



Centre des Etudes Doctorales : Sciences Juridiques et Politiques

Laboratoire de Recherche : Droit des transports, de la distribution et de la logistique

Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit Privé

Sous le thème :

ANALYSE CRITIQUE DU SYSTÈME RÉPRESSIF DES SOCIÉTÉS AU MAROC : CONTRIBUTION À L'ÉTUDE D'UN PARTICULARISME PÉNAL

Présentée et soutenue par :

NAFIS Hanae

Sous la direction du Professeur :

Pr.MARGHICH Abdellah

Membre de jury :

Pr. MARGHICH Abdellah, Professeur à la faculté des Sciences Juridiques, Economique et Sociales, Fès

Président

Pr. JOUIDI Driss, Professeur à la faculté des Sciences Juridiques, Economique et Sociales, Fès

Suffragant

Pr. TAKTAK Hind, Professeur à la faculté des Sciences Juridiques, Economique et Sociales, Casablanca

Suffragant

Pr. MAATOUK Salah-Eddine, Professeur à la faculté des Sciences Juridiques, Economique et Sociales, Fès

Suffragant

Année universitaire : 2020/2021

DEDICAS

A mes parents, qui tiennent une place immense dans mon cœur, qui sont une vraie école dans la vie, je ne cesse d'apprendre tous les jours avec vous. Vous avez toujours été là pour moi ; c'est grâce à vous que je suis ce que je suis maintenant, je vous pourrais vous remercier assez...que Dieu vous protège.

A mes sœurs uniques au monde, mes psychologues et mes confidentes. Mon amour pour vous est sans limite.

A mon adorable neveu, EL GHALI SULAIMAN, je t'exprime à travers ce travail ma grande affection, mon grand amour et mon profond attachement. Je te souhaite une vie heureuse pleine de joie de bonheur et de succès. Puisse Dieu te garde, te procure santé, succès et joie.

A ma famille, qui n'a jamais cessé de m'encourager

REMERCIEMENT

En préambule, je souhaite adresser mes remerciements les plus sincères aux personnes qui m'ont apporté leur aide et qui ont contribué à l'élaboration de cette thèse ainsi qu'à la réussite de ces formidables années universitaires.

Ces remerciements vont en premier lieu à mon encadrant « ***M.MARGHICH Abdellah*** », Professeur à la faculté de Droit de Fès qui m'a fait l'honneur de présider cette thèse, de son attention de tout instant sur mes travaux, pour ses conseils avisés et son écoute qui ont été prépondérants pour la bonne réussite de ce travail. Son énergie et sa confiance ont été des éléments moteurs pour moi. J'ai pris un grand plaisir à travailler avec lui.

Je tiens également à remercier « ***M.JOUIDI Driss*** » Professeur à la faculté de Droit de Fès, d'avoir accepté de porter une lecture attentive, d'évaluer, ainsi que de juger ma thèse de doctorat et pour l'enseignement et les connaissances qu'il m'a apportés tout au long de ma formation universitaire.

Mes respectueux remerciements vont aussi à « ***Mme.TAKTAKHind*** » vice doyenne de la faculté des sciences juridiques économiques et sociales Hassan II de l'honneur qu'elle m'a fait en acceptant d'être rapporteuse de cette thèse, pour l'excellence de son enseignement dont les souvenirs me reviennent toujours dans le cadre du master droit des transports et de la logistique et pour l'honneur qu'elle m'a fait en évaluant ce travail.

Un grand remerciement à « ***M.MAATOUK Salah Eddine*** », Professeur à la faculté de Droit de Fès, qui a répondu avec calme et patience aux questions quotidiennes dont je les accablais, pour sa générosité et la grande patience dont il a su faire preuve malgré ses charges académiques et professionnelles, et pour le temps conséquents qu'il m'a accordé, ses qualités pédagogiques et scientifiques, sa franchise et sa sympathie. C'est à ses côtés que j'ai compris ce que rigueur, précision et discipline voulaient dire.

Enfin, j'exprime également ma gratitude à l'ensemble du corps professoral de la faculté des Sciences Juridiques, Economiques et sociales de Fès qui nous a généreusement assisté durant toute nos années universitaires.

Liste des abréviations

Adde : Ajoutez

AL : Alinéa

ALD : Actualité législative Dalloz

AMF : Autorité des marchés financiers

APC : Archives de politique criminelle

APD : Archives de philosophie du droit

Art. : Article

B.O : Bulletin officiel

Bull.civ. : Bulletin des arrêts des chambres de la Cour de cassation

Bull.CNCC : Bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes

Bull.crim : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

Bull.Joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés

C. : Code

C. civ. : Code civil

C.com : Code de commerce

CGEM : Confédération générale des entreprises au Maroc

CGI : Code général des impôts

Chron : Chronique

Civ. : Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation

Coll. Collection

Com. : Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation

Comm. : Commentaire

Comp. : Comparez

CNEA : Comité national de l'environnement des affaires

Cons.const. : Conseil constitutionnel

C.p : Code pénal

CPP : Code de procédure pénale

C.pén. : Code pénal

C.proc.pén : Code de procédure pénale

Crim : Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation

D. : Dalloz

D. affaires : Dalloz affaires

DC : Décisions du Conseil constitutionnel

D.G : Directeur général

D.O.C : Dahir des Obligations et des contrats

Doctr. : Doctrine

Dr. Et patrimoine : Droit et patrimoine

Dr. Pénal : Droit pénal

Dr. sociétés : Droit des sociétés

Ed. : Edition

Fasc. Fascicule

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

Ibid : *Ibidem*(au même endroit)

ICPC : Instance centrale de prévention de la corruption

Infra : Ci-dessous

J. CL : Juris-Classeur

JCP : Juris-classeur périodique (semaine juridique)

JO : Journal officiel

L. : Loi

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

n° : Numéro

NCPC : Nouveau Code de procédure civile

NRE : Loi relative aux Nouvelles Régulations Economique

Obs. : Observations

Op.cit. : *opere ciato* (ouvrage précité)

p : Page

PCA : Président du conseil d'administration

Précit. : Précité

Préf. : Préface

PUF : Presses universitaires de France

Rép. Pén : Répertoire de droit pénal

Rép. Sociétés : Répertoire des sociétés

Rev. : sc. Crim : Rev de science criminelle et de droit pénal comparé

Rev. sociétés : Revue des sociétés

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RIEJ : Revue interdisciplinaire d'études juridiques

RJ com : Revue de jurisprudence commerciale

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RTD civ : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com : Revue trimestrielle de droit commercial

s : Et suivants

S. : Recueil Sirey

SA : Société anonyme

SAS : Société par action simplifiée

SARL : Société à responsabilité limitée

SCA : Société en commandite par action

SARLU : Société à responsabilité limitée a associé unique

SCS : Société en commandite simple

SEC : Securities Exchange Commission

Somm : Sommaire

Spéc : Spécialement

Supra : Ci-dessus

t : Tome

T.com : Tribunal de commerce

T.corr : Tribunal correctionnel

T.G.I : Tribunal de grande instance

T.L : Tribunal d'instance

V. : Voir

V° : *Verbo* (au mot)

Vol : Volume

Le sommaire

Introduction générale.....	6
Partie I : Les contours du système répressif en droit pénal des sociétés.....	26
Chapitre I : Le contenu du régime répressif en droit pénal des sociétés.....	27
Section 1 : Les aspects pénaux en droit des sociétés	28
Section 2 : Les mécanismes de répression en droit pénal des sociétés	69
Chapitre II : Le fondement du régime répressif : La responsabilité.....	111
Section 1 : L'importance de la responsabilité du dirigeant de l'Entreprise.....	112
Section 2 : Le soubassement de la responsabilité du dirigeant de l'Entreprise	124
Partie II : Le système répressif en droit pénal des sociétés : insuffisances et propositions d'amélioration.....	182
Chapitre I : Le droit pénal des sociétés : système pratiquement lacunaire	183
Section 1: Les carences de la répression pénale en droit des sociétés	184
Section 2 : Les effets de la répression en droit pénal des sociétés.....	240
Chapitre II : Vers la performance du système répressif en droit pénal des sociétés .	250
Section 1 : L'opportunité d'une répression pénale spécifique aux sociétés en droit comparé : La prégnance du droit pénal.....	251
Section 2 : Le recul du droit pénal des sociétés : une nécessité d'amélioration	292
Conclusion générale	339

Introduction générale

« O Adam, habite le Paradis, toi et ton épouse ; et mangezen vous deux, à votre guise, et n'approchez pas l'arbre que voici ; sinon, vous seriez du nombre des injustes ».

Puis le Diable, afin de leur rendre visible ce qui leur était caché-leur nudités-leur chuchota, disant « Votre Seigneur ne vous a interdit cet arbre que pour vous empêcher de devenir des Anges ou d'être immortels ».

Et il leur jura : « Vraiment, je suis pour vous deux un bon conseiller ».

Alors il les fit tomber par tromperie. Puis, lorsqu'ils eurent goûté de l'arbre, leurs nudités leur devinrent visibles ; et ils commencèrent tous deux à y attacher des feuilles du Paradis. Et leur Seigneur les appela : « Ne vous avais-Je pas interdit cet arbre ? Et ne vous avais-Je pas dit que le Diable était pour vous un ennemi déclaré ? ».

Tous deux dirent : « O notre seigneur, nous avons fait du tort à nous-mêmes. Et si Tu ne nous pardonnes pas et ne nous fais pas miséricorde, nous serons très certainement du nombre des perdants ».

« Descendez, dit (Allah), vous serez ennemis les uns des autres. Et il aura pour vous sur terre séjour et jouissance, pour un temps¹ ».

Au travers de ce texte fondateur apparaît toute la complexité de la sanction. Qu'elle soit l'accomplissement de la volonté divine ou bien de celle de l'Homme lui-même, la sanction évoquée avant tout l'emprise du réel.

La transgression dont Adam et Eve se sont rendus responsables leur fait prendre conscience de la réalité de leur condition² ; Dieu les a chassés du Paradis. Peut-être parce qu'elle renvoie l'Homme à l'idée négative de punition, la sanction a suscité, au plan juridique, moins de réflexions que d'autres notions.

¹Le Coran, Sourate Al-A 'RAF, Versets 19,20,21,22,23 et 24.V. le site <https://www.coran-francais.com/coran-francais-sourate-7-0.html>.

²La 1^{ère} sanction est donc la connaissance...Cité par L.GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Thèse en vue de l'obtention du Doctorat en Droit des affaires, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 1992, p.1.

Alors que la norme juridique est au centre des préoccupations de la doctrine³, la notion de sanction est encore amplement inexplorée. Elle est « l'Inconnue du droit ». On ne peut pourtant penser le droit sans sanction.

Bien que le sujet de notre recherche porte spécifiquement sur la sanction en droit pénal de sociétés, il est important de définir les cadres théoriques qui en forment l'armature.

C'est pourquoi, la répression pénale effective en droit des sociétés aboutit généralement au prononcé d'une sanction pénale. En la matière, il s'agira toujours d'une sanction ; certes, toute sanction pénale n'est pas toujours une peine, à l'image de la mesure de sûreté, sanction sans dimension afflictive, ni but rétributif, justifiée uniquement par l'état dangereux du délinquant.

Mais si elle n'est pas inconnue en droit des sociétés⁴, la mesure de sûreté n'est toutefois que très peu répandue ; aussi, pour la suite des développements, le terme de sanction pénale est à entendre, au sens commun de peine.

Par ailleurs, toute sanction n'est pas pénale. Le terme de sanction est vaste⁵ et dépasse largement la sphère pénale : « En un sens restreint, punition, peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, mesure répressive destinée à le punir (...). En un sens plus large, toute mesure-même réparatrice-justifiée par la violation d'une obligation⁶ ». Les principales sanctions non pénales sont civiles ; elles se caractérisent par le fait qu'elles régissent des intérêts privés, alors que le droit pénal concerne la défense de l'ordre social, et qu'elles n'ont pas pour finalité de punir⁷. Sur ce dernier point, toutefois, la notion de peine privée, tout en restant une sanction civile, se rapproche de la sanction pénale.

Si l'on considère maintenant plus précisément la peine encourue pour les infractions du droit des sociétés, nous notons que celles-ci n'ont pas de spécificité particulière. Il s'agira classiquement de peines d'emprisonnement et d'amende notamment les dispositions pénales de la loi 17/95 modifiée et complétée par la loi 20-05 relative aux sociétés anonymes, et les peines accessoires sont rares. L'originalité des infractions du droit des sociétés réside dans l'incrimination, souvent éloignée de l'orthodoxie des principes pénaux, à l'instar d'ailleurs

³Ph. JESTAZ, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D.1986, Chron.197.

⁴C'est le cas de quelques interdictions liées à la condamnation de certains délits, et surtout la déchéance dans le code de commerce. En pratique, les tribunaux assimilent ces mesures à des peines accessoires ou complémentaires. V. cependant, l'admission de la qualification de « mesure de sûreté » par la Cour de Cass : Crim, 26 novembre 1997, *Bull.crim.*, n°404 ; *Rev.sc.crim.*, 1998, p. 539, obs.cité par B.BOULOC.

⁵La sanction peut aussi bien s'entendre d'une peine que d'une récompense ou d'une approbation : V.LITRE, *Dictionnaire de la langue française*, V° Sanction.

⁶G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, 8^eéd., PUF 2000, V° Sanction.

⁷G.STEFANI, G.LEVASSEUR et B.BOULOC, *Droit pénal général*, 18^e éd., Précis Dalloz 2003, n°32.

des délits du droit des affaires, mais non dans la peine. Aussi est-il utile de préciser, à titre liminaire, la notion et la finalité de la peine en droit pénal général, données nécessaires à la compréhension des enjeux de la pénalisation du droit des sociétés.

Au regard de sa sémantique, la peine est une punition, une souffrance morale. Etymologiquement, la peine vient du latin *poena*, dérivé du grec *poinë*, mots qui signifient au sens premier, dans chacune de ces langues, compensation, composition pécuniaire⁸.

Par la suite, *poena* a évolué vers les sens de punition et de souffrance qui se sont donc imposés en français. Juridiquement, la peine se définit comme un « châtiment infligé en matière pénale par le juge répressif, en vertu de la loi⁹ ». Ces sens successifs de la peine montrent que celle-ci est à la fois compensation et châtiment. On retrouve ainsi l'idée foncière et éternelle qui l'inspire : celle d'une compensation par le châtiment. La peine a une dimension synallagmatique, elle constitue un échange symbolique, le prix à payer pour compenser le crime commis.

Cette approche est le socle de la conception judéo-chrétienne de la peine, c'est la notamment, le sens de la loi du Talion ou de l'idée de rédemption¹⁰ ; elle est aussi celle avancée par certains philosophes, dont ARISTOTE¹¹ et NIETZSCHE, ce dernier ayant théorisé cette idée d'échange en l'assimilant à une relation d'obligation entre créancier et débiteur¹². Mais on touche déjà ainsi à la finalité de la peine, question essentielle pour déterminer la nécessité de la répression pénale et donc la cause du droit de punir.

⁸J.M.CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF 2000, n°1, p.12. La peine est d'abord le contrepoids de l'infraction, ce qui traduit l'idée de compensation. Quant à pécuniaire le mot est issu de *pecunia*, dérivé de *pecus* qui désigne le petit bétail, bien en nature remis au titre de la compensation du délit.

⁹G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., V° Peine. V. égal. R.MERLE et A.VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, t.1, 7^e éd., Cujas 1997, n°654, p.824 : « La peine est un châtiment infligé au délinquant en rétribution de l'infraction qu'il a commise ».

¹⁰Le Talion est exprimé dans le Lévitique, XXIV, 19-20 : « si quelqu'un blesse son prochain, il lui sera fait comme il a fait : fracture pour fracture, œil pour œil, dent pour dent ». En ce qui concerne l'idée de rédemption, le terme vient du latin *redimere* qui signifie racheter. Le christianisme considère le Christ comme *Rédempteur*, celui qui a « racheté » les péchés du genre humain par sa mort.

¹¹La justice pour ARISTOTE, y compris la justice criminelle, se conçoit d'une égalité géométrique, c'est-à-dire proportionnelle, dans les échanges : « Celui qui commet l'injustice s'attribue plus que son dû ; celui qui subit l'injustice reçoit moins qu'il ne devrait avoir » (*Ethique de NICOMACHE*, Liv. V, Chap. III, § 14). L'office du juge est alors de restaurer l'égalité : « En effet, quand une personne reçoit des coups et qu'une autre en donne, quand un individu cause la mort et qu'un autre succombe, le dommage et le délit n'ont entre eux aucun rapport d'égalité : le juge tache à remédier à cette inégalité par la peine qu'il inflige, en réduisant l'avantage obtenu » (op.cit., Liv. V, Chap. IV, §4).

¹²« D'où a-t-elle tiré son pouvoir, cette mémorable idée, profondément enracinée, aujourd'hui peut être inextirpable, d'une équivalence entre dommage et douleur ? Le l'ai déjà dit : du rapport contractuel entre créancier et débiteur ». Généalogie de la morale, Falio 1992, p. 67.

Selon la conception retenue de la fonction de la peine, la loi pénale incriminera des comportements différents. Pour n'évoquer ces finalités que brièvement, il faut noter que deux principales conceptions s'opposent.

La peine peut d'abord avoir une fonction d'intimidation dans le but d'assurer la prévention générale de certains comportements. L'existence ou l'importance des sanctions pénales est censées jouer un rôle dissuasif. C'est à ce courant utilitariste que se rattachent MONTESQUIEU, BECCARIA, et BENTHAM, lesquels insistent sur la nécessité d'une répression systématique : la certitude de la condamnation est déterminante pour sauvegarder la finalité dissuasive.

D'autre part, la peine peut avoir une fonction de rétribution¹³. Historiquement, l'ancien droit pénal s'est construit en référence à cette finalité de justice distributive de la peine¹⁴. Cette conception dérive directement de l'idée précédente de compensation, d'expiration par l'infliction d'un mal en retour ; d'inspiration chrétienne¹⁵ et de ce fait fortement connotée moralement, même si elle peut se justifier sur un plan uniquement sociologique¹⁶, voire psychanalytique¹⁷, la théorie rétributive a surtout le mérite d'être centrée sur l'intention et d'insister sur la nécessaire proportionnalité de la sanction à la gravité de la faute. Ces deux aspects sont importants, ils sont trop souvent inappliqués pour les délits du droit des sociétés, fréquemment non-intentionnels et véniels¹⁸.

Les finalités de la peine, pour être idéologiques, n'en sont pas moins déterminantes. Elles conditionnent le choix du législateur dans le recours à la sanction pénale et dans la fixation des modalités de la répression.

¹³M.CUSSON, *Le sens de la peine et la rétribution*, R.I. crim, et pol, techn. 1985, p. 271 et s.

¹⁴J.M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op.cit, n°135, p. 244 et s.

¹⁵La philosophie thomiste est l'inspiration dominante de cette conception du sens de la peine : V. M. VILLEY, *Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique*, APD 1983, t. 28, p. 181. Sur le fondement de la *Somme théologique*, l'auteur oppose les errances de la philosophie pénale des Lumières à la clarté de la justice distributive pensée par Saint THOMAS et ARISTOTE. Cette conception est importante car elle insiste sur la proportionnalité par rapport à l'acte qui doit gouverner la réponse pénale.

¹⁶E.DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF Quadrige ; p.64 : « la peine consiste dans une réaction passionnelle, d'intensité graduée, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué, sur ceux de ses membres qui ont violé certaines règles de conduite ».

¹⁷Pour FREUD (*Totem et tabou*, Petite bibliothèque Payot 1983, p. 86) la peine à la fois une fonction rétributive et utilitaire pour le groupe, tout en étant un exécutoire pour les juges : « Lorsqu'un individu a réussi à satisfaire un désir refoulé, tous les autres membres de la collectivité doivent éprouver la tentation d'en faire autant ; pour réprimer cette tentation, il faut punir l'audace de celui dont on envie la satisfaction, et il arrive souvent que le châtiment fournit à ceux qui l'exécutent l'occasion de commettre à leur tour, sous le couvert de l'expiation, le même acte impur. C'est là l'un des principes fondamentaux du système pénal humain, et il découle naturellement de l'identité des désirs refoulés chez le criminel et chez ceux qui sont chargés de venger la société outragée ».

¹⁸Des délits qui ont un peu de gravité.

Ainsi, le droit pénal des sociétés est né d'une nécessité initiale qui n'est pas contestable. Dans le cadre des réformes, le droit des sociétés marocain a fait l'objet d'une refonte totale par la promulgation de deux lois¹⁹.

Ces deux lois constituent une avancée importante dans le développement du droit des affaires marocain puisqu'elles remplacent des textes désuets, datant du début du siècle et même avant²⁰.

Pourtant, les délits en matière de droit des affaires ont toujours fait l'objet de sanctions prévues par deux catégories de textes : d'une part, le droit pénal général, qui punit certaines infractions telles que l'abus de confiance ou l'escroquerie, le faux, l'usage de faux, le vote..., ou qui s'intéresse à certains aspects de la vie des sociétés. D'autre part, Le droit pénal des sociétés qui résulte des dispositions d'ordre pénal, d'où ces dernières existaient déjà dans les anciens textes, mais de façon sporadique, disparate et limitée à des questions particulières.

En effet, il résulte que la dissolution d'une personne juridique consiste dans l'interdiction de continuer l'activité sociale, même sous un autre nom et avec d'autres directeurs, administrateurs ou gérants. Elle entraîne la liquidation des biens de la personne juridique. Cette dissolution ne peut être prononcée que dans les cas prévus par la loi et en vertu d'une disposition expresse de la décision de condamnation²¹.

L'applicabilité du texte est donc subordonnée à la permission de la loi. Il importe, pour en apprécier la véritable portée, de répertorier les cas de dissolution prévus par le législateur, nous dit M. BLANC. La dissolution d'une personne juridique, qui, dans cette branche du droit, peut être légale, volontaire ou judiciaire, obéit strictement aux règles du droit civil ou du droit commercial. Elle n'est donc pas, contrairement à ce qu'affirme la doctrine²², possible en matière pénale, pour la simple raison qu'elle n'est prévue par aucun texte particulier. Le principe posé par les articles 36-6 et 47 du code pénal est pour l'instant ineffectif dans le droit

¹⁹ La loi n°17-95 relative aux sociétés anonymes, promulguée par un dahir du 30 août 1996, adoptée par la Chambre des représentants le 2 juillet 1996, et publiée au Bulletin officiel n° 4422 du 17 octobre 1996. Et la loi n°5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation, promulguée par un Dahir du 13 février 1997, après avoir été adoptée par la Chambre des représentants le 7 janvier 1997. Elle a été publiée au Bulletin officiel n°4478 du 1er mai 1997.

²⁰ Ainsi, la société anonyme au Maroc était régie par la loi française du 24 juillet 1867, rendue applicable au Maroc par un dahir du 11 août 1922. Cependant, l'une des caractéristiques essentielles de ces deux lois est qu'elles créent un véritable droit pénal des sociétés.

²¹ V. art. 47 du Code pénal qui édicte que : « La dissolution d'une personne juridique consiste dans l'interdiction de continuer l'activité sociale, même sous un autre nom et avec d'autres directeurs, administrateurs ou gérants. Elle entraîne la liquidation des biens de la personne juridique.

Elle ne peut être prononcée que dans les cas prévus par la loi et en vertu d'une disposition expresse de la décision de condamnation »

²² P. DECROUX, « Les sociétés en droit marocains », 8^{ème} éd. La Porte, 1998, p.83, 110, 215, 254 et suiv.

marocain des sociétés. L'évolution suggérée par les textes spéciaux va dans le même sens, en effet, ce cas d'espèce ne figure pas dans les dispositions de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

La dissolution n'est prévue que pour les infractions d'une très grande gravité ou pour celles qui présentent une dangerosité particulière lorsqu'elles sont commises par une personne morale. On peut retenir comme infraction susceptible de provoquer la dissolution de la personne morale le trafic des stupéfiants, le proxénétisme, les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, le terrorisme²³.

Ce qui nous renvoie à l'article 127 du même Code pénal, d'où il résulte que les personnes morales (essentiellement les sociétés civiles, commerciales et les associations)²⁴ ne peuvent être condamnées qu'à des peines pécuniaires et aux peines accessoires de la confiscation, de la dissolution et de la publication de la condamnation ainsi qu'aux mesures de sûretés réelles : la confiscation des objets dangereux et autres, la fermeture de l'établissement qui a servi à commettre l'infraction²⁵. On peut aussi multiplier les exemples où le législateur marocain, réprime les infractions qui concernent à l'industrie, au commerce²⁶ et aux enchères publiques²⁷.

En ce qui concerne particulièrement les sociétés, le Code pénal condamne l'usage irrégulier de fonctions, de titres ou de noms²⁸. On trouve même dans le 2^{ème} alinéa de l'article 524 du CP la sanction de l'abus des biens sociaux²⁹.

²³ S.E. MAATOUK, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit marocain « contenu et portée d'un droit pénal spécial »*, Thèse pour le Doctorat en Droit Privé et sciences criminelles, Université de Perpignan, 2004, p.292.

²⁴ A. RUOLT, *Code pénal annoté*, Publication de l'Institut national d'études judiciaires, 1990, p.38.

²⁵ P. DUCROUX, *Les sociétés en droit marocain*, éd., La Porte, 1988, p. 447.

²⁶ Ainsi, l'art. 287 du Code pénal punit d'une amende de 200 à 5.000DH et de la confiscation de la marchandise, toute violation de la réglementation relative aux produits destinés à l'exportation et qui a pour objet de garantir leur bonne qualité, leur nature et leurs dimensions.

²⁷ Concernant les enchères publiques, l'art. 292 du Code pénal punit pour toute entrave à la liberté des enchères de l'emprisonnement d'un à trois mois et d'une amende de 120 à 50.000DH : « *Quiconque, dans les adjudications de la propriété, de l'usufruit ou de la location de biens immobiliers ou mobiliers, d'une entreprise, d'une fourniture, d'une exploitation ou d'un service quelconque, entrave ou trouble, tente d'entraver ou de troubler des enchères ou des soumissions, par voies de fait, violences, ou menaces, soit avant, soit pendant les enchères ou soumissions* ».

« *Sont punis des mêmes peines ceux qui, soit par dons, soit par promesses, soit par entente ou manœuvres frauduleuses, écartent ou tentent d'écarter les enchérisseurs, limitent ou tentent de limiter les enchères ou soumissions, ainsi que ceux qui reçoivent ces dons ou acceptent ces promesses* ».

²⁸ D'après l'art. 390 du C.P, « *Sont punis de l'emprisonnement d'un à 6 mois et/ou d'une amende de 200 à 10.000DH, les fondateurs, les directeurs ou gérants de société ou d'établissement à objet commercial, industriel ou financier qui ont fait ou laissé figurer le nom d'un membre du Gouvernement ou d'un membre d'une Assemblée, avec mention de sa qualité, dans toute publicité faite dans l'intérêt de l'entreprise qu'ils dirigent ou qu'ils se proposent de fonder* ». Dans le même sens d'idée, l'art. 391 punit des mêmes peines les fondateurs, directeurs ou gérants de sociétés à objet commercial, industriel ou financier qui ont fait ou laissé figurer le nom d'un ancien membre du Gouvernement, d'un magistrat ou ancien magistrat, d'un fonctionnaire ou d'un haut dignitaire, avec mention de sa qualité, dans toute publicité faite dans l'intérêt de l'entreprise qu'ils

Ainsi, l'étude du droit positif révèle cette pénalisation massive de la vie des affaires par le législateur. Cette pénalisation peut prendre une forme très générale, c'est le cas par l'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales, ou apparaître au travers de certaines infractions³⁰. Cette pénalisation légale se double souvent d'une pénalisation judiciaire lorsque la jurisprudence, dans un souci d'efficacité, transforme le régime juridique de certaines infractions d'affaires : l'abus de biens sociaux en est une illustration ; parfois la jurisprudence n'hésite pas créer de toute pièce une responsabilité, celle du chef d'entreprise dont il aura beaucoup de difficultés à s'exonérer.

Toutefois, la société est souvent présentée comme une petite démocratie, avec son peuple d'associés, réuni en parlant, nanti du droit de voter et de désigner un exécutif³¹. La terminologie de gouvernement d'entreprise tend à accréditer cette approche et en outre, des auteurs ont montré que les trois principes de la devise républicaine pouvaient s'appliquer à la société³². Si cette image est contestée³³, elle permet peut-être d'expliquer l'importance des sanctions pénales en droit de sociétés, le législateur ayant, par projection, assimilé la défense des intérêts de la société et des associés à ceux de la démocratie et des citoyens.

Mais au-delà de cette approche, le nombre considérable d'infractions prévues résulte bien plus vraisemblablement d'une volonté d'interventionnisme économique, traduite par l'encadrement des structures. La sanction pénale a été perçue comme permettant d'atteindre cet objectif par la prévention générale de la violation des règles qu'elle est censée opérer.

Cette insistance sur la prévention dans le cadre de la loi sur les sociétés a été largement dénoncée. Ainsi s'interroge un auteur, « *Le législateur ne se contente-t-il pas trop aisément de prévoir de lourdes pénalités, ou de multiplier les incriminations destinées à cerner toutes les*

dirigent ou qu'ils se proposent de fonder. V. également, F.P.BLANC, *Code pénal annoté et mis à jour*, Recueil de textes juridiques (1), Librairie-Papeterie des Ecoles, 1977, p.181.

²⁹F.P.BLANC, *Code pénal annoté et mis à jour*, op.cit, p. 225.

³⁰Tel que le délit d'initié qui est régi par le Dahir n°1-13-21 du 13 mars 2013 relatif à l'autorité marocaine du marché des capitaux (AMMC) et aux informations exigées des personnes morales faisant appel public à l'épargne qui a été modifié et complété par la loi 23-01, la loi 36-05 et la loi 44-06 qui sanctionne l'ensemble des délits boursiers. Et le délit de banqueroute qui est règlementé par le code pénal dans le 9^{ème} chapitre relatif aux crimes et délits contre les biens et les articles 556-569, ainsi que par le code du commerce dans le livre V relatif aux difficultés d'entreprises, les articles de 721 à 723..

³¹Y.GUYON, *La société anonyme, une démocratie parfaite !*, in *Propos impertinents de droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Ch. GAVALDA, Dalloz, 2001, p.133 s.

³²B.BOULOC, *La liberté et le droit pénal*, *Rev. sociétés* 1989, p.377 s. ; J.MESTRE, *L'égalité en droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1989, p. 399 s. ; Y.GUYON, *La fraternité dans le droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1989,p. 438.

³³V. not. M.COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17^e éd., Litec, 2004, n° 631, p. 289.

défaillances possibles, en croyant avoir ainsi résolu le problème et avoir suffisamment convaincu les éventuels auteurs d'infractions de s'abstenir de tout faux pas ? »³⁴.

Plus affirmatif, M.F. TERRE considère qu' « *on a abusé de l'idée préventive ; elle semble permettre de conjurer à l'avance les maladies, mais elle peut aboutir à faire traiter tout le monde comme des malades* »³⁵. Outre l'excès qui la caractérise, cette attitude constitue à l'évidence un facteur de rigidité et de formalisme du droit des sociétés.

D'autant que la raison d'être et l'utilité de certaines mesures à finalité préventive peuvent devenir incertaine au fil du temps et alors, note M.P. LE CANNU, « *Les générations suivantes devront, par mémoire pour tel ou tel abus, se plier à telle ou telle contrainte supplémentaire, procédure, formalité, autorisation...jusqu'à ce qu'elles dénoncent l'inutilité de telle prohibition, la nocivité de telle exigence, et qu'elles obtiennent d'un législateur mieux disposé une loi « d'allègement » qui redécouvre les bienfaits de la liberté* »³⁶.

Les nombreuses infractions obstacles du droit des sociétés sont l'illustration de cette logique préventive. On ne peut cependant que douter de l'efficacité de ce dispositif. Il a été fréquemment constaté que l'infraction pénale entraîne une dévaluation de l'effet dissuasif de la sanction³⁷, qu'accentue encore l'inapplication effective de la plupart de ces textes. L'épouvantail pénal n'épouvante plus guère, et au final, « *La violation constante de la loi habitue des hommes à considérer que ce qui n'est pas respecté n'est pas respectable* »³⁸.

Aussi, la nécessité de repenser en profondeur de droit des sociétés est-elle très largement admise. Il faut évidemment se garder de voir dans cette dépénalisation souhaitée la marque d'une quelconque complaisance pour les malversations commises dans le cadre des sociétés. Tout au contraire, si l'unanimité se fait sur la nécessité de supprimer les infractions inutiles, c'est afin de mieux assurer la répression effective de celles jugées indispensables, conformément à la vérité bien connue de MONTESQUIEU que « *les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* »³⁹. Aussi, M.A. VIANDIER considère-t-il avec raison que « *L'arme pénale est inappropriée en droit des sociétés* », sauf « *si l'on excepte les infractions de*

³⁴ A.VITTU, *Regards sur le droit pénal des sociétés*, in *Aspects actuels du droit commercial français*, Etudes dédiées à R. ROBLOT, L.G.D.J., 1984, p. 247 s., spéc.p. 258.

³⁵ *L'avenir de la loi : trop de lois ou trop de droit ?*, JCP 1986, éd. E, II, 14637.

³⁶ *Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions*, Bull, Joly 1995, p.637.

³⁷ V.not A. VITTU, *Regards sur le droit pénal des sociétés*, in *Aspects actuels du droit commercial français*, op.cit, p. 258.

³⁸ G.RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., L.G.D.J., 1951, n° 107, p.243.

³⁹ *De l'esprit des lois*, Livre XXIX, chap. 16.

*présentation de bilan inexact, de répartition de dividendes fictifs, de majoration frauduleuse d'apport en nature et d'abus de biens ou de pouvoirs*⁴⁰».

Sans doute cette base peut-elle paraître un peu mince, encore que la liste proposée soit particulièrement pertinente, elle montre pour le moins que seuls des comportements intrinsèquement malhonnêtes doivent être sanctionnés.

Par conséquent, seule une approche apriorique et quelque peu simpliste de la matière peut conduire à assimiler la dépénalisation à un adoucissement. C'est avant tout un redéploiement des sanctions devant permettre d'accroître l'efficacité générale et du droit des sociétés, et de son dispositif pénal spécifique⁴¹.

Si la dépénalisation de la vie des affaires anime tant les pensées, la médiatisation de certains scandales politico-financières ont leur part de responsabilité. Selon G.GANIVET, « *la question de la dépénalisation serait même souvent posée sur un ton polémique et doctrinaire, à des fins uniquement politiques* »⁴².

Au-delà de cet aspect, la dépénalisation est un thème récurrent en ce qu'elle constitue, dans toute matière, un mécanisme nécessaire, indispensable même à la survie de tout droit. Il s'agit en quelque sorte d'une soupape de sécurité, qui assure une meilleure effectivité du droit. Ainsi, la dépénalisation est-elle le complément utile de la pénalisation, les deux mécanismes associés ayant un rôle de régulateur juridique. En tant que processus d'avancée et de recul du droit pénal, ils représentent ces ajustements constants nécessaires à une vie juridique saine. M.GIROT souligne très justement à ce propos que « *tout comme l'existence de la dépénalisation suppose la pénalisation, la survie de la pénalisation dépend de la dépénalisation* »⁴³.

Il est dans notre société des crises pénales régulières, dont la dépénalisation est cette variable d'ajustement du droit au fait, qui permet ponctuellement et par injection de les surmonter. En effet, un système juridique dont les lois de pénalisation ne seraient pas contrebalancées par des lois de dépénalisation serait voué à l'échec compte tenu de son extrême rigidité. Encore faut-il que la dépénalisation soit menée avec raison, mesure et cohérence.

⁴⁰ *Le droit des sociétés, demain*, JCP 2000, éd, E, *Aperçus rapides*, p. 3., n° 12.

⁴¹ On ne compte plus aujourd'hui le nombre de colloques, de rapports, d'articles juridiques ou de vulgarisation sur le sujet. Le thème de la dépénalisation, plus particulièrement en droit des affaires, suscite l'engouement des magistrats, auteurs, professeurs, politiques, journalistes, et les remous de l'opinion publique.

⁴² G.GANIVET, *Avant-Propos, Réflexion critique sur la répression pénale en droit de sociétés*, Thèse de doctorat, Université René Descartes, Paris V, LDGJ, 2005.

⁴³ M.GIROT, *La dépénalisation, un instrument au service du droit pénal*, Thèse de doctorat, Poitiers 1993, p.13.

Cependant, la pénalisation et la dépénalisation constituent en effet deux indicateurs fondamentaux permettant d'identifier les politiques criminelles successives qui vont venir guider l'intervention du droit pénal quant à l'intensité de son action, et au champ de cette dernière. Ce sont ces deux phénomènes et leur évolution qui déterminent les valeurs protégées par le droit pénal à un moment donné et leur postérité au sein du système répressif⁴⁴.

Les mouvements de pénalisation et de dépénalisation sont deux mouvements qui coexistent, l'un étant à une période donnée plus important que l'autre. Ces deux phénomènes sont étroitement liés aux évolutions politiques et sociales, et reflètent les valeurs essentielles qu'une société entend défendre et sanctionner.

Toutefois, il existe deux facteurs essentiels de la pénalisation, dépénalisation qui constituent autant de sources de création et de suppression de la loi : le groupe social d'une part, et le politique d'autre part. Ces deux sources ne sont pas exclusivement attachées au droit pénal mais c'est vraisemblablement dans le cadre de ce dernier qu'elles jouent le rôle le plus symbolique. La création d'un texte doit se réaliser autour de la valeur sacralisée et la disparition d'un texte doit s'élaborer en opposition à la valeur consacrée⁴⁵.

Ce rejet peut se justifier soit par l'obsolescence de la valeur protégée, soit par la disparition des circonstances qui imposaient la protection de la valeur en question à un moment donné. Or, cette évolution qui peut tendre aussi bien vers l'adhésion que vers le rejet d'une valeur, traduit le processus normal d'évolution des états forts de la conscience collective telle qu'E.DURKHEIM l'a souligné⁴⁶.

Tout ceci, souligne le fait que l'édiction ou la suppression de la norme, plus particulièrement la norme pénale, obéit notamment à la technique de l'évaluation sociologique de l'importance de la valeur qui doit ou ne doit plus être protégée par le droit pénal.

Ainsi, les valeurs qui inspirent le législateur pénal ne sont pas des valeurs juridiques, elles appartiennent au contraire à une réalité normative extra-juridique. Autrement dit, à une valeur juridique préexiste une valeur sociale.

⁴⁴L.SAHRANE, *Le droit des affaires entre la pénalisation et la dépénalisation*, Thèse en vue de l'obtention du doctorat, Droit privé, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah, Fès, 2015, p. 2.

⁴⁵M. GIROT, *La dépénalisation, un instrument au service du droit pénal*, Thèse en droit, Poitiers, 1994, p. 3-7.

⁴⁶Selon E.DURKHEIM, Les valeurs d'un groupe ne sont pas immuables et la bonne santé sociale commande aux états forts de la conscience collective d'évoluer.

C'est finalement la réalité sociale et les besoins de la société qui poussent le législateur à poser de nouvelles normes ou à en supprimer d'anciennes⁴⁷ : ainsi, le groupe social participe tant au processus de pénalisation qu'au processus de dépénalisation. Le politique intervient également comme source de pénalisation et de dépénalisation qui sont autant d'armes et de témoins du jeu politique. *« La dépénalisation, tout comme la pénalisation, est une arme essentielle pour le politique en lui permettant d'imposer ses idéaux : ainsi, il impose ses convictions philosophiques morales ou sociales, ses choix de société »*⁴⁸.

Parallèlement à ce mouvement de pénalisation, la dépénalisation n'est pas un fait nouveau dans l'histoire du droit pénal⁴⁹. Du 13^{ème} au 16^{ème} siècle, pour justifier la répression, la peine se fondait sur la violation de la norme. Dans un système pénal fondé sur le moralisme juridique, la légitimation de la prohibition était effectuée en raison de la seule immoralité. Il n'était pas tenu compte des conséquences que l'application de la sanction pouvait entraîner.

Du 16^{ème} au 18^{ème} siècle, un mouvement général se dessinait en faveur de la modification du système pénal. Lorsqu'il était fondé sur l'instrumentalisme juridique, la légitimité de l'interdiction d'un comportement était effectuée à partir de sa seule valeur instrumentale. Il n'était tenu compte que des conséquences de la sanction et non du degré de moralité du comportement prohibé. C'est le passage de l'un vers l'autre qui bouleverse le système pénal.

La peine fondée sur l'instrumentalisme et la réconciliation succède à celle fondée sur l'exemplarité et l'exclusion. La moralité des actes incriminés évolue dans le sens de sa régression, si l'on mesure la peine d'après les conséquences sociales du crime. C'est J.BENTHAM qui a approfondi la pensée de C.BECCARIA et construit une théorie générale de la peine élaborée dans le sens de sa modération. Dans ses ouvrages⁵⁰, il a soulevé pour la première fois, dans l'histoire de la peine, la question de son efficacité. Il a constaté que le droit pénal antérieur qui retranscrivait les règles de morale et les érigeait en règles pénales, ne s'avérait pas efficace. Il a préconisé ainsi un système, non plus fondé sur la répression mais sur l'utilité sociale de la peine.

⁴⁷C.COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, Thèse de Doctorat en droit, Poitiers, 2001, p.7.

⁴⁸M.GIROT, *La dépénalisation, un instrument au service du droit pénal*, op.cit, p. 7.

⁴⁹*Ibid.*

⁵⁰J.BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Publiées en français par E.DUMONT en 1802, Tome II, Principes du code pénal, p.385 et 386. Deux formules sont souvent citées, parce qu'elles expriment la première règle de son "arithmétique morale" : *« Faites que le mal de la peine surpasse l'avantage du délit »* et *« La peine doit se faire craindre plus que le crime ne se fait désirer »*.

En s'attachant aux effets de la peine sur la société et sur le délinquant, il s'est démarqué de la conception ancienne qui ne s'intéressait qu'à la portée morale de la peine. Il a considéré que le système pénal était imparfait car chaque nouvelle infraction faisait apparaître ses insuffisances, d'où la nécessité de trouver des concurrents à ce système. Il a tracé ainsi la voie au changement du système.

Au 19^{ème} siècle, les positivistes ne voulaient plus parler de peines, parce que ce mot évoquait les idées de faute et de rétribution. E.FERRI disait vouloir suivre l'exemple de certains de ses compatriotes qui ne parlent plus de délits et de peines, mais d'offenses et de défenses, envisageant même d'utiliser les expressions de maladie morale et de clinique préservatrice. Etant donné que la variété des sanctions se fonde sur la différence des délinquants, on peut dire que les idées positivistes renferment en germe la dépenalisation.

Ainsi, et depuis quelques décennies, se développe un mouvement qui tend à réduire l'application du système pénal, sachant que l'on peut assurer la défense de la société par des procédés moins lourds.

