dans notre droit.

Les informations économiques confidentielles ne se sont pas suffisamment prises en compte par le droit marocain. En effet, les personnes morales jouissent de

⁵⁵¹ L'information peut par exemple être transmise oralement, notamment dans le cadre du Know-how (savoir-faire).

⁵⁵² S.-MARCELLIN et T-DU MANOIR DE JUAYE, « Le secret des affaires », lexixnexus 2e éd, 2019, p 102 et s.

nombreux droits fondamentaux, qui leur ont été attribués par la loi. Donc, le secret des affaires peut également être assimilé à la vie privée des personnes, même si l'application des dispositions de la loi 08-09 sur la protection des données à caractère personnel⁵⁵³ est difficilement envisageable. L'information confidentielle doit en effet être définie de manière objective et, à l'inverse de la vie privée des personnes, en matière économique, est systématiquement patrimonial alors que tel n'est pas le cas en matière de droit des personnes. Quoi qu'il en soit, les informations de nature stratégique, telles que la situation financière, les projets de développement, etc., ne peuvent être assimilées à des biens. Pour autant, leur protection est nécessaire comme en témoigne le droit suisse, qui les qualifie de secrets commerciaux. La divulgation de ces renseignements cause un préjudice à l'entreprise car ils se rapportent à sa connaissance du marché.

Somme toute, le secret des affaires a permis aux praticiens de faire rentrer dans son domaine toutes les informations sensibles qui ne sont pas couvertes par les autres mécanismes du secret⁵⁵⁴. De ce fait, Leur qualification juridique commande pourtant qu'elles soient vigoureusement protégées.

1. Les fondements juridiques de la protection du secret

Le secret des affaires comprend les informations secrètes que l'entreprise ne souhaite pas divulguer, sauf obligation légale contraire. Comme nous l'avons vu précédemment, la confidentialité témoigne de la valeur de l'information⁵⁵⁵. C'est parce que le renseignement est utile et source de richesse que l'entreprise le garde secret : ce faisant, elle exerce un pouvoir de fait, assimilable à la possession. Cette valeur peut être directe, lorsque la donnée fait l'objet d'une exploitation commerciale ou industrielle ; tel est le cas, par exemple, du savoir-faire. Elle peut également être indirecte, lorsque la révélation de la connaissance, qui n'est pas une source de richesse, cause néanmoins un préjudice à l'entreprise. Ainsi, la divulgation de difficultés

⁵⁵³ Dahir n° 1-09-15 du 22 safar 1430 (18 février 2009) portant promulgation de la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (B.O. n° 5714 du 5/3/2009).

⁵⁵⁴ «le secret des affaires ? c'est un serpent de mer. Tout le monde en parle, certains l'ont vu, mais il n'existe pas». Y-PACOLT, « les divers facettes du secret des affaires », Dr.& PALL. 2002,n° 102, p.70.

⁵⁵⁵ E-Dragon, «Etude sur le statut juridique de l'information », D.1998,p.63.

financières peut inciter la concurrence à mener une politique agressive et dommageable pour le détenteur légitime du secret.

2.L'appropriation de l'information

La protection de l'industrie de l'entreprise. Les renseignements relatifs à la production, tels que les procédés, techniques, recettes, etc. découlent d'un effort de recherche et d'investissement. Le produit de ce labeur peut être qualifié de bien industriel, puisqu'il résulte du travail de l'entreprise⁵⁵⁶. Or, en fournissant ces efforts, l'opérateur économique a nécessairement innové, donc crée un nouveau bien informationnel : rien ne s'oppose dès lors à ce qu'il puisse jouir de cette création. Cette prérogative n'a pas pour objet de conférer un monopole absolu sur cette information ; il s'agit simplement d'empêcher les tiers d'en profiter de manière illicite, en la captant de manière frauduleuse⁵⁵⁷. Ceux-ci restent libres, en revanche, d'exploiter la même création, à condition de la développer par leurs propres moyens⁵⁵⁸. Il ne s'agit donc pas de soustraire une connaissance au domaine public mais d'éviter, au contraire, qu'une donnée originale soit exploitée indûment⁵⁵⁹.

Sous-section 2 : Une protection disparate

En droit marocain, la protection des informations sensibles fait donc l'objet de dispositions disparates, parfois soutenue par le droit pénal, le plus souvent contractualisée et soumise au droit de la responsabilité civile. En effet, les diverses obligations légales de confidentialité ne protègent pas toutes les informations relevant du secret des affaires. A titre d'exemple, un fichier de clientèle n'est pas couvert par le secret. Dans la même optique, la responsabilité civile suppose qu'un préjudice soit établi, ce qui ne sera pas le cas si l'information est transmise à quelqu'un qui n'en a pas l'utilité. Ainsi, la protection offerte par le droit positif marocain ne protège pas toutes les informations sensibles avec la même vigueur. Par exemple, des données confidentielles relevant de la stratégie de l'entreprise, comme l'intention d'acquérir une unité de production ou de lancer une gamme de produits. En la matière, la seule

⁵⁵⁶ I E-Dragon, « Etude sur le statut juridique de l'information », D.1998,p.63.

⁵⁵⁷ S.-MARCELLIN et T-DU MANOIR DE JUAYE,op.cit.,p.85.

⁵⁵⁸ S.-MARCELLIN et T-DU MANOIR DE JUAYE,op.cit.,p.85.

⁵⁵⁹ G.-JEAN-MARIE et L-ERIC, « le secret des affaires », lexixnexus ,éd,2013,p 29 et S.

protection réside dans les techniques contractuelles, qui souffrent des limites inhérentes à toute convention ; relativité à l'égard des tiers et limite temporelle. L'espionnage économique n'est d'aucun secours, puisqu'il n'est pénalement répréhensible que s'il est réalisé au profit de l'étranger, à l'inverse, d'autres pays, comme la Suisse ou les États-Unis, disposent d'instruments législatifs ad hoc⁵⁶⁰.

A.L'utilité économique du secret des affaires en matière des procédures des difficultés d'entreprise.

Lorsque la situation financière du débiteur se dégrade, des dispositifs d'alerte peuvent être actionnés par différents acteurs, ces mécanismes ont pour but d'attirer l'attention du dirigeant afin que celui-ci réagisse suffisamment tôt pour redresser la situation. Cette procédure n'est pas légalement confidentielle, la loi 73-17 ne prévoit aucune disposition qui protège la confidentialité de la procédure de prévention interne, de ce fait, l'alerte lancée par le commissaire aux comptes est obligatoire. Ce dernier, qui atteste de la sincérité de la comptabilité de l'entreprise est particulièrement bien placé pour relever l'existence des difficultés que celle-ci traverse⁵⁶¹. C'est pourquoi il est tenu⁵⁶² d'interroger le dirigeant lorsqu'il constate, lors de l'exercice de sa mission, « des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »⁵⁶³. Si la réponse est satisfaisante, la procédure cesse. A l'inverse, faute de réponse adaptée, le commissaire aux comptes saisit le conseil d'administration. La délibération est ensuite communiquée au président du tribunal de commerce en cas de carence du conseil, une assemblée générale est convoquée. En la matière, dans ce cadre la confidentialité n'est

⁵⁶⁰ G.-JEAN-MARIE et L-ERIC, op.cit., p.30.

⁵⁶¹ J.-M. de BERMOND DE VAULX, « le secret des affaires à l'épreuve des mesures prévention des difficultés des entreprises », JCP E 1995, n° 40, 493.

⁵⁶² La procédure d'alerte est prévue par l'article 547 du Code de commerce, qui dispose « Lorsque le chef de l'entreprise ne procède pas, de son propre chef, au redressement des faits de nature à compromettre l'exploitation, le commissaire aux comptes, s'il en existe, ou tout associé dans la société informe le chef de l'entreprise des faits ou des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, notamment ceux de nature juridique, économique, financière ou sociale et ce, dans un délai de 8 jours de leur découverte par lettre recommandée avec accusé de réception, l'invitant à redresser la situation.

Faute d'exécution par le chef d'entreprise dans un délai de 15 jours de la réception ou s'il n'arrive pas personnellement ou après délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas, à un résultat positif, il est tenu de faire délibérer, dans un délai de 15 jours l'assemblée générale pour y statuer sur rapport du commissaire aux comptes, s'il en existe ».

⁵⁶³ La procédure d'alerte est prévue par les articles 547 et 548 du code de commerce qui visent respectivement les SA et les autres sociétés. sur cette notion, V.M. JEANTIN et P.LE CANNU, op.cit., n° 32, p.22.

pas imposée par la loi, elle semble respectée en pratique⁵⁶⁴. Le commissaire aux comptes est tenu au secret professionnel⁵⁶⁵ à l'inverse, il semble très difficile, dans les faits, de contraindre les actionnaires au silence.

L'article 548 du code de commerce dispose : « Faute d'une délibération de l'assemblée générale à ce sujet, ou s'il a été constaté que malgré les décisions prises par cette assemblée, la continuité de l'exploitation demeure compromise, le président du tribunal en est informé par le commissaire aux comptes, par le chef d'entreprise ou par un associé ». Il conviendrait à notre avis de sanctionner la violation de ce devoir de manière à assurer l'efficacité et la confidentialité de l'information⁵⁶⁶. Dans le même esprit, les associés disposent également d'un droit d'alerte les autorisant à poser une question écrite au dirigeant⁵⁶⁷ sur les « faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ».

Enfin, aux termes de l'article 549 du code de commerce, le président de tribunal convoque immédiatement les dirigeants lorsqu'il a connaissance de « difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation », l'entretien a pour but de déterminer des « mesures propres à redresser la situation de l'entreprise » et la mission du juge est alors préventive et non juridictionnelle. Elle doit être menée dans la discrétion⁵⁶⁸, hors la présence du greffier et sans inscription au rôle⁵⁶⁹. Un procès-verbal, ne mentionnant que le nom de personnes présentes, la date et le lieu, est dressé.

Le mandat spécial est aujourd'hui régi par l'article 549 du code de commerce qui permet au président du tribunal de désigner, à la demande du débiteur, un mandataire dont il détermine la mission. Il s'agit généralement de prendre connaissance de la situation de l'entreprise, voire de commencer à discuter avec les créanciers. Le secret conditionne l'efficacité de cette procédure ; comme l'explique un auteur : « la confidentialité qui existait jusqu'à présent devrait être conservée pour que

⁵⁶⁴ M. JEANTIN et P.LE CANNU, op.cit., n° 30, p.20.

⁵⁶⁵ Voir responsabilité commissaire supra.

⁵⁶⁶ En ce sens, les informations en question devraient être considérées comme relevant d'un secret des affaires, sanctionné pénalement.

⁵⁶⁷ Y.GUYOUN, « La transparence dans les procédures collectives », op.cit., n°30, p.20.

⁵⁶⁸ V.M.JEANTIN et P. LE CANNU, op.cit., n°27, p. 17.

⁵⁶⁹ I.ROHART-MESSAGER, « La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce », GAZ. Pal, 2010,n° 9, p.5.

le mandat ad hoc soit pleinement efficace. Les mandats qui ont vraiment réussi à ce jour n'ont pas quasiment pas été connus des tiers. Cela a constitué leur force »⁵⁷⁰. La procédure de conciliation est davantage formalisée : elle s'adresse aux entreprises qui « éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, ou sociales ou des besoins ne pouvant pas être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise et ne se trouvent pas en cessation de paiement. De ce fait, le conciliateur doit « favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses contractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. L'accord n'est communiqué qu'aux parties signataires⁵⁷¹.

D'une manière générale, l'article 549 prévoit que « [...] la procédure de prévention externe et tous ses actes doivent être tenus secrets ». Or, ce devoir de discrétion ne concerne que les actes de la procédure. Ce texte ne permet pas en effet, de prendre en compte tous les secrets de l'entreprise en difficulté par exemple les connaissances techniques ou commerciales ou le savoir-faire qui présentent pourtant un grand intérêt. Cet état du droit est regrettable car il ne permet pas de sanctionner les professionnels participant à la procédure de négociation qui exploitent des informations pour leur propre compte. Il conviendrait donc de remplacer cette notion de secret par celle de secret des affaires, de manière à prendre en compte tous les renseignements confidentiels. Il est également impératif de punir non seulement la divulgation mais aussi l'utilisation de l'information en cause à d'autres fins que celles assignées par le législateur.

A ce jour, le secret des affaires n'a pas de qualification dans notre droit positif. Aucun texte ne lui est expressément consacré et le droit commun n'est pas d'un grand secours. Néanmoins, cette expression apparaît parfois dans notre droit, mais toujours de manière incidente par exemple : l'article 613 du code de commerce dispose que : « aucune des informations prévues aux articles 612⁵⁷² et

⁵⁷⁰ B.ZABALA, « prévention des difficultés des entreprises et obligation d'information du public », JCP E 2008.

⁵⁷¹ Art 557 du code de commerce

⁵⁷² L'article 612 du code commerce énonce que « Le syndic est tenu de mettre à la disposition des créanciers, à partir du jour suivant la publication de l'avis et jusqu'à la date de la réunion de l'assemblée, les informations et les documents suivants :

619⁵⁷³ de la présente loi ne peut être utilisée à l'encontre de l'entreprise lors de toute procédure ou action ou auprès de toute autre partie que sur son autorisation expresse, à moins qu'il ne s'agit d'une créance publique ». Comme nous avons vu, l'information joue un rôle particulier en droit des procédures des difficultés d'entreprise. Or, ces informations ne concernent que des données et des personnes identifiées. Contrairement à certaines législations étrangères notamment la France, notre droit ne réprime pas réellement l'espionnage économique : le tiers qui s'approprie une information ne peut être poursuivi sur le fondement d'un texte ad hoc.

B.Propos conclusif

En somme, on peut légitimement s'interroger, contre quoi on veut lutter ? Manifestement, contre l'espionnage économique. L'idéal serait donc de protéger, voire

1) dans le cas où l'assemblée est convoquée pour délibérer sur le projet du plan de redressement assurant la continuité de l'exploitation de l'entreprise ou le plan de redressement proposé par les créanciers :

- les informations concernant la situation financière active ou passive avec indication détaillée du passif privilégié et chirographaire ;
- un inventaire détaillé de l'actif de l'entreprise ;
- le projet du plan de redressement prévu à l'article 595 ci-dessus proposé par le syndic, accompagné, le cas échéant, des offres qu'il a reçues en cas de cession partielle prévue à l'article 635 ci-dessous ;
- le cas échéant, le projet du plan de redressement proposé par les créanciers conformément aux dispositions du 3ème alinéa de l'article 615 ci-dessous.

2) dans le cas où l'assemblée est convoquée pour délibérer sur la modification dans les objectifs et les moyens du plan de continuation conformément aux dispositions de l'article 629 ci-dessous :

- le plan de continuation, tel qu'approuvé par le tribunal ;
- les propositions de modification du plan, y compris les propositions des taux de remises ;
- le rapport du syndic visé au premier alinéa de l'article 629 ci-dessous ;
- les informations relatives à la situation financière de l'entreprise.

3) dans le cas où l'assemblée est convoquée pour délibérer sur la cession des actifs prévus à l'article 618 ci-dessous : copie de la demande de cession et l'état actualisé des actifs prévus au même article. Tout créancier peut, en personne ou par mandataire, consulter les documents visés ci-dessus et en prendre copies à ses frais.

Lorsque le créancier est empêché de consulter lesdits documents ou le syndic refuse de les lui communiquer, il peut saisir le juge-commissaire en vue de l'autoriser à les consulter dans le délai prévu au 1" alinéa ci-dessus.

Le syndic met à la disposition de l'assemblée lors de sa réunion les informations précitées ».

⁵⁷³ L'article 619 du code de commerce énonce que : « Tout créancier peut, sur demande présentée au syndic, se faire communiquer tout au long de l'exécution du plan de continuation au siège de l'entreprise :

- les informations relatives à la situation financière de l'entreprise y compris la situation active et passive avec indication détaillée du passif privilégié et chirographaire ;
- les flux de trésorerie ;
- les informations non financières pouvant impacter dans le futur

L'exécution par l'entreprise de ses engagements. Tout créancier peut, en personne ou par mandataire, prendre copie des documents précités à ses frais.

de fortifier, l'entreprise concernée par les informations protégées et se trouvant en difficultés, contre tout concurrent voulant s'approprier, par le truchement de moyens indus, les données financières, commerciales, scientifiques ou techniques relevant du secret des affaires et, à ce titre, essentielles dans le jeu de concurrence. Or, cet espionnage, qui serait en progression constante peut se commettre de différentes façons. On peut, notamment, penser à un concurrent qui s'introduit dans une entreprise afin d'en subtiliser les informations utiles.

La sanction de violation du secret des affaires devrait trouver sa place dans notre législation marocaine, elle pourrait se révéler opportune. A titre d'exemple, introduire que : « soient punis d'une peine de trois mois à deux ans et d'une amende de 10.000 à 100.000 dh :

- ✓ quiconque dévoile une information protégée relevant du secret des affaires à toutes personnes non autorisées à en avoir connaissance, sans autorisation de l'entreprise ou de son représentant ;
- ✓ toute personne dépositaire ou ayant eu connaissance de cette information afin de poursuivre des objectifs financiers ou concurrentiels autres que ceux envisagés par l'entreprise.

En effet, les informations relatives aux difficultés traversées par les entreprises relèvent du secret des affaires. Leur divulgation cause un préjudice à l'opérateur économique car celui-ci perd la confiance de ses partenaires, fournisseurs et clients. Les procédures de prévention interne comme les procédures de prévention externe, doivent prendre en considération l'impératif de discrétion, ce qui ne nous semble pas justifié. A notre sens, il serait néanmoins utile de faire explicitement référence au secret des affaires et de sanctionner les indiscretions.

Chapitre 2 : les délits satellites de la banqueroute

L'incrimination de la banqueroute n'embrasse pas, à elle seule les comportements frauduleux dont la défaillance d'une entreprise, puis son redressement ou sa liquidation sont l'occasion. On trouve donc, alentour, d'autres dispositions pénales réunies, dans le code de commerce, sous le titre « des autres infractions ». Ces dernières sont prévues par l'article 757 du code de commerce. Celles-ci ne sanctionnent pas les dirigeants, mais plutôt les personnes qui ont été, soit complices des personnes visées à l'article 736, soit ont agi dans leur intérêt, ou le syndic lorsqu'il a commis des malversations, ou enfin le créancier, qui après la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, a passé plusieurs contrats lui accordant des avantages particuliers au détriment des autres créanciers ou a fait usage, sans autorisation écrite du débiteur, des informations prévues aux articles 612 et 619 lors de toute procédure ou action ou auprès de toute autre partie.

Section 1. Les délits de l'article 757 du code de commerce

L'article 757 alinéa 1 du code de commerce punit des peines de la banqueroute ceux qui, dans l'intérêt des personnes mentionnées à l'article 736, ont soustrait, recelés ou dissimulés tout ou partie des biens, meubles ou immeubles de celles-ci, le tout sans préjudice de l'application de l'article 129 du code pénal réprimant la complicité ; ont frauduleusement déclarés dans la procédure, soit en leur nom, soit par interposition de personnes, des créances fictives.

Sous-section 1 : Infractions commises par les personnes visées à l'article 757 du code de commerce.

La loi 73-17 du code de commerce a conservé les dispositions des textes antérieurs relatives aux autres infractions susceptibles d'être commises par les tiers (A), des organes de la procédure cas du syndic (B) et les créanciers (C).

A- infraction commise par les tiers

Les deux premiers paragraphes du premier alinéa de l'article 757 du code de commerce punissent toute personne autre que le débiteur, particulièrement des étrangers à la procédure, exceptionnellement des créanciers, qui commettent un certain

nombre de faits soit avantager le débiteur soit pour abuser frauduleusement des biens de l'entreprise.

Le texte vise tous ceux qui, ont dans l'intérêt des dirigeants des entreprises individuelle ou à forme sociale, de droit ou de fait, rémunérés ou non, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie des biens, meubles ou immeubles de l'entreprise. Il s'agit de la complicité des tiers dans l'accomplissement de faits de nature à aggraver la responsabilité des commerçants ou dirigeants d'entreprise objet de la procédure. Observons que la soustraction diffère de celle qui est retenue dans le vol par l'article 505 du code pénal dans la mesure où elle ne constitue pas un moyen de s'approprier le bien soustrait caractéristique du vol. L'article 757 du code de commerce l'incrimine quand elle est simplement dans l'intérêt du débiteur.

Evidemment, lorsqu'elle traduit un acte d'appropriation par son auteur elle devient un vol de droit commun.

Si l'élément moral n'est pas expressément visé, il ne tarde pas à surgir en pratique lorsque les intéressés, une fois poursuivis, affirmeront avoir agi sans intention de nuire à l'entreprise ou aux créanciers, mais plutôt pour « rendre service » au débiteur. La teneur de l'incrimination ne s'efface point devant cette situation. La rédaction ne retient pas de dol ou d'intention criminelle. L'imprudence et la négligence suffisent. La sévérité de l'incrimination ne fait guère de doute car les dispositions légales n'exigent même la connivence entre l'auteur de la soustraction, du recel ou de la dissimulation avec le débiteur, en d'autres termes, les faits mentionnés peuvent avoir été commis à l'insu de celui-ci si sa complicité à ce qui a été vu plus haut.

La seconde infraction pouvant être commise par des tiers est le fait de ceux qui ont frauduleusement déclaré dans la procédure, soit en leur nom, soit par personne interposée, des créances fictives. Il s'agit là d'un acte très grave. Non seulement, il est animé par la fraude, élément moral très fort, mais en plus, il tend à spolier une entreprise déjà en difficulté et à empêcher les créanciers véritable de recevoir un paiement même partiel de la situation quand il a lieu par personne interposée qui peut

être un vrai créancier. Dans ce cas de figure la malhonnêteté de l'intermédiaire est encore plus grave et plus immorale.

l'article 757 alinéa 1er punit des peines de la banqueroute ceux qui, dans l'intérêt des personnes mentionnées à l'article 736, ont soustrait, recelés ou dissimulés tout ou partie des biens, meubles ou immeubles de celles-ci, le tout sans préjudice de l'application de l'article 129 du code pénal réprimant la complicité ; ont frauduleusement déclarées dans la procédure, soit leur nom, soit par interposition de personnes, des créances fictives.

L'article 757 vise les personnes convaincues d'avoir, dans l'intérêt du débiteur, soustrait, recelé ou dissimulé tout ou partie de ses biens, meubles ou immeubles.

Il en est de même pour ce qui est de la famille de l'auteur : le conjoint, les descendant ou ascendant du débiteur ou ses parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ils seront punis des peines de banqueroutes, si, sans avoir agi de complicité avec lui, ont détournée, diverti ou recelé des biens meubles susceptibles d'être compris dans l'actif de la faillite.

Dans un arrêt la cour de cassation⁵⁷⁴ a considéré que les proches du suspect « sa femme et sa fille » comme auteur de banqueroute frauduleuse parce qu'elles ont produit devant la justice des créances fictives dans la faillite du suspect, par lettre de changes irréelles prouvant qu'elles sont des créancières de ce derniers ce qui constitue des actes sanctionnés par les peines prévues en application de l'article 563 du code pénal qui dispose « sont punies des peines de la banqueroute frauduleuse :

-Les personnes convaincues d'avoir, dans l'intérêt du débiteur, soustrait, recelé ou dissimulé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles, à moins que le fait ne constitue un des actes de complicité prévues à l'article 129 ;

⁵⁷⁴ قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 28/03/2007 في الملف الجنائي رقم 05/3/6/22378 جاء فيه: « إن قريبي الظنين (ابنته وزوجها) مرتكبين لجنحة التفالس بالتدليس لأنهما تقدما قضائيا بديون صورية في تقليسة الظنين بمقتضى كمبيالات تثبت دانتيتيهما للظنين وهي كمبيالات صورية وهي الأفعال المعاقب عليها بمقتضى الفصل 563 الفقرة الثانية التي تنص على أنه يعاقب بعقوبة التفالس بالتدليس من يثبت أنه تقدم بسوء نية بديون صورية في التقليسة سواء فعل ذلك باسمه أو باسم آخر » منشور بمؤلف علال فالي، مرجع سابق، صفحة، 487.

-Les personnes convaincues d'avoir frauduleusement produit des créances fictives dans la faillite, soit en leur nom, soit par interposition de personnes ;

-Les personnes qui faisant le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, se sont rendues coupables de l'un des faits prévues à l'article 561 ;

- les personnes exerçant la profession d'agent de change ou de courtier en valeurs reconnues coupable de banqueroute même simple ».

Le code pénal réprime ces personnes entant que des complices de l'auteur principal abstraction fait leurs qualités.

B- Infraction commise par le syndic.

L'article 757 du code de commerce prévoit quatre infractions pouvant être le fait du syndic.

Le texte incrimine d'abord le fait pour le syndic de porter sciemment et de mauvaise foi atteinte aux intérêts des créanciers, soit en utilisant à des fins personnelles les sommes perçues dans l'accomplissement de sa mission, soit en attribuant à autrui des avantages qu'il savait n'être pas dus. C'est là une application de la notion d'abus de bien et des pouvoirs. Malgré la rédaction du texte, on peut dire que l'utilisation des sommes au profit d'autrui obéit à la même sanction car elle correspond aisément à l'idée d'avantage qui peut avoir une nature pécuniaire ou autre. Le syndic doit avoir conscience et connaissance du caractère pénal de son comportement⁵⁷⁵.

L'élément moral est clairement retenu par la formulation de l'adverbe « sciemment » et l'expression « qu'il savait n'être pas dus ».

En second lieu dans une conception plus exhaustive, le texte punit le syndic qui a fait illégalement des pouvoirs qui lui sont dûment conférés un usage autre que celui auxquels ils sont destinés et contrairement aux intérêts du débiteur ou des créanciers. La loi entend réprimer l'usage illégal des pouvoirs conférés au syndic. L'illégalité apparaît dès qu'il y a violation de la source qui fonde le pouvoir. Ainsi la violation peut porter sur la loi, la décision judiciaire, l'accord du débiteur ou du syndic s'ils sont requis. Elle se traduit par une utilisation des pouvoirs du syndic dans un sens différent

⁵⁷⁵ Cass.crim.5 juillet 1993,Bull.crim,n°239.

de leurs finalités ou leur objet. Peu importe que cette utilisation profite au syndic, au débiteur, aux créanciers ou à un tiers ou qu'elle ne profite à personne. Il suffit qu'elle soit contraire aux intérêts du débiteur ou des créanciers.

En troisième lieu, et dans un style chevauchant, le texte sanctionne une application particulière de l'abus de pouvoir par le syndic. Ce dernier abuse des pouvoirs dont il dispose aux fins d'utiliser ou d'acquérir pour son propre compte des biens du débiteur soit personnellement soit par personne interposée⁵⁷⁶. Les seules nuances qui distinguent cette infraction de la première, sont la précision suivant laquelle l'abus porte sur l'acquisition des biens du débiteur, directement ou indirectement.

Enfin, le texte punit le syndic qui s'abstenu, en cas de son remplacement, à la passation de ses missions au nouveau syndic conformément au 2alinéa l'article 677 qui dispose que : « le syndic révoqué est tenu de remettre au nouveau syndic tous les documents relatifs à la procédure et un rapport des comptes y attachés dans un délai de 10 jours à compter de la date de sa révocation. Le syndic révoqué reste tenu au secret professionnel.

En effet, le syndic des procédures collectives reste soumis aux dispositions du code de commerce, et le mandat qu'il tient du tribunal ne l'exempt pas, à bien des égards, des sanctions en condamnations des délits qu'il commet dans l'exercice de sa mission.

La responsabilité pénale du syndic n'étant pas uniquement sanctionnée pas les dispositions du code de commerce, des sanctions plus sévères en vue de le dissuader sont prévues par les dispositions du code pénal.

⁵⁷⁶ A noter qu'en droit français, sont réprimés tout administrateur, mandataire judiciaire, liquidateur, commissaire à l'exécution du plan et toute autre personne, à l'exception du représentant des salariés, qui se rendaient acquéreur pour son compte des biens du débiteur l'exemption du représentant des salariés a pour objectif de faciliter le rachat des entreprises par ces derniers.

❖ Le délit de malversation

Le délit, dans son acception courante, est synonyme d'infraction causée par l'action ou l'omission définie par la loi pénale qui est puni de peines également définies par celle-ci⁵⁷⁷.

La malversation est faute grave, consistant souvent en un détournement de fonds et en gains occultes, commise dans l'exercice d'une charge ou d'un mandat⁵⁷⁸.

Etant donné la dualité de la désignation du syndic dans les procédures collectives marocaines où cette fonction est soit confiée au greffier du tribunal soit à un tiers que le tribunal choisit, la sanction pénale diffère selon qu'il s'agit de l'un ou de l'autre.

Le syndic, de par diversité et la complexité de ses missions ainsi par les enjeux et convoitises que suscite l'ouverture d'une procédure collective, pourrait commettre volontairement ou inconsciemment des délits et se trouver exposé à des poursuites pénales sur le fondement du code pénal.

S'agissant de tiers syndic, le code pénal marocain traitant de la banqueroute lui consacre spécialement les sanctions prévues par les dispositions de son article 566 qui dispose que : « tout syndic qui se rend coupable de malversation dans sa gestion est puni des peines prévues à l'article 549 », en l'occurrence celles qui punissent le délit d'abus de confiance.

S'agissant de greffier en charge de cette fonction, en sa qualité de fonctionnaire public et d'agent de l'institution judiciaire au service de laquelle il se tient, toute malversation commise par lui engage sa responsabilité pénale sur le fondement des dispositions de l'article 224 du code pénal⁵⁷⁹. La mission du greffier, en tant que

⁵⁷⁷ R- GUILLEN, et G-MONTAGNIER, « Lexique des termes juridiques », 9e édition 1993, Dalloz.

⁵⁷⁸ Dictionnaire « Le Petit Robert ».

⁵⁷⁹ L'article 224 du code pénal dispose que : « sont réputés fonctionnaires publics, pour l'application de la loi pénale, toutes personnes qui, sous une dénomination et dans une mesure quelconques, sont investies d'une fonction ou d'un mandat même temporaires, rémunérés ou gratuits et concourent à ce titre, au service d'Etat, des administrations publiques, des municipalités, des établissements publics ou à un service d'intérêt public.

fonctionnaire investi d'un mandat de justice dans le cadre des procédures collectives, pourrait se concevoir comme revêtant un intérêt public, celui du maintien de l'entreprise en tant que bien appartenant à la communauté nationale qui contribue directement et indirectement au développement économique de la société et à la stabilité politique et sociale du pays.

Les actes de malversation dans le champ d'application des procédures collectives s'entendent strictement comme des atteintes portées volontairement par le syndic en s'attribuant des avantages indus, au préjudice des intérêts en présence, ou lorsqu'il fait des pouvoirs dont il dispose un usage qu'il savait contraire aux intérêts des créanciers ou du débiteur⁵⁸⁰. Cette infraction, dont le syndic pourrait en être l'auteur, présente des similitudes avec le délit d'abus de biens sociaux commis par les dirigeants d'une société in bonis⁵⁸¹.

En droit français, le délit de malversation commis par les auxiliaires de justice avait été jugé contraire à la constitution par une décision du conseil constitutionnel du 18 janvier 1985, et la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 ne le définissait pas de manière précise⁵⁸². Ce n'est qu'à l'occasion d'une intervention du parlement français (loi du 30 décembre 1985, article 85, devenu l'article 626- du code de commerce) que la définition jurisprudentielle du délit de malversation a été confirmée⁵⁸³.

Les actes de malversation tels qu'ils sont exposés ci-dessus sont réprimés par les dispositions de l'article 314-2 du code pénal français. L'article 626-12 ancien du code de commerce du même code (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) s'y réfère pour en sanctionner les auteurs ayant commis ce délit.

Bien que le code de commerce marocain n'ait expressément fait état d'aucun élément constitutif du délit de malversation et qu'aucune de ses dispositions ne se réfère au code pénal en sanction des fautes qui s'y rapportent et que la loi pénale condamne des peines correctionnelles, il n'en demeure pas moins que le syndic, en

La qualité de fonctionnaire public s'apprécie au jour de l'infraction elle subsiste toutefois après la cessation des fonctions lorsqu'elle a facilité ou permis l'accomplissement de l'infraction ».

⁵⁸⁰ B-SOINNE, op.cit, p.383.

⁵⁸¹ B-SOINNE, op.cit, p.383.

⁵⁸² F.-XAVIER-LUCAS, « manuel de droit de la faillite », PUF, 2021.

⁵⁸³ Y.Guyon, « droit des affaires, entreprise en difficultés, redressement judiciaire faillite », op.cit, p.458.

commettant de tels actes, soit mis en cause et jugé sur le fondement des dispositions du code pénal.

C- Infraction commise par les créanciers.

Enfin, l'alinéa 3 du même article sanctionne le créancier qui après le jugement ouvrant la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, a passé un contrat ou plusieurs contrats lui accordant des avantages particuliers au détriment des autres créanciers ou a fait usage sans autorisation écrite du débiteur, des informations prévues aux articles 612 et 619 de toute procédure ou action ou auprès de toute autre partie.

Ce texte n'incrimine que la conclusion des contrats de manière préjudiciable aux autres créanciers. Il marque la différence avec la passation de contrats soit sans ce préjudice soit plutôt confrontant les chances de paiement pour tous les créanciers. En d'autres termes, il marque la différence entre le créanciers protégés par la garantie légale de paiement des créances postérieures en raison de sa confiance et de sa contribution à la solution des difficultés d'une part, et le créancier suspect qui désire tout simplement créer cette apparence pour désavantager les autres créanciers. Si l'appréciation de la nuance semble difficile en pratique, le problème sera aisément résolu par la prise en considération du rôle joué par le syndic et le juge commissaire dans la conclusion des contrats litigieux⁵⁸⁴. S'ils résultent des efforts de ces autorités dans la recherche des moyens et conditions d'un traitement adéquat des difficultés, ils ne constituent aucune infraction⁵⁸⁵. Inversement, s'il provient d'une volonté exclusive du créancier le doute reste permis et l'incrimination demeure probable.

Malgré le silence du texte, deux éléments permettant de dire que l'élément moral n'est pas écarté de cette infraction. La conclusion interdite de certain contrat se situe à une date ultérieure à celle du jugement d'ouverture. Ensuite l'orientation des contrats dans le sens unilatéral de l'intérêt du créancier qui le passe au détriment des autres. En conséquence, si la loi n'exige pas de dol sous forme d'intention coupable, nous

⁵⁸⁴ أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات المفاوضة التي تعترض المفاوضة، ومساطر معالجتها، الجزء الثالث، دار نشر المعرفة، 2009، صفحة 475.

⁵⁸⁵ أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات المفاوضة التي تعترض المفاوضة، ومساطر معالجتها، الجزء الثالث، دار نشر المعرفة، 2009، مرجع سابق صفحة 475 و 476.

pensons que là aussi l'imprudence et la négligence suffisent pour établir l'élément moral et la culpabilité de l'auteur.

Sous-Section 2 : Les règles de procédure.

Les articles 758 et suivants du code de commerce apportent des éclaircissements sur le déroulement de la procédure. Envisagement les modes de saisine de la juridiction répressive, l'article 759 du code de commerce prévoit que cette juridiction est saisie, soit sur poursuite du ministère public, soit sur constitution de partie civile du syndic⁵⁸⁶.

L'article 759 énonce que le ministère public peut requérir du syndic la remise de tous les actes et documents détenus par ces derniers. Cette disposition a donc créée un droit de communication au profit du parquet qui vient renforcer le rôle du ministère public dans la procédure.

A- Intervention des créanciers.

Bien que l'article 759 élimine les créanciers du déclenchement des poursuites, ceux-ci ne sont pas totalement exclus du prétoire pénal. Le principe est qu'ils peuvent en effet se constituer partie civile par voie d'intervention en raison d'un préjudice distinct du montant de leur créance et résultant directement de l'infraction⁵⁸⁷.

L'action de créancier qui se constitue partie civile peut seulement avoir pour effet de corroborer l'action publique déjà mise en mouvement sur le fondement du délit de banqueroute. Elle ne peut en aucun cas constituer la base d'une demande en réparation du grief résultant de l'inexécution du contrat conclu entre le créancier et le débiteur faisant l'objet d'une procédure collective⁵⁸⁸. Admettre l'inverse reviendrait à

⁵⁸⁶ En droit français, la juridiction compétente est saisie soit par le ministère public, soit sur constitution de partie civile de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du représentant des salariés, du commissaire à l'exécution du plan, du liquidateur ou de la majorité des créanciers nommés contrôleur agissant dans l'intérêt collectif des créanciers, en cas de carence des mandataires de justice. Après mise en demeure restée sans réponse pendant deux mois.

De même, lorsque la poursuite est intentée par l'administrateur, le représentant des créanciers ou celui des salariés, le commissaire à l'exécution du plan ou le liquidateur, les frais en résultant sont supportés par le trésor public en cas de relaxe. En cas de condamnation. Ces frais sont réglés par le condamné. Mais le trésor public, lorsqu'il a fait dès l'avance des frais, dispose d'un recours contre le débiteur qu'il peut exercer seulement après la clôture des opérations de liquidation judiciaire.

⁵⁸⁷ Cass.crim. 11 octobre 1993., Bull. crim., n° 283., Revue sociétés 1994., 303., note B.BOULOC.

⁵⁸⁸ Cass.crim.6 janvier 1992., 1992., Bull. crim, n°522.

mépriser certains principes fondamentaux des procédures collectives, en l'occurrence le principe d'égalité des créanciers. Il est loisible à chaque créancier d'exercer une action individuelle pour demander réparation d'un dommage distinct occasionné par l'infraction poursuivie⁵⁸⁹. Un tel dommage peut être simplement morale⁵⁹⁰ ou découler de la perte d'une chance⁵⁹¹.

En effet, rien ne semble empêcher le créancier d'agir contre le dirigeant poursuivi pour banqueroute à condition qu'il ne fasse pas lui-même l'objet d'une procédure collective. Le créancier peut aussi contre les personnes étrangères à la procédure. Il en est ainsi du receleur des biens détournés par le débiteur. Cette action étrangère à la règle de l'égalité des créanciers est parfaitement recevable.

De plus, il a été jugé que le principe de l'égalité des créanciers ne s'oppose nullement à leur action individuelle contre les complices du banqueroutier dès lors que ces derniers ne font pas l'objet d'une procédure collective et que leur patrimoine, en conséquence, n'est pas le gage de l'ensemble des créanciers⁵⁹². Ainsi, même si le créancier est absent des dispositions spécifiques de l'article 759 celui-ci ne perd point son droit d'agir à titre individuel selon les conditions de droit commun à condition que son action n'aboutisse pas un détournement de la loi 73-17.

B- Point de départ de la prescription.

L'article 758 du code de commerce dispose que la prescription de l'action publique ne court que du jour du jugement prononçant l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire lorsque les faits incriminés sont apparus avant cette date.

Certains ont pu estimer cette règle sévère mais elle découle logiquement de l'article 754 alinéas 1ers qui subordonne les poursuites pénales à l'ouverture d'une

⁵⁸⁹ Cass.crim., 11 octobre 1993., des procédures collectives., 1994., p 282., obs.l-DEVEZE et C-MASCALA : Revue sociétés., 1994., p 303., note B.BOULOC.JCP E 1995.,I., 457., note PH-PETEL: =M-Ch.SORINDO., «Précisions sur le préjudice réparable pour le créancier de la procédure collective en cas de banqueroute ».LPA 1998. n° 89., p 24 ; Cass. Crim., 17 novembre 2004., D.2005., act.jur.566., obs. A-LIENHARD.

⁵⁹⁰ Revue des procédures collectives, 1996, n° 5., p 137., note C-MASCALA : C-MASCALA.. « les poursuites pénales exercés en cas de banqueroute », Actes du colloque Toulouse «la situation des créanciers d'une entreprise en redressement judiciaire ».Montchrestien., 1998, p 29.

⁵⁹¹ Se référer à H-MATSOPOULOU., « l'incidence d'une procédure collective sur l'exercice de l'action civile », JCP 1998..I.,164., p 1639.

⁵⁹² Cass.crim..11 octobre 1993..RDJA 1/94., n° 102 ; Cass crim., 14 février 1994.

procédure de redressement judiciaire. Pour les faits postérieurs, la solution est inchangée.

Section 2 : le Rôle des autorités répressives dans la recherche des Personnes qualifiées complice

De telles sanctions frappent également les complices de l'infraction. En effet, en vertu du principe dit l'emprunt de la criminalité, encourent les mêmes peines les complices de banqueroute, même s'ils n'ont pas la qualité de commerçant, et quand bien même ils ne dirigent pas, directement ou indirectement, en droit ou en fait, une personne morale de droit privé ayant une activité économique⁵⁹³. Les tiers et, en particulier les banquiers, sont donc susceptibles d'être poursuivis au titre de la complicité.

En effet, la complicité des banquiers⁵⁹⁴ est constituée par l'importance des découverts accordés, les frais disproportionnés qu'ils entraînent par rapport à la situation financière de l'entreprise dont ils ont connaissance⁵⁹⁵ et par le fait que ces pratiques ont pour objet de retarder la constatation de l'état de cessation des paiements⁵⁹⁶. Toutefois, il est à noter que les préposés d'une banque doivent être relaxés du chef de complicité du délit de banqueroute dès lors que les crédits pratiqués n'étaient ni ruineux, ni susceptible d'affecter la prospérité de l'entreprise et qu'est absente l'intention coupable de recourir à des moyens quelconques en vue de retarder

⁵⁹³ Article 755 alinéa 2 du code de commerce.

⁵⁹⁴ En droit français, l'ordonnance du 18 décembre 2008 allège la responsabilité des banquiers en cas de soutien abusif. Le texte rend plus attractif l'article L.650-1, inséré par la loi du 26 juillet 2005, qui pose le principe d'une irresponsabilité des établissements de crédit en cas de concours apportés à l'entreprise en difficulté. A titre de rappel, le texte originaire disposait qu'en cas de mise en cause de la responsabilité du banquier pour soutien abusif dans les cas de fraude, d'immixtion fautive de gestion ou de garantie disproportionnée, le banquier devait être condamné à des dommages et intérêts et surcroît à la perte de ses sûretés. La perte des sûretés n'est plus automatique. Le nouvel article L.650-1 du code de commerce prévoit désormais une annulation facultative des garanties par le tribunal ou la possibilité de décider la réduction des sûretés disproportionnées par rapport au prêt consenti. Il s'agit de ne pas dissuader les tiers fautifs de prêter à l'entreprise en difficulté.

⁵⁹⁵ Cass.crim.18 mai 1976, Bull crim. no 166, D.1976.578,note C-GAVALDA ;R-KOERING-JOULIN., « l'élément moral de la complicité par fourniture de moyen ruineux », D.1980.chron.231 ; C.-DUCOULOUX-FAVARD., «banqueroute par moyen ruineux et complicité des établissements financière au regard du nouveau code pénal », petites affiches., 6 octobre 1993., p 61.

⁵⁹⁶ Cass.crim.3 janv.1985, Bull.crim., n° 2.

Se référer à la thèse de A.-L.CAPOEN, «la responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté », thèse dactyl.Université des sciences sociales de Toulouse I Capitoul,2008, p.555.

la cessation des paiements et de procurer aux prévenus une assistance procédant d'une intention dilatoire⁵⁹⁷.

De leur côté, les experts comptables ou les commissaires aux comptes peuvent également se rendre coupable de complicité de banqueroute, en particulier s'ils ont donné de l'aide à la tenue d'une comptabilité irrégulière.

Peut également être poursuivi pour complicité de banqueroute le syndic qui a favorisé des paiements des paiements qualifiés de détournements, pourvu que l'élément intentionnel de l'infraction soit caractérisé. Il en va de même pour l'avocat qui a épaulé le débiteur pour dissimuler aux créanciers le produit de vente d'un immeuble⁵⁹⁸.

La recherche des personnes qualifiées complice obéit aux règles fixées par le code pénal et la loi 73-17. Ainsi, le législateur détermine-t-il avec précisions avec les conditions dans lesquels un acte consistant à favoriser la préparation et la réalisation une infraction peut être réprimée pénalement.

En conséquent, les juges du fond doivent préciser comment le complice a apporté sa contribution aux opérations constitutives du délit de banqueroute. Pour ce faire, le tribunal doit utiliser les indications de l'article 129 du code pénal et constater l'existence d'un fait expressément prévus par cet article. Le droit pénal, attaché à la sanction d'infractions commises dans la vie des affaires, obéit aux règles du droit commun en matière de complicité⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ Cass.crim.20 novembre 1978, Bull.crim.n°319.Rev.sc.crim.1979.856.obs.P-BOUZAT.

⁵⁹⁸ Cass.crim., 29 mars 2000 : Bull.crim.n°141. cite par D-GIBIRILA. « droit des entreprise en difficulté », Defrénois, lextenso éd,2009,n°842,p.718.

⁵⁹⁹ En droit français il convient de noter qu'il a été jugé opportun d'abroger l'article L.654-3 du code de commerce compte tenu de son inutilité. Pareille abrogation s'explique par le fait qu'une telle disposition pouvait laisser penser qu'en matière de banqueroute. Un régime spécial de complicité était prévu. En d'autres termes la complicité relève du droit commun pénal. Il n'était donc pas nécessaire de reprendre la règle dans le code de commerce comme si celui i prévoyait un régime spéciale de complicité.

Se référer à la chronique de M-MASCALA, « Le rôle déterminant de l'élément intentionnel dans la complicité de banqueroute, emploi de moyen ruineux pour se procurer des fonds ».RTD.com 2001, p.238 et 239.

Dès lors, les autorités répressives retiennent la notion classique de la complicité punissable (**sous- section 1**) ou la notion extensive de la complicité punissable (**sous- section2**).

Sous section 1 : la notion de la complice

Classiquement, la complicité de banqueroute nécessite la caractérisation préalable du délit de banqueroute. En absence de banqueroute, le complice ne saurait être poursuivi. Mais lorsque la banqueroute est qualifiée, la complicité nécessite en outre de caractériser des éléments constitutifs spécifiques. Elle suppose l'élément matériel (acte de participation défini par l'article 129 du code pénal) et un élément moral (conscience et volonté de s'associer à l'infraction, fait principal punissable). Mais la preuve de l'intention du complice peut être déduite de préemption reposant sur le fait que le prévenu est un professionnel.

Par contre, tout individu qui aurait facilité la consommation de l'infraction par un autre moyen ne serait pas, au sens légal, un complice punissable⁶⁰⁰.

De même, la personne qui apporte son concours à l'infraction consommée n'est pas normalement complice de celle-ci. Par ailleurs, le moment où a été consommée l'infraction pose parfois problème. Le magistrat répressif doit donc examiner les formes de l'élément matériel.

A- Les formes de l'élément matériel

L'article 129 du code pénal prévoit trois modes pour qualifier l'acte de complicité punissable. Ces modalités, sont d'abord la fourniture d'instructions, ensuite la fourniture de moyens et enfin la fourniture d'aide ou d'assistance.

1- La fourniture d'instruction

L'article 129 du code pénal dispose que « *sont considérés comme complices d'une infraction qualifiée crime ou délit, ceux qui, sans participation directe à cette infraction, ont : par dons, promesse, menace, abus d'autorités ou de pouvoir,*

⁶⁰⁰ C'est individu n'est donc pas punissable. On appelle communément le comparse ou le lampiste cité par M-MASCALA, op. cite. p.238.

machinations ou artifices coupable, auront provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commettre ».

Cette forme de complicité est également dénommée « complicité par instigation »⁶⁰¹. L'instigateur est celui qui, sans participer physiquement à une opération délictueuse, a suggéré sa perpétration à l'auteur matériel⁶⁰². Dès lors, la provocation et la divulgation d'instructions sont des modes de complicité punissable. Le monde des affaires n'est pas épargné par cette forme de délinquance. Tous les participants malhonnêtes peuvent être concernés en tant que fournisseurs de conseils. La personne qui recevra lesdits conseils les appliquera d'autant plus qu'elle trouvera dans une position difficile. Il n'est ainsi pour l'établissement de crédit qui fournit certaines instructions à son client au bord de la cessation des paiements afin d procéder à l'apurement du solde débiteur de son compte bancaire.

Est complice de banqueroute par fourniture d'instructions, le fondé de pouvoirs d'une banque qui acquiert la propriété d'une villa personnelle au dirigeant d'une société en difficulté, les sommes versées assurant le comblement du découvert consenti⁶⁰³. Ont été considérés comme complices de banqueroute les directeurs d'une agence de la B.N.P.⁶⁰⁴, qui ont incité le chef d'entreprise à poursuivre une exploitation qu'ils savaient déficitaire. La chambre criminelle de la cour de cassation française « ne sauraient être admis à invoquer leur bonne foi en soutenant qu'ils n'avaient en vue que le redressement de la société, dès lors qu'il est constant qu'ils ont donné sciemment de cessation des paiements ne fût pas effectuée dans le délai légal et à ce que la créance de la B.N.P. fût payée par préférence aux autres sociétés ».

De même, d'autres professionnels peuvent être à l'origine du délit de banqueroute et d'infraction voisine. C'est ainsi que les commissaires aux comptes,

⁶⁰¹ Instigation mode de complicité consistant, par don, promesse, menace ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, à provoquer à une instruction pour la commettre. L'instigation est parfois érigée en infraction =autonome, punissable en tant que telle, auquel elle n'est plus dépendante de la théorie de la complicité, et donc d'un fait principale punissable. L'instigateur est alors l'auteur moral ou intellectuel de l'infraction. V. . Lexique des termes juridiques, op.cit., p.575.

⁶⁰² B-FILLION, « la responsabilité de l'instigateur »,thèse paris II,1979.

⁶⁰³ Cass.crim.,24 novembre 1976,JCP.,1977,éd.G,II,18.646.

⁶⁰⁴ Cass.crim.,13 mars 1978,Bull.crim.,n°91.

habiles « techniciens du chiffre », se trouvent quelquefois impliqués dans des affaires relatives à la fraude fiscale et à la comptabilité⁶⁰⁵.

La chambre criminelle de la cour de cassation française devait approuver la condamnation d'un commissaire aux comptes sur le fondement de la complicité par instigation du délit de présentation de bilan inexact⁶⁰⁶, pour avoir conseillé au dirigeant d'une société d'enregistrer au bilan le fonds de commerce à une valeur de dix fois supérieur à celle des années précédentes et ce malgré une évidente absence de fonds propres. Il ne faisait aucun doute, dans ce cas, que le commissaire aux comptes était instigateur de l'infraction, par la suggestion de surévaluation, élément matériel de la complicité.

La loi lui confère notamment la mission de prévenir, d'empêcher, voire de dénoncer les irrégularités comptables. Ainsi, engage sa responsabilité sur le fondement d'une complicité d'escroquerie dans le cas où, pendant plusieurs exercices, il certifie des comptes annuels inexacts permettant au dirigeant de commettre une escroquerie⁶⁰⁷.

2- La fourniture de moyens

L'article 129 du code de pénal ne prévoit plus expressément la fourniture de moyens Comme un cas de complicité punissable. La fourniture de moyens ruineux peut, cependant, s'analyser également comme étant un cas d'aide ou d'assistance du complice dans l'obtention d'un crédit excessif.

Le cas de complicité de banqueroute le plus typique est la fourniture de moyen ruineux. Les moyens fournis sont dits « ruineux » par référence à l'article 754 de la loi 73-17. Ce cas de banqueroute réprime le comportement du chef d'entreprise qui a voulu retarder son entrée dans le redressement ou la liquidation judiciaire en ayant

⁶⁰⁵ D'une manière générale, pourront être poursuivis en tant que complices de banqueroutes, les experts comptables ayant incité un chef d'entreprise en difficulté à opter pour l'un des comportements incriminés par l'article 754 du code de commerce. Il en est de même pour les autres cas de banqueroute, comme l'emploi de moyens ruineux en vue d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure, le détournement d'actif ou l'augmentation frauduleuse du passif.

⁶⁰⁶ C.cass, Chambre criminelle, 22 janvier 2014,13-80257 publié sur www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION. (consulté le 11/09/2018).

⁶⁰⁷ Cité par M-C. GUERIN-M.VILLEMONTEx, l'imputation de la responsabilité des difficultés de l'entreprise, in la responsabilité du chef de l'entreprise, acte de colloque organisé par l'observatoire et de la délinquance, op. cit., p.27.

recours à des opérations ruineuses qui alourdissent sa situation et précipitent le dépôt de bilan. Toute personne⁶⁰⁸ qui facilite la commission de l'infraction de banqueroute en fournissant des moyens trop onéreux à une exploitation en difficulté accomplit un acte matériel de complicité punissable, si cette aide permet à l'entreprise de poursuivre une activité irrémédiablement compromise. La complicité par fourniture de moyens est souvent le fait du banquier⁶⁰⁹.

Pourtant, traditionnellement, la situation de l'établissement de crédit n'apparaît pas identique à celle d'un professionnel des conseils, qu'il soit commissaire au compte, avocat ou expert-comptable. Certains auteurs⁶¹⁰ remarquaient que « la banque n'est soumise ni à une obligation générale de conseil, ni à un devoir général de surveillance » et que « ce serait défigurer la profession de banquier que de faire de ce professionnel une sorte de tuteur ou de contrôleur de gestion de ses clients. « un autre avait déjà noté au début du siècle, que «le banquier n'est pas...le directeur de conscience économique de son client »⁶¹¹.

Malgré ce, responsabilité pénale et civile de l'établissement bancaire sont désormais courantes en droit positif⁶¹².

Le recours à la voie pénale plutôt que civile⁶¹³, lorsque les conditions sont réunies, permet en œuvre plus facilement la responsabilité de l'établissement bancaire,

⁶⁰⁸ V.not., la complicité d'un commerçant par un comptable agréé, cas.crim.,27 avril 1971,JCP., 1971,éd.G,IV, 143.

⁶⁰⁹ En droit français, l'ordonnance du 18 décembre 2008 allège la responsabilité des banquiers en cas de soutien abusif. Le texte rend plus attractif l'article L. 650-1, inséré par la loi du 26 juillet 2005, qui pose le principe d'une irresponsabilité des établissements de crédit en cas de concours apportés à l'entreprise en difficulté. A titre de rappel, le texte originaire disposait qu'en cas de mise en cause de responsabilité du banquier pour soutien abusif dans les cas de fraude,d'immixtion fautive ou de garantie disproportionnée, le banquier devait être condamné à des dommages et intérêt et surcroît à la perte de ses sûretés n'est plus automatique. Le nouvel article L.650-1 du code de commerce prévoit désormais une annulation facultative des garanties par le tribunal ou la possibilité de décider la réduction des sûretés n'est plus disproportionnés par rapport au prêt consenti. Il s'agit de ne pas dissuader les tiers fautifs de prêter à l'entreprise en difficulté.

⁶¹⁰ C-GAVALDA et J-STOUFFLET, « Droit de la banque »,P.U.F., 1974,n°407 et 443.

⁶¹¹ Se référer à la thèse de M.-CHRISTINE-SORINDO, « le délit de banqueroute : contribution à un droit pénal des procédures collectives », Montpellier1,1993,p.443.

⁶¹² Le banquier complice ou auteur principal de banqueroute encourt, en outre, une interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement un établissement de crédit.il agit d'une peine accessoire (déchéance commerciale), lorsqu'elle est liée à la condamnation pénale. O-DECIMA et L.-SANTOUNE-LAGUINE , « la responsabilité du chef de l'entreprise en difficulté », acte du colloque organisée le 14 septembre 2012 par l'observatoire de la délinquance et de la justice d'affaires,cujas,éd,2016,p.58.

⁶¹³ Toutefois, le procès pénal est souvent plus long que l'instance civile.

puisque celle-ci nécessite la démonstration d'une faute, alors que celle-là est rendue plus aisée par l'intervention du juge d'instruction dans la recherche des preuves.

Cependant, la jurisprudence française retient quelquefois la responsabilité de la banque comme auteur principal d'un délit distinct⁶¹⁴ à la place, ou à côté de la complicité de banqueroute ou d'autres délits.

Le critère de l'élément matériel de la complicité de banqueroute par fourniture de moyens ruineux repose sur la détermination du caractère ruineux du crédit consenti⁶¹⁵. Tout dépend de la nature ruineuse ou non ruineuse de l'opération réalisée⁶¹⁶. En effet, la situation du banquier appellera plus ou moins d'indulgence selon que le moyen sera en lui-même porteur de faillite ou ne sera dit ruineux que relativement à la situation de l'entreprise emprunteuse. L'établissement matériel du caractère ruineux varie en fonction de ces deux éléments.

La jurisprudence française illustre la matérialisation d'un délit de banqueroute par escomptes de traites de complaisance à un prix prohibitif par le banquier complice⁶¹⁷.

La chambre criminelle de la cour de cassation française approuve tout d'abord la condamnation⁶¹⁸ d'un banquier qui a escompté des traites sans aucune contrepartie, moyennant des agios égaux à un quart des chiffres et qui, en outre, a demandé à un associé de cautionner envers la banque des engagements sociaux destinés « à se substituer aux traites non causées ». De même, est complice de banqueroute par

⁶¹⁴ Ces infractions sont, par exemple, l'escroquerie et l'abus de pouvoirs.

- L'escroquerie est notamment le fait d'un banquier qui se présente comme intermédiaire et feint de porter sur le marché l'opération dont il est chargé, mais réalise, en pratique, l'affaire pour son compte, en portant vendeur ou acquéreur.
- L'escroquerie sera caractérisée si l'emploi de moyens frauduleux est démontré, par le biais de l'abus de la qualité vraie mandataire ou du recours à des manœuvres délictueuses.
- L'abus de pouvoirs vise l'ensemble des prérogatives conférées aux dirigeants par la loi ou les statuts. ainsi, commet un abus de pouvoirs le président du conseil d'administration d'une banque qui accorde, de façon discrétionnaire, des avances à une société dirigée par son frère, cass.crim., 3 mai 1967, Bull.crim., n°148. de même, commet l'infraction d'abus de pouvoirs, le gérant de banque qui incite les clients à déposer leurs fonds entre ses mains, afin qu'il les place au mieux de façon plus avantageuse que l'établissement lui-même, cass.crim., 19 novembre 1979, Bull.crim., n°325.

⁶¹⁵ Cass.crim., 3 janvier 1985, bull.crim., n°2.

⁶¹⁶ V.not., F.-J.CREDOT et Y-GERARD, obs.Rev.dr.bancaire et bourse, 1991, P.230, n°28.

⁶¹⁷ P-LE CANUL et D-ROBINE, « droit des entreprises en difficulté », Dalloz, 2020.

⁶¹⁸ Cass.crim., 30 octobre 1989, Rev.proc.coll., 1990, p.289.

fourniture de moyens intrinsèquement ruineux, le sous-directeur d'agence⁶¹⁹ qui, s'étant rendu compte dès le commencement de l'opération d'escompte que les traites revêtaient un montant très largement supérieur à celui des créances du remettant, a détruit les avis impayés concernant le client et destinés à la banque de France.

Dans le cas où le moyen fourni n'est ruineux que par rapport à la situation bénéficiaire, la détermination matérielle dudit caractère est plus complexe, puisque l'appréciation se fait *in concreto*, espèce par espèce, grâce au ratio de mesure du poids des frais financiers⁶²⁰.

La parenté entre responsabilité pénale et responsabilité civile est manifeste. En accordant un crédit à une entreprise dont la situation est sans issue, le banquier permet l'augmentation de ses pertes et commet une faute civile. Ladite faute est appréciée au cas par cas, *a posteriori*, après l'échec du redressement entrepris. La mission du juge est délicate, car l'attitude de l'établissement bancaire oscille entre un devoir de discernement.

Qui lui impose d'être au courant de la situation de son client ainsi que de choisir une solution appropriée et un devoir de non immixtion dans les affaires dudit client.

La responsabilité civile du banquier est généralement engagée lorsque celui-ci a financé une entreprise en situation désespérée, lui permettant ainsi de prolonger artificiellement une vie commerciale irrémédiablement compromise, même si le crédit accordé n'est pas démesuré. Dans ce cas, c'est plutôt la poursuite de l'exploitation déficitaire qui aboutit à la ruine avec l'appoint du crédit. Toutefois, dès lors que les concours accordés par l'établissement de crédit sont générateurs des frais financiers anormaux excluant la rentabilité de l'entreprise, le juge n'a pas à rechercher si l'entreprise pouvait ou non être redressée. La faute de la banque consiste en l'octroi d'un crédit dont l'entreprise ne peut supporter la charge⁶²¹. En sus de cette conduite fatale vers la cessation des paiements, la complicité de banqueroute implique un élément de gravité supplémentaire puisque les moyens fournis doivent avoir été

⁶¹⁹ Cass.crim.,30 octobre 1989,op.cit.,p.289.

⁶²⁰ D-PASCAL, op.cit., p.446.

⁶²¹ Cass.com.,26 janvier 1993,RTD.com.p.345

inappropriés à la situation de l'entreprise emprunteuse, en étant ruineux en eux-mêmes ou par rapport aux possibilités du client⁶²².

3- La fourniture d'aide ou d'assistance

L'article 129 du code pénal dispose que : « *sont considérés comme complice d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action, dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée* ».

La complicité par aide ou assistance peut se concevoir dans chacun des cas de banqueroute. Le complice a d'abord pu favoriser le retard de la constatation de la cessation de paiements et l'ouverture de la procédure judiciaire. L'aide ou l'assistance peut, ensuite, être apportée par toute personne qui souhaite favoriser la commission d'un détournement ou d'une dissimulation d'actif⁶²³ et il a été jugé qu'un commissaire aux comptes⁶²⁴ qui participe à un accord entre les dirigeants en place et un ancien dirigeant afin de verser à celui-ci des allocations sans contrepartie se rend coupable de complicité de détournement d'actif au sens des textes sur la banqueroute. Peut également être déclaré complice, l'individu qui aide ou assiste le chef d'entreprise dans la préparation ou l'exécution d'une augmentation frauduleuse du passif. Il est possible, enfin, de retenir la complicité des professionnels comptables chaque fois que la comptabilité est en cause.

En matière de banqueroute pour faute comptable, la complicité peut résulter d'artifices comptables, comme l'établissement ou l'usage de fausses factures par exemple imputable au responsable du service comptable. D'ailleurs, ces faits peuvent également relever d'une complicité de présentation de comptes annuels infidèles, de faux et d'usage de faux.

Dans les trois cas susvisés de complicité par fournitures d'instructions, de moyens et d'aide ou d'assistance, la jurisprudence française répressive exige toujours une action positive ce qui, somme toute, est respectueux des principes régissant la

⁶²² M-VASSEUR, la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit, éd,3, B. 1978.p.50.

⁶²³ Cass. Crim., 3 octobre 1983, Bull.crim., n°234.

⁶²⁴ Cité par D-PASCAL, op., cit, p.448.

complicité de droit commun déjà formulés par les articles 121-6⁶²⁵ et 121-7⁶²⁶ du code pénal.

B- L'élément moral

Troisième pièce de la complicité, l'intention, criminelle n'en est pas moins importante. Il ne peut y avoir complicité punissable que si l'individu a participé à l'infraction principale « en connaissance de cause », c'est-à-dire en sachant qu'il prêtait la main de l'accomplissement d'un crime ou d'un délit. L'exigence de la volonté délictueuse du complice résulte directement de la rédaction de l'article 129 du code pénal, qui vise les instructions données « pour commettre » l'infraction, et l'aide ainsi que l'assistance prodiguées « sciemment ». L'intention manifestée par la personne du complice est distincte de la faute pénale de l'auteur de l'infraction. Elle consiste dans la volonté de s'associer à l'acte infractionnel principal.

Dans le droit des procédures des difficultés d'entreprise, le complice a nécessairement conscience du fait qu'il favorise la commission du délit. Mais, une distinction est à effectuer au sein des quatre formes de banqueroute : le premier cas incriminant l'emploi de moyens ruineux en vue de se procurer des fonds nécessite, pour l'auteur principal de l'infraction, un élément moral spécifique qui n'existe pas dans les trois autres cas. La même exigence se retrouve pour la complicité par fourniture de moyens ruineux.

Les autorités répressives rechercheront l'élément moral de la complicité punissable dans le cas de la fourniture de moyens ruineux, puis dans les autres cas.

❖ *L'élément moral dans le cas de la fourniture de moyens ruineux*

L'intention délictueuse du complice de l'article 754 alinéa 1 de la loi 73-17 est complexe. Le dol exigé est stratifié, comme chez l'auteur principal de l'infraction⁶²⁷. La responsabilité pénale de celui qui apporte son aide à la commission d'une infraction

⁶²⁵ Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7

⁶²⁶ Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre.

⁶²⁷ Cass.crim., 3 octobre.2007, pourvoi n° 06-89.194.

de banqueroute par fourniture de moyens ruineux en vue de se procurer des fonds emporte un élément supplémentaire, plus grave et plus précis que la seule responsabilité civile. Là où celle-ci se contente d'une conduite fautive, celle-là exige une psychologie anti-sociale très nette qui se décompose en deux branches : la mauvaise foi, ou dol général, qui constitue le terreau commun sur lequel se développe toute activité infractionnelle et le dol spécial, la volonté très pointue de retarder la constatation de l'état de cessation de paiement. L'exigence légale est très stricte. La preuve des deux facettes de l'intention criminelle du complice est nécessaire pour mettre en œuvre la sanction pénale. Aussi, le juge répressif doit-il établir clairement la volonté du complice de s'associer au délit, faute de quoi celui-ci échappera à la répression. La difficulté rencontrée dans la recherche par le magistrat répressif de l'élément moral attaché à l'auteur de l'infraction principale de banqueroute va se retrouver, à l'identique et même de façon plus aiguë lorsqu'il est question de scruter la psychologie de l'individu soupçonné de complicité. Mais, c'est là que réside tout l'intérêt de la question.

Aussi les magistrats des tribunaux essaieront-ils d'établir successivement la preuve du dol général puis la preuve du dol spécial de la complicité punissable le cas de la fourniture de moyen ruineux.

1-La preuve du dol général dans le cas de fourniture de moyens ruineux

Comme l'auteur principal de l'infraction de banqueroute de l'article 754, le complice facilitant l'obtention du moyen ruineux doit avoir agi en connaissance de cause⁶²⁸. Le banquier est le complice de prédilection de ce type d'infraction depuis longtemps. Cette connaissance de cause est composée pour lui d'un double aspect : d'une part, il sait que l'exploitation est en état de cessation des paiements que le juge doit démontrer, d'autre part, le caractère ruineux du moyen fourni ne lui a pas échappé.

⁶²⁸ La jurisprudence française, utilise les expressions « sciemment », ou « a en connaissance de cause » ou encore « savait ».

En d'autres termes, cette mauvaise foi implique la méconnaissance de deux impératifs distincts mais complémentaires : l'un d'information et l'autre de discernement⁶²⁹.

Le juge doit donc établir la preuve de l'état de cessation des paiements (a) et ensuite la preuve de la connaissance du caractère ruineux du moyen fourni (b).

2- La preuve de la connaissance de l'état de cessation des paiements

Le banquier doit savoir que l'entreprise se trouve en état de cessation des paiements. Dans ce cadre, Le banquier serait d'abord fondé à invoquer son ignorance de la situation dans laquelle se trouvait l'exploitation, soit parce qu'il a été trompé par des manœuvres dolosives de son client⁶³⁰, soit parce qu'il utilise, à l'appui de sa démonstration, le principe de non-immixtion qu'il doit respecter dans les rapports avec ses clients.

Le principe de non immixtion⁶³¹ n'est toutefois pas absolu. Il cède devant le devoir d'information du banquier grâce aux moyens considérables dont il bénéficie.

Le banquier doit absolument connaître la personne qui détient les pouvoirs au sein de l'entreprise, surtout si celle-ci est petite taille. Ainsi, la connaissance de l'état de cessation des paiements est établie lorsque la banque et son client entretiennent des rapports étroits et suivis. De même le banquier qui est en relation d'affaires depuis des années avec une entreprise, dans des conditions révélant qu'il est l'unique établissement de crédit auquel ladite entreprise a eu recours, ne peut raisonnablement affirmer qu'il ignorait ses difficultés et son état de cessation des paiements⁶³².

L'établissement de crédit doit également, s'informer sur la situation de son client, ses capacités financières ainsi que l'évolution de ses affaires. Les documents

⁶²⁹ R.koering-joulin, « l'élément moral de la complicité par fourniture de moyen ruineux », D., 1980,I, 231.

⁶³⁰ A-SQUALLI, « entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur », colloque organisée par le département de droit privé de la faculté de droit de Casablanca sur : « le prix et la concurrence », les 19 et 20 avril 2002.

⁶³¹ Une immixtion du banquier dans les affaires de ses clients pourrait entraîner sa responsabilité sur le fondement de l'article 738 du code de commerce, c'est-à-dire sur l'action en comblement de l'insuffisance d'actif, en sa qualité de dirigeant de droit, cité par M.CHRISTINE-SORINDO, op, cit., p. 456.

⁶³² Dijon, 29 avril 1986, jurisdata, n°042826.

comptables certifiés par le commissaire aux comptes sont importants car le banquier se fie aux garants de la régularité et de la sincérité des comptes⁶³³.

Mais, la réalité économique est souvent plus complexe qu'il n'y paraît à première vue. Les situations tranchées dans un sens ou dans un autre sont extrêmement rares dans la pratique. Le manichéisme ne peut exister dans la vie des affaires. En effet, telle entreprise en faveur de laquelle le banquier pouvait raisonnablement hésiter à accorder un crédit, à cause d'une insuffisance passagère de disponibilités, va se redresser grâce à une gestion ambitieuse et un nouveau concours bancaire. A l'inverse, telle autre exploitation apparemment saine bénéficiera, sans aucun problème, de l'octroi d'un nouveau crédit alors qu'elle se trouve d'abord du redressement judiciaire, malgré sa fuite en avant grâce à un chiffre d'affaire en augmentation.

Le banquier doit ensuite savoir que l'entreprise est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible selon la terminologie de l'article 575 du code de commerce c'est-à-dire se trouve en cessation de paiement.

Le banquier ne peut donc soutenir avec certitude, pour sa défense, qu'au moment où il a aidé le chef d'entreprise à se procurer des moyens ruineux, il ignorait l'état de cessation de paiements puisque l'expertise réalisée, à la demande du juge pénal, pourra toujours révéler que la date fixée en fonction des besoins de la répression est antérieure à celle qui ressort du jugement d'ouverture. La fluctuation de la date entre les considérations des juridictions commerciale et criminelle ne bénéficiera pas au complice, car le moment sera choisi à partir de l'instant où une manifestation criminelle sera apparue, en fonction des impératifs de la répression, pour inclure toutes les participations à l'infraction.

3- La preuve de la connaissance du caractère ruineux du moyen fourni

La preuve de la connaissance du caractère ruineux du moyen que le banquier fournit à son client dépend, en grande partie, de la nature desdits moyens. La

⁶³³ On attend beaucoup de la mission technique du commissaire aux comptes et, utilisateur des documents comptables est en droit d'attendre fait peser sur ce professionnel une responsabilité qui va en s'accroissant. D'où la tendance à élargir le champ de la banqueroute, comme celui des autres infractions commises par les dirigeants, en direction de ces techniciens ; sur ce point, V. M-DOMINGO, « commissaire aux comptes : missions et responsabilités », éd, éco,p. 211.

distinction effectuée lors de l'étude des comportements de l'auteur principal de l'infraction de l'article 754 du code de commerce doit être ici reconduite car elle permet d'établir la connaissance de l'établissement de crédit avec plus ou moins de facilité.

Ainsi, les moyens fournis par le complice en vue de retarder ou éviter le redressement judiciaire sont ruineux, intrinsèquement ou de façon relative, par rapport à la situation de l'entreprise.

Si le banquier participe aux opérations de son client, en accomplissant des actes objectivement frauduleux et porteurs de faillite en eux-mêmes, la jurisprudence française considère que sa connaissance du caractère ruineux fait peu de doute. C'est le cas lorsqu'il escompte des traites de complaisance⁶³⁴ ou accorde un crédit à taux usuraire. Ainsi, le fait d'escompter des traites de garantie par le biais d'un faux escompte tel que dénommé par le prévenu directeur d'agence, démontre la connaissance par celui-ci de l'absence de cause des effets⁶³⁵. Mais, il est nécessaire que le banquier sache que la traite présente bien un caractère de complaisance. la chambre criminelle de la cour de cassation française approuve ainsi la cour d'appel qui a relaxé, au bénéfice du doute, un intermédiaire financier prêtant son concours à une opération dont les frais financiers étaient normaux⁶³⁶.

Si le banquier consent un crédit ne prenant un caractère ruineux que par rapport à la situation de l'entreprise, le problème est plus délicat. Une grande partie de l'activité bancaire repose, en effet, sur la prise de risques⁶³⁷. L'établissement de crédit qui consent un soutien à une entreprise en difficulté encourt un risque en pariant sur les chances de redressement de celle-ci. Si l'opération réussit, la banque est félicitée pour son initiative et le dirigeant loué pour son esprit dynamique. Si le redressement

⁶³⁴ Cass.crim., 3 janvier 1985, bull.crim.,n° 2,op.cit.

⁶³⁵ Cass.crim., 13 novembre 1989, n°88-83.422,D., Rev.procédure collective., 1990,n°3,p.287.

⁶³⁶ Paris, 30 juin 1983, Gaz.pal.1983, I, 636 ; en revanche, est coupable de complicité de banqueroute un directeur de succursale de la banque National de paris lorsque les juges du fond relèvent « que la =signature de la société avait été rejetée par la Banque de France et retiennent que le banquier, qui pouvait facilement rétablir les comptes, n'a jamais refusé d'escompter les lettres de change qui lui étaient présentées malgré les multiples incidents de paiement et les caractères frauduleux qu'elles présentaient », V. cass.crim., 30 octobre 1989, Rev. Procédure collective, 1990, n°3, p.289.