Bien que le phénomène de dépenalisation soit relativement ancien, sa conceptualisation est plus récente et apparaît dans les années 1960 avec les premières recherches sur les dysfonctionnements du système pénal⁵¹.

D'après MONTESQUIEU⁵², « *Trop de lois de pénalisation conduisent vers l'efficacité de ces lois. La dépenalisation est donc indispensable pour évacuer le trop de lois criminelles* ». De nos jours, la pénalisation n'est plus toute puissante, surtout dans certains domaines qui donnent lieu au dessaisissement du système pénal. Trop de textes pas assez réfléchis traduisent un malaise réel du système pénal. C'est cette analyse qui a mis en valeur la dépenalisation comme un remède susceptible d'atténuer la crise pénale. La politique criminelle est fondée sur des choix idéologiques pour répondre avec pragmatisme aux problèmes posés à la fois par la prévention et la répression du phénomène criminel entendu au sens large.

On estime que si le droit pénal est trop souvent appliqué, ou inadapté, il suffit de rétrécir son champ d'action ou de le supprimer. C'est pourquoi la réponse aux problèmes posés par le

⁵¹ M.GIROT, *La dépenalisation, un instrument au service du droit pénal*, op.cit, p. 15.

⁵² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, éd. Classiques Garnier, 1961 ; POUMAREDE, « MONTESQUIEU, VOLTAIRE, BECCARIA » dans l'ouvrage collectif, *la révolution et la justice*, 1989, p.103. MONTESQUIEU préconisait un adoucissement général de la répression.

système pénal semble naturellement passer par la dépenalisation. Elle permet la survie du système en assurant une certaine sécurité à la pénalisation. De manière pratique, la dépenalisation est un instrument souple d'adaptation du droit pénal à l'évolution sociale ; elle permet aussi la régulation des dysfonctionnements du système pénal⁵³.

Au Maroc, la promulgation de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes⁵⁴, avait soulevé un tollé dans le monde des affaires, notamment son volet pénal. Les incompatibilités étaient innombrables dans un contexte où la fluidité et la souplesse devraient être les maîtres-mots.

La loi 17-95 se voulait un moyen de renforcer la sécurité des affaires, mais il faut dire qu'elle portait en son germe des mesures draconiennes⁵⁵. Aussi, des incompatibilités flagrantes ont été relevées dans ses différents articles. Des critiques se sont élevées pour souligner les limites d'une modernisation par le biais d'une transposition formelle, sans adaptation, des infractions édictées par les lois françaises au milieu marocain en mettant l'accent précisément sur le fait qu'au moment même où les lois marocaines ont vu le jour, la réflexion sur la dépenalisation du droit des sociétés était très avancée et regrettant que les rédacteurs de la loi n'aient pas mis à profit ces réflexions lors de son élaboration.

Comme pour la loi française de 1966⁵⁶, les effets pernicieux de la prolifération des sanctions pénales prévues par ladite loi risquent d'être amplifiées dans le contexte marocain où le dispositif pénal pesant sur les dirigeants « *risque d'être utilisé comme un élément de négociation, de menace ou de représailles dans les relations entre dirigeants et associés* » et la migration des dirigeants des SA vers la forme de SARL observée depuis la promulgation de la loi sur la SA s'explique en partie par ce risque et aussi par le caractère familiale et personnel prédominant dans les entreprises marocaines⁵⁷.

Préconisant la dépenalisation, les professionnels du secteur proposent de maintenir le droit pénal pour les fraudes mais de dépenaliser la violation d'obligations formelles. Ces discours sur la dépenalisation vont trouver un écho à travers la promulgation de la loi 20-05⁵⁸ modifiant et complétant la loi 17-95 sur les sociétés anonymes, qui a allégé d'une manière significative le dispositif pénal. L'assouplissement de ce dernier concerne les articles amendés

⁵³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Précis DALLOZ, 19^{ème} éd., 2005, n°23 et n°85.

⁵⁴ Dahir n° 1-96-124 du 14 Rabii II 1417 du 30 août 1996, publiée au BO n° 4422 du 17 octobre 1996, p. 661.

⁵⁵ M. JAOUHAR, « Lectures dans le droit pénal marocain des affaires : cas du droit pénal des sociétés anonymes », In Institut du Management et du Droit des Entreprises "IMADE", "Dix années de droit des entreprises au Maroc", Acte de colloque international, le 20 et 21 avril 2007, Casablanca, Sous la direction de A. LARBI, 2d. IMADE, 2007, p. 105-108.

⁵⁶ La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales publiée au J.O du 26 juillet 1966.

⁵⁷ R. LAZRAC, *Le nouveau Droit Pénal des sociétés au Maroc*, éd. La porte, Casablanca, 1997, p.22.

⁵⁸ Dahir n°1-08-18, du 17 Joumada I (23 mai 2008), publiée au B.O, n° 5640 du 19 juin 2008, p. 384.

allant de 375 à 422. Les changements touchent la suppression de plusieurs peines d'emprisonnement, le remplacement de certaines peines de prison par des amendes. S'ajoute la réduction de taux de certaines peines d'amendes. Ainsi des avancées ont été réalisées avec le nouveau texte, notamment concernant les peines privatives de liberté⁵⁹.

Certes, depuis la promulgation de la loi 20-05 sur les SA, le législateur s'est engagé sur le chemin du recul du droit pénal, prenant conscience de l'inutile omniprésence de la sanction pénale dans la vie des affaires.

Actuellement, la loi 20-05 a supprimé certaines dispositions pénales, a remplacé d'autres par des amendes et a réduit le montant de certaines amendes dans le but de rendre aux patrons et aux gestionnaires imprudents mais de bonne foi le goût d'entreprendre et également pour garder l'attractivité économique du pays et promouvoir son développement et sa croissance dans un cadre moralement sain⁶⁰.

Cependant, la dépenalisation opérée est timide car elle ne touche qu'une branche spécifique du droit des affaires à savoir le droit des sociétés, cela d'une part. D'autre part, c'est une dépenalisation conjoncturelle qui ne traduit pas une philosophie législative, qui se serait inscrite dans une politique criminelle à long terme.

Le droit français par ailleurs a connu, une dépenalisation rationnelle des textes obsolètes des codes de commerce, dont le rapport COULON sur la dépenalisation du droit des affaires et la dernière manifestation⁶¹.

Le débat n'est pas nouveau. Au milieu du 20^{ème} siècle, le Doyen RIPERT ne se demandait-il pas déjà s'il ne fallait pas préférer « *la tolérance d'une habile immoralité à l'inquiétude de la suspicion ?* » Plus tard, au cours du IX^{ème} congrès de l'Association française de droit pénal, 877 causes d'emprisonnement du chef d'entreprise étaient recensées.

La question s'est posée avec acuité en droit pénal des sociétés. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1867, la place occupée par le droit pénal s'est accrue jusqu'à être dénoncée

⁵⁹ La dépenalisation doit se concevoir dans le cadre d'une politique criminelle organisée et non dans la Confédération Générale des Entreprises du Maroc (CGEM).

⁶⁰ M.AMIMI, « La dépenalisation du droit des affaires », Rev droit des affaires, Business Law Review, 11 novembre 2017, www.droitetentreprise.com, consulté le 15 septembre 2018.

⁶¹ Ce rapport consacré à « *La dépenalisation de la vie des affaires* » confié par l'ancienne garde des Sceaux Rachida DATI le 4 octobre 2007 à Jean-Marie COULON, premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris, a été remis le 20 février 2008. Il est la conséquence d'une allocution prononcée le 30 août 2007 par l'ancien Président de la République Française N.SARKOZY lors de l'Université d'été du Mouvement des entreprises de France, dans laquelle il exprimait le souhait de lutter contre une pénalisation excessive du droit des affaires.

par la doctrine comme une inflation pénale porteuse de menace, de moyen de pression, voire créatrice d'un « effet polluant »⁶² du droit commercial. C'est ainsi qu'un mouvement de dépénalisation a été amorcé depuis le début des années 1990, alors que le volet pénal du droit des sociétés semblait figé depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966⁶³.

Si la procédure de l'injonction judiciaire a été créée et la doctrine de l'annulation des assemblées litigieuses élargi, nul ne peut contester que la marche en direction d'une dépénalisation véritable souffre d'une absence de point de repère net.

La démarche paraît d'un défaut de critères. Certes, a été dépénalisé le non-respect de certaines obligations. Cependant, le résultat ne paraît pas réellement cohérent et appelle d'autres réflexions.

La commission mise en place le 4 octobre 2007 prend place au sein de ce questionnement. La lettre de mission lui confie le soin de « *soumettre des propositions afin de limiter le risque pénal des entreprises et d'envisager des modes de régulations plus adaptés à la vie économiques* ».

La tâche est ardue, mais le rapport propose au final des pistes de réflexion intéressantes. Un maître mot sous-tend le raisonnement : la dépénalisation ne peut être obtenue que si elle parvient à équilibrer la répression au sein de la vie des affaires, celle-ci ayant été sollicitée de manière trop importante ces dernières années, en raison, d'une part, de l'inflation des textes et, d'autre part, de positions jurisprudentielles parfois surprenantes. En conséquence, le groupe de travail suggère d'abord le rétablissement de l'équilibre du champ pénal, puis la création d'un équilibre procédural⁶⁴.

L'équilibre et la cohérence de ces propositions avaient conduit le garde des Sceaux à déclarer qu'elles trouveraient « leur traduction dans un projet de loi et une politique pénale cohérente ». Ce projet de loi est achevé, à tout le moins, dans une 1^{ère} version. Il reprend la

⁶²B.BRUNIER, *Le phénomène de dépénalisation en droit français*, Mémoire de DEA en sciences pénales et sciences criminologiques, Université d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de sciences politiques, 1997.

⁶³M.EXPOSITO, « L'évolution du droit pénal français des affaires », In Institut du Management et du Droit des Entreprises (IMADE), « Dix années de droit des entreprises au Maroc », Acte de colloque international, Casablanca, le 20 et 21 avril 2007, Sous la direction de A.LARBI, éd., Imade, 2007, p. 99.

Aussi, le rapport rendu par le sénateur MARINI en 1966 a ainsi annoncé une suite de textes portant dépénalisation, qu'il s'agisse d'abord de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, puis des deux lois du 1^{er} août 2003 respectivement de sécurité financière et pour l'initiative économique, et enfin des deux ordonnances des 25 mars et 24 juin 2004 portant successivement simplification du droit et des formalités pour les entreprises et réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales. V. W.JEANDIDIER, *L'art de dépénaliser : l'exemple du droit des sociétés*, Mélanges offerts à J.L.AUBERT, D, 2005, p. 449.

⁶⁴Rapport du groupe de travail sur la dépénalisation de la vie des affaires, Présidé par J.M.COULON, Remis à Mme le garde des Sceaux, Ministre de la justice, Février 2008.

plupart des propositions du rapport COULON. Il semble cependant, que ce projet de loi soit désormais suspendu. Sans doute la crise financière survenue fin 2008 nécessite-t-elle des réformes plus urgentes.

Aux Etats-Unis, si la dépenalisation fut au centre des réflexions de politique criminelle dans les années 1960 et 1970, elle a cédé place depuis lors à un mouvement de « *repénalisation* », notamment avec la législation mise en place par le *Sarbanes-Oxley Act*⁶⁵.

Le législateur allemand quant à lui, a ainsi opéré à plusieurs reprises un glissement des sanctions pénales aux sanctions administratives, les *Ordnungswidrigkeiten* (OWI), et a recouru plus largement à l'astreinte pour faire respecter les obligations des dirigeants. Le système des OWI a été institué dès 1949 et s'est considérablement développé par la suite. Une dépenalisation dans des faits a aussi pris place, résultant de l'hésitation des procureurs à poursuivre certains faits compte tenu de formules d'incrimination peu spécifiques.

En droit anglais, le législateur a de même substitué des sanctions administratives, les *regulatory offences*, à certaines sanctions pénales, notamment dans la loi sur les sociétés de 1985. L'Italie a pour sa part procédé à un processus de désescalade en disqualifiant certains faits en de simples contraventions punies d'amende⁶⁶.

En Algérie, la dépenalisation du droit des affaires a été amorcée par la loi du 26 juin 2001, confirmée par la loi du 10 novembre 2004 puis par la loi du 20 février 2006.

De même, en Tunisie, le droit des sociétés commerciales a toujours constitué une branche principale du droit commercial. Il partage avec cette matière de rattachement, « *un particularisme fondé sur les impératifs de rapidité et de sécurité* »⁶⁷, qui en fait une discipline

⁶⁵M.VAN DE KERCHOVE, « Le droit sans peine, aspects de la dépenalisation en Belgique et aux USA », Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p.122. En effet, en réaction à plusieurs scandales comptables et financiers (Enron, Worldcom, etc...), les règles fédérales de régulation des marchés financiers ont été durcies avec la loi Sarbanes-Oxley (la loi SOX) en 2004, qui s'ajoute aux droits des Etats fédérés sans les remplacer. Cette loi est considérée comme l'une des plus importantes réformes des marchés financiers américains depuis les lois « Securities Act » en 1933 et « Securities Exchange Act » en 1934. La loi Sarbanes-Oxley est fondée sur trois principes fondamentaux : l'exactitude et l'accessibilité de l'information, la responsabilité des gestionnaires et l'indépendance des organes vérificateurs.

Suite à cette loi, les sanctions pénales ont été beaucoup alourdies. Ainsi, par exemple une non-conformité des états financiers est passible d'une amende d'un million de dollars ou d'une peine d'emprisonnement de 10ans, voire plus. La falsification des documents peut conduire à une amende et à une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 20ans. La peine maximale est de 25ans pour fraude.

Notons que les deux échelons juridiques américains présentent des différences marquées. Au niveau des Etats fédérés, la pression pénale est variable mais globalement modérée. En revanche, le droit fédéral, applicable aux sociétés cotées, comporte de nombreuses infractions mais celles-ci sont rarement spécifiques aux règles sociétaires. D'où la situation contrastée du droit pénal Américain des affaires. Ainsi à une faible pénalisation du droit des Etats fédérés correspond une forte pénalisation du droit fédéral.

⁶⁶G.GUIDICELLI-DELAGÉ, *Le droit pénal des affaires en Europe*, PUF, 2006, p. 247.

⁶⁷Kh. KHARROUBI, *Droit des sociétés commerciales*, Vol 1, Groupe Latrach des livres spécialisés, 2008, p.19.

en perpétuelle transformation. Pour preuve de cette continuelle nécessité de réforme, le nombre de modifications endurées par le Code des sociétés commerciales.

Depuis sa promulgation en 2000⁶⁸, le Code des sociétés commerciales a subi plusieurs modifications successives⁶⁹. Dès sa première année d'existence, ce code a connu une 1^{ère} modification avec l'insertion du titre XI relatif aux groupements de société⁷⁰. Par la suite, plusieurs autres lois sont venues le modifier trois fois en une année en 2005⁷¹, une autre fois en 2007⁷² et une dernière fois en 2009⁷³.

La tendance serait donc à la dépenalisation et à l'assouplissement des peines. Mais cela n'empêche que l'intervention du législateur afin de recentrer le droit pénal des affaires notamment le droit pénal des sociétés sur les infractions les plus graves reste une nécessité sociale.

Ce recentrage se traduit par un mouvement de balancier : D'une part, le législateur doit dépenaliser certains comportements à l'encontre desquels une sanction pénale ne se justifie pas ou plus ; d'autre part, il doit pénaliser des agissements frauduleux graves appelant des sanctions lourdes⁷⁴.

Le choix de notre sujet a deux grandes raisons : l'une est économique, l'autre est juridique.

D'une part, la raison économique prend son importance de l'impact profond de la fraude dans les transactions financières effectuées par des sociétés commerciales sur l'économie. La criminalité des personnes morales, réduit la confiance, élimine le crédit, l'épargne, et la capacité de prêt.

D'autre part, la raison juridique est d'essayer d'aborder le droit pénal des sociétés commerciales comme un cadre juridique entre les concepts normatifs et de subordination.

⁶⁸Loi n° 2000-93 du 3 novembre 2000, portant promulgation du code des sociétés commerciales, La loi de promulgation a brogé plusieurs dispositions antérieures devenues incompatibles avec les nouvelles dispositions ou intégrées dans le nouveau code dont notamment les articles 14 à 188 du code de commerce, la loi n°88-111 du 8 août 1988 portant réglementation des emprunts obligataires, les articles de 24 à 41 de la loi n°92-107 du 16 novembre 1992 portant institution de nouveaux produits financiers pour la mobilisation de l'épargne.

⁶⁹V. à ce propos, S.MELLOULI et S.FRIKHA, *Les sociétés commerciales*, 2008, p.11.

⁷⁰La loi n° 2001-117 du 6 novembre 2001.

⁷¹Loi n° 2005-96 du 18 octobre 2005, relative au renforcement de la sécurité des relations financières.

⁷²Loi n° 2007-69 du 27 décembre 2007, relative à l'initiative économique.

⁷³Loi n° 2009-16 du 16 mars 2009, modifiant et complétant le code des sociétés commerciales.

⁷⁴C.MASCALA, *La recherche de l'efficacité du droit pénal des affaires*, In : « La dépenalisation du droit des affaires », Sous la direction de G.JAZOTTEQ, Colloques et débats, Litec, Paris, p.111.

Toutefois, l'importance du droit pénal des sociétés n'est pas cachée, il a créé une forme unique d'intersection du droit et de l'économie grâce à l'intervention des piliers les plus importants du droit pénal dans l'un des piliers les plus solides des sociétés commerciales.

Cette fois, le droit pénal n'est pas seulement important du point de vue de son existence, mais principalement de l'entrée en vigueur de ses dispositions strictes aux sociétés commerciales. Son importance à cet égard découle de la priorité accordée à la grande importance de la société.

Ainsi, au niveau théorique, nous notons les différentes controverses soulevées par cette loi jusqu'à nos jours dans la doctrine sur son utilité⁷⁵. Depuis sa création et son entrée en vigueur, certains chercheurs n'ont pas cessé de la critiquer en demandant sa rétractation en faveur de sanctions civiles et quelques sanctions administratives, tandis que d'autres ont souligné la nécessité et l'inévitabilité de sa survie avec sa renaissance.

Aussi, l'importance de cette loi découle de la théorie selon laquelle l'étude de cette partie de la loi est une mini étude des techniques et des particularités du droit pénal des affaires.

Au niveau de la pratique⁷⁶, nous constatons l'absence presque complète d'application judiciaire du droit pénal des sociétés commerciales, au Maroc comme en France, à l'exception du délit des biens sociaux et de certaines infractions qui concernent les droits de contrôle d'une part.

D'autre part, nous remarquons l'absence de mécanismes d'activation et de détection de la criminalité dans le droit pénal des sociétés commerciales, ainsi qu'en France la tendance du ministère public à conserver des dossiers et à ne pas engager des poursuites pénales sauf dans les cas graves. Ainsi que la tendance à exclure les sanctions pénales par le pouvoir judiciaire, ce qui soulève plus qu'un point d'interrogation en la matière.

Nous notons également l'excès de législateur marocain dans l'introduction de la contrepartie française, jusqu'à ce que la loi soit distribuée sur la loi 17-95⁷⁷ et la loi 5-96⁷⁸, et très intensif

⁷⁵R.IBN KHADA, *Essai en droit pénal des sociétés commerciales*, 2012, p. 34. Version arabe.

⁷⁶R.IBN KHADA, *op.cit.*, p. 35. Version arabe.

⁷⁷Dahir n° 1-96-124 du 14 rabii II 1417, du 30 aout 1996 portant promulgation de la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes.

⁷⁸Dahir n° 1-97-49 du 5 chaoual 1417 portant promulgation de la loi 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation, *B.O* du 1^{er} mai 1997.

en termes de répression, ce qui conduit au recul de l'entrepreneuriat dans un pays en développement comme le Maroc. Ce qui a poussé le législateur à la dépénalisation du secteur.

Le fait de braquer la lumière sur la tendance actuelle de cette dépénalisation en démontrant ses diverses manifestations en la matière, et mesurer les retombées de son mouvement aussi bien sur le plan national qu'international, nous paraît une idée convenable pour mieux cerner le sujet.

Ainsi, il a été justement souligné que le premier objectif d'une réforme du droit des sociétés devrait être la rationalisation⁷⁹, finalité qui s'impose tout particulièrement à la définition des faits justifiant une sanction pénale. La dépénalisation n'est donc pas simplement affaire de soustraction, elle suppose de manière autrement complexe d'adopter une logique globale, rationnelle, fondée sur la détermination préalable des principes cardinaux du droit des sociétés qu'il est nécessaire et efficace de défendre par l'édiction de sanctions pénales.

Le domaine de la répression pénale en droit des sociétés repose en effet sur la détermination d'un équilibre délicat entre l'exigence de sanctions proportionnées à la nocivité des comportements illicites au sein des sociétés et l'impératif d'efficacité qui doit gouverner le droit des sociétés d'une économie moderne⁸⁰.

En prescrivant un arsenal pénal effréné de l'absence et de toute politique criminelle clairement définie, le législateur a acquis et l'injustice et de désordre.

En l'occurrence, le législateur actuel n'œuvre guère d'avantage à l'intelligibilité du droit des sociétés en ne conservant la dépénalisation que comme un processus ou une technique de suppression d'incriminations.

Donc comment se pourrait-il que l'on améliore la valeur d'un ensemble étrique ou médiocre en s'accommodant d'en effacer déci-delà des éléments ?

Autrement dit, comment le législateur pourra harmoniser ou concilier entre deux objectifs qui sont contradictoires : dépénaliser le droit de sociétés pour faciliter le fonctionnement de l'économie de marché mais protéger dans le même temps les valeurs sociales importantes en sanctionnant les agissements et les malversations les plus nocives à l'économie nationale ?

⁷⁹ J-J. DAIGRE, audition par la mission d'information sur la réforme du droit des sociétés, *Rapport d'information Assemblée Nationale* n° 1270 du 2 décembre 2003, Auditions 1^{ère} partie, p.25.

⁸⁰ Camp.L. GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, th.Paris 1, 1997, p.46 : « L'efficacité induit l'idée d'un équilibre entre la nocivité de l'illicéité et la nocivité d'une sanction non proportionnée ».

Aussi face au constat de la croissance de droit pénal des affaires notamment le droit des sociétés, peut-on imaginer que la sanction pénale soit toujours plus appelée à la rescousse ou à l'aide de législations techniques pour sanctionner des anomalies formelles, ce qui revient de créer une délinquance ou une criminalité artificielle dans de nombreux cas ? Ou faut-il dépénaliser le droit des sociétés afin de réserver la sanction pénale aux seuls actes graves révélateurs d'une intention criminelle ?

En réalité, il faut repenser la matière, en examiner les insuffisances, cerner la nécessité pénales spécifique au droit des sociétés, définir des assises rationnelles justifiant la répression de certains comportements nocifs. Tel est objet d'une réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés.

Dans ce dessin, le diagnostic des maux droit précéder la détermination des remèdes. Donc l'étude des contours du système répressif en droit pénal des sociétés dans une **1^{ère} partie** ainsi que les insuffisances du dit système et les propositions d'amélioration dans **une 2^{ème} partie** nous parait une idée convenable pour mieux comprendre notre sujet.

Partie I : Les contours du système répressif en droit pénal des sociétés

L'émergence d'un droit pénal des affaires est contemporaine de la création au XIX^{ème} siècle des premières formes modernes de sociétés. C'est avec la révolution industrielle que les structures sociétaires se sont développées, à la fois plus diverses, plus nombreuses et de taille plus importantes. Elles entaient le centre de convergence d'intérêts divers, notamment ceux des investisseurs et ceux des dirigeants. Et l'omnipotence des dirigeants contrastait alors avec la passivité des investisseurs. C'est dans ce contexte que commencèrent à pulluler des malversations graves donnant parfois lieu à de véritables scandales.

Le besoin s'est donc fait ressentir de créer des incriminations spécifiques au droit des affaires plus précisément le droit des sociétés là où le législateur et le juge se heurtaient aux limites des infractions de droit commun. L'abus de confiance et l'escroquerie ne surfaisaient donc plus à appréhender l'ensemble des comportements frauduleux ayant cours dans la vie des affaires.

Parmi ces comportements intrinsèquement frauduleux et méritant dès lors sanction pénale, se trouvaient, aujourd'hui dénommés, l'abus des biens sociaux, le délit d'initié, la présentation ou publication de comptes ne donnant pas une image fidèle et la distribution de dividendes fictifs, pour ne citer qu'eux. On le voit, les comportements en cause ou les résultats atteints par ces délits se rapprochent nettement des délits de droit commun comme le faux, l'escroquerie ou l'abus de confiance, à la fois d'un point de vue matériel mais aussi moral⁸¹.

La pénalisation est donc une nécessité et répondait à une attente sociale en ce sens. Aussi, la voie pénale était justifiée en ce que les solutions civiles existantes se révélaient insuffisantes : les sanctions que sont les nullités et les dommages et intérêts étaient inadaptés pour appréhender ces comportements. En effet, alors que les premières pouvaient se retourner contre les victimes elles-mêmes, les secondes étaient nécessairement conditionnées par l'existence d'un préjudice⁸².

L'histoire révèle que cette voie pénale fut parfois empruntée suite à des scandales politico-financiers : à l'occasion de malversations graves, éclatant notamment l'affaire de l'Union Générale en 1882, l'affaire Panama, et la plus retentissante qu'est l'affaire Stavisky. Cette dernière affaire a donné lieu au décret-loi de 1935 créant les délits d'abus des biens sociaux et

⁸¹L.SAHRANE, *op.cit*, p.28.

⁸²D.REBUT, *Infractions pénales*, Rép. Sociétés Dalloz.

de pouvoirs, de majoration frauduleuse d'apports en nature et de présentation ou publication de bilan inexact.

Néanmoins, la répression n'en était pas moins justifiée. Et s'agissant de pratiques hautement condamnables, tout Etat de droit se devant de sanctionner les comportements intentionnels graves menaçant l'ordre public, ici l'ordre public économique dans sa finalité de protection. Les intérêts protégés par cet ordre public économique étaient alors l'intégrité du patrimoine social, les droits des associés, la confiance dans l'action des dirigeants et la fiabilité du contrôle.

La répression des fraudes en ce domaine était dès lors assurée tout comme leur prévention, car la menace de la sanction pénale fait effectivement renoncer à certaines tentations. C'est là la double fonction classiquement attribuée au droit pénal.

Compte tenu de son efficacité répressive et de sa force dissuasive, la sanction pénale fut introduite en droit des affaires mais ne tarda à faire l'objet d'une contestation dénonçant son inadaptation et son instrumentalisation en la matière.

Il convient alors d'étudier le contenu du régime répressif en droit pénal des sociétés (chapitre 1) avant de se pencher sur son fondement qui est la responsabilité (chapitre 2).

Chapitre I : Le contenu du régime répressif en droit pénal des sociétés

La sanction, prise dans son acception négative, est « un mal infligé à une personne comme conséquence d'un acte contraire au droit⁸³ ». Présente dans toutes les branches du droit, la sanction revêt une importance particulière en droit pénal dans la mesure où celui-ci a pour objet d'assurer la répression des actes les plus graves.

Cependant, la détermination du but des sanctions constitue une tâche déterminante en droit pénal, car elle peut permettre d'éclairer le justiciable sur le sens de la peine et de fournir des éléments permettant de tracer une frontière entre les sanctions pénales et les sanctions présentées dans les autres disciplines juridiques⁸⁴.

Ainsi, le titre XIV de la loi 17-95 intitulé « dispositions pénales » a été largement modifié et complété par la loi 20-05 qui a supprimé certaines dispositions et expressions, et allégé

⁸³ J.H. ROBERT, *Droit pénal général*, Paris, PUF, 6^{ème} éd. ; 2005, p.54.

⁸⁴ A.C. LEFRANÇOIS, « Les finalités de la sanction en droit pénal », *Les travaux de L'IFR, Mutations des normes juridiques* n° 6, *A propos de la sanction*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso, 2007, p.11.

certaines sanctions, notamment la substitution de peines privatives de libertés par des peines pécuniaires.

Ce titre constitue un véritable droit pénal des sociétés. Le nombre d'infractions susceptibles d'être commises à l'occasion de la constitution, du fonctionnement et de la dissolution et liquidation des sociétés. C'est surtout, aux sociétés par actions et la SARL que le législateur a consacré l'essentiel de son arsenal répressif avec des exigences spéciales si les sociétés font publiquement appel à l'épargne ou si leurs titres sont inscrits à la cote des bourses de valeurs.

Si le droit pénal s'intéresse aux comportements délictueux susceptibles d'être commis par des personnes physiques exerçant une activité commerciale, il s'intéresse d'encore plus près à l'exercice de cette activité par une personne morale.

La société est une construction juridique propice à la commission d'infractions pénales, car elle peut faire office d'écran derrière lequel les dirigeants peuvent se retrancher. Il va falloir chercher de quelle manière le droit pénal des sociétés permet la mise en œuvre de la responsabilité pénale de ses dirigeants, et, ou, de la société distinctement ou cumulativement.

Donc l'étude des aspects pénaux en droit des sociétés (section 1) et les mécanismes de répression en droit pénal des sociétés (section 2) nous paraît une idée saine pour mieux comprendre notre sujet.

Section 1 : Les aspects pénaux en droit des sociétés

Le terme sanction ne sert pas seulement à caractériser la peine qui doit être infligée à celui qui transgresse un commandement, mais s'applique à toutes sortes de conséquences juridiques. Il faut noter qu'à côté d'un concept abstrait très vaste de la sanction subsiste une notion plus concrète, plus proche de l'acceptation originale⁸⁵.

Alors il est important de mettre l'accent sur cette notion (sous-section 1) en essayant de la définir, ainsi que son cadre théorique qui en forme l'armature (sous-section 2).

⁸⁵ Si la nullité est par exemple analysée comme une sanction, on ne dira pas que l'incapable de discernement a été sanctionné pour avoir passé un contrat, alors qu'il n'était pas autorisé par le droit à le faire. De même, on ne dira pas que le co-contractant a été sanctionné, parce que son partenaire a réussi à faire prononcer la nullité d'un contrat pour erreur essentielle.

Sous-section 1 : La notion de sanction : Essai de définition

Selon GESTAZ, la sanction était l'inconnue de droit⁸⁶. On est effectivement frappé par le peu d'effort qu'a été fait par la doctrine juridique pour la définir. Alors que le concept des normes juridiques est au centre des préoccupations des théoriciens du droit, celui de sanction, qui le caractériserait, est resté largement inexploré⁸⁷. Donc, donner une idée sur l'ensemble des définitions de la sanction (paragraphe 1), et la détermination de cette dernière (paragraphe 2) peut nous aider à comprendre le noyau de notre sujet.

Paragraphe 1 : Vue d'ensemble des définitions de la sanction

Bien que le sujet de nos recherches porte spécifiquement sur le droit pénal des sociétés, il est important de définir les cadres théoriques qui en forment l'armature. C'est pourquoi une large partie sera consacrée à la notion de sanction, au-delà même de la branche du droit considérée ici. Donc on mettra l'accent d'une manière successive sur la sanction comme étant une terre inconnue (A) d'un côté, et sur ses principales visions extra-juridiques (B) dans un autre côté.

A- La sanction : *Terra Incognita*

Le droit, pourtant par habitude si avide de classifications et de définitions, ne s'attache que rarement à définir la notion de sanction⁸⁸. Ce terme est employé ponctuellement sans que l'on s'y intéresse directement.

Il en va ainsi de certaines notions pourtant essentielles de notre droit ; elles sont si intégrées, si présentes dans notre système, qu'il nous semble, n'ont pas été réellement définies, un peu comme si cette notion de sanction était innée et faisant tellement corps avec les normes positives, qu'il n'était point besoin de chercher plus avant. En un sens, la fonction a occulté la notion. La sanction présente pourtant une profonde richesse sémantique, et un important particularisme juridique.

La sanction est assurément une notion polysémique. Un dictionnaire courant⁸⁹ n'en recense pas moins de cinq sens : promulgation d'un texte pour le rendre exécutoire, approbation ou consécration, récompense ou châtiment prévu pour l'exécution d'une loi, punition pénale et punition d'une faute ou d'une erreur.

⁸⁶ P. GESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *Recueil Dalloz, Sirey*, chr. XXXII, 197 ss.

⁸⁷ C.A. MORAND, *La sanction*, Travaux CETEL, faculté de Droit, Genève 4, no 36, Mars 1990, p. 2.

⁸⁸ Sauf dans certaines disciplines particulières comme le droit social français, V.art. L. 122-40 du Code de Travail.

⁸⁹ Logos Bordas de 1976.

Il en ressort que la sanction peut avoir un sens plutôt négatif (peine, châtiment), ou positif (récompense, approbation, consécration). Qu'il y a-t-il de commun entre ces deux sens ?

Si l'on s'en réfère à l'étymologie, sanction vient du latin *sanctio*, action de *sancire* qui signifie prescrire, rendre sacré (ou saint). PROUDHON⁹⁰ rappelle à cet égard que la sanction est littéralement le sceau de la puissance législatrice ; violer la loi c'est briser son *scel*. La sanction serait donc une prescription, c'est-à-dire, si l'on met à part le sens juridique de ce mot, un ordre imposé par une autorité supposée d'essence supérieure.

Ce qu'évoque en fait la sanction, c'est l'intervention d'une autorité visant à modifier l'état des choses⁹¹ : bénéfices ou punition, la sanction est un passage d'un état à un autre sous l'action d'un phénomène extérieur, en général autoritaire.

La sanction évoque pour le juriste plus une régression, qu'une progression. Le droit est plus proche du sens de punition que de celui de consécration. Mais ce premier tri ne peut suffire. En effet, le droit en général et le droit des sociétés en particulier permettent l'observation de nombre de situations qui pourraient être intuitivement qualifiées de sanction car elles induisent une idée négative, un « air » de punition⁹². Chaque recul d'un associé dans ses droits pourrait donc être à première vue perçu comme une sanction.

Nous pensons⁹³ donc que cet amalgame tient à plusieurs facteurs : le premier est certainement l'absence de définition juridique de la notion de sanction. La seule considération de l'effet produit par la mesure, sans en étudier la cause véritable peut également conduire à la confusion. Enfin, et surtout, l'assimilation trop rapide entre la sanction et d'autres notions proches telles que la répression, les mesures provisoires ou préventives et l'exécution forcée renforce ce sentiment.

Dans les développements qui suivent, le terme de « mesure » sera employé en vue de créer un lien suffisamment général entre les différentes notions qui seront évoquées, car il est bien entendu que si nous en relèverons essentiellement les différences, il existe entre ces notions de nombreuses similitudes.

⁹⁰ P.J. PROUDHON, *De la justice dans la Révolution et dans l'Eglise*, Paris, Garnier 1858, T III, p. 493-494.

⁹¹ F.MARCIEN écrivait « *Sanctum est quod ab injuria hominum defensum atque munitum est* » C'est-à-dire « Est saint ou revêtu d'une sanction ce qui est à l'abri de l'injure des hommes ». *Digeste* 1, 88.

⁹² Ainsi, dans cette optique, pourrait être une sanction autant la procédure du retrait obligatoire du droit boursier que la suspension du droit de vote d'un actionnaire.

⁹³ L. CROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Thèse en droit privé, U.F.R. Droit des Affaires, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, T I, 1997, p. 3.

B- Les conceptions extra-juridiques de la sanction

L'évocation des visions extra-juridique de la sanction conduit à penser qu'il existe une conception juridique. Cela amène à poser une question sur le critère de la sanction juridique par opposition à d'autres types de sanctions.

Il est possible de mettre l'accent sur deux idées primordiales :

- D'une part, la sanction est juridique quand elle vient en conséquence de la violation d'une norme juridique. Il convient d'entendre alors par norme juridique toute règle consacrée par le droit positif. Toutefois ce premier élément ne peut suffire ; en effet une faute peut, en droit, entraîner une sanction alors même qu'aucune de caractère proprement juridique n'est transgressée.

- D'autre part, la sanction est juridique quand ses conséquences sont juridiquement « quantifiables ». Autrement dit, quand elle va entraîner une modification de la situation juridique d'une personne ou de la force juridique d'un acte. Il y a là un critère plus probant : la sanction juridique est par définition une réalité positive observable et quantifiable⁹⁴. Inversement la sanction morale interviendrait essentiellement au niveau de la conscience humaine. Mais la limite n'est pas toujours si marquée.

En définitive peut-être est-ce la contrainte qui dans un premier temps caractérise le mieux la sanction juridique. En effet, la sanction juridique est la seule susceptible de recevoir une exécution forcée, quand du moins elle ne se confond pas dès l'origine avec la contrainte⁹⁵.

La sanction juridique est donc une mesure ayant des retentissements sur la condition juridique d'une personne ou sur la force d'un acte, prononcée en réponse à la violation d'une règle le plus souvent juridique et susceptible d'être appliquée par voie de contrainte.

Mais l'opposition des différentes conceptions de la sanction ne doit pas être érigée en dogme. De nombreux liens existent entre la sanction dite juridique, morale et philosophique (II), ou religieuse (I), ne serait-ce qu'en raison de la conformation de la norme juridique à l'ordre social qu'elle a pour fonction de régir.

⁹⁴P.JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », 1986, Chron, p. 200.

⁹⁵L. GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Thèse en vue de l'obtention de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, Tome 1, 1997, p.4

I- L'aspect religieux de la sanction

La sanction a toujours fait partie intégrante du concept de justice. Chacun sait, ou du moins s'attend à ce que celui qui commet un mal sera puni d'une manière ou d'une autre.

Les êtres humains sont responsables des choix qu'ils font dans leur vie, tout simplement parce qu'Allah leur a donné la possibilité de choisir entre le bien et le mal et de sélectionner leurs actes. Conséquemment, nul ne peut être puni pour les actions des autres ou pour celles accomplies sous la contrainte ou encore celles effectuées dans un état d'aliénation mentale. Toutes les personnes ont égales en droit et innocentes jusqu'à preuve du contraire. Ce n'est que lorsque la culpabilité est prouvée que la sanction est envisagée.

En droit musulman, la sanction peut être définie comme suit : « la sanction est une punition infligée à l'être humain pour un acte qui va à l'encontre de la législation⁹⁶ ».

Le magistrat et jurisconsulte Abdelkader OUDA, que Dieu ait agréé son âme, explique ce terme de la manière suivante : « la sanction est une punition décrétée pour l'intérêt du groupe contre une désobéissance face à une injonction ou une proscription du législateur⁹⁷ ».

Il existe essentiellement deux types de peines dans la charia, les sanctions établies par Dieu (a) et celles laissées à l'appréciation du gouverneur ou de son représentant (b).

a- La fixation des sanctions par Dieu

« Al Hadd » et « Al Qicac » sont les deux sanctions primordiales qui ont été fixées par Dieu qui feront l'objet de cette partie.

D'abord, en concernant « Al Hadd », cette catégorie inclut des formes de punitions immuables prescrites par Dieu, tirées du Coran et de la Sunna. Ces châtiments appartiennent à Dieu. Ils ont pour but de préserver l'intérêt public et ils ne peuvent en aucun cas être allégés, alourdis ou délaissés uniquement dans les situations exceptionnelles. Parmi ces délits se trouvent : la rébellion ; la consommation de l'alcool ; le vol à main armée ; le vol ou brigandage ; les relations sexuelles illicites ; l'apostasie et les accusations diffamatoires de promiscuité.

Ensuite, on trouve « Al Qicac », cette peine s'applique à un meurtre ou à une agression physique. Si une personne cause un mal physique ou ôte la vie à un autre, le blessé ou la

⁹⁶ A-M. ALA-AD-DOURRI, « *Hachiyat At-Tahawi* », Tome II, p. 288.

⁹⁷ A. OUDA, « *At- Tachria al-jinai al- islami (le code pénal en Islam)* », Tome I, p. 609.

famille du défunt a le droit de se venger. Le Qicac se caractérise par les options qui offre à la famille de la victime : elle peut exiger le châtement, accepter un dédommagement financier⁹⁸ ou pardonner au criminel, ce qui peut l'épargner de la peine capitale. Cette dernière alternative laisse la porte ouverte à la miséricorde et au pardon. Les parties sont par conséquent encouragées à définir leurs arrangements à l'extérieur du système judiciaire, mais le juge doit rester le garant de leur accord.

b- L'appréciation des sanctions par le gouverneur ou de son représentant

« At-Taaziz » est une catégorie comprend tous les autres délits. C'est une peine discrétionnaire c'est-à-dire qu'elle relève de la décision de juge.

Pourquoi Dieu a-t-il lui-même sanctionné certains crimes ? Le droit musulman a pour but d'instaurer la justice et la promotion de la vertu dans une société musulmane qui l'adopte. Des limites claires marquent la frontière entre le licite et l'illicite, et des peines plus ou moins sévères sanctionnent les transgressions. La mise en place de sanctions qui préviennent au mieux les infractions aux lois permet de protéger les obligations sociales qui assurent la cohésion entre les êtres humains.

Sans ce genre de sanctions, la turpitude s'étalerait, la filiation disparaîtrait et personne ne se sentirait en sécurité ni pour ses biens ni pour son honneur. Combattre ces maux par l'autorité divine — autorité suprême — est la seule manière de protéger la famille et conséquemment la société musulmane de la propagation des pires calamités sociales : l'adultère et la diffamation⁹⁹.

Idem pour le vol : celui-ci provoque une peur permanente au sein des foyers. C'est à l'État qu'il incombe de protéger les biens matériels de ses citoyens en appliquant une sanction qui, même si elle paraît sévère, les rassure. Celui qui sait ce qui l'attend en termes de sanction réfléchira à deux fois avant de commettre l'irréparable. Mieux vaut prévenir que punir

Si l'on étudie la politique adoptée par l'Islam pour prescrire les sanctions, on se rend compte que l'Islam vise d'abord à purifier la société des circonstances qui peuvent mener au crime. Un environnement empreint d'une moralité et d'une foi saine doit constituer la norme. Il s'agit d'inciter au bien et de dissuader l'accomplissement du mal en prévoyant de fâcheuses

⁹⁸Le prix du sang.

⁹⁹Al- Wasat, « La sanction en Islam : une protection pour la société », *Portail de référence pour les sciences et la culture islamique*, le 20 juillet 2012.

conséquences à celui qui s'y adonne. En réalité, pousser à accomplir de bonnes œuvres et à délaisser les mauvaises est un des plus grands devoirs du musulman. Le Coran dit en substance : « Ô les croyants ! Observez strictement la justice et soyez des témoins (véridiques) comme Allâh l'ordonne, fût-ce contre vous-mêmes, contre vos père et mère ou proches parents. Qu'il s'agisse d'un riche ou d'un besogneux, Allâh a priorité sur eux deux (et Il est plus Connaisseur de leur intérêt que vous). Ne suivez donc pas les passions, afin de ne pas dévier de la justice. Si vous portez un faux témoignage ou si vous le refusez [sachez qu'] Allâh est Parfaitement Connaisseur de ce que vous faites¹⁰⁰. ».