⁶³⁷ D-laila, « droit et pratique de la responsabilité du banquier en matière de difficultés des entreprise », thèse fesjes fés, 2005-2006.

judiciaire est ouvert, la période précédant la constatation de l'état de cessation des paiements sera passée en revue et le banquier peut se trouver en situation de complicité punissable. Toute la difficulté réside dans le fait que le délit de banqueroute, comme le droit pénal en général, sanctionne un échec pas toujours possible à prévoir, même pour un professionnel des affaires.

Les banques ne disposent pas d'informations illimitées. Bien sûr, elles sont les partenaires privilégiés des chefs d'entreprise, mais elles sont tenues par un devoir de non-immixtion dans les affaires de leurs clients. Aussi, lorsqu'elles décident de soutenir financièrement telle exploitation plutôt que telle autre, c'est parce qu'elles estiment que ce crédit lui est approprié au vu des informations dont elles disposent, mais elles ne peuvent être absolument sûres du résultat produit. Car il leur est malheureusement impossible de prédire l'avenir, malgré le nombre d'éléments dont elles ont connaissance.

L'octroi d'un nouveau concours doit appeler prioritairement l'attention de la banque lorsque la situation de l'entreprise s'avère difficile⁶³⁸. Mais, le maintien d'un crédit à des conditions jusque-là acceptables peut aussi se révéler disproportionné dans la mesure où le client connaît des déboires imprévisibles qui le conduisent inéluctablement à la cessation des paiements⁶³⁹. Dans ces cas de moyens ruineux extrêmement sensibles, la recherche de l'élément intentionnel s'avère d'une importance capitale.

La preuve de la mauvaise foi, à savoir la connaissance d'une part de l'état de cessation de paiements et d'autre part du caractère ruineux du moyen fourni servira au magistrat, en sus du dol spécial, à distinguer les cas réellement pathologiques des situations difficiles mais non frauduleuses imposant la sanction pénale⁶⁴⁰. Ainsi,

⁶³⁸ صوفية قطني، المسؤولية المدنية للبنك في إطار صعوبات المقاول، رسالة نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، الرباط، 2011-2013، صفحة 58.

⁶³⁹ En matière de responsabilité civile, les auteurs se montrent réticents à condamner une banque qui n'a pas mis fin à un crédit antérieur, alors qu'elle savait que la situation de son client était désespérée, pour plus de détails ; voir, D-Laila, op.cit.,174.

⁶⁴⁰ Dans ce cas, bien sûr, on ne peut exclure l'engagement de la responsabilité civile de la banque pour faute, sur le fondement de droit commun de la responsabilité civile, si un crédit a été accordé alors que l'entreprise est dans une situation désespérée.

l'établissement de la connaissance du caractère ruineux peut résulter de la présence de divers indices servant de présomptions de fait et dont le regroupement est profitable.

Le fait que l'entreprise ait recours sciemment à un emprunt dont elle est consciente qu'il dépasse notablement ses capacités de remboursement amène inévitablement le juge à penser que le banquier, dispensateur du crédit sait, en raison des informations dont il bénéficie, que ladite entreprise a recours à des expédients pour prolonger artificiellement sa vie commerciale.

- Le fait que des anomalies soient révélées lors de l'octroi du soutien bancaire peut servir à manifester la participation délictueuse du banquier complice : c'est le cas lorsqu'il y a altération des conditions de fonctionnement d'un compte, constitution des sûretés, fixation du taux des intérêts...
- Le fait que le montant du crédit ou les conditions auxquelles il a été accordé ait été dissimulé⁶⁴¹ à la direction générale de la banque est un élément dont il faut également tenir compte. L'approbation des supérieurs ne saurait cependant, en aucun cas, constituer un fait justificatif⁶⁴² effaçant l'élément légal de l'acte infractionnel de complicité. L'autorisation de la direction de l'agence ne peut être assimilée au commandement de l'autorité légitime imposé par l'article 124⁶⁴³ du code pénal. Elle ne servira qu'à renforcer la conviction du magistrat dans la détermination de la connaissance ou la méconnaissance du moyen ruineux par le prévenu. Ainsi, cet élément est quelquefois relevé par les juges quand il s'agit de condamner le banquier ou de le disculper⁶⁴⁴. Il en est de même si l'octroi du crédit provient de la d'un conciliateur nommé à l'occasion d'une conciliation. La demande du conciliateur n'est pas assimilable à un ordre de la loi imposé par le commandement légitime. Au contraire, si le mandataire

⁶⁴¹ La cour de cassation française que les juges du fond ont caractérisé le délit de complicité de banqueroute simple et ont « énuméré les divers procédés employés par Bourdeau pour dissimuler à la direction de la société générale dont il était employé l'importance des crédits consentis au nom de cette banque à bregeras et la situation réelle de l'entreprise de ce dernier. Cass.crim., 16 juin 1976, cité in D-MARTY, « droit pénal des affaires », p.73.

⁶⁴² N.-ELDIN-HINDAWY, « essai d'une théorie générale de la justification », Thèse Rennes, 1979.

⁶⁴³ L'article 124 du code pénal dispose qu'« il y a ni crime ni délit, ni contravention, lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime ». l'autorité visée par cet article est celle qui bénéficie légalement du pouvoir de commander l'exécution des lois.

⁶⁴⁴ cité par J.-HENRI-ROBERT, « traité de droit pénal des affaires », presses universitaires de France, p.563.

conseillait à la banque de soutenir le client en règlement amiable par le biais de moyens ruineux sa responsabilité pénale pour complicité de banqueroute serait envisageable⁶⁴⁵.

Une intention caractérisée répondant aux exigences de l'article 754 du code commerce de la part à la fois du préposé et du conciliateur démontrait la collusion frauduleuse⁶⁴⁶. Mais, en pratique la possibilité d'accorder des crédits nouveaux est étudiée par le conciliateur sous le contrôle du président du tribunal de commerce, avec l'aide d'un expert, ce qui offre des garanties de sérieux. Ainsi, s'il s'avérait ultérieurement que ces nouveaux concours n'ont fait que retarder le prononcé du redressement judiciaire, le banquier serait dégagé de toute responsabilité civile ; même si celle-ci était envisageable, elle supposerait la preuve de la faute.

La doctrine relative à la complicité du banquier, les faisceaux d'indices susvisée ne constituent que des présomptions de fait. Elles présenteraient alors un caractère trop absolu et péremptoire : créer une présomption de non-complicité à l'égard d'un préposé qui a tenu sa direction informée des opérations de crédit serait absurde et contraire à la légalité de la théorie de la complicité. Le juge répressif ne pourra, de toute façon, forger sa conviction que sur le fondement des rapports experts, souvent nécessaire dans les affaires de banqueroute. Le technicien consulté ne peut émettre de conclusion juridique et se borne à relever les éléments de fait constatés lors de son enquête. La décision finale, reposant sur l'existence des deux branches de la mauvaise foi, n'appartient qu'au magistrat. Notons que, lorsque l'enquête fait apparaître la connaissance de la nature ruineuse du moyen fourni par le banquier, la déduction que l'entreprise utilisatrice se trouve en état de cessation des paiements fait peu de doute.

Lorsque l'établissement de crédit sait que son client se trouve dans une situation telle qu'il ne peut avoir recours qu'à des moyens de financement disproportionnés ou intrinsèquement ruineux, il ne peut ignorer que ledit client est au bord de cessation de paiement.

⁶⁴⁵ Cité par M.-CHRISTINE-MARIANI, « le règlement amiable des entreprises », Thèse Nice-Sophia-Antipolis, 1991.

⁶⁴⁶ M.-CHRISTINE-MARIANI, op.cit., p.122.

L'imbrication des deux éléments constitutifs du dol général de l'infraction est telle qu'elle facilite sa mise en évidence, dans un domaine par ailleurs complexe et difficilement appréhendable.

C- l'élément moral dans les autres cas.

Tout agent soupçonné de complicité doit avoir eu connaissance du fait qu'il favorisait la commission de l'infraction, c'est-à-dire soit un détournement d'actif, soit une augmentation frauduleuse du passif, soit un délit relatif à la disparition, l'absence ou la fictivité de la comptabilité. Dès lors, le dol général suffit.

Un ami, un membre de la famille, une relation commerciale peuvent être recherchée pour avoir apporté une assistance dans la perpétration du délit⁶⁴⁷. Mais ces hypothèses restent marginales.

Un mouvement visant à mettre en œuvre la responsabilité pénale de certains conseils en qui l'entreprise aurait toute confiance se développe. Il en est ainsi des notaires et des professionnels comptable.

Les délits de banqueroute relatifs à la comptabilité sont la sanction des comportements les plus impardonnables qu'un chef d'entreprise puisse avoir face à ses obligations comptables. Des infractions voisines atteignent directement l'expert-comptable et le commissaire aux comptes en tant que complices. La tendance classique respecte parfaitement les règles du droit commun de la complicité. Deux éléments ressortent de l'étude de la jurisprudence:

- Le professionnel a une connaissance claire et consciente de sa participation à l'infraction. Il en est ainsi lorsque le commissaire aux comptes sait que le rapport certifié qu'il a transmis aux dirigeants a servi de fondement à une escroquerie⁶⁴⁸. En l'absence de preuve de la conscience de favoriser l'infraction, il n'est pas possible de retenir la culpabilité de la personne qui a aidé à la consommation du délit⁶⁴⁹ ;

⁶⁴⁷ قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 28/03/2007 في الملف الجنائي رقم 05/3/6/22378 منشور بمؤلف علال فالي، مرجع سابق، صفحة، 487.

⁶⁴⁸ Cité par M.-CHRISTINE-MARIANI, op.cit., p.559.

⁶⁴⁹ M.-CHRISTINE-MARIANI, op.cit., p.559.

- Le professionnel associe un acte positif à sa connaissance de cause. Pour la jurisprudence française, l'élément intentionnel de la complicité punissable passe nécessairement par une matérialisation positive qui le manifeste clairement. Ainsi en est-il pour un commissaire aux comptes qui, en connaissance de cause, est certifié des bilans erronés afin de permettre à des dirigeants de mettre en œuvre une organisation publicitaire fondée sur une escroquerie⁶⁵⁰, ou pour un secrétaire général qui apporté son aide dans la falsification des bilans⁶⁵¹. En aucun cas, les décisions n'incriminent la négligence comme étant un cas de complicité punissable. A cet égard, un arrêt rendu par la cour de paris⁶⁵², qui relève qu'un commissaire aux comptes se comporte avec une légèreté et une négligence particulièrement blâmables en n'opérant aucune vérification ni contrôle, bien que le rapport du commissaire aux apports ait révélé des anomalies ne pouvant échapper à un examen quelque peu attentif. Cependant, en l'absence de preuve d'une volonté délibérée de sa part d'aider le président dans la tentative d'escroquerie, pour laquelle celui-ci a été définitivement condamné, son impéritie, et saurait être constitutive d'un acte de complicité.

Sous-section 2 : La notion extensive de la complicité punissable

Traditionnellement le banqueroutier-type est un commerçant personne physique sur lequel est jeté l'opprobre de la sanction pénale. Alors que s'estompe-ou tente de s'estompe-progressivement le caractère stigmatisation et infâmant du droit pénal des procédures des difficultés d'entreprise, force de constater que la répression pénale, loi de s'étioler, s'étend désormais à des personnes en qui le débiteur failli avait placé sa confiance et qui ont suivi sa vie professionnelle. Tous les individus qui, par profession, assument une part de risque sont concernés, au même titre que ceux qui sont les garants du savoir, face aux consommateurs profanes, innocentes victimes. L'évolution du droit pénal des procédures des difficultés d'entreprise participe d'un mouvement

⁶⁵⁰ Cass.crim., 5 juin 1990, bull.crim., n° 502.

⁶⁵¹ Cass.crim., 16 juin 1996, bull.crim., n° 611

⁶⁵² Paris, 9^{ème} ch., 18 mai 1979, B.C.N.C.C., septembre 1979, n°35, p.321.

plus vaste d'élargissement et de durcissement de la responsabilité des professionnels au plan législatif.

La nouveauté réside au pénal dans le fait que, lorsqu'il n'existe pas de texte légal prévoyant une infraction spécifique aux professionnels auteurs principaux, la jurisprudence s'efforce de les atteindre en tant que complices. Ceci est particulièrement sensible en matière de délits de banqueroute, ce qui emporte une connotation des plus infâmant pour les professionnels prévenus de complicité des infractions commises par les dirigeants⁶⁵³.

Le complice de l'infraction de banqueroute est la personne qui en a facilité la consommation. Une jurisprudence française répressive essaie donc d'inclure dans la poursuite tous les participants au délit en matière de banqueroute et d'autres délits. Les plus visibles, donc les plus vulnérables, se trouvent être les conseils qui gravitent tout autour du chef d'entreprise. Pour appréhender, les principes classiques du droit commun de la complicité ne suffisent plus. Une systématisation de la poursuite a une influence aussi bien sur l'élément matériel que sur l'élément moral du délit. Les juges essaient d'élargir le champ des actes susceptibles de constituer la matérialisation de l'infraction. Leur action se ressent également sur l'élément intentionnel du délit qui, progressivement, va en s'atténuant alors que son exigence devrait être aussi stricte que possible car elle garantit le respect de principe de légalité.

A. La répression de l'abstention, forme de complicité punissable

La répression du délit de commission par omission n'est pas érigée en principe dans notre droit pénal. Un comportement passif ne peut être réprimé que dans une situation correspondant à des délits spéciaux imposant une obligation d'action.

Ainsi, la non révélation *d'un crime déjà tenté ou consommé* prévue par l'article 430 du code pénal et l'abstention volontaire de porter secours à une personne en péril ou le fait de ne pas avoir empêché la réalisation d'un délit ou d'un crime, selon les prévisions de l'article 431 du code pénal, sont de véritable infractions où l'inaction

⁶⁵³ Une sanction pénale contre un professionnel comptable peut entraîner une action disciplinaire susceptible de déboucher sur une réprimande, un blâme, une suspension ou une radiation, Encyclopédie permanente du conseil supérieur de l'ordre des experts comptables et comptables agréés, « responsabilités disciplinaire », n°46.

matérialise la consommation. Si le droit répressif n'incrimine pas, par principe, le délit de commission par omission, il ne saurait davantage réprimer, par voie de conséquence, la complicité par omission, sauf dans les rares délits spécialement créés pour obliger l'agent à agir.

En effet, la complicité par aide ou assistance ne peut s'induire d'une simple inaction ou abstention, mais elle suppose l'accomplissement d'un acte positif. La solution est claire et précise. La doctrine classique rappelle à l'occasion que le banquier ne peut être appréhendé en tant que complice d'une infraction de banqueroute, selon l'article 754 de la loi 73-17, que s'il a fourni un crédit de nature ruineuse.

Dans le même esprit, certaines décisions élargissent le champ matériel de la complicité punissable à ce titre, la chambre criminelle de la cour de cassation française qualifie de complicité de banqueroute le fait, pour un administrateur de société anonyme, d'avoir laissé se perpétuer, en connaissance de cause, des détournements d'actifs opérés par son président, alors qu'il avait les moyens légaux de s'y opposer. De même, la complicité de banqueroute est retenue à l'égard d'un banquier qui, en laissant un mandataire social frappé d'interdiction bancaire sur le compte de la société émettre des chèques sur son compte personnel, a favorisé la réalisation d'un détournement de fonds. Dans d'autres hypothèses, une telle extension est également réalisée.

B. La portée de la répression de l'abstention, forme de complicité punissable

Les décisions précitées ne peuvent laisser le juriste soucieux de légalité totalement indifférent. Un changement de politique criminelle semble se dessiner et sa portée doit être examinée. L'abstention est-elle constitutive de complicité dans tous les cas ? Peut-on dégager un critère de l'abstention punissable ? Telle est l'analyse que nous nous proposons de conduire au travers des développements qui vont suivre. Il est impossible d'ériger en principe général que l'abstention soit punissable dans tous les cas.

Aussi, pourrait-on essayer de définir un critère de distinction entre l'abstention non punissable et l'abstention punissable.

- L'abstention ne peut engendrer une culpabilité pour complicité si l'agent a omis d'agir dans un contexte particulier de neutralité. Son abstention est d'une *neutralité non significative*. Aucun élément ne vient corroborer l'idée selon laquelle il s'est abstenu d'intervenir avec une conscience infractionnelle, bien qu'une volonté d'inaction existe chez lui.
- L'abstention devient punissable si l'agent fait preuve d'une *neutralité significative* en ce sens qu'elle emporte une réelle adhésion morale à l'infraction ce qui, tout autant qu'une participation positive, peut aider l'auteur principal. L'omission deviendrait une forme d'aide, de soutien psychologique à l'auteur matériel incluse, dès lors, dans les éléments constitutifs de la complicité punissable, au sens de l'article 129 du code pénale.

La question qui se pose dans ce cadre comment le juge pénal peut-il démontrer qu'une attitude d'abstention est porteuse en elle-même d'une approbation morale à l'infraction ?

L'analyse des décisions révèle que l'inaction est un cas de complicité punissable, car elle est significative d'une conscience infractionnelle dans deux types de situations.

- L'abstention ne peut engendrer une culpabilité pour complicité si l'agent a omis d'agir dans un contexte particulier de neutralité⁶⁵⁴. Son abstention est d'une « neutralité non significative ». aucun élément ne vient corroborer l'idée selon laquelle il s'est abstenu d'intervenir avec conscience infractionnelle, bien qu'une volonté d'inaction existe chez lui.⁶⁵⁵ Par contre, l'abstention devient punissable si l'agent fait preuve d'une « neutralité significative » en ce sens qu'elle emporte une réelle adhésion morale à l'infraction ce qui, tout autant qu'une participation positive, peut aider l'auteur principal. L'omission deviendrait une forme d'aide, de soutien psychologique à l'auteur matériel

⁶⁵⁴ G-wiker, « la légitimité de l'intérêt à agir », Mélanges Serra, 2006, p.455 et s.

⁶⁵⁵ G-wiker, op.cit., p.556 et s.

incluse,⁶⁵⁶ dès lors, dans les éléments constitutifs de la complicité punissable, au sens de l'article 129 du code pénal.

Cette conception a été développée, surtout en droit pénal des affaires. La question qui se pose comment le juge pénal peut-il démontrer qu'une attitude d'abstention est porteuse en elle-même d'une approbation morale ?

L'analyse de la jurisprudence française révèle que l'inaction est un cas de complicité punissable⁶⁵⁷, parce qu'elle est significative d'une conscience infractionnelle dans deux types de situations.

- 1- l'abstention à une infraction provient d'abord d'une entente manifeste avec l'auteur principal, qui ne laisse aucun doute quant à la volonté de couvrir le délit et d'associer à l'opération frauduleuse. L'adhésion morale à l'infraction est directe lorsque les individus agissent en collusion, littéralement (jouent ensemble), l'adhésion morale est indirect, mais tout aussi présente, si l'agent est de connivence avec l'auteur principal c'est-à-dire littéralement s'il (ferme les yeux) sur les agissements répréhensibles qu'il pourrait stopper⁶⁵⁸.

Lorsque l'administrateur d'une société anonyme reste passif, face à des prélèvements de fonds effectués par le président de l'organe dirigeant, en faveur d'une autre société dans laquelle il a une participation importante, son abstention révèle sa complicité d'abus de biens sociaux ou de banqueroute par détournement d'actif.⁶⁵⁹ Cette inaction procède d'une entente manifeste et s'entoure d'actes positifs d'aide et d'assistance, comme l'approbation des comptes qui reflétaient des détournements.⁶⁶⁰

- 2- L'abstention ne résultant pas d'un accord n'est ensuite pas apparemment un acte de complicité punissable. Il s'agit d'une inaction non significative d'une volonté de s'associer à la fraude et, par exemple la seule tolérance ne manifeste pas l'intention de faciliter la perpétration du délit.

⁶⁵⁶ Cité par M.CHRISTINE-SORINDO, op.cit., p. 478.

⁶⁵⁷ Cass.crim., 20 janvier 1992, bull.crim., n°194.

⁶⁵⁸ Cass.crim., 10 avril 1964, bull. crim., n° 105.

⁶⁵⁹ Banqueroute pour détournement d'actif cité in E-DU PONTAVICE, « commissaire aux comptes ; expert-comptable et complicité commis par les dirigeants sociaux », Rev. Des soc., 1988, p.489 et s.

⁶⁶⁰ E-DU PONTAVICE, op.cit., p.489 et s.

Tout autre chose est l'abstention lorsqu'une obligation commande l'action. L'agent détenait le pouvoir juridique d'agir pour faire cesser une situation dont la perpétuation a permis la consommation d'une infraction. Mais l'inaction, en elle-même, n'est pas susceptible d'entraîner des sanctions pénales. Elle n'est pas constitutive d'infraction. Tout au plus, cette inaction entraînerait-elle la mise en œuvre d'une responsabilité civile pour faute, dans l'hypothèse de la commission d'un préjudice ou d'une responsabilité déontologique disciplinaire, en cas de réelle impéritie si elle renait naissance dans un cadre de relations professionnelles.

Les moyens juridiques dont dispose l'agent pour intervenir peuvent découler d'un pouvoir légal. Ainsi, est complice de banqueroute par détournement d'actif, le banquier qui ne s'oppose pas à ce que le dirigeant interdit bancaire, émette des chèques sur son compte personnel et commette, de façon subséquente, un détournement de fonds, alors que la société était en proie des difficultés de trésorerie.

Les moyens juridiques dont dispose l'agent pour intervenir peuvent découler d'un pouvoir contractuel. A ce sujet, tous les professionnels concernés par la vie des affaires sont intéressés. A l'instar des décisions statuant sur la responsabilité civile qui mettent souvent à la charge des professionnels une obligation de conseil, la jurisprudence criminelle voit dans la mission de tels conseillers un pouvoir d'intervention-donc une faculté-dû à leur compétence technique qui devient obligation d'intervention dès lors qu'un comportement délictueux se déroule chez leurs clients, même si cette infraction n'emporte aucun profit particulier à leur égard. Ils sont complices de tels délits car ils sont les moyens et la compétence pour agir. Pourtant, le fait de s'abstenir d'agir ne veut pas nécessairement signifier une adhésion morale à l'infraction qui est perpétrée grâce à la situation créée par l'inaction.

Conclusion du titre II

La mise en évidence des agissements répréhensibles d'un prévenu au titre du délit de banqueroute entre, en effet, dans la mission spécifique des magistrats des tribunaux correctionnels. Lorsque ceux-ci doivent prouver l'existence de l'un des faits reprochés, ils peuvent être amenés à apprécier des situations complexes nécessitant des compétences dans les domaines comptables et financiers. Les affaires sont souvent rendues plus ardues par la présence de circonstances montrant que le comportement suspect pourrait également tomber sous le coup d'autres qualifications pénales. C'est le cas de l'escroquerie ou de l'abus de bien sociaux dont les éléments constitutifs sont parfois proches de ceux de la banqueroute. Les juges répressifs sont alors chargés de délimiter le domaine respectif de chaque infraction face à des situations voisines et, quelquefois, restreignent le domaine d'application de la banqueroute, donc du traitement pénal des défaillances d'entreprises, au profit d'autres délits de droit pénal spécial commun.

Enfin, il reste que la stipulation des mesures coercitives et répressives par le législateur marocain à l'encontre de celui qui divulgue le secret professionnel, la pénalisation consécutive à l'atteinte à ce principe s'est révélée infructueuse.

En effet, cette pénalisation est mal adaptée aux exigences de la procédure collective. Les débiteurs victimes de la divulgation, préféreraient l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction pour être indemnisés du préjudice subi.

Conclusion de la deuxième partie

Une fois achevée l'étude de la recherche l'extension de la sanction aux professionnels des procédures des enseignements peuvent en être retirés.

En effet, le durcissement abusif des responsabilités civile ou pénale n'est pas forcément le signe d'un progrès. Conçu comme une faveur pour les victimes, il peut provoquer une réaction inverse par un désengagement progressifs des professionnels inquiets qui se retournera inévitablement contre ceux qu'il était censé protéger. Il reste donc à souhaiter qu'en ce qui concerne la poursuite pour complicité de banqueroute, le rôle des autorités répressives demeure dans le domaine de la légalité. L'évolution du droit pénal des procédures collectives, comme du droit pénal tout entier, doit se faire dans ce sens.

Ce texte est donc le résultat de la prise de conscience des abus que peut engendrer un système qui donne la priorité de manière excessive aux impératifs économiques au détriment du respect de la morale des affaires. Il n'en demeure pas moins vrai que les mesures répressives instaurées par la loi devraient être réexaminées.

Conclusion générale

Il ressort de ce qui précède que l'analyse du régime de sanction n'a plus une finalité répressive car il constitue un dispositif dont l'objet est de moraliser la vie des affaires. La poursuite de cet objectif se réalise à deux niveaux : d'une part, par la réparation des préjudices découlant, soit des fautes de gestions des dirigeants d'entreprise, soit des fautes ou manque de diligence des professionnels des procédures collective. D'autre part, par la protection du « tissu économique », par la répression des comportements fautifs jugés contraires à la bonne marche des affaires.

L'objectif du législateur est de protéger l'intérêt de l'entreprise dans une optique de sauvegarde. Dès lors, la sanction apparaît à certains égards en net recul ce qui offre au débiteur une immunité notamment dans la procédure de la sauvegarde en faisant passer la sanction au second plan. Certes, les actions en responsabilité et les sanctions subsistent, mais elles ont connu des assouplissements, même si pour l'heure, le nouveau texte a au moins pour effet de réduire sensiblement ces sanctions.

S'agissant des éléments de l'incrimination, le législateur s'est efforcé d'alourdir les sanctions pour tous les agissements concevables par souci de défendre les intérêts de l'entreprise en particulier, et l'intérêt économique en général tout en pénalisant les agissements qui portent atteinte au droit des procédures des difficultés d'entreprise.

Dans ce sens, les sanctions instaurées par la loi du 19 avril 2018 sur le code de commerce sous l'angle de leurs objectifs apparaissent tantôt comme répressives, tantôt comme assainissantes, les deux s'étant rapidement confondus dans un but commun : celui de la sauvegarde de l'entreprise et l'application des prescriptions utiles à l'économie du pays.

L'analyse du régime de sanction a mis en lumière les nombreux changements intervenus. Cependant, des faiblesses demeurent. En s'attachant méthodiquement à détailler les mécanismes existants, il est apparu que subsistaient encore quelques zones d'ombre, voire certaines incohérences qui appellent les recommandations suivantes.

En veillant à préserver la logique du régime de sanctions des procédures des difficultés d'entreprise, quelques propositions d'ordre général visant à améliorer son efficacité.

1- En ce qui concerne les sanctions civiles arrêtées par le livre V du code de commerce.

- Il serait préférable de mettre sur pied un système de sanctions personnalisées en accordant une grande marge d'appréciation au juge quant au prononcé de ces sanctions. À cet effet, il serait souhaitable que le juge dispose de la faculté de condamner le dirigeant d'une personne morale fautif au paiement de tout ou d'une partie du passif de celle-ci. Au contraire, le dirigeant fautif de l'entreprise individuelle devrait être susceptible d'encourir la déchéance commerciale.

▪ En ce qui concerne la procédure de sauvegarde.

La nouvelle procédure instaurée par la loi 73-17 offre au chef d'entreprise une véritable boîte à outils de nature à anticiper le traitement des difficultés de son entreprise. Elle suscite, à maints égards, l'envie d'anticiper en offrant au chef d'entreprise qui s'engagera dans la voie de l'anticipation des moyens incitatifs. Or, il arrive parfois que la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde soit détournée par le dirigeant d'entreprise à des fins utilitaristes confinant parfois à un égoïsme exacerbé. Dans ce cas, la procédure de sauvegarde n'assure plus la poursuite d'une activité, ni le maintien de l'emploi mais se trouve paradoxalement à l'origine d'une situation avantageuse au profit du dirigeant que la relation contractuelle ne permettrait pas d'obtenir. De ce fait, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde constitue une opportunité pour le dirigeant malhonnête pour résoudre ses problèmes en créant volontairement de manière artificielle des difficultés auxquelles le dirigeant semble, a priori, incapable de faire face. À cet égard :

- Il est serait judicieux que les juges puissent s'assurer de l'existence des difficultés réelles que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter en instaurant une sanction civile en cas de détournement de la procédure de sauvegarde.

▪ En ce qui concerne la conversion de la procédure de sauvegarde

Le redressement judiciaire du débiteur en raison d'un jugement de conversion de la sauvegarde en vertu de l'article 573 du code de commerce soulève une interrogation : la procédure du redressement judiciaire qui résulte de ces circonstances est-elle retenue par l'article 575 du code de commerce aux termes duquel « **la procédure de redressement judiciaire s'applique à toute entreprise commerciale en cessation de paiement** » ?

La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire fait suite à l'inexécution des engagements fixés par le plan. Dans cette situation, l'entreprise n'est pas en cessation de paiements et ne l'a d'ailleurs jamais été d'après les termes même de l'article 561, alinéa 1, qui dispose que « **La procédure de sauvegarde peut être ouverte sur demande d'une entreprise qui, sans être en cessation de paiements, fait face à des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter et qui pourraient entraîner dans un proche délai la cessation de paiement** ». La nouvelle disposition relative à la résolution du plan de sauvegarde se trouve prononcée à la suite de l'inexécution des engagements pris dans le cadre de ce plan. La résolution est donc en principe indépendante de la cessation des paiements ce qui laisse donc entendre que les conditions du redressement judiciaire prévues par l'article 575 du code commerce sont remplies. À cet égard, pour assurer plus de cohérence, de sécurité juridique et éviter toute ambiguïté :

- Il serait judicieux d'élargir le champ d'application de l'article 575 relatif aux conditions d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire en le reformulant comme suit :
 - « la procédure de redressement judiciaire s'applique à :
- toute entreprise commerciale en cessation de paiement ;
- **Toute entreprise qui n'exécute pas ses engagements fixé par le plan de sauvegarde... ».**

▪ En ce qui concerne les sanctions professionnelles

L'étude du régime des sanctions professionnelles des dirigeants d'entreprise en difficulté met en lumière la différence entre la déchéance commerciale qui emporte

interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou toute société ayant une activité économique pendant une durée qui ne peut être inférieure à 5 ans, la loi ne fixant pas de limite temporelle maximale (sans pouvoir être définitive), et les interdictions, notamment celle d'exercer une fonction publique, pendant une durée de 5 ans. Il est préconisé de montrer la différence entre ces deux sanctions en vue de garder une différenciation entre les sanctions professionnelles. Il convient d'envisager quelques recommandations dans ce domaine et de parer également à certaines incohérences :

- les durées respectives des sanctions professionnelles civiles devraient être harmonisées : lesdites sanctions présentent certaines similitudes, les différentes durées donneraient lieu à des différences injustifiables de traitement entre personnes condamnées par la déchéance commerciale alors que les effets des mesures sont identiques. En effet, il n'est pas souhaitable de conserver une durée minimale de 5 ans. Ceci ne permet pas une adaptation en fonction de la gravité de faute, qui paraît pourtant nécessaire. Par ailleurs, il serait utile de fixer un plafond.
- Créer une sanction en cas de violation des interdictions prononcées en vertu des articles 750 et 751 du code de commerce à l'encontre du débiteur qui ne respecte pas les interdictions prononcées à son encontre. De ce fait, il serait préférable de renforcer la sanction en cas d'inexécution des sanctions. Pour avoir un réel impact sur le débiteur, ce renforcement devra passer par l'augmentation de la durée de l'interdiction ou par l'instauration d'une amende. Cette sanction permettrait de réduire toute tentative de direction factuelle d'une entreprise.
- créer un fichier national automatisé des interdits de gérer où seront inscrites les déchéances commerciales et autres mesures d'interdictions de diriger, gérer, etc.

Ce fichier permettrait une centralisation et une diffusion au niveau national de l'ensemble des mesures d'interdiction de gérer visant les commerçants prononcées par les tribunaux correctionnels ou de commerce.

- Assortir, à titre facultatif, les sanctions professionnelles de stages ou de formations dans le domaine de la gestion.

▪ **En ce qui concerne la responsabilité des professionnels des procédures des difficultés de l'entreprise**

- Créer une charte d'éthique pour les professionnels intervenant dans le cadre des procédures des difficultés de l'entreprise en instaurant une sanction pour manquements aux normes d'éthique et de devoirs professionnels. Ainsi, il serait opportun de constituer une organisation des professionnels des procédures collectives marocaines dotée d'un conseil de l'ordre qui exercerait à l'égard des professionnels un pouvoir disciplinaire pour toute faute professionnelle ou toute contravention aux dispositions législatives et réglementaires auxquelles ils seraient soumis dans l'exercice de leur profession, telles que :
 - La violation des règles professionnelles, les manquements aux règles de l'honneur, de la probité et de la dignité dans l'exercice de la profession, telles qu'elles seront édictées dans le code de déontologie ;
 - Le non-respect des lois et des règlements applicables aux professionnels dans l'exercice de leur profession ;
 - L'atteinte aux règles ou règlements édictés par l'Ordre.
- Accélérer la promulgation du décret d'application de l'article 673 du code de commerce précisant les qualifications requises pour l'exercice des missions de syndic que les en raison de l'importance capitale de ses fonctions. Ce décret pourrait permettre d'organiser sa formation, les modalités de sa rémunération, ses incompatibilités et le régime de sa responsabilité.
- La fonction de syndic doit être scindée et répartie entre plusieurs professionnels aux missions et prérogatives distinctes qui évolueront dans le cadre d'une véritable profession à part entière que consacrera un dispositif légal propre instaurant un Ordre qui veillera à son bon déroulement.
- L'absence de spécialisation des organes de procédures, notamment en management ou en comptabilité, constitue un handicap très sérieux. De la même manière, la jurisprudence n'est pas systématiquement publiée et les

pratiques d'une juridiction à l'autre varient et sont très souvent contradictoires de nature à engendrer une véritable insécurité juridique nuisible à la prévisibilité des solutions, préalable indispensable à la bonne marche des affaires.

2- En ce qui concerne les sanctions pénales arrêtées par le livre V du code de commerce.

Retenant le principe de la séparation du sort de l'entreprise et celui du débiteur, les sanctions pénales de la loi 73-17 du code de commerce sont d'une importance sans égale compte-tenu de l'effet dissuasif qu'elles peuvent produire.

Ainsi, de telles sanctions ne permettent pas seulement d'évincer de la vie des affaires un commerçant indigne, mais peuvent aussi protéger l'entreprise, exposée au risque de propagation des rumeurs susceptibles de nuire à son image impactant négativement la confiance de ses partenaires. La nécessité de se doter de lignes directrices à connotation pénale s'avère donc l'une des priorités du livre V du code de commerce.

Ce texte est donc le résultat de la prise de conscience des abus que peut engendrer un système qui donne la priorité de manière excessive aux impératifs économiques au détriment du respect de la morale des affaires. Il n'en demeure pas moins vrai qu'un réexamen des mesures répressives instaurées par la loi demeure hautement souhaitable.

▪ En ce qui concerne la banqueroute

La sanction pénale en droit des entreprises en difficulté revient en réalité à exploiter les qualités naturelles de cette forme de sanction, afin de les mettre au service de la politique juridique menée par le législateur en la matière. Le droit des entreprises en difficulté est en quête d'efficacité. Il doit parvenir en pratique à redresser les entreprises et à réduire le nombre de liquidations judiciaires. Pour ce faire, son attractivité doit être renforcée afin de gagner la confiance des chefs d'entreprise. Ces logiques économiques plus que juridiques ne devraient pas pour autant le conduire à laisser libre cours aux comportements les plus graves et les plus risqués pour l'entreprise et le milieu économique. C'est à cet égard que la sanction pénale peut être

mise au service du droit des entreprises en difficulté. Le législateur doit afficher une politique attractive en réduisant les sanctions encourues, tout en affichant sa fermeté à l'égard des comportements malhonnêtes. Le message livré aux chefs d'entreprises serait ainsi plus clair :

- Ceux qui connaissent des difficultés et qui agissent tôt – en sollicitant une procédure de sauvegarde – sont à l'abri de toute sanction civile et pénale ;

- Ceux qui n'agissent pas en amont de la cessation des paiements encourrent des sanctions exclusivement patrimoniales s'ils sont fautifs ;

- Ceux qui sont, de surcroît, malhonnêtes et commettent des fautes graves encourrent des sanctions pénales, y compris les sanctions professionnelles.

Il serait souhaitable de créer une nouvelle infraction. Puisque le législateur veut inciter le débiteur à se placer sous la procédure de sauvegarde, ou à défaut de redressement judiciaire, alors le fait de repousser sciemment une échéance inéluctable qui consiste à saisir la justice pour faire une telle demande devrait être fortement sanctionné. La sanction pénale peut ici trouver une place, dans la mesure où la déclaration tardive de la cessation de paiements conduit inévitablement à la liquidation judiciaire et sacrifie nombre d'intérêts particuliers jugés supérieurs (salariés, créanciers, partenaires économiques).

Faire du défaut de déclaration de l'état de cessation de paiements dès l'expiration du délai de 30 jours une infraction para-pénale pourrait paraître excessivement faible. C'est pourquoi, il serait possible alors de créer une infraction autonome, détachée des cas de déchéance commerciale, pour plus de visibilité, et qui punirait d'une peine d'amende d'emprisonnement le défaut de déclaration de la cessation des paiements alors que la situation était irrémédiablement compromise la menace de la sanction pénale jouerait ainsi utilement le jeu du droit des entreprises en difficultés dans sa lutte contre le traitement tardif des difficultés, et contribuerait à limiter le risque de liquidation judiciaire.

En revanche, l'alinéa 1 de l'article 754 considère comme acte constitutif de banqueroute, « le fait d'avoir dans l'intention d'éviter ou retarder l'ouverture de la

procédure, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds », or, cette infraction est déjà couverte par la déchéance commerciale (article 747 alinéa 2 du code de commerce).donc, il est proposé de supprimer un cas déjà couvert par d'autres incriminations.

▪ **En ce qui concerne les peines accessoires de la banqueroute**

Insérer une «condition de réciprocité », en matière de sanctions personnelles «pénales», qui considère que si la déchéance commerciale prononcée par les juges répressifs, en complément de la banqueroute, les sanctions personnelles, ne pourront plus être prononcées par la juridiction commerciale à l'occasion des mêmes faits. Le législateur n'a pas apporté de précision au cas où une sanction personnelle est prononcée par une juridiction répressive.

▪ **En ce qui concerne la sanction de violation du secret professionnel**

Procéder à la reformulation de l'article 549 du code de commerce qui prévoit que « la procédure de prévention externe et tous ses actes doivent être tenus secrets ». Cette rédaction ne nous renseigne pas sur l'identification des personnes concernées par le secret ni sur les obligations de prudence qui leur incombent dans leur mission. Pour ne pas enfreindre ce secret, il serait judicieux de :

- Identifier les personnes concernées par le secret ;
- Préciser les informations qui devraient être couvertes par le secret ;
- Substituer l'obligation de confidentialité à l'obligation de secret professionnel l'instauration des mesures coercitives et répressives par le législateur marocain à l'encontre de celui qui divulgue le secret professionnel, la pénalisation consécutive à l'atteinte à ce principe s'étant révélée infructueuse. De ce fait, la confidentialité en tant que notion civile serait moins intimidante et ne porterait donc pas à conséquence. Ce changement sémantique doit s'inscrire dans le cadre d'un mouvement de dépénalisation du droit des affaires.
- Instaurer une sanction d'atteinte au secret des affaires.
- Accélérer la publication du décret qui régit la création de l'observatoire de la délinquance et de la justice d'affaires en créant une cellule dédiée aux infractions commises dans le cadre des procédures des difficultés d'entreprise.

- Créer une base de données qui soit accessible et qui puisse permettre en particulier de mesurer, juridiction par juridiction, l'application des sanctions afin de comprendre les différences de traitement que laissent apparaître les statistiques éparses et difficile d'accès. Un tel outil est nécessaire pour la mise en œuvre d'une politique uniforme sur tout le territoire national dans un domaine aussi sensible que celui des sanctions.

En somme le domaine des sanctions, dans le cadre des procédures des difficultés d'entreprise, doit concilier les antagonismes internes, à savoir les intérêts du dirigeant d'entreprise et des créanciers, et les antagonismes externes tendant à la coordination des principes de liberté d'entreprendre et de responsabilisation du dirigeant d'entreprise.

En dépit de toutes ces évolutions qui ont amélioré les procédures des difficultés d'entreprise, le régime des sanctions n'a rien apporté de nouveau, aucun changement n'a été effectué, excepté au niveau des numérotations avec quelques précisions au niveau de la rédaction. En somme, les mêmes fautes aboutissent aux mêmes sanctions.

En effet, l'absence de réforme en cette matière est considérée comme une « occasion manquée », ce qui est fort regrettable. De ce fait, le dirigeant et les professionnels des procédures collectives doivent rester prudents et « honnêtes » lors de l'exercice de ses missions, car ils devront toujours assumer les conséquences de leurs agissements.

ANNEXES

ANNEXE 1

DONNÉES CHIFFREES RELATIVES AUX PROCÉDURES DE TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS PAR LES DIFFÉRENTS TRIBUNAUX DE COMMERCE⁶⁶¹

⁶⁶¹ SOURCE : INFOREX

	Période de 2008 à 2020		
	Redressement	Liquidation	Sauvegarde depuis avril 2018
Agadir	107	1088	1
Casablanca	106	14 592	9
Fès	37	3026	1
Marrakech	172	4686	4
Meknès	41	2720	0
Oujda	42	1805	0
Rabat	76	5863	3
Tanger	64	4502	0
Total	645	38 282	18

DONNÉES CHIFFRÉES RELATIVES AUX PROCÉDURES DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Totale
Agadir	8	8	7	10	11	9	8	16	4	10	7	7	2	107
Casablanca	6	3	10	5	9	4	6	13	11	17	9	10	3	106
Fès	2	6	6	3	2	3	1	3	2	3	1	4	1	37
Marrakech	7	13	11	17	9	8	15	17	15	25	18	10	7	172
Meknès	4	5	5	1	2	3	3	6	4	4	0	3	1	41
Oujda	3	3	3	3	2	3	5	5	0	6	3	4	2	42
Rabat	3	15	13	4	3	8	3	6	7	2	7	5	0	76
Tanger	9	1	1	3	6	1	10	9	6	5	5	7	1	64
Totale	42	54	56	46	44	39	51	75	49	72	50	50	17	645

DONNÉES CHIFFRÉES RELATIVES AUX PROCÉDURES DE LIQUIDATION JUDICIAIRE

	Agadir	Casablanca	Fès	Marrakech	Meknès	Oujda	Rabat	Tanger	Totale
2008	63	564	131	228	82	71	229	202	1570
2009	49	567	141	255	106	92	185	226	1621
2010	69	616	155	219	117	99	188	262	1725
2011	60	592	151	248	142	125	243	322	1883
2012	67	758	192	292	161	126	310	319	2225
2013	56	844	235	381	193	122	428	284	2543
2014	62	1077	229	349	215	110	540	294	2876
2015	74	1250	286	428	240	140	573	353	3344
2016	210	1469	337	485	296	184	707	500	4188
2017	137	2119	336	519	326	199	811	520	4967
2018	153	1908	375	597	352	196	713	450	4744
2019	60	2271	369	508	369	268	759	582	5186
2020	28	557	89	177	121	73	177	188	1410
Totale	1088	14 592	3026	4686	2720	1805	5863	4502	38 282

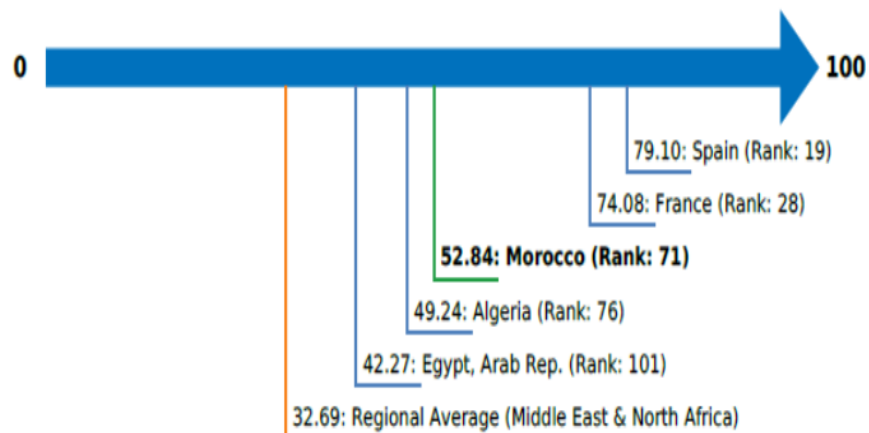
DONNÉES CHIFFRÉES RELATIVES AUX PROCÉDURES DE SAUVEGARDE

	Agadir	Casablanca	Fès	Marrakech	Meknès	Oujda	Rabat	Tanger	Totale
2018	0	3	0	0	0	0	1	0	14
2019	1	4	1	4	0	0	2	0	12
2020	0	2	0	0	0	0	0	0	2
Totale	1	9	1	4	0	0	3	0	18

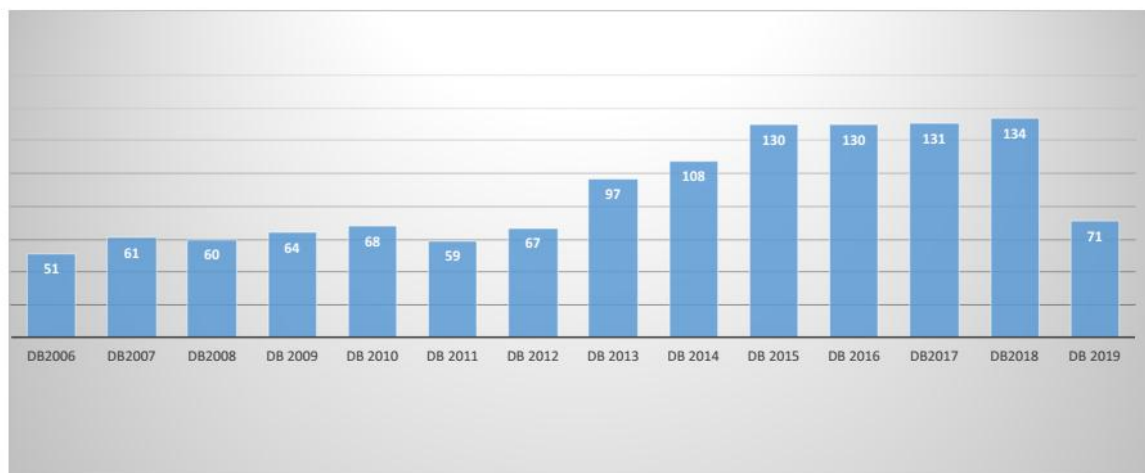
ANNEXE 2

**CLASSEMENT DU MAROC DANS LE RAPPORT
DOING BUSINESS SELON L'INDICATEUR
REGLEMENT DE L'INSOLVABILITE**

CLASSEMENT DU MAROC SELON LE SCORE DE LA FACILITÉ DE FAIRE DES AFFAIRES DB 2019



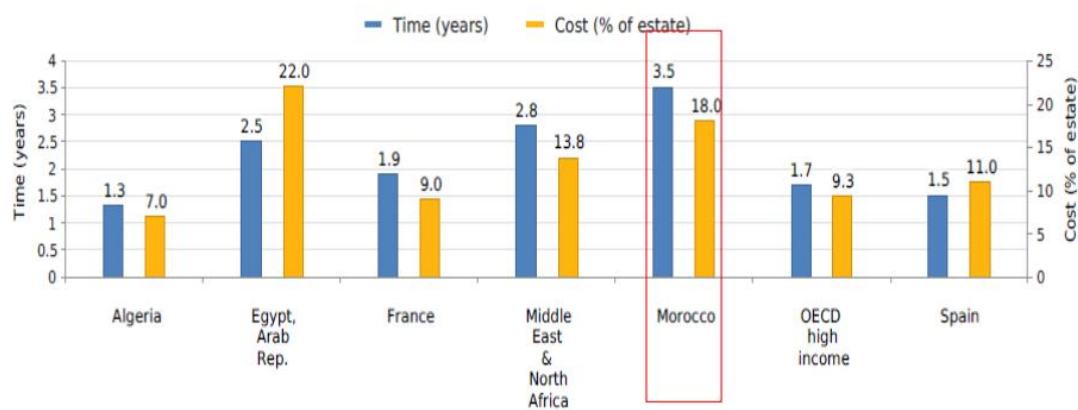
HISTORIQUE ET EVOLUTION DU CLASSEMENT 2006 - 2018



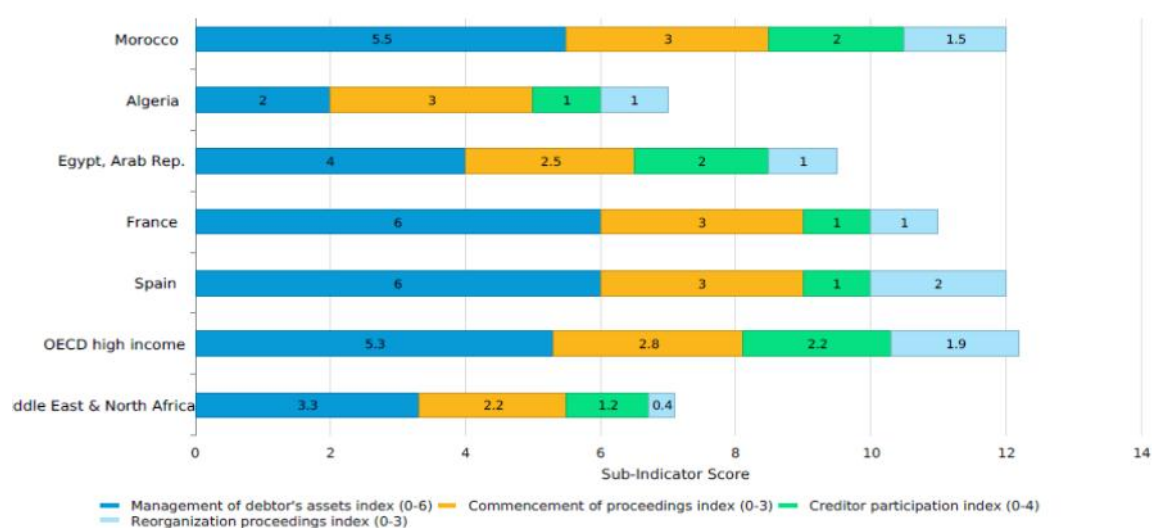
RÉSULTAT DOING BUSINESS 2019 DE L'INDICATEUR RÈGLEMENT DE L'INSOLVABILITÉ

RÈGLEMENT DE L'INSOLVABILITÉ	DB MAROC 2018	DB MAROC 2019	MENA 2019	OCDE 2019	MEILLEURE PERFORMANCE
DÉLAI (NOMBRE D'ANNÉES)	3,5	3,5	2,8	1,7	0,4 l'Irlande
COÛT (% DE LA VALEUR DU BIEN)	18	18	13,8	9,1	1.0 (Norvège)
TAUX DE RECOUVREMENT	28,5	28,4	26,3	70,5	92,4 (Japon)
QUALITE DU CADRE JURIDIQUE	6	12	5,4	11,9	15
FFA	34,03	52,84	32,69	75,21	—
CLASSEMENT	134	71	121	26	—

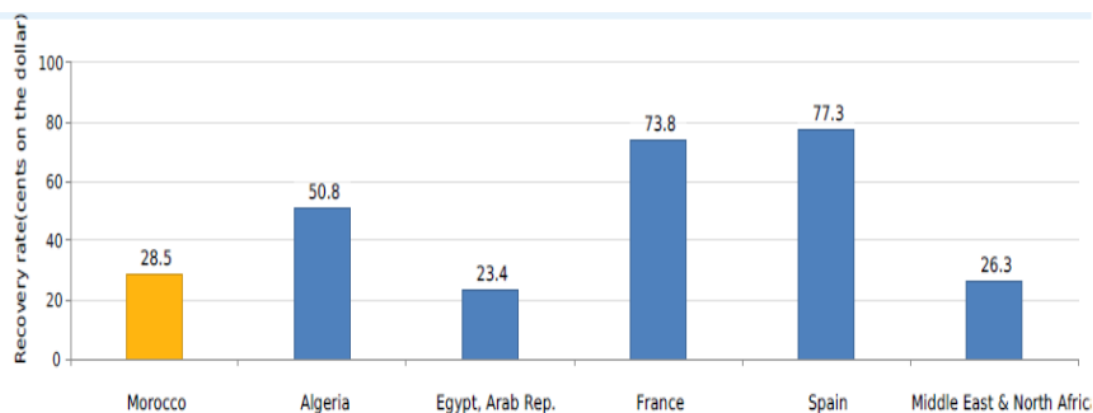
CLASSEMENT DU MAROC DÉLAI ET COÛT



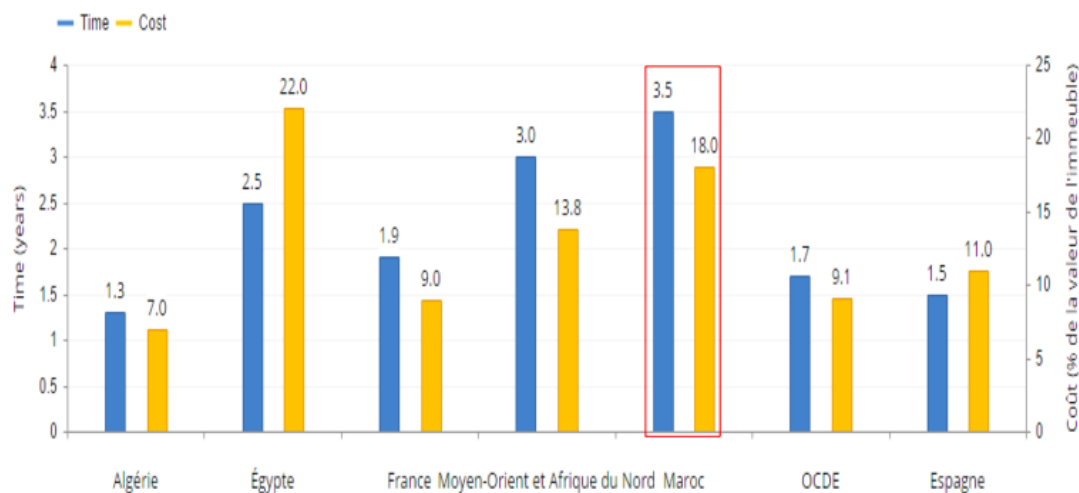
CLASSEMENT DU MAROC SELON LE CRITÈRE DE LA QUALITÉ DU CADRE JURIDIQUE



CLASSEMENT DU MAROC SELON LE CRITÈRE DU TAUX DE RECOUVREMENT



1- Indice relatif au délai et au coût comparé à d'autres économies



BENCHMARK

RÉSULTAT DU MAROC SUR L'INDICATEUR R.I COMPARÉ AUX DIX PREMIÈRES ÉCONOMIES

Pays	Rang	FFA	Délai	Coût	Taux de recouvrement	Qualité sur 16
JAPON	1	93,45	0,6	4,5	92,4	14
FINLANDE	2	92,81	0,9	3,5	88,3	14,5
USA	3	90,91	1	10	81,8	15
Allemagne	4	90,12	1,2	8	80,4	15
NORVÈGE	5	85,44	0,9	1	92,0	11,5
DANEMARK	6	85,13	1	4	88,5	12
HOLLANDE	7	84,28	1	3,5	84,8	11,5
BELGIQUE	8	83,88	0,9	3,5	89,1	11,5
SLOVÉNIE	9	83,66	0,8	4	88,7	11,5
PORTO RICO /US	10	83,32	2,5	11	67,7	15
MAROC	71	52,84	3,5	18	28,5	12

RÉSULTAT DU MAROC SUR L'INDICATEUR R.I COMPARÉ AUX PAYS DE L'AFRIQUE ET DE LA RÉGION MENA



Afrique

RÈGLEMENT DE L'INSOLVABILITÉ	DB 18	DB 19
Maroc	134	71
Botswana	79	81
Ghana	158	160
Ile-Maurice	36	35
Afrique du Sud	55	66
Rwanda	78	58
Zambie	89	99



MENA

RÈGLEMENT DE L'INSOLVABILITÉ	DB 18	DB 19
Maroc	134	71
Tunisie	63	67
Bahreïn	90	93
Émirats arabes unis	69	75
Algérie	71	76
Oman	98	100
Qatar	116	120
Arabie saoudite	168	168

MENA



MENA	Classement DB 19	FFA	Délai	Coût	Taux de recouvrement	Qualité des procédures judiciaires
Maroc	71	52,84	3,5	18	28,5	12
Tunisie	67	54,19	1,3	7	51,3	8,5
Bahreïn	93	44,57	2,5	9,5	42,2	7
Émirats arabes unis	75	49,67	3,2	20	28,4	11
Algérie	76	49,24	1,3	13,8	50,8	7
Oman	100	42,34	4	3,5	38	7
Qatar	120	38,12	2,8	22	30,2	7

Afrique



Afrique	Classement DB 19	FFA	Délai	Coût (%)	Taux de recouvrement	Qualité des procédures judiciaires
Maroc	71	52,84	3,5	18	28,5	12
Botswana	81	47,99	1,7	18	65,9	4
Ghana	160	24,94	1,9	22	23,1	4
Ile-Maurice	35	69,6	1,7	14,5	67,4	10,5
Afrique du Sud	66	54,49	2	18	34,5	11,5
Rwanda	58	57,2	2,5	29	19,2	15
Zambie	99	42,42	1	9	49,8	5
Djibouti	48	60,85	2,3	11	19,2	15

INDICE DE LA QUALITÉ DU CADRE JURIDIQUE (12 sur 16)

SOUS-INDICATEUR RELATIF À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE	2/3	3/3
	Note DB 2018	Note DB 2019
1- Si les débiteurs peuvent demander l'ouverture des procédures de liquidation et de redressement judiciaires.	0,5	1.0
2 - Si les créanciers peuvent demander l'ouverture des procédures de liquidation et de redressement judiciaires.	0,5	1.0
3- Les critères utilisés pour l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.	1.0	1.0

Indice de la qualité du cadre juridique

INDICE SUR LE TRAITEMENT DES CONTRATS		3/3
	Note DB 2018	Note DB 2019
1- Si le débiteur (ou un représentant de l'insolvabilité en son nom) peut continuer l'exécution de contrats essentiels à la survie de son activité.	1.0	1.0
2- Si le débiteur (ou un représentant de l'insolvabilité en son nom) peut rejeter les contrats excessivement onéreux.	1.0	1.0
3- Si les transactions conclues avant le début de la procédure d'insolvabilité qui privilégient un ou plusieurs créanciers peuvent être dénoncées après l'ouverture de la procédure.	1.0	1.0

Indice de la qualité du cadre juridique

INDICE SUR LE TRAITEMENT DES CONTRATS (SUITE)		2,5/3
	Note DB 2018	Note DB 2019
4- Si les opérations sous-évaluées conclues avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité peuvent être dénoncées après son ouverture.	1.0	1.0
5- Si le cadre juridique de l'insolvabilité comporte des dispositions spécifiques qui permettent au débiteur (ou un représentant de l'insolvabilité en son nom), après le début de la procédure d'insolvabilité, d'obtenir le financement nécessaire à la continuité de son activité au cours de la procédure.	0	1
6- Si le financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité reçoit la priorité sur les créanciers chirographaires ordinaires lors de la distribution des actifs.	0	0,5

Indice de la qualité du cadre juridique

SOUS-INDICATEUR SUR LA PROCÉDURE DE REDRESSEMENT/ RESTRUCTURATION JUDICAIRE		0/3	1,5/3
	Note DB 2018	Note DB 2019	
1- Si le plan de redressement est voté seulement par les créanciers dont les droits sont modifiés ou affectés par le plan.	0.0	0,5	
2- Si les créanciers habilités à voter le plan sont divisés en classes, chaque classe vote séparément et les créanciers au sein de chaque classe sont traités de manière égale.	0.0	0,0	
3- Si le cadre juridique de la procédure d'insolvabilité prévoit que les créanciers qui s'opposent au plan reçoivent autant dans le cadre du plan de redressement que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation.	0.0	1.0	

Indice de la qualité du cadre juridique

Sous-indicateur mesurant la participation des créanciers / Droits des créanciers		0/4	2/4
	Note DB 2018	Note DB 2019	
1- Si les créanciers participent à la sélection du représentant de l'insolvabilité.	0.0	0,0	
2- Si les créanciers doivent approuver la vente d'importants actifs du débiteur dans le cadre de la procédure d'insolvabilité.	0.0	0.0	
3- Si un créancier, personne physique, a le droit d'accéder aux informations sur les procédures d'insolvabilité soit en faisant la demande au représentant de l'insolvabilité ou en examinant les documents officiels.	0.0	1.0	
4- Si un créancier, personne physique, peut s'opposer à une décision du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité relative à l'approbation ou le rejet des réclamations formulées à l'encontre du débiteur, apportées par le créancier lui-même ou par d'autres créanciers.	0.0	1.0	

ANNEXE 3

**LETTRE SUR LE PROJET DE LOI TYPE SUR LA
RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES
JUGEMENTS LIES A L'INSOLVABILITE**



12 FEV. 2018

22 - / 499

A

Monsieur le Ministre de l'Industrie, de l'Investissement,
du Commerce et de l'Economie Numérique
- Secrétariat Général -

Objet : CNUDCI/Projet de loi type sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité.

J'ai l'honneur de vous faire parvenir, ci-joint, copie d'une notification émanant du Secrétaire Général des Nations Unies par laquelle il invite notre pays à communiquer, avant le 13 avril 2018, ses observations sur un projet de loi type sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité, tel qu'approuvé et élaboré par le Groupe de travail V sur le Droit de l'insolvabilité.

A cet effet, ce texte du projet de loi type est disponible sur la page web de la 51^{ème} session de la Commission CNUDCI dans la section « Documents de la Commission » à l'adresse électronique suivante : [http : www.uncitral/commission/session:/51st.html](http://www.uncitral/commission/session:/51st.html)

Je vous prie de bien vouloir tenir ce Département –Direction des Affaires Juridiques et des Traités- informé de la suite que vous jugeriez utile de réserver à ce sujet.

P.J : 01

L'Ambassadeur, Secrétaire Général

Mohammed Ali LAZREQ



Centre international de Vienne
B.P. 500, A-1400 Vienne, Autriche
Téléphone : (+43-1) 26060-4060 Télécopie : (+43-1) 26060-5813
Courriel : uncitral@uncitral.org Internet : <http://www.uncitral.org>

Référence : LA/TL 133 (15)
CU 2018/44/OLA/ITLD

Le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies présente ses compliments à la Mission permanente du Maroc auprès de l'Organisation des Nations Unies et a l'honneur de se référer au mandat que la CNUDCI, à sa quarante-septième session, en 2014, a donné à son Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) d'élaborer une loi type ou des dispositions législatives types prévoyant la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/69/17)*, par. 155). Conformément à ce mandat, le Groupe de travail a élaboré un projet de loi type de sa quarante-sixième session (Vienne, décembre 2014) à sa cinquante-deuxième session (Vienne, décembre 2017). À sa cinquante-deuxième session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser le projet de loi type sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité en tenant compte de ses délibérations et décisions à cette session et de transmettre le texte révisé aux États Membres pour observations, avant de le soumettre à la Commission pour examen à sa cinquante et unième session en 2018.

Le Secrétariat a l'honneur d'inviter le Gouvernement à soumettre des observations sur le projet de loi type sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité, tel qu'approuvé par le Groupe de travail. Le texte du projet de loi type a été posté, dans les six langues des Nations Unies, sur la page de la cinquante et unième session de la Commission dans la section « Documents de la Commission » sur le site Web de la CNUDCI (<http://www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/51st.html>). Il figure aussi en annexe du document A/CN.9/931, rapport sur la cinquante-deuxième session du Groupe de travail.

Le Secrétariat serait reconnaissant au Gouvernement de formuler sur les diverses dispositions des observations précises et succinctes qui seront soumises à la Commission. Le Secrétariat se réserve le droit de résumer les observations reçues des gouvernements si cela est nécessaire pour respecter les directives relatives à la longueur de la documentation énoncées par l'Assemblée générale.

Mission permanente du Maroc auprès de l'Organisation des Nations Unies
New York, NY
Etats-Unis d'Amérique

Pour que les observations puissent être compilées, traduites et distribuées à temps pour examen par les autres délégations avant la session de la Commission, il conviendrait qu'elles parviennent à M^{me} Anna Joubin-Bret, Secrétaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Centre international de Vienne, B.P. 500, 1400 Vienne (Autriche) (courriel : uncitral@uncitral.org ; télécopie : (+43-1) 26060-5813), dès que possible et **au plus tard le 13 avril 2018**.

Le Gouvernement souhaitera peut-être suggérer des modifications d'ordre linguistique en vue de la cohérence du texte dans les différentes langues. Ces suggestions seront examinées lors de la finalisation du texte dans les six langues des Nations Unies, en particulier par un groupe de rédaction qui pourra être établi à cette fin par la Commission à sa cinquante et unième session. Toutefois, les suggestions d'ordre linguistique ne seront pas distribuées pour examen par les autres délégations avant la session de la Commission et la Commission n'en sera pas saisie lors de l'examen sur le fond du projet de loi type.

Le 7 février 2018

LR

ANNEXE 4

Circulaire

بسم الله الرحمن الرحيم

الرباط في 22 شوال 1431
الموافق لـ : فاتح أكتوبر 2010

المملكة المغربية
الوزير الأول
منشور رقم 10/2010

إلى

السيدان وزير الدولة
والسيدات والسادة الوزراء وكتاب الدولة
والمندوبين السامين والمندوب العام

الموضوع : النشر الإلكتروني لبعض مشاريع النصوص التشريعية
والتنظيمية.

سلام تام بوجود مولانا الإمام،

وبعد، فتطبيقاً لأحكام اتفاقية التبادل الحر التي أبرمتها المملكة المغربية مع الولايات المتحدة الأمريكية، ولا سيما أحكام الباب 18 منها، تم إصدار المرسوم رقم 2.08.229 بتاريخ 25 من جمادى الأولى 1430 (21 ماي 2009) المتعلق بإحداث مسطرة لنشر مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية، والذي نشر في الجريدة الرسمية عدد 5744 بتاريخ 8 يونيو 2009.

وقد نص المرسوم المذكور الذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من 18 ديسمبر 2009، على إجراءات وتدابير محددة لتطبيق مسطرة النشر الإلكتروني بموقع الأمانة العامة للحكومة على الأنترنت، لجميع مشاريع القوانين والمراسيم والقرارات والمقررات الإدارية التي تتعلق بالقطاعات والمجالات الواردة في الاتفاقية السالفة الذكر، وذلك من أجل إتاحة إمكانية للأشخاص المهتمين لإبداء تعاليق بشأنها.

ويتعلق الأمر بمشاريع النصوص التي تخص القطاعات والمجالات التالية :

- تجارة البضائع بما فيها تجارة المنتجات الفلاحية ومنتجات النسيج ؛
- تجارة الخدمات بما فيها الخدمات المالية والمواصلات ؛
- جميع الإجراءات التجارية بما فيها الإجراءات الصحية والسلامة النباتية وقواعد المنشأ والإدارة الجمركية والعوائق التقنية للتجارة والإجراءات الحمائية والمعايير والمواصفات القياسية ؛
- الصفقات العمومية والاستثمار والتجارة الإلكترونية وحقوق الملكية الفكرية، والبيئة وقانون الشغل.

وليتسنى التقيد بأحكام المرسوم المذكور وفق مسطرة محددة وواضحة، فقد نصت المادة 4 منه، على إحداث لجنة يترأسها ممثل عن الأمين العام للحكومة، وتضم في عضويتها ممثلين عن الوزارات المكلفة بالشؤون الخارجية والتعاون، والتجارية الخارجية، والمالية، بالإضافة إلى ممثل عن كل قطاع من القطاعات المعنية بمشروع النص المراد نشره.

وقد عهد إلى هذه اللجنة إبداء الرأي بشأن ما إذا كانت مشاريع النصوص الحالية إليها تندرج ضمن القطاعات والمجالات المذكورة أعلاه، ليتم نشرها في الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للحكومة، وإتاحة الفرصة لكل من يهمه الأمر للتعليق على مشروع النص المنشور، وذلك خلال مدة لا تقل عن خمسة عشر يوما ما عدا في حالات الاستعجال.

ومن أجل ذلك، قامت الأمانة العامة للحكومة، في الوقت المحدد، بإحداث نافذة خاصة بموقعها الإلكتروني لنشر مشاريع النصوص المتعلقة بالمجالات التي سبق ذكرها.

وعليه، قاتني أهيب بالسيد وزير الدولة والسيدات والسادة الوزراء
وكتاب الدولة والمندوبين السامين والمندوب العام إلى أن يوجهوا كل مشاريع
القوانين أو المراسيم أو القرارات أو المقررات التي تتعلق بموضوعها بأحد
القطاعات أو المجالات المذكورة أعلاه، محررة باللغتين العربية والفرنسية،
ومكتوبة على الورق وعلى حامل إلكتروني، مع ضرورة إرفاق كل مشروع من
هذه المشاريع بملزمة تحدد موضوعه، ومختلف الأوجه التي يغطيها،
والإضافات التي جاء بها، وكذا أهم التغييرات التي يدخلها، مع الإشارة إلى
مراجع الاتصال بالمصلحة التي أعدت مشروع النص، بما فيها عنوانها
الإلكتروني.

كما أطلب منكم التقيد بالمادة السابعة من المرسوم السالف الذكر،
وذلك بإصدار تعليماتكم إلى المصالح المختصة التابعة لكم من أجل تتبع
التعليق المتلقاة وتلخيصها والإجابة عنها بكيفية عامة وإعداد مشروع نص
جديد عند الاقتضاء، يأخذ بعين الاعتبار التعليقات التي تم قبولها.

ومع خالص التحيات والسلام.

الوزير الأول،

الإمضاء : عباس الفاسي.

ANNEXE 5

PROJET DE DECRET RELATIF A L'OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA DELINQUANCE

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المملكة المغربية



وزارة العدل

مُدرِّبَةُ التَّشْرِيعِ

مشاريع قوانين

تنتظر الإحالة إلى البرلمان

(وعددتها 10 عشرة مشاريع)

5. مشروع مرسوم ينظم المرصد الوطني للإجرام

- أحيل مشروع هذا المرسوم إلى الأمانة العامة للحكومة بتاريخ 1 شتنبر 2016 ؛
- تم إنهاء مناقشته.

الصيغة الكاملة للمشروع

الباب الأول : المرصد ومهامه

المادة 1

يحدث بوزارة العدل والحريات "مرصد وطني للإجرام"، يقصد به في مواد هذا القانون "المرصد".

المادة 2

يعتبر المرصد الوطني للإجرام إطارا لرصد وتتبع تطور مؤشرات الجريمة على المستوى الوطني، واقتراح السبل الكفيلة بالوقاية والحد من مخاطرها، ولهذا الغرض يناط به القيام بما يلي :

أولا :

- رصد تطور الجريمة وتحليل أسبابها وتقديم الحلول والمقترحات الكفيلة بمعالجتها، ورفع توصيات بهذا الشأن إلى وزير العدل والحريات ؛
- القيام بالأبحاث والدراسات التي من شأنها الوقاية والحد من مظاهر الجريمة ؛
- المساهمة في وضع استراتيجية وطنية بالتنسيق مع مختلف المتدخلين من أجل وضع البرامج الكفيلة بالوقاية من الجريمة ؛
- القيام بالدراسات السوسيو جنائية حول ظاهرة الجريمة وحالة العود واقتراح الحلول الكفيلة بمعالجتها ؛ بمبادرة منه أو بطلب من وزير العدل والحريات ؛
- القيام بدراسات ميدانية وعلمية بشأن العقوبة وطرق تنفيذها ؛
- تقديم اقتراحات بشأن التجريم والعقاب ؛
- إبداء الرأي حول مشاريع النصوص التشريعية ذات الطابع الجزري.

ثانيا :

- تجميع المعطيات الإحصائية المتعلقة بالجريمة، بتعاون وتنسيق مع باقي الجهات القضائية والإدارية والأمنية، والاستعانة بالدراسات والإحصائيات المتوفرة لدى الجهات المعنية بمكافحة الجريمة ووضع مؤشرات تطورها ؛
- إعداد قاعدة بيانات بالمعطيات الإحصائية الخاصة بالجريمة.

ثالثا :

- تنظيم الملتقيات العلمية والندوات التي تعنى بالظاهرة الإجرامية والسياسة الجنائية على المستويين الوطني والدولي والمشاركة فيها ؛
- تنظيم دورات تكوينية لفائدة المهتمين والباحثين والممارسين في مجال تخصصات العلوم الجنائية ؛
- التعاون مع المراسد والمعاهد الدولية المهتمة بقضايا الإجرام ؛
- نشر الأبحاث والدراسات التي تعنى بقضايا الإجرام.

المادة 3

يقوم المرصد بإعداد تقرير سنوي يتضمن خلاصة أنشطته وتوصياته يتم عرضه على أنظار وزير العدل.