Ce n'est que lorsque sont rassemblées les conditions sociales idéales que l'Islam prescrit des peines préventives qui s'appliqueraient avec justesse à celui dont le crime ne serait pas raisonnablement justifiées.

En effet, si la société est incapable d'éradiquer une conjoncture propice au crime, ou s'il y a des doutes sur le motif du délit, la peine corporelle ne sera pas appliquée et le gouverneur (ou son représentant) pourra libérer le criminel ou lui infliger une peine plus légère proportionnellement à son degré de responsabilité pour ce geste.

Plusieurs moyens sont mis en œuvre pour éliminer les circonstances pouvant pousser au crime. Une redistribution équitable des richesses constitue la base d'une société saine. Sous le Califat de « Omar IBNOU ABDELAZIZ », la pauvreté avait complètement disparu. L'État musulman a le devoir de soutenir chacun de ses citoyens, quel que soient sa religion, son origine, sa langue ou son statut social. Il se doit aussi d'assurer un travail décent pour tous. S'il manque des emplois ou si l'individu est incapable d'exercer une activité professionnelle, une aide financière lui sera alors versée par la trésorerie publique.

La conception du crime et de la sanction en Islam révèle une fois de plus la grandeur de cette religion. Dans le domaine pénal, l'excellence passe par la rigueur imposée dans les procédures à suivre avant de déclarer une personne coupable et de la condamner.

En fait, toutes les sortes de peines prévues par la Charîaa sont véritablement réformatrices. Elles sont bien plus efficaces en termes de prévention que les systèmes pénaux instaurés uniquement par l'homme, dont l'inutilité a été prouvée et confirmée par la persistance des

¹⁰⁰S.4, *An-Nissâ* (Les Femmes), v.135.

crimes au quotidien. Certains criminels finissent même par s'habituer à la vie en détention et la préfèrent à une vie libre.

Finalement les prisons, surpeuplées, sont devenues de véritables écoles du crime nourrissant les comportements délictueux menant inéluctablement à la récidive. Bref, un cercle vicieux dont il est difficile de s'extirper...

II- Les visions philosophiques et morales de la sanction

Elles sont là aussi nécessairement plurielles. La sanction morale est une sanction de la conscience, c'est-à-dire une sanction qui vient de l'être, de l'intérieur.

Pour le Doyen CARBONNIER¹⁰¹, le droit a pour but le maintien de l'ordre social, alors que la morale vise au perfectionnement intérieur de l'homme. La sanction morale supposerait une autopunition sans manifestations extérieures : la règle morale est intégrée par le sujet, sa violation est reconnue par lui, et la sanction n'est autre que le sentiment d'avoir dérogé à une ligne de conduite. Comme l'explique KANT¹⁰² la sanction juridique et la sanction morale diffèrent profondément car le droit est hétéronome¹⁰³ alors que la morale est autonome¹⁰⁴. Les règles de droit obligent *in foro externo* tandis que les règles morales obligent *in foro interno*.

En raison de la correspondance fréquente des règles morales et des règles juridiques, cette définition de la sanction morale est à relativiser puisque tout d'abord la sanction juridique et la sanction morale se complèteront souvent, et ensuite car la sanction morale pourra obliger *in foro externo*¹⁰⁵.

Pour DURKHEIM¹⁰⁶, la faute provoque un mal non matériel mais avant tout moral ; quelles qu'en soient les conséquences, la faute, en transgressant la règle attendue au sacré, c'est-à-dire à la transcendance de la société. Celle-ci exige donc une expiation sans laquelle le lien social serait menacé. Mais l'expiation pour DURKHEIM n'implique pas nécessairement la souffrance, et son essence étant d'ordre symbolique, elle doit simplement rappeler au coupable le sacré de la règle. La souffrance n'est qu'une expression de la réprobation. Tout

¹⁰¹J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, Thémis, n°3 : V. aussi RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1^{ère} éd., 1972.

¹⁰²E. KANT, *Doctrine du droit, métaphysique des mœurs : introduction générale*, 1797.

¹⁰³Nul ne peut être à la fois juge et partie.

¹⁰⁴Chacun est son premier et propre juge.

¹⁰⁵Prenant à titre d'exemple la réprobation des tiers.

¹⁰⁶E. DURKHEIM, *L'éducation morale*, PUF, p. 147.

est donc ramené au symbolisme dans cette conception : toute transgression est symbolique et la sanction doit également l'être.

Les différentes analyses philosophiques de la sanction juridique se sont essentiellement développées à propos de la sanction pénale. Ainsi existe-t-il une vision absolue de la sanction qui veut que toute faute soit punie¹⁰⁷.

Cette vision est illustrée par KANT¹⁰⁸ dans une parabole : une communauté vivant en autarcie sur une île, et devant la quitter, prendrait tout de même le soin de juger ses criminels encore enfermés dans ses geôles, avant de partir, cela par simple souci de justice.

Dans une conception plus moderne, la sanction serait une rétribution par la société. La rétribution peut être morale, à savoir que le mal doit être compensé par le mal puisque la violation est essentiellement une violation d'ordre éthique¹⁰⁹.

La pensée hégélienne¹¹⁰ se rattache plutôt à la théorie de la rétribution juridique pour laquelle la sanction est une réponse ou une affirmation de l'autorité étatique contre la rébellion de l'individu face à la loi. Dans cette vision, empreinte de positivisme, la sanction est l'aboutissement d'un raisonnement dialectique dans lequel la thèse serait la loi ou l'ordre juridique, l'antithèse sa violation et la synthèse la réaction punitive de l'autorité étatique.

Gros au modo, ces analyses de la notion de sanction au travers de disciplines non-juridiques ne sont pas sans intérêt puisque la règle de droit émane d'une société conditionnée par des références morales, philosophiques et religieuses, et qu'en conséquence la norme juridique ne peut se comprendre sans ces bases.

Paragraphe 2 : La détermination intrinsèque de la notion

Après avoir illustré le lien primordial existant entre la sanction et la norme juridique, nous ferons d'abord illustration des états de définitions¹¹¹ théoriques (a), ensuite le résultat de cette diversité des significations (b) afin de proposer celle qui nous paraît la plus adaptée (c).

¹⁰⁷ *Punitur quia peccatum est.*

¹⁰⁸ E. KANT, *Doctrine du droit, métaphysique des mœurs : introduction générale*, op.cit.

¹⁰⁹ A rapprocher de la vision de DURKHEIM.

¹¹⁰ G.W.F. HEGEL, *Principes de philosophie du droit*, 1821, § 220.

¹¹¹ C.H. MORAND, « La sanction », *Arch. De philosophie du droit*, 1990, p. 293. L'auteur conclut, après avoir passé en revue et critiqué les visions positivistes et sociologiques de la sanction, que ce concept est utilement nocif, et qu'il n'a été créé que sous l'impulsion idéologique de l'affirmation de l'autorité étatique, par le biais de la contrainte notamment. Ne parvenant pas à intégrer l'ensemble des nullités et des cas de responsabilité dans la définition « d'effet juridique de la violation d'un

A- La sanction comme critère de la norme juridique

On ne peut parler de sanction sans évoquer un débat classique qui peut se résumer à une question simple : la règle juridique conditionne-t-elle la sanction ou bien inversement c'est la sanction qui caractérise un système normatif?

Traditionnellement, on dit que la sanction étatique serait le critère de la norme juridique en opposition à la norme morale ou religieuse. Cette opinion émane du courant positiviste. Le propre de la règle de droit serait d'être sanctionnée ou susceptible de l'être par l'autorité étatique. Certains auteurs¹¹² pensent d'ailleurs que l'on renverse ici le raisonnement. Pour eux la sanction ne caractérise pas la règle juridique mais c'est la règle juridique, parce qu'elle est telle, qui entraîne la sanction étatique.

D'autres¹¹³ pensent que la sanction est la spécificité de la règle de droit, mais pas toute sanction ; la règle de droit se caractérise par le fait qu'elle est garantie par une sanction socialement organisée, la sanction étatique.

Quelle est aujourd'hui la pertinence de ce débat qui ressemble fort à la dialectique de la poule et de l'œuf ? Outre le fait qu'il existe des arguments valables dans les deux sens, l'intérêt de cette discussion se limite à reconnaître qu'il existe un lien primordial entre la règle juridique et la sanction juridique¹¹⁴. JHERING¹¹⁵ écrivait ainsi qu'une règle de droit dépourvue de contrainte juridique est un non-sens.

Un exemple de ce lien se trouve dans la théorie de l'obligation naturelle, obligation morale par essence et ne devient « sanctionnable¹¹⁶ » qu'en atteignant le « seuil du juridique », à savoir la qualification d'obligation civile.

devoir », il prophétise de manière très pessimiste la disparition du terme sanction du vocabulaire juridique. Cité par L. GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, op.cit. p. 7.

¹¹² M. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 2^{ème} éd., n°27, 1994. V. aussi, B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, Thèse en droit privé, Paris II, LGDJ Bibl, Tome 234, p.548. D'après ce dernier auteur, la sanction n'est pas un critère du caractère juridique d'une obligation. L'obligation d'honneur est ainsi dépourvue de sanction, judiciaire du moins.

¹¹³ B. STARCK, *Introduction générale au droit*, Litec., Par ROLAND et BOYER.

¹¹⁴ C'est-à-dire qui induit l'idée de contrainte.

¹¹⁵ R.V. JHERING, *L'évolution en droit*, Traduction de ZWECK *Im RECHT*, 3^{ème} éd., Par O. DE MEULENAERE, Paris, 1901, p. 216.

¹¹⁶ Dans ce contexte le terme « sanctionnable » signifie « qui peut être sanctionné » est un néologisme destiné à éviter une lourdeur de style, et dont notre lecteur voudra bien ne pas nous tenir rigueur.

B- Le constat de pluralité des significations

Après avoir mis l'accent sur le rôle primordial de la sanction dans les sciences juridiques, il est opportun de braquer les lumières sur son sens en droit pénal (I) ainsi que sur sa définition théorique en la matière.

I- La sanction a-t-elle un sens propre en droit pénal ?

Si le couple règle-sanction semble étroitement lié, cela est encore plus net en matière pénale où ces deux éléments sont quasiment confondus. Le droit pénal est un droit de sanction avant tout¹¹⁷.

Si elle n'a pas de prime abord un sens propre en droit pénal, force est de reconnaître que dans ce domaine plus que dans d'autres, la sanction est attachée à la règle juridique. La finalité propre de cette branche du droit est la définition des infractions et de la peine qui leur est applicable. Le droit pénal est donc comme son nom l'indique un droit d'incrimination et de sanction.

On peut dire que les sanctions pénales sont majoritairement classées en trois groupes : les peines attentatoires aux patrimoines (Exp : amendes, confiscations des biens) ; les peines privatives de liberté (Exp : réclusion, emprisonnement, détention, interdiction de séjour) ; et les mesures de sûretés personnelles et réelles.

Bien qu'elles tendent à se diversifier de façon contemporaine, les sanctions pénales demeurent distinctes des sanctions rencontrées en droit privé *stricto sensu*, ce qui n'empêche pas le droit pénal de pénétrer fortement le droit des affaires. Prenant à titre d'exemple, certaines incapacités d'exercice ou bien l'inéligibilité sont des sanctions que l'on trouve autant en droit pénal que dans les procédures collectives (faillite personnelle). La sanction pénale est traditionnellement afflictive, elle touche le délinquant en des « points sensibles » ; sa vie, sa liberté, ses droits, son patrimoine et sa réputation (Exp : pour les personnes morales la publication des décisions de condamnation)..

Il est également très intéressant de prendre en considération que le droit pénal sanctionne le comportement de l'homme par rapport au groupe social dans lequel il s'insère, et que le parallèle peut être fait avec la place de l'associé par rapport à la société : de même que le droit pénal a connu et connaît encore des peines qui retirent des droits civils et civiques, le droit des

¹¹⁷M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Ed., Gallimard, Février 1975.

sociétés tend de manière contemporaine à multiplier les sanctions touchant aux droits des associés.

Néanmoins le critère de la sanction pénale, qui pouvait être rattaché au contenu même de la sanction, tend à être remis en cause. Dans le cadre de la responsabilité pénale des personnes morales, la sanction pénale de dissolution est apparue. On peut alors se demander où est la différence entre la dissolution consécutive à l'annulation « civile » du contrat de société et la dissolution « pénale ».

De manière identique, certaines sanctions administratives sont assimilées à des sanctions pénales en leur caractère punitif, ceci afin de les soumettre à un régime d'application commun. Le critère de la sanction pénale se reporterait donc sur la règle violée plus que sur la sanction elle-même. Serait pénale la sanction prononcée en application d'une règle pénale c'est-à-dire la sanction d'une infraction. En tout état de cause, seules les juridictions répressives prononcent des sanctions pénales, ce parallélisme ne se vérifiant pas pour les juridictions non répressives et les sanctions civiles¹¹⁸.

II- Les définitions théoriques de la sanction

L'idée la plus importante est que le droit a une finalité d'organisation sociale et que la sanction vient à l'appui de son caractère obligatoire. La sanction possède un rôle primordial car elle contribue et garantit l'application du droit objectif ainsi que l'exercice des droits subjectifs. Le couple formé par le droit et la sanction est inséparable dans tout système juridique, et Hobbes¹¹⁹ ne s'y trompait pas quand il affirmait que « sans la sanction le droit ne serait qu'une leçon ou un conseil ».

Dans le même sens M. JESTAZ¹²⁰ voit dans la sanction, de manière fonctionnelle, la « porte mystérieuse par où le droit pénètre dans le réel ». La sanction mettrait la norme juridique en prise sur la réalité, et lui permettrait ainsi de se distinguer de la norme morale ou religieuse. Cela met en évidence, par une image particulièrement pertinente, le caractère abstrait de la règle de droit non sanctionnée, voire même son inexistence.

¹¹⁸ Avec la possibilité reconnue aux juridictions répressives de se prononcer sur l'action civile de la victime.

¹¹⁹ T. HOBBS, *Covenants, without the swords, are but words*, Leviathan 2ème partie, Chapitre 17.

¹²⁰ JESTAZ, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D., 1986 chron. 197. L'auteur voit dans la sanction un mot à sens multiples : la sanction est autant la consécration d'une règle par l'ordre juridique (on parlera d'une règle jurisprudentielle sanctionnée par le législateur ou d'une obligation sanctionnée par la jurisprudence), que le « tarif » d'une règle (prix à payer au cas d'inobservation de la loi), ou encore la mise en œuvre autoritaire de la règle (contrainte).

M. RIVERO¹²¹ note de manière similaire que c'est la sanction « qui fait passer la règle de l'Ethique au droit ». La sanction garantit donc le caractère obligatoire de la règle de droit. Cette situation, écrit M. GHESTIN¹²², provient de l'Etat ou du moins serait mise en œuvre sous son contrôle.

Ces différentes analyses, si elles ne s'attachent pas toujours à définir la sanction au plan de ses éléments intrinsèques, mettent en avant le caractère indissociable de la règle de droit et de la sanction. Elles montrent également le caractère nécessairement « étatique » de la sanction¹²³, caractère remis en cause dans l'évolution étudiée en droit des sociétés. Cette idée conduira au débat sur la justice « privée¹²⁴ » et plus spécifiquement sur la possibilité ou non pour les associés ou les autorités administratives de se substituer ici à la fonction originellement étatique.

Aussi selon TERRE¹²⁵, dans un premier temps que le terme de sanction, pour fréquemment utilisé qu'il soit, n'est pas clairement défini et n'a pas de sens univoque. Ainsi, si l'idée de punition est première, la sanction signifie aussi en droit la « mise en œuvre des règles juridiques ». Dans un sens plus précis l'auteur y voit les conséquences que le droit attache au non-respect de ses prescriptions.

La tendance doctrinale est aussi à rechercher une classification des sanctions plutôt qu'une définition intrinsèque de cette notion. Ainsi STARCK¹²⁶, sans réellement définir le sens du mot, paraît en retenir une définition assez large et met en place une classification quadripartite que l'on retrouve souvent. Pour lui les sanctions se répartissent entre les sanctions-exécution (saisie, exécution *manu militari*, astreinte...), les sanctions-réparation c'est-à-dire l'indemnisation et la restitution, les sanction-répression (peines publiques et peines privées), et enfin les sanctions-inhibition (nullité, caducité, prescription, résolution, inopposabilité, clauses réputées non écrites et résiliation).

Ainsi d'après MIAILLE¹²⁷ cherche à détacher la sanction de l'idée de simple répression et la définit comme la « prise en compte formelle par le droit ». Il faut regretter ici que la définition

¹²¹ J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », Mélanges Raynaud, 1985, p. 675.

¹²² J. GHESTIN, *Introduction générale au droit*, LGDJ.

¹²³ Qui provient de ce que seul l'Etat a directement ou indirectement le pouvoir de contrainte sur l'individu.

¹²⁴ J. BRISSET, *Quelques perspectives historiques sur la règle « Nul ne se fait justice à lui-même »*, Archives de Philosophie du droit, 1976, p. 205.

¹²⁵ F. TERRE, *Introduction générale au droit* ; Précis Dalloz, 2^{ème} Ed., n° 603.

¹²⁶ P. STARCK, *Introduction général au droit*, *op.cit.*

¹²⁷ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, 1976, p. 100.

perde en précision ce qu'elle gagne en ouverture ; on retrouve néanmoins là l'idée évoquée par JESTAZ de pénétration de la norme dans le réel.

Après avoir noté la récurrence de l'idée de sanction, JEAMMAUD¹²⁸ la définit comme « un mal, ou au moins un désagrément, infligé par l'autorité sociale instituée c'est-à-dire l'appareil de l'Etat, comme réaction à la violation de la règle ».

D'après cette liste des définitions de la sanction, on peut dire que la plus judicieuse est celle qui conçoit la sanction d'une manière suffisamment large et précise, apparaît sous la plume du Professeur M. VIRALLY¹²⁹ qui la définit comme « toute atteinte portée à la situation juridique d'un sujet de droit, soit par constitution d'obligations, soit par déchéance de droits, en conséquence de la violation d'une obligation ».

C- L'hypothèse retenue : une mesure de traitement d'une illicéité

Deux idées, issues du sens commun, ressortent en premier lieu : celle de punition et celle de faute, ces deux notions apparaissant très liées.

En effet, la sanction est au sens premier la punition d'une faute. Plus justement que l'idée de punition, on peut avancer que la sanction, sous l'angle de son « résultat », est un traitement, une transformation, une réaction impliquant une intervention extérieure visant à corriger un phénomène.

L'idée de traitement semble plus riche que celle de punition car elle signifie que la sanction vise des objectifs plus vastes. Le mot traitement est synonyme de l'idée de réponse globale à un problème.

De même l'idée de faute présente un sens spécifique qui lui a été attribué par le droit de la responsabilité civile¹³⁰. Cette acceptation ne permettant pas de rendre compte de l'ensemble des situations, nous pouvons admettre que la sanction vue sous l'angle de son « fait générateur » est la conséquence d'une transgression, d'une violation ou de manière encore plus générale d'une situation illicite. L'illicéité sera donc l'une des caractéristiques majeures de la sanction.

¹²⁸ M. MIAILLE, *La règle de droit comme modèle*, n° 22 s, D. 1990 chron, p. 199.

¹²⁹ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 68.

¹³⁰ Il est d'ailleurs très intéressant de remarquer que la sanction est le plus souvent fondée sur la faute *lato sensu*, mais qu'elle peut aussi être fondée sur la notion de risque, à l'instar de la responsabilité civile. Ainsi certaines mesures dites provisoires sont prises en considération du risque d'illicéité que fait courir une situation.

Après une première requalification des concepts, le couple punition/faute se mue celui de traitement/illicéité.

Ces deux termes, traitement et illicéité, ou certains de leurs synonymes, apparaissent comme des éléments incontournables de la définition recherchée. Sont-ils dissociables et peuvent-ils indépendamment suffire à définir la sanction ? La réponse à cette question est dépourvue d'ambiguïté : ni le fait générateur (l'illicéité), ni le résultat obtenu (le traitement) ne permettent de définir isolément la sanction.

En effet, la transgression, la situation illicite seule ne caractérise pas la sanction.

- *Primo*, l'illicite ne génère pas obligatoirement une sanction ; toute illicéité n'entraîne pas forcément de réaction du droit positif. Non seulement parce qu'il peut exister des situations non prises en compte par le droit¹³¹, mais également car la sanction n'a que rarement un caractère automatique ou encore se heurte parfois à des obstacles dans sa mise en œuvre.
- *Secundo*, l'illicéité peut générer une réaction positive autre qu'une sanction : dire que la sanction serait une « réaction » du droit face à une transgression n'est pas suffisant car il est des réactions du droit positif consécutives à une transgression qui ne sont pas des sanctions : l'obligation de réparer un dommage en est un exemple, même si cela nous renvoie en fait à la distinction relative entre la sanction et la réparation.

On peut affirmer par exemple que toute diminution de droits est sanctionnatoire. Une même situation pour un associé peut être une sanction ou encore une conséquence subie d'une opération à laquelle il n'a pas pris part : l'exclusion par exemple peut parfaitement trouver sa source dans une faute de l'associé, comme dans une restructuration du capital social (prenant le phénomène du « coup d'accordéon¹³² »), ou encore dans tout autre phénomène. Dans cet exemple précis, on ne peut donc affirmer que l'exclusion est une sanction.

¹³¹ C'est-à-dire en fait des champs non sanctionnés.

¹³² H. HOVASSE, L'opération « coup d'accordéon » indispensable pour assurer la pérennité de la société ne porte atteinte ni à l'intérêt commun des associées, ni au droit de propriété des actionnaires », note sous Com., 18 juin 2002, *Bull.* 2002, IV, n° 108, p. 116, in : *La semaine juridique*, Ed. générale, n° 47, 20 novembre 2002, Jurisprudence, II, 10180, p. 2082-2085. ; V. aussi, S. SYLVESTRE-TOUVIN, Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital, 2003, Editeur Presses universitaires d'Aix-Marseille III ; V. également A. VIANDIER, Une opération de « Coup d'accordéon » effectuée pour éviter un dépôt de bilan n'est contraire ni à l'intérêt social ni à l'intérêt commun des associés, note sous Com., 18 juin 2002, *Bull.* 2002, IV, n° 108, p. 116, *Semaine juridique, Entreprise et affaires*, n°43-44, 24-31 octobre 2002, jurisprudence, n° 1556, p. 17-28-1730.

En France, l'explication pourrait ici tenir dans la définition même de la société qui est donnée par l'article 1832 du code civil¹³³, laquelle induit l'idée de risque financier. L'épée de Damoclès¹³⁴ que constitue l'obligation de contribuer aux pertes peut entraîner un recul de l'associé dans ses droits propres, voire sa spoliation pure et simple, pour des raisons économiques, et ceci sans qu'aucune transgression juridique n'intervienne directement. On pourra parler dans ce cas de « sanction de la mauvaise gestion » de la société, mais le terme sort là de son acception juridique.

La conjonction des deux éléments serait en définitive indispensable afin de constituer un tronc commun de définition de la sanction. Ainsi la sanction supposerait : d'abord, une situation illicite, ensuite une réaction qui en serait la conséquence, le plus souvent issue du droit positif, et formalisée par une mesure de traitement ou de transformation.

L'amorce de définition ainsi obtenue mérite d'être encore précisée notamment concernant l'objet même de la mesure de traitement, c'est-à-dire de l'aspect technique de la mesure. La mesure ou la réaction s'exerce de manière positive à l'encontre de droits, de biens ou d'actes impliqués dans la situation illicite sanctionnée.

Le premier point qu'il convient de noter est le caractère juridique de l'objet de la sanction. La sanction est la réaction à la transgression d'une règle juridique, elle s'exprime donc à un niveau juridique, par une diminution des droits du sujets¹³⁵ ou de l'efficacité juridique d'un acte.

On perçoit la difficulté de définir de façon uniforme l'objet de la sanction. Comme le note JEAMMAUD¹³⁶ « si les diverses modalités regroupées sous le vocable de sanction juridique entretiennent quelque rapport avec les idées de contrainte ou de coercition, l'intensité de ce rapport est fort variable et cette catégorie générique paraît manquer d'unité. Quelles similitudes existe-il entre la nullité d'un acte juridique, qui évoque l'échec d'une opération, et une peine ou la condamnation à verser des dommages intérêts ? ».

¹³³ Il a été modifié et complété par la loi n°85-697 du 11 juillet 1985-art. 1 JORF 12 juillet 1985 rectificatif JORF 13 juillet 1985.

¹³⁴ De la mythologie grecque D'après la légende grecque, Damoclès était un courtisan du roi Denys l'Ancien, qui flattait souvent le monarque à propos de ses richesses et du bonheur attaché à sa condition. Pour faire comprendre à Damoclès combien ce bonheur était précaire, le roi l'invita un jour à un banquet. Damoclès était attablé, une épée suspendue au-dessus de sa tête ; mais cette épée , 'était retenue que par un crin de cheval. C'est pourquoi l'on parle d'une « épée de Damoclès » pour décrire une situation périlleuse ou pour évoquer des circonstances particulièrement risquées.

¹³⁵ Droits propres ou bien droits sur son patrimoine.

¹³⁶ A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », n° 22, D. 1990, chron.,p. 199.

En adaptant cette remarque au droit des sociétés, on ne peut constater que la sanction est une réalité polymorphe qui recouvre en fait de son caractère illicite présent invariablement un aspect négatif. Juridiquement, la situation considérée postérieurement à l'intervention sanctionnatrice du droit est en retrait par rapport à l'état antérieur.

Toute sanction vient retirer, amoindrir, diminuer, suspendre, refuser, prendre, en un mot atteindre. La sanction fait grief aux droits de la personne sanctionnée. La sanction est une atteinte. Mais quel est l'objet juridique atteint par la sanction ? En quête d'unité dans la définition de la sanction, on pourrait décrire de manière générique la sanction comme l'atteinte à un droit. Mais cela paraît trop réducteur. On ne peut ainsi en effet concevoir la nullité ou d'une façon plus générale les sanctions qui touchent à un acte. La nullité frappe un acte et non un droit sauf à considérer que la nullité est la suppression du droit pour tout intéressé de se prévaloir de l'acte concerné, ou plus précisément la suppression des droits subjectifs nés de l'acte juridique.

Cette dernière idée, sans être contestable, ne nous semble pas être l'exact reflet de la diversité des situations. La nullité d'une société porte atteinte au premier plan à l'acte juridique et à la personne morale qui en naît. Cette sanction aura certes des incidences sur les droits subjectifs des associés, mais à un degré qualifié de secondaire. L'objet principal de la sanction n'est pas l'atteinte à ces droits subjectifs. Nous préférons donc consacrer une optique dualiste et considérer que la sanction porte atteinte soit à un acte, soit à un droit.

La sanction a été donc appréhendée sous trois aspects essentiels s'agissant de :

- D'abord la cause (l'illicéité) : L'illicite doit être distingué de l'illégal. Une sanction est illicite chaque fois qu'une norme est violée, mais il faut alors s'entendre sur le sens du mot norme. Si la norme est considérée au sens matériel, c'est-à-dire la loi *lato sensu*, illicéité et illégalité ne font qu'un. Si au contraire on considère la violation de normes non écrites, de principes généraux¹³⁷, l'illicéité a un sens plus large. L'illicéité postule toutefois une juridicité minimale de la norme violée : ainsi la violation d'obligations morales ou naturelles reste en dehors du champ de notre étude.

Quels sont les rapports entre l'illicéité et la transgression ? Transgresser signifie aller au-delà de, franchir la « frontière » entre le licite et l'illicite. La transgression serait le passage d'une situation non sanctionnée à une situation qui peut être sanctionnée. Cela n'est que

¹³⁷ Exemple de l'abus de droit ou de la fraude.

partiellement vrai dans la mesure où toute illicéité n'entraîne pas, du fait de l'imperfection de notre système¹³⁸ de sanction.

On peut alors dire que la transgression est le passage d'une situation qui n'appelle pas de réaction à une situation qui devait en appeler une.

- Ensuite la fonction autrement dit un traitement : La sanction se définit comme une mesure de traitement. Ce terme implique en premier lieu que l'on considère la sanction comme une réaction juridique face à une situation illicite. La réaction s'entend de la mise en œuvre de moyens propres à faire face, à traiter la situation illicite. Les moyens existent en général préalablement à la transgression et l'on ne concevrait pas de créer une sanction spécifiquement pour punir un comportement passé, en raison du respect dû aux principes de sécurité juridique et de légalité des délits et des peines.

La mise en œuvre, c'est-à-dire la réaction proprement parlée pose le principe d'un comportement positif d'une autorité ou d'une personne en vue de sanctionner. Cela nous rapproche de l'idée qu'il n'existe pas véritablement de sanctions automatiques¹³⁹. De même quand un comportement illicite est connu ou révélé, sa sanction nécessite toujours d'être mise en œuvre, ce qui dépendra de plusieurs conditions (qualité du demandeur, conditions propres à la technique adoptée).

Cependant, pourrait-on concevoir des sanctions qui « auto-agissent », des mécanismes qui réduisent à néant l'illicite sans intervention extérieure. Outre la référence à la sanction morale qui agit du for intérieur, on pense ici au phénomène des clauses réputées non écrites¹⁴⁰.

Donc on peut dire que le mot traitement implique en un sens la polyvalence de la sanction, c'est à dire la constatation qu'elle remplit plusieurs fonctions simultanément : punition, rétribution, expiation, dissuasion, solution et éventuellement réparation.

Gros au modo, la sanction optimale est donc un tout, même si force est de reconnaître que la plupart des sanctions positives ne remplissent pas l'ensemble de ces fonctions, la majorité étant seulement punitives ou réparatrices.

¹³⁸ L. GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, op.cit., p. 16.

¹³⁹ On parle parfois de sanctions automatiques en ce sens que le juge est obligé de les prononcer, mais cela nécessite que ledit juge soit saisi de la situation illicite, c'est-à-dire qu'un comportement actif d'un demandeur à la sanction ait précédé, ou du moins qu'une personne ait porté les faits à la connaissance du magistrat ou de l'autorité poursuivante.

¹⁴⁰ L. GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, op.cit., p. 125.

- Enfin l'objet (un droit ou bien un acte) : D'abord commençant par l'atteinte, on peut dire que ce vocable qui permet de regrouper les notions de suppressions, limitation, privatisation, suspension, réduction, condamnation, annulation, refus, inclus également tous les degrés que la sanction peut connaître. Quelle que soient ses modalités ou sa gravité, toute sanction est une atteinte pour celui qu'elle concerne. L'atteinte est le mal de la sanction, ce désagrément nécessaire sans lequel elle n'existe point.

Il convient alors d'insister sur la connotation négative importante de ce mot qui vient traduire l'aspect moral de la sanction. Une sanction va entraîner un recul, un retrait, c'est à dire régression du sujet dans ses droits. C'est exactement l'inverse d'une gratification¹⁴¹. Il peut s'agir autant d'une régression de la personne juridique dans ses droits, que d'une non-promotion de celle-ci. En d'autres mots, la sanction au sens auquel nous l'entendons, c'est autant le recul que la stagnation.

Ensuite s'agissant des droits, le mot est entendu dans un sens large qu'il est impératif de définir. On va se rapprocher de la définition des droits subjectifs au sens de droit prérogative¹⁴². Ce qui caractérise la sanction c'est avant tout la disposition d'un droit subjectif sans le consentement de son titulaire¹⁴³.

D'après GHESTIN¹⁴⁴ définit les droits subjectifs comme « la restriction légitime à la liberté d'autrui, établie par la norme objective en faveur du sujet qui bénéficie ainsi d'un domaine réservé pour exercer ses pouvoirs. Pour TERRE¹⁴⁵, il s'agit de prérogatives (intérêts) consacrés par le droit objectif au profit des sujets de droit. Les droits subjectifs seraient à distinguer des pouvoirs, qui sont également des prérogatives, mais permettent de faire prévaloir des intérêts différents des siens propres (en permettant l'engagement d'autrui notamment).

Les droits tels que nous les entendons dans la définition retenue, vont inclure autant les droits patrimoniaux réels ou personnelles (condamnation pécuniaire, atteinte au droit aux dividendes...) qu'extra-patrimoniaux (vote, participation, appartenance à la société, pouvoirs).

¹⁴¹ Même si l'on peut dire dans le langage courant qu'une gratification vient « sanctionner » des efforts par exemple.

¹⁴² J. L. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 ; J.J ROUBIER, *Droit subjectif et situation juridique* ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Thèse en droit privé, Paris II, 1985, p. 233.

¹⁴³ Telle est du moins la vision prédominante dans laquelle la sanction est infligée par une autorité. La sanction pourra parfois être auto-infligée (cas de la grève par exemple) : elle poursuit alors un tout autre objectif, puisqu'elle touche la victime de l'illicéité et non pas son auteur.

¹⁴⁴ J. GHESTIN, *Introduction générale au droit*, op.cit., n°163.

¹⁴⁵ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op.cit., n°259 s.

Mais une condamnation pécuniaire peut-elle se définir comme une atteinte à un droit ? En effet, il s'agit avant tout de l'atteinte au patrimoine et précisément à un bien. Il faut donc recourir à la théorie générale du patrimoine pour comprendre s'il est réellement impropre de qualifier une condamnation pécuniaire d'atteinte à un droit.

Sur cette question de la différence entre droits et biens, le raisonnement du Doyen CARBONNIER¹⁴⁶ est le suivant : le patrimoine est la réunion des biens ayant le même propriétaire et des droits ayant le même titulaire. Il inclut des droits réels et personnels. Les droits personnels sont les droits de créance. Les droits réels sont les droits d'une personne sur un bien, c'est-à-dire le pouvoir juridique qu'a une personne d'en retirer les utilités économiques.

Si l'on considère que la chose se confond avec le droit sur la chose, il n'est pas nécessaire de différencier les biens et les droits. Les biens incorporels sont des droits subjectifs. Les biens et les droits sont en définitive des notions imbriquées. L'atteinte à un bien (suppression, réduction de sa substance) est donc l'atteinte à un droit réel c'est-à-dire « au pouvoir d'en retirer les utilités économiques ».

Ce raisonnement contribue à unifier la définition de la sanction. Donc nous nous gardons du mot « droit » une définition suffisamment large pour y inclure autant la notion de pouvoir que celle de bien. Sommes-nous encore dans le cadre de la définition des droits subjectifs ? Tout dépendra de l'acception que l'on peut en avoir et tous les auteurs ne sont pas d'accord sur le contenu de cette notion. Si l'on se borne à dire que sont des droits subjectifs les prérogatives reconnues aux sujets de droit par le droit objectif, nous restons sans conteste dans le cadre de cette définition.

L'atteinte à l'efficacité d'un acte (cas de nullité) peut être également mise en lien avec l'atteinte portée à un droit subjectif. En effet, les droits que chacun peut retirer d'un acte juridique sont des droits subjectifs ; dès lors, l'inefficacité de l'acte vicié porte atteinte à des droits subjectifs de manière indirecte. Mais là n'est pas l'objet premier de la sanction.

Sous-section 2 : Le cadre théorique formant l'armature

Cet effort de définition , conduira ensuite à s'interroger sur la différenciation de la sanction avec d'autres notions voisine (paragraphe 1) dans un premier lieu, avant de poser la question

¹⁴⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, Tome III, Collection Thémis, P.U.F.

sur les caractères puis lesens donné au renouvellement de la sanction en droit pénal des sociétés (paragraphe 2) dans un deuxième lieu.

Paragraphe 1 : La distinction de la sanction avec d'autres notions

Telle que définie précédemment, la sanction doit également être différenciée (A) d'autres notions parfois proches (B). Notre objectif n'est pas ici d'opposer des concepts par ailleurs liés, mais de définir le domaine propre de chaque notion.

A- Les situations distinctes

Il convient en premier lieu de différencier les situations qui engendrent une perte de droits, une atteinte, mais qui ne sont pas la conséquence d'une transgression. Ace titre nous pouvons citer :

- Les mesures venant en conséquence automatique d'une situation licite choisie par l'actionnaire. L'autocontrôle est ainsi parfaitement licite mais les actions d'autocontrôle sont privées du droit de vote¹⁴⁷. Est-ce une sanction ? La réponse est manifestement négative, car il n'y a pas de transgression ni de situation illicite. L'autocontrôle est licite, mais il emporte des conséquences sur les pouvoirs conférés par les titres ainsi détenus.

Au même rang des options prises par l'associé et pouvant le conduire à une privation de droits, on peut citer le jeu de clauses dites texanes (ou clauses d'offres concurrentes) en vertu desquelles une partie peut être contrainte de céder sa participation si elle ne veut pas acquérir celle de son contractant. La situation contractuelle, consentie, peut aboutir à l'exclusion pure et simple d'un actionnaire, exclusion « programmée » mais qui ne découle d'aucune violation de norme puisqu'elle provient justement de l'exécution du pacte.

- Les mesures venant en conséquence d'une opération ou situation subie par l'actionnaire ou l'associé. Dans l'hypothèse précédente, c'est le caractère consenti de la situation qui nous amenait à écarter le qualificatif de sanction ; ici, la privation est subie et ne trouve sa source dans aucune faute, dans aucune violation de normes, dans aucune transgression donc.

Les principaux exemples sont constitués d'hypothèses de privation du droit de faire partie de la société, c'est-à-dire des cas d'exclusion des associés. Ainsi l'exclusion consécutive à un

¹⁴⁷ Art. 359-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

« coup d'accordéon » n'est-elle fondée que sur des considérations de restructuration économique et financière de l'entreprise et ne résulte pas directement de l'attitude des actionnaires.

De manière identique, le retrait obligatoire ne peut être considéré comme une sanction : on pourrait même y voir un mode de sortie honorable pour des actionnaires ultra-minoritaires à la suite des mouvements du capital. Il s'agit d'une sortie compensée (par le rachat des titres au terme d'une procédure très protectrice des actionnaires objet du retrait forcé), mais il s'agit d'une sortie non délibérée puisqu'elle vient justement permettre le rachat des titres non présentées lors de l'offre publique de retrait. L'attitude des actionnaires n'est pas à l'origine de leur exclusion : il ne peut donc s'agir d'une sanction. On pourra d'ailleurs ici nous contester l'emploi même du terme d'exclusion.

On pourrait alors citer quelques exemples : retenons que ce qui fait défaut ici c'est la cause de la sanction, à savoir la transgression, l'illicéité de la situation : les hypothèses étudiées ci-dessus font apparaître soit un choix d'une situation, soit des avatars, mais pas de sanction.

L'expression de sanction de la gestion est aussi couramment employée. Elle évoque la relation entre les dirigeants et les associés, et spécialement le pouvoir de ceux-ci de révoquer les premiers. Quand la gestion revêt un caractère illicite, fautif, la sanction en est juridique (responsabilité, révocation pour justes motifs, déchéances et interdictions...) ; quand la gestion est simplement jugée mauvaise, inefficace, quand les actionnaires n'accèdent pas à la rentabilité souhaitée, aucune illicéité n'étant à mettre sur le compte des dirigeants, la sanction de la gestion prend d'autres formes : révocation *ad nutum*, pressions exercées par le biais de campagnes d'information destinées à montrer du doigt la gestion de la société. Ici, l'élément causal fait défaut ; la sanction ne repose sur aucune base objective, faute d'obligation préexistante violée.

Néanmoins la limite peut être plus délicate à percevoir qu'il n'y paraît. L'illicéité se conçoit en effet par rapport à la violation de normes *lato sensu*. Elle relève donc par définition d'un concept à géométrie variable. Que l'on mette à la charge des dirigeants de sociétés une obligation de prudence et de diligence, qui s'entende comme d'assurer une rentabilité satisfaisante aux titres des actionnaires, et tout manquements à cette obligation pourra être sanctionné sur le fondement de la responsabilité contractuelle. La frontière du licite et de l'illicite est par conséquent mouvante et va en fait dépendre des obligations mises à la charge des dirigeants sociaux. Néanmoins faut-il prendre garde à ce que ces obligations, qui sont

définies par la loi ? Au moins partiellement, ne se transforment pas en véritable obligation de résultats ? Cette question redevient d'actualité avec l'apparition du concept de *Corporate governance*¹⁴⁸ dans le droit des sociétés, et l'exigence de valorisation maximale de l'investissement issue du contrat des fonds de pension américains.

Il est pourtant primordial de considérer ce phénomène comme très lié à celui des sanctions au sens où nous les entendons ; si les procédés de sanction de la gestion se développent par le biais de créations de la pratique, les sanctions classiques reposant sur un élément illicite vont régresser : c'est le système des vases communicants. Si par exemple la révocation *ad nutum* des administrateurs devenait possible avec un vote minoritaire¹⁴⁹ (sanction de la gestion), les actions des minoritaires (sanctions juridiques) perdraient beaucoup de leur intérêt.

Cela introduit l'idée, dans un domaine tout à fait différent, que tout système normatif n'est équilibré que s'il offre à ceux qui lui sont soumis, des possibilités de contrôle de l'application de la norme par le biais de sanctions. En d'autres termes, la sanction serait inhérente à tout système juridique, que celui-ci la prévoit explicitement ou que la pratique se charge d'y apporter des palliatifs.

B- Les notions proches de la sanction

A ce stade, nous consacrerons principalement les développements qui vont suivre à la- très classique- questions de la différence entre la sanction et la réparation (I), mais notre effort se portera aussi sur d'autres notions : mesures dites provisoires ou préventives (II), exécution forcée (III).

I- La sanction et la réparation

Il est primordial de tenter de clarifier ce qui oppose et ce qui rapproche les deux notions. La question se pose en les termes suivants : une même situation juridique, le plus souvent une condamnation au paiement d'une somme d'argent à titre de dommages-intérêts, mérite-t-elle le qualificatif de sanction ou bien celui de réparation ?

Le droit de la responsabilité civile a de prime abord une finalité essentiellement réparatrice : de manière simple on peut avancer que la mise en jeu de la responsabilité suppose un

¹⁴⁸ La structure de *corporate governance* précise la répartition des droits et responsabilités entre les divers acteurs de la vie de l'entreprise, tels que le conseil d'administration, les dirigeants, actionnaires et autres stakeholders.

¹⁴⁹ Le droit belge permet toutefois aux associés minoritaires de demander l'exclusion d'un de leur pair pour justes motifs. V. L. GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, op.cit., p. 329.

préjudice conséquence d'un fait dommageable et que le montant des dommages-intérêts alloués est fonction du préjudice et non pas du fait dommageable. Le *quantum* de la condamnation repose sur le préjudice, il est distinct du fait générateur.

La différence tient avant tout à la finalité : la réparation se préoccupe de la victime, la sanction, de l'auteur de la transgression.

En doctrine, plusieurs éminents auteurs se sont penchés sur cette ambivalence de la notion de réparation et nous pensons qu'il est utile de rappeler ici les principes fondateurs de leur thèse. L'idée que la responsabilité civile était un mécanisme réparateur comme sanctionnateur est liée au début de ce siècle sous la plume de HUGUENEY¹⁵⁰.