يقوم وزير العدل بإحالة التقرير السنوي إلى رئيس الحكومة، و رئيس النيابة العامة والوزير المكلف بالداخلية والبرلمان؛
يمكن النشر الكلي أو الجزئي للتقرير أو الملخصه.

الباب الثاني : تأليف المرصد واختصاصاته

يتألف المرصد من مجلس إداري ومصالح إدارية.
ولهذا الغرض توضع رهن إشارة المرصد الموارد البشرية والوسائل المادية للقيام بالمهام المنوطة به.

المادة 4

تحدث بالهيئة الإدارية للمرصد، وأقسام ومصالح إدارية من أجل ضمان حسن تصريف أشغاله وذلك بمقتضى قرار للسلطة الحكومية المكلفة بالعدل.
يمكن كذلك أن تحدث داخل بنية المرصد لجان موضوعاتية تضطلع بأداء مهامه وتحقيق أهدافه .
يحدد تأليف واختصاصات هذه اللجان من طرف مجلس الإدارة .

المادة 5

يرأس المرصد مدير يتم تعيينه من رئيس الحكومة باقتراح من وزير العدل.

المادة 6

يتكون المجلس الإداري بالإضافة إلى الرئيس من ممثلين عن :

أولاً : القطاعات الحكومية التالية :

1) السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية ؛

- (2) السلطة الحكومية المكلفة بالشباب والرياضة ؛
- (3) السلطة الحكومية المكلفة بالصحة ؛
- (4) السلطة الحكومية المكلفة بالأسرة والتضامن ؛
- (5) السلطة الحكومية المكلفة بالفلاحة ؛
- (6) السلطة الحكومية المكلفة بالمالية ؛
- (7) السلطة الحكومية المكلفة بالاتصال ؛
- (8) السلطة الحكومية المكلفة بالعدل العسكري ؛
- (9) المديرية العامة للأمن الوطني ؛
- (10) المديرية العامة لمراقبة التراب الوطني ؛
- (11) القيادة العليا للدرك الملكي ؛
- (12) المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج ؛
- (13) الإدارة العامة للجمارك.

كما يتألف مجلس الإدارة أيضا من القطاعات التالية :

ثانيا: القضاء

- رئيس غرفة بمحكمة النقض ، يعين من قبل الرئيس الأول لمحكمة النقض ؛
- محامي عام بمحكمة النقض ، يعين من قبل الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض ؛
- و كيلان عامان للملك لدى محاكم الاستئناف ، يتم تعيينهما من قبل الوكيل العام للملك رئيس النيابة العامة.

ثالثا: البحث العلمي والتعليم العالي

- أستاذ جامعي بإحدى كليات الحقوق مشهود له بكفاءته في علوم الإجرام ، يعين من قبل وزير التعليم العالي والبحث العلمي و تكوين الأطر ؛

- أستاذ جامعي بإحدى كليات الآداب مشهود له بكفاءته في علم الاجتماع، يعين من قبل وزير التعليم العالي والبحث العلمي و تكوين الأطر؛
- أستاذ جامعي مشهود له بكفاءته في علم الإحصاء، يعين من قبل وزير التعليم العالي والبحث العلمي و تكوين الأطر؛
- أستاذ جامعي بإحدى كليات الآداب مشهود له بكفاءته في علم النفس، يعين من قبل وزير التعليم العالي والبحث العلمي و تكوين الأطر.

رابعاً: الهيئات الوطنية

- ممثل عن المندوبية السامية للتخطيط؛
- ممثل عن المجلس الوطني لحقوق الإنسان؛
- ممثل عن مؤسسة محمد السادس لإعادة إدماج السجناء؛
- ممثل عن الهيئة الوطنية للنزاهة و الوقاية من الرشوة و مكافحتها؛
- ممثل عن وسيط المملكة.

خامساً: هيئات المحامين

- نقيب للمحامين، يعين من قبل رئيس جمعية هيئة المحامين بالمغرب.

المادة 7

إذا فقد عضو من أعضاء المجلس الإداري عضويته لسبب من الأسباب، يتم تعويضه بعضو آخر من طرف الجهة المعنية التي لها صلاحية التعيين.

المادة 8

يعين أعضاء المجلس الإداري لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد بناء على اقتراح من طرف الجهة التي ينتمي إليها المعني بالأمر.

المادة 9

يمكن لرئيس المجلس الإداري أن يدعو لحضور اجتماعات المجلس على سبيل الاستشارة كل شخص يرى فائدة في حضوره.

المادة 10

اختصاصات المجلس الإداري

يتمتع المجلس الإداري بالصلاحيات اللازمة لإدارة المرصد، ويتداول في القضايا المتعلقة بمهامه وحسن تدبيره.

ولهذا الغرض يعهد لمجلس الإدارة القيام بما يلي :

- الموافقة على النظام الداخلي للمرصد و تعديله ؛
- الموافقة على البرنامج السنوي لأنشطة المرصد ؛
- المصادقة على الدراسات و الأبحاث التي يقوم بها المرصد ؛
- تقديم مقترحات بشأن مكافحة الجريمة و الوقاية منها ؛
- إحداث لجان موضوعاتية داخل المرصد وتحديد اختصاصاتها ؛
- المصادقة على اتفاقيات التعاون التي يبرمها المرصد مع المؤسسات أو المراسد الأخرى ذات الأهداف المشتركة ؛
- المصادقة على انضمام المرصد للمؤسسات و الهيئات الدولية ؛

المادة 11

يجتمع المجلس الإداري مرة كل ستة أشهر في السنة، ويمكنه أن يجتمع كلما دعت الحاجة إلى ذلك أو لمناقشة مهامه بطلب من رئيسه.

ينعقد المجلس الإداري بحضور نصف أعضائه على الأقل ويعين الرئيس من بين أعضاء المجلس مقررا للاجتماع.

تتخذ قرارات مجلس الإدارة بالأغلبية المطلقة لأعضائه الحاضرين ، و في حالة تعادل الأصوات يرجح الجانب الذي ينتمي إليه الرئيس .

إذا لم يكتمل النصاب القانوني المطلوب لكي انعقد مجلس الإدارة ، يقوم رئيس المرصد بتوجيه دعوة ثانية للمجلس من أجل الانعقاد ، وبعد مرور أجل 10 أيام من هذا التاريخ انعقد المجلس ويكون انعقاده في هذه الأحوال صحيحا بغض النظر عن نسبة الحضور .

المادة 12

تكون مهام أعضاء المجلس إداري للمرصد مجانية ، غير أنه يمكنهم أن يتقاضوا تعويضات عن الأعمال والأنشطة والتنقلات التي يقومون بها ، يتم تحديدها بنصوص تنظيمية .

المادة 13

يتمتع مدير المرصد أثناء ممارسة مهامه بالصلاحيات الكافية لتسيير شؤون المرصد ، ولهذا الغرض يقوم بما يلي :

- تسيير شؤون المرصد الإدارية والمالية ؛
- إعداد مشروع البرنامج السنوي لأنشطة المرصد ؛
- إعداد مشروع ميزانية المرصد ؛
- تنفيذ قرارات مجلس إدارة المرصد وقرارات لجانه ؛
- إبرام الاتفاقيات باسم المرصد بعد موافقة مجلس الإدارة ؛
- اقتراح التدابير الكفيلة بتحسين تدبير المرصد وعرضها على مجلس الإدارة ؛
- تقديم تقرير سنوي حول أنشطة المرصد إلى المجلس الإداري ؛
- الإشراف على عمل اللجان الموضوعاتية التي يتم إحداثها داخل المرصد .

الباب الثالث : ميزانية المرصد

المادة 14

تدرج الاعتمادات الضرورية لسير المرصد وإنجاز مهامه ضمن "ميزانية وزارة العدل و الحريات
يكون مدير المرصد هو الأمر بصرف الاعتمادات المذكورة ويمكنه أن يعين الأمين العام للمرصد
أمرا مساعدا بصرف هذه الاعتمادات.

يتم إعداد برنامج صرف الاعتمادات على أساس قائمة بنود الميزانية المقترحة من قبل المرصد .
يمكن للمرصد الاستفادة من هبات أو منح الهيئات الوطنية والأجنبية العمومية أو الخاصة.

المادة 15

يمكن للمرصد أن يستعين بخبراء وبمقدمي خدمات للقيام بالمهام المنوطة به بموجب هذا المرسوم.
يمكن للمرصد أن يبرم صفقات تقديم خدمات وفق الصفقة التفاوضية المنصوص عليها في البند
2 من المادة 71 من المرسوم رقم 2.06.388 الصادر في 16 من محرم 1428 (5 فبراير 2007)
بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها.

المادة 16

يخضع تنفيذ ميزانية المرصد للمراقبة البعدية التي يكون الغرض منها التأكد من مطابقة تدبيره
للمهام المنوطة به والأهداف المرسومة ومن صحة الإجراءات المتخذة من لدن المدير فيما يتعلق بالتدبير
المالي والمحاسبي.

المادة 17

يتعين على إدارات الدولة والمؤسسات العامة والمرافق العمومية أن تقدم المساعدة للمرصد عندما
يطلب منها ذلك ولاسيما من خلال موافاته بالوثائق والمعطيات الضرورية للقيام بمهامه.

ANNEXE 6

TABLEAU COMPARATIF DES ATTRIBUTIONS DES ORGANES DE PROCEDURE AU MAROC ET EN FRANCE⁶⁶²

⁶⁶² SOURCE : BASSAMAT & LARAQUI

Attributions du Tribunal de commerce

Maroc	France
⇒ Procédure de sauvegarde : - Approuve le plan de sauvegarde ; - Peut proroger la durée de l'élaboration du plan de sauvegarde ; - Fixe la durée de l'exécution du plan de sauvegarde ; - En cas d'inexécution, ordonne la résolution du plan et sa conversion en redressement ou en liquidation ; - Prononce la clôture de la sauvegarde. ⇒ Procédure de redressement et de liquidation judiciaire : - Statue sur la demande, ordonne toute expertise, exerce un droit de communication auprès des tiers ; - Saisine d'office pour l'ouverture de la procédure ; - Ordonne l'extension de la procédure de redressement et la cessation partielle ou totale de l'activité et prononce la liquidation ; - Modifie la mission du syndic ; - Proroge le délai de préparation de la solution imparti au syndic ; - Ordonne le changement du dirigeant et l'incessibilité des actions en vue de l'adoption du plan, et la constitution d'une assemblée des créanciers pour les cas où elle n'est pas obligatoire ; - Approuve le plan de continuation et sa durée ou/et le plan de cession ; - Approuve des décisions de l'assemblée des créanciers dans le cas de modification du plan de continuation ; - Décide du choix de la solution : continuation, cession ou liquidation et résolution du plan de continuation en cas d'inexécution ; - Ordonne l'incessibilité des biens nécessaires à la continuation ; - Autorise les licenciements et la résolution des contrats de fourniture et la continuité provisoire de l'entreprise, objet de liquidation judiciaire ; - Ordonne la clôture des procédures.	→ Mêmes attributions qu'au Maroc outre : - En charge des recours formés contre les décisions du juge-commissaire ; - Peut suppléer le juge-commissaire.

Attributions du Président du Tribunal

Maroc	France
Compétence en matière de prévention externe : saisine et suivie, Compétence exclusive dans l'ouverture et le déroulé des procédures de prévention (mandataire spécial et conciliateur) et la procédure de sauvegarde Renvoi l'affaire devant le Tribunal en cas d'inexécution de l'accord conclu dans le cadre de la conciliation	Mêmes attributions qu'au Maroc outre : Arrêter les honoraires des mandataires de justice, par voie d'ordonnance.

Attributions du Juge commissaire

Maroc	France
⇒ Mission générale de surveillance de la procédure : - Surveiller l'activité du personnel de la procédure et essayer d'établir un point d'équilibre ; - Nommer le représentant des créanciers à savoir les contrôleurs ; - Proposer la révocation du syndic et du contrôleur ; - Statuer sur les contestations formulées à l'encontre des décisions du syndic, du contrôleur et du liquidateur ; - Statue comme juridiction de premier degré sur l'admission des créances. Sa décision est susceptible de recours devant le tribunal de commerce ; - Autorise les actes qui dépassent le périmètre d'action du syndic sans aller jusqu'à requérir l'intervention du tribunal. (ex. constitution d'hypothèque par le syndic ou le débiteur ; - Arbitre entre les différentes offres d'achat en fonction des solutions présentées par les cessionnaires vis-à-vis de l'emploi ; - Décide de la forme de la cession en matière de liquidation : vente aux enchères publiques ou de gré à gré.	Mêmes attributions qu'au Maroc outre : - Transmission des informations aux mandataires.

	Catégories & Formations des magistrats			
	Maroc		France	
	Catégorie	Formation	Catégorie	Formation
Tribunal de commerce	Magistrats de carrière	- Formation initiale (ISM) généraliste. - Absence de spécialisation - Absence de formation continue.	- Juges consulaires (des chefs d'entreprise élus par leurs pairs). - Bénévoles qui assurent une mission de service public.	Initiale, continue et spécialisée au monde de l'entreprise (Finances, comptabilité, gestion, restructuration, etc.).
Juge commissaire	Magistrats de carrière	- Formation initiale (ISM) généraliste. - Absence de spécialisation - Absence de formation continue.	Magistrat de carrière élu pour quatre ans par l'assemblée générale des juges.	
Président du Tribunal	Magistrat de carrière (souvent inamovible) proposé par le conseil supérieur du pouvoir judiciaire et validé par le souverain.		Magistrat de carrière élu pour quatre ans par l'assemblée générale des juges.	

Formations du syndic			
Maroc		France	
Catégorie	Formation	Catégorie	Formation
Greffier ou expert-comptable assermentée auprès des tribunaux.	Aucune formation spécifique.	Auxiliaires de justice accomplissant une mission de service public. Le mandataire judiciaire et L'Administrateur judiciaire.	- Titulaire d'un Bac +4 (droit, économie, comptables et financières, certificat d'aptitude aux fonctions de CAC, droit et gestion entreprise). - Examen dit « d'accès au stage professionnel ». - Stage de 3 ans minimum à 6 ans avant de passer l'examen professionnel d'aptitude aux fonctions d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire. - Soumis à une déontologie et à un contrôle exercé par le Conseil national des administrateurs et mandataires judiciaires. - Formation professionnelle continue leur permettant d'entretenir et de perfectionner leurs connaissances (juridique, économique, financier, comptable, social et déontologie). - Prestation de serment. - Rémunération sur la base de droits fixes en fonction de la nature de l'affaire mais également des droits proportionnels sur certaines opérations qu'il réalise.

ANNEXE 7

JURISPRUDENCE

حكم رقم: 135
بتاريخ: 2018/11/05
ملف رقم: 2017/8321/171



المملكة المغربية
السلطة القضائية
محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء
البيضاء
المحكمة التجارية بالدار البيضاء



أصل الحكم المحفوظ بكتابة الضبط

بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء

باسم جلالة الملك و طبقا للقانون

اريخ 05-11-2018

أصدرت المحكمة التجارية بالدار البيضاء

لاء

وهي مؤلفة من السادة:

المهدي سالم رئيسا ومقررا .

دامية شهبو عضوة .

حمزة وعبي عضوا .

بحضور خليل الحودي ممثلا للنيابة العامة

بمساعدة حسن مسافر كاتب

الضبط

في جلستها العلنية الحكم الآتي

نص

هـ:

بين: سنديك التصفية القضائية لشركة سامير السيد عبد
الكبير صفادي الكائن بمصلحة صعوبات المقاول
بكتابة ضبط هذه المحكمة .

نائبه الأستاذ المقدم بشراوي المحامي بهيئة الدار
البيضاء . من جهة

وبين:

1 - السيد محمد جمال با عامر، بصفته مديرا عاما
لشركة سامير، الكائن بالطريق الساحلية المحمدية .



نائبه الأستاذ العربي الشرايبي ، و الأستاذ المهدي مغميمة ، و الأستاذ عبد الرحمان الخياطي المحامون بهيئة الدار البيضاء .

2 - السيد محمد حسين العمودي ، بصفته رئيس مجلس إدارة شركة سامير الكائن بالطريق الساحلية المحمدية .

3 - السيد بسام أبو ردينه ، BASSAM ABURDENE بصفته عضو مجلس الإدارة لشركة سامير الكائن بالطريق الساحلية المحمدية .

4 - السيد لارسنيلسون ، LARS NELSON بصفته عضو مجلس الإدارة الكائن لشركة سامير الكائن بالطريق الساحلية المحمدية .

5 - السيد جورج سالم ، George SALEM بصفته عضو مجلس الإدارة لشركة سامير الكائن بالطريق الساحلية المحمدية .

6 - السيد غازي محمد حبيب بصفته عضو مجلس الإدارة لشركة سامير الكائن بالطريق الساحلية المحمدية .

7 - السيد جون أوزوولد ، بصفته عضو مجلس الإدارة لشركة سامير الكائن بالطريق الساحلية المحمدية .

8 - السيد جاسون ميلازو ، JASON MILAZZO بصفته عضو مجلس الإدارة لشركة سامير الكائن بالطريق الساحلية المحمدية .

9- السيد مصطفى أمهال الكائن برقم 106 شارع غاندي الدار البيضاء .

نائبه الأستاذ جلال محمد أمهمول المحامي بهيئة الدار البيضاء .

10- السيد محمد حسن بنصالح الكائن برقم 20 شارع مصطفى المعاني الدار البيضاء .



نائبه الأستاذ محمد منير ثابت المحامي بهيئة الدار البيضاء .

10 - شركة سلام غاز ش م في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي بالطريق الساحلية المحمدية .

نائبها الأستاذ حميد الأندلسي و الأستاذ هشام الناصري و الأستاذ ياسر غربال المحامون بهيئة الدار البيضاء .

11 - شركة توزيع الوقود و المحروقات SDCC ش م في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها بالطريق الساحلي رقم 111 المحمدية .

نائبها الأستاذ طيب محمد عمر المحامي بهيئة الدار البيضاء .

12 - الشركة المغربية لنقل و تخزين المواد البترولية TSPP ش م في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي بالطريق الساحلية المحمدية .
نائبها الأستاذة سليمة بكوشي و كمال حبشي المحاميان بهيئة الدار البيضاء .

13 - شركة كورال أوطيل ريزورت كومباني ، ش م م في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي برقم 19 شارع عبد المومن الدار البيضاء .

نائبها الأستاذ العربي الشرايبي ، و الأستاذ المهدي مغيمية ، و الأستاذ عبد الرحمان الخياطي المحامون بهيئة الدار البيضاء .

14 - الشركة الفندقية سامير ش م في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي بالطريق الساحلية المحمدية . من جهة أخرى



- البنك المغربي للتجارة و الصناعة ش م في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي برقم 26 ساحة الأمم المتحدة الدار البيضاء .
- شركة مصرف المغرب ش م في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي برقم 48-58 شارع محمد الخامس الدار البيضاء .
- شركة ب . ان . ب باريباس ش م في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي برقم 27 شارع الإيطاليين باريس فرنسا .
- نائبهما الأستاذ عز الدين بن كيران المحامي بهيئة الدار البيضاء .
- المكتب الوطني للكهرباء و الماء الصالح للشرب في شخص ممثله القانوني الكائن مقرها الاجتماعي برقم 65 زنقة عثمان بن عفان الدار البيضاء .
- الشركة العامة المغربية للأبنك في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي برقم 55 شارع عبد المومن الدار البيضاء .
- شركة أ ل د أوطوموتيف في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي بكلم 10 طريق الجديدة لياسة الدار البيضاء .
- شركة سوكاديل في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي برقم 63 زنقة بيرون بلفدير الدار البيضاء
- شركة كادر أون ميسيون في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي
- نائبهم الأستاذ عراقي حسيني نور الدين المحامي بهيئة الدار البيضاء .



- البنك العربي ش م الكائن مقرها في شخص ممثلها
القانوني الكائن الاجتماعي برقم 174 شارع محمد
الخامس الدار البيضاء .
نائبها الأستاذ عبد العلي قصار والشركاء
المحامون بهيئة الدار البيضاء بصفتهم متدخلين
إراديا في الدعوى

- 1 - البنك الشعبي المركزي ش م في شخص ممثلها
القانوني الكائن مقره الاجتماعي برقم 101 شارع محمد
الزرقطوني الدار البيضاء .
نائبته الأستاذة بسمات و العراقي المحاميتان بهيئة
الدار البيضاء .
- 2 - إدارة الجمارك و الضرائب غير المباشرة
بالرباط في شخص ممثلها القانوني .
- 3 - السيد حسين اليماني مندوب الأجراء بشركة سامير

بصفتهم مراقبين في المسطرة



ثانيا : بخصوص طلبات تمديد مسطرة التصفية القضائية لاختلاط الذمم :

حيث التمس السنديك تمديد مسطرة التصفية القضائية المفتوحة في حق شركة سامير إلى كل من الشركة الفندقية سامير ، و شركة كورال ريزورت كومباني ، و الشركة المغربية لنقل و تخزين المواد البترولية ، و شركة سلام غاز و شركة توزيع الوقود و المحروقات نظرا لتداخل الذمم بينها و بين شركة سامير .

و حيث إن طلب السنديك يندرج في إطار مقتضيات المادة 585 مدونة التجارة التي نصت على أنه "يمكن تمديد المسطرة إلى مقاول أو مقاولات أخرى بسبب تداخل ذممها المالية مع الزمة المالية للمقاول الخاضعة للمسطرة ، أو بسبب صورية الشخص الاعتباري ، و يتم تمديد المسطرة بطلب من السنديك أو رئيس المقاول الخاضعة للمسطرة أو النيابة العامة أو تلقائيا من قبل المحكمة " .

و حيث إن البت في طلب السنديك يقتضي البحث في ثبوت واقعة اختلاط الذمم بين شركة سامير و بين كل شركة من الشركات المشار إليها أعلاه استنادا إلى الوقائع التي ساقها كلا من السنديك في طلبه و القاضي المنتدب في تقريره المقدم إلى غرفة المشورة .

1 : بخصوص طلب تمديد مسطرة التصفية القضائية لشركة كورال أوطيل و الشركة الفندقية سامير .

حيث أكد السنديك في طلبه أن شركة سامير قامت بتاريخ 28-12-2006 بإبرام معاهدة اتفاق مع شركة كورال أوطيل ريزورت كومباني ، و هي شركة ذات مسؤولية محدودة يسيرها السيد جمال محمد با عامر انصبت على بيع 48.831 سهما مملوكة لشركة سامير في رأسمال الشركة السياحية سامير لفائدة شركة كورال أوطيل ريزورت كومباني ، و حدد ثمن البيع في مبلغ 65.924.446.99 درهما ، مفصلة على جزئين الجزء الأول يتمثل في مبلغ 30.000.000.00 درهما ، و هو المبلغ الواجب أدائه نقدا ، و حالا ، و الجزء الثاني هي الديون التي يجب تحملها و قدرها 35.924.446.99 درهما ، و أنه تم توقيع العقد من طرف السيد جمال محمد با عامر بصفته مديرا عاما لشركة سامير ، و مسيرا لشركة كورال ريزورت كومباني نيابة عن البائعة و المشتري ، و بناء على ذلك استصدر السيد جمال با عامر بصفته رئيس المجلس الإداري للشركة السياحية سامير ، و مسيرا لشركة كورال و مديرا عاما لشركة سامير 6 كمبيالات بمبلغ إجمالي قدره 65.924.000.00 درهما باسم الشركة الفندقية سامير لتحل محل شركة كورال أوطيل ريزورت كومباني لأداء ثمن التفويت بدلا من تسليم الكمبيالات لشركة سامير ، إلا أن السيد جمال با عامر و السيد محمد حسين العمودي لم يقوموا بدفع الكمبيالات للاستخلاص و تم الاحتفاظ بها في خزانة الشركة إلى أن طالها التقادم و بالتالي يكون السيد جمال با عامر قام بخلط الذمم المالية للشركات الثلاث .

و حيث حجت شركة كورال أوطيل ريزورت بأن ثمن التفويت حدد في مبلغ 30.000.000.00 درهما و أن الباقي هو ديون التزمت

بأدائها ، و أن ثمن التفويت كان موضوع مراسلات بين الطرفين قصد منح أجل للوفاء و على إثر ذلك تم أداؤه عن طريق اقتطاع شركة سامير لهذا المبلغ بمقتضى قرار الجمع العام المنعقد بتاريخ 20-05-2014 عن الربحية العائدة لشركة كورال هولدينغ ، أما باقي الديون الأخرى المشار إليها فقد تمت معالجتها محاسبيا و تقييدها بالحركة المدينة للشركات ، أما بخصوص المبالغ التي يدعي السنديك تسديدها من طرف شركة سامير خلال سنة 2008 في وقت لم تعد تربطها أية علاقة بالشركة الفندقية سامير فإن شركة كورال تبقى بعيدة كل البعد عنها .

و حيث إن اختلاط الذمم أو تداخلها الموجب لتمديد مسطرة التصفية القضائية هو معايينة وجود ترابط و اختلاط بين عدة ذمم مالية حقيقية كما لو كان الأمر يتعلق بذمة مالية واحدة ، و إلى حد يصعب معه على الإنسان ذي التجربة و الخبرة أن يميز كل ذمة مالية على الأخرى ، و أن تداخل الذمم المبرر لتمديد المسطرة يتمثل أساسا في اختلاط أصول أو خصوم مقاولتين أو عدة مقاولات أو وجود تنقلات مالية غير عادية بين عدة مقاولات و التي ما كان لها أن توجد لو كانت كل مقاولة تتمتع بذمة مالية مستقلة ، و أن من مظاهر هذه التنقلات تحمل مقاوله لمصاريف و تكاليف مقاوله أخرى أو استخلاص فواتير لفائدة مقاوله أخرى .

و حيث يتبين من نسخ الشيكات ، و الكمبيالات ، و الفواتير ، و الأوامر بالأداء المدلى بها من طرف سنديك التصفية القضائية لشركة سامير ضمن المرفق رقم 35 تحت عنوان التحملات المستخرجة من الدفاتر التجارية لشركة سامير أن هذه الأخيرة و على الرغم من بيع أسهمها في الشركة الفندقية سامير لفائدة شركة كورال أوطيل استمرت في أداء حملات الشركة السياحية سامير على الشكل التالي : مبلغ 80.725.00 درهما لفائدة قابض إدارة الضرائب بالمحمدية بواسطة الشيك عدد 7377262 ، و أداء مبلغ 6.919.275.00 درهما لفائدة نفس القابض بواسطة الشيك عدد 7377263 و أداء مبلغ 5.000.000.00 درهما لفائدة نفس القابض بواسطة كمبيالة صادرة عن شركة سامير

بتاريخ 10-03-2008 ، إضافة إلى تحمل شركة سامير الفاتورة رقم 012008 بمبلغ 5.545.908.71 درهما موضوع أمر بالأداء لفائدة شركة ، URBAGEC ، و تحملها مبلغ 84.892.00 درهما لفائدة قابض المحمدية موضوع بيان الدفع رقم 090491 ، و تحملها فاتورة أتعاب رقم 2 بمبلغ 270.454.91 درهما موضوع أمر بالأداء لفائدة شركة TECHNIPROJET ، و مبلغ 14.400.00 درهما أتعاب الخبير الريب مصطفى ، و مبلغ 480.000.00 درهما لفائدة المهندسين بلمليح و بلحاج بمناسبة تتبع أشغال التهيئة و البناء المنجزة بالشركة السياحية سامير ، و تحمل شركة سامير كذلك الفاتورة عدد 032008 بمبلغ 4.600.374.14 درهما لفائدة شركة URBAGEC عن أشغال التهيئة و البناء و مصاريف الموثق الأستاذ عبد اللطيف ياكو بمبلغ 13.044.00 درهما ، و المحافظة العقارية بمبلغ 862.300.00 درهما .

و حيث إن استمرار شركة سامير في أداء تحملات الشركة الفندقية سامير بدلا من شركة كورال أوطيل ريزورت بعد تمام بيع الأسهم يشكل مظهرا من مظاهر التنقلات المالية غير العادية الذي يثبت تداخل الذمم حسب تعريف القضاء التجاري لاختلاط الذمم المشار إليه .

و حيث إن تمسك الشركة كورال أوطيل ريزورت بأنها بعيدة كل البعد عن هذه العملية لا يسعفها أمام ثبوت أن من قام بإبرام تفويت أسهم الشركة الفندقية سامير هو السيد محمد جمال با عامر بصفته مديرا عاما لشركة سامير ممثلا لها كبائعة ، و بصفته مسيرا لشركة كورال أوطيل ريزورت و ممثلا لها كمشتري و بالتالي فإن استمرار نفس المسير بسداد مصاريف شركة على حساب شركة أخرى يعد حجة على واقعة تداخل الذمم .

و حيث إنه من جهة أخرى لئن أثبتت شركة كورال أوطيل ريزورت أداء مبلغ 30.000.000 درهما بموجب تحويل ربيحة بمبلغ حسب نسخة الوثيقة المدلى بها المؤرخة في 02-06-2014 فإنها لم تثبت السّخل من التزاماتها من مجموع الديون المستحقة على

شركة فنادق سامير حسب الثابت من التزامها المؤرخ في 2 مارس 2011 المدلى بنسخة منه ، و أن القول بمعالجته محاسبيا لا يمنع من القول من وجود اختلاط في خصوم مقاولتين .

و حيث إنه تأسيسا على ما سبق و بالنظر إلى مقتضيات المادة 585 من مدونة التجارة يبقى طلب تمديد مسطرة التصفية القضائية للشركة الفندقية سامير و شركة كورال أوطيل ريزورت مبررا و يتعين الاستجابة له .

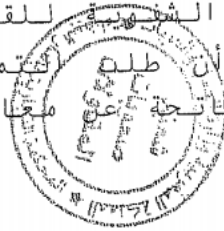
بخصوص طلب تمديد مسطرة التصفية القضائية لشركة سلام غاز

ث

حيث التمس السنديك تمديد مسطرة التصفية القضائية المفتوحة في مواجهة شركة سامير إلى شركة سلام غاز بالنظر إلى تداخل الذمم .

و حيث أفاد القاضي المنتدب في تقرير أنه بتاريخ 28-11-2014 أبرمت شركة سامير و شركة سلام غاز عقد قرض لتسبيق على السلع بحوالي 400 مليون درهما حينما كان السيد محمد جمال با عامر المدير العام لشركة سامير و رئيس مجلس إدارة شركة سلام غاز ، و نظرا لتفاقم الوضعية المالية لشركة سامير فقد تخلد بذمة شركة سامير مبلغ 345.209.295.83 درهما دون أن يحصل السنديك على الترخيص المنصوص عليه في المادة 56 من القانون رقم 17-95 و أن المقاصة بين ديون شركة سامير و ديون شركة سلام غاز أصبحت غير ممكنة بعد دخول شركة سامير للتصفية القضائية، و أنه من المستقر عليه قضائيا أن عملية المقاصة التي لا يجوز إجراؤها محاسبيا لأنها تشكل أحد مظاهر اختلاط الذمم لأنها تخلق فوضى حسابية بين دائنية و مدينية الطرفين .

و حيث يتبين من طلب السنديك خاصة في صفحته 20 و من تقرير القاضي المنتدب في صفحته الثامنة و من خلال ما راج أثناء المناقشة الشفهية للقضية بجلسة 08-10-2018 بحضور نواب شركة سلام غاز أن طلب التتمديد مؤسس على وجود علاقة دائنية و مديونية ناتجة عن معاملات تجارية ربطت شركة سامير و شركة



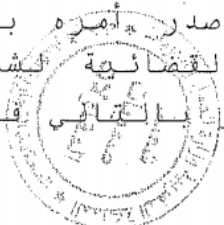
سلام غاز أصبحت معها إمكانية المقاصة غير ممكنة بين الطرفين

و حيث إن البت في طلب التمديد المقدم في مواجهة سلام غاز يفرض تعميق البحث في هذه المعاملات من أجل القول بوجود اختلاط الذمة المالية للمقاولتين من عدمه .

و حيث أكد السنديك أنه خلال سنة 2014 أبرمت شركة سامير مع شركة سلام غاز قرضا قضى بتسبيق مبلغ 400 مليون درهما ، و أن شركة سامير بقيت تزود شركة سلام غاز بمادة الغاز إلى أن تم أداء القرض المذكور بأكمله ، ثم أضاف أنه بتاريخ 28-11-2014 أبرم الطرفين عقد قرض ثاني على السلع بحوالي 400.000.000.00 درهما حسب الثابت من نسخة العقد المدلى بها ضمن المرفق رقم 33 . و أنه بعد ذلك تخلد بذمة شركة سامير مجموعة من المبالغ لفائدة شركة سلام غاز ، و تم فتح مسطرة التصفية القضائية في حقها .

و حيث أكدت شركة سلام غاز نفس ما جاء على لسان السنديك مضيفة أنه من باب الدقة فإن العملية الأولى لم تنصب على مبلغ 400.000.000 درهما و لكن على مبلغ 243.386.000.00 درهما و أنها تمت بصفة سليمة طالما أن شركة سلام غاز تسلمت المقابل لمبلغ 243.386.000.00 درهما ، أما بالنسبة للعملية الثانية فكانت بمبلغ 400.000.00 درهما و تخلد بذمة شركة سامير على إثرها مبلغ 345.209.295.83 درهما .

و حيث إنه تأسيسا على ذلك فإنه لا جدال بين الطرفين حول انطفاء علاقة المديونية بشأن عملية التسبيق على القرض الأولى ، و التي انتهت بسداد القرض بعدما تسلمت شركة سلام غاز كميات الغاز المقابلة للقرض ، أما بخصوص القرض الثاني للتسبيق على السلع فإن الثابت من الأمر عدد 505 الصادر بتاريخ 10-04-2017 في الملف عدد 2017/8304/527 أن القاضي المنتدب أصدر أمره بقبول دين شركة سلام غاز ضمن خصوم التصفية القضائية لشركة سامير في حدود مبلغ 411.85 . 339.050 درهما ، وبالتالي فإن وضوح علاقة المديونية على الشكل



المشار إليه ينفي وجود أي اختلاط على مستوى خصوم الشركتين .

و حيث إنه خلافا لما جاء في تقرير القاضي المنتدب فإن مجرد خضوع شركة سامير للتصفية القضائية لا يحتم القول باستحالة إجراء المقاصة دون إبراز أوجه هذه الاستحالة ، خاصة إذا كان مقدار الدينين محدد بحيث يمكن للسنديك الاستمرار في تمثيل الشركة الخاضعة للتصفية في علاقاتها بالأغيار ما دامت المسطرة لم تقفل بعد و بالتالي فإن طلب تمديد المسطرة لهذه العلة يبقى غير مؤسس بما فيه الكفاية .

و حيث إنه بالنسبة لعدم عثور السنديك على الترخيص المنصوص عليه في المادة 56 من قانون رقم 95-17 فقد تبين من مناقشة القضية أن شركة سلام غاز سبق أن قامت بقرض تسبيق على السلع سنة 2014 ، و ثم قامت بقرض آخر خلال 28-11-2014 من نفس السنة مما يستشف معه أن الأمر يتعلق بإحدى العمليات المعتادة بين الطرفين التي لا تخضع لأحكام المادة 56 من نفس القانون طبقا لما نصت عليه صراحة المادة 57 من القانون رقم 95-17 .

و حيث إن الطلب المقدم و الحالة هذه لا يبرر القول بوجود تداخل الذمم بين شركة سامير و شركة سلام غاز مما يتعين التصريح برفضه .

بخصوص الطلب المقدم في مواجهة الشركة المغربية لنقل و تخزين المواد البترولية :

حيث استند السنديك و القاضي المنتدب في ملتمسهما الرامي إلى تمديد مسطرة التصفية القضائية للشركة المغربية لنقل و تخزين المواد البترولية إلى أنه في إطار برنامج شراء الأسهم اقتنت شركة سامير 158141 سهما من أجل المحافظة على القيمة السوقية لأسهما بواسطة أحد فروعها الشركة المغربية لنقل و تخزين المواد البترولية و بمقتضى

قرار المجلس الإداري المؤرخ في 5-6-2015 تم الترخيص للإدارة العامة للشركة ببيع الأسهم لشركة TSPP و قد أدت شركة سامير مبلغ البيع المحدد في 23.008.859.21 درهما بواسطة تحويل بنكي و سجلته في مدينية الحساب الجاري لشركة TSPP مما يعد مخالفة للمادة 280 من القانون رقم 17-95 التي تمنع على الشركة أن تكتتب و تشتري أسهمها بصورة مباشرة أو بواسطة شخص يتصرف باسمها .

و حيث إن عملية تفويت الأسهم تمت في إطار برنامج إعادة شراء الأسهم و الذي صدر بشأنه بيان صحفي عن مجلس القيم المنقولة حسب الثابت من نسخة البيان المدلى بها ، و أن عملية تفويت 158141 لفائدة الشركة المطلوبة في التمديد تمت عن طريق شركة كروست كابيتال بصفتها وسطا ماليا ، و مرت عبر مجلس القيم المنقولة .

و حيث أكدت الشركة المغربية لنقل و تخزين المواد البترولية على أنه بالنظر لعدم توفرها على السيولة الكافية من أجل اقتناء الأسهم قامت شركة سامير بمنحها قرض بمبلغ 23.000.000.00 درهما .

و حيث أكد القاضي المنتدب بدوره في تقريره أنه تم تحويل قيمة البيع و تسجيل مبلغ 23.008.859.21 درهما في مدينية الحساب الجاري للمشتري ، و بالتالي فإن تداخل أو اختلاط الذمم يبقى غير ثابت بعد تحديد المديونية بين الشركتين و معالجتها محاسبيا .

و حيث إن مخالفة مقتضيات المادة 280 من القانون رقم 17-95 لا توجب بالضرورة الحكم بتمديد مسطرة التصفية القضائية و إنما تبقى في حالة ثبوتها مخالفة تعرض صاحبها للعقوبات و الغرامات المنصوص عليها في المادة 402 من نفس القانون .

و حيث إنه في ضوء عدم ثبوت واقعة اختلاط الذمم بين شركة سامير و الشركة المغربية لنقل و تخزين المواد البترولية يتعين القول برفض الطلب المقدم في مواجهتها .



بخصوص الطلب المقدم في مواجهة شركة توزيع الوقود و المحروقات :

حيث أسس طلب تمديد مسطرة التصفية القضائية المفتوحة في حق شركة سامير إلى شركة توزيع الوقود و المحروقات على أن شركة سامير استصدرت بتاريخ 31-12-2014 فاتورة خصم لفائدة شركة توزيع الوقود و المحروقات بمبلغ 9.212.027.29 درهما ، و عند إجراء عملية افتتاح من طرف السنديك بخصوص العمليات المتبادلة بين الشركتين اتضح له بأن عملية الخصم المذكورة في الحسابات السنوية الخاصة بشركة توزيع الوقود و المحروقات ، الشيء الذي يوضح بأن المسير للشركتين كان يتلاعب في محاسبتهما معا بحيث يعتبرهما شركة واحدة كما أن المجلس الإداري لشركة سامير قرر تفويت وحدة إنتاج الزيوت BLENDING القديمة جدا بمبلغ 400.000.000.00 درهما و في الواقع فإن ذلك التفويت لا جدوى منه و أثقل مالية الشركة المشتري و الغاية الوحيدة هو التخفيف من خسارة الاستغلال لشركة سامير لسنة 2014 .

و حيث إنه بخصوص واقعة عدم تضمين عملية الخصم لفاتورة بمبلغ 9.212.027.29 درهما بالحسابات السنوية الخاصة بشركة توزيع الوقود و المحروقات فقد أكدت هذه الأخيرة بواسطة نائبها أن عملية الخصم بالمبلغ المذكور تم إلغاؤها من طرفها ، و أن شركة سامير لم تعمل على تحيين هذا الإلغاء بحساباتها و أدلى بنسخة من بيان محاسباتي يتعلق بعملية الخصم .

و حيث يتبين من البيان المحاسباتي المديل بتوقيع شركة توزيع الوقود و المحروقات و شركة سامير أن الخصم بقيمة 9.212.027.29 درهما تم إلغاؤه من طرف شركة توزيع الوقود و المحروقات AVOIR SUR FUEL ANNUELE PAR SDCC و بالتالي فإن ما جاء بالعلة الأولى للتمديد يبقى على غير أساس .

و حيث إنه بخصوص تفويت وحدة إنتاج الزيوت BLENDING فقد أكدت المطلوبة في التمديد أن المحكمة التجارية بالدار



البيضاء قد صرحت بفسخ عقدي البيع المؤرخين في 29-12-2014 و ذلك بموجب الحكمين الصادرين بتاريخ 4-10-2018 تحت عدد 8604 في الملف رقم 2018/8202/8189 بخصوص عقد بيع المعدات و تحت عدد 8605 في الملف عدد 2018/8202/8190 بخصوص بيع العقار .

و حيث أدلت شركة توزيع الوقود و المحروقات بشهادتين بمآل ملف صادرتين عن السيد رئيس كتابة الضبط بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء لإثبات واقعة الفسخ ، و هي الواقعة التي لم تكن محل منازعة .

و حيث إنه تأسيسا على ما سبق تبقى الأسباب المعتمدة من طرف السنديك للمطالبة بتمديد مسطرة التصفية القضائية إلى شركة توزيع الوقود و المحروقات غير كافية للاستجابة للطلب مما يتعين معه الحكم برفض الطلب في مواجعتها .

و حيث إنه من آثار تمديد المسطرة ضرورة تحديد تاريخ التوقف عن الدفع بالنسبة للأشخاص الممددة لهم المسطرة و اعتباره هو نفسه تاريخ التوقف عن الدفع بالنسبة لشركة سامير عملا بالمادة 741 من مدونة التجارة

و حيث إن حكم فتح المسطرة يقتضي تعيين قاضيا المنتدب ، و قاضيا منتدبا نائبا تسند إليه نفس المهام إذا عاق هذا الأخير مانع تطبيقا للمادة 670 من مدونة التجارة ، و تعيين السنديك للقيام بإجراءات التصفية القضائية مما يتعين معه تعيين الأستاذ عبد الرفيع بوحمرية قاضيا منتدبا ، و الأستاذ حمزة وعبي قاضيا منتدبا نائبا عنه و السيد عبد الكبير صفادي سنديك بالنسبة للمسطرة المفتوحة في حق المسيرين و الشركات الممددة لهم المسطرة .

و حيث يتعين أمر كتابة الضبط بالقيام بنشر إشعار بالحكم في الجريدة الرسمية و في إحدى الجرائد الوطنية المخول لها نشر الإعلانات القانونية ، مع الإشارة إليه في السجل التجاري فورا و تعليقه باللوحة المعدة لهذا الغرض بالمحكمة و بسجلات المحافظة على الأملاك العقارية ، أو بالسجلات الخاصة بتسجيل السفن و الطائرات أو غيرها من

السجلات المعدة لنفس الغاية عملا بالمادة 584 من مدونة التجارة حسب التعديل المدخل عليها بموجب القانون رقم 73-17 .

و حيث إنه عملا بالمادة 761 من مدونة التجارة تكون الأحكام والأوامر الصادرة في مساطر الإنقاذ ، و التسوية ، و التصفية القضائية ، مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون عذا تلك المشار إليها في الفصل الثاني من الباب الأول من القسم السابع المتعلق بسقوط الأهلية التجارية .

وحيث إن الصوائر تعتبر امتيازية .

و تطبيقا للمادة 740 و المادة 585 من مدونة التجارة .

لهذه الأسباب :

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا ، و غيابيا في حق المدعى عليهم محمد حسين العمودي ، و جاسون ميلازو ، و بسام أبو ردينه و لارسن نيلسون و جورج سالم و الشركة الفندقية سامير ، و حضوريا في حق الباقي .

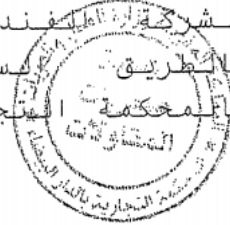
في الشكل : قبول الطلب الأصلي و طلبات التدخل الإرادي في الدعوى .

في الموضوع :

1 - فتح مسطرة التصفية القضائية اتجاه السادة محمد حسين العمودي ، و جمال با عامر، و جاسون ميلازو JASON MILAZZO و بسام أبو ردينه BASSAM ABURDENE ، و لارسن نيلسون LARS NELSON ، و جورج سالم GEORGE SALEM و بسقوط أهليتهم التجارية لمدة خمس سنوات .

2 - و تمديد مسطرة التصفية القضائية المفتوحة في حق شركة سامير إلى :

- الشركة الفندقية سامير الكائن مقرها الاجتماعي بالطريق الساحلية المحمدية سجلها التجاري بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء عدد 30097 .



• و إلى شركة كورال أوطيل ريزورت كومباني ش م م الكائن مقرها الاجتماعي برقم 19 شارع عبد المومن الدار البيضاء المسجلة بالسجل التجاري للمحكمة التجارية البيضاء تحت عدد 120331 .

- 3 - برفض الطلب المقدم في مواجهة باقي المدعى عليهم .
- 4 - و بجعل تاريخ التوقف عن الدفع الذي سبق تحديده بالنسبة لشركة سامير هو نفسه تاريخ التوقف عن الدفع بالنسبة للسادة محمد حسين العمودي ، و جمال با عامر ، و جيزن ميلازو ، و بسام أبو ردينه و لارسن نيلسون ، و جورج سالم ، و الشركة الفندقية سامير ، و شركة كورال أوطيل ريزورت .
- 5 - أمر كتابة الضبط بهذه المحكمة بالقيام بنشر إشعار بالحكم في الجريدة الرسمية و في إحدى الجرائد الوطنية المخول لها نشر الإعلانات القانونية مع الإشارة إليه في السجل التجاري فورا و تعليقه باللوحه المعدة لهذا الغرض بالمحكمة و بسجلات المحافظة على الأملاك العقارية ، أو بالسجلات الخاصة بتسجيل السفن و الطائرات أو غيرها من السجلات المعدة لنفس الغاية .
- 6 - و بشمول الحكم بالنفاذ المعجل بقوة القانون باستثناء الشق المتعلق بسقوط الأهلية التجارية .
- 7 - بجعل الصوائر امتيازية .

المقرر

و

الرئيس
كاتب الضبط



حكم رقم: 92
بتاريخ: 2018/07/12
ملف رقم: 2018/8301/59



المملكة المغربية
السلطة القضائية
محكمة الاستئناف التجارية
بالدار البيضاء
المحكمة التجارية بالدار البيضاء

أصل الحكم المحفوظ بكتابة الضبط بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء باسم جلالة الملك و طبقا للقانون

إن المحكمة التجارية بالدار البيضاء وهي مؤلفة من السادة:
عبد الرافع بوحمرية بصفته رئيسا ومقررا.
حمزة وعبي عضوا .
جواد أردوز عضوا .
بحضور السيد خليل حودي ممثلا للنياية العامة.
بمساعدة نادية زرداحي كاتبا للضبط.
في جلستها المنعقدة بغرفة المشورة الحكم العلني الآتي نصه:
يبين:

من جهة.

وبين:

بحضور:

السيد وكيل الملك بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء.

من جهة أخرى.

الوقائع

بناء على المقالا لإفتتاحي الذي تقدم به المدعي بواسطة نائبه إلى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2018-4-24 والذي عرض من خلاله
و بناء على إدراج الملف بعدة جلسات آخرها جلسة 2018-6-28 حضرها نائب رئيس المقاوله وتسلم نسخة من جواب المدعي و أكدا ما سبق ملتصا الحكم بفتح مسطرة الإنقاذ لتوفر شروطها. وأكد السيد وكيل الملك بمستنتجاته الكتابية فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة لتقرر حجزها للمداولة قصد النطق بالحكم بجلسة 2018-7-12.

بعد المداولة طبقا للقانون

1- في الطلب الأصلي

حيث يهدف الطلب الأصلي إلى الحكم بفتح مسطرة التصفية القضائية في حق الشركة أعلاه لأن وضعيتها مختلفة بشكل لا رجعة فيه، وتحديد تاريخ التوقف عن الدفع وكذا تعيين أجهزة المسطرة. وحيث دفعت المدعى عليها بواسطة نائبها برفض الطلب لأنها غير متوقفة على الدفع كما أن دين المدعي غير ثابت ولا يتوفر على حكم نهائي.

وحيث أمرت المحكمة بإجراء خبرة حسابية عهد بها للخبير .. الذي أكد من خلال تقريره بأن الشركة المدعى عليها لا زالت تمارس نشاطها وأنها ليست متوقفة على الدفع.

وحيث إن التوقف عن الدفع كشرط موضوعي لتبرير فتح مساطر معالجة صعوبات المقاوله يقتضي معاناة وجود دين ثابت - حال الأداء ومطالب به قضائيا وهو المنحى الذي سارت عليه محكمة النقض الفرنسية وهو الاتجاه الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي المغربي.

وحيث إن ملف النازلة خال مما يفيد وجود مطالبات قضائية نهائية وسلوك إجراءات التنفيذ في مواجهة الطرف المدعى عليه المطلوب فتح مسطرة التصفية القضائية في مواجهته من أجل ديون مستحقة وحالة الأجل.

وحيث إنه فضلا على ذلك فالسيد الخبير قد أكد بأن الشركة المدعى عليها غير متوقفة على الدفع.

وحيث إنه بذلك فإن التوقف عن الدفع، باعتباره شرطا موضوعيا وأساسيا لفتح مسطرة التصفية القضائية غير ثابت في النازلة مما يبقى معه الطلب غير ذي أساس ويتعين التصريح برفضه. و حيث إن خاسر الدعوى يتحمل مصاريفها.

في الطلب المضاد:

حيث يهدف الطلب المضاد إلى الحكم بفتح مسطرة الإنقاذ في حق شركة .. على اعتبار أنها تعاني من مشاكل مالية وأنها غير متوقفة على الدفع.

و حيث إن البث في الملف يقتضي دراسة الوضعية المالية والمحاسبية للشركة المدعية، وكذا التعرف على وضعية رأسمالها و كذا رؤوس الأموال الذاتية، وضعية الخزينة الصافية والاحتياطي المتداول والخصاص في الاحتياطي المتداول و أيضا معرفة ما إذا كانت الشركة تمسك محاسبة وفق المقتضيات الجاري بها العمل أم لا، من أجل الوصول إلى وجود توقف عن الدفع من عدمه.

و حيث أمرت المحكمة بإجراء خبرة حسابية عهد بها للخبير محمد الصفرىوي الذي أكد أنالشركة أعلاه لها ديون على الشكل التالي:

- ديون طويلة الأمد تبلغ في مجموعها مبلغ 163.077.321,00 درهم .

- ديون قصيرة الأمد تبلغ في مجموعها 479.184.132,84 درهم

وبأنه لا يوجد توقف عن الدفع بمعناه الصريح، وأنها لا زالت تمارس نشاطها وتفي بالتزاماتها، وأنها تشغل يد عاملة مهمة وتتوفر على طلبيات بمبلغ 400 مليون درهم، وفضلا على ذلك فإن الرساميل الذاتية لسنة 2017 أصبحت تقدر ب 25.458.800,37 درهم.

وأنتهى إلى أنه بإمكان الشركة تجاوز الوضعية الحالية شريطة حصولها على آجال لتسديد ديونها، لا سيما أنها سوف تتوصل بقيمة 30 مليون درهم من طرف المكتب الشريف للفوسفات و ارتأت تأخير إنجاز تلك الفاتورة تحسبا لوضع اليد عليها من طرف المومنين بين يدي المكتب المذكور بواسطة الحجوزات.

و حيث تنص المادة 560 من مدونة التجارة على أنه : >> تهدف مسطرة الإنقاذ إلى تمكين المقاول من تجاوز صعوباتها، و ذلك من أجل ضمان استمرارية نشاطها و الحفاظ على مناصب الشغل بها و تسديد خصومها<<.

ويشترط للإستجابة لطلب فتح مسطرة الإنقاذ طبقا للمادة 561 من مدونة التجارة أن:

- أن يقدم الطلب من طرف مقاول غير متوقفة على الدفع.
- أن تكون تعاني من صعوبات ليس بمقدورها تجاوزها.
- أن يكون من شأن تلك الصعوبات أن تؤدي بها في أجل قريب إلى التوقف عن الدفع.
- أن يقدم رئيس المقاول إضافة إلى الوثائق المفصلة في المادة 577 من مدونة التجارة ، مشروع مخطط الإنقاذ طبقا للمادة 562 من نفس المدونة.

و حيث إنه وبالإطلاع على ملف النازلة اتضح بأن رئيس المقاول قد أدلى فضلا على مختلف الوثائق المتطلبة في المادة 577 من مدونة التجارة ، بمشروع مخطط الإنقاذ أكد من خلاله بأن الشركة سوف تعمل على أداء ديونها باعتماد المخطط المقترح من طرفه اعتبارا لمبلغ الإستثمارات التي حصلت عليها و المحددة في مبلغ 400 مليون درهم .

و حيث أكد الخبير محمد الصفريوي بأن الشركة غير متوقفة على الدفع و أنه باستطاعتها تجاوز مشاكلها المالية في حالة منحها آجالا للوفاء في إطار مخطط.

و حيث إنه و من خلال ما تم بسطه فإن مختلف الشروط القانونية المتطلبة لفتح مسطرة الإنقاذ في حق الشركة المذكورة كلها متوفرة و أهمها عدم التوقف عن الدفع ، و وجود صعوبات مالية من الصعب تجاوزها دون اعتماد مخطط للأداء، و أن من شأن عدم اتخاذ الإجراءات القانونية لإنقاذ تلك المقاول سوف تقع في حالة التوقف عن الدفع ، وتصبح مهددة بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية.

و حيث إنه بذلك يبقى طلب فتح مسطرة الإنقاذ مبرر قانونا و يتعين الإستجابة له.

وحيث إن الحكم بفتح مسطرة الإنقاذ يستتبع من جهة أخرى تعيين القاضي المنتدب وكذا السنديك للقيام بالإجراءات المنصوص عليها قانونا.

و حيث يتعين على السنديك أن يعمل على إعداد تقرير الموازنة المالية و الاقتصادية و الاجتماعية للمقاوله بمشاركة رئيسها ، و على ضوء تلك الموازنة يقترح إما المصادقة على مشروع مخطط الإنقاذ المقترح من طرف رئيس المقاوله ، أو تعديله - بشرط ألا تتجاوز مدة المخطط خمس 05 سنوات طبقا للمادة 571 من مدونة التجارة-، أو تسوية أو تصفية قضائية طبقا للمادة 569 من مدونة التجارة. داخل الأجل القانوني المحدد في المادة الأخيرة التي تحيل على المادة 595 من مدونة التجارة. وعلى السنديك أيضا أن يعد تقريراً للقاضي المنتدب بشأن أعمال التصرف وتنفيذ مخطط الإنقاذ المتخذة من طرف رئيس المقاوله طبقا للمادة 566 من مدونة التجارة.

وحيث إن آثار الحكم تسري من تاريخ صدوره مع الإشارة إليه في السجل التجاري المحلي و المركزي فوراً ، ونشر إشعار بالحكم في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية وفي الجريدة الرسمية داخل أجل ثمانية أيام من صدوره كما يجب تبليغه إلى المقاوله و السنديك داخل نفس الأجل كما يجب الإشارة إلى الحكم بسجلات المحافظة على الأملاك العقارية.

وحيث إن الأحكام الصادرة في مادة صعوبات المقاوله مشمولة بالنفذ المعجل بقوة القانون.

وحيث إن الصوائر تعتبر امتيازية.

وتطبيقاً للقانون

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائياً و حضورياً:

في الطلب الأصلي: برفض الطلبو تحميل رافعه المصاريف.

في الطلب المضاد:

بفتح مسطرة الإنقاذ في مواجهة شركة في شخص ممثلها القانوني الكائن بمقرها الإجتماعي ب.....

1. بتعيين السيد المهدي سالم قاضيا منتدبا و السيد جواد أردوز قاضيا منتدبا نائبا عنه.

2. بتعيين السيد محمد توكاني سنديكاً مع تكليفه بإعداد الحل طبقاً للمواد 569 و 571 و

595 من مدونة التجارة.

3. بقيام كتابة الضبط بالإجراءات المنصوص عليها في المادة 584 من مدونة التجارة.

4. بشمول الحكم بالنفذ المعجل بقوة القانون

5. بجعل الصوائر امتيازية.

وبهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

كاتب الضبط

الرئيس والمقرر

قرار رقم: 6889
بتاريخ: 2016/12/07
ملف رقم: 2016/8301/2984



المملكة المغربية
وزارة العدل والحريات
محكمة الاستئناف التجارية
بالدار البيضاء

أصل القرار المحفوظ بكتابة الضبط

بمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء

باسم جلالة الملك و طبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ : 2016/12/07

وهي مؤلفة من السادة:

عبد الناصر خرفي رئيسا ومقررا

عبد السلام خمال مستشارا

بشرى زاوي مستشارة

بمساعدة أمينة نافع كاتبة الضبط

في جلستها العلنية القرار الآتي نصه:

بين: السادة : اونجار لحسن/اونجار رشيد/ اونجار فاطمة بصفتهم مسيرين لشركة لافييت.

القاطنين : برقم 227 شارع الحاج عمر الريفى الدار البيضاء.

ينوب عنهم الأستاذان عبد الرحيم فاضل ورقية لشكر المحاميان بهيئة الدار البيضاء

بصفتهم مستأنفا من جهة

وبين: - السيدة إبتسام حرار سنديك التصفية القضائية لشركة لافييتلويالكراز

الكائنة : بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء .

-شركة س.ن.أ الصناعية الأوروبية ابيريا في شخص ممثلها القانوني.

الكائن مقرها الاجتماعي : اسبانيا انتيكا كريطيرا دو ألتوب كلم 5.5 فيكتوريا 01080.

الجايلة محل المخابرة معها بمكتب الأستاذ محمد أكرام المحامي بهيئة الدار البيضاء.

بصفتهم مستأنفا عليهما من جهة أخرى.

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الأطراف.

واستدعاء الطرفين لجلسة : 2016/11/23

وتطبيقا لمقتضيات المادة 19 من قانون المحاكم التجارية والفصول 328 وما يليه و 429 من قانون المسطرة المدنية.

وبعد الإطلاع على مستنتجات النيابة العامة.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث تقدم الفريق المستأنف بواسطة نائبه بمقال مؤدى عنه الرسم القضائي بتاريخ 2016/06/27 والذي يستأنف بمقتضاه الحكم عدد 13 الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2016/02/01 في الملف رقم 2015/8321/101 والقاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية في حق المستأنفين وسقوط أهليتهم التجارية وبعدم قبول مقال التدخل الاختياري الذي تقدمت به شركة س ن أ الصناعية الأوروبية ابيريا وإبقاء الصائر على رافعه.

في الشكل:

حيث إن الثابت من وثائق الملف أنه جاء خاليا مما يفيد تبليغ الحكم المستأنف للطاعنين مما يكون معه الإستئناف قد قدم مستوفيا لشروطه الشكلية المتطلبة قانونا ويتعين قبوله.

في الموضوع:

حيث ثبت من وثائق الملف والحكم المطعون وتقرير سنيديك التصفية القضائية لشركة لافيت لوي الكزار الذي عرض فيه أنه بمقتضى القرار الإستئنافي عدد 649 الصادر عن محكمة الإستئناف التجارية بتاريخ 2015/02/03 موضوع الملف التجاري 2014/8301/664 و القاضي بفتح مسطرة التصفية القضائية في مواجهة شركة لافيت لوي الكزار و المقيدة بالسجل التجاري تحت عدد 19405 تحليلي مع تعيين العارضة سنيديكا لهاو أنه تنفيذا لمقتضيات القرار المشار إليه أعلاه و بعين المكان و بعد وقوفها حيث المقر الاجتماعي للشركة موضوع التصفية الكائن ب 8 شارع خريبكة الطابق السابع الرقم 40 الدار البيضاء و حسب تصريح حارس العمارة السيد علي لعباب أن الشركة لم تمكت بهذا العنوان سوى مدة قصيرة جدا و التي قدرها حوالي ثلاثة أشهر (طيه مرفق رقم 1) و هو الأمر الذي يؤكد المحضر الإخباري المؤرخ في 2012/12/18 و المنجز بواسطة المفوض القضائي السيد اعلام الحوسين (طيه مرفق رقم 2) وأنه رغم ذلك و خرقا لمقتضيات مدونة التجارة الزجرية خاصة الفصل 64 منها فإن عنوانها المبين

أعلاه مازال إلى حد يومه مقيدا في سجلها التجاري كما تشهد بذلك وثيقة نموذج "ج" المدلى بها (مرفقة رقم 3) وأنه انطلاقا من هذه المعطيات و بعد تحريات العارضة تبين أن شركة لافييت لم تغادر مقرها الاجتماعي من أجل الاستقرار في مكان آخر بل قد تصرف مسيروها في أموال المقاوله و استحوذوا على أصولها لأغراضهم الشخصية و ذلك إضرارا بحقوق الدائنين و أن الفصل 704 من نفس القانون ينص على أنه حينما يظهر من خلال سير المسطرة في مواجهة شركة تجارية نقص في باب الأصول يمكن للمحكمة في حالة حصول خطأ في التسيير ساهم في هذا النقص أن تقرر تحميله كليا أو جزئيا تضامنيا أم لا لكل المسيرين أو للبعض منهم فقط كما أن الفصل 706 ينص على أنه في حالة التصفية القضائية لشركة ما يجب على المحكمة أن تفتح التصفية القضائية تجاه كل مسؤول يمكن أن يثبت في حقه إحدى الوقائع المحصورة في نفس النص و من بينها.

● **الفقرة الأولى :** التصرف في أموال المقاوله كما لو كانت أمواله الخاصة.

● **الفقرة الخامسة :** مسك محاسبة وهمية أو العمل على وثائق محاسبة الشركة أو الامتناع عن مسك محاسبة موافقة للقواعد القانونية.

● **الفقرة السادسة :** إختلاس أو إخفاء كل الأصول أو جزء منها أو الزيادة في خصوم الشركة بكيفية تدليسية.

● **الفقرة السابعة :** المسك بكيفية واضحة لمحاسبة غير كاملة أو غير صحيحة.

و حفاظا على السير السليم و السريع للمسطرة و مصالح الدائنين و عملا بالمادة أعلاه في حالة التسوية أو التصفية القضائية لشركة ما يجب على المحكمة أن تفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية أتجاه كل مسؤول يمكن أن تثبت في حقه إحدى الوقائع المسطرة في المادة أعلاه ملتزمة إستدعاء مسيري شركة لافييت لوي الكراز و شركاؤها السادة أونجار لحسن - أونجار رشيد - فاطمة بصفتهم مسيرين لشركة لافييت القاطنين ب : 227 زنقة الحاج عمر الريفي الدار البيضاء.

و بناء على مقال التدخل الإختياري في الدعوى المقدم من طرف شركة س-ت-أ الصناعية الأوروبية إيبيريا و الذي جاء فيه أنه سبق لها أن حصلت على أحكام قضائية في مواجهة شركة لافييت بالأداء و قد تبين من خلال جريان دعوى التصفية و بعد إجراء الخبرة المأمور بها أن شركة لافييت حسب السيد الخبير لا توجد بالمقر الاجتماعي المقيد في سجلها التجاري و كونها لم تدل بقوائمها التركيبية منذ سنة 2009 إلى مصلحة السجل التجاري و أن عنوانها المقيد في سجلها التجاري غير صحيح و المراد به هو التضليل و أن الثابت أيضا من تقرير الخبرة أن هذه الشركة لا تمسك حساباتها مما يشكل إخلالا خطيرا في التسيير إبتداء من السنة المالية 2009 إلى حد

يومه ملتزمة الحكم بتمديد مسطرة التصفية القضائية إلى مسيري الشركة أونجار لحسن، أونجار رشيد و أونجار فاطمة و أرفقت مقالها بصورة قرار إستئنافي.

و بناء على جواب مسيري الشركة جاء فيه أن المتدخلة لم تقم بالتصريح بدينها و أن المعارضين طعنوا في قرار محكمة الإستئناف التجارية القاضي بفتح المسطرة ملتزمين أساسا الحكم بعدم قبول طلب التدخل و احتياطيا الأمر بإيقاف البت لحين صدور قرار محكمة النقض و أرفقوا جوابهم بنسخة عريضة النقض.

و بناء على تقرير القاضي المنتدب و الذي عرض فيه أن المسيرين تصرفوا في المقر الإجتماعي للشركة على نحو ألحق ضررا بدائنيها و أن المقر الإجتماعي لم يعد موجودا بالعنوان المبين بملف فتح المسطرة و أن المسيرين يقعون تحت طائلة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 706 من م.ت و ذلك بإمتناعهم عن تسليم الوثائق المحاسبية للسنديك ملتزمة الحكم بتمديد مسطرة التصفية القضائية للمسيرين و هم أونجار لحسن، أونجار رشيد و أونجار فاطمة.

و بناء على المقال الإضافي المدلى به من طرف المتدخلة في الدعوى و الرامي إلى تحميل المسيرين مجموع دين العارضة من أصل و فوائد و تعويض و ذلك بشكل متضامن بينهما تطبيقا للفصل 704 من م.ت.

و بناء على إدراج الملف بعدة جلسات كان آخرها جلسة 2016/1/4 حضر السنديك و أدلى بوثائق و أكد السيد وكيل الملك مستنتاجاته الكتابية و سبق الاستماع للسيد أونجار لحسن بجلسة سابقة.

حيث إنه بتاريخ 2016/02/01 صدر الحكم المشار إليه أعلاه إستأنفها الفريق الطاعن بواسطة دفاعه والذي أورد في مقاله الإستئنافي أن تمديد مسطرة التسوية أو التصفية القضائية إلى شخص المسير يجد مصدره في الحكم بالتسوية أو التصفية القضائية في حق الشركة موضوع تسيير المسير الممد له كما جاء ذلك صراحة ضمن مقتضيات المادة 706 من مدونة التجارة ولئن كانت محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء قد أصدرت قرارها بفتح مسطرة التصفية القضائية في حق شركة لافاييت لوي الكراز فإن هذا القرار مطعون فيه بالنقض وأن هذا الطعن فتح له الملف رقم 15/1/3/867 لدى محكمة النقض ولا زالت هذه المحكمة لم تصدر قرارها بعد وأن القرار القضائي الصادر بفتح مسطرة التصفية القضائية في حق الشركة لم يصبح نهائيا ومبرما مما تكون معه مسطرة التمديد سابقة لأوانها وأن مسطرة الأصل وهي التي فتحت على إثرها التصفية القضائية في حق شركة لافاييت الكراز شابتها عدة عيوب مسطرية وموضوعية منها أن الخبرة التي أمرت بإجرائها محكمة الاستئناف التجارية أوكلت مهمة القيام بها للخبير سمير ثابت وأنجزت دون إستدعاء شركة لافاييت لوي الكراز مما يشكل خرقا للفصل 63 من قانون المسطرة المدنية ثانيا أنه تم إستبدال المستشار المقرر دون إشعار شركة لافاييت ولا المستأنفين بذلك ولم ينجز المستشار

المقرر المستبدل تقريره ولم يشر إليه في القرار الإستئنافي الصادر بالتصفية القضائية في حق الشركة المذكورة وأن هذا القرار الإستئنافي جنح إلى إثبات عن الدفع بمجرد عدم أداء شركة لافاييت ما تطالب به شركة س ن أ الصناعية الأوروبية ايبيريا من أداء علما أن شركة لافاييت لم تؤد هذا الدين لمنازعتها فيه وهو ما لا يستساغ إذ أن التوقف عن الدفع له ضوابطه الفقهية والإجتهادية والتي بدونها لا يمكن الحكم بحدوثة وقيامه كما تضمن ذلك الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء برفض طلب فتح مسطرة التصفية القضائية في حق شركة لافاييت في الملف رقم 2013/21/37 تحت رقم 2013/58 بتاريخ 2013/04/29 وأنه يتبين من النقط الواردة أعلاه بإقتضاب والمبسوطة في عريضة النقض المشار إليها أعلاه أن القرار الإستئنافي الصادر بفتح مسطرة التصفية القضائية في حق شركة لافاييت تشوبه عدة خروقات ومشوب بنقصان التعليل الموازي لإنعدامه وأنه يتعرض للنقض ويتعرض معه الحكم المستأنف حاليا للإلغاء ورفض الطلب .

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف المستأنف عليه سنديك التصفية القضائية السيدة إبتسام حرار والتي أوردت فيها بأن طلب المستأنفين غير مبني على أسس قانونية ولا واقعية ذلك أن الطرف المستأنف حاول تهريب النقاش إلى نقطة إجرائية مسطرية عوض التركيز على دفع المخالفات التسييرية التي أُوخذ المسيرين من أجلها وبناء عليه تم فتح المسطرة في حقهم من طرف المحكمة وأنه إن كانت ثمة علاقة تبعية بين المسطرة الأصلية ومسطرة التمديد المتفرعة عنها فإن هذه التبعية من حيث التراتبية فقط أما موجبات فتح المسطرة في حق كل مركز قانوني فقد تختلف ولا داعي للخلط بينها إذ تعتبر المسطرة المفتوحة في حق المسيرين بمثابة عقوبة مالية وتأديبية جزاء المخالفات التسييرية التي ارتكبت بمناسبة مزاولتهم لمسؤولية تسيير شركة وليس نتيجة لمبدأ التوقف عن الدفع وأن المشرع عندما سن هذه العقوبة حدد لها مدة زمنية لممارسة رفع الدعوى المتعلقة بها في حدود ثلاث سنوات طبقا للمادة 704 من مدونة التجارة ملتصقا رد جميع دفعات المستأنفين والإشهاد لها بتمسكها بجميع دفعاتها المثارة بالتقرير المدلى به في المرحلة الابتدائية وكذا المذكرة التعقيبية المدلى بها حاليا والحكم بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به مع تحميل المستأنفين الصائر .

بناء على المذكرة التعقيبية المدلى بها من طرف الطاعنة بواسطة دفاعها الأستاذة رقية لشكر والتي عرضت فيها أن الدفعات المثارة من طرف السنديك غير واضحة ويشوبها الغموض وأن تقرير الخبرة الذي تم إعتماده لصدور الحكم المطعون فيه لم يحترم مقتضيات الفصل 63 من ق م م مما يجعل ما إنتهى إليه الخبير غير موضوعي ويتعين إستبعاده ولا يمكن أن ينهض حجة لفتح مسطرة التمديد في حقهم وأن المذكرة التعقيبية المدلى بها لم تأت بأي دفع يمكن أن يجعل المحكمة

تتصرف بدورها إلى ما قضى به الحكم المطعون فيه ملتزمة رد دفعات السنديك لعدم جديتها والحكم وفق المقال الإستئنافي.

بناء على ملتزم النيابة العامة الكتابي الرامي إلى تطبيق القانون.

بناء على إدراج القضية بجلسة 2016/11/23 أدلى خلالها دفاع الطاعنة بمذكرة تعقيبية وتقرر حجز القضية للمداولة لجلسة 2016/12/07.

محكمة الاستئناف

حيث تمسك الطرف الطاعن بموجب مقاله الإستئنافي بكون القرار القضائي الصادر بفتح مسطرة التصفية القضائية في حقها لم يصبح نهائيا ومبرما مما تكون معه مسطرة التمديد سابقة لأوانها وأن مسطرة الأصل وهي التي فتحت على إثرها التصفية القضائية في حق شركة لافاييت الكراز شابتها عدة عيوب مسطرية وموضوعية منها أن الخبرة التي أمرت بإجرائها محكمة الاستئناف التجارية أوكلت مهمة القيام بها للخبير سمير ثابت وأنجزت دون إستدعاء شركة لافاييت لتولي الكراز مما يشكل خرقا للفصل 63 من قانون المسطرة المدنية ثانيا أنه تم إستبدال المستشار المقرر دون إشعار شركة لافاييت ولا المستأنفين بذلك ولم ينجز المستشار المقرر المستبدل تقريره لم يشر إليه في القرار الإستئنافي

لكن حيث لما كانت مسطرة التصفية القضائية قد لا يقتصر مفعولها على المقابلة المعنية بل يمتد إلى مسيرها بإتخاذ عقوبات في حقه سواء كان المسير قانونيا أو فعليا وأن المسير المقيد بهذه الصفة في السجل التجاري للمقابلة عند الحكم بتصفيتها يعد مسؤولا في حال ثبوت إرتكابه أخطاء في التسيير بإعتبارها المسير القانوني فإن ما تمسك به الطاعن من كون الحكم القضائي بفتح المسطرة لم يصبح بعد نهائيا وأنه معروض على أنظار محكمة النقض لا ينهض دليلا قويا لدفع الأخطاء المرتكبة من طرفه علما أن مسطرة التمديد هي مسطرة مستقلة عن المسطرة المقامة في مواجهة مسيرها.

وحيث ثبت من وثائق الملف وتقرير السنديك أن هذا الأخير لدى إنتقاله إلى مقر الشركة لم يجدها وأنه حسب إفادة حارس العمارة أن الشركة لم تمكث بهذا العنوان سوى مدة قصيرة جدا وأن عنوانها لا زال مقيدا في السجل التجاري مؤكدا أن الشركة لم تغادر مقرها الإجتماعي من أجل الإستقرار في مكان آخر بل تصرف مسيروها في أموالها وإستحوذوا على أصولها لأغراضهم الشخصية إضرارا بحقوق الدائنين وقد تعدر عليه التحوز بأموال الشركة ووثائقها المحاسبية.