Après la deuxième guerre mondiale, c'est STARCK qui vient prendre la défense du caractère mixte de la responsabilité civile¹⁵¹ en se demandant « comment accepter la position paradoxale des doctrines qui, au nom de la règle morale et de l'ordre public proclament la nécessité d'une sanction civile des fautes dommageables, tout en déclarant par ailleurs que cette sanction ne poursuit aucun but d'amendement du coupable et de prévention des activités nuisibles » ?

Mme BOUBEE¹⁵² s'attache à différencier la peine privée (purement sanctionnatoire) et la réparation. Elle énonce que dans le système juridique français il ne devrait plus y avoir que deux réalités : celle de la répression publique et celle de la réparation privée. Or, écrit-elle, il paraît exister entre ces deux réalités une troisième nommée peine privée au rang desquelles se trouvent notamment l'astreinte et la sanction du recel successoral. Il s'agit en fait des hypothèses où une condamnation à incidence patrimoniale viendra « enrichir » le créancier sans finalité réparatrice.

Enfin, cette idée de polyvalence de la responsabilité a été appuyée par la thèse de Mme GALAND-CARVAL¹⁵³. Il y est notamment défendu que la peine privée mérite, par son évidente utilité, et pour sa contribution à la diversification et à l'adéquation des sanctions, d'acquiescer un statut officiel en droit positif. L'auteur remarque fort justement que la responsabilité est avant tout un instrument juridique permettant de réagir à l'illicite, et que la faute fondatrice est une transgression manifeste de l'ordre juridique. Il est donc plaidé pour

¹⁵⁰ L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, LGDJ, 1904.

¹⁵¹ P. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse en droit privé, Paris, 1947, p. 397 s.

¹⁵² R. BOUBEE, *La notion de réparation*, Biblio de droit privé, Toulouse, LGDJ, 1974, p. 54 s.

¹⁵³ G. CARVAL, *De la fonction de peine privée de la responsabilité civile*, Thèse en droit privé, Paris I, 1993, p. 242s.

une officialisation de la fonction de peine privée, puisque Mme CARVAL démontre que cette fonction existe déjà pleinement quoiqu'elle conserve le masque de la réparation.

Parce qu'elles se fondent sur une analyse réaliste, analyse d'ailleurs constante, nous souscrivons pleinement à l'ensemble de ces théories. Partant d'une conception pragmatique et téléologique, elles affirment que si la réparation guérit les blessures de l'un, la sanction inflige une blessure à l'autre. Une même mesure, qualifiée par la victime sera une réparation, par l'auteur une sanction. La sanction est de toute évidence un mélange de peine et de réparation, une institution mixte, mais l'aspect « pénal » paraît primer. A l'appui de ce caractère dualiste on peut noter :

- Qu'une sanction telle que la nullité d'un acte assume parallèlement une fonction sanctionnatrice en atteignant l'efficacité de l'acte et indirectement son auteur, et une fonction réparatrice puisque la rétroactivité normalement attachée à la nullité vise à remettre les choses en l'état.
- Qu'inversement, l'obligation de réparer un préjudice causé à une victime constitue pour le responsable une sanction, qui si elle n'a pas le caractère infamant de la peine, en a tout au moins les caractères afflictifs et parfois même préventifs.

Mais le caractère mixte de certaines situations n'empêche pas de voir dans chaque cas un caractère principal et dominant qui détermine la classification. On rencontre ainsi des sanctions qui, sous des aspects spécifiques, peuvent avoir un caractère réparateur, et inversement des réparations pour partie sanctionnaires. Pour reprendre les exemples ci-dessus, la nullité est à n'en point douter principalement sanctionnatrice et la preuve en est que rien n'empêche une action en responsabilité pour préjudice lié à l'annulation d'un acte. La véritable réparation passe par une autre voie, celle d'une action en responsabilité. De même, la sanction de l'auteur d'un préjudice ne ressort que très imparfaitement de sa condamnation au versement de dommages-intérêts et sera complétée le cas échéant par des sanctions pénales, administratives ou autres.

Il est donc nécessaire de déterminer ce qui, dans une situation donnée, prédomine. Cela revient à rechercher le fondement d'une mesure, la justification de la situation. Ainsi quand une condamnation sera strictement proportionnée à un dommage subi, le fondement ne faisant aucun doute, c'est la qualification de réparation qui sera retenue ; quand la condamnation sera

« tarifiée » en fonction d'une attitude, d'un degré de faute, la qualification de sanction s'imposera¹⁵⁴.

La définition de la sanction retenue ici (mesure de traitement de l'illicite) contient cette nécessité de ne pas assimiler totalement sanction et réparation. Le rapport de causalité entre la mesure envisagée et la transgression sera en définitive le critère de la sanction face à la réparation.

La sanction est la mesure de traitement qui trouve sa justification principale dans l'illicéité d'une situation. La réparation est la mesure qui trouve sa justification principale dans le préjudice. En d'autres termes nous avons vu plus haut que les atteintes aux droits d'une personne peuvent avoir de multiples causes : la sanction est une atteinte trouvant sa cause dans l'illicéité. Pas de sanction sans illicéité ; pas de réparation sans préjudice : telle est l'équation fondatrice de la distinction.

Cette conception engendre une zone de flou, mais elle a l'intérêt de ne pas machinalement intégrer la réparation dans la sanction, ou au contraire de l'en exclure. Nous prenons ici le parti du réalisme : qui peut nier qu'une même situation revête le visage d'une sanction pour l'un, d'une réparation pour l'autre ? Mais comment ne pas reconnaître également que toute situation, même empreinte de deux notions, puisse avoir un caractère prédominant ? La réalité juridique est souvent complexe et il n'est pas envisageable d'adopter une attitude trop manichéenne.

Nous prendrons deux exemples dans lesquels il est délicat de distinguer les deux notions : l'action en comblement du passif et la clause pénale.

- Pour l'action en comblement du passif, des commentateurs ont mis en avant le caractère répressif de cette action¹⁵⁵, cependant que d'autres reconnaissent le caractère « partiellement » exact de cette qualification¹⁵⁶. Parallèlement, on admet classiquement le caractère d'action en responsabilité civile à l'action en comblement du passif puisque les éléments de la responsabilité doivent être réunis (faute de gestion, dommage, causalité).

¹⁵⁴B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, Thèse en droit privé, LGDJ, Tome 234, p. 214.

¹⁵⁵J. DERRIDA, D 1994 chronique, p. 267.

¹⁵⁶P. LE CANNU, *La loi du 10 juin 1994...*, Bull. Joly, 1994, p. 537.

Mais SEXER¹⁵⁷, dépassant les questions de qualification par le droit positif remarque le particularisme de cette « sanction » sous l'apparence d'un régime de responsabilité. Il n'y a pas, note-t-il, de sacralisation du lien de causalité dans le mécanisme de responsabilité auquel cette action fait appel : le dirigeant peut être condamné à la totalité de l'insuffisance d'actif même si sa faute n'y a contribué que partiellement ; inversement, le juge dispose d'un pouvoir modérateur¹⁵⁸.

Il apparaît donc que la gravité de la faute influe sur le montant de la condamnation ce qui caractérise bien le régime de la sanction. On retrouve ici l'idée suivant laquelle la faute ou la transgression fonde la sanction alors que le préjudice fonde la réparation. Sans radicaliser l'analyse concernant ce point particulier, il faut remarquer que la finalité, au départ réparatrice, de l'action en comblement du passif, tend à faire place à un aspect sanctionnateur sous l'influence de la jurisprudence qui lie parfois l'atteinte primordiale à la gravité des fautes de gestion (transgression) plus qu'à l'insuffisance d'actif (préjudice). D'ailleurs, toujours concernant cette mesure, comment expliquer autrement que par son caractère répressif, que l'action soit ouverte au ministère public et même au tribunal qui peut se saisir d'office. Une action en responsabilité n'est en général ouverte qu'aux victimes du préjudice.

- Le mécanisme de la clause pénale qui se trouve à la croisée de la peine privée et de la responsabilité civile est également une bonne illustration de la difficulté de distinguer les notions. Conçue traditionnellement comme une réparation forfaitaire et contractuelle du préjudice pour un créancier, la clause pénale est par nature ambivalente. En effet, son caractère de forfait renforce l'aspect sanctionnateur puisque c'est en définitive l'inexécution du contrat qui déclenche sa mise en œuvre, alors que théoriquement la réparation devrait se fonder sur le préjudice subi.

Mais en sens inverse, le pouvoir modérateur du juge¹⁵⁹ vient souvent ramener la clause pénale à son caractère de réparation du préjudice, une peine excessive s'entendant comme exagérée par rapport au dommage réel¹⁶⁰. De plus il convient de noter que la dénomination « pénale » induit l'aspect sanctionnateur et qu'assurément l'un des objectifs de ce mécanisme est la dissuasion, objectif qui s'attache à la sanction plus qu'à la réparation puisqu'il vise à éviter au débiteur de « verser » cas l'illicite.

¹⁵⁷ Y. SEXER & E. OBADIA, *La responsabilité des dirigeants sociaux et l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985*, *Bull Joly*, 1994, p. 617.

¹⁵⁸ L. GRODCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, *op.cit.*, p. 24.

¹⁵⁹ Art. 1152-2 du Code Civil Français.

¹⁶⁰ Com., *Bull. Civ.* IV, n°30, le 23 janvier 1979.

Remarquons également que la condamnation à des dommages intérêts très élevés peut permettre de sanctionner certains abus ; il faut voir là clairement une sanction. Les dommages intérêts, par leur montant, sont un moyen de pression permettant de pallier l'insuffisance d'autres sanctions : le but est louable mais l'institution juridique est détournée de sa finalité première, l'indemnisation¹⁶¹.

Une dernière illustration de décret interpénétration des notions, en sens inverse cette fois, est fournie par l'exigence législative ou prétorienne d'un grief pour la mise en œuvre d'une sanction. Ainsi dans la loi 1966¹⁶², les conventions non autorisées conçues entre un dirigeant et la société ne peuvent être annulées que si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société. Cette introduction du préjudice dans le mécanisme de sanction n'est pas courante mais l'idée tend à se développer que cela permettrait d'assurer une proportion entre la sanction et l'illicéité qui la motive. La sanction se désintéresse en quelque sorte de l'auteur ou du moins n'accepte de le sanctionner s'en présence d'une « victime ».

Pour servir les développements qui suivront, nous adopterons une conception pragmatique et téléologique : que la finalité d'une mesure soit principalement la punition de l'auteur, ce sera pour nous une sanction, que le préjudice en soit la justification majeure, et nous y verrons une mesure de réparation. Chaque mesure doit pouvoir être rattachée à une grande famille, sans pour autant lui enlever toute autre parenté.

Mais le travail d'un juriste n'est pas de ciseler les concepts et les mécanismes au risque de réduire son champ d'étude. En ce domaine plus que dans d'autres il n'y a pas de certitudes, tant au plus des tendances ; aussi nous aurons volontairement une conception large de la sanction pour tenir compte des situations ambiguës.

II- La sanction et les mesures provisoires ou préventives

Les mesures provisoires ou préventives sont d'autres données juridiques que rien ne définit véritablement et qui peuvent se rapprocher de la sanction.

¹⁶¹Également le principe des indemnisations « plancher » qui existe en droit du travail (en matière de licenciement notamment), montre bien la fonction sanctionnatrice des condamnations pécuniaires.

¹⁶²Art. 105 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. V. Également l'art.61 de la loi 17-95 qui prévoit que : « Sans préjudice de la responsabilité de l'administrateur ou directeur général intéressé, les conventions visées à l'article 56 et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société.

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

La nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial du ou des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie. Les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 58 sont applicables ».

Le terme de mesures provisoires est plutôt un terme de procédure qui va s'opposer à des mesures « définitives ». Il désigne un ensemble de mesures décidées par voie judiciaire et visant, dans l'attente de l'issue d'une crise, du déblocage d'une situation, à éviter une aggravation du préjudice ou un dépérissement des preuves. Or, à première vue, une sanction et dans le sens commun définitive (même si elle n'est que momentanée), c'est l'issue d'une action visant à mettre un terme et punir une illécéité. Les deux termes seraient donc de primes abords incompatibles.

Les mesures dites préventives ne répondent à aucune définition bien précise. Il semble que l'on se situe à un stade précoce avant qu'une situation ne bascule. La prévention est également la prévention d'une transgression. Il serait donc trop tôt pour parler de sanctions sauf pour les infractions obstacles ou de risque. Traditionnellement on parle de prévention et de sanction comme des deux facettes du traitement des comportements¹⁶³, l'une agissant en amont, l'autre en val. Des lors, si l'on adopte ce raisonnement, les deux mots ne peuvent recouvrir la même réalité : une mesure de prévention ne peut être une sanction ; la réciproque est peut-être moins vraie dans la mesure où l'aspect dissuasif de la sanction renforce la prévention.

Certaines mesures font partie de l'arsenal à la disposition du juge dans tout type de litige. Son pouvoir est alors directement tiré du code de procédure civile ou du code civil. D'autres sont spécifiquement prévues par le droit des sociétés.

Ainsi l'ensemble des mesures peut être aisément assimilé à des sanctions. En effet et à première vue elles procèdent également d'une atteinte à un droit, un pouvoir. Ce qui tendrait à les distinguer des sanctions au sens strict, tient précisément à leur caractère provisoire ou préventif : la mesure est souvent prise en considération non véritablement d'une violation avérée, mais d'une menace ou d'un péril en général :

- La violation est simplement pressentie, sa preuve complète n'est pas encore rapportée à ce stade de la procédure ; d'où le qualificatif de préventive, la mesure ayant pour objectif d'éviter une aggravation de la situation. Exemple : un séquestre de titres ayant pour finalité d'éviter la commission d'un abus de majorité : la mesure vient attenter aux droits de certains actionnaires mais l'abus n'est pas avéré, il est simplement imminent et c'est cette imminence qui justifie la décision.

¹⁶³Surtout au plan pénal, mais cela serait applicable à d'autres domaines du droit.

- La mesure prise diffère de la sanction qui serait le cas échéant appliquée à l'issue du litige ; d'où le qualificatif de provisoire. Si l'on reprend l'exemple précédent, la privation des droits de vote (que pourra impliquer parfois le séquestre) n'est pas la sanction normalement observée de l'abus de majorité.

Mais d'autres éléments amènent à une réflexion sur la nature réelle de ces mesures. S'il s'agit de mesures provisoires elles se traduisent néanmoins par des atteintes parfois identiques à celles engendrées par les sanctions *stricto sensu*. Et même si la différence va tenir, comme cela a été rappelé, dans le caractère provisoire, il ne faut pas occulter que certaines mesures peuvent être amenées à durer.

On peut également avancer que ce sont des « pré-sanctions » qui visent à éviter un dommage irréversible et qui laissent pressentir une « culpabilité » de celui auquel elles sont appliquées. Avec la suspension des droits de vote, et même si la finalité n'est que conservatoire, le résultat pratique est nettement sanctionnateur.

On ne peut réussir à maintenir « l'étanchéité » des classifications qu'en se plaçant d'un point de vue théorique. La pratique est autre et c'est ce qu'exprime très justement GUYON : « dans la vie des affaires, une décision de référé est toujours lourde de conséquences malgré son caractère provisoire car le gagnant se trouve en position de force pour remporter un succès définitif¹⁶⁴ ».

La plupart des mesures provisoires se rapprochent donc de la définition retenue de la sanction. En premier lieu elles se fondent sur une illicéité sous-jacente, voire manifeste ; en second lieu ce sont des mesures de traitement car leur objectif est de résoudre temporairement un conflit ; enfin elles entraînent la plupart du temps une atteinte aux droits des protagonistes ou à l'efficacité d'un acte. En définitive, il ne serait pas complètement illogique d'employer au sujet de ces mesures le qualificatif de sanctions provisoires ou plus justement de sanctions préventives.

Ici également, comme en ce qui concerne la distinction entre la sanction et la réparation, il est des hypothèses où les mesures adoptées devront recevoir le qualificatif de sanction, même si là n'est pas leur vocation principale. Ainsi, la nomination d'un administrateur provisoire ne peut être de manière générique qualifiée de sanction, même préventive ; il est des hypothèses où une telle nomination ne vient sanctionner aucun manquement, mais simplement permettre

¹⁶⁴Y. GUYON, *Droit des affaires*, T II, Economica, 4^{ème} éd., n° 1008. Cité par L. GROSCLAUDE, *op.cit.*, p.28.

de faire face à une situation parfois fortuite, le décès d'un dirigeant à titre d'exemple. Dans d'autres hypothèse, l'administration aura pour conséquence de dépouiller tel organe de la société de son pouvoir naturel, et à ce titre pourra être vue comme une sanction.

III- La sanction et l'exécution forcée

Faut-il assimiler sanctions et voies d'exécution, ou plus précisément sanction et contrainte ? Si l'on définit les voies d'exécution comme l'ensemble des moyens propres à faire assurer l'exécution d'une obligation ou d'un jugement, une première évidence s'impose : sanctions et mesures d'exécution n'ont pas la même finalité. La sanction vise à infliger un désagrément, une atteinte pour punir directement ou indirectement l'auteur d'une transgression. Les voies d'exécution visent, comme elles l'indiquent, à faire exécuter une obligation. Elles sont un moyen pour le créancier d'obtenir satisfaction. Au plan civil par opposition au plan pénal, la contrainte va s'exprimer sur les biens du débiteur. L'exécution sera principalement assurée au moyen des saisies.

Mais, si l'exécution forcée est une atteinte au patrimoine, il s'agit bien d'une sanction au sens où nous l'entendons. De plus, on ne peut nier que l'exécution forcée soit la conséquence d'une transgression puisque, par définition, l'intéressé n'exécute pas sa prestation ou refuse de l'exécuter. L'exécution forcée serait donc une forme de sanction ; d'ailleurs STARCK dans la classification évoquée plus haut qualifie certaines mesures de sanction-exécution, ce qui tend accessoirement à prouver l'assimilation des deux concepts.

Deux éléments renforcent le sentiment de confusion : D'abord on constate en premier lieu que les mesures d'exécution peuvent être le renfort d'autres sanctions, des « sanctions des sanctions » en un sens : une personne condamnée à payer une somme d'argent (première sanction), sera saisie dans ses biens si elle ne s'acquitte pas de cette amende (deuxième sanction égale la mise en œuvre forcée de la première). Ainsi on arrive à voir que s'il existe des sanctions qui renferment en elles-mêmes les moyens de leur exécution¹⁶⁵, d'autres devront être appuyées par des voies d'exécution. Ce pourra être le rôle de l'astreinte judiciaire ou des saisies.

Ensuite le résultat auquel peut aboutir la mise en œuvre de mesures d'exécution pourra se révéler similaire en pratique à celui de sanctions *stricto sensu*. Ainsi une saisie pratiquée sur des droits d'associé va aboutir parfois à une exclusion pure et simple de l'associé. Cela révèle

¹⁶⁵ Nullité ou suspension de vote par exemple en droit des sociétés notamment.

d'ailleurs l'ambiguïté de la notion de droits sociaux, valeur patrimoniale incorporant en son sein des droits extra-patrimoniaux qui seront inclus dans l'exécution forcée; concevrait-on une saisie opérée exclusivement sur les droits patrimoniaux confères par les titres ? Mais c'est déjà là un autre débat.

Selon VIRALLY¹⁶⁶ l'assimilation totale de la sanction à la contrainte est une vision tronquée de la réalité juridique car la plupart des sanctions que l'on rencontre agissent en réponse à une obligation violée, par création d'une obligation nouvelle. Ainsi à une obligation préexistante non respectée, la sanction substitue une obligation de donner dommages-intérêts ou de faire remise en état. La sanction n'est donc pas pour lui une contrainte mais une obligation juridique. L'exécution forcée n'est qu'un ultime recours. Le droit des sociétés vient au moins partiellement étayer cette construction : l'exclusion y est ainsi nommée « obligation de céder » par un euphémisme qui traduit bien la nature juridique de cette sanction. Pour VIRALLY il peut y avoir de sanction sans contrainte¹⁶⁷, et de même il peut y avoir de contrainte sans sanction, comme dans ce cas de mesures destinées à prévenir la violation d'une obligation.

En définitive, il semble bien qu'il faille admettre qu'en un sens les mesures d'exécution forcée sont des sanctions car elles paraissent répondre aux exigences de notre définition, c'est-à-dire constituer une atteinte consécutive à une transgression (souvent une inexécution).

Paragraphe 2 : Caractères et renouvellement des sanctions

L'étude des caractères (A) et le sens de renouvellement (B) de la sanction en droit pénal de sociétés dans ce paragraphe, nous paraît une idée juste.

A- Les caractères de la sanction

La sanction a été préalablement définie comme une mesure de traitement de l'illicéité. Cette définition implique selon nous trois caractères principaux, liés entre eux. En premier lieu, on constate que la sanction est un mécanisme juridique différencié, remplissant une fonction qui est spécifique (I). Ensuite, il est remarquable que la sanction soit une règle juridique qui, par essence même, ne peut préexister à la norme qu'elle défend (II). Enfin, troisième caractère, et aboutissement logique des deux premiers, la sanction apparaît comme un mécanisme « dérivatif » (III).

¹⁶⁶ M. VIRALLY, *La pensée juridique, op.cit.*, p. 68.

¹⁶⁷ Il suffit pour cela que le sanctionné accepte le principe de la sanction.

I- Le mécanisme juridique spécifique de la sanction

Cela signifie que de même que l'on distingue entre la norme substantielle et la norme procédurale, il est possible de mettre sur deux plans distincts les normes sanctionnées et les sanctions des normes. En d'autres termes, les mécanismes de sanction forment un corps de règles qui, de par sa finalité-assurer le respect des règles juridiques, ne peut leur être assimilé. La sanction est un mécanisme de survie de la norme juridique, sans lequel cette dernière est appelée à l'ineffectivité, c'est à dire à la mort juridique¹⁶⁸. On peut également exprimer cela en écrivant que la sanction intervient au cas de dégradation ou de dégénérescence de la règle juridique, pour restaurer celle-ci. La loi dépourvue de sanction n'est que *lex imperfecta*.

Au plan de la philosophie juridique, la sanction est le plus souvent conçue comme un élément extérieur, bien distinct de la règle prescrivant un comportement. Au plan politique, n'est-ce pas là l'une des facettes du principe de séparation des pouvoirs ?

II- La non préexistence de la sanction à la norme juridique

La sanction est une règle distincte des règles prescrivant un comportement ; mais laquelle préexiste à l'autre ? On rejoint indirectement ici le débat classique sur le critère de la norme juridique. Une norme est-elle juridique parce qu'elle est sanctionnée ou sanctionnée parce qu'elle est juridique¹⁶⁹ ?

Le droit positif répond sans hésitation à la première question : la sanction ne préexiste pas à la règle juridique protégée ; elle est créée et n'existe qu'en réaction à la violation de cette dernière¹⁷⁰. La sanction est une mesure de traitement, et comme les termes l'indiquent eux-mêmes, elle est secondaire par rapport à la norme « substantielle ».

Certes, la sanction une fois édictée devance des comportements illicites. Cela ne contredit toutefois le postulat suivant : une mesure ne peut pas sanctionner la violation d'une norme qui n'existe pas encore. Même si de façon optimale, la sanction est créée concomitamment à la règle positive, elle demeure intellectuellement secondaire par rapport à celle-ci.

¹⁶⁸ La norme juridique dépourvue de sanction peut toutefois continuer d'exister, notamment par le relais d'autres systèmes de sanction « extra-juridiques »..

¹⁶⁹ Préexistence de la règle prescrivant un comportement.

¹⁷⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., Paris, 1962, p.56 s. Pour lui, la norme juridique établissant le lien entre le fait illicite et la sanction se situe à un niveau dit primaire, et la règle juridique qui prescrit la conduite permettant d'éviter la sanction à un niveau secondaire. Ce qui doit être pour lui, c'est la sanction et non pas la conduite ordonnée.

Cette « post-existence » de la sanction induit le troisième caractère de cette règle, le caractère dérivatif.

III- Le caractère dérivatif de la sanction

Le cheminement est logique : la sanction est une règle spécifique, la sanction est une règle qui ne préexiste pas à la norme substantielle, le troisième caractère de la sanction met en évidence son lien fondamental avec la norme qu'elle protège. La sanction est une résultante, un dérivé de deux phénomènes : une norme juridique existante et un comportement illicite traduit par la violation de cette norme. Elle vient en conclusion d'un syllogisme qui est assimilable au syllogisme judiciaire, dans lequel la majeure est la règle violée, la mineure le comportement illicite. Ce raisonnement induit une parenté entre sanction et justice.

Donc nous sommes devant le caractère dérivatif de la sanction, au sens où elle ne peut exister sans la réunion de ces deux éléments. La simple existence d'une règle prescrivant un comportement ne peut créer la sanction et de toute évidence on ne peut concevoir la violation que si la règle existe. En d'autres termes la sanction ne peut exister sans une norme prescrivant un comportement et la sanction ne signifie rien si cette norme n'est pas susceptible d'être violée.

Le caractère dérivatif s'oppose au caractère autonome d'une règle. La sanction est donc, en théorie du moins, calquée sur la règle de droit pour apporter une réponse à sa violation. Elle n'a pas d'existence juridique propre puisqu'elle dérive d'un ordre juridique et de comportements le transgressant. Elle n'est pas, intellectuellement parlant, une règle créée, mais une réponse conditionnée. La terminologie adoptée traduit bien le fait que la sanction reste un épiphénomène de la règle juridique.

Dans *flexible droit*¹⁷¹, le Doyen CARBONNIER exprime cette même idée à propos des rapports entre la norme juridique et les comportements sociaux : « Ainsi, parce qu'ils avaient appris que, le péché étant premier, l'injustice étant première, et que même dans le feuillage de leur justice le Malin sait se cacher, des juristes, pessimistes actifs, ont pu inventer quelques solutions, plutôt pacificatrices que justes, plutôt moins injustes que justes, afin de rendre tolérable la vie en société ».

¹⁷¹J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 8^{ème} éd., p. 441.

Mais ce qui prime le constat du caractère dérivatif de la sanction, c'est d'en apprécier les conséquences. De l'idée que la sanction est « conditionnée » plus que pensée réellement, il découle qu'elle est une règle terminale, jugée nécessaire mais recelant de nombreuses incohérences, contrariétés et lacunes. Paradoxalement le caractère dérivatif de la sanction induit parfois une réelle inadaptation de la sanction à la règle et aux comportements illicites.

Pourquoi aborder des caractères aux généraux dans une étude au droit des sociétés ? Il nous est apparu que cette discipline était traversée par les principales questions que pose la notion de sanction, et en constituait de fait un sujet topique. Le droit des sociétés se présente donc scientifiquement comme une expérimentation des mécanismes de sanction rencontrés en droit positif¹⁷².

Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés est très lié aux caractères de la sanction tels qu'ils ont été décrits. Que la sanction soit un mécanisme juridique dérivatif a pour principale conséquence que l'ensemble de ces meures évolue, ou du moins est censé évoluer de concert avec les règles juridiques « substantielles » et les comportements illicites. Cela est particulièrement net au plan du champ d'application des sanctions, de leur technique et de leur efficacité.

B- Le renouvellement des sanctions

L'explication du sens du mot renouvellement est à la fois importante et délicate. En effet et de prime abord, le choix de ce terme pourrait laisser penser au profane qu'une véritable révolution s'est opérée dans le domaine des sanctions et plus généralement dans le droit des sociétés, ce qui ne peut être sérieusement soutenu. L'idée d'un courant plus que d'une « lame de fond » prévaut ici.

Etymologiquement renouveler signifie « remplacer par quelque chose de semblable » ou encore « raviver », donner une force nouvelle à ... ». Le terme dérive directement du mot latin *novel* signifiant nouveau. Renouveler c'est donc changer sans révolutionner, donner un nouvel aspect aux choses sans en modifier radicalement la substance et la finalité.

Diverses interrogations se posent alors : *Primo*, pourquoi évoquer la nouveauté de la sanction ? Le changement, la nouveauté ne se conçoit pas sans fondements ; cela amène donc à poser la question sur une hypothétique logique du nouveau. *Secundo* le renouvellement

¹⁷²B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1987, 40/04, pp. 457-497.

signifie qu'il existe inévitablement un rapport entre un objet classique et un objet rénové. Evoquer le renouvellement des sanctions conduit donc à s'interroger sur les sanctions traditionnelles, leur place et leurs limites. Enfin, quelles sont les limites assignées à la nouveauté de la règle ?

Partant de tout ce qui est ancien a été nouveau, dans le prolongement de cette idée, on peut dire que tout ce qui est nouveau deviendra ancien et cela nous amène à l'idée que toute nouveauté, tout renouvellement est par essence relatif et ne se conçoit que de manière limitée dans le temps.

Nous mettrons l'accent en premier lieu le sens du mot renouvellement (I) puis tenterons de comprendre quels sont les facteurs de ce renouvellement (II).

I- Le sens du mot renouvellement

Nous entendrons ici également assigner à ce mot un sens suffisamment large pour appréhender le phénomène de la manière la plus globale possible. En effet de prime abord ce mot pourrait signifier que nous nous tiendrions à la description à jour fixe d'une évolution passée sans nous projeter dans l'avenir (a). Egalement, le renouvellement pourrait n'être observé que sous l'angle de la technique sanctionnatoire, alors qu'il participe d'une évolution plus large du processus de sanction lui-même (b).

a- Le renouvellement : un phénomène dépassant la simple nouveauté des techniques

La sanction a été précédemment définie comme une mesure de traitement de l'illicéité. Il s'agit là d'une définition qui ne se limite pas au sens technique de la mesure adoptée en réaction à la transgression, mais qui se réfère de manière plus large au processus sanctionnatoire tel que défini ci-après.

Entre la transgression d'une norme et l'application concrète d'une mesure de traitement, prennent place tous les stades du processus de sanction. Schématiquement on peut considérer que ce processus est la réunion de plusieurs éléments : une technique de sanction, un domaine de traitement de l'illicite¹⁷³, des modalités de mise en œuvre (d'ordre essentiellement procédurales) et enfin un résultat concret. Par exemple, la nullité, en droit des sociétés, possède un champ d'application défini pour les sociétés commerciales par l'article 360 de la loi 1966. Elle constitue une technique sanctionnatoire qui ne peut être mise en œuvre que si

¹⁷³Champ d'application de la technique de sanction.

les conditions procédurales en sont réunies (intérêt du demandeur, prescription...), et qui possède un résultat concret après sa mise en œuvre¹⁷⁴.

Ce sont sur ces principaux plans que le processus de sanction et son renouvellement peuvent être observés et écrit. Le renouvellement peut se concevoir à ces différents niveaux indépendamment ou simultanément : ainsi l'on pourra percevoir autant ce courant dans l'évolution récente des nullités en droit des sociétés, que dans l'apparition de techniques *sui generis* comme les suspensions de droits de vote. Le renouvellement concerne tant la nouveauté technique d'une sanction que l'utilisation de techniques classiques par le biais de sources nouvelles (sanctions prévues contractuellement, condamnation par autorités administratives). Il vise également l'apparition de sanctions dans des domaines nouveaux et aussi l'amélioration du résultat recherché.

b- La dynamique imparfaite du renouvellement

Une première constatation s'impose : le processus de renouvellement reste encore sensiblement flou et contrairement à ce que le terme même peut évoquer, on pourra le trouver exagéré en considération de la photographie actuelle du droit positif¹⁷⁵.

D'ailleurs, si certaines expressions sont ou furent en vogue dans les études doctrinales en droit des sociétés (la « contractualisation » par exemple ou encore plus récemment la *corporate governance*¹⁷⁶), celle de renouvellement des sanctions n'est que rarement, voire pas du tout rencontrée ; tout au plus perçoit on au travers des diverses publications que la question de l'adéquation des sanctions est posée.

Au-delà, ce vide relatif montre de toute évidence que la question des sanctions, en dépit de l'importance qu'elle revêt, reste un problème secondaire pour beaucoup. Cela fait écho au caractère dérivatif de la sanction.

Deux constats peuvent être dressés. Le premier est que la sanction n'est pas toujours pensée comme un élément essentiel de la norme juridique. Portant, que vaut une norme sans sanction, sinon un simple avis, une recommandation tout au plus. Le second est que le législateur semble plus préoccupé par l'existence même de la sanction que par la mise en place de sanctions réellement adaptées et proportionnées.

¹⁷⁴ Inefficacité *erga omnes* de l'acte.

¹⁷⁵ Certains trouveront plus juste de parler d'évolution ; mais l'essentiel est d'exprimer une dynamique née des évolutions du droit des sociétés et des imperfections du système de sanction.

¹⁷⁶ L. CROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, *op.cit.* p. 35.

Les contours du renouvellement restent encore mal dessinés car ce processus n'a pas pour unique source les réformes législatives mais peut trouver son inspiration dans les montagnes et innovations de la pratique ou de la jurisprudence. Partant, on peut recenser des nouveautés incontestables car issues de la loi, et des nouveautés hésitantes, encore dépourvues de certitude juridique car issues de la pratique ou d'un courant jurisprudentiel prétorien.

c- La relativité de la notion

Le caractère relatif signifie que le renouvellement des sanctions doit être apprécié *in concreto* : chacun peut juste à titre défendre sa conception de la nouveauté ou de la stabilité des choses... le temps est un premier facteur de relativité car ce qui est nouveau aujourd'hui ne le sera plus demain. L'importance du changement est ici encore susceptible d'appréciations divergentes. Ainsi la question de l'exclusion d'un associé peut ne pas être considérée comme nouvelle, et à juste titre, la première grande étude théorique sur le sujet datant de plus de 50ans. Néanmoins cette question redevient aujourd'hui d'actualité à de multiples égards ; elle présente de nouvelles facettes. La question est délicate et c'est pourquoi la loi de 1966 comme ses réformes postérieures en France et la loi 17-95 modifiée et complète par la loi 20-05 au Maroc ont contribué au renouvellement des sanctions.

Gros au modo, on peut dire que le renouvellement des sanctions en droit des sociétés n'est que l'une des terminaisons de l'évolution des phénomènes économiques, financiers et juridiques.

II- Les facteurs du renouvellement

Ils sont multiples. Il est pourtant difficile, voire impossible de déterminer un axe général expliquant le renouvellement. Peut-être même est-il prématuré d'avancer qu'il existe une véritable logique du renouvellement. Celle-ci ne se dessinera peut être que plus tardivement.

Tout d'abord car le renouvellement des sanctions ne procède d'aucune volonté « divine », ni même d'aucune réforme d'ensemble. Le renouvellement est un faisceau d'évolutions législatives, jurisprudentielles et pratiques. Même le très médiatique rapport MARINI¹⁷⁷ sur la réforme du droit des sociétés, reste un saupoudrage de mesures-certes nécessaires-, sans contenir aucune logique d'ensemble concernant les sanctions et leur renouvellement. Tout au plus y voit-on se préciser encore le mouvement de dépenalisation.

¹⁷⁷P. MARINI, « La mondialisation du droit des sociétés », *Lefebure, Les Echos*, Le 10 septembre 1996.

Cela s'explique en partie par le fait que la sanction vient toujours après la norme et ne lui préexiste pas. Elle en dérive.

Si l'on devait expliquer le renouvellement, ces explications demeureraient nécessairement vagues et sans lien entre-elles. On pourrait néanmoins en avancer deux séries, constitutives de ce qu'il convient d'appeler un faisceau d'indices : le changement du contexte socio-économique et partant, juridique (a), et les insuffisances et lacunes des sanctions traditionnelles existantes (b).

a- Les évolutions contextuelles

Dans la chaîne de l'évolution socio-juridique, le renouvellement des sanctions intervient comme dernier maillon : il apparaît corrélé à des phénomènes plus généraux. Il n'est plus à démontrer que le droit est un instrument de régulation sociale et que les règles juridiques sont par conséquent liées aux évolutions et exigences sociales, économiques et même politiques. Cela postule une absence d'autonomie de la règle de droit. Puisque pareillement les mêmes rapports existent entre la règle de droit et sa sanction¹⁷⁸, il est possible d'en conclure que schématiquement, les changements contextuels ont des répercussions en matière de sanction.

En effet la norme juridique vient assurer la régulation des phénomènes socio-économiques et la sanction vient assurer le respect de cette norme ; les deux extrémités de la chaîne sont donc inévitablement liées.

b- Les défaillances du système sanctionnatoire

Incidemment, remarquons qu'il est exagéré, voire contradictoire de parler de système sanctionnatoire, puisque justement la défaillance provient en partie au moins de l'absence de système cohérent¹⁷⁹.

Si la sanction est le moyen d'assurer l'effectivité de la règle de droit, les changements intervenus concernant cette dernière reposent logiquement la question des sanctions. Il est facile de comprendre que les bouleversements législatifs et pratiques, les aspirations issues du contexte contemporain, vont à la fois créer des incohérences et des lacunes dans le système existant des sanctions et poser la question de leur efficacité, de leur adéquation aux règles de droit dont elles sont censées assurer le respect.

¹⁷⁸Caractère dérivatif.

¹⁷⁹L.GROSCLAUDE, *op.cit.*, p.42.

Dans un souci de clarté, nous ferons un premier tour d'horizon de ces failles autour des trois axes principaux qui sont ceux du domaine ou du champ (1), des techniques (2) et du résultat des sanctions (3).

1- Un domaine limité des sanctions

Il convient d'entendre par champ ou domaine d'une sanction, « l'espace juridique » qu'elle couvre. En d'autres termes il existe une correspondance entre certaines sanctions et les illicéités qu'elles visent à traiter. Le champ d'une mesure est donc constitué de l'ensemble des situations illicites que la règle juridique permet de sanctionner.

Or si l'on considère l'ensemble des situations illicites à un instant donné, on constate que le champ des sanctions existantes ne couvre pas totalement, ou couvre de manière très imparfaite les situations considérées. En d'autres termes, il existe un décalage entre les situations illicites et les possibilités d'y remédier, de les sanctionner. Certaines situations ne sont pas sanctionnées ou ne le sont qu'imparfaitement. Là est le premier constat de défaillance du système des sanctions en droit des sociétés.

Cette défaillance est renforcée par la rigidité des principales structures du droit des sociétés¹⁸⁰. Entre un ordre public omniprésent, des contraintes européennes incontournables et des principes généraux parfois aussi fantomatiques que bien vivants, la marge d'évolution et d'élargissement du champ des sanctions est faible.

2- Des techniques restreintes

Ce qui est avant tout recherché avant aujourd'hui, ce n'est pas tant la possibilité de sanctionner, qui peut le plus souvent être trouvée au travers d'instruments classiques¹⁸¹, que l'adéquation et l'efficacité des sanctions eu égard aux évolutions juridiques et pratiques. Sans partager pleinement ce point de vue, nous remarquerons que l'évolution des sanctions passe aussi par celle de leur efficacité.

¹⁸⁰ Même si celle-ci tend à s'estomper aujourd'hui.

¹⁸¹ Selon B. MERCADAL : « Quand les juges sont convaincus qu'il faut sanctionner, les moyens ne leur manquent pas, au moins pour annuler les actes illicites et rendre le prix de cette annulation aussi douloureux qu'il le faut. Une série d'armes malléables à souhait est sous leur main : la fraude, la faute, la mauvaise foi, le dol, les bonnes mœurs, l'irrecevabilité des plaideurs indignes et l'ordre public, (...). Ils peuvent dès aujourd'hui sanctionner par condamnation à des dommages-intérêts toute violation à des codes déontologiques en la tenant pour une faute professionnelle ou une méconnaissance de l'ordre public », B. MERCADAL, « Sanction des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires », *Intervention au colloque Ethique des marchés financiers*, RJDA, 1992/1, p. 26-27.

Or, ce qui est remarquable en droit des sociétés c'est l'éventail des potentialités techniques de sanction en considération du nombre grandissant des acteurs de cette discipline et de la spécificité des relations qui en naissent. Cela fait du droit des sociétés un sujet d'étude illustrant parfaitement les évolutions mêmes de la notion de sanction. Il est notamment possible de jouer à titre de sanction sur la place du sujet dans la collectivité à laquelle il appartient et spécifiquement sur les droits qu'il détient dans celle-ci. Cela n'est possible que dans une relation juridique complexe comme seule une personne morale et une société en particulier peuvent l'offrir.

Outre la question des techniques par elle-même, c'est-à-dire du vecteur direct de l'atteinte, se pose également le problème de l'autorité chargée d'orchestrer la sanction, à savoir ses modalités, sa source, sa mise en œuvre concrète. En effet, pour reprendre la distinction entre sanction morale et sanction juridique, il faut comprendre que cette dernière catégorie oblige le sujet *in fore externo*, c'est-à-dire qu'intervient le plus souvent une autorité extérieure.

A cet égard, la diversification des intervenants en droit des sociétés ainsi que celle des intérêts en jeu, rend possible et nécessaire la remise en cause des monopoles en matière de sanction : celui de l'autorité étatique sur la faculté de sanctionner et celui de l'autorité judiciaire sur la mise en œuvre et le prononcé de la sanction.

Rappelons ici la nécessité évoquée par BEZARD¹⁸² de « permettre à la pratique professionnelle sous le contrôle d'autorités administratives bancaires ou boursières de prévoir des règles et d'en régler la sanction ». La voie judiciaire de la sanction, si elle est une garantie pour les justiciables, doit parfois céder la place à d'autres autorités, plus en prise sur les réalités de secteurs d'activités spécifiques (banque, bourse...).

3- Une efficacité contestée

Ce qui est attendu d'une sanction n'est pas que d'exister¹⁸³, mais aussi d'être efficace. On peut stigmatiser la stérilité de la norme juridique par l'absence de sanction, mais la sanction elle-même peut s'avérer stérile. L'efficacité peut être entendue en deux sens distincts : il peut s'agir de l'efficacité dans la mise en œuvre de la sanction comme de l'efficacité dans son résultat concret. Les deux niveaux d'analyse sont inséparables et constituent des paramètres difficilement mesurables.

¹⁸²P. BEZARD, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Revue des sociétés*, 1991, p. 553.

¹⁸³C'est toutefois un préalable !

L'efficacité dans la mise en œuvre des sanctions renvoie aux actions visant à sanctionner et dépend largement de ce que l'on nomme le régime d'une mesure. En ce domaine, c'est dans bien des cas la confusion qui prévaut. Une définition claire et unifiée du régime des actions visant à sanctionner est ainsi une garantie certaine de l'efficacité des sanctions.

L'efficacité des actions doit aussi être celle de leur résultat, c'est à dire de leur capacité à répondre aux objectifs complexes de traitement de l'illicéité. Dans ce domaine également, l'efficacité des sanctions classiques est très contestable, ceci étant en partie lié à l'inadéquation de la technique.

Section 2 : Les mécanismes de répression en droit pénal des sociétés

Le titre XIV de la loi 17-95¹⁸⁴ intitulé « sanctions pénales » a été largement modifié et complété par la loi 20-05 qui a supprimé certaines sanctions, notamment substitution de peines privatives de libertés par des peines pécuniaires.

Ce titre constitue un véritable code pénal des sociétés. Le nombre d'infractions susceptibles d'être commises à l'occasion de la constitution, du fonctionnement et de la dissolution et liquidation des sociétés.

Il faut souligner que ce droit pénal ne touche pas tous les types de sociétés, y compris les sociétés en nom collectif ou les sociétés en commandites simple. C'est surtout, aux sociétés par actions et la SARL que le législateur a consacré l'essentiel de son arsenal répressif avec des exigences spéciales si les sociétés font publiquement appel à l'épargne ou si leurs titres sont inscrits à la cote des bourses de valeurs.

Donc on va essayer d'analyser les infractions commises au sein du droit pénal des sociétés commerciales (sous-section 1), avant d'échafauder le système répressif en la matière (sous-section 2).

Sous-section 1 : L'analyse des infractions du nouveau droit pénal des sociétés

Les infractions relatives aux sociétés commerciales peuvent être commises tout au long des différentes étapes de la vie sociale. On distingue les infractions liées à la naissance et au fonctionnement des sociétés (paragraphe 1), et celles relatives à la fin de cette dernière (paragraphe 2).

¹⁸⁴ Art. 373 jusqu'à 424 de la loi 17-95 relative à la société anonyme.

Paragraphe 1 : Les infractions relatives à la constitution et au fonctionnement des sociétés

On mettra l'accent successivement sur les infractions commises au sein d'une société au niveau de sa constitution (A) ainsi durant son fonctionnement (B).

A- Les infractions relatives à la constitution de la société

En droit pénal marocain des affaires, et au niveau de la constitution de la société, le législateur marocain a mis en place un ensemble de formalité devant aboutir à l'acquisition par la société de la personnalité morale, après son inscription au registre de commerce¹⁸⁵.

Ces formalités bien qu'ayant un caractère formel, le chef d'entreprise doit leur prêter attention, car toute négligence peut constituer une infraction passible d'une sanction. Il s'agit bien des infractions liées aux formalités de constitution (I) d'une part, et celles concernant le capital social (II) d'autre part.

I- Les infractions relatives aux formalités de constitution

Il s'agit essentiellement de trois sortes d'infractions : d'abord on trouve la déclaration de conformité mensongère ou comportant des omissions¹⁸⁶ (a), ensuite le refus de dépôt des pièces ou d'actes au registre de commerce ou le défaut de publicité prévue par la loi¹⁸⁷ (b), et enfin le défaut d'indication de certaines mentions sur les documents de la société¹⁸⁸ (c).

a- La déclaration de conformité mensongère

Le législateur marocain dans son article 380 revoie à la déclaration prévue par l'article 31 de la loi n° 17-95. Il s'agit d'une déclaration que les fondateurs et les premiers membres des organes d'administration, du directoire et du conseil de surveillance sont tenus de déposer, avec d'autres actes, au greffe du tribunal, en vue de l'immatriculation de la société au registre de commerce.

¹⁸⁵R. LAZRAC, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, éd., Laporte, 1997, p. 31.

¹⁸⁶Art. 380 de la loi n° 17-95 relative à la société anonyme.

¹⁸⁷Chapitre IX de la loi n° 17-95 tel que modifié et complété par la loi n° 20-05 dans ces articles 419-420 qui réglemente ce type d'infractions.

¹⁸⁸Art. 419 de la loi n° 17-95 à la société anonyme.

Dans cette déclaration, les auteurs relatent toutes les opérations effectuées en vue de la constitution régulière de la société et attestent que cette constitution a été réalisée en conformité avec la loi et les règlements.

En cas de modification des statuts de la société, la même déclaration est faite par les membres des organes d'administrations, du directoire ou du conseil de surveillance, en fonction lors de cette modification.

Ce sont donc deux délits que l'article 380 établit à l'occasion du dépôt de cette déclaration de conformité : les auteurs peuvent avoir attesté de faits matériellement faux et aussi ils peuvent avoir omis de relater la totalité des opérations effectuées pour la constitution de la société. Dans les deux cas, l'élément intentionnel doit exister puisque la loi prévoit que les infractions doivent avoir été commises « sciemment ».

Concernant les sanctions en la matière, la loi prévoit un emprisonnement de 1 à 6 mois et/ou une amende de 6.000 à 30.000 DH, en plus de l'irrecevabilité de la demande d'inscription au registre de commerce.

b- Refus de dépôt des pièces ou d'actes au registre de commerce ou défaut de publicité

Les dispositions pénales de l'article 420 sont valables aussi bien au moment de la constitution de la société, qu'au moment des modifications statutaires et autres opérations exigeant les formalités de dépôt de pièces au greffe du tribunal et de publicité.

En d'autres termes, ledit article, sans préjudice de l'application de législations particulières notamment celle relative aux informations exigées des personnes morales faisant appel public à l'épargne¹⁸⁹, sera puni d'une amende de 10.000 à 50.000 DH au lieu d'un emprisonnement de 1 à 3 mois et d'une amende de 8.000 à 40.000 DH ou de l'une de ces deux peines seulement, tout fondateur, administrateur, directeur général, directeur général délégué ou membre du directoire qui ne procède pas¹⁹⁰ dans les délais légaux¹⁹¹ :

- Soit à un ou plusieurs dépôts de pièces ou d'actes au greffe du tribunal.

¹⁸⁹ Les articles 12 et 13 du Dahir portant loi n° 1-93-212 relatif au conseil déontologique des valeurs mobilières et aux informations exigées des personnes morales faisant appel public à l'épargne, tel que modifié ou complété édictent les informations exigées des personnes morales faisant appel public à l'épargne.

¹⁹⁰ L'ancien formule utilisait qui s'abstient ou refuse de mauvaise foi de faire procéder, autrement dit le législateur visait et insistait sur la volonté délibérée de s'abstenir ou de refuser de mauvaise foi.

¹⁹¹ Suppression de la peine privative de liberté et des expressions criminalisant le chef d'entreprise (mauvaise foi, refus, etc...).

- Soit à une ou plusieurs mesures de publicité prévues par la loi relatives aux sociétés anonymes.

Ainsi l'article établit deux infractions majeure, la première concernant les formalités de dépôt, celle où l'auteur de l'infraction ne procède pas au dépôt des pièces ou d'actes au greffe du tribunal. Il s'agit, au moment de la constitution de la société, de la déclaration de souscription et de versement, l'état des versements effectués par chacun d'eux et un exemplaire ou une expédition des statuts¹⁹².

La deuxième relative aux formalités de publicité, il s'agit là de la deuxième infraction qui consiste à ne pas procéder dans les délais légaux, aux formalités de publicités prévues par la loi et particulièrement par l'article 33 de la loi 17-95 abrogé et remplacé par l'article 2 de la loi 20-05 qui a supprimé la double publicité notamment celle précédant l'immatriculation.

Enfin, il est nécessaire de mentionner que l'article 108 de la loi 5-96 relative aux autres sociétés commerciales établit les mêmes délits pour les mêmes infractions. Ainsi et comme on peut le constater, les infractions sont les mêmes avec néanmoins deux différences fondamentales. Dans le cas des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par action, le législateur insiste sur la volonté délibérée de s'abstenir ou de refuser, de mauvaise foi, de faire procéder au dépôt des pièces et aux mesures de publicité, alors que l'article 108 de la loi 5-96 ne parle que d'omission. Ce qui explique que la sanction est différente : dans le cas des sociétés par actions, la sanction peut être l'emprisonnement et/ou une amende de 8.000 à 40.000 DH, alors que l'article 108 ne prévoit qu'une amende de 10.000 à 50.000 DH.

c- Le défaut d'indication de certaines mentions sur les documents de la société

S'agissant d'une infraction qui concerne toutes les sociétés commerciales. Pour les sociétés anonymes, c'est l'article 419 qui punit d'une amende de 1.000 à 5.000 DH, les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme qui auront omis d'indiquer sur les actes ou documents émanant de la société et destinés aux tiers la dénomination sociale, précédée ou suivie immédiatement de la mention « société anonyme » ou des initiales « SA » ou de la mention prévue à l'article 77 3^{ème} alinéa, ainsi que l'énonciation du montant du capital social et du siège social.

¹⁹² C'est l'article 31 de la loi n°17-95 qui fixe les documents à déposer et qui a été modifié par la loi n°20-05 qui a supprimé la déclaration de conformité.

En fait, l'article 419 renvoie à l'article 77 de la même loi qui prévoit la constitution, au choix, de société anonyme à directoire et à conseil de surveillance. Le même délit est prévu pour la société anonyme simplifiée¹⁹³. Ainsi que l'article 112 de la loi n°5-96 relative aux autres sociétés commerciales prévoit le même délit et la même sanction.

Gros au modo, on peut remarquer que dans tous les cas, l'élément intentionnel est absent, il s'agit d'un délit d'omission ce qui explique que la sanction est purement pécuniaire¹⁹⁴.

II- Les infractions relatives au capital social

On braquera les projecteurs sur les infractions qui peuvent être commises à l'occasion de la recherche du capital ou qui sont liées à sa structure. Il s'agit des infractions liées à la souscription et au versement du capital (a), celles qui concernent la surévaluation des apports en nature (b), et des infractions relatives à l'émission et à la négociation des titres (c).

a- Les infractions relatives à la souscription et au versement du capital

D'après l'article 379 de la loi 17-95, il punit d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 8.000 à 40.000 DH ou de l'une de ces deux peines seulement :

- Ceux qui, sciemment, pour l'établissement du certificat du dépositaire constatant les souscriptions et les versements auront affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou auront déclaré que les fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société ont été effectivement versés, ou auront remis au dépositaire une liste des actionnaires mentionnant des souscriptions fictives ou le versement de fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société;
- Ceux qui, sciemment, par simulation de souscriptions ou de versements, ou par publication de souscriptions ou de versements qui n'existent pas ou de tous autres faits faux, auront obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements;
- Ceux qui, sciemment, pour provoquer des souscriptions ou des versements, auront publié les noms de personnes, désignées contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque.

¹⁹³ Art. 438 de la loi n° 17-95 relative à la société anonyme qui dispose : « sera puni d'une amende de 2.000 à 10.000 DH, le président d'une société anonyme simplifiée qui aura omis d'indiquer sur les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers la dénomination sociale, précédée ou suivie immédiatement de la mention « société anonyme simplifiée » ou des initiales « SAS », ainsi que l'énonciation du montant du capital social et du siège sociale ».

¹⁹⁴ R.LAZRAK, *Le nouveau Droit pénal des sociétés au Maroc*, op.cit., p. 35.

Les dispositions de l'article 379 de la loi n° 17-95 vise à sanctionner l'emploi de tous moyens destinés à attirer frauduleusement des capitaux ; l'élément matériel de l'infraction étant l'utilisation de moyens illicites ; quant à l'élément moral, il est exigé pour qu'il y ait infraction puisque le mot « sciemment » figure dans les trois paragraphes de l'article 379.

On peut par ailleurs, comparer l'article 379 de la loi n°17-95, avec des dispositions de l'article 113 de la loi 5-96 relative aux autres sociétés commerciales qui étend ses dispositions aux augmentations de capital des sociétés à responsabilité limitée. Concernant ledit article, dont la rédaction rappelle l'article 423 de la loi française de 1966, on peut soulever que l'élément matériel de l'infraction peut être constitué par plusieurs faits : D'abord, une fausse déclaration dans les statuts de la société en ce qui concerne des mentions qui doivent obligatoirement y figurer, une omission volontaire de la déclaration qui constitue elle aussi une infraction pénale mais également elle eut être une cause de nullité de la société. Ensuite, quant à l'élément moral, l'article 113 est clair, il faut que la fausse déclaration soit faite « sciemment » ou encore que l'omission soit volontaire.

b- Les infractions relatives à la surévaluation des apports en nature

En droit pénal marocain des sociétés, l'article 379 de la loi 17-95 dans son dernier alinéa, punit d'un à six mois et/ou une amende de 8.000 à 40.000 DH « ceux qui, frauduleusement¹⁹⁵, auront fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle ». Alors, il s'agit d'une infraction qui peut survenir, soit à la création de la société, soit au cours de son fonctionnement, notamment à l'occasion de l'augmentation de son capital.

En effet, l'élément matériel du délit consiste à attribuer à un apport en nature, une évaluation supérieure à sa valeur réelle. Le délit est établi à partir du moment où la valeur surévaluée de l'apport en nature a été adoptée par les actionnaires sur la base de faux documents ou d'expertise inexacte.

Aussi il convient de rappeler ici la procédure exigée par la loi lorsqu'il y a apport en nature que ce soit lors de la création ou l'augmentation du capital social. C'est ainsi que les auteurs de l'infraction peuvent être soit les personnes ayant fait l'apport en nature ainsi que les fondateurs de la société ou bien les commissaires aux apports qui comme l'énonce l'article

¹⁹⁵ L'intention frauduleuse, coupable illustre par le terme frauduleusement, de commettre l'infraction et d'être au courant de ses conséquences.

25¹⁹⁶ sont choisis parmi les personnes habilitées à exercer les fonctions de commissaires aux comptes. La responsabilité de ces derniers peut être engagée, lorsqu'on prouve leur complicité dans l'accomplissement du délit.

Dans ce sens, la jurisprudence française a reconnu coupable du délit de majoration frauduleuse d'apports en nature, le commissaire aux apports qui a fait une évaluation supérieure à la valeur des biens apportés, alors qu'il connaissait les graves inexactitudes des estimations¹⁹⁷.

De même d'après le juge français, commet le délit de majoration frauduleuse d'apports, le commissaire aux apports qui, pour la constitution d'une société anonyme, reprend intégralement les valeurs proposées par le président de la société apporteuse, dont il ne pouvait ignorer l'inexactitude car il était par ailleurs commissaire aux comptes de cette société¹⁹⁸.

Enfin, concernant les autres formes des sociétés commerciales marocaines, l'article 106 de la loi 5-96 punit d'un emprisonnement de un à 6 mois et/ ou d'une amende de 2.000 à 20.000 DH les gérants qui auront frauduleusement fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à la valeur réelle.

c- Les infractions relatives à l'émission et à la négociation des titres

D'une vision générale, tous les délits liés à l'émission des actions et obligations par les sociétés anonymes sont purement matériels en ce sens qu'ils sont constitués par le seul fait de ne pas remplir une obligation légale.

S'agissant de sanctions, on peut signaler que pour les délits prévus à l'article 378¹⁹⁹, les peines pourront être portées au double, lorsqu'il s'agira de sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne.

En fait, il faut signaler que concernant l'émission des titres, l'article 114²⁰⁰ ne fait que sanctionner une interdiction prévue à l'article 54²⁰¹ qui déclare qu'à peine de nullité de

¹⁹⁶ Art. 25 de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes, modifiée et complétée par la loi n° 20-05.

¹⁹⁷ C. Cass, Ch. Crim, 12 Avril 1976, Cité dans le Code des sociétés, Dalloz, 1997, p. 554-555.

¹⁹⁸ C. Cass, Ch. Crim, 18 Juin 1990, Cité dans le Cadre des sociétés, op.cit., p. 555.

¹⁹⁹ Art. 378 de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes, modifiée et complétée par la loi n° 20-05.

²⁰⁰ Art. 114 de la loi n°5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation.

²⁰¹ Art. 54. De la loi 5-96, op.cit.

l'émission, il est interdit à une société à responsabilité limitée d'émettre des valeurs mobilières. Ainsi, il ajoute, on outre qu'une SARL ne peut garantir une émission de valeurs mobilières, à peine de nullité de cette garantie.

Quant aux infractions relatives à la négociabilité des actions ou promesses d'actions, le délit suppose, contrairement aux délits liés à l'émission des titres, la mauvaise foi puisque l'article 381²⁰² précise que la négociation irrégulière doit avoir été commise « sciemment ».

En outre l'article 382²⁰³ va encore plus loin puisqu'il punit d'un emprisonnement d'un à six mois et/ou d'une amende de 6.000 à 30.000 DH, toute personne qui, sciemment, aura soit participé aux négociations, soit établi ou publié la valeur des actions ou promesses d'actions dont la négociabilité est soumise aux interdictions prévues par l'article 381. Ainsi on remarque que cet article qui s'applique également aux sociétés anonymes simplifiées et aux sociétés en commandite par actions, établit un délit de complicité²⁰⁴.

Précisant enfin, que certaines de ces dispositions pénales existaient déjà dans l'article 14 du dahir du 11 août 1922 relatif aux sociétés de capitaux et qui punissait quelques infractions en la matière²⁰⁵.

B- Les infractions relatives au fonctionnement de la société

Si on considère que l'un des buts essentiels des lois commerciales est la protection des associés minoritaires et celle des tiers, on comprend l'importance donnée par ces lois aux infractions liées au fonctionnement des sociétés et leurs sanctions. A ce niveau, on pourrait distinguer entre celles liées à l'exercice des fonctions d'administration et de direction de la société (I), des infractions liées aux assemblées générales d'actionnaires (II), et enfin les délits relatifs au contrôle de cette dernière (III).

²⁰² Art. 381 de la loi n° 17-95, *op.cit.*

²⁰³ Ar. 382 de la loi n° 17-95, *op.cit.*

²⁰⁴ Comme le fait d'ailleurs l'article 435 de la loi française du 24 Juillet 1966 sur les sociétés commerciales pour les personnes ayant, en connaissance de cause, participé aux négociations, établi ou publié la valeur des actions dont la négociabilité est illégale. Exemple : société de bourse.

²⁰⁵ P. DECROUX, *Les sociétés en droit Marocain*, éd. La Porte, 1988, p. 447.

I- Les délits concernant l'exercice des fonctions d'administration et de direction de la société

La loi marocaine sanctionne cinq infractions qui touchent la vie de la société. A ce niveau, on se contente seulement de traiter deux infractions s'agissant de la distribution des dividendes fictifs (a) et l'abus des biens sociaux (b).

a- La distribution des dividendes fictifs

Le délit de répartition de dividendes fictifs est constitué lorsque des dividendes sont distribués à partir d'états comptables et financiers fictif ou frauduleux, rendant les dividendes distribuables également fictifs.

Dans le cadre de la société anonyme, l'infraction ci-dessus a été instauré dans l'article 384 de la loi 17-95 comme suit : « ..., en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, auront, sciemment opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs ». Autrement dit selon ledit article surtout son alinéa premier, il suppose que la loi punit l'absence d'inventaire ou un inventaire frauduleux qui non seulement ne donne pas une image fidèle de la société mais constitue une véritable tromperie et un moyen de justifier des dividendes fictifs²⁰⁶ d'un cote, ainsi la distribution de dividendes dans un autre côté.

En droit français, cette infraction est mal dénommée²⁰⁷ selon le Doyen F.P. BLANC vue qu'il a justement relevé que ce sont les bénéfices sur lesquelles sont prélevés les dividendes qui sont fictifs.

Quant au cote de la sanction, le législateur marocain prévoit dans l'article 384 Al 1 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur les sociétés anonymes une sanction « ...d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 DH ou de l'une de ces deux peine seulement les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme qui...auront, sciemment opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictif²⁰⁸ ». Ainsi, cette disposition est également reprise dans les mêmes termes par l'article 107 de la loi 5-96 relatives aux autres formes de sociétés, mais elle n'est pas prévue dans le cas des sociétés anonymes simplifiées.

²⁰⁶S.E. MAATOUK, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit marocain* : « contenu et portée d'un droit pénal spécial », Thèse pour le Doctorat en droit privé e science criminelle, Université de Perpignan, Faculté internationale des droits d'Afrique francophone, 2014, p. 126.

²⁰⁷F.P. BLANC, Cours de droit pénal des affaires, Université de Perpignan, 2001.

²⁰⁸Cette disposition est largement inspirée de l'article 437 alinéa 1 de la loi française de 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

Historiquement parlant, on peut dire que cette infraction existait depuis plusieurs décennies, vu que le législateur l'a introduit dans l'article 15 du Dahir du 11 aout 1922 qui sanctionnait les dirigeants des peines portées à l'article 540 du code pénal marocain²⁰⁹.

Enfin ils obligatoirement de signaler que le dernier alinéa du même article précise que la peine d'emprisonnement est portée au double et le maximum de l'amende à 100.000 DH, si le coupable est une personne ayant fait appel au public en vue de l'émission d'action.

b- L'abus de biens sociaux

En droit pénal marocain des affaires, l'abus de biens sociaux constitue l'infraction la plus courante du droit pénal des sociétés. Le législateur marocain, comme son homologue Français, a adopté ladite notion dans l'objectif de protéger le patrimoine propre de l'entreprise.

En effet, dans le cadre de la société anonyme, cette infraction est réprimée d'après l'article 384 alinéa 3 et 4 de la loi 17-95 qui dispose que les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société encourent une peine d'emprisonnement allant de un à six mois et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 de DH ou de l'une de ces deux peines seulement.

Il ressort de ce texte²¹⁰ que le délit suppose la réunion de quatre éléments essentiels : un acte d'usage de biens²¹¹ ; du crédit ou des pouvoirs²¹², un acte contraire à l'intérêt social, un acte accompli dans un intérêt personnel, et un acte accompli de mauvaise foi.

A rappeler que l'article 376²¹³ stipulait que les dispositions pénales de la loi sur les sociétés anonymes ne sont applicables que si les faits qu'elles répriment ne peuvent pas recevoir une qualification pénale plus grave en vertu des dispositions du code pénal. Cet article qui posait le problème de la loi applicable en matière d'abus de biens sociaux de sociétés anonymes a été abrogé par la loi 20-05²¹⁴ modificatrice de la loi 17-95.

²⁰⁹ R.LAZRAK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, op.cit., p. 50.

²¹⁰ Art. 384 alinéa 3 et 4 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

²¹¹ Utilisation du matériel de la société pour des constructions ou des réparations dans des maisons personnelles à titre d'exemple.

²¹² Prenant à titre d'exemple le fait de donner des ordres à des salariés de la société pour l'accomplissement de travaux dans son intérêt personnel, salariés qui sont subordonnés et doivent obéissance aux dirigeants sociaux.

²¹³ Art. 376 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

²¹⁴ Promulguée par le Dahir n°1-08-18 du 17 Joumada I 1429 (23 Mai 2008).

A signaler que le délit d'abus de biens sociaux peut être commis également par les gérants et toute personne qui, directement ou par personne interposée, a, en fait, exercé la gestion sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux dans la SARL et par les autres formes juridiques commerciales régies par la loi 5-96 telle qu'elle a été modifiée et complétée par la loi 21-05.

Notons enfin, dans le cadre de la SARL, il nous paraît que l'article 107 de la loi 5-96 reprend les termes de l'article 384 en les appliquant aux sociétés commerciales avec la différence que l'amende est fixée dans le cas de ces sociétés de 10.000 à 1.000.000 DH.

II- Les infractions relatives aux assemblées générales d'actionnaires

Ces infractions sont nombreuses et ont pour objet de sauvegarder les droits des actionnaires. Ainsi, l'actionnaire doit être informé (a), appelé (b) et mis en demeure de décider (c).

a- Le droit à l'information

D'une manière permanente, l'actionnaire a le droit d'obtenir des informations sur la vie de la société. Ainsi, la loi 17-95 sur les sociétés anonymes prévoit trois infractions dans ce cadre :

- Le défaut de communication aux actionnaires des renseignements exigés en vue de la tenue des assemblées d'actionnaires : L'article 390 de la loi 17-95 punit d'une amende de 6.000 à 30.000 DH, le président d'une société anonyme qui n'aura pas porté à la connaissance des actionnaires, dans les conditions prévues par la présente loi. Les renseignements exigés en vue de la tenue des assemblées.

Alors on constate que la loi relative aux sociétés anonymes crée l'obligation d'envoyer un certain nombre de documents et renseignements aux actionnaires qui en font la demande.

Remarquons que cette infraction engage la responsabilité du seul président de la société qui encourt uniquement une sanction pécuniaire.

- Le défaut de mise en demeure à la disposition des actionnaires, dans les délais légaux, de certains documents, avant la tenue des assemblées générales : l'article 392 de la loi 17-95 punit d'une amende de 8.000 à 40.000 DH, les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme qui n'auront pas mis à la disposition de tout actionnaire, au siège social, des documents dans la liste est exhaustive.

Notons que le juge français a insisté sur cette obligation et a jugé que le défaut de communication des documents dans le délai prescrit justifie l'application des sanctions pénales même si l'auteur du délit était de bonne foi et quelles que soient les motivations réelles du plaignant²¹⁵.

- Défaut d'envoi de formule de procuration ou de certains documents à tout actionnaire qui en fait la demande : l'article 391 de ladite loi punit d'une amende de 4.000 à 20.000 DH les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion qui n'auront pas adressé, à tout actionnaire qui en fait la demande, certains documents énumérés par le même article²¹⁶.

b- Le droit à la convocation et à la tenue de l'assemblée

On étudiera successivement la convocation de l'assemblée (1) et la tenue de cette dernière (2).

1- La convocation de l'assemblée

Le législateur marocain prévoit dans l'article 389 de la loi 17-95 que sont punis d'une amende de 8.000 à 40.000 DH, les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme qui n'auront pas convoqué, à toute assemblée dans le délai légal, les actionnaires titulaires depuis trente jours de titre nominatifs dans les formes prévues par les statuts.

Dans ce cadre, le tribunal correctionnel de Lyon a jugé que ne constitue pas un fait justificatif susceptible d'effacer l'infraction de défaut de convocation par lettre, le fait que c'est en plein accord avec les actionnaires et sur leur demande expresse que les convocations ont été faites verbalement²¹⁷.

2- La tenue de l'assemblée

Dans ce cadre, on distingue entre trois infractions :

- Le défaut de réunion de l'assemblée générale dans les délais légaux : c'est l'article 388 de la loi 17-95 qui punit d'une amende de 30.000 à 300.000 DH les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme qui n'auront pas réuni

²¹⁵ Tribunal de Paris, le 9 juillet 1980, cité dans le *Bull. mensuel Joly d'information des sociétés*, 1980-660.

²¹⁶ On remarque l'article 391 de la loi 17-95 reprend les dispositions de l'article 444 de la loi française de 1966 sur les sociétés commerciales.

²¹⁷ Jugement de tribunal correctionnel de Lyon, le 7 juillet 1971, cité par le *Code des sociétés*, éd., Dalloz, 1997, p. 569.

l'assemblée générale ordinaire dans les six mois de la clôture de l'exercice, ou pendant la période de sa prorogation, qui n'auront pas soumis à l'approbation de ladite assemblée les états de synthèse annuels et le rapport de gestion.

Notons que le juge français a affirmé que l'omission de convoquer l'assemblée générale ordinaire dans le délai légal constitue à elle seule un délit, sans intention frauduleux²¹⁸.

Remarquons également que l'article 110 alinéa 2 de la loi 5-96 relatives aux autres formes de sociétés, qu'il reprend les termes de l'article 388 précité, sauf que l'article 110 prévoit comme sanction des gérants une amende de 2.000 à 20.000 DH.

- Le défaut de la tenue d'une feuille de présence ou encore défaut de jonction des pouvoirs à la feuille de présence : l'article 393 de la loi 17-95 énumère, de façon détaillée, les documents qui doivent constater matériellement la tenue d'assemblée générale des actionnaires, les procès-verbaux et les feuilles de présence.

Le législateur marocain est inspiré de l'article 447 de la loi française de 1966 qui sous-entend la mauvaise foi pour caractériser l'infraction, puisque le texte parle de « sciemment ». En conséquence, les simples omissions ou erreurs ne sont pas sanctionnées.

Notons enfin, que le juge français a eu parfois à connaître de cas de falsification de documents formalisant la tenue d'assemblées générales d'actionnaires. C'est ainsi qu'il a déclaré que la falsification de feuilles de présence de l'assemblée générale d'une société anonyme, pouvant permettre de contester la régularité et les pouvoirs de l'assemblée ainsi que la validité des décisions prises, constitue le délit de faux, le caractère préjudiciable résultant de la nature même de la pièce falsifiée²¹⁹.

c- Le droit au vote

On s'attachera dans ce cadre à l'analyse de la légalité (1) et la sincérité du vote (2).

²¹⁸ Arrêt de la Cour de Cass, Cham. Crim, le 11 mai 1981, cité dans *le Code des sociétés*, Dalloz, *op.cit.*, p. 568.

²¹⁹ Arrêt de la Cour de Cass., Cham. Crim, le 16 mars 1970, cité dans *la Revue des sociétés*, 1970- 480.

1- La légalité du vote

L'article 394²²⁰ punit d'une amende de 6.000 à 30.000 DH, le président de séance et les membres du bureau de l'assemblée qui n'auront pas respecté lors des assemblées d'actionnaires, les dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions.

Ainsi, le législateur dans l'article 387 surtout dans son premier alinéa, donne un exemple d'une situation éventuelle relative à ceux qui, sciemment, auront empêché un actionnaire de participer à une assemblée d'actionnaire. Cette infraction sera punie d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 8.000 à 40.000 DH ou de l'une de ces peines seulement.

2- La sincérité du vote

Un vote peut se trouver fausser de deux façons : par la personne dont il émane, étrangère à la société et par l'orientation qu'on lui donne. Donc parmi les infractions liées au vote lors des réunions d'assemblées générales sont :

- La fraude dans la qualité du vote : l'article 387 alinéa 2 punit d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 8.000 à 60.000 DH ou de l'une de ces deux peines seulement, ceux qui, en se présentant faussement comme propriétaire d'actions auront participé au vote dans une assemblée d'actionnaires, qu'ils aient agi directement ou par personne interposée²²¹.
- La fraude dans le contenu : le vote orienté n'est plus libre, même s'il a l'apparence de la sincérité. D'où l'article 387 alinéa 3, qui punit ceux qui seront fait accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans certains sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que ceux qui auront accordé, garanti ou promis ces avantages.

Sont punissables aussi bien les « corrupteurs » que « corrompus » et le terme d'« avantage » ne s'applique évidemment pas seulement aux avantages appréciables en argent, et ne suppose pas que le but visé ait été atteint, l'actionnaire pouvant par exemple n'avoir finalement pas voté dans le sens convenu.

²²⁰C'est la même infraction prévue par l'article 448 de la loi française de 1966 dont la rédaction est d'ailleurs identique. Elle peut concerner par exemple, le droit de vote attaché à l'action qui appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu propriétaire dans les assemblées générales extraordinaires.

²²¹A propos de cette infraction, voir le jugement du tribunal de Paris, le 11 mai 1993 rapporté par *la Gazette du Palais*, 1993-2-576.

III- Les infractions relatives au contrôle de la société

Le contrôle de la société est assuré essentiellement par le ou les commissaires aux comptes qui, sont chargés à une mission de contrôle et du suivi des comptes sociaux dans les conditions et pour les buts déterminés par la loi. Ainsi, quant aux infractions commises au niveau de ce contrôle, on trouve les infractions liées à la désignation du commissaire aux comptes et sa convocation aux assemblées générales (a), et les infractions relatives aux obstacles mis aux vérifications des commissaires aux comptes (b).

a- Les infractions concernant la désignation du commissaire aux comptes et sa convocation aux assemblées générales

D'après l'article 403 de la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes tel qu'elle a été modifiée par la loi 20-05 édicte qui « seront punis d'une emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 10.000 à 50.000 DH, ou de l'une de ces deux peines seulement, les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme qui n'auront pas provoqué la désignation des commissaires aux comptes de la société.

Seront punies de l'amende prévue à l'alinéa précédent les mêmes personnes qui n'auront pas convoqué les commissaires aux comptes de la société aux assemblées d'actionnaires dans lesquelles la présentation d'un rapport desdits commissaires est requises ».

A partir de cet article, on déduit que la loi établit deux infractions à savoir l'omission de provoquer la désignation des commissaires aux comptes (1) et le défaut de convocation des commissaires aux comptes aux assemblées générales (2).

1- L'omission de provoquer la désignation des commissaires aux comptes

La loi 17-95 fait obligation à chaque société anonyme de désigner un ou plusieurs commissaires aux comptes, ainsi l'article 159 de la même loi édicte que les sociétés faisant appel public à l'épargne sont tenues de désigner au moins deux commissaires aux comptes²²².

Cette désignation est effectuée par l'assemblée générale des actionnaires et toute omission de provoquer la désignation du ou des commissaires aux comptes est sanctionnée par la loi puisqu'il s'agit d'une infraction non intentionnelle qui est constituée, même en l'absence de mauvaise foi.

²²² Il en est de même des sociétés de banque, de crédit, d'investissement, d'assurance, de capitalisation et d'épargne.

La jurisprudence française en effet, estimée que la désignation d'un commissaire aux comptes dans les statuts ou par l'assemblée générale des actionnaires n'est pas suffisante dès lors que cette désignation n'a pas été portée à la connaissance du commissaire aux comptes et de ce dernier n'a jamais été invité à opérer les contrôles pour lesquels il a été mandaté²²³.

2- Le défaut de convocation des commissaires aux comptes aux assemblées des actionnaires

L'article 170 de la loi 17-95 dans son premier alinéa édicte que « *le ou les commissaires aux comptes sont convoqués à la réunion du conseil d'administration ou du directoire qui arrête les comptes de l'exercice écoulé, ainsi qu'à toute les assemblées d'actionnaires...* ».

L'omission de cette convocation aux l'assemblées générales constitue une infraction²²⁴ passible d'un emprisonnement de un à six mois et/ ou une amende de 10.000 à 50.000 DH, même si l'infraction n'est pas intentionnelle. Cette disposition édictée par l'article 403 de la loi 17-95 est la même que celle de l'article 455 de la loi française de 1966, elle semble être la plus sévère du droit des sociétés français et marocain²²⁵.

b- Les infractions concernant les obstacles mis aux vérifications des commissaires aux comptes

Selon l'article 406 de la loi 17-95, il édicte qu'ils « seront puni d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 6.000 à 30.000 DH ou de l'une de ces deux peines seulement, les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion ou de toute personne au service de la société qui auront, sciemment, mis obstacle aux vérifications ou contrôles des experts ou des commissaires aux comptes nommés en exécution des articles 157 et 159 ou qui leur auront refusé la communication sur place de toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission, et notamment de tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux ».

Donc, deux délits sont prévues par l'article 406, il s'agit de :

²²³ Jugement du tribunal correctionnel de Paris, 2 novembre 1979, Gazette du Palais, 1980, n°2, cité par R.LAZRAK *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc, op.cit.* p. 89.

²²⁴ Art. 403 alinéa 1 de la loi 17-95 modifié par la loi 20-05 sur les sociétés anonymes.

²²⁵ R.LAZRAK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc, op.cit.*, p. 90.

- Les obstacles aux vérifications et contrôles peuvent prendre des formes diverses, et on peut donner à titre d'exemple le fait de refuser l'entrée des locaux, la réticence, le retard, la remise tardive de documents etc...
- Le second délit concerne le refus de communiquer aux commissaires aux comptes toutes pièces utiles à l'exercice de leur mission. Ces pièces peuvent être des contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux²²⁶.

En effet, le délit d'entrave aux fonctions du commissaire aux comptes peut être commis par tous moyen et notamment par refus de communiquer, en original ou en copie, toutes pièces nécessaires à l'exercice desdites fonctions.

Dans tous les cas, l'élément intentionnel est nécessaire puisque la loi utilise le terme « sciemment ».

Paragraphe 2 : Les infractions relatives à la fin de la société

Il s'agira de voir dans le cadre de ce paragraphe les infractions qui sont susceptibles d'être commises à l'occasion de la dissolution de la société (A) et surtout de sa liquidation (B).

A- La dissolution de la société

Le droit pénal des sociétés est également présent au niveau de la dissolution des sociétés anonymes (I) et des sociétés à responsabilité limitée (II).

I- Au niveau de la société anonyme

C'est ainsi que les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion peuvent être frappés de peines d'emprisonnement et d'amendes si après élaboration des états de synthèse, ils ont constaté que la situation nette de la société est inférieure au quart du capital social et n'ont pas procédé, dans les trois mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, à la convocation de l'assemblée générale extraordinaire afin qu'elle décide de la dissolution anticipée éventuelle de la société²²⁷. La sanction prévue dans ce cas est d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 4.000 à 20.000 DH ou de l'une de ces deux peine seulement.

²²⁶ Les mêmes citées par l'article 458 de la loi française de 1966.

²²⁷ Art. 407 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

En ce qui concerne l'élément moral de l'infraction, il suffit que les auteurs du délit aient eu connaissance que la situation nette de la société est devenue inférieure au quart du capital social du fait de pertes constatées dans les états de synthèses et qu'ils n'aient pas convoquées l'assemblée générale extraordinaire pour que le délit soit constitué et que la sanction soit applicable. Il s'agit donc d'un délit avec élément non intentionnel.

Est également sanctionnée l'omission de publicité de la décision adoptée par les actionnaires. Elle est punie²²⁸ d'une amende de 10.000 à 50.000 DH de façon générale pour les sociétés anonymes²²⁹.

Pour F.DESPORTES et F.LE GUHENE²³⁰, il convient de prendre en considération le moment où a été commise l'infraction : si elle ne l'a été qu'au cours de l'existence de la personne morale, par accident, un certain temps après sa création, alors la dissolution ne peut être prononcée sauf à établir que l'objet même de la personne morale, au moment de sa création, était de commettre l'infraction.

Selon P.LE CANNU, il ne sera pas nécessaire d'apporter la preuve que l'unique dessein des fondateurs était de commettre l'infraction et l'on pourra se contenter de la preuve d'un dessein principal²³¹.

En définitive, il convient de préciser que la dissolution pour une personne morale correspond à la peine capitale pour une personne physique.

En effet, la dissolution –sanction contrarie l'impératif de continuation de l'entreprise que commande le droit des entreprises en difficultés et ce n'est pas une peine prescriptible à laquelle on peut échapper sauf à imaginer que le parquet oublie de saisir le tribunal chargé de la liquidation. De plus, elle empêche toute réhabilitation en entraînant la disparition pure et simple du délinquant.

²²⁸ Chapitre IX de la loi 17-95 telle que modifiée par la loi 20-05 sur les sociétés anonymes dans son article 40.

²²⁹ Il existe d'autres cas de dissolution anticipée de la société anonyme, mais ceux-là ne sont pas sanctionnés pénalement. Il en est ainsi : Voir les articles 356 et 358 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

²³⁰ M.DESPORTES et LE GUHENES, Juris. Class., « *Peines applicables aux personnes morales* », articles 131-37 à 131-49 du code pénal, n°21.

²³¹ LE CANNU, « *Dissolution, fermeture d'établissement et interdiction d'activités* », Rev, des sociétés 1993, p.341.

II- Au niveau de la société à responsabilité limitée

Des sanctions pénales²³² sont prévues à l'encontre des gérants d'une SARL qui malgré avoir constaté que la situation nette de la société devient inférieure au quart du capital social du fait des pertes constatées dans les états de synthèses ont intentionnellement (sciemment), omis :

- De consulter les associés afin de décider s'il y a lieu de procéder à une dissolution anticipée de la société, dans les trois mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître ces pertes.
- Et de faire les formalités de dépôt au greffe du tribunal, d'inscription au registre de commerce et de publication dans un journal d'annonces légales, la décision adoptée par les associés.

Ces sanctions consistent en un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 2.000 à 20.000 DH ou de l'une de ces deux peines²³³.

B- La liquidation de la société

Ces délits sont liés aux missions confiées au liquidateur par la loi et les statuts de la société, et ils sont au nombre de deux : les infractions d'omission (I), et celles de commission (II).

I- Les infractions d'omission

On traitera successivement le défaut de publication de l'acte nommant le liquidateur (a), le défaut de convocation des actionnaires en fin de liquidation ou défaut de dépôt des comptes au greffe du tribunal (b), ainsi que le manquements aux obligations prévues par le Dahir des obligations et des contrats (c).

a- Défaut de publication de l'acte nommant le liquidateur

Selon l'article 421 de la loi 17-95, il est puni d'un emprisonnement de un à trois ans et/ou d'une amende de 5.000 à 25.000 DH, le liquidateur d'une société qui en toute connaissance de cause, n'aura pas, dans le délai de trente jours de sa nomination, publié dans le journal d'annonces légales et en outre, au bulletin officiel, si la société a fait appel public à

²³² Art. 115 de la loi 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par action, la société à responsabilité limitée et la société en participation.

²³³ D'autres cas de dissolution anticipée de la SARL sont également prévus mais ne sont pas sanctionnés pénalement. C'est le cas de la dissolution anticipée en plein droit si le nombre des associés devient supérieur à 50 et que la SARL ne se transforme pas dans les 2 ans en société anonymes, et la dissolution anticipée décidée en justice ou à la demande de tout intéressé si au cours de la vie sociale le capital social devient inférieur à 10.000 DH et que la société, dans un délai d'un an n'ait pas augmenté son capital à un montant au moins égal à 10.000 DH, ou bien ne s'est pas transformée en société d'une autre forme.

l'épargne, l'acte nommant liquidateur et procédé au dépôt au greffe du tribunal et à l'inscription au registre de commerce des décisions prononçant la dissolution.

En effet, les dispositions de l'article 421²³⁴ se réfère à l'article 363²³⁵ qui prévoit qu'à la diligence du liquidateur, les mêmes indications sont portées, par simple lettre, à la connaissance des porteurs d'actions et d'obligations nominatives, mais cette obligation n'est pas concernée par les sanctions prévues à l'article 421²³⁶.

A la fin, en remarque que les sanctions prévues sont excessives par rapport à l'importance de l'infraction²³⁷.

b- Défaut de convocation des actionnaires en fin de liquidation ou défaut de dépôt des comptes au greffe du tribunal

La même sanction de un à trois mois et/ou d'une amende de 5.000 à 25.000 DH prévue par le même article²³⁸ pour le liquidateur qui commettra les deux infractions ci-dessus. En effet, l'article 368, prévoit que les actionnaires sont convoqués en fin de liquidation pour délibérer sur les points déjà mentionnés.

A défaut de cette convocation, tout actionnaire peut demander au président du tribunal, statuant en référé, la désignation d'un mandataire chargé de procéder à la convocation. Quant au liquidateur défaillant, il reste exposé aux sanctions prévues.

c- Manquement aux obligations prévues par le Dahir des Obligations et des Contrats

L'article 422 réprime d'une part le non-respect des obligations des articles 1064 à 1091 du Dahir des obligations et des contrats²³⁹ et celles de la loi 15-95, qui traitent de la liquidation et du partage et d'autre part les obligations édictées par la loi 17-95 concernant « l'inventaire,

²³⁴ Les dispositions de l'article 241 alinéa 1 sont les mêmes que celles de l'article 486 alinéa 1 de la loi française de 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

²³⁵ Art. 363 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

²³⁶ R.LAZRAK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, op.cit., p. 100.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ Art.421 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

²³⁹ Concernant tout particulièrement le dahir du 12 aout 1913 format code des obligations et des contrats, celui-ci dans son titre VII régit, notamment, certains aspects de la liquidation de sociétés, cité par F.P. BLANC, *Les obligations et les contrats en droit marocain* (DOC annoté), Sochepress-Université, 1989, p. 659 et s.

l'établissement des états de synthèse, la tenue des assemblées, l'information des actionnaires et la conservation des fonds et des documents sociaux²⁴⁰ ».

Ces délits correctionnelles sont punis d'un emprisonnement d'un à trois mois et/ou d'une amende de 5.000 à 25.000 DH. Ce sont des délits intentionnels puisque la loi utilise le terme « sciemment²⁴¹ ».

II- Les infractions de commission

Il s'agit essentiellement de l'abus des biens sociaux et du crédit de la société (a), la cession illégale de l'actif de la société en liquidation (b), et la répartition de l'actif social entre les actionnaires avant l'apurement du passif ou défaut de répartition des capitaux subsistants (c).

a- Abus des biens sociaux et du crédit de la société par le liquidateur

D'après l'article 423 de la loi 17-95 sanctionne d'un emprisonnement de un à six ans et ou d'une amende de 8.000 à 40.000 DH, le liquidateur qui, de mauvaise foi, aura fait des biens ou du crédit de la société en liquidation, un usage qu'il savait contraire à l'intérêt économique de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement.

On constate ici, que le législateur marocain reprend la même formule utilisée à l'article 384 alinéa 3 pour qualifier l'infraction d'abus de biens sociaux ou de crédit de la société, mais en l'adoptant à la société en liquidation.

En effet, le juge français a estimé dans son analyse de l'article 488²⁴², qu'un mandataire social (le liquidateur) doit répondre personnellement de ses agissements délictueux qui sont de nature à causer un préjudice direct non seulement à la société elle-même, mais également à ses associés ou actionnaires²⁴³.

b- Cession illégale de l'actif de la société en liquidation

Le même article dans son alinéa 2 punit des mêmes sanctions le liquidateur qui de mauvaise foi, aura cédé tout ou partie de l'actif de la société en liquidation, contrairement aux dispositions des articles 365 et 366 de la même loi sur les sociétés anonymes.

²⁴⁰ Art. 422 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes, cité par S.E.MAATOUK, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit marocain* « contenu et portée d'un droit pénal spécial. op.cit. p. 137.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Art. 488 de la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

²⁴³ C. Cass, Ch. Crim, Novembre 1993, cité dans le Code des sociétés, 1997, p. 590.

c- Répartition de l'actif social entre les actionnaires, avant l'apurement du passif ou défaut de répartition des capitaux subsistants

Le dernier délit crée à l'encontre du liquidateur est celle définie à l'article 424. Il s'agit, en fait, de deux infractions différentes, D'une part, est sanctionné le liquidateur qui :

- Aura procédé à la répartition de l'actif social de la société en liquidation avant l'apurement du passif ou avant la constitution de réserves suffisantes pour en assurer le règlement.
- D'autre, qui n'aura pas partagé les capitaux propres subsistant, après remboursement du nominal des actions entre les actionnaires et proportionnellement à leur part dans le capital.

Quant à la sanction, ces deux infractions sont punies d'un emprisonnement d'un à six mois et/ou d'une amende de 4.000 à 20.000 DH.

Sous-section 2 : Quelles sanctions pour quelles infractions

On peut dire que le législateur marocain quand il a adopté des textes pénaux au sein du droit de société, il a cherché à maintenir les règles de fond du droit pénal, en les remodelant prenant en considération la spécificité desdits textes en matière des sociétés commerciales²⁴⁴.

De ce fait on va chercher à mettre la lumière sur la complicité dans la criminalité des affaires notamment les infractions commises au sein d'une société, et la responsabilité pénale du fait d'autrui d'une part (paragraphe 1), avant de se pencher sur le régime répressif des sanctions applicables en la matière (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les infractions des sociétés commerciales entre complicité et responsabilité pénale du fait d'autrui

On va essayer de traiter, d'analyser les facettes et la spécificité de la complicité pénale au sein du droit pénal des sociétés (A), ainsi que l'essence de la responsabilité pénale du fait d'autrui dans les infractions relatives au droit de sociétés commerciales (B).

²⁴⁴S. ALOUAZIRI, « La politique criminelle dans le domaine des sociétés commerciales », Rapport pour l'obtention de thèse en droit privé, Centre de recherche en droit des affaires, Université Mohammed V, Agdal, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Rabat, 2005-2006, p. 30 (version arabe).

A- Les particularités de la complicité pénale au sein du droit pénal des sociétés

D'après le code pénal : « *sont considérés comme coauteurs, tous ceux qui, personnellement, ont pris part à l'exécution matérielle de l'infraction*²⁴⁵ ».

On constate que le législateur pénal considère la complicité comme étant un fait qui nécessite la coopération ou la collaboration de plusieurs personnes pour l'accomplissement matériel d'une infraction, ce qui suppose l'existence de l'élément matériel et intentionnel de ce complice, de ce fait ce dernier est considéré comme étant l'auteur principale et mérite la même sanction²⁴⁶.

Ainsi, si l'un des élément du fond ou de forme pour la constitution d'une société était un élément multilatéral, pérennant en considération l'article 982 du code des obligation et contrat qui prévoit 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* » , et tenant en compte que le législateur dans le dernier alinéa de l'article 44 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales prévoit quelorsque la société, ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée associé unique²⁴⁷.

On peut concevoir que le multilatéralisme ou la diversité supposent la contribution de plusieurs personnes dans un projet particulier afin de partager les bénéfices et les pertes entre eux. Ceci signifie la possibilité de commettre une infraction soit par une seule personne ou à travers la complicité des plusieurs coauteurs²⁴⁸ dans le même délit en droit pénal des sociétés commerciales.

De ce fait où le droit pénal des sociétés commerciale s'adresse au personne ayant une qualité spécial, et après la détermination de la responsabilité pénale, le législateur à travers la loi illustre la qualité de l'auteur de l'infraction ainsi que sa sanction en prenant en considération l'intention pénale de ce dernier. On peut dire alors, que la complicité en droit pénale des sociétés commerciales pose une certaine particularité.

²⁴⁵ Art. 128 du code pénal marocain.

²⁴⁶ M. BENJALOUNE, *Explication du droit pénal général et ses applications*, Imprimerie AIJASSOUR, Oujda, 2004, p. 158 et 159 (version arabe).

²⁴⁷ Le législateur marocain prévoit dans ce dernier alinéa que « *Lorsque la société, contrairement aux dispositions de l'article 982 du dahir formant code des obligations été des contrats, ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée associé unique. L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés par les dispositions du présent titre* »

²⁴⁸ A.H ALJOUNDI, *Le droit pénal des transactions commerciales*, Imprimerie Université du Cair et le livre universitaire, Le Cair, 1989, p.141 (version arabe).

Donc, l'illustration du particularisme de la complicité en droit pénal des sociétés, soit dans le cas où l'auteur contribue à l'exécution de l'acte matériel de l'infraction d'une part, où au moment de l'existence d'un accord entre auteur et coauteurs pour exécuter le délit d'autre part, sachant que les deux cas précités sont considérés comme complicité pénale sous l'énoncé de l'article 128 du code pénal, nous paraît une idée saine et juste pour clarifier notre point de vue en la matière.

Pour bien expliquer notre point de vue, on traitera la contribution de l'auteur au moment de l'exécution de l'acte dans un premier lieu (I), avant de s'interroger sur la question du consensus entre divers auteurs pour l'exécution de la infraction dans un deuxième lieu (II).

I- La contribution de l'auteur au moment de l'exécution de l'acte

Il convient de noter en premier, que le délinquant dans les délits de société, souvent dans la majorité des cas est un gérant, et de ce fait; c'est un acteur principal et réel dans la commission de ce fait, même s'il est gérant fictif (homme de paille) il reste comme même responsable sauf preuve contraire durant la continuité pénale, prenant à titre d'exemple : un embauché, un défaut de vote... etc.

La jurisprudence française est sévère à ce sujet, cependant le législateur marocain avait la sagesse d'élargir les incriminations des gérants principaux²⁴⁹.

Ainsi la doctrine²⁵⁰ analyse la question de la complicité dans les infractions relatives au droit de société, et considère que la difficulté réside dans le cas où une personne étrangère à la société commet ladite infraction, de même que si cette dernière s'avère en relation directe avec une autre dans la même société, ce dernier est considéré complice et la sanction s'étend selon la gravité de l'infraction.

A signaler à titre d'exemple²⁵¹ que si le salarié dans le cadre de son travail au sein de la société ignore que le fait qu'il commet tombe sous le coup d'une complicité, ce dernier ne saura être puni que si son acte constitue une infraction pénalement sanctionnée.

De notre sens, concernant la question de complicité en droit pénal de sociétés commerciales, on peut constater que chaque personne (coauteurs) contribue directement à l'exécution de l'acte matériel de l'infraction peut être considéré comme auteur principal dudit délit.

²⁴⁹P. Conte, J. Wilfrid, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Juris Classeur Affaires Finances, Litec, Paris, 2004, p.12..

²⁵⁰H.A. ALJOUNDI, *Le droit pénal des transactions commerciales*, op.cit., p. 142 (version arabe).

²⁵¹Article 129 code pénal marocain.

Ainsi l'analyse de la complicité dans les infractions relatives aux sociétés fait rejaillir deux scénarios à envisager:

- S'il s'avère que celui qui a contribué à l'exécution matérielle de l'infraction est un membre de la société, par exemple un dirigeant, où il cumule la fonction de dirigeant et président de la société, ou commissaire aux comptes.
- S'il s'avère que ceux qui ont contribué à l'exécution matérielle de l'infraction possèdent une qualité particulière d'une part, ou d'autres complices ne possédant pas la qualité précitée comme le salarié ou l'employé.

S'agissant du premier cas, les auteurs d'une telle contribution doivent être poursuivis en tant qu'auteur principal en se basant sur l'article 128 du code pénal du moment que tous les éléments constitutifs de l'infraction sont réunies.

Par rapport au deuxième cas, commençant par les personnes ayant une qualité particulière, et qui ont contribué à l'exécution matérielle de l'infraction, ces derniers doivent être considérés comme étant des auteurs principaux de l'infraction et sanctionnés selon l'article 128 du code pénal marocain.

Ensuite, en ce qui concerne les complices qui ne possèdent pas la qualité mentionnée dans ledit article, selon notre point de vue, ils doivent être poursuivis comme étant des participants en droit pénal des sociétés commerciales²⁵².

II- Le consensus entre divers auteurs pour l'exécution de l'infraction

Ce cas trouve mise en application au moment et dans les cas où il y a prise de décision par les organes de la société, et que ces décisions sont de nature à porter atteinte à celle-ci.

Sachant pertinemment que la doctrine et la jurisprudence considère qu'il y a complicité présumer dans le cas où il y a consensus et détermination, même s'il y a absence de connaissance de celui qui a commis l'acte matériellement²⁵³.

Par ailleurs, à titre indicatif, les personnes pénalement responsables surtout dans les sociétés anonymes sont les membres du conseil d'administration, y compris le président, les directeurs généraux non élus par le conseil et les directeurs généraux délégués, dans les sociétés

²⁵² Prenant à titre d'exemple, l'article 439 de la loi 17-95 qui prévoit que : « sont punis d'une amende de deux millions de dirhams, les dirigeants de la société anonyme simplifiée qui auront fait appel publiquement à l'épargne ».

²⁵³ A. EL KHAMLI, *Explication du droit pénal*, Section générale, 2^{ème} éd, Al Maarifa, Rabat, Imprimerie ALMAARIF AL JADIDA, Rabat, 1989, p. 190 (version arabe).

anonymes avec conseil d'administration d'une part. D'autre part, dans le cas des sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance, la détermination des personnes pénalement responsables dépend des attributions conférées selon l'article 373 de la loi 17-95.

Ainsi dans la majorité des cas, toutes les décisions sont prises au sein des conseils, ce qui veut dire, que si une décision implique une infraction, elle ne peut pas être prise, ce qui signifie en principe, l'absence du délit. Autrement dit, le cadre général de la commission d'une infraction relatif au droit pénal des sociétés est couvert d'une façon ou d'une autre par des décisions votées à l'unanimité (a) ou la majorité (b) des voies constituant le conseil d'administration ou de surveillance²⁵⁴.

a-Cas d'une décision unanime

La jurisprudence française considère que la poursuite du conseil d'administration est infondée du moment que ce dernier est dépourvu de la personnalité morale ce qui l'exonère de la responsabilité, alors cette dernière incombe aux organes de gestion en les considérant comme étant auteurs principaux poursuivis comme complices selon l'article 128 du code pénal marocain²⁵⁵.

Ainsi la décision prise dans le cadre de l'assemblée reflète une volonté commune de commettre tel acte, ce qui veut dire que l'intention pénale est omniprésente même si d'autres actionnaires n'ont pas contribué directement à l'exécution de l'infraction²⁵⁶, Donc, la décision prise par ces derniers (les actionnaires) reflète une certaine complicité.

b- Cas d'une décision à la majorité

Dans le cadre normal au sein des sociétés, les décisions peuvent être prises à la majorité. Le fait de dire que le conseil d'administration est dépourvu de personnalité morale, ce qui s'inscrit dans la logique de poursuite des membres du conseil d'administration ou de surveillance entant que personne physique étant donné que ce sont les représentants de la personne morale, engendre le problème des personnes qui n'ont pas voté et sont considérées comme minorité au sein de la société. Autrement dit est-ce que ces derniers assument une part de responsabilité par rapport à ces décisions qui les engagent ?

²⁵⁴ S. ALROUBIYO, « La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés anonymes, les infractions financières à travers la jurisprudence de la cour de cassation », 7^{ème} Séminaire régional, DAR ATALIBA, Oujda, Du 31 mai au 1 juin 2007, Publication de l'association de solidarité sociale des juges et personnel de la Cour de cassation, Imprimerie Aloumniya, Rabat, 2007, p. 418 (version arabe).

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ A. KHAMLIHI, *Explication du droit pénal*, Section générale, *op.cit.* p. 190 (version arabe).

Selon la doctrine et la jurisprudence, la décision ayant une portée délictuelle rendue dans le cadre de la majorité engage tous les membres du conseil d'administration²⁵⁷.

Ce qui met en cause le principe de la responsabilité pénale du fait personnel, qui trouve son fondement juridique dans l'article 401 de la loi 17-95 édicte que : « *Seront punis d'une amende de 10.000 à 50.000 dirhams, les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme qui, sciemment, auront procédé à une réduction du capital social...* »

Ainsi, si l'ensemble des textes pénaux répriment les membres des organes d'administration et de gestion, la loi 17-95 les énumèrent précisément dans son article 373, dans les sociétés anonymes à conseil d'administration, les membres du conseil d'administration y compris, le président et les directeurs généraux extérieurs au conseil et les directeurs généraux délégués, et dans les sociétés anonymes à directoire et à conseil de surveillance, les membres de ces organes selon leurs attributions respectives.

Parallèlement à ces stipulations, et en se fondant sur les principes fondamentaux consacrant le droit de chaque individu à un procès équitable et au droit de la défense, on peut faire une distinction entre ceux qui y'ont donné leur acceptation et ceux qui ont refusé et ceux qui se sont absentés.

- Concernant les absents, les partisans de ce courant²⁵⁸ considèrent que le dirigeant qui s'est absenté, en prouvant qu'il avait connaissance du fait délictueux, ce dernier pouvait être considérée comme étant complice et même il subirait une poursuite pénale soumise aux dispositions de l'article 128 du code pénal.

A notre avis, on pense naturellement que c'est une sorte de dissimulation plus qu'une négligence, cependant on peut s'interroger mutuellement sur les causes d'absence de ce dernier, si cette absence est justifiée pour non convocation à l'assemblée, on pense que ce dernier dispose d'un alibi, ou la cause de cette absence peut être justifiée par une cause de force majeur.

- Pour celui qui s'est abstenu : ce dernier doit prouver les causes de son abstention, les juges de fond vont plus loin est considère que ce dernier est responsable dans le cas où il y a

²⁵⁷ S. ROUBIO, « La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés anonymes, les infractions financières à travers la jurisprudence de la cour de cassation », *op.cit.* p. 418 (version arabe).

²⁵⁸ S. ALROBIO, « La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés anonymes, les infractions financières à travers la jurisprudence de la cour de cassation », *op.cit.* p. 418 (version arabe).

intention frauduleuse au moment où il s'avait que la décision prise dans le conseil aboutira à un fait délictueux²⁵⁹.

Ceci dit, la philosophie du droit pénal des sociétés, laisse entendre que celui qui s'abstient au vote, demeure responsable pénalement et devrait être poursuivi en tant que complice par ce qu'il pouvait d'une façon ou d'une autre empêcher la réalisation d'un tel fait.

- Concernant celui qui s'est opposée à la décision du conseil, son exonération de la responsabilité est intimement liée à deux conditions : primo, ce dernier doit prouver à travers un procès-verbal son opposition concernant le vote contre la décision délictueuse prise par l'assemblée, secundo, montré qu'il ne pouvait d'une façon ou d'une autre empêcher la décision du conseil, et le juge de fond dans ce cas, peut en apprécier librement étant donné qu'il dispose d'un large pouvoir discrétionnaire.

C'est la position adoptée par la doctrine française, qui considère que ce dernier doit prouver son refus de vote dans l'assemblée par un procès-verbal, et même qu'il doit démissionner dans les cas graves pouvant aboutir à des malversations²⁶⁰.

B- La clarification de la responsabilité pénale du fait d'autrui en droit pénal des sociétés

La clarification de la responsabilité pénale du fait d'autrui exige de mettre en lumière son existence au sein de la législation marocaine, ainsi sa validité en droit pénal des sociétés commerciales.

Donc, le cadre de cette partie mettra en œuvre la consécration législative de la responsabilité pénale du fait d'autrui, (I) avant de mettre l'accent sur la dite responsabilité qui n'est qu'une exception à la règle c'est-à-dire une responsabilité personnelle en la matière (II), pour conclure sur la question de l'élément moral (III).

I- La consécration exceptionnelle de la responsabilité pénale du fait d'autrui

Il convient de préciser en premier lieu que ce système est d'origine Française, adopté en Angleterre étant donnée la souplesse de la charge de la preuve en particulier et l'application de la loi en général, mais à titre indicatif, il a été rejeté par la loi Irlandaise.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ A.S. CHOUKRI, *Le médiateur dans les sociétés et les groupes économiques*, Série 4, Première impression, Imprimerie Al Maarif Al Jadida, Rabat, 2004, page 173 (version arabe).

Le système de la responsabilité matérielle connaît une expansion formidable en France, en Angleterre, en Scotland, à titre d'exception au principe français qui édicte que «nul n'est punissable qu'en raison de son propre fait» de même que cette exception peut être parfois d'ordre judiciaire ou législative²⁶¹.

Ainsi, cette responsabilité du fait d'autrui dans le domaine civil est très reconnue, vue la diversité des textes juridiques qui la traite au sein de la législation marocaine²⁶².

Donc, l'origine de l'article 132 du code pénal est la responsabilité pénale personnelle où l'alinéa premier dudit article dispose que «*toute personne saine d'esprit et capable de discernement est personnellement responsable : des infractions qu'elle commet, des crimes ou délits dont elle se rend complice, des tentatives de crimes, des tentatives de certains délits qu'elle réalise dans les conditions prévues par la loi*».

En effet, le dernier alinéa de l'article dispose, également qu'on ne saura déroger à ce principe que lorsque la loi en dispose autrement, ce qui veut dire que la règle peut connaître exception.

On peut concevoir alors, que le législateur pénal a admis le principe de la responsabilité pénal du fait d'autrui comme exception à la responsabilité personnel, en la paralysant par l'absence d'un texte juridique explicite qui la détermine.

Concernant la doctrine marocaine²⁶³, cette dernière traite la question de la responsabilité pénal du fait d'autrui en se basant sur le fait que le législateur pénal consacre le principe de solidarité dans le paiement des amendes d'un côté, et sur plusieurs textes particulières en la matière d'un autre côté²⁶⁴.

Ainsi, le législateur consacre ce principe dans les domaines économiques par divers dispositions qui sont éparpilléesnotammentle cas des dispositions de la sécurité et de la santé au sein des établissements économiques ainsi que les dispositions fiscales, et enfin celles relatives à l'environnement²⁶⁵.

²⁶¹ M.S. CHOUA, *La responsabilité pénale issue des projets économiques privés*, Edition Nahda, le Caire, 1999, p. 96 (version arabe).

²⁶² Illustration de la responsabilité du père ou de la mère des dommages causés par leurs fils mineurs qui habitent avec eux à titre d'exemple., V. l'article 85 et s. du code des obligations et des contrats.

²⁶³ A. BENHADOU, *Résumé sur le droit pénal marocain (introduction et théorie générale)*, 2^{ème} éd., IZICH, Casablanca, 1992, p. 188 (version arabe)., V aussi, A. EL KHAMLI, *Explication du droit pénal*, op.cit., p. 249 (version arabe), V également . M. BENJELLOUN, *Explication du droit pénal général et ses applications*, op.cit., p. 174 (version arabe).

²⁶⁴ A. EL KHAMLI, *Explication du droit pénal*, op.cit., p. 250 et s.

²⁶⁵ S.ALROBIO, « La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés anonymes, les infractions financières à travers la jurisprudence de la cour de cassation »,op.cit., p. 419.

De même que la doctrine considère, que ce genre de responsabilité constitue une règle d'ordre général au sein de la panoplie des sanctions d'ordre économique, dans le même sens, le professeur M. EL HAMCHARI édicte plusieurs causes qui ont contribué à l'expansion du phénomène en l'occurrence s'agissant : d'abord de la protection de mise en œuvre des lois économiques, ensuite l'expansion du champ de la pénalisation ou la criminalisation, puis la gravité des infractions économiques, notons enfin la physionomie de l'élément morale dans ce genre d'infraction²⁶⁶.

De ce fait, on peut remarquer que la consécration législative de la responsabilité pénale du fait d'autrui en droit marocain comme exception est une réalité qui trouve ses applications dans des textes spéciaux. Donc qu'en est-il de cette responsabilité en droit pénal des sociétés commerciales ?

II- Ses applications en droit pénal des sociétés

Le principe dans le droit pénal des sociétés est que la responsabilité pénale est soumise à celui qui en a la gestion, le gérant ou les gérants de la société, prenant à titre d'exemple, au sein des sociétés anonymes, dans le cadre de la gestion classique, le président du conseil d'administration est considéré comme président principale parce qu'il possède tous les pouvoirs de gestion ainsi que la représentation de celle-ci devant les tiers²⁶⁷.

De ce fait, ce dernier assume toutes les fautes commises par le directeur général étant donné que c'est lui qui le prend de proposition au conseil²⁶⁸.

Ainsi dans le cadre de la gestion moderne, le directeur général détient le monopole de responsabilité étant donné que c'est lui qui détient tous les pouvoir de gestion²⁶⁹, cependant dans le cas où il y a plusieurs membres du conseil de la gestion collective, une interrogation se pose par rapport aux attributions de ce dernier (le directeur général).

La réponse à cette question peut prendre deux choix, s'il y a répartition de tâches, chaque membre est considéré comme étant gestionnaire principale dans le cadre de ces fonctions d'un

²⁶⁶R. IBNKHADA, *Essai en droit pénal des sociétés commerciales-fondement et développement*-, 2^{ème} éd, Dar Asalam, Rabat, 2012, p. 298 (version arabe).

²⁶⁷Art. 74 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

²⁶⁸Tenant compte des amendements apportés par la loi 20-05 sur les sociétés anonymes dans ses articles 67, 74, et 74 bis.

²⁶⁹Art.78 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

côté, d'un autre coté, en l'absence de la répartition c'est le président du conseil d'administration collective qui sera le gestionnaire principale²⁷⁰.

Revenant au socle de ce paragraphe qui est la responsabilité pénale du fait d'autrui en droit pénal des sociétés commerciales, on constate qu'un courant²⁷¹ l'a adopté en tenant compte qu'on peut trouver quelques dispositions qui traitent ladite question d'une façon indirecte à travers l'attribution où l'identification juridique de la personne responsable... Donc, la règle de l'attribution légale conduit à la concentration de la responsabilité qui incombe sur le gestionnaire principal des sociétés, ce qui veut dire l'établissement de sa responsabilité dans le cas des infractions commises par ses subordonnés.

Le professeur EL ROBIO²⁷² donne illustration de ces allégations à travers l'article 385 de la loi 17-95, qui édicte que sera puni d'une amende de 6000 à 30000 dirhams, le président ou l'administrateur président qui n'aura pas fait constater les délibérations du conseil d'administration par des procès-verbaux conformément aux dispositions au article 53 et 136²⁷³.

On note également que par référence à l'article 52 de la loi 17-95, on trouve que le législateur confirme que : « *les délibérations du conseil d'administration sont constatées par des procès-verbaux établis par le secrétaire du conseil sous l'autorité du président et signés par ce dernier et par au moins un administrateur. En cas d'empêchement du président, le procès-verbal est signé par deux administrateurs au moins* ». Ce qui veut dire que dans cas de figure, la responsabilité devient une responsabilité personnelle.

La question qui reste en suspens, est comment justifier la nature de cette responsabilité à la personne destinée par le législateur dans les textes juridiques ?

Pour répondre à cette question, un courant²⁷⁴ considère que la responsabilité pénale du président du conseil d'administration d'une société anonyme concernant les infractions de

²⁷⁰ S. ROBIO, « La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés anonymes, les infractions financières à travers la jurisprudence de la cour de cassation », *op.cit.* p. 419 et 420. Prenant à titre de complémentarité l'article 373 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes qui prévoit l'expression des membres des organes d'administration, de direction et de gestion.

²⁷¹ S. ROBIO, « La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés anonymes, les infractions financières à travers la jurisprudence de la cour de cassation », *op.cit.*, p. 419.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ Il est à noter que l'article 385 est devenu comme suit après les modifications portées par la loi 20-05 sur les sociétés anonymes : « *Sera puni d'une amende de 3000 à 15.000 dirhams, le président ou l'administrateur président de séance qui n'aura pas fait constater les délibérations du conseil d'administration par des procès-verbaux conformément aux dispositions de l'article des articles 53* ».

²⁷⁴ S. ROBIO, « La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés anonymes, les infractions financières à travers la jurisprudence de la cour de cassation », *op.cit.*, p. 420.

publicité est une responsabilité personnel, même dans le cas où le fait matériel de l'infraction est commis par un autre, ce dernier est considéré comme responsable pour omission avec intention ou sans intention, vue que sa faute personnelle réside dans la violation de l'obligation de surveillance et de contrôle du respect de la bonne application des lois et règlements adressés pour lui ou pour l'entreprise qui procède sa gestion..

Dans le même sens le professeur BOULOUK, LEVASSEUR, STEFANI remarquent que le responsable du fait d'autrui est en réalité celui qui commet une faute personnel, du fait, soit qu'il a omis son devoir de contrôle sur l'auteur matériel de l'infraction, soit qu'il est l'auteur indirecte (l'auteur moral). De même que le professeur M.DELMAS MARTY ajoute à ces explications, une analyse fonctionnelle basé sur la théorie de l'autorité du rapporteur²⁷⁵ qui est appliquée en droit belge²⁷⁶.

De même que les juristes du droit pénal unifié, ont considéré que le fondement de la responsabilité pénale du fait d'autrui est basé sur une théorie où la personne qui était chargée de surveiller l'auteur matériel de l'infraction est considérée comme responsable, du fait qu'il a commis une faute personnelle qui se reflète dans l'incapacité d'empêcher la survenance d'une infraction commise par une personne agissant sous sa responsabilité. Et donc, cette personne devient responsable pénalement en raison de la négligence et l'absence de prendre toutes les mesures de précaution nécessaires. Cette observation est importante dans la mesure où il convient de faire une distinction entre la responsabilité pénale du fait d'autrui, et la responsabilité pénale née du fait d'autrui.

En résumé, la responsabilité pénale au sein du droit pénal des sociétés est une responsabilité personnelle née du fait d'autrui et non une responsabilité du fait d'autrui²⁷⁷. Cependant, la doctrine considère qu'il ya lieu de se rapporter à deux infractions , la première est liée au directeur par rapport à son devoir de surveillance, de contrôle et de gestion, la deuxième se rapporte à celui qui a commis l'infraction (le gestionnaire principal), donc, il est nécessaire de confirmer la réunion des éléments constitutifs de l'infraction commises par ce dernier

²⁷⁵ M.M. DELMAS, *Droit pénal des affaires, Partie générale : responsabilité, procédure, sanction*, Tome 1, 3^{ème} éd., Thémis droit, P.U.F, Paris, 1990, p. 50.

²⁷⁶ M.S.CHOUA, *La responsabilité pénale issue des projets économiques privés*, op.cit, p. 97 et 98.

²⁷⁷ « C'est ce qui déclare traditionnellement la cour de cassation «si, en principe, nul n'est responsable qu'on raison de son fait personnel, la responsabilité pénale peut cependant naître du fait d'autrui, dans les cas exceptionnels ou certaines obligation légales imposent au chef d'entreprise le devoir d'exercer une action direct sur les fait d'un subordonné». La doctrine qualifie ainsi le dirigeant d'auteur indirect... », A.A. ELMOUWAFI, *La responsabilité pénale du directeur d'établissement économique privé (étude comparative)*, 1^{ère} éd., Dar Nayl, 1999, p. 206., V. aussi, M. ESSARSAR, *La responsabilité des dirigeants d'entreprise dans la procédure de traitement des difficultés des entreprises*, cité par R. IBN KHADA, *Essai en droit pénal des sociétés commerciales-fondement et développement-*, op.cit. p. 304.

avant de le sanctionner sans omettre bien-sûr de prendre en considération les causes d'exonération de sa responsabilité.

Donc *gros au modo*, on peut dire que le sujet concerne une responsabilité pénale personnelle née du fait d'autrui à cause d'une faute personnelle commise à travers la violation des obligations par certaines personnes du droit pénal des sociétés commerciales (les gestionnaires) qui sont tenues non pas seulement de surveiller et contrôler mais aussi de prévenir une infraction.

III- L'acteur moral

Il existe parfois une confusion entre la responsabilité pénale de fait d'autrui et la responsabilité pénale de l'acteur moral. Vu que nous sommes au cœur du droit pénal des sociétés commerciales, on peut dire que le tiers sous l'angle de la responsabilité pénale résultante de son fait commis soit intentionnellement ou par négligence, sera poursuivi pénalement et sanctionné de la même façon que son responsable.

Toutefois, l'acteur moral, comme il était défini par le législateur marocain dans l'article 131 du code pénal, est « celui qui a déterminé une personne non punissable en raison d'une condition ou d'une qualité personnelle, à commettre une infraction, est passible des peines réprimant l'infraction commise par cette personne ».

La différence est claire, tandis que l'auteur de l'infraction en tant que acteur moral est une personne non sanctionnée, au contraire le tiers dans la responsabilité pénale résultante de son fait révélateur de la responsabilité du dirigeant et qui ne peut parfois être considéré comme une infraction, sera –par principe- puni en soulevant toujours la responsabilité du dirigeant.

Aussi on constate que le fait d'obliger une personne incapable, d'une bonne foi ou de l'aider à commettre une infraction ne sont pas considérés comme incitation en droit, ce qui n'empêche pas de les prendre comme une contribution initiale de délit²⁷⁸.

Généralement, et à l'ombre de droit pénal des sociétés commerciales, on peut citer l'exemple de la théorie de l'acteur morale, en démontrant que si le législateur dans la loi 17-95 a laissé la détermination des conditions de capacité sous les règles de droit actuel²⁷⁹, c'est-à-dire laisser

²⁷⁸ M. BENJELLOUN, *Explication du droit pénal général et ses applications*, op.cit., p. 171.

²⁷⁹ Art. 41 de la loi 17-95 sur la société anonyme.

son identification au code de la famille, on constate que le mineur qui a achevé 12 ans²⁸⁰ pourrait agir au sein du conseil administratif de la société par actions.

Ce qui signifie qu'il a la possibilité de voter sur des décisions qui peuvent être considéré comme un délit pénal, spécifiquement et d'après le code de la famille, le législateur prévoit que : « le mineur doué de discernement, peut prendre possession d'une partie de ses biens pour en assurer la gestion, à titre d'essai²⁸¹ ». A ce titre, il est opportun de mentionner que l'acteur moral peut être le président du conseil à titre d'exemple, si ce n'était pas lui-même le père du mineur doué, cela veut dire que l'acte peut être considéré comme une infraction pour lui (le mineur), surtout que le législateur marocain dans l'article 131 du code pénal utilise le terme « non punissable » et non pas « non responsable²⁸² ». Donc ce mineur doué ou bien son tuteur de bonne foi n'ont pas une intention criminelle pour qu'ils soient des complices dans le délit.

En effet, il faut remarquer que sous l'empire de droit pénal des sociétés commerciales, en donnant un exemple comme précédent, ce dernier doit respecter deux conditions essentielles, le premier c'est l'existence d'une société par action, et le deuxième c'est le caractère spécifique de l'auteur de l'infraction.

Gros au modo on peut dire que, l'exemple précité, restera qu'un modèle en la matière, parce qu'il y a plusieurs cas²⁸³ où la théorie de l'acteur moral perd son existence pour devenir sans objet, et le droit pénal des sociétés commerciales est une terre fertile pour ce genre des cas²⁸⁴.

Paragraphe 2 : La classification des sanctions en droit pénal des sociétés

D'après notre étude, et en braquant les projecteurs sur le droit pénal des sociétés commerciales, on constate l'existence des peines principales d'une part (A) et d'autres complémentaires d'autre part (B)

A- Les peines principales

Durant notre étude, on a pu trouver qu'il y a deux sanctions principales applicables en droit pénal des sociétés commerciales s'agissant de l'emprisonnement (I) et de l'amende (II).

²⁸⁰ Art. 214 du code marocain de la famille.

²⁸¹ Art. 226, Alinéa 1 du code marocain de la famille.

²⁸² A. ELKHAMLI, *Explication du droit pénal*, op.cit., p. 214.

²⁸³ A. BELKADI, *Introduction aux principes généraux du droit pénal marocain*, 1^{ère} partie, 1^{ère} éd., DAR AL AMAN, Rabat, Imprimerie ALKARAMA, 2003, p. 219 (version arabe).

²⁸⁴ *Ibid.*

I- Les peines d'emprisonnement

Parmi les particularités du droit pénal des sociétés commerciales, et d'après une étude des articles de la loi en la matière, on peut mentionner que les peines d'emprisonnement ne sont pas présentées à titre individuel pour les différents délits, de façon que tous les textes de lois relatives aux sociétés commerciales, indiquent la peine d'emprisonnement associée d'une amende, avec la possibilité de choisir l'un entre eux, sauf l'article 404 qui ne donne pas cette opportunité.

Toutefois, si l'existence des peines d'emprisonnement en droit pénal des sociétés commerciales marque un fort durcissement, son accompagnement permanent avec l'amende et avec la possibilité du choix entre eux reflète aussi une forme de tolérance aux près des auteurs de l'infraction en droit pénal des affaires.

Ainsi, les peines d'emprisonnement en droit pénal des sociétés commerciales ne sont pas mentionnées dans tous les textes juridiques en la matière, au contraire de l'amende qui est souvent présentée d'une manière assez importante.

Les peines d'emprisonnement en droit pénal des sociétés sont classées en quatre catégories :

- Un emprisonnement de un à trois mois²⁸⁵.
- Un emprisonnement de un à six mois²⁸⁶.
- Un emprisonnement de un mois à un an, qui se trouve uniquement dans la loi 17-95 sur les sociétés anonymes et qui intéresse les deux articles suivant 397 et 398
- Un emprisonnement de six mois à deux ans. On remarque que le législateur marocain a indiqué cette sanction une seule fois dans la loi 17-95 sur les sociétés anonymes, en réprimant tout commissaire au compte qui, soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes, aura, sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ou qui n'aura pas révélé aux organes d'administration, de direction ou de gestion les faits lui apparaissant délictueux dont il aura eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions²⁸⁷. Ayant à l'esprit aussi que, les sanctions répressives concernant les sociétés anonymes simplifiées se réfèrent au même

²⁸⁵ Article 381, 382, 422 et alinéa 2 de l'article 421 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur les sociétés commerciales.

²⁸⁶ On remarque que cette sanction est la plus dominante en droit pénal des sociétés au Maroc., V. Article 379, 383 et 384 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes, et les articles 106, 107 et 113 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales.

²⁸⁷ Art. 405 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

article concernant ses commissaires aux comptes²⁸⁸ ce qui vaut aussi sur la loi 5-96 dans son article 104.

II- Les peines d'amendes

Il apparaît que l'original sous l'angle de droit pénal des sociétés commerciales est la peine d'amende, et en fait, peut-être la sanction la plus adaptée avec ce genre de criminalité.

En effet, on peut constater que, la peine d'amende à la différence des peines d'emprisonnement, s'applique souvent à titre individuel, prenant à titre d'exemple les articles 378, 389, 390 et 391 de la loi 17-95 tel qu'elle a été modifiée et complétée par la loi 20-05 sur les sociétés anonymes, et les articles 108, 109, 110 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales.

D'après notre étude, il nous semble qu'il n'existe pas un lien clair et raisonnable de proportionnalité dans l'esprit de législateur marocain entre le montant spécifique de l'amende et le quantum de la peine d'emprisonnement associé. Prenant à titre d'exemple l'emprisonnement de un à six mois accompagné une fois avec une amende de 35.000 à 350.000²⁸⁹ DH, et une autre fois avec une amende de 12.000 à 120.000²⁹⁰ DH, on remarque, que malgré la sanction d'emprisonnement est la même, il est à noter que la différence de l'amende reste importante²⁹¹.

Ainsi, il était prévisible que les amendes les plus élevées seraient prononcées à l'encontre des sociétés anonymes. Cette catégorie de groupement est la plus fortement touchée puisqu'elles sont souvent poursuivies²⁹². De façon globale, le maximum des amendes prononcées reste faible au regard de l'importance des sociétés si l'on ne peut blâmer les juges de ne pas vouloir mettre en péril une entreprise, et de manier avec prudence l'arsenal de sanctions mis à leur disposition, on doit relever certains amendes dont on peut douter de la valeur d'intimidation.

Dans une décision de la Cour d'Appel de Casablanca²⁹³, une société anonyme est reconnue coupable de fraude sur les marchandises, l'amende prononcée est de 10000 Dirhams.

²⁸⁸ Art. 437 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

²⁸⁹ Art. 397 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

²⁹⁰ Art. 398 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

²⁹¹ P. CONTE, J. WILFRID, *Droit pénal des sociétés commerciales, op.cit.*, p. 15 et 16.

²⁹² Dans le cadre de contre consultation des recueils de la Cour d'Appel de Casablanca, on a relevé que la plupart des personnes morales condamnées sont les sociétés anonymes.

²⁹³ Arrêt de la Cour d'Appel de Casablanca, n° 18395, n° de dossier 5842/01/96, du 31/12/96.

Plus choquante encore, la décision de la même cour en date du 27 janvier 1997²⁹⁴ ; une société anonyme est condamnée pour fraude sur les marchandises ; l'amende exigée est de 1500 dirhams. Une autre société est condamnée en date de 20 janvier 1996²⁹⁵, pour chèque sans provision, l'amende est de 12000 dirhams. L'amende la plus élevée qui ait été prononcée à la suite d'une poursuite pour fraude sur les marchandises contre une société anonyme est de 15000 dirhams, le 07 juillet 1999²⁹⁶.

Dès lors on constate que le taux des amendes prononcées contre ces personnes morales varie entre 1500 et 15000 dirhams, ce qui vide la sanction de son rôle dissuasif²⁹⁷.

Bien qu'il soit probable que le montant de l'amende augmente par rapport à la gravité de l'acte commis, et vice-versa, la détermination du montant réel n'a pas un titre réel et proportionné, mais cette détermination des montants des amendes reste dépend de la volonté et les estimations du législateur marocain.

Généralement, la peine d'amende reste la sanction la plus cohérente en droit pénal des sociétés, et la plus acceptée de la part des destinataires dans le domaine des affaires, ainsi sa préférence de la part du législateur peut diminuer et dissuader en quelque sorte l'objectif de la criminalité des entreprises en vue de réaliser des bénéfices illicites.

En effet, et après la modification apportée par la loi 20-05, on a pu constater que le nombre des classes concernant la peine d'amende a été augmenté de dix-huit à dix-neuf classes qui comprennent parfois des amendes individuelles, et d'autres fois des amendes associées avec des peines d'emprisonnement, ce qui reflète une diversité excessive.

Toutefois, si au paravent les dites classes étaient accompagnées avec les peines d'emprisonnement, en l'occurrence, le législateur marocain dans la loi 20-05 a pu les équilibrer avec les autres non associées en supprimant les peines d'emprisonnement dans un certain nombre d'incriminations. Donc, d'une part, on se trouve devant huit classes non associées avec les peines d'emprisonnement s'agissant de :

²⁹⁴ Arrêt de la Cour d'Appel de Casablanca, n° 1056, n° de dossier 64/1/96, du 27/01/1997.

²⁹⁵ Arrêt de la Cour d'Appel de Casablanca, n° 1217, n° de dossier 5728/1/96, du 20/01/1996.

²⁹⁶ Arrêt de la Cour d'Appel de Casablanca, n° 10322, n° de dossier 7409/1/98, du 07/07/1999.

²⁹⁷ Selon une étude faite par le Professeur P.KOPP, « Dommage net causé par le délit-dommages subi par la victime-gain pour le délinquant. La sanction est dissuasive lorsque le gain pour le délinquant est égal à l'amende attendue. La sanction optimale est telle que le coût de décourager un délit supplémentaires dommages sociaux nets=dommages pour la victime-amende attendue. En réarrangeant l'expression ci-dessus, on trouve ; Amende attendue=dommages pour la victime=coût de la dissuasion d'un délit supplémentaire » analyse économique de la délinquance financière, Contrat avec le GIP, mission justice, Septembre 2001, p.2. Cité par S.E.MAATOUK, *La responsabilité pénale des personnes morales en droit marocain « contenu et portée d'un droit pénal spécial. »* p.311.

- Une amende de 1.000 à 5.000 DH²⁹⁸.
- Une amende de 2.000 à 10.000 DH²⁹⁹.
- Une amende de 3.000 à 15.000 DH³⁰⁰.
- Une amende de 10.000 à 20.000 DH³⁰¹.
- Une amende de 7.000 à 35.000 DH³⁰².
- Une amende de 20.000 à 200.000 DH³⁰³.
- Une amende de 30.000 à 300.000 DH³⁰⁴.
- Le législateur mentionne une seule amende obligatoire pour les dirigeants de la société anonyme simplifiée qui auront fait appel publiquement à l'épargne en les sanctionnant avec une amende de 2.000.000³⁰⁵ DH.