وحيث إن الطرف الطاعن الذي ينازع في إجراءات التصفية القضائية والتي حسم فيها القرار الإستئنافي لم يدل بما يدحض به ما ورد بتقرير السنديك بخصوص التصرف في أصول الشركة من طرفهم علما أن التصرف بهذا الشكل يقع تحت طائلة مقتضيات المادة 607 من مدونة التجارة

التي توجب على المحكمة في حالة التسوية أو التصفية القضائية لشركة ما أن تفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية تجاه كل مسؤول ثبت في حقه ذلك التصرف ومادام أن السنديك لم يتحوز بوثائق الشركة لعدم العثور عليها بعنوانها وأن الطاعنين لم يمكنوه من تلك الوثائق لمباشرة إجراءات الجرد والحياسة ومعرفة أصول الشركة وخصومها ولما لذلك من أثر على تحقيق الديون وتصفية أموال الشركة فإن هناك مجال للقول بمسؤولية المسير في هذا التصرف ومجال كذلك لتطبيق مقتضيات المادة 607 المذكورة بفتح مسطرة التصفية القضائية في حقه.

وحيث إن الدفوعات المثارة من طرف الجهة المستأنفة ليس بوثائق الملف ما يعضدها وأن الحكم المطعون فيه لما قضى بفتح المسطرة في حقها وسقوط الأهلية التجارية للعلل المذكورة يكون قد طبق صحيح القانون ويتعين تأييده.

لهذه الأسباب

فإن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء وهي تبت انتهائيا وعلنيا.

في الشكل: قبول الإستئناف

في الموضوع: تأييد الحكم المستأنف وتحميل الطاعنين الصائر.

وبهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بنفس الهيئة التي شاركت في المناقشة.

كاتب الضبط

المستشار المقرر

الرئيس

CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Rejet

Demandeur(s) : société Mergermarket Limited

Défendeur(s) : société Consolis, société par actions simplifiée ; et autres

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 20 avril 2017) rendu, en matière de référé, sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 15 décembre 2015, pourvoi n° Q 14-11.500) que par ordonnances des 11 juillet et 26 septembre 2012, la société FHB a été désignée mandataire ad hoc puis conciliateur des sociétés du groupe Consolis sur le fondement des articles L. 611-3 et L. 611-5 du code de commerce ; que le 18 juillet 2012, la société Mergermarket Limited, editrice du site d'informations financières en ligne Debtwire, spécialisé dans le suivi de l'endettement des entreprises et consultable par abonnement, a publié un article commentant l'ouverture de la procédure de mandat ad hoc ; qu'elle a, par la suite, diffusé divers articles rendant compte de l'évolution des procédures en cours, exposant les négociations engagées avec les créanciers des sociétés du groupe et citant des données chiffrées sur la situation financière de ces sociétés ; que les 23 et 24 octobre 2012, plusieurs sociétés du groupe Consolis ainsi que la société FHB ont assigné la société Mergermarket Limited devant le juge des référés pour obtenir le retrait de l'ensemble des articles contenant des informations confidentielles les concernant, ainsi que l'interdiction de publier d'autres articles ;

Attendu que la société Mergermarket Limited fait grief à l'arrêt d'accueillir les demandes alors, selon le moyen :

1°/ que si la publication d'informations confidentielles par application de l'article L. 611-15 du code de commerce ne constitue pas un trouble manifestement illicite au regard de la liberté d'informer du journaliste si les informations diffusées relèvent d'un débat d'intérêt général, il est en revanche indifférent que ces informations soient en elles-mêmes conformes ou non à l'intérêt général ; qu'au contraire la liberté d'information vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population ; qu'en retenant que la société Mergermarket Limited ne justifiait pas en quoi la révélation des détails de la négociation en cours sur la restructuration de la dette du groupe Consolis dans le cadre de la procédure de conciliation était « conforme à l'intérêt général et, en particulier, à la défense de l'emploi et de l'économie », la cour d'appel a ajouté à tort une condition à la loi et a de ce seul fait violé l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles L. 611-15 du code de commerce et 873 du code de procédure civile ;

2°/ que relèvent d'un débat d'intérêt général les choix stratégiques mettant en jeu des sommes considérables opérés lors d'une procédure collective et susceptibles de jouer sur le devenir d'une entreprise ou dont les conséquences économiques et sociales peuvent être la disparition d'une entreprise de grande envergure ou d'un groupe de sociétés ; que la cour

d'appel qui a constaté que le groupe Consolis occupait une place éminente dans l'économie européenne et que ses difficultés financières avaient conduit à l'engagement d'une procédure de conciliation par un mandataire ad hoc, ne pouvait refuser de considérer que les informations relatives à cette procédure diffusées par la société Mergermarket Limited relevaient nécessairement d'un débat d'intérêt général excluant que leur publication puisse constituer un trouble manifestement illicite, au regard du caractère confidentiel de ces informations, sauf à méconnaître les conséquences légales de ses propres constatations et violer à nouveau l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles L. 611-15 du code de commerce et 873 du code de procédure civile ;

3°/ que, de façon plus générale, relèvent également d'un débat d'intérêt général les difficultés rencontrées au lendemain de la crise par les entreprises ayant fait l'objet de LBO hautement spéculatifs pour restructurer leurs dettes ; que la cour d'appel qui s'est abstenue de rechercher, comme elle y était invitée par la société exposante en ses écritures d'appel, si la procédure de conciliation dont les informations contestées avaient fait état ne s'inscrivait pas dans un tel contexte et si ces informations ne relevaient pas de ce fait d'un débat d'intérêt général excluant que leur publication puisse constituer un trouble manifestement illicite au regard du caractère confidentiel de ces informations, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles L. 611-15 du code de commerce et 873 du code de procédure civile ;

4°/ que, lorsqu'ils se prononcent sur l'existence d'un débat d'intérêt général, les juges du fond doivent tenir compte du contexte spécifique des faits litigieux, dont le retentissement antérieur d'une affaire notamment auprès des médias ; qu'en ne recherchant pas, comme cela lui était demandé par la société Mergermarket Limited, si les informations diffusées par d'autres médias avant elle à propos de la procédure de conciliation avec nomination d'un mandataire ad hoc ouverte par le groupe Consolis n'étaient pas, au-delà de leur contenu, de nature à créer un contexte faisant des informations litigieuses diffusées les composantes d'un débat d'intérêt général excluant que leur publication puisse constituer un trouble manifestement illicite au regard du caractère confidentiel de ces informations, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles L. 611-15 du code de commerce et 873 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'après avoir vérifié que la mesure de retrait et d'interdiction demandée était prévue par la loi, qu'elle poursuivait un but légitime et qu'elle était proportionnée à ce but, la cour d'appel s'est attachée à examiner le contenu des articles litigieux pour déterminer si, au-delà de l'affirmation de principe selon laquelle les difficultés d'un grand groupe industriel relevaient d'un débat d'intérêt général au regard des répercussions économiques et sociales que ces difficultés pouvaient entraîner, le contenu des articles n'avait pas contribué à nourrir ce débat, et ce faisant, a vérifié si la mesure sollicitée était nécessaire dans une société

démocratique au sens de l'article 10.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Que la cour d'appel a constaté qu'avaient été mis en ligne, le 26 juillet 2012, un article relatant le déroulement d'une réunion organisée le 24 juillet par le mandataire ad hoc, citant de nombreuses données chiffrées relatives aux résultats et aux engagements financiers du groupe Consolis et exposant les demandes faites aux créanciers, le 9 août 2012, un article indiquant que des prêteurs seniors de Consolis, nommément désignés, avaient organisé un groupe de travail informel et faisant le point sur l'état des discussions relativement à la restructuration de la dette ainsi que la situation financière du groupe Consolis, le 7 septembre 2012, un article relatant l'état des négociations entre les parties à la procédure sous l'égide du mandataire ad hoc, le 25 suivant, un article mentionnant que, lors d'une réunion organisée entre les sociétés du groupe Consolis et ses prêteurs, la procédure était passée d'un mandat ad hoc à une conciliation, ainsi que l'état des négociations entre les parties, de nombreuses données chiffrées relatives à la situation financière du groupe Consolis, les intentions des parties ainsi qu'un calendrier estimatif et, enfin, le 17 octobre 2012, un dossier de huit pages concernant les sociétés du groupe Consolis, retraçant la procédure de conciliation engagée par les sociétés du groupe, citant les résultats obtenus ainsi que les négociations engagées avec les prêteurs ; qu'elle a ainsi relevé que ces articles retraçaient le déroulement, au fur et à mesure, des réunions tenues dans le cadre de la procédure de prévention amiable, divulguant le contenu des négociations en cours dans le cadre de celle-ci avec des données chiffrées très précises fournies par des sources participant à cette procédure ;

Que pour répondre au moyen soutenu par la société Mergermarket Limited selon lequel ces articles répondaient à un objectif légitime d'informer le public, dans un débat d'intérêt général, des difficultés rencontrées par un groupe de la taille de Consolis, lesquelles constitueraient une menace pour l'emploi et toute l'économie, la cour d'appel a retenu qu'il n'était pas justifié en quoi il pouvait être conforme à l'intérêt général et, en particulier, à la défense de l'emploi et de l'économie de rendre public, à tout le moins, de porter à la connaissance de ses abonnés, un compte rendu en temps réel du déroulement et du contenu des négociations de la procédure de prévention amiable ouverte au bénéfice des sociétés du groupe Consolis, tandis que les articles diffusés par d'autres sites ou organes de presse se bornaient à faire état des difficultés du groupe Consolis avant l'ouverture de la première procédure de mandat ad hoc, le résultat de celle-ci et l'existence de nouvelles difficultés en juillet 2012 ;

Qu'elle a encore relevé que le public concerné est celui des abonnés au site Debtwire, spécialisé dans le suivi de l'endettement des entreprises ;

Qu'elle a relevé, enfin, que ces articles ne pouvaient que compromettre l'issue de la procédure de prévention amiable et fragiliser la situation des sociétés du groupe Consolis et, partant, qu'ils constituaient un trouble manifestement illicite, et que la circonstance, à cet égard, que la procédure se soit terminée par une conciliation courant mars 2013 est sans incidence tant il est vrai que ce simple constat n'exclut pas que le contenu de cette

conciliation soit plus défavorable aux sociétés du groupe Consolis que ce qu'il aurait été si la confidentialité avait été respectée, et que les relations des sociétés du groupe Consolis avec leurs partenaires se soient dégradées de manière significative ;

Qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que les articles litigieux, qui ont divulgué des données chiffrées confidentielles sur les difficultés des sociétés du groupe Consolis et les détails des négociations en cours que ces dernières menaient pour restructurer leur dette dans le cadre d'une procédure de conciliation couverte par la confidentialité prévue par l'article L. 611-15 du code de commerce, n'étaient pas de nature à nourrir un débat d'intérêt général sur les difficultés d'un grand groupe industriel et ses répercussions sur l'emploi et l'économie nationale, mais tendaient principalement à satisfaire les intérêts de ses abonnés, public spécialisé dans l'endettement des entreprises, et que leur publication risquait de causer un préjudice considérable aux sociétés du groupe Consolis ainsi qu'aux parties appelées à la procédure de prévention amiable et de compromettre gravement son déroulement et son issue, la cour d'appel qui, en dépit de l'usage inapproprié de l'expression « conforme à l'intérêt général » au lieu de « conforme à l'objectif légitime d'informer le public sur une question d'intérêt général », a effectué la recherche invoquée à la quatrième branche et n'avait pas à effectuer celle invoquée à la troisième branche, a fait une juste application de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Président : Mme Mouillard

Rapporteur : Mme Schmidt, conseiller référendaire rapporteur

Avocat général : Mme Henry

**Avocats : SCP Sevaux et Mathonnet - SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret - SCP
Boulloche**

ANNEXE 8

TABLEAU DE SYNTHÈSE DES PROCÉDURES⁶⁶³

⁶⁶³ SOURCE : BASSAMAT & LARAQUI

LES PROCEDURES AMIABLES ET COLLECTIVES TEXTE LEGAUX	DEUX PROCÉDURES AMIABLES (PA)		TROIS PROCÉDURES COLLECTIVES (PC)		
	(1)	(2)	(1)	(2)	(3)
	MANDAT SPECIAL	CONCILIATION	PROCEDURE DE SAUVEGARDE	REDRESSEMENT JUDICIAIRE	LIQUIDATION JUDICIAIRE
	1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce	1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce		1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce	1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce
	Revue en 2014 par la loi n° 81-14	Revue en 2014 par la loi n° 81-14, et en 2018 par la Loi n°17-73	Loi n°17-73 du 23/04/2018	Revue par la Loi n°17-73 du 23/04/2018	Revue par la Loi n°17-73 du 23/04/2018
1. Initiative de l'ouverture de la procédure	Dirigeant	Dirigeant	Dirigeant	Dirigeant, ou créanciers ou saisine d'office ou Ministère Public	Dirigeant, ou créanciers ou saisine d'office ou Ministère Public
2. Situation de l'entreprise à l'ouverture de cette procédure au regard de la cessation des paiements	Absence de Cessation des paiements	Absence de cessation des paiements	Absence de cessation des paiements mais existence de difficultés insurmontables qui pourraient entraîner une cessation des paiements dans brefs délais	Cessation des paiements	Cessation des paiements Et une situation irrémédiablement compromise
3. Confidentialité	OUI	Confidentielle ET Relative si accord homologué publication du son jugement	NON Publication au Bulletin Officiel et dans un journal légal	NON Publication au Bulletin Officiel et dans un journal légal	NON Publication au Bulletin Officiel et dans un journal légal
4. Effets de l'ouverture de la procédure sur l'exigibilité des dettes	Néant sauf accord des tiers	Néant sauf accord des tiers	Gel du passif	Gel du passif	Gel du passif

LES PROCEDURES AMIABLES ET COLLECTIVES	DEUX PROCÉDURES AMIABLES (PA)		TROIS PROCÉDURES COLLECTIVES (PC)		
	(1)	(2)	(1)	(2)	(3)
	MANDAT SPECIAL	CONCILIATION	PROCEDURE DE SAUVEGARDE	REDRESSEMENT JUDICIAIRE	LIQUIDATION JUDICIAIRE
	1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce	1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce		1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce	1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce
TEXTE LÉGAUX	Revue en 2014 par la loi n° 81-14	Revue en 2014 par la loi n° 81-14, et en 2018 par la Loi n°17-73	Loi n°17-73 du 23/04/2018	Revue par la Loi n°17-73 du 23/04/2018	Revue par la Loi n°17-73 du 23/04/2018
5. Qualité du syndic	Mandataire Spécial Sur proposition possible du dirigeant	Conciliateur Sur proposition possible du dirigeant	Syndic	Syndic	Syndic
	Nomination par le Président du Tribunal	Nomination par le Président du Tribunal	Nomination par le Tribunal	Nomination par le Tribunal	Nomination par le Tribunal
	Le mandataire spécial peut être un expert assermenté auprès des tribunaux	Le conciliateur peut être un expert assermenté auprès des tribunaux	Greffier ou expert assermenté auprès des tribunaux	Greffier ou expert assermenté auprès des tribunaux	Greffier ou expert assermenté auprès des tribunaux
6. Pouvoirs du mandataire de justice	Non applicable	Non applicable	Surveillance ou Assistance	Surveillance ou Assistance ou Représentation	Représentation
7. Sort des cautions des personnes physiques	Pas d'incidence	Pas d'incidence	Suspension durant toute la durée du plan de sauvegarde	Suspension pendant la seule période d'observation -mais pas pendant le plan de continuation : mise en jeu possible dès l'arrêt du plan	Mise en jeu

LES PROCEDURES AMIABLES ET COLLECTIVES	DEUX PROCEDURES AMIABLES (PA)		TROIS PROCEDURES COLLECTIVES (PC)		
	(1)	(2)	(1)	(2)	(3)
	MANDAT SPECIAL 1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce Revue en 2014 par la loi n° 81-14	CONCILIATION 1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce Revue en 2014 par la loi n° 81-14, et en 2018 par la Loi n°17-73	PROCEDURE DE SAUVEGARD Loi n°17-73 du 23/04/2018	REDRESSEMENT JUDICIAIRE 1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce Revue par la Loi n°17-73 du 23/04/2018	LIQUIDATION JUDICIAIRE 1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce Revue par la Loi n°17-73 du 23/04/2018
TEXTE LEGAUX					
8. Rémunération du dirigeant	Libre	Libre	Libre	Libre	Non applicable
9. Procédure spéciale de licenciement	NON Procédure Droit commun	NON Procédure Droit commun	NON Procédure Droit commun	OUI Avec autorisation du juge commissaire	NON Procédure dérogatoire
11. Possibilité d'offre de reprise formulée par les tiers dès l'ouverture de la procédure	Non applicable	Non applicable	NON	OUI	OUI
12. Mises en cause possibles des dirigeants par le biais des sanctions	Non applicable	Non applicable	NON	OUI	OUI
13. Durée	Précisée par l'ordonnance de nomination du mandataire ad hoc de quelques jours à plusieurs mois Peut être renouvelée à plusieurs reprises	3 mois renouvelables 1 fois pour la même période	5 années, durée ne peut être prorogée	10 années, durée ne peut être prorogée	Non applicable

LES PROCEDURES AMIALES ET COLLECTIVES TEXTE LEGAUX	DEUX PROCEDURES AMIALES (PA)		TROIS PROCEDURES COLLECTIVES (PC)		
	(1)	(2)	(1)	(2)	(3)
	MANDAT SPECIAL	CONCILIATION	PROCEDURE DE SAUVEGARDE	REDRESSEMENT JUDICIAIRE	LIQUIDATION JUDICIAIRE
	1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce	1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce		1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce	1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce
	Revue en 2014 par la loi n° 81-14	Revue en 2014 par la loi n° 81-14, et en 2018 par la Loi n°17-73	Loi n°17-73 du 23/04/2018	Revue par la Loi n°17-73 du 23/04/2018	Revue par la Loi n°17-73 du 23/04/2018
14. Sort des pénalités et majorations de retard (fiscal-social)	A négocier avec les organismes fiscaux et sociaux concernés	A négocier avec les organismes fiscaux et sociaux concernés	Arrêtés à compter du jugement d'ouverture. Reprise à la date du jugement arrêtant le plan de sauvegarde.	Arrêtés à compter du jugement d'ouverture. Reprise à la date du jugement arrêtant le plan de sauvegarde.	AUCUNE DISPOSITION LEGALE
15. Remise en principal	NON	NON sauf accord	NON sauf accord	NON sauf accord	NON
16. Sort des intérêts bancaires	A négocier avec les banques	A négocier avec les banques	Arrêtés à compter du jugement d'ouverture Reprise à la date du jugement arrêtant le plan de sauvegarde	Arrêtés à compter du jugement d'ouverture Reprise à la date du jugement arrêtant le plan de continuation.	AUCUNE DISPOSITION LEGALE
17. Constitution de Comités de créanciers	NON	NON (mais les principaux créanciers concourent à l'accord amiable)	NON	Une Assemblée Générale des Créanciers pour les entreprises : • Plus de 25 millions de dirhams de chiffre d'affaires OU • de plus de 25 salariés durant l'année précédant l'ouverture de la procédure	Non applicable

LES PROCEDURES AMIABLES ET COLLECTIVES TEXTE LÉGAUX	DEUX PROCÉDURES AMIABLES (PA)		TROIS PROCÉDURES COLLECTIVES (PC)		
	(1)	(2)	(1)	(2)	(3)
	MANDAT SPECIAL 1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce	CONCILIATION 1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce	PROCEDURE DE SAUVEGARD	REDRESSEMENT JUDICIAIRE 1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce	LIQUIDATION JUDICIAIRE 1 ^{er} août 1996, la loi n° 15-95 portant promulgation du Code de Commerce
	Revue en 2014 par la loi n° 81-14	Revue en 2014 par la loi n° 81-14, et en 2018 par la Loi n°17-73	Loi n°17-73 du 23/04/2018	Revue par la Loi n°17-73 du 23/04/2018	Revue par la Loi n°17-73 du 23/04/2018
18. Acceptation du plan	Par les créanciers concernés	Par les créanciers concernés	Plan accepté par le Tribunal de commerce	Si Assemblée des créanciers. A la majorité des créanciers présents. Si pas d'Assemblée des créanciers. Plan accepté par le Tribunal de commerce après consultation des créanciers.	Plan de Cession accepté par le Tribunal de Commerce. Si absence de plan de cession vente des biens ordonnée par le Juge Commissaire aux enchères publiques ou de gré à gré.
19. Eviction possible du dirigeant pour l'adoption du plan de sauvegarde ou de continuation par le Tribunal de Commerce	Non applicable	Non applicable	NON	OUI	Non applicable

Bibliographie

I-ouvrages généraux

- **A-SQUALLI**, « Etude de droit de la propriété intellectuelle », édition Sijilmassa.2005.
- **A-SQUALLI**, « Droit marocain de la concurrence », édition Sijilmassa.2005.
- **A-SQUALLI**, « Droit commercial marocain », 1er édition info-print.2003.
- **MIHAMAN**, «droit pénal des affaires » ECONOMICA, 2009.
- **A-REYGROBBELLET** « les vertus de la transparence », Paris, Presse de Sciences Pocrda, la biblothèque des décideurs.2001
- **C.GAVALDA et J.STOUFFLET**, « Droit de la banque », P.U.F., 1974, n°407
- **DELMAS-MARTY**, «droit pénal des affaires », PUF ,coll.thémis.,1990
- **E-DRAGON**, « Etude sur le statut juridique de l'information », D.1998
- **F-PASQUALINI**, «responsabilité du banquier », Rep. Droit. com, Dalloz
- **G-CRONU**, «vocabulaire juridique », Association H. CAPITANT., PUF., 8^e éd, 2000
- **G.-JEAN-MARIE et L-ERIC**, « le secret des affaires », lexixnexus ,éd,2013
- **G-WIKER**, « la légitimité de l'intérêt à agir », Mélanges Serra, 2006.
- Guide de légistique réalisée par le secrétariat général du gouvernement série « documentation juridique marocaine » première édition 2015
- **H- CHARKAOUI**, « la société anonyme », 1^{er} éd, 1997
- **H.TRUCHY**, cours d'économie politique, Tome 1
- **J. -CH. GALLOUX**, « Ebauche d'une définition juridique de l'information »,D. 1994
- **J- PAGES**, « De l'irréductible et incontournable entreprise », in « Prospectives du Droit économique », Dialogues avec M. Jeantin, éd. Dalloz, 1999
- **J- HUET**, « le secret commercial et la transparence de l'information », in secret et transparence : l'entreprise et l'administration, actes du 17e colloque de droit européen, éd. Conseil de l'Eroupe, 1987
- **J.HENRI-ROBERT**, « traité de droit pénal des affaires », presses universitaires de France

- **K- Milan**, « Le conseil en management », 3e édition, Bureau International du Travail, Genève, 2003
- **L. LE VENEUR**, « Situation de fait et droit privé », L.G.D.J., 1990
- **Lamarche**, « la notion d'entreprise », RTD com.2006
- **M.-D.ALAMI-MACHICHI**, « droit commercial fondamental au Maroc », éd 2006
- **M.-A. FRISON- ROCHE**, « secret professionnels », collection Essai, éd, Autrement, 1999
- **M-VASSEUR**, « la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit », éd,3, B. 1978
- **P.CATTALA**, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », D.1984
- **F.PERROUX**, « cours d'économie politique, entreprise et capitalisme, expansion et intensité de l'entreprise capitaliste, production et échange des biens, formation et distribution du crédit, concentration et capitalisme », paris 5^e éd., 1949,Tome 2
- **R- SZRAMKIEWICZ et O, DESCAMPS**, « Histoire du droit des affaires », Montchrestien 2^e éd, 2013.
- **R-SZRAMKIEWCZ**, « Histoire du droit des affaires », Montchrestien 1992.
- **R- GUILLEN, et G-MONTAGNIER**, « Lexique des termes juridiques », 9e édition 1993, Dalloz.
- **R.SAINT-ALARY**, « le secret des affaires en droit français » in le secret et le droit (journées libanaises), travaux de l'association Henri CAPITANT, t. XXV, 1974, Dalloz, 1976
- **S.-MARCELLIN et T-DU MANOIR DE JUAYE**, « le secret des affaires », lexixnexus 2e éd, 2019
- **V.M. BENEJAT**, « la responsabilité pénale professionnelle », Dalloz, 2012
- vocabulaire juridique, association H-CAPITANT, 8eme éd., P.U.F,2000

II- Ouvrages spéciaux

- **A-JACQUEMENT, NBORGA et T-MASTRULLO**, « droit des entreprises en difficultés », 11e éd, LexisNexis,2019.
- **A-LIENHARD**, « procédures collectives », éd Delmas, 2019-2020.
- **A-EL HAMMOUMI**, « les difficultés de l'entreprise essai d'analyse des dispositions légales & pratique des tribunaux marocaines », 2003

- **A-SQUALLI**, « Droit et pratique en matière de la faillite et de liquidation judiciaire des entreprises », 1er édition.1995.
- **A.LIENHARD**, « sauvegarde des entreprises en difficultés.2e éd, Delmas, 2007
- **B-LAGARD**, « entreprises en difficulté », traité économique et fiscal, 2019.
- **B.ZABALA**, « prévention des difficultés des entreprises et obligation d'information du public », JCP E 2008
- **C.-MAGRAS-VERGEZ**, « la constance des stigmates de la faillite. De l'antiquité à nos jours », LGDJ, 2019.
- **C.-SAINT-ALARY-HOUIN**, « droit des entreprises en difficultés », LGDJ, 12^e éd, 2020.
- **C.-SAINT-ALARY-HOUIN**, « droit des entreprises en difficultés », LGDJ. Lextenso, 11^e éd, 2018.
- **C.-SAINT-ALARY-HOUIN**, «droit des entreprises en difficultés »,5^e éd 2006.
- **C.SAINT-ALARY-HOUIN**, «Droit des entreprises en difficulté », Montchrestien, 6^o éd, Gazette du palais. 1983
- **CH.MOULY**, « la responsabilité pénale du banquier en cas de banqueroute de son client : un révélateur », D.1984
- **E.-MOUIAL- BASSILANA**, « Entreprise en difficulté : avant propos », éd Dalloz septembre 2019.
- **F-CONAN**, « Filiale et procédure collective : que risque la mère ? », éd Universitaires Européennes, 2018.
- **F.-XAVIER-LUCAS**, « manuel de droit de la faillite », PUF, 2021.
- **F.PERCHON et R.BONHOMME**, « entreprises en difficultés, instruments de crédits et de paiement»., LGDJ ,5^o éd., 2001
- **G.BLANC**, «la situation du commissaire aux comptes après la loi n°84-148 du 1er mars 1984»,J.C.P. 1984 ,E ;II,14304,n°43.
- **G.CREFF**, « la responsabilité des dirigeants sociaux retirés » : RTD. Com. 1978
- **H.MATSOPOULOU**, « l'incidence d'une procédure collective sur l'exercice de l'action civile », JCP 1998
- **II.CROZE**, « les organes de la procédure, nouveau juge, nouveaux pouvoirs ? », mélanges. R.PERROT., Dalloz. 1996

- **J-VALLANSAN et L.- FIN-LANGER**, « guide des procédures collectives », 2e éd, lexisNexis, 2020.
- **J.-L. Vallens**, « l'insolvabilité des entreprises en droit comparé », Joly, Lextenso édition, 2011.
- **J.L. Rives-lange**, « la notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi 13 juillet sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens »,D., 1975
- **J. ROUYER.**, « la responsabilité des organismes financiers du fait de leur intervention financière », Revue de jurisprudence commerciale., n° spécial., 1976
- **J- VALLANCAN, P-CAGNOLI et L.- F-LANGER** « difficultés des entreprises commentaire article par article du livre VI du code de commerce », lexisNEXIS , 6ème édition
- **J.FRONCOIS MARTIN**, « Redressement et liquidation judiciaires », 8e éd., Dalloz.,2003
- **J.F.BARBIERI**, « l'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte : le rôle des commissaires aux comptes »,L.P.A .14 sept.1994
- **J.PIERRE-SORTAIS**, « procédures préventives et confidentialités », mélanges en l'honneur de Jean-luc Vallens, éd Joly, l'extenso, 2015
- **L.-CAROLINE-HENRY et L-ANTONINI-COHIN**, « droit des entreprises en difficultés », 3e éd, Mémentos, 2020.
- **L-FELICI**, « l'impartialité et l'absence de conflit d'intérêt : axes fondamentaux d'une procédure collective éthique », in L'éthique et procédure collective (table ronde), université Paris-Dauphine, 2019
- **LIENHARD**, « Aubaine pour le dirigeant condamné » in Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, LexisNexis, éd., 2012
- **P-ROSSI**, « Le juge face à la procédure collective de l'une des parties », éd Ceprisca, 16 mai 2017.
- **P.GIONANI**, « la cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute », D.1994
- **P-LE CANUL et D-ROBINE**, « droit des entreprises en difficulté », Dalloz,2020.
- **P. LE CANNU**, « prévention et règlement amiable », juri-dictionnaire,joly, 1988

- **P.CANGNOLI**, « Essai d'analyse processuel du droit des entreprises en difficultés », LGDJ 2002.
- **P-MICHEL LE CORRE**, « droit et pratique des procédures collectives », Dalloz, 2021.
- **P-M.LE CPRRE**, « Droit et pratique des procédures collectives », Dalloz, 2012-2013
- **P-M. LE CORRE**, « droit et pratique des procédures collectives », Dalloz, 2010-2011.
- **R-AZEVEDO**, « le caractère collectif des procédures collectives », LGJDJ, bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, 2020.
- **R.OLLARD et R. RAFFRAY**, « le chef d'entreprise et les procédures collectives les cas de la responsabilité », collection actes & études, 2012, éd., cujas
- **S-FARHI**, « les procédures collectives : décrypter le droit des entreprises en difficulté », 2e éd, Lextenso, 2020.
- **S-GORRIAS**, « le régime de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises : textes et commentaires », 3e éd, Joly, 2020.
- **T- MASTRULLO**, « entreprise en difficulté : droit international et européen » Dalloz 2018.
- **V.P.GIOANNI**, « la cessation de paiements dans l'infraction de banqueroute »,D. 1994
- **V.DOMINIQUE**, « droit des entreprise en difficulté : prévention, conciliation, sauvegarde ». 3e éd, l'extenso. 2010
- **Y.CHARTIER**, « droit des affaires : entreprises en difficultés _ prévention_ redressement liquidation », thémis 1989
- **Y. GUYON**, « droit des affaires, entreprise en difficultés, redressement judiciaire faillite », 9^e éd, Economica, 2003.
- **Y. GUYON**, « La transparence dans les procédures collectives ». LPA, 21 avril 1999
- **Y.GUYON**, « le rôle de prévention du commissaire aux comptes »JCP,Ed.E 1995

III- Thèses et mémoires :

- **A-BEZERT**, « les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines », Thèse, LGDJ, bibliothèque de droit des entreprises en difficultés, 2021.
- **A.-SQUALI ORIDI**, « la faillite et redressement judiciaire des entreprises en difficulté en droit marocain », thèse, paris, 1990.
- **A.-L.CAPOEN**, « la responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté », thèse dactyl. Université des sciences sociales de Toulouse I Capitoul, 2008
- **A.-MUSTAPHA et T-NOUREDDINE**, « banque/ entreprise en difficulté : prévention et traitement des difficultés des entreprises par la banque », ISCAE, 5 mai 2001.
- **CERATI-CAUTHIER**, « la société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence », thèse., université d'Aix-Marseille., presse universitaires d'Aix-marseille., 2002.
- **A-COTTA**, « les corporatismes », que sais-je, presses universitaires de France, PUF.1984, p.11 et 12.
- **B.FILLION**, « la responsabilité de l'instigateur », thèse paris II, 1979
- **BORRELY**, « La notion juridique d'entreprise en droit des procédures collectives », Thèse, Montpellier I, 2004
- **D.TROCOT**, « l'élaboration du plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire », Thèse, presses universitaire d'Aix-Marseille P.U.A.M. 2000.
- **D-PASCAL**, « la responsabilité des dirigeants de personnes morales en redressement ou liquidation judiciaires », Thèse, Montpellier, 1995
- **F-REILLE**, « La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives », Litec, Paris. 2006.
- **J-VIDAL**, « essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe *fraus omnia corrumpit* », thèse, Toulouse, 1957.
- **I-SQUALI**, « la sauvegarde des entreprises en difficultés : l'approche marocaine et comparée », thèse Fès, 2016-2017.
- **H-HMOURI**, « Le syndic des procédures collectives en droit marocain : approche prospective », thèse Perpignan, 2012.

- **L-DIDI**, « droit et pratique de la responsabilité du banquier en matière de difficultés des entreprises », thèse Fès, 2005-2006.
- **L.SAHRANE**, « Le droit des affaires entre la pénalisation et la dépénalisation », Thèse Fès, 2014.
- **L-DISA**, « responsabilité et sanctions civiles des dirigeants d'entreprise en difficulté », Thèse, Toulouse, 2013.
- **L-EYRINGNAC**, « la protection pénale du patrimoine de la société », thèse publiée, LGDJ 2007. Collection des thèses, n°12, fondation Varenne, n°82
- **M-AFARKOUS**, « Droit et pratique des procédures judiciaires de traitement des difficultés de l'entreprise au Maroc », thèse Toulouse 1 capitole, 2010
- **M-COTTINGY**, « responsabilité civile et procédures collectives », Thèse Lille 2, 2016
- **M.-CHRISTINE-SORINDO**, « le délit de banqueroute : contribution à un droit pénal des procédures collectives », Montpellier 1, 1993
- **M.-CHRISTINE-MARIANI**, « le règlement amiable des entreprises », Thèse Nice-Sophia-Antipolis, 1991
- **M.-I. IZORCHE**, « le raisonnement juridique », P.U.F. 2001
- **N-LYAZAMI**, « La prévention des difficultés des entreprises : étude comparative entre le droit français et le droit marocain », Thèse du Toulon-Var, 2013.
- **N.-ELDIN-HINDAWY**, « essai d'une théorie générale de la justification », Thèse Rennes, 1979.
- **N.-DEPLOIX-ROBAIN**, « Le règlement amiable des difficultés d'entreprise », Thèse Paris IX Dauphine, 1997
- **S-BACHLOUCH**, « la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit comparé franco-marocain », Thèse Paris-EST, 2012.
- **V-CUISINIER**, « l'affectio societatis », LGDJ, juillet 2008.
- **V.-M. BENEJAT**, « la responsabilité pénale professionnelle, DALLOZ, coll. « nouvelle bibliothèque des thèses », n° 111, 2012.
- **DELMAS-MARTY**, « droit pénal des affaires », PUF, coll. thémis, 1990, 3^e éd., tome II.

IV-Revues :

- Revue de la cour de cassation, « des difficultés de l'entreprise à la lumière des arrêts de la cour de cassation », 2020.
- P-DELBECQUE, « Le risque de détournement de la procédure de sauvegarde », bulletin jolly 2016, p. 209.
- **A-HADRI**, « le recours contre les ordonnances du juge-commissaire dans le cadre des procédures de traitement des difficultés de l'entreprise », Revue de droit économique, n°1, décembre 2007, éd AL HILAL, Oujda.
- **A-DEKEUWER**, « les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », JCP, éd.E, 1995.
- **A-SQUALLI**, « la cour suprême face aux nouveaux impératifs du monde des affaires », Mélanges en l'honneur du professeur Yves Guyon. Edition Dalloz 2003.
- **A-SQUALLI**, « les principales difficultés d'application de la loi sur les procédures collectives », Revue de droit et d'économie. N° 19.2002.
- **A-SQUALLI**, « L'étude critique de la notion de la cessation des paiements en matière de la faillite et de liquidation judiciaire », Revues de droit et d'économie. N° 11.1995.p.53.
- **A-SQUALLI**, « Droit et pratique en matière de faillite des entreprise ou la nécessité d'une réforme immédiate », Revues de droit et d'économie. N° spéciale.1994.
- **A-SQUALLI**, « Les obstacles au rôle de l'entreprise dans l'édification du Maghreb : l'entreprise en difficulté », publication de l'université d'hiver de Marrakech.1993.
- **B-SOINNE**, « le pari (à propos du projet de loi relatif au nouveau statut des mandataires de justice) », Revues des procédures collectives et civiles et commerciales, n°5., décembre 2000..
- **B-SOINNE**, « Hésitations sur « la confusion », Revue des procédures collectives, n° 5, décembre 2000
- **B-SAINTOURESS**, « Mandat ad hoc: confidentialité et liberté », Act.pro.coll. 2015, n °17,comm.263.
- **B-MOREAU**, « secret bancaire et communications de pièces », Gaz.Pal.29 juin 2004 n° 181, p.19 et s.