D'autre part, la loi sur les sociétés commerciales décrète huit classes relatives la sanction qui comprennent soit des peines d'amende individuelle, soit des peines d'amendes associées avec un emprisonnement :

- Une amende de 2.000 à 20.000 DH.
- Une peine d'amende individuelle : on trouve ce type de sanction dans les articles 110 et 117 de la loi 5-96 sur les autres formes des sociétés commerciales.
- Une peine d'amende associée avec un emprisonnement : cette sanction a été mentionnée dans l'article 106 et 115 de la loi 5-96 sur les autres formes des sociétés commerciales.
- Une amende de 4.000 à 20.000 DH.
- Une peine d'amende individuelle : le législateur la inséré dans les articles 378, 391 et 395 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.
- Une peine d'amende associée avec un emprisonnement : est mentionnée dans les articles 407 et 424 de ladite loi.
- Une amende de 5.000 à 25.000 DH.

²⁹⁸ Art. 419 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes, Art. 112 de la loi 5-96 sur les autres formes des sociétés commerciales.

²⁹⁹ Art. 438, 449 450 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes, Art. 111, 126, 127 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales.

³⁰⁰ Art. 385 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

³⁰¹ Art. 449, 450 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes, Art. 126, 127 et 129 de la loi 5-96 sur les autres formes des sociétés commerciales.

³⁰² Art. 400 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

³⁰³ Art. 386 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

³⁰⁴ Art. 388 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

³⁰⁵ Art. 439 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

- Une peine d’amende individuelle : la loi édicte cette amende dans les articles 416 et 421 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.
- Une peine d’amende associée avec un emprisonnement : un seul article qui cite la dite sanction, c’est le 422 de la loi précitée.
- Une amende de 6.000 à 30.000 DH, on a pu remarquer que c’est la deuxième sanction, existante en droit pénal des sociétés, soit à titre individuel³⁰⁶, soit associé avec une peine d’emprisonnement³⁰⁷.
- Une amende de 2.000 à 40.000 DH. Ce type d’amende est indiqué seulement dans la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales, soit au niveau de la peine d’amende individuelle³⁰⁸, ou accompagné avec un emprisonnement³⁰⁹.
- La sixième classe comprend la peine d’amende la plus dominante en droit pénal des sociétés en sanctionnant l’auteur de l’infraction avec une amende de 8.000 à 40.000 DH en l’appliquant soit à titre individuel³¹⁰ ou accompagné avec un emprisonnement³¹¹.
- Une amende de 10.000 à 50.000 DH. Le législateur marocain la mentionnée dans les deux grandes lois relatives aux sociétés commerciales soit en l’indiquant à titre individuel³¹² ou accompagnée avec un emprisonnement³¹³.
- Une amende de 10.000 à 100.000 DH, c’est le dernier cas qu’on le trouve soit indiqué par le législateur dans la loi à titre individuel³¹⁴ ou associé avec une peine d’emprisonnement³¹⁵.

Enfin, en droit pénal des sociétés commerciales, et après une étude de la loi en la matière, on a pu trouver trois classes où la peine d’amende est toujours associée avec un emprisonnement s’agissant de :

- Une amende de 12.000 à 120.000 DH, et/ou un emprisonnement de un mois à un an.
- Une amende de 35.000 à 350.000 DH, et/ou un emprisonnement de un mois à un an.
- Une amende de 100.000 à 1.000.000 DH, et/ou un emprisonnement de un à six mois.

³⁰⁶ Art. 390, 393, 394, 408, et 415 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

³⁰⁷ Art. 381, 382, 399, et 406 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

³⁰⁸ Art. 109 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales.

³⁰⁹ Art. 113 de la loi mentionnée ci-dessus.

³¹⁰ Art. 389, 392, 409, 410, 411, 412, et 413 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

³¹¹ Art. 379, 383, 387, 399, 404, 414, et 423 de loi 17-95 *précitée*.

³¹² Art. 401, 402, et 420 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes, et les Art. 108, et 116 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales.

³¹³ Art. 403 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

³¹⁴ Art. 396, et 417 de la loi 17-95 *précitée*.

³¹⁵ Art. 405 de la loi 17-95 *précitée*, et l’art. 107 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales.

Gros au modo, il est opportun de signaler, que cette classification tient compte la modification de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes apportée par le législateur marocain avec la loi 20-05 après son entrée en vigueur au Maroc. Ainsi, l'objectif n'était pas de montrer le montant de la peine d'amende ou l'ampleur de la peine d'emprisonnement, mais le but c'était l'établissement d'une évaluation ou une stratification des sanctions existante en droit pénal des sociétés commerciales afin de faciliter l'étude en la matière, en tenant compte l'utilisation de la méthode du renvoi sous l'angle de la criminalité des entreprises.

B- Les peines complémentaires

Le législateur marocain dans le code pénal prévoit que les peines sont principales ou accessoires. Elles sont principales lorsqu'elles peuvent être prononcées sans être adjointes à aucune autre peine, et elles sont complémentaires quand elles ne peuvent être infligées séparément ou qu'elles sont les conséquences d'une peine principale³¹⁶.

Toujours lié au droit pénal des sociétés commerciales, nous constatons que la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés ne contient aucune peine complémentaire, sauf si l'on considère que l'article 118 dudit loi prévoit que les sanctions pénales propres aux présidents, administrateurs...et qui sont mentionnée dans la loi 17-95 sur les sociétés anonymes sont applicables aux gérants des sociétés en commandite par actions notamment en ce qui concerne leur compétences.

Toutefois, selon la loi 17-95 on trouve que le législateur légifère que : *« au cas où les peines prévues par la présente loi est prononcée, le tribunal peut ordonner aux frais du condamné, soit l'insertion intégrale ou par extrait de sa décision dans les journaux qu'il désigne, soit l'affichage dans les lieux qu'il indique. En outre le tribunal peut prononcer la déchéance commerciale conformément aux dispositions des articles 717 et 718 du code de commerce »*³¹⁷.

Il semble alors que la loi 17-95 définit deux peines complémentaires, premièrement, la publication du jugement de condamnation ou d'un extrait de celui-ci ou l'affichage de ce dernier dans les lieux désignés par le tribunal, deuxièmement, le prononcement de la déchéance commerciale.

³¹⁶ Art. 14 du code pénal marocain.

³¹⁷ Art. 442 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

Donc, il ressort clairement de l'article 442 que l'application des peines complémentaires devraient être appliquées à l'ordre du tribunal, ce dernier qui a tout le pouvoir discrétionnaire pour la prononcée, où le législateur marocain a utilisé soit pour la publication du jugement ou pour le prononcement de la déchéance commerciale le terme « peut » ce qui prouve qu'il a laissé le choix de s'en servir ou non.

Plus encore, on constate que ces dernières sanctions rajoutées au moment du prononcé de la sentence ne sont pas considérées comme peines principales mais complémentaires, et qui ne peuvent pas être prononcées individuellement. Elles sont souvent prises comme un fruit du jugement desdites sanctions (peines principales) que se soient une amende ou un emprisonnement en droit pénal des sociétés.

Il convient de noter aussi que, le droit pénal considère la publication du jugement de condamnation, sous l'angle de l'article 36 alinéa 7 comme une peine supplémentaire. Mais une interrogation se pose à ce niveau : la justice considère-t-elle le prononcement de la déchéance commerciale comme une peine accessoire ?

Le législateur marocain dans la loi 17-95³¹⁸ et dans le code pénal³¹⁹ n'a pas précisé que le prononcement de la déchéance commerciale est une peine accessoire, mais nous l'avons considéré comme sanction supplémentaire pour les raisons suivantes :

- *Primo*, la doctrine et les chercheurs marocains, quand ils sont tenus d'étudier et analyser une infraction concernant l'abus des biens de la société indiquée dans la loi 17-95 sur les sociétés anonymes, ils mentionnent qu'il y a une peine accessoire (la publication du jugement de condamnation et le prononcement de la déchéance commerciale) prononcée dans l'article 442 dudit loi et qui peut être prononcé par le tribunal³²⁰.
- *Secundo*, la jurisprudence française a considéré dans une décision importante que, toute interdiction d'exercer une profession commerciale, ou industrielle³²¹, résultante d'une condamnation pour un abus de biens, du crédit des pouvoirs ou des voix, est une peine complémentaire facultative et non pas accessoire³²².

³¹⁸ Art. 442 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes.

³¹⁹ Art. 36 du code pénal marocain.

³²⁰ A. BELKADI, « Infraction d'abus des biens de la société », Revue marocaine du droit des affaires et des entreprises, n° 11, Octobre 2006, p. 27 et 28.

³²¹ Art. 1 de la loi 47-1635, du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles

³²² « Toute condamnation définitive à au moins trois mois d'emprisonnement sans sursis pour un abus des biens, du crédit des pouvoirs ou des voix entraîne du moins en principe car un important arrêt a transformé cette peine accessoire en peine complémentaire facultative », Cass., Ass., plén. 22 nov 2002, JEP 2003, II, 10042, note, W. JEANDIDIER., V. aussi, P. CONTE, W. JEANDIDIER, *Droit pénal des sociétés commerciales*, op.cit., p. 152.

- *Tertio*, le législateur marocain dans l'article 442, a utilisé un terme de complémentarité « en outre », c'est-à-dire en outre de prononcer l'une des sanctions précitée dans la loi 17-95 et publier le jugement de condamnation, le tribunal « peut » prononcer le prononcement de la déchéance commerciale. Donc cette sanction de point de vue terminologique, est une peine complémentaire facultative.
- *Quarto*, le législateur a déjà considéré le prononcement de la déchéance commerciale comme peine supplémentaire surtout dans l'article 723 qui édicte que : « *les personnes coupables des infractions prévues à la présente section, encourrent également, à titre de peine accessoire, la déchéance commerciale prévue au chapitre II du présent titre*³²³ ».

Sachant que, le législateur prévoit d'après l'article 717³²⁴ que le droit de vote des dirigeants frappés de la déchéance commerciale est exercé, dans les assemblées des sociétés commerciales soumises à une procédure de traitement, par un mandataire désigné par le tribunal à cet effet, à la requête du syndic

Ainsi, le tribunal peut enjoindre à ces dirigeants ou à certains d'entre eux, de céder leurs actions ou parts dans la société ou ordonner leur cession forcée par les soins d'un mandataire de justice, au besoin après expertises, le produit de la vente est affecté au paiement de la part de l'insuffisance d'actif mise à la charge des dirigeants

Tandis que l'article 718 prévoit que le jugement qui prononce la déchéance commerciale emporte l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. L'incapacité s'applique également à toute personne physique à l'égard de laquelle la liquidation judiciaire a été prononcée. Elle prend effet de plein droit à compter de la notification qui en est faite à l'intéressé par l'autorité compétente. Le jugement prononçant la déchéance commerciale est publié au Bulletin Officiel³²⁵

En conclusion, il nous semble que le prononcement de la déchéance commerciale peut prendre une forme de mesures de sûretés personnelles³²⁶, sous l'angle du droit pénal qui indique que l'interdiction d'exercer une profession, activité ou art, doit être prononcée contre les condamnés pour crime ou délit, lorsque la juridiction constate que l'infraction commise a une relation directe avec l'exercice de la profession, activité ou art, et qu'il a de graves

³²³ Art. 723 de la loi 15-95 formant le code de commerce marocain.

³²⁴ Art. 717 du code *précité*.

³²⁵ Art. 718 du code *précité*.

³²⁶ Art. 61 concernant les mesures de sûretés personnelles, et 62 concernant les mesures de sûretés réelles du code pénal marocain., V. A. ELKHAMLI, *op.cit.* p. 331., Aussi, A. BENHADDOU, *op.cit.*, p. 216 et s.

craintes qu'en continuant à les exercer, le condamné soit un danger pour la sécurité, la santé, la moralité ou l'épargne publiques

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

L'exécution provisoire de cette mesure peut être ordonnée par la décision de condamnation, nonobstant l'exercice de toutes voies de recours ordinaires ou extraordinaires³²⁷

Il nous paraît alors, que sous la lumière du renvoie utilisé par le législateur dans l'article 442 de la loi 17-95 aux dispositions des articles 717 et 718 du code de commerce, que la durée minimale du prononcement de la déchéance commerciale reste sous le pouvoir discrétionnaire du tribunal qui ne peut pas excéder dix ans selon l'article 87 du code pénal marocain.

Chapitre II : Le fondement du régime répressif : La responsabilité

La problématique de la responsabilité du chef d'entreprise se pose actuellement avec force à une époque où est devenu en fait, habituel et fréquent de parler de l'interférence du droit pénal dans la vie des entreprises. Certes, l'inflation législative et réglementaire, augmentation des risques en matière de sécurité et de l'environnement, gestion sociale de l'entreprise sont autant des éléments porteurs de risque qui viennent s'ajouter en fait au quotidien du chef d'entreprise censée être préoccupée avant tout par la pénalité voir la survie de sa société. Son pouvoir de direction et de gérance et ses rapports avec ses clients et fournisseurs impliquent en réalité un risque pénal consistant, un risque qui demeure une question toujours d'actualité en dépit du récent mouvement de dépénalisation qui caractérise en fait le mouvement des affaires.

En d'autre terme, les dirigeants dans le cadre dès l'exercice de leur fonction, ont pour obligation de gérer, administrer, surveiller et exploiter une ou plusieurs activités de la société de façon compétente et diligente, dans le respect de l'intérêt social, en écartant tout intérêt personnel. La violation de cette obligation met en jeu la responsabilité civile, voire même pénale des dirigeants.

La finalité de la mise en jeu de la responsabilité du dirigeant qu'il s'agit d'une société en bon état ou en difficulté pour fautes commises à l'occasion des actes de gestion, est de lui faire subir personnellement les préjudices financiers causés.

³²⁷ Art. 87 du code pénal marocain.

En dépit du fait que le droit de la responsabilité ne joue dans le droit des sociétés qu'un rôle extrêmement diminué, la sanction pécuniaire à l'encontre du dirigeant fautif demeure un instrument efficace de responsabilité dans la mesure où, en règle générale, la personne morale supporte les conséquences du dirigeant, puisque ce dernier agit pour, au nom et dans l'intérêt de la personne morale.

La recherche de la responsabilité du dirigeant pour l'entreprise s'effectue sur le fondement de régime de responsabilité pour faute dont la nature juridique reste différente.

En effet, la distinction concerne l'état de santé de la société : est-ce qu'il s'agit d'une société en bonis ou bien d'une société en difficulté. La sanction de la faute de gestion dans le cadre d'une société en bonis s'accompagne d'un arsenal juridique qui vise à responsabiliser pécuniairement le dirigeant social.

En revanche lorsque la société fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire le volet de responsabilité juridique se trouve complété par des sanctions spécifiques.

Il convient alors de mettre l'accent sur l'importance de la responsabilité du dirigeant de l'entreprise comme étant la partie dans le tout et le tout dans la partie³²⁸ dans une 1^{ère} section avant de s'interroger sur le sous-jacent de cette responsabilité dans une 2^{ème} section.

Section 1 : L'importance de la responsabilité du dirigeant de l'Entreprise

De tout ce qui précède, la 1^{ère} sous-section traduit l'aspect holomorphique de la responsabilité du dirigeant de l'entreprise. Quant à la 2^{ème} sous-section, elle met la lumière sur l'instauration des mécanismes de prévention des fautes de gestion des dirigeants.

Sous-section 1 : L'aspect holomorphique³²⁹ de la responsabilité du dirigeant de l'entreprise

Favoriser la liberté d'entreprendre, c'est offrir aux créateurs et aux entrepreneurs des outils compétitifs pour développer au mieux leur projet économique afin de favoriser la croissance et promouvoir l'emploi.

³²⁸S.A ALLOUANI, Professeur ENCG, Formateur caoch., Auteur « *Formation IBA : ingénierie en bonheur authentique* », Février 2017.

³²⁹Le terme Holomorphique hologrammique fait partie des caractéristiques du concept introduit par Edgard MORIN « pensée complexe », qui selon lui, aide les dirigeants à mieux comprendre le monde qui les entoure. Il met ce concept au sein d'une triptyque qui définit ce paradigme de la complexité ; à savoir la dialogie, la récursivité et l'hologrammique. « la pensée complexe aide à affronter l'erreur, l'illusion, l'incertitude et le risque ».

Dans cette perspective, le droit des sociétés est un des facteurs fondamentaux du développement économique et social. Le nouveau droit des sociétés³³⁰ s'inspire des législations modernes françaises et allemandes.

Il est marqué par des innovations importantes qui visent notamment à mieux répartir les pouvoirs au sein des instances dirigeantes, à assurer une meilleure protection des droits des actionnaires, à renforcer le contrôle des comptes et à consacrer une régularisation plus précise des opérations de la voie sociale. Le nouveau droit est également marqué par l'admission de nouvelles formes de société notamment la SARL à associé unique.

Ces réformes et en particulier celle des sociétés anonymes ont cependant été accueillies avec quelques réserves de la part des milieux d'affaires qui leur reprochent leur caractère répressif de l'uniformité des règles applicables quelle que soit l'importance de la société. Récemment, cette loi a été légèrement modifiée par la loi 20-05, qui tend à simplifier et banaliser le droit des sociétés sans revenir sur les fondements et la philosophie générale de la loi 17-95 sur les SA.

Cette nouvelle loi s'avère une grande utilité, du fait qu'elle essaie d'alléger les sanctions lourdes qui avaient été prises à l'encontre des dirigeants pour des fautes qui ne méritent pas une telle intransigeance.

Des statistiques recueillis du tribunal de Commerce de Casablanca montrent tantôt le caractère répressif de la procédure collective par l'extension de la procédure de liquidation au dirigeant par le système de la faute prouvée, tantôt un retour à la dépenalisation, dans un souci d'éviter l'aspect contraignant qui fait peur aux investisseurs nationaux et étrangers.

De la même manière, la principale économie de la loi 17-95 sur les SA réside dans le fait de renforcer de l'équilibre et dans une redistribution équitable des pouvoirs entre les organes de la société à travers la séparation entre les attributions du président du conseil d'administration, et celles du directeur général, dans le but de renforcer davantage la transparence dans la gestion. Ainsi, parmi les apports de cette nouvelle loi, outre l'allégement du caractère répressif comme le défaut de publicité à titre d'exemple, on note la volonté de renforcement des droits des actionnaires, l'amélioration des mécanismes de contrôle et l'harmonisation avec les mécanismes du droit boursier.

³³⁰ Dahir du 30 août 1996 portant la loi 17-95 sur les SA, modifiée et complétée par la loi 20-05, et le Dahir du 13 février 1997 portant la loi 5-96 sur les autres formes des sociétés.

En définitif, elle apporte un allègement considérable de l'aspect répressif et formaliste. Ce nouveau texte semble ainsi être réforme d'ampleur et non pas un simple toilettage³³¹.

Dans la plus part des cas, ce sont les fautes de gestion reconnues aux dirigeants qui engendrent la situation compromise des entreprises, représentant ainsi le cœur de toute la problématique de l'entreprise en difficulté. D'où le choix de la terminologie « holomorphique » suscitée³³². Le concept d'entreprise, est tributaire du risque d'assumer diverses responsabilités qui découlent de la gestion.

Cependant la notion du dirigeant est délicate à définir en raison de la variété des dominations et des fonctions³³³. Encore convient-il de préciser qu'en matière de responsabilité, le législateur distingue entre deux concepts de dirigeants, de droit ou de fait³³⁴.

Quelle que soit sa forme, la gestion de la société incombe normalement à des dirigeants de droit. Cependant, il peut arriver que des personnes n'ayant pas cette qualité s'immiscent ou s'interfèrent dans la gestion, soit comme des dirigeants de droit, soit comme des dirigeants apparents ou occultes³³⁵.

Pourtant, le législateur les met sur le même pied d'égalité. Cette action est d'une grande nouveauté pour le droit marocain, elle revêt une importance capitale dans la SA et les SARL où la responsabilité des actionnaires et des associés est limitée au patrimoine social.

Une sanction de l'autorité ou de la personne de droit privé investie dans la gestion de l'entreprise, trouvera une entière justification dès lors que leur exercice sera déséquilibré.

En effet, chaque action a comme inévitable fait le risque. Les dirigeants doivent agir, prendre des décisions, dans u contexte où rapidité des opérations et satisfactions des intérêts propres aux différents acteurs en présence sont les seuls mots d'ordre³³⁶.

³³¹ A.CHRAIBI, *Le redressement des Entreprises en Difficultés au Maroc : état actuel et perspectives de réformes à la lumière du droit Français*, Thèse de doctorat, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah, Fès, 2018, p.306.

³³² Signifiant que la partie est dans le tout et le tout est dans la partie.

³³³ J.J. DAIGRE, « Réflexion sur le statut individuel des dirigeants des sociétés anonymes », *Revue des sociétés*, éd. Dalloz, 1981, p. 501.

³³⁴ L'art. 702 du code de commerce prévoit que : « *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* ».

³³⁵ A.AKAMAKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2007, p. 211.

³³⁶ [www. Statégie-aims.com](http://www.Statégie-aims.com), consulté le 26/03/2017.

Ainsi, l'attitude du dirigeant nourrit le risque inhérent, puisque dans certaines hypothèses, son comportement sera qualifié de fautif dommageable, engendrant nonobstant la réparation pour la victime, l'engagement de la responsabilité pénale ou/et civile du dirigeant.

Cependant, la pratique montre que le discours concernant la faute de gestion chez les conseillers d'affaires, est orienté vers la prévention de cette faute, mettant à l'abri le caractère contraignant de la sanction qui découragerait les milieux d'affaires.

La mise en responsabilité du dirigeant de l'entreprise, ne fait pas bonne impression au moment où l'entreprise a besoin de mettre des mots sur des réalités pressenties, dès lors qu'une faute de gestion est omniprésente ; pour cela ne faudrait-il pas remettre en question le statut de certaines personnes « revoir les bonnes personnes aux bons postes pour piloter l'entreprise³³⁷ », tout en sachant que le régime de la responsabilité civile des dirigeants sociaux au Maroc comme en France va dépendre des conditions de forme de la société.

La responsabilité des dirigeants obéit au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, qui n'est autre que la responsabilité civile de droit commun, sans se soucier du caractère individuel ou sociale de l'action.

Cependant, dès que la société est en difficulté, un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun est prévu puisque l'action en comblement passif est soumise à des règles spécifiques tant en ce qui concerne ses conditions de mise en œuvre que ses effets.

Au moment où se pose la question de la responsabilité éventuelle des dirigeants, l'exigence de cohérence des règles juridiques implique que la sanction des dirigeants fautifs soit exactement la même, quelle que soit la situation de la société³³⁸.

Sous-section 2: L'instauration des mécanismes de prévention des fautes de gestion des dirigeants

Le monde des affaires a toujours recherché des règles simples adaptées aux exigences de rapidité des affaires et au développement des relations commerciales à une échelle nationale et internationale : d'où l'exigence de la recherche des mécanismes de prévention de la faute de gestion des dirigeants, qui apparaissent au regard du comportement facile à détecter ; or la frontière entre les attitudes de négligence, d'imprudence et de loyauté est floue.

³³⁷ D.JOUIDI, Professeur en droit privé de la FSJES, Fès, Formation doctorale du 21/12/2016.

³³⁸ A.AKAMAKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *op.cit*, p. 188.

Néanmoins, cette apparence de diversité cache une réelle unité de fautes de gestion qui ont un point commun, l'intérêt social. Cela se traduit notamment par la mise de décisions utiles pour la société. Le dirigeant doit faire preuve de diligence « en bon père de famille », il doit agir avec loyauté³³⁹ « Les dirigeants ont bien évidemment l'obligation de ne pas tromper les associés, de ne pas user des biens du crédit de la société, contrairement à l'intérêt de cette dernière dans leur intérêt personnel ». Il faut évoquer plus généralement le devoir d'agir avec zèle qui doit être raisonnable au profit de la société.

Cependant, une délimitation de la prise de décisions des dirigeants prend de l'ampleur dans un monde d'affaires qui cherche un développement, opérationnel à partir du moment où la confiance est redonnée aux créanciers, fournisseurs et salariés, de ce fait la stratégie à emprunter est la garantie de l'équilibre au sein de l'entreprise (paragraphe 1) ainsi qu'une certaine prévention externe par l'expert (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Garantir l'équilibre de l'entreprise

Médiation ou prévention, ce sont les mots d'ordre qui apparaissent à chaque situation conflictuelle dans le monde des affaires ; tenant à minimiser les risques rattachés à la faute de gestion dont le secret majeur pour éviter cette dernière est un excellent fonctionnement des organes sociaux de la personne morale. Le but recherché est donc de prévenir les déviations qui proviennent d'un défaut dans lequel le président directeur général concentre tous les pouvoirs et peut les exercer sans contrôle.

Le droit français dans ses tentatives de rééquilibrer les pouvoirs des organes de direction, à l'image de ce qui est préconisé dans le droit anglo-saxon, nous conduit au débat sur le gouvernement d'entreprise initialement apparu aux Etats-Unis au début des années 1970, prenant en considération le rééquilibrage des pouvoirs au sein des sociétés commerciales³⁴⁰.

Une définition simplifiée de ce concept concerne le domaine « de l'organisation des relations dirigeants-actionnaires au sein d'une société³⁴¹ ». En réalité, deux réflexions fondamentales s'en dégagent. La première prône une séparation des fonctions de gestion et de contrôle au

³³⁹Cass, com, 27 février 1996, JCP, 1996, II, 22665, Note de J.GHESTIN, du 24 février 1998, JCP, Z1998, par 637, 12 mai 2004, Droit des sociétés, Août-septembre 2004, p.10.

³⁴⁰F.PELTIER, « La convergence du droit français avec les principes de la corporate gouvernance américaine », Juris-classeur périodique, 1997, éd. E, 1,660

³⁴¹A.MONOD et F.FOUCHARD, « Le gouvernement d'entreprise », Petites affiches, 27 septembre 1995, n°116, p. 3.

sein même des organes de direction afin de réduire la toute-puissance des managers³⁴² : « Tout homme qui a le pouvoir est porté à en abuser, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir », écrivaient Montesquieu. La seconde, retient le principe d'une gestion de la personne morale dans l'intérêt commun des associés afin de rentabiliser les investissements financiers réalisés.

De nos jours, il est admis que la modalité de séparation des pouvoirs s'avère nécessaire pour favoriser la prévention des fautes de gestion. Les améliorations de fonctionnements des organes d'administration passent par « La révision de certaines pratiques » et notamment par l'amélioration de l'information financière et le libre jeu de la recevabilité *ad nutum*. En matière d'organisation des pouvoirs de gestion, la révision des pratiques imparfaites concerne la séparation des fonctions de direction et de contrôle, ainsi que la mise en place de chartes d'administrateurs limitant la pratique d'un exercice monarchique du pouvoir de direction³⁴³.

La première tend donc à garantir une séparation des tâches (A) de direction, et de contrôle, dans les SA cotées en bourse ou non. La seconde, plus générale quant à son domaine, touche directement le mode de gestion (B), puisque les organes d'administration doivent respecter les règles émanant des « chartes de dirigeants ».

A- La séparation des tâches de direction

Les sources d'inspiration de cette volonté de séparer les pouvoirs au sein des organes d'administration et de contrôle sont anglo-américains concernant seulement la société anonyme à conseil d'administration.

Le droit marocain des sociétés, offre, par la nouvelle réforme de la société anonyme des possibilités d'organiser une telle répartition des pouvoirs et des fonctions.

En effet, les fonctions des directeurs généraux sont légalement consacrées. La dualité de direction est donc possible, de même un régime de délégation de pouvoirs à des comités spécialisés existe.

³⁴²J.-J.DAIGR, « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? », Droit et patrimoine, Juillet/Aout, 1996, p.21.

³⁴³A.COURET, « Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance », D. 1995, Chron, p. 163 et s.

En somme, seule une révision de certaines pratiques comme la prohibition du cumul des mandats d'administrateurs³⁴⁴ et surtout un partage effectif et rationalisé des pouvoirs de direction peut permettre d'accroître la prévention en matière d'acte de gestion, pour déceler en amont les fautes de gestions contraires l'intérêt social. Une obligation légale de non cumul entre les fonctions de gestion et de surveillance autorisera la mise en œuvre de moyens préventifs au regard des décisions de gestion sociale.

Toutefois, la prévention des fautes de gestion est également possible par le recours généralisé³⁴⁵ à des exigences de comportements qui pourraient être inscrites dans des chartes déontologiques des dirigeants ou des règlements intérieurs.

La mise ne place de règlements intérieurs ou le respect de chartes déontologiques des dirigeants, inspirés des chartes d'administrateurs en vigueur dans les grandes sociétés anonymes imposent les règles d'une attitude irréprochable au regard des actes de gestion.

Ainsi, le règlement intérieur est un acte à valeur infra-statutaire³⁴⁶. Il est signé par tous les associés lors de la constitution de la personne morale. Il s'impose en conséquence à tous. Rien ne s'oppose à ce que le dirigeant qui entre en fonction contresigne ce règlement ou qu'il accepte solennellement d'en appliquer les dispositions.

L'objet de ce type de règlement est de préciser les normes de fonctionnement interne de la personne morale. Ce texte ne peut être contraire à la loi et aux statuts. En effet, le règlement organise les relations entre les organes sociaux. Il fixe également les rapports entre les membres qui les composent.

En somme, le règlement intérieur peut être l'instrument qui impose aux dirigeants sociaux, de soumettre préventivement leurs actes de gestion à un organe de contrôle indépendant, tel un comité spécialisé. Ce dernier analyserait les décisions au regard du critère d'intérêt social et décèlerait ceux qui ne lui sont pas conformes. Dans une société, le règlement a une portée générale ; il peut s'avérer être un moyen efficace de prévention des fautes, car il peut imposer au dirigeant une conduite à suivre ou encore un régime de contrôle sur les actes qu'il effectue.

³⁴⁴G.BERLIOZ et J.J.DAIGRE, Novembre 1989, « Le gouvernement d'entreprises : quelles conséquences pour les conseils d'administrations des sociétés françaises », Petites affiches, n° 2, p. 26.

³⁴⁵Car applicable aux dirigeants des SA cotées ou non, mais également à des structures juridiques plus modestes comme les SARL.

³⁴⁶TH. BONNEAU, « Le règlement intérieur de la société », Droit des sociétés, Février 1994, p.1 et s.

Néanmoins, la prévention de la faute de gestion est également possible par la création de nouveaux organes, qui par leurs immixtion directe ou indirecte dans le processus décisionnel, peuvent disposer de contre-pouvoirs à l'omnipotence des organes de gestion.

La création et l'organisation de contre-pouvoirs peuvent avoir un rôle préventif en matière de faute de gestion, car ces derniers occasionneront le partage du pouvoir décisionnel.

Ainsi, la collégialité ainsi instituée dans le processus décisionnel, a pour conséquence de multiplier les avis, les points de vue sur les actes de gestion. Le contre-pouvoir organisé au cœur même des organes de direction se fonde sur principe de l'indépendance.

La structure idéale pour l'organisation de tels contre-pouvoirs est la société par actions simplifiée. Les associés peuvent librement déterminer la « composition de l'organe de gestion de cette société », et, donc instaurer des autorités dotées des prorogatives opposables au seul organe obligatoire, le président.

B- Le mode de gestion

Enfin, la prévention de la faute de gestion passe inévitablement par une meilleure application des dispositions qui régissent la matière.

En effet, bon nombre de mécanismes efficaces existent en droit des sociétés. Mais la prévention de la faute de gestion ne demeure pas seulement possible la réorganisation des pouvoirs au sein même des organes de direction. Elle peut être externe, dans le sens où elle peut découler d'autres organes à qui un certain « droit de regard » sera reconnu sur les actes de gestion.

Cependant, quelques organes se sont déjà vus reconnaître des missions de contrôle dans le fonctionnement social ; tel est le cas des institutions représentatives du personnel, et notamment du comité d'entreprise³⁴⁷.

En effet, les dispositions du code de travail³⁴⁸ prévoient que le comité d'entreprise des sociétés commerciales reçoit toutes les données et tous les documents nécessaires à l'exercice des missions qui leur sont dévolues.

³⁴⁷ A. VIANDIER, « La loi n° 82-915 Octobre 1982 et le droit des sociétés », Juris-classeurs périodique, éd. G, I, n° 3116.

³⁴⁸ Art.466 du code de travail édicte que : « *Le comité d'entreprise est chargé dans le cadre de sa mission consultative des questions suivantes : - Les transformations structurelles et technologiques à effectuer dans l'entreprise, - Le bilan social de l'entreprise lors de son approbation, - La stratégie de production de l'entreprise et les moyens d'augmenter la rentabilité, - L'élaboration de projets sociaux au profit des salariés et leur mise à exécution, - Les programmes d'apprentissage,*

Or, par ces informations, le comité s'intéresse globalement à la gestion de l'entreprise et dispose d'un droit de regard sur les comptes annuels, puisqu'il peut se les faire communiquer. A ce titre, le dirigeant social a l'obligation de respecter le devoir d'information³⁴⁹. La prévention de la faute de gestion en dehors des organes de direction peut s'effectuer sous certaines conditions, par l'encadrement contractuel des actes de gestion, par le contrôle des associés sur l'administration de la société.

L'encadrement contractuel du processus décisionnel en matière de gestion pose la question de l'incidence du droit des obligations sur le droit des sociétés. Mme si la société instituée par deux ou plusieurs personnes conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter³⁵⁰, le caractère institutionnel de celle-ci n'en est pas moins fortement affirmé en droit positif.

Toutefois, la doctrine retient le principe d'une personne morale créée contractuellement, à laquelle s'applique des mécanismes de fonctionnement d'origine réglementaire. En effet, pour certains auteurs³⁵¹, « *la société est plus qu'un contrat* », puisque dans certaines d'entre elles, les SA et les SARL, le mode de fonctionnement est minutieusement réglementé par la loi et in n'est pas du pouvoir des associés de bouleverser l'agencement légal.

Néanmoins, les théories anglo-américaines, relatives au gouvernement d'entreprise, et le renouveau de phénomène contractuel en droit des sociétés impliquent une prise en compte accrue de l'encadrement contractuel en cette matière, en opposition avec les sources idéologiques dirigistes à l'origine du droit français. Ainsi, le poids de la contractualisation a une incidence dans le domaine du choix des structures sociales³⁵², mais également de détermination des pouvoirs des organes d'administration³⁵³.

formation-insertion, de lutte contre l'analphabétisme et de formation continue des salariés. Sont mis à la disposition des membres du comité d'entreprise toutes les données et tous les documents nécessaires à l'exercice des missions qui leur sont dévolues ».

³⁴⁹ M.COZIAN, AA. VIANDIER et F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », 13^{ème} éd., juris-classeur, Paris, 2013, n°487, n°488, et n° 922.

³⁵⁰ Art. 982 du DOC prévoit 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* ». Comparer avec l'article 44 de la loi n° 5-96 ci-dessus qui dispose que : « *La société à responsabilité limitée est constituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports....* ».

³⁵¹ M.COZIAN, A.VIANDIER, et F.DEBOISSY, « Droit des sociétés », 13^{ème} éd, juris-classeur, Paris, 2013, n° 152.

³⁵² J.PAILLUSSEAU, « La contractualisation de société anonyme fermée », *Gazelle du palis*, 10 Octobre 1998, p. 1257 et s.

³⁵³ J.J.DAIGRE, « La modernisation du droit des sociétés : premières réflexions sur le rapport MARINI », éd GLN, Joly, 1997.

Cette contractualisation a une implication en matière de prévention des fautes de gestion, puisqu'elle peut préalablement poser des conditions supplémentaires de limitation, ou d'encadrement des pouvoirs. Le contrat de management peut déjà jouer ce rôle. Il s'agit d'un accord de gestion à caractère légal, dans lequel les conditions éventuelles de la responsabilité des acteurs sont prédéterminées³⁵⁴.

En effet, cette influence a une origine purement contractuelle. Elle émane donc directement de la volonté des acteurs sociaux et plus spécialement des associés alors que l'encadrement des pouvoirs de gestion se fera par le biais de pactes d'actionnaires.

De plus, l'encadrement contractuel a une origine légale : il peut alors être question de l'aménagement contractuel du fonctionnement de la personne morale et donc de ses organes. L'exemple des dispositions retenues par le fonctionnement de la SAS est révélateur³⁵⁵.

L'existence d'une structure hiérarchisée des organes sociaux de la société commerciale est une exigence qui découle de sa nature institutionnelle. Dans ce régime, la marche des organes sociaux est dominée par l'idée selon laquelle « *le dirigeant est le représentant des associés* »³⁵⁶.

De plus, dans le fonctionnement social, les associés bénéficient de deux droits indispensables, découlant pour l'un du droit de vote qui permet de participer aux décisions stratégiques et d'exercer son droit de contrôle sur les dirigeants et pour l'autre du droit indispensable de collaboration aux décisions collectives, notamment le droit d'information sur les comptes sociaux et la politique sociale³⁵⁷. La consécration de ces deux droits ne permet néanmoins pas de reconnaître que les associés possèdent un droit d'ingérence dans les actes de gestion ; aux Etats-Unis, la SARL permet une dualité de gestion.

Nous pouvons dire qu'au Maroc, le rôle actuel des associés permet de confirmer l'existence d'un contrôle des actes de gestion qui peut toutefois évoluer vers une mission de protection résultant du renforcement des droits individuels qui leur sont reconnus.

Les fondements d'un tel contrôle puisent leurs sources dans les droits qui sont octroyés aux associés. Divers procédés juridiques permettent aux associés d'exercer implicitement ce type de contrôle : Le contrôle direct par l'exercice effectif du droit d'information, Le contrôle

³⁵⁴ PH. MERLE, « Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme », D.1975, Chron, p.245.

³⁵⁵ J.J.CAUSSAIN, « Du bon usage de la SAS dans l'organisation des pouvoirs », JCP, 1999, éd. E, p. 1164 et s.

³⁵⁶ J.F.BULLE, « Le memento du dirigeant : SARL et SA », Guide de gestion, Revue Fiduciaire, 3^{ème} éd, 1999, spé, n° 1061.

³⁵⁷ M.COZIAN, A.VIANDIER, et D.DE.BOISSY, « Droit des sociétés », *op.cit*, n°382.

indirect des associés : le rôle de la révocation, et des conseils de surveillance ad hoc ; le contre-pouvoir des associés dans le domaine des actes de gestion :

- Les fondements du contre-pouvoir moderne des associés sur le pouvoir de gestion
- Le principe légal de l'absence de pouvoir des associés en matière de gestion
- Le pouvoir de contrôle sur les actes de gestion justifié par l'intérêt commun des associés
- Les modalités d'exercice des contre-pouvoirs des associés sur les actes de gestion

Mais la prévention des fautes de gestion au regard de la mission des commissaires aux comptes³⁵⁸.

Mais le rôle de prévention externe de telles fautes est également la fonction principale de professionnels indépendants.

Paragraphe 2 : La prévention externe des fautes de gestion par un expert

Lors du premier questionnaire adressé au vice-président du tribunal de commerce de Casablanca, à propos de la faute de gestion du dirigeant, celui-ci a montré sa réticence sur le sujet puisqu'il estime d'après son expérience difficile la preuve de la faute en question, même par un expert de gestion.

Ainsi, une société avertie devrait mettre bien en amont de toute difficulté de gestion, un procédé à la disposition des associés pour exercer un contrôle des opérations de gestion, par exemple par « la désignation d'un expert chargé d'enquêter sur une ou plusieurs opérations de gestion³⁵⁹ ». Une procédure des opérations de gestion au même titre que l'expertise *in futurum*³⁶⁰ permet de constituer des preuves avant tout procès.

Les associés minoritaires, peuvent demander en justice la nomination d'un expert³⁶¹. Pour une partie de la doctrine, l'expertise de gestion est une modalité d'information des associés³⁶².

³⁵⁸ A.CHRAIBI, *Le redressement des entreprises en difficultés au Maroc : état actuel et perspectives de réformes à la lumière du droit Français*, Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en Droit privé, USMBA, Fes, 2018, p.24 et s.

³⁵⁹ M.COZIAN, A.VIANDIER, et F.DEBOISSY, « Droit des sociétés », 13^{ème} éd, juris-classeur, Paris, 2013, n° 487.

³⁶⁰ Art.374 du code de la CPC prévoit que : « Dans le cas d'infractions commises à une audience de la cour, ces infractions sont réprimées dans les conditions prévues au code de procédure pénale. Les dispositions des articles 340 et 341 du présent code sont applicables devant la Cour de cassation ».V. Egalement les articles 357 à 361 de la loi n°22-01 relative à la procédure pénale.

³⁶¹ Versailles, 11 mars 1999, Juris-classeur périodique, éd. E, 1999, p. 1035, la condition de détention de 10% du capital s'apprécie au moment de l'introduction de la demande d'expertise.

³⁶² Y.GUYON, « Faut-il introduire en France la théorie de la corporate gouvernance ? », Petits affiches, 7 mai 1997, n°505 et s.

Certes , cette analyse est valable dans la mesure où l'expertise de gestion permet à l'associé de renseigner et obtenir des informations. Or, dans la pratique, l'expertise de gestion permet la désignation d'un professionnel dont la fonction sera de procéder à un contrôle de l'ensemble de la gestion de la personne morale. Cette appréciation globale de la gestion a pour finalité d'obtenir des éclaircissements sur une ou plusieurs opérations de gestion³⁶³, sans que son demandeur n'ait forcément épuisé les autres moyens d'information.

Il n'en demeure pas moins que cette procédure dans la majeure partie des espèces, porte sur des opérations de gestion pour lesquelles les associés ont un doute quant à leur régularité ou leur conformité à l'intérêt social. Les juridictions se sont prononcées sur le domaine des actes de gestion, elles ont décidé que ne constituaient pas un acte de gestion la décision de fixation d'une rémunération imposée par l'assemblée³⁶⁴. A contrario, constitue acte de gestion la rémunération décidée unilatéralement par un organe de gestion³⁶⁵.

Or, fréquemment, c'est en ce domaine que les rémunérations excessives que se sont octroyées les organes de direction constituent des fautes de gestion. Concrètement, le juge qui accorde le droit d'expertise participe indépendamment à la prévention de la faute de gestion, même s'il n'apprécie pas les actes en question.

En effet, la Cour de Cassation s'est implicitement prononcée sur cette question en retenant que la recevabilité d'une demande d'expertise de gestion suppose un risque d'atteinte à l'intérêt social³⁶⁶.

La désignation d'un expert de gestion rentre même dans le cadre de la compétence du juge des référés dans la mesure où l'objectif est de s'assurer de la situation à la suite du différend existant entre les actionnaires³⁶⁷.

Les juges n'ont pas pour compétence d'examiner les opérations de gestion. Leur mission se limite au fait d'apprécier la légitimité de la demande d'expertise, et nullement celle de l'opération elle-même³⁶⁸.

Nous pouvons dire, ainsi qu'il suffit que le juge estime l'existence d'une quelconque éventualité d'atteinte à l'intérêt social par une ou plusieurs opérations litigieuses, pour décider

³⁶³ M.COZIAN, A.VIANDIER et F.DE.BOISSY, « Droit des sociétés », 13^{ème} éd, Juris-classeur, Paris, 2013, n°488.

³⁶⁴ Cass.Com, 21 octobre 1997, Juris-classeur périodique, éd.E, 1998, p.36 et s, note de Y.GUYON.

³⁶⁵ Cass.Com, 30 mai 1989, Revue de jurisprudence de droit des affaires, éd. F .Lefebvre, IV, n°174.

³⁶⁶ Cass. Civ. Le 30 avril 1997, Arrêt n°2598, dossier n°96/1406.

³⁶⁷ C.A de Commerce d'Agadir, Le 09 mars 1995, n°462/94, non publié.

³⁶⁸ T. de commerce de Rabat, Le 06 janvier 2009, Jugement n°33, dossier n°1484, non publié.

la désignation d'un expert, ce qui suppose à la fois que « l'acte est douteux, et la demande sérieuse³⁶⁹ ».

Il convient de dire ; qu'en cas de recevabilité de la demande de désignation d'un expert de gestion que l'acte de gestion est tacitement reconnu comme non conforme à l'intérêt social. Il a pour corollaire une réaction des actionnaires qui demandent la nomination d'un expert pour en apprécier la légitimité, voire la licéité, sans pour autant vouloir contrôler l'opération. Or, la faute de gestion se fonde sur l'absence de conformité à l'intérêt social.

En outre, pour la doctrine, le souci de qualifier une faute de gestion impose à l'expert de procéder à la recherche de la réalité et de la loyauté³⁷⁰. Or, la loyauté est une des composantes de conformité à l'intérêt social.

En effet, le juge aura pour compétence de désigner un professionnel indépendant dont la fonction sera de préparer un compte rendu à la personne qui en a demandé la nomination et cela bien entendu sur la base d'un risque d'atteinte à l'intérêt social.

L'intéressé aura par la suite le choix de son action. L'expert de gestion, professionnel indépendant, nommé en référé par une juridiction sur le fondement d'une atteinte possible à l'intérêt social est un instrument fondamental de la prévention externe de la faute de gestion.

Une protection du dirigeant contre les fautes des gestions nécessite absolument la mise en place de mécanismes que ce soit internes ou externes en mesure de créer un outil efficace permettant au dirigeant de gérer le risque dans son métier sans quoi, et en cas de faute prouvée, c'est le mécanisme de la responsabilité qui peut être déclenché avec son cortège tout de sanctions civiles et pénales.

Section 2 : Le soubassement de la responsabilité du dirigeant de l'Entreprise

La commission d'une faute par le dirigeant social entraîne l'engagement de sa responsabilité pénale ou/et civile et par conséquent sa soumission à des sanctions dont la gravité diffère selon qu'il s'agit d'une société viable ou soumise à une procédure collective.

Donc on va essayer de mettre l'accent sur le cadre légal de cette responsabilité dans une 1^{ère} sous-section avant de se pencher sur son soubassement judiciaire dans une 2^{ème} section.

³⁶⁹ Cass.com, 10 février 1998, Juris-classeur périodique, éd. E, 1998, p.773, note D.GIBIRILA.

³⁷⁰ DE FONTBRESSIN, « L'expert face la faute de gestion », Ga, Pal, le 07 et 08 Juillet 1999, p.55 et s, Spé, p.57.

Sous-section 1 : Le cadre légal de la responsabilité

On traitera successivement l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant dans un 1^{er} paragraphe et le cadre légale de la responsabilité pénale du dirigeant dans un 2^{ème} paragraphe.

Paragraphe 1 : L'engagement de la responsabilité civile du dirigeant

La responsabilité des dirigeants de sociétés *in bonis* constitue une reproduction des principes généraux de la responsabilité civile. De ce fait, un dirigeant responsable est un dirigeant tenu de répondre de ces actes devant une autorité et d'en assumer les conséquences.

Autrement dit, il s'agit d'une obligation pour le dirigeant de fait ou de droit de réparer un dommage subi par autrui, à la suite d'un acte ou d'un événement qui l'engage, la condamnation dans ce cas se caractérise par l'obligation de verser des dommages et intérêts compensatoires³⁷¹.

Pour parvenir à mieux cerner les contours de la responsabilité civile du dirigeant, il convient de prime d'abord de s'interroger sur le régime juridique de cette responsabilité (A) avant de mettre l'accent sur la condition de sa mise en œuvre (B).

A- Le régime juridique de la responsabilité civile du dirigeant : Les conditions d'existence

La mise en cause de la responsabilité civile du dirigeant nécessite la réunion de plusieurs conditions parmi lesquelles la faute (I) occupe une place primordiale³⁷².

Ainsi, le droit civil requiert deux autres éléments de plus. Il s'agit en effet du dommage (II), et la nécessité de lien de causalité entre ladite faute et le dommage (III).

I- La faute

En matière civile comme en matière pénale, la responsabilité des dirigeants sociaux exige l'existence d'une faute. Cette dernière constitue l'élément indispensable de la responsabilité, elle doit être prouvée sans avoir besoin d'être dolosive, c'est au juge qui revient d'en contrôler son existence et sa gravité³⁷³.

³⁷¹ D.GIBIRILA, « Le dirigeants de société, statut juridique, social, et fiscal », édition LITEC, n° 507, 1995.

³⁷² Elle est élémentaire pour toute action.

³⁷³ A titre indicatif, la faute incriminée ne se présente pas toujours sous la forme d'une action positive, elle peut être la conséquence d'un manquement ou d'une abstention.

Donc au cours de cette analyse, l'interrogation sur la preuve de la faute (a), son origine (b) ainsi que l'étendue de la responsabilité du dirigeant pour faute (c) nous paraît une idée convenable.

a- La preuve de la faute

La mauvaise situation sociale ne permet pas, à elle seule, de présumer la faute de gestion du dirigeant, la faute commise doit être impérativement démontrée³⁷⁴.

En effet le dirigeant de société est tenu d'une obligation de résultat conformément à laquelle il doit mettre en œuvre tous les moyens pour parvenir au résultat escompté sans pour autant le garantir. De ce fait, le déficit de la situation financière de la société ne permet pas de présumer la faute de son dirigeant pour le faire, il faut que cette responsabilité soit prouvée.

En revanche lorsqu'il s'agit de violation des dispositions légales ou statutaires, la seule existence de ces transgressions suffit à faire présumer de la faute du dirigeant, car en qualité de mandataire social, il a une obligation de résultat de ne pas se rendre coupable de des manquements.

Selon le droit civil, en tant que fait juridique, la faute du dirigeant peut être prouvée par tout moyen. Le demandeur peut ainsi utiliser les divers documents écrits, rédigés à l'occasion des actes de gestion³⁷⁵, chose qui s'avère difficile vu que le dirigeant peut mettre ces documents hors portée des associés ou des tiers démontrant ainsi une volonté de se faire protégés.

Face à cette situation de blocage, la victime d'une faute de dirigeant peut se situer sur un terrain répressif en procédant au dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile permettant l'ouverture d'une instruction. Or, le droit des sociétés offre aux demandeurs une pluralité de mécanismes permettant de faciliter la mise en jeu de la responsabilité du dirigeant pour faute de gestion, s'agissant *primis* de l'expertise de gestion ; en cas de litige, où un ou plusieurs associés représentant au moins le quart³⁷⁶ ou le dixième du capital social³⁷⁷ et qui s'estiment insuffisamment informés par les dirigeants, peuvent demander au président du tribunal,

³⁷⁴ Cass. Com., 1 avril 1986, *Bull des arrêts de la C. Cass.*, Ch. Civ, n° 125, 1968, IV.

³⁷⁵ Prenant à titre d'exemple un procès-verbal de délibération du conseil d'administration.

³⁷⁶ Art. 82 dans son premier alinéa de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés édicte que : « Un ou plusieurs associés représentant au moins le quart du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander au président du tribunal, statuant en référé, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestions ».

³⁷⁷ V. dans le même sens d'idée, l'art. 157 dans son 1^{er} alinéa de la loi 17-95 sur la SA où : « Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander au président du tribunal, statuant en référé, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».

la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur l'opération de gestion, dans une perspective éventuelle d'exercer en particulier une action en responsabilité contre un dirigeant,

Secundo, l'expertise préventif ; ce modèle peut être demandé sur la base du code de la procédure civile³⁷⁸ dans le but de faire apparaître la faute. Mais on peut dire que les dispositions des lois sur les sociétés ont pour objectif d'accéder à l'information alors que l'expertise visé par l'article 55 du code de la procédure civile a pour objectif de préparer une action en justice.

On constate qu'en pratique, ces deux formes d'expertise se superposent, au moment où la 1^{ère} qui ne peut porter que sur des opérations de gestions³⁷⁹ permet aux personnes intéressées d'exercer une action en justice contre le dirigeant de la société, la 2^{ème} ouvre à tout intéressé disposant d'un motif légitime, la possibilité non seulement de conserver des preuves lorsqu'il y a un risque de déperissement mais aussi de les établir en vue d'un litige futur³⁸⁰ et participer donc à l'information du demandeur³⁸¹.

Tertio, enfin la loi 15-95 formant le code de commerce³⁸² a instauré un dispositif d'alerte destiné à attirer l'attention des dirigeants sociaux sur tous faits de nature à mettre en péril le survie de l'entreprise et à les inviter à prendre les mesures nécessaires au redressement de la situation. Ainsi l'absence de réponses des dirigeants aux questions posées par les titulaires du droit d'alertes peut constituer une preuve de leur faute³⁸³.

b- L'origine de la faute

On mettra l'accent sur deux sortes de fautes : une faute personnelle (1) et une autre collective (2).

³⁷⁸ Art. 55 du code de la procédure civile édicte que : « Le juge, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, soit d'office, ordonner avant dire au fond, une expertise, une visite...ou toute autre mesure d'instruction ».

³⁷⁹ C'est-à-dire des mesures prises par les organes de gestion eux-mêmes.

³⁸⁰ Mesure d'instruction *in futurum*.

³⁸¹ C.A. le 6 février 2008, 14^{ème} Ch. n° 07615895, Paris.

³⁸² Le livre 5 de la loi 15-95 formant le code de commerce.

³⁸³ Art. 546 de la loi 15-95 formant le code de commerce, selon cet art. « Le commissaire aux comptes, s'il en existe, ou tout associé dans la société informe le chef de l'entreprise des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation et ce, dans un délai de 8 jours de la découverte des faits et 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 la prochaine assemblée générale pour statuer, sur rapport du commissaire aux comptes, à ce sujet ».

1- La faute personnelle

La faute personnelle du dirigeant constitue la cause première de l'engagement de sa responsabilité civile. En écartant une telle faute, cette dernière ne sera que rarement mise en cause.

En principe, la faute d'un membre du personnel préjudiciable à un tiers engage la responsabilité de la société en qualité de commettant. Lorsqu'un dirigeant est concerné par les fautes commises par le personnel travaillant sous ses ordres, ce ne sont pas ces fautes qui motivent l'engagement de sa responsabilité, mais bien sa faute personnelle matérialisée notamment par un défaut de surveillance. Une pareille circonstance implique une faute de gestion personnelle et non pas la responsabilité du fait d'autrui³⁸⁴.

En effet, dans la plupart des cas, la responsabilité du dirigeant est invoquée dans le cadre de la gestion, d'où la difficulté d'établir une preuve de la faute de gestion car, étant tenu d'une obligation de moyens, il faut mettre en évidence un comportement dépourvu de diligence ou tout au moins d'une diligence suffisante. S'il s'agit d'un dirigeant rémunéré, son attitude doit être appréciée avec plus de sévérité, c'est-à-dire un dirigeant prudent, diligent et actif³⁸⁵.

Des lors, le dirigeant ne peut se prévaloir d'une cause exonératoire de sa responsabilité tant que son attitude es assimilée à celle d'un homme honnête et intelligent. En matière civile, il ne peut pas se prévaloir de son expérience ou sa bonne foi pour que sa responsabilité soit exclue. La sobriété est due au fait qu'il s'agit d'un professionnel averti, ce qui constitue une circonstance aggravante de sa responsabilité.

Mais cette situation n'écarte pas la possibilité de prendre en considération des éléments extrinsèques à l'intéressé emprunté à l'environnement, au milieu social ou même à l'erreur commune³⁸⁶. Ainsi l'attitude du dirigeant sera différemment appréciée selon qu'il est le président du conseil d'administration ou le directeur général d'une SA faisant appel public à l'épargne ou un gérant d'une SARL à caractère familial.

³⁸⁴ Cass. Com, du 20 mars 1979, *Juris-Classeur périodique*, édition Entreprise 1980, p. 29, note de C. LARROUMET.

³⁸⁵ Art. 903 du Dahir formant le code des obligations et des contrats édicte que : « *Le mandataire est tenu d'apporter à la gestion dont il est chargé la diligence d'un homme attentif et scrupuleux, et il répond du dommage causé au mandant par le défaut de cette diligence, tel que l'inexécution volontaire de son mandat ou des instructions spéciales qu'il a reçues, ou l'omission de ce qui est d'usage dans els affaires. S'il a des raisons graves pour s'écarter de ses instructions ou de l'usage, il est tenu d'en avvertir aussitôt le mandant et, s'il n'y a péril en la demeure, d'attendre ses instructions* ».

³⁸⁶ C.A de Reims, le 10 novembre 1975, *Rev des sociétés*, édition Dalloz, 1976, p. 307.

En fait, et par application de l'article 904³⁸⁷ du D.O.C, la détection de la faute du dirigeant non salarié ou qui ne perçoit pas de rémunération s'opère avec moins de rigueur que celle du dirigeant salarié. La solution s'impose même si la faute doit être également appréciée *in abstracto*, sans que celle-ci soit nécessairement constitutive d'une faute lourde.

2- La faute collective

La question qui se pose dans ce cadre est de savoir si la collégialité d'un organe de direction n'a pas d'impact sur la responsabilité de tous les membres en cas de faute imputable à cet organe. Dans l'affirmative, il faut se poser la question sur la répartition de l'obligation de réparation. Ce problème de la répartition apparaît lorsqu'en raison de la participation de plusieurs dirigeants aux mêmes faits ou actes, chacun d'eux engage sa responsabilité personnelle.

La raison de cette problématique semble être accordée par l'alinéa 2 de l'article 67 de la loi 5-96³⁸⁸ sur les autres formes des sociétés. Ainsi le même principe se trouve d'ailleurs consacré par la loi relative à la SA³⁸⁹.

Il en résulte que la détermination de la part contributive de chaque partie revient à la discrétion du juge.

En effet, pour ce qui est de la preuve, des difficultés particulières se manifestent au sujet des sociétés de grande ampleur et principalement encore pour les groupes de sociétés. La complexité découle de l'identification de la personne ou de l'organe quia réellement commis la faute. Le parcours souvent compliqué qui peut conduire à l'auteur de la faute, rend la tâche si complexe que l'imputabilité de la faute à un dirigeant déterminé est parfois impossible.

Ainsi, la mise en cause de la responsabilité d'un organe collégial diffère d'une structure sociétaire à une autre et, par conséquent, de la nature juridique de cet organe.

Dans la SA à conseil d'administration, la responsabilité des administrateurs et du directeur général peut revêtir un aspect collectif quand l'acte de l'un d'eux ne peut être isolé de l'acte ou de la décision prise par le conseil. Il ne suffit pas en effet qu'une attitude fautive soit

³⁸⁷ Art. 904 du Dahir formant code des obligations et des contrats précise que : « *Les obligations dont il est parlé en l'article précédent doivent être entendues plus rigoureusement : 1- Lorsque le mandant est salarié, 2- Lorsqu'il est exercé dans l'intérêt d'un mineur, d'un incapable, d'une personne morale* ».

³⁸⁸ Art. 67 Al 2 de la loi 5-96 relative aux autres formes de sociétés édicte que : « *Si plusieurs gérants ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage* ».

³⁸⁹ Le 2^{ème} alinéa de l'article 352 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes prévoit que : « *Si plusieurs administrateurs, membres du directoire ou du conseil de surveillance ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage* ».

accomplie par une personne déterminée à l'intérieur du groupe pour qu'il y ait une responsabilité collective.

Par ailleurs, un administrateur est habilité d'invoquer l'exonération de sa responsabilité, s'il arrive à prouver son désaccord sur l'adoption de l'acte fautif, à condition que ce désaccord soit caractérisé par un comportement positif ou négatif de sa part et non par une simple neutralité.

Il est incontestable, que la démission est l'expression la plus manifeste d'un désaccord. Il reste que cette démission doit être donnée dans les termes requis et forme imposée, d'une façon mesurée, avec motif à l'appui, et non point avec éclat et de manière intempestive, et cela afin de se mettre à l'abri de tout reproche.

Alors que pour la SA à directoire et conseil de surveillance, les membres du directoire sont soumis à des normes identiques, mais vraisemblablement avec un degré supplémentaire de sévérité, étant donné que le caractère collégial de l'organe social est plus accentué sans oublier les pouvoirs les plus étendus dont disposent les directeurs par rapport aux administrateurs.

Force est de constater qu'il a pu être décidé au sujet de ces mandataires sociaux que l'acceptation d'une fonction implique celle de la responsabilité des échecs³⁹⁰.

En revanche, le concept de faute collective est au premier abord étranger au mode d'administration de la SARL ou de société civile, car même la pluralité de ses membres ne lui confère pas la collégialité comme on le conçoit pour les administrateurs ou les membres du directoire. Les gérants détiennent séparément les pouvoirs qui leur sont dévolus. Leur responsabilité ne peut être retenue que pour une faute personnelle commise individuellement ou en raison d'une participation à l'acte en tant que coauteur.

Ainsi la jurisprudence³⁹¹ avait retenu la responsabilité pour faute de gestion non seulement du gérant mais également du cogérant personnellement chargé de la gestion et de s'assurer de la tenue de comptabilité lors de la maladie du premier.

La cogérance présume alors une partie active prise par l'intéressé dans la génération ou dans l'accomplissement de l'acte litigieux. Ce qui semble exclure la complicité tirée du silence gardé par le gérant.

³⁹⁰ C.A de Rennes, le 28 mars 1973, *La semaine juridique*, édition LexisNexis G, 1974, II, p. 708.

³⁹¹ C.A, de 20 octobre 1983, *Rev des sociétés*, édition Dalloz, 1984, p. 764.

Quoique cette solution reste discutable dans la mesure où tout gérant possède la faculté de s'opposer aux actes d'un autre gérant, qui se trouvent dépourvus d'effet vis-à-vis des tiers, sauf s'ils ont eu connaissance de l'opposition, c'est ce qui résulte d'ailleurs de la lecture de l'article 63 surtout dans son 5^{ème} alinéa de la loi 5-96 relative aux autres formes de sociétés commerciales³⁹².

De ce qui précède, on peut dire qu'à la manière de toute faute, celle collectivement commise doit être réparée. Cette réparation semble peut être plus aisée, car en raison de la pluralité des participants, les chances de solvabilité sont élevées. La réparation solidaire par les dirigeants auteurs de la faute collective vient réaffirmer ces propos.

Ainsi comme on l'a déjà mentionné, il revient au tribunal accordant gain de cause à la victime de déterminer la part contributive de chacun des auteurs du comportement fautif. Il peut, au motif d'une contribution plus au moins importante à la commission de la faute collective, fixer inégalement le montant de l'indemnité due par chacun des intéressés. En cas d'impossibilité de procéder au partage des responsabilités, la reconnaissance d'une responsabilité solidaire des administrateurs ne fait pas obstacle à la répartition dans des proportions inégales de la dette entre les coauteurs solidairement tenus, s'il en découle que les responsabilités respectivement encourues ne présentent pas pour tous la même importance dans la réalisation du dommage³⁹³.

Dans l'hypothèse de la répartition des responsabilités, elle n'est pas opposable aux tiers, elle n'a d'effet qu'entre les intéressés dans le contexte d'une action en répartition du surplus payé par l'un d'eux au cas où la victime se serait adressée à lui pour le versement de l'intégralité de la somme³⁹⁴.

En considérant la solidarité, le débiteur solvable ne peut en effet opposer au créancier les bénéfices de discussion et les bénéfices de division. En outre, l'insolvabilité de l'un des dirigeants se répartit entre les autres par parts égales³⁹⁵.

³⁹² Le 5^{ème} alinéa de la loi 63 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales édicte que : « *En cas de pluralités des gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus au présent article. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant et sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance* ».

³⁹³ C.Cass Française, 1^{ère} Ch. Civ, le 9 octobre 1985, *Bull des arrêts de la C. Cass, Ch.Civ, I, n° 255*.

³⁹⁴ Art. 179 de D.O.C prévoit que : « *L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs. Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée ou compensée en entier, ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux. Si l'un d'eux se trouve insolvable ou absent, sa part se répartit par contribution entre tous les autres débiteurs présents et solvables sauf leur recours contre celui pour qui ils ont payé : le tout, à moins de stipulation contraire* ».

³⁹⁵ Le 2^{ème} alinéa de l'article 179 du D.O.C édicte que : « *Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée ou compensée en entier, ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux* ».

c- L'étendue de la responsabilité du dirigeant pour faute

En principe, le dirigeant qui a cessé d'exercer ses fonctions doit être éloigné aux conséquences des faits auxquels il est demeuré étranger.

Après cessation de ses fonctions au sein de la société, il devrait échapper à tout acte fautif de nature à entraîner l'engagement de sa responsabilité.

Pour autant, l'arrivée du terme de son mandat ne doit pas constituer un moyen éluusif de sa responsabilité. Il demeure coupable des faits préjudiciables qui lui sont imputables³⁹⁶.

En fonction de critère chronologique communément utilisé, le dirigeant social ne peut n'être responsable que des fautes commises pendant la durée de ses fonctions. Aussi, il peut sauf prescription, être poursuivi pour des fautes antérieures à l'achèvement de son mandat³⁹⁷.

En revanche, le dirigeant est exonéré de toute responsabilité pour les fautes qui ont pris naissance dans la période précédente à la date du commencement de son mandat, ou qui remontent à la période postérieure à la cessation des fonctions.

Il convient cependant, de porter à la connaissance des tiers la cessation de son mandat, notamment par la formalité inscription au registre de commerce qui en conditionne l'opposabilité à ces tiers.

La mise en cause personnelle d'un dirigeant pour des actes qui remontent à une période durant laquelle il n'était plus en fonction suppose un lien quelconque entre la faute commise, même s'il n'en est pas l'auteur, et sa volonté fautive. Le cas échéant il peut être partiellement responsable de la faute de son successeur ou de son prédécesseur qui a pour origine sa propre faute. A titre d'exemple, on peut citer le cas affirmations mensongères insérées dans des publicités écrites par un conseil d'administration démissionnaire, mais distribuées à la libre initiative des nouveaux dirigeants³⁹⁸. Ou encore, le cas d'in bilan établi avant la nomination d'un nouveau dirigeant, mais que celui-ci à présenter en connaissance de son inexactitude à l'approbation des actionnaires³⁹⁹.

³⁹⁶ G. GREFF, La responsabilité des dirigeants sociaux retirés, RTD com, 1978, p. 479.

³⁹⁷ Cass. Corr, du 21 juillet 1980, *Bull des arrêts de la C.Cass*, Ch. Civ, n° 314.

³⁹⁸ C.A de Paris, le 31 janvier 1985, *Rev des sociétés*, édition Dalloz, 1985, p. 414.

³⁹⁹ C.Cass, Crim, le 16 septembre 1985, *Bull mensuel Joly d'information des sociétés*, édition Lextenso, 1985, p. 1039.

II- Le dommage

Contrairement au droit pénal, en droit civil, la faute n'est que l'un des éléments constitutifs de la responsabilité et son existence ne suffit pas pour engager cette dernière. La condamnation du dirigeant de société suppose que la victime a subi un dommage qui doit être réparé⁴⁰⁰.

En effet, un acte fautif qui ne produit pas de conséquences dommageables, ne peut constituer un fondement pour l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant.

De ce fait, l'absence de dommage est synonyme du dommage réparé, notamment lorsque le dirigeant fautif procède spontanément à la réparation due, comble de son propre gré avec ses biens personnels le passif social dont il s'estime coupable⁴⁰¹.

Ainsi, pour être réparable, le dommage doit être actuel, direct, et certain, personnel et qui porte atteinte à un droit acquis. En réalité, seule la certitude constitue la caractéristique essentielle. Le caractère direct illustre davantage le lien de causalité entre le dommage et la cause de responsabilité, qu'il ne représente un caractère du dommage réparable.

L'exigence d'un préjudice actuel paraît discutable. Un dommage éventuel peut être réparé s'il constitue le prolongement direct et certain d'un état de chose actuel et qu'il peut être immédiatement évalué⁴⁰².

Le préjudice est caractérisé par une perte pure et simple ou par la privation d'un gain⁴⁰³, en l'occurrence la perte des bénéfices ou de l'économie que la société avait pour objet de réaliser⁴⁰⁴. La société avait alors l'espérance légitime et non équivoque de réaliser des gains. Cette espérance s'est évanouie du fait de l'agissement fautif du dirigeant responsable.

Habituellement, le dommage est matériel, mais il peut revêtir un aspect moral. La preuve de ce préjudice incombe au demandeur⁴⁰⁵ et son évaluation revient à la discrétion du juge en fonction du dommage réellement subi par la société.

⁴⁰⁰ Art. 77 du D.O.C édicte que : « *Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe. Toute stipulation contraire est sans effet* ».

⁴⁰¹ Cass. Com., du 3 novembre 1975, *Bull des arrêts de la Cour de Cass*, Ch. Civ., IV, n° 252.

⁴⁰² PH. LE TOURNEAU et L. CADIET, « Droit de la responsabilité », *Coll Dalloz*, n° 667, 1998, p. 212.

⁴⁰³ V. art. 264 du D.O.C qui prévoit que selon le Dahir n° 1-95-157 du 11 août 1995-13 rabii I 1416, *B.O* 6 septembre 1995 : « *Les dommages sont la perte effective que le créancier a éprouvée et le gain dont il a été privé, et qui sont la conséquence directe de l'inexécution de l'obligation...* ».

⁴⁰⁴ Art. 982 du D.O.C édicte 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* ».

⁴⁰⁵ Cass. Com., du 1 octobre 1991, *Rev des sociétés*, éd. Dalloz, 1992, p. 782.

Conformément au principe consacré en droit civil, celui qui ne prouve pas la réalité du dommage invoqué peut lui-même être condamné à dédommager le dirigeant si son action est malveillante et notamment repose sur des motifs inconsistants qui masquent en réalité un conflit de personnes ; dans ce cas, elle constitue un abus de droit qui justifie une réparation en raison du discrédit subi par l'intéressé⁴⁰⁶.

On peut dire alors que, l'action de réparation du préjudice doit permettre de replacer la victime dans la situation antérieure au dommage subi. La gravité de la faute n'a pas d'importance dans le cadre de cette réparation, le seul point important étant la réparation intégrale du préjudice.

III- Le lien de causalité

Suivant le principe consacré en droit commun, la responsabilité des dirigeants sociaux ne peut être prétendue que si l'on prouve l'existence d'une relation de cause à effet entre la faute et le dommage.

Généralement, le lien de causalité est établi par la double preuve de la faute et dommage. Mais il arrive que cette relation soit difficile à mettre en exergue :

Primo, il se peut que la faute de dirigeant ne soit pas le seul prétexte déterminant de l'acte dommageable et elle se combine avec plusieurs autres facteurs parfois plus convaincants.

Secundo, la faute du dirigeant a pu être à l'origine du dommage, mais celui-ci a été aggravé par la négligence des commissaires aux comptes qui ne l'ont pas découvert à temps.

En fait, dans le cas où la preuve de la faute et du dommage créerait une présomption suivant laquelle, le dommage a été causé par la faute, un lien de causalité direct doit être clairement constaté. Le rapport de causalité doit être certain, car une faute peut être rattachée au dommage sans pour autant avoir une relation de cause à effet.

Ainsi, la faute de gestion caractérisée par le défaut de convocation des associés en assemblée générale est dénuée de liens de causalité avec le dommage présumé par l'associé, constituant dans son impossibilité d'apprécier la situation financière de la société⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ C.A de Pau, du 29 novembre 1994, *Bull mensuel, Joly d'information des sociétés*, éd Lextenso, 1995, p. 177.

⁴⁰⁷ Cass. Com., du 27 septembre 2005, *Bull mensuel Joly d'information des sociétés*, éd., Lextenso, 2006, p. 512., Note de P. SCHOLER.

Concernant la preuve de la relation cause à effet, celle-ci peut être apportée par tous moyens y compris la présomption. Mais au terme de l'article 454 du D.O.C, ces présomptions doivent être graves, précises et concordantes⁴⁰⁸. Cette présomption doit être confirmée par serment de la partie qui les invoque, si le juge le croit nécessaire⁴⁰⁹. L'appréciation de la force probante de la preuve revient à la discrétion du juge.

B- Les hypothèses d'engagement de la responsabilité civile du dirigeant

Les missions qu'exerce le dirigeant se caractérisent par la complexité et ambiguïté dues au fait qu'il dispose d'une double casquette, tantôt il agit en qualité de représentant légale de l'entreprise, tantôt en son propre nom, il en résulte en fonction des cas, leurs agissements engagent la responsabilité de la société, la leur ou celle des deux à la fois (I).

Concernant leur responsabilité personnelle, elle est le plus souvent engagée vis-à-vis de la société ou des membres. Elle est rarement prétendue par des tiers (II). Dans ces deux hypothèses, la responsabilité se base sur des fondements différents.

I- Responsabilité à l'égard de la société et des associés

Généralement, la faute du dirigeant consiste dans l'accomplissement des actes en contradiction avec l'intérêt de l'entreprise. Aussi elle peut résider dans la violation du devoir de loyauté de l'intéressé à l'égard des associés.

A c'est égard, l'article 8 dans son alinéa 4 de la loi 5-96 relative aux autres formes de sociétés commerciales⁴¹⁰, et l'article 352 de la loi 17-95 sur la SA⁴¹¹, consacrent la responsabilité individuelle et solidaire des gérants de la SARL, des administrateurs et du directeur général

⁴⁰⁸ Art. 454 du D.O.C prévoit que : « Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont remises à la prudence du juge ; il ne doit admettre que des présomptions graves et précises ou bien nombreuses et concordantes, la preuve contraire est de droit, et elle peut être faite par tous les moyens ».

⁴⁰⁹ Art. 455 du D.O.C édicte que : « Les présomptions mêmes graves, précises et concordantes ne sont admises que si elles sont confirmées par serment de la partie qui les invoque, si le juge le croit nécessaire ».

⁴¹⁰ Le 4^{ème} alinéa de l'article 8 de la loi 5-96 relative aux autres formes de sociétés édicte que : «... Les gérants sont responsables individuellement ou solidairement vis-à-vis des associés des actes accomplis contrairement à la loi ou aux statuts de la société ».

⁴¹¹ Art. 352 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes : « Les administrateurs, les membres du directoire ou du conseil de surveillance sont responsables, individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes dans leur gestion. Si plusieurs administrateurs, membres du directoire ou du conseil de surveillance ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. Les actionnaires qui, sur le fondement des dispositions du premier alinéa entendent demander aux administrateurs, aux membres du directoire ou du conseil de surveillance la réparation du préjudice qu'ils ont subi personnellement en raison des mêmes faits peuvent donner à l'un ou plusieurs d'entre eux le mandat d'agir en leur nom devant la juridiction compétente sous les conditions suivantes : 1- Le mandat doit être écrit et mentionner expressément qu'il donne au ou aux mandataires le pouvoir d'accomplir au nom du mandat tous les actes de procédure, il précise, s'il y a lieu, qu'il emporte le pouvoir d'exercer les voies de recours ; 2- La demande en justice doit indiquer les prénoms, nom et adresse de chacun des mandats ainsi que le nombre d'actions qu'ils détiennent. Elle précise le montant de la réparation réclamée par chacun d'eux. »

des SA, pour l'insubordination aux dispositions légales ou réglementaires, les violations statutaires et les fautes commises dans leur gestion.

En effet, l'article 353 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes différencie l'action sociale de la société demandant un dédommagement aux dirigeants de l'action des autres personnes physiques ou morales demandant la réparation de leur préjudice personnel aux dirigeants⁴¹².

Ainsi, on peut citer le célèbre arrêt VILGRAIN⁴¹³, dans lequel il avait été jugé que le dirigeant était tenu d'un devoir de loyauté envers les associés. Les juges avaient en effet retenu l'existence d'une réticence dolosive de la part du dirigeant, chargé par un associé de trouver un acquéreur à ses titres, pour avoir acquis lui-même lesdits titres, sans informer l'associé des négociations menées parallèlement avec un autre acquéreur, en vue de les revendre à un prix supérieur.

Cependant, l'obligation de loyauté reconnaît des limites. C'est le cas à titre d'exemple quand le dirigeant de la société noue des négociations avec un tiers qui ne porte pas directement sur les actions cédées par un associé, mais sur le contrôle d'un groupe auquel la société fait partie, le dirigeant n'est alors tenu à aucune obligation d'information envers l'associé⁴¹⁴.

Or, pour la jurisprudence en France, l'actionnaire est une personne différente de la société qui peut valablement demander réparation de son propre préjudice aux administrateurs⁴¹⁵.

Cette position jurisprudentielle spécifie d'ailleurs que l'actionnaire est un « tiers » au regard de l'article 353 de la loi 17-95 sur la SA.

A cet égard, de nombreuses infractions peuvent être commises : prenant à titre d'exemple les infractions aux dispositions légales (a), la violation des statuts (b), la faute de gestion (c).

a- Les délits aux dispositions légales

En cas d'inobservation des dispositions légales ou réglementaires, la responsabilité ne peut être prétendue suite à une simple abstention, mais elle doit résulter d'un comportement positif de fraude à la loi ou au règlement. Dès lors, la partie concernée est consciente du caractère

⁴¹² Art. 353 de la loi 17-95 sur la SA édicte que : « Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit en se groupant intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs, les membres du directoire ou du conseil de surveillance. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages intérêts sont alloués ».

⁴¹³ C.Cass, Ch. Com, du 27 février 1996, n° 94-11.241.

⁴¹⁴ C.A de Paris, 3^{ème} Ch. du 15 novembre 2005, n° 04-18524.

⁴¹⁵ C.A de Versailles, du 17 janvier 2002, n° 00-7792, RJDA 4/02, n° 398.

illégal de son attitude tout à fait contraire l'obligation de loyauté dont le dirigeant social doit faire preuve.

C'est ce qui justifie d'ailleurs le caractère rigoureux des sanctions. La responsabilité des dirigeants fautifs peut être recherchée en cas d'annulation de la société ou des actes et délibérations postérieures à sa constitution.

Pour la SARL, il s'agit des premiers gérants et des associés auxquels la nullité de la société est imputable et pour les SA, des fondateurs et des administrateurs en fonction au moment où la nullité a été encourue⁴¹⁶.

Les dispositions de l'article 349 de la loi 17-95 sur la SA sont également applicables aux membres du directoire des SA à directoire et conseil de surveillance⁴¹⁷.

En outre, la même responsabilité solidaire peut être prononcée à l'encontre des actionnaires dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés ou approuvés, il en va ainsi pour les fondateurs et les premiers dirigeants, même s'il n'y avait pas nullité, dès l'instant où un dommage a été provoqué par l'absence d'une mention obligatoire dans les statuts ou par l'omission ou encore l'accomplissement irrégulier d'une formalité constitutive.

Le fait générateur de cette responsabilité, qui vise essentiellement à garantir la protection des tiers, est une quelconque irrégularité de forme ou de fond dont l'existence suffit à établir la faute de l'intéressé.

L'absence de la cause de nullité par la réparation du vice dont la société, l'acte ou la délibération était entaché, n'efface pas la responsabilité, dès lors qu'un dommage a été causé par ce vice⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Art. 351 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes prévoit que : « L'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société ou des actes ou délibérations postérieures à sa constitution se prescrit par 5ans à compter du jour où la décision d'annulation est devenue irrévocable. La disparition de la cause de nullité ne met pas obstacle à l'exercice de l'action en dommages intérêts tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entaché. Cette action se prescrit par 5ans à compter du jour où la nullité a été couverte ».

⁴¹⁷ D'après l'art. 349 de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes : « Les fondateurs de la société ainsi que les premiers administrateurs, les premiers membres du directoire et du conseil de surveillance sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la présente loi pour la constitution de la société... ».

⁴¹⁸ Voir l'art.99 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur les sociétés anonymes qui édicte que : « Sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé, les conventions visées à l'article 95 et conclues sans autorisation préalable du conseil de surveillance, peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société. L'action en nullité se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention. Toutefois, si la convention a été dissimulée, le point de départ du délai de prescription est reporté au jour où elle a été révélée. La nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial du ou des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie. Le quatrième alinéa de l'article 97 est applicable. La

La responsabilité du dirigeant social peut également être engagée en cas d'ignorance des dispositions légales applicables aux différentes sociétés⁴¹⁹. Il en va pour la cession frauduleuse d'éléments fictifs⁴²⁰, la distribution de dividendes fictifs ou le défaut de mise en paiement des dividendes dans le délai imparti ou encore le non-respect des dispositions relatives à la présentation des comptes sociaux. C'est le cas aussi pour les irrégularités commises dans la convocation, la tenue et la constatation des décisions des assemblées ; la décision sans concertation avec les autres associés et au détriment de leurs intérêts, prise par un médecin cogérant et associé de fermer une clinique exploitée par une société en nom collectif et de transférer son activité dans une autre clinique⁴²¹.

Cette liste d'exemple est loin d'être exhaustive, ce qui importe c'est qu'à chaque fois, il faut l'existence d'un dommage subi par les associés ou la société.

Aussi, le législateur décrète fréquemment soit des sanctions pénales visant à assurer le respect des principales prescriptions, le dédommagement peut ainsi être demandé devant le tribunal correctionnel au moyen de l'action civile, soit la possibilité, particulièrement en matière d'information des associés, de demander au juge statuant en référé d'enjoindre sous astreinte aux dirigeants concernés de communiquer des informations, ou de désigner un mandataire chargé de procéder à la communication⁴²², si l'inobservation de ce dernier n'est pas pénalement sanctionnée, le dirigeant qui n'exécute pas ses obligations n'est toutefois pas épargné de toute sanction puisqu'il engage sa responsabilité civile sur le fondement de l'article 77 du D.O.C⁴²³.

b- La violation des statuts

Les dispositions contractuelles figurant dans les statuts s'imposent aux dirigeants dans la mesure où, au terme de l'article 230 du D.O.C⁴²⁴, elles tiennent lieu de loi à tous les membres de la société. Elles sont donc assimilables aux prescriptions légales mais aussi aux

décision de l'assemblée générale ordinaire ne fait pas obstacle à l'action en dommages-intérêts tendant à réparer le préjudice subi par la société ».

⁴¹⁹ Peuvent être invoquées la violation des formalités fixées pour la modification des statuts, ou pour l'augmentation du capital social d'une SARL réalisée totalement ou partiellement par des apports en nature, l'inobservation des règles relatives au fonctionnement du conseil d'administration.

⁴²⁰ Cass. Com, du 12 mai 1990, *Bull des arrêtes de la C. de Cass*, IV, n° 131.

⁴²¹ Cass. Com, du 3 avril 1979, *Bull mensuel Joly d'information des sociétés*, éd., Lextenso, 1979, p. 593.

⁴²² C.A de Paris, du 9 octobre 1985, *Rev des sociétés*, éd., Dalloz, 1986, p. 291, note de Y. GUYON.

⁴²³ Art. 77 du D.O.C précise que : « *Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe. Toute stipulation contraire est sans effet* ».

⁴²⁴ Art. 230 du D.O.C édicte que : « Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi ».

dispositions d'un règlement intérieur⁴²⁵. Leur violation entraîne l'engagement de la responsabilité envers la société ou les associés et non envers les tiers, parce que les limites apportées par les statuts aux pouvoirs des dirigeants leurs sont inopposables. La société reste engagée vis-à-vis des tiers de bonne foi. Mais, si l'exécution de l'acte lui est dommageable, elle dispose de la possibilité de demander réparation du préjudice subi au dirigeant qui n' a pas respecté les statuts⁴²⁶.

En revanche, lorsque le dirigeant agit en exécution d'une décision de la majorité des associés, auquel cas est écartée sa responsabilité pour violation des statuts. La violation du pacte social constitue une faute indépendante de toute notion de mauvaise foi ou de fraude. Elle peut être volontaire, mais peut aussi résulter d'une négligence due à une ignorance des dispositions statutaires. Elle est fréquemment prétendue quand le dirigeant en connaissance de cause ne demande pas l'autorisation requise avant de conclure un accord avec les tiers.

Par ailleurs, un rapprochement peut être opéré entre la violation des statuts et la fraude de gestion, au point que la frontière entre ces deux notions est étroite, rendant difficile leur distinction.

c- La faute de gestion

La faute de gestion constitue une cause importante de mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants sociaux envers la société et ses membres, même si sa présence n'est pas nécessaire à l'engagement d'une pareille responsabilité vis-à-vis des tiers. Elle est le type de faute le plus difficile à mettre en évidence, dans la mesure où elle suppose une appréciation sur le comportement requis de la part d'un dirigeant prudent, diligent et actif, au regard des circonstances de fait de l'époque.

En effet, la notion de faute de gestion peut recouvrir des situations variées, puisqu'elle s'entend aussi bien de la simple négligence ou imprudence, aux manœuvres frauduleuses caractérisées, qu'elles qu'en soient les conséquences, minimales ou graves, d'une action ou, au contraire, d'une abstention fautive commise par le dirigeant.

Des lors, les tribunaux se réfèrent, pour retenir ou non la faute de gestion, au comportement d'un dirigeant normalement prudent, diligent et respectueux des règles de la gestion des sociétés commerciales. Ils ont recours, à cette fin, aux notions de loyauté, de transparence ou

⁴²⁵ C.A. de Paris, le 9 octobre 1985, *Rev des sociétés*, éd. Dalloz, 1986, p. 291, note de Y. GUYON.

⁴²⁶ Cass. Com, du 10 mars 1976, *Juris-classeur périodique* G, 1977, U, 18566, note de Y. CHARTIER.

de respect de légalité⁴²⁷ et retiennent ainsi comme fautif tout comportement du gérant jugé contraire à l'intérêt social⁴²⁸.

Pour apprécier la faute de gestion, les tribunaux doivent se placer à la date de commission de la faute pour éviter de remettre en cause une décision qui, semble être déraisonnable au jour où le juge statue, était adaptée à l'intérêt de la société au moment où elle a été prise.

II- Responsabilité à l'égard des tiers

On mettra l'accent successivement sur les caractéristiques de la responsabilité à l'égard des tiers (a), la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle (b), et enfin la responsabilité contractuelle (c).

a- Caractéristiques de la responsabilité à l'égard des tiers

En principe