- **C.MASCALA**, «le périmètre des sanctions » Revue des procédures collectives n° 1, dossier 5, 2011.
- **MASCALA**, RTD.COM.54 (1), janvier-mars 2001
- **C.-MASCALA**, RTD.Com.,1999
- **C.-MASCALA**, Revue des procédures collectives, 1996, n° 5.
- **C.-SAINT-ALARY-HUOIN**, « les nouvelles procédures à l'épreuve jurisprudence- le « resserrement » de l'extension de procédure sur la confusion des patrimoines et la fictivité des personnes morales », Revue droit et patrimoine, n° 160., juin 2007
- **C.-SAINT-ALARY-HOUIN**, « le projet de réforme de la loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière?», Revue droit et patrimoine., n° 133. Janvier 2005.
- **C.-SAINT-ALARY-HOUIN**, «La responsabilité des dirigeants des sociétés en difficultés », Revue des procédures collectives, n° 3, juillet 2001
- **C.-SAINT-ALARY-HOUIN**, « Droit des entreprises en difficulté », Montchrestien, 6° éd., 1277
- **C.CUTAJAR**, « Le montage société civile immobilière/ société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective », bulletin jolly 1999
- **C.-DUCOULOUX-FAVARD**, « banqueroute par moyen ruineux et complicité des établissements financière au regard du nouveau code pénal », petites affiches., 6 octobre 1993
- **CH- Delattre**, « Le comportement du dirigeant en termes de coopération est un critère important dans le prononcé d'une sanction », Rev.proc. coll., mai-juin 2010.
- **D-LEGAEIS**, « les actions en soutien abusif », Revue des procédures collectives n° 4, juillet 2013, dossier 27
- **D.PORRACHIA**, Revue droit et patrimoine 2001
- **D-TRICOT**, « les critères de la gestion de fait », Revue droit et patrimoine, 1996
- **E-COLLOMP**, « chronique de droit bancaire (1ère partie) », LPA 16 janvier 2006 n° 11,p.5.

- **DU PONTAVICE**, «commissaire aux comptes ; expert-comptable et complicité commis par les dirigeants sociaux », Rev. Des soc., 1988
- **F-TEERE**, «sécurité juridique et annonce légales », LPA 2 oct.2008
- **G-CREFF**, «la responsabilité des dirigeants sociaux retirés » : RTD. Com. 1978
- **I.-ROHART-MESSAGER**, « La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce », GAZ. Pal, 2010,n° 9
- **J.-M. DELENEUVILLE**, «Critères de la confusion des patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques », Revue des procédures collectives, 2002
- **J.-F-BARBIERI**, « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », in « La situation des créanciers d'une entreprise en difficultés », Montchrestien 1998,
- **J.-P. MARCHI**, Bull. joly 1992
- **J.-M. de BERMOND DE VAULX**, « le secret des affaires à l'épreuve des mesures prévention des difficultés des entreprises », JCP E 1995
- **J-ROUYER.**, «la responsabilité des organismes financiers du fait de leur intervention financière », Revue de jurisprudence commerciale., n° spécial., 1976
- **JOULIN**, «l'élément moral de la complicité par fourniture de moyen ruineux », D.1980
- **M-JAOUHAR.** «les sanctions applicables aux dirigeants des entreprises en difficultés», actes du colloque « dix ans d'application du système des difficultés des entreprises, quel bilan ? », Revue marocaine de droit d'économie et de gestion, n°53, 2008
- **M- BENEJAT**, la responsabilité pénale professionnelle, DALLOZ, coll. « nouvelle bibliothèque des thèses »,n° 111 , 2012.
- **M-Ch.SORINDO.**, « Précisions sur le préjudice réparable pour le créancier de la procédure collective en cas de banqueroute »..LPA 1998. n° 89
- **O-CLASSIOT et N-RENOUARD**, « de la compliance à l'éthique des affaires, de la règle descendante à la culture partagée, de la direction juridique à la direction RSE : analyse d'un changement clé de l'approche des entreprises », Rev, internationales de la compliance et de l'éthique des affaires, n° 13,2016

- **V.-R-KLEIMAN**, « secret bancaire et transparence des opérations boursières : Rôle et pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers », Gaz.Pal.29 juin 2004 n° 181, p.23.
- **PH-MERELE**, « Effets sur la personne du débiteur et à l'égard des dirigeants sociaux », Revue trimestrielle de droit commercial, 1982.
- **S-PIEUCHOT**, « l'avocat de l'entreprise en difficulté est son dirigeant », Revue des procédures collectives., n° 2., juin 2006
- **TH-Favario**, « De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté », Rev. proc. coll., juillet-août 2009, p. 23
- **TH- GRANIER**, « le secret professionnel du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable face aux expert désignés dans le cadre de la mise en état ou dans celui de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », Rev. Sociétés, 01/04/1996, n° 2, p.286.
- Responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise en difficulté : un regrettable statu quo, Revue Le Lamy Droit des Affaires, N° 64, 1er octobre 2011
- «Quelle place pour la sanction civiles et pénales en droit des procédures collectives?», Revu proc.coll.2009, entretien 2
- « le secret des affaires ? c'est un serpent de mer. Tout le monde en parle, certains l'ont vu, mais il n'existe pas ». Y.PACOLT, « les divers facettes du secret des affaires », Dr.& PALL. 2002,n° 102
- « le secret des affaires ? c'est un serpent de mer. Tout le monde en parle, certains l'ont vu, mais il n'existe pas ». Y.PACOLT, « les divers facettes du secret des affaires », Dr.& PALL. 2002,n° 102
- Revue du droit marocain, n° 5, mai 2008
- jurisclasseur commercial. 2004
- R.KOERING-JOULIN., « l'élément moral de la complicité par fourniture de moyen ruineux », D.1980.chron.231

V- Actes de colloque/Rapports/Discours

- Rapport (parlement) de commission productive relatif au projet de loi n° 73-17 abrogeant et remplaçant le livre V de la loi n° 15-95 formant code de commerce relatif aux difficultés de l'entreprise.2018.

- Rapport du Ministère de la justice, « projet de loi en attente de soumission au parlement », 2018.
- Colloque scientifique organisé par Fsjes Rabat-Agdal sous le thème, « la réforme du droit des entreprise en difficultés, aspects théoriques et enjeux pratiques », 2018.
- Colloque scientifique organisé par le ministère de la justice en marge de la cérémonie d'hommage en l'honneur du professeur M. IDRISSE ALAMI MACHICHI sous le thème « la notion d'entreprise ». les 01 et 02 mars 2018. Non publié.
- **A-SQUALLI**, « Le droit des procédures collective ou une loi en difficulté » congrès de L'UIA et de l'ordre des avocats de Fes, les 11 et 12 juin 2010.
- **A-SQUALLI**, « entre la liberté de l'entreprise et la protection du consommateur », colloque organisée par le département de droit privé de la faculté de droit de Casablanca sur : « le prix et la concurrence », les 19 et 20 avril 2002.
- **A-SQUALLI**, « La prévention des difficultés de l'entreprise dans le nouveau droit marocain des procédures collectives », journée d'étude organisée par le département de droit privé de la faculté de droit de Meknès : « Le traitement des difficultés de l'entreprise », le 21 mars 1998.
- **A-SQUALLI**, « L'entreprise en difficulté : une nouvelle notion dans le droit marocain des procédures collective », colloque organisé par le département de droit privé de la faculté de droit et le barreau de Marrakech : « nouveauté du code de commerce et tribunaux de commerce », les 30 et 31 octobre 1998.
- **A-SQUALLI**, « La réforme en matière de réglementation des sociétés anonymes », journée d'étude organisée par L'AMITH-FES (association marocaine des industries du textile et de l'habillement, le 04/06/1998.
- **A-SQUALLI**, « Droit et pratique en matière de faillite des entreprise », colloque organisé par le département de droit public, faculté de droit de Fes en 1994 sur le thème : « Droit et pratique au Maroc ».
- **M.ABDELMOUMIN EL MEJDOUB**, «l'influence du code de commerce Français de 1807 sur le code de commerce Marocain», in «Bicentenaire de code de commerce 1807-2007», colloque organisé en Sorbonne les 1er et les 2 février 2007, p.654.

- rapports doing business 2017 et 2018, « égalité des chances pour tous réformer pour créer des emplois.
- Rapport de la haute instance du dialogue National sur la réforme du système judiciaire, juillet 2013.
- O.DECIMA et L.SOUTONIE-LAGOUINIE, « La responsabilité du chef de l'entreprise en difficulté », colloque organisé par l'observatoire de la délinquance et de la justice d'affaires, Cujas, éd.,2012.
- C. MASCALA.. « les poursuites pénales exercés en cas de banqueroute », Actes du colloque Toulouse « la situation des créanciers d'une entreprise en redressement judiciaire »..Montchrestien., 1998
- Rapppr.C.MASCALA, « la banqueroute : préserver l'entreprise contre l'entrepreneur ? », Dr.pén.2009, étude 20, spéc.n°14.
- Rappor.O Décima, « réflexions sur la cessation des paiements en matière pénale »,Dr, pén.2008,étude 22
- La dépénalisation de la vie des affaires, documentation française, 2008.
- Rapp, ACAM 04/07 réalisé grâce au soutien de l'agence Américaine pour le développement international (USAID) au titre du contrat n° GEG-I-00-04-00001, ordre n° GEG-I-02-04-00001. Avril 2007.
- MASCALA.. « les poursuites pénales exercés en cas de banqueroute », Actes du colloque Toulouse « la situation des créanciers d'une entreprise en redressement judiciaire »..Montchrestien., 1998, p 29
- Colloque sur la transparence, revue Juridique et Commerciale, 1993, n°spécial
- La politique pénale au Maroc : Realité et perspectives ; actes des assises nationales organisées par le ministère de la justice Meknés, les 9,10 et 11 décembre 2004.

VI-Jurisprudence

- Tribunal de commerce de Casablanca, arrêt n° 92, dossier n° 2018/8301/59 du 12/07/2018. Non publié.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 92 الصادر بتاريخ 12/07/2018 في الملف التجاري رقم 59/8301/2018 غير منشور.
- Tribunal de commerce de Casablanca jugement « N° 135 » qui est rendu par la cour d'appel de Casablanca le 11-05-2018 dossier 2017/8321/171.Non publié

- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 8321/171 الصادر بتاريخ 11/05/2018
- Cour d'appel de casablanca arrêt n° 6686 du 07/12/2016 dossier 2984/8301/2016.
Non publié.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 6686 الصادر بتاريخ 07/12/2016 في الملف التجاري رقم 2984/8301/2016 غير منشور.
- Tribunal de commerce de Marrakech, décisions n° 81/2015 du 23/06/2015 cité par F.-EL IDRISSE et N- ROUINI, « la notion inachevée de confusion des patrimoines en droit des entreprises en difficultés : les réponses de la jurisprudence », publié sur www.revues.imist.ma
- C.cass, arrêt n 260, du 28/05/2014 (dossier n° 138/13/2014), publié sur la Revue de la cour de cassation, «des difficultés de l'entreprise à la lumière des arrêts de la cour de cassation », 2020.
- قرار محكمة النقض، رقم 260 المؤرخ في 28 ماي في الملف التجاري رقم 2014/3/138، منشور بسلسلة إصدارات المكتب الفني، صعوبات المقاول في ضوء قرارات محكمة النقض العدد السادس 2020.
- Tribunal de commerce de Casablanca, arrêt n° 254, du 24/11/2008. Non publié.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 254 الصادر بتاريخ 24/11/2008. غير منشور
- Tribunal de commerce de Casablanca, jugement n°231/2008, dossier n°199/2008/25. Non publié.
- Cass, crim n° 05/3/22378, du 28/03/2007 cité par A-FALLI, « commentaire du droit des procédures des difficultés d'entreprise à la lumière de 20 ans de la justice commerciale 1998-2018 », 1er éd, novembre 2018.
- قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 28/03/2007 في الملف الجنائي رقم 05/3/6/22378 منشور
بمؤلف علال فالي، التعليق على قانون مساطر صعوبات المقاول على ضوء 20 سنة من القضاء التجارية،
مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2018.
- Tribunal de commerce d'Agadir, jugement n° 807 du 06/06/2006 cité par F.-EL IDRISSE et N- ROUINI, « la notion inachevée de confusion des patrimoines en droit des entreprises en difficultés : les réponses de la jurisprudence », publié sur
- revues.imist.ma
- Tribunal de commerce de Casablanca, arrêt n° 212, du 18/09/2006, Non publié.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 212 الصادر بتاريخ 254/09/2006. غير منشور.

- Tribunal de commerce de Casablanca arrêt n° 5209/2006, du 10 novembre 2006, publié au site internet de la société civile professionnelle d'avocat BASSAMAT. Wwww. Cabinetbassamat.com.
- de commerce de Casablanca dossier n° 563/11/2005, du 11/11/2005. Non publié.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ، الصادر بتاريخ 11/11/2005 في الملف التجاري رقم 563/11/2005 غير منشور.
- Tribunal de commerce de Marrakech, jugement n° 50/2006, du 12/07/2006, dossier n° 20/15/2004. Non publié.
- Tribunal de commerce de Casablanca, jugement n° 118/2004. Du 26/04/2004. Non publié.
- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2004/118 الصادر بتاريخ 2004/04/26. غير منشور.
- Tribunal de commerce de Casablanca, jugement n° 111/2004. Du 19/04/2004. Non publié.
- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2004/111 الصادر بتاريخ 2004/04/19. غير منشور.
- Tribunal de première instance de Beni-Mellal, jugement n°2140 du 8 avril 2004. Non publié.
- حكم المحكمة الابتدائية بابني ملال، رقم 2140 الصادر بتاريخ 08/04/2004. غير منشور.
- Tribunal de commerce de Casablanca, jugement n° 174/2004. Du 21/06/2004. Non publié.
- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2004/174 الصادر بتاريخ 2004/06/21. غير منشور.
- Tribunal de commerce de Casablanca, arrêt n°9455 du 21 juillet 2004. Non publié.
- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، رقم 9455 الصادر بتاريخ 21/07/2004. غير منشور.
- tribunal de première instance de Casablanca-Hay-Mohammadi-Ain-Sebaâ, jugement n°07/2001 du 10 avril 2004. Non publié.
- حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء- الحي المحمدي- عين السبع، رقم 07/2001 الصادر بتاريخ 10/04/2004. غير منشور.
- Tribunal de commerce de Casablanca. Dossier n° 316/10/2003, du 8 janvier 2007, Revue du droit marocain, n° 5, mai 2008, p. 235 et s.
- Tribunal de première instance de Beni-Mellal, jugement n°01/03 du 25 mars 2003. Non publié.
- حكم المحكمة الابتدائية بابني ملال، رقم 01/03 الصادر بتاريخ 25/03/2003. غير منشور.

- cour d'appel de commerce de Casablanca, arrêt n° 24499/2003, du 18/07/03, (dossier n° 1594/112003), Revue des tribunaux du Maroc, n° 98, p.164 et s.
- Cour d'appel de commerce de Marrakech, arrêt n° 08/2002 du 26/02/2002, Gazette des tribunaux du Maroc G.T.M. n° 92 janvier février 2002, p.209 et s.
- Tribunal de commerce de Casablanca, jugement n° 329/2002. Du 29/07/2002. Non publié.
- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2002/253 الصادر بتاريخ 2002./07/29. غير منشور.
- Tribunal de commerce de Casablanca, jugement n° 253/2002. Du 24/06/2004. Non publié.
- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2002/253 الصادر بتاريخ 2002./07/29. غير منشور.
- Tribunal de commerce de fés arrêt n° 1261 du 21/11/2002, dossier n° 545/2001.cité par A-EL HAMMOUMI, «les difficultés de l'entreprise essai d'analyse des dispositions légales & pratique des tribunaux marocaines », 2003.
- Tribunal de commerce de Casablanca, jugement n° 233/2001. Du 31/07/2001. Non publié.
- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 233/2001 الصادر بتاريخ 2001/07/31. غير منشور.
- Tribunal de commerce de Casablanca, jugement n°330/2001, dossier n°414/2001/10, le 19/11/2001.non publié.
- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 330/2001 الصادر بتاريخ 19/11/2001 في الملف التحاري رقم 414/10/2001. غير منشور.
- Tribunal de commerce de Casablanca, jugement n° 111/2000. Du 03/07/2000. Non publié.
- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2000/111 الصادر بتاريخ 2000/07/03. غير منشور.
- Tribunal de première instance de Casablanca-Anfa, jugement n°42229 du 15 décembre 2000.non publié.
- حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أنفا، رقم 42229 الصادر بتاريخ 2000/12/15. غير منشور.
- Tribunal de première instance de Casablanca-Ain-Chok, jugement n°8879/98 du 26 janvier 2000.non publié.
- حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عين الشق، رقم 8879/98 الصادر بتاريخ 26/01/2000. غير منشور.
- Cass.com, arrêt n°198 du 13 février 2019 publié sur www.courdecassation.fr

- Cass.com., 22 sept. 2015, n° 14-17377 : Act. Pro.coll. 2015, n° 17, comm. 264 ; JCP E 2016, 1151, note STEFFANIA T. ; Rev. Sociétés 2015, p. 761, note Roussel GALLE Ph.
- Cass.crim, 22 janvier 2014 n° 13/80257 publié sur www.courdecassation.fr
- Cass., com. 16 décembre 2014, cassation n° 13-19.402, D. 2015, p. 6, note. A. Lienhard
- Cass., civ. 1re 3 juillet 2013, cassation n° 12-23.016, Act. proc. coll. 2013, n° 14, alerte 199.
- Cass.com., 8 mars 2011 : JCP G 2011, 627, n° 1, obs. P. pétel.
- CA, Paris 25 février 2010, RG n° 09/22756.
- cass.com. 25 novembre 2008, n° 07-11549, bull. joly. 2009. P. 491 et s. note P-GOURDON
- Tribunal de commerce de Paris, 7 octobre 2009, RG n° 2008089778.
- Cass., com., 13 nov. 2003, n° 00-19573, JCP E 2004, 736, n° 6, obs. J.STOUFFLET; RD bancaire et fin., n° 4 juillet-AOÛT 2004, p. 242, obs. F.-J.CREDOT et y.GERARD.
- Cass.crim., 5 avril 2006, D. 2007, p. 126 .obs. C.MASCALA.
- Cass.crim., 3 octobre 2007, pourvoi n° 06-89.194.
- Cass.crim., 6 juin 2007, pourvoi n° 06-85.644, juris-Data n° 2007-040024
- cass.crim., 28 juin 2006, pourvoi n° 05-85.236, juris-Data n° 2006-034835
- Cass. Crim., 17 novembre 2004., D. 2005.
- Cass., com., 13 nov. 2003, n° 00-19.573, Revue banque droit n° 94, mars-avril 2004, p. 57. note TH-BONNEAU
- Cass., com. 30 juin 2004, cassation n° 02-20.729, RD banc. et fin. 2004, n° 6, p. 252, note F.-X. Lucas.
- Cass., civ. 1re, 10 mai 1995, rejet n° 93-17.306.
- Cass. Com., 19 décembre 1995. arrêt n° 2245, cité par CDROM jurisclasser commercial, 2004.
- Cass. Com., 6 juin 2000., n° 1221., Sté BECOP C/ AMAUGER és qual., R.J.D.A 9-10/00, n° 896, p. 711, arrêt cité par C.SAINT-ALARY-HOUIN, « La responsabilité

- des dirigeants des sociétés en difficultés », Revue des procédures collectives, n° 3, juillet 2001.p.147
- cass. com. 16 janvier 2001, droit et patrimoine 2001, n°2870.note, D.PORRACHIA.
 - cass. Com. 16 janvier 2001, Revue droit et patrimoine 2001, n° 2870, Note Ph. PETEL,
 - Cass. Com., 18 janvier 2000, juris-data n° 000287
 - C.A.Paris., 18 Février 2000, RJDA 11/2000, n° 1023.
 - Cass. Com, 23 mai 2000 : juris-Data n° 002128.
 - Cass.com., 4 juillet 2000., obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL., J.C.P. 2001., p 17.
 - CA.paris., 14 février 2000., RTD.Com.,2000.,p238., obs.C.MASCALA.
 - Cass. Com., 18 janvier 2000, juris-data n° 000287 ; CA. Paris, 3° ch., sect. C, 6 octobre 2000 : Bulletin Joly 2001 s 5, n°6.
 - CA Toulouse, 17 janvier 1999 : juris-Data n° 042123.
 - CA Toulouse, 25 janvier 1999 : juris-Data n° 040868.
 - CA. BORDEAUX. 6avril 1999 ;juris- Data n° 040967.
 - Cass.com, 23 novembre 1999 : RJDA 4/2000.n°457.
 - Cass.com., 7 décembre 1999 : RJDA 2000, n° 458.
 - C.A. paris, 15 décembre 1999. RTD. Com., 2001.p. 241. OBS. C. MASCALA.
 - Cass.com., 17 février 1998 : RJDA 6/98., n° 776.p.547.
 - Cass.crim.4 octobre 1998, Bull.crim.,n° 244.
 - Crim., 13 juillet 1996, Revue des procédures collectives, 1997, p.369, obs. B.bouloc.
 - Cass, Com, 31 janvier 1995 : RJDA 7/1995,n° 902.
 - Cass.com., 11 avril 1995, n° 92-20.985, RTD com.1995, p.635, note M.CABRILLAC.
 - Cass.crim.22 août 1995.Bull.crim., n° 267, Dalloz affaires 1995, n°5.p.115.
 - Cass. Com., 25 janvier 1994, pourvoi n° 91-20-007, cité par CDROM jurisclassueur commercial 2004.
 - Cass.crim., 19 septembre 1994., Bull.Joly 1994.,p 1309.Note J-F.BARBIERI.
 - Cass.crim., 11 octobre 1993., des procédures collectives., 1994. obs.l.DEVEZE et C.MASCALA: Revue sociétés., 1994., p 303., note B.BOULOC.JCP E 1995.,I.,

- 457., note Ph.PETEL : M-Ch.SORINDO., « Précisions sur le préjudice réparable pour le créancier de la procédure collective en cas de banqueroute »..LPA 1998. n° 89., p 24 ; act.jur.566., obs. A LIENHARD.
- Cass.crim..11 octobre 1993..RDJA 1/94., n° 102 ; Cass crim., 14 février 1994.
 - Cass.com.,30 novembre 1993. Bull.joly 1994
 - C.A, verasailles, 13e ch.A., 21 janvier 1993, Revue sociétés, 1993, p.884
 - CA Toulouse, 2e ch., 25 janv. 1993 : JCP E 1993, 1412.
 - CA versailles, 25 février 1993, bull. joly 1993., p 602.
 - Cass.crim.21 juin 1993,Bull.crim.,n°217.
 - Cass.crim.5 juillet 1993., Bull.crim.n° 239.
 - Cass. Com., 9 Novembre 1993 : JCP E 1994, 48 ; 1994.
 - Cass.crim. 11 octobre 1993., Bull. crim., n° 283., Revue sociétés 1994., 303., note B.BOULOC.
 - Cass.crim.6 décembre 1993.bull.crim., n°370.
 - Cass.crim.6 janvier 1992., Bull. crim , n°522.
 - Cass.crim., 20 janvier 1992, bull.crim., n°194.
 - CA Rouen, 2e ch. Civ., 14 mars 1992 : RJDA 1992, n°870
 - CA paris,22 avril 1992.Dr.sociétés 1992,no 225 obs.Y.CHAPUT, Gazzette de palais 1992.2.250,note J.P.MARCHI.
 - Cass.com., 7 juillet 1992 : bull. joly, 1992, P. 1192.
 - Cass.crim.,5 octobre 1992., Bull.crim., n°301.,Bull.Joly 1993.,252..obs.B.BOULOC : JCP,éd.E.I.277,n°24.obs.P.PETEL et M.CABRILLAC.
 - Cass.com, 6 octobre 1992 : Bull.joly 1992, p.1288, note J-J. DAIGRE.
 - Cass.crim.7 décembre 1992, bull.crim., n° 402.
 - Cass, crim,13 MAI 1991., Revue des procédures collectives.,1995., p354., obs.J.DEVEZ.
 - CA Paris. 18 juin 1991 : Gazette du palais 1992, 1, p. 148, note J-P. MARCHI
 - C.A, paris.12 juin 1990.D.1990.IR 192.
 - Cass.crim.5 juin 1989,Bull.crim.,n°233.
 - Cass.crim.,30 octobre 1989,Rev.proc.coll.,1990,p.289.

- Cass.crim., 13 novembre 1989, n°88-83.422,D., Rev. procédure collective., 1990,n°3,p.287.
- Cass.crim.,4 décembre 1989,Rev.pro.coll.,1990,p.289
- Cass.crim.18 décembre 1986.bull.crim., n°377.
- Cass.crim.,3 janvier 1985, bull.crim., n°2.
- Cass. Com., 24 janvier 1984. Cité par CDROM jurisclasseur commercial. 2004.
- Cass.crim., 2 avril 1984., Bull.crim.,n°135.
- Cass. Com., 18 octobre 1982. Gazette du palais., 1983
- Cass. Com., 6 octobre 1980 : BRDA 1981, n° 1, p. 11
- Cass. Crim., 8 décembre 1980 : Joly 1981, 1981, p. 63.
- Cass. Com., 9 juillet 1980 : BRDA 1980, n° 23, p. 12.
- Cass.crim.,13 mars 1978,Bull.crim.,n°91.
- Cass.com.,9 mai 1978 :D.1978, p.419. note VALSSEUR
- Cass.crim.18 mai 1976, Bull crim. n° 166, D.1976.578,note C.GAVALDA ;R.KOERING-JOULIN., «l'élément moral de la complicité par fourniture de moyen ruineux », D.1980.chron.231
- Cass.crim.,24 novembre 1976,JCP.,1977,éd.G,II,18.646.
- Cass.crim.27 avril 1971, Bull.crim., n°122.
- Cass. Com., 4 février 1969 : Revue sociétés 1970 , note HONORA
- Cass.crim.,10 avril 1964, bull. crim.,n° 105.
- CA Paris, 21 mars 1956, D. 1956, p. 138.

VII- Webographie :

- www.Doingbusiness.org
- www.Cnea.ma
- Www.Cabinetbassamat.com
- www.courdecassation.fr
- www.juricaf.org
- Www.revues.imist.ma
- www.barometreompic.ma

VIII-Textes de lois, circulaires, conventions :

- Dahir n° 1-18-109 du 2 jourmada I 1440 (9 janvier 2019) portant promulgation de la loi n° 88-17 relative à la création et l'accompagnement d'entreprises par voie électronique
- Dahir n° 1-19-76 du 11 chaabane 1440 (17 avril 2019) portant promulgation de la loi n° 21-18 relatives aux suretés mobilières
- Dahir n°1-19-106 du 20 chaabane 1440 (26 avril 2019) portant promulgation de la loi 20-19 modifiant et complétant la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes
- Dahir n°1-18-26 du 2 chaabane 1439 (19 avril 2018) portant promulgation de la loi n° 73-17 abrogeant et remplaçant le livre V de loi n° 15-95 formant code de commerce relatif aux difficultés de l'entreprise
- Dahir n° 1-15-33 du 28 jourmada I 1436 (19 mars 2015) portant promulgation de la loi organique n° 065-13 relative à l'organisation et à la conduite des travaux du gouvernement et au statut de ses membres. (B.O. n° 1436 du 2/4/2105)
- Dahir n°1-15-106 du 29 juillet 2015 portant promulgation de la loi 78-12 modifiant et complétant la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes
- Dahir n°1-12-55 du 28 décembre 2012 portant promulgation de la loi 42-12 relative à l'appel public à l'épargne et aux informations exigées des personnes morales et organismes faisant appel public à l'épargne
- Dahir n°1-11-39 du 29 Jourmada II 1432 (02 juin 2011) portant promulgation de la loi n°24-10 modifiant et complétant la loi n°5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en participation
- Dahir n° 1-09-15 du 22 safar 1430 (18 février 2009) portant promulgation de la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel
- Dahir n°1-97-65 du 4 chaoual 1417 (12 février 1997) portant promulgation de la loi n° 53-95 instituant des juridictions de commerce.(B.O.n°4482 du 15/05/1997).
- Dahir n 1-96-83 du 15 rabii i 1417 (1^{er} août 1996) portant promulgation de la loi n 15-95 formant code de commerce (B.O. n 4418 du 3/10/1996).
- Dahir n° 1-96-124 du 30 août 1996 (14 rabii II 1417), portant promulgation de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes

- Dahir n° 1-92-139 du 8 janvier 1993 portant promulgation de la loi n° 15-89 réglementant la profession d'expert-comptable et instituant un ordre des experts comptables. (B.O. n° 4188 du 3 février 1993).
- Dahir des obligations et des contrats. (D.O.C) 12 août 1913
- Dahir n 1-59-413 du 28 joumada ii 1328 (26 novembre 1962) portant approbation du texte du code pénal (B.O n 2640 bis du 05/06/1963).
- La loi n° 103.12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés.
- La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et son ordonnance du 30 janvier 2009.
- Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, loi de sauvegarde des entreprises en difficultés
- loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire et son décret d'application du 27 décembre 1985.
- CODE Pénal français
- Code de procédure civile Marocain
- Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire des entreprises, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.
- Bulletin officiel n° 46 du 12 septembre 1913
- Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.
- Décret n° 2-10-259 du 20 kaada 1431 portant création du comité national de l'environnement des affaires.
- Décret du 8 août 1935 du 8 août portant application aux gérants et administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de la banqueroute et instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et administrer une société.
- discours de Sa Majesté le Roi le 20 août 2009
- circulaire de l'AMMC n° 03/19 du 20 février 2019 relative aux opérations et informations financières
- L'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce signé à marrakech le 15 avril 1994.
- Directive 2016/943/EU du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées.

- المراجع باللغة العربية

- علال فالي، التعليق على قانون مساطر صعوبات المقابلة على ضوء 20 سنة من القضاء التجارية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2018.
- معالم على درب الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة، حصيلة منجزات وزارة العدل والحريات 2016-2017. (غير منشور).
- عبد الرحيم شميعة، شرح أحكام نظام صعوبات المقابلة في ضوء القانون 17-73، دار الأفاق المغربية. 2018.
- جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، ميثاق إصلاح منظومة العدالة، مطبعة إيث يوليو 2013
- صوفية قطني، المسؤولية المدنية للبنك في إطار صعوبات المقابلة، رسالة نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، الرباط، 2011-2013.
- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات المقابلة التي تعترض المقابلة، ومساطر معالجتها، الجزء الثالث، دار نشر المعرفة، 2009، صفحة
- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات المقابلة التي تعترض المقابلة، ومساطر معالجتها، الجزء الأول، الطبعة الثالثة 1998 .
- أحمد شكري السباعي، نظام الإفلاس في القانون التجاري المغربي ، الطبعة الثانية دار الكتب العربية بالرباط 1976.
- المهدي شبو، مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر صعوبات المقابلة، دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، الطبعة الأولى 2006.
- محمد الفروجي، التوقف عن الدفع في قانون صعوبات المقابلة، الطبعة الأولى، سلسلة دراسات قانونية معمقة، 2005، رقم 1، الدار البيضاء.
- محمد الفروجي، صعوبات المقابلة والمساطر القضائية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الدار البيضاء، 2000.

Table des matières

INTRODUCTION	1
<i>Première partie : Le régime de sanction des dirigeants des entreprises en difficultés entre la flexibilité et la rigidité.....</i>	<i>17</i>
<i>Chapitre préliminaire : conceptualisation générale «fait et personnes incriminés ».....</i>	<i>18</i>
<i>Section 1 : Notion d'entreprise du point de vue juridique.</i>	<i>39</i>
<i>Sous-Section 1 : une perception inhibée de l'entreprise.....</i>	<i>40</i>
<i>Sous section 2 : la notion de l'entreprise du point De vue économique.</i>	<i>45</i>
<i>Section 2 : Identification de personnes incriminées.</i>	<i>49</i>
<i>Sous section 1 : le dirigeant de droit.</i>	<i>50</i>
<i>Sous-section 2 : les dirigeants de fait.....</i>	<i>53</i>
<i>Titre 1 : La place des sanctions civiles en droit des procédures des difficultés d'entreprise</i>	<i>62</i>
<i>Chapitre 1 : Les sanctions patrimoniales.....</i>	<i>64</i>
<i>Section 1 : Le domaine de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.....</i>	<i>64</i>
<i>Sous section 1: Le caractère sanctionnateur de l'action pour insuffisance d'actif.</i>	<i>64</i>
<i>Sous-section 2 : Les conditions d'exercice de l'action pour insuffisance</i>	<i>67</i>
<i>d'actif (recul de la sanction)</i>	<i>67</i>
<i>Sous-section 3 : Les effets de l'action en responsabilité.....</i>	<i>74</i>
<i>Section 2 : L'action en extension de la procédure collective.....</i>	<i>77</i>
<i>Sous section 1: Les simili-extensions aux associés</i>	<i>78</i>
<i>Sous section 2 : Les vraies extensions fondées sur la confusion des patrimoines et la fictivité des sociétés</i>	<i>89</i>
<i>Chapitre 2 : Les sanctions personnelles.</i>	<i>105</i>
<i>Section 1: la teneur des sanctions personnelles.....</i>	<i>106</i>
<i>Sous -Section 1 : Le domaine de la sanction personnelle</i>	<i>106</i>
<i>Sous-Section 2: le caractère sanctionnateur des sanctions personnelles.</i>	<i>117</i>
<i>Section 2: Les conditions d'ouvertures de la déchéance commerciale</i>	<i>120</i>
<i>Sous-section 1 : Les cas légaux de la déchéance commerciale.</i>	<i>120</i>
<i>Sous-section 2 : Effets de la déchéance commerciale.</i>	<i>126</i>
<i>Conclusion du titre 1 :</i>	<i>133</i>

Titre 2 : La place de la sanction pénale frappantLe dirigeant	134
Chapitre 1 : Le délit de banqueroute.....	139
Section 1 : Domaine d'application.	139
Sous section 1 : Les personnes visées.	139
Sous-section 2 : l'ouverture préalable d'une procédure et cessation des paiements condition de pénalisation.....	141
Section 2 : Faits constitutifs de banqueroute.	143
Sous- section 1 : l'Elément moral.	144
Sous section 2 : l'Elément matériel.	145
Chapitre 2 : Le chevauchement des sanctions pénales et civiles.....	154
Section 1 : Un cumul limité.....	156
Sous-section 1 : Le Cumul écarté en cas de faute légère.	156
Sous-section 2 : Le cumul admis en cas de faute grave.....	159
Section 2 : Un cumul insatisfaisant	163
Sous-section 1 : La dénaturation des sanctions civiles	163
Sous-section 2 : Une dépenalisation injustifiée.	166
Conclusion du titre II :	168
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	171
Deuxième partie : L'extension de la sanction aux organes de la procédure.....	172
Titre 1 : La responsabilité civile et autres mécanismes d'imputation du risque	174
Chapitre 1 : la responsabilité civile instrument au service des procédures des difficultés d'entreprise	176
Section 1: La corrélation entre la responsabilité et les missions assignées aux organes des procédures des difficultés d'entreprise	176
Sous- section 1 : le rôle des organes dans la recherche de l'efficacité	178
des procédures des difficultés d'entreprise	178
Sous-section 2 : La responsabilité des organes interne des procédures des difficultés d'entreprise	181
Section 2: la responsabilité des tiers.....	215
Sous-section 1 : La responsabilité de la banque dans l'aggravation de la situation de l'entreprise	215
Sous-section 2- La responsabilité de l'avocat pour défaut de déclaration de créance.	223

Chapitre 2 : L'éthique des professionnels des procédures collectives : outil de la sauvegarde de l'entreprise.....	225
Section 1 : objectivité et impartialité	226
Sous-section1 : Les aptitudes intellectuelles et professionnelles	227
Sous section 2 : La déontologie et la responsabilité disciplinaire	230
Section 2 : Protection de la profession	233
Sous-section 1 : Notion de faute disciplinaire.....	234
Sous-section 2 : Sanctions pour manquements graves aux normes d'éthique et de devoirs professionnels.....	235
Conclusion du titre 1 :	238
Titre II : L'imputation du risque pénal	239
Chapitre 1 : la violation du secret professionnel.....	241
Section 1 : théorie générale du secret professionnel	241
Sous-Section 1 : Le champ d'application de l'obligation au secret professionnel	243
Sous-section 2 : Les limites du secret	251
Section 2: Vers la consécration d'une sanction d'atteinte au secret des affaires : approche prospective	261
Sous-section1 : Notion de secret des affaires	263
Sous-section 2 : Une protection disparate.....	268
Chapitre 2 : les délits satellites de la banqueroute	274
Section 1. Les délits de l'article 757 du code de commerce	274
Sous- section 1 : Infractions commises par les personnes visées à l'article 757 du code commerce.....	274
Sous-Section 2 : Les règles de procédure.....	282
Section 2 : le Rôle des autorités répressives dans la recherche des Personnes qualifiées complice	284
Sous section 1 : la notion de la complice	286
Sous-section 2 : La notion extensive de la complicité punissable	302
Conclusion du titre II	308
Conclusion de la deuxième partie	309
Conclusion générale.....	310
ANNEXES.....	319
Bibliographie	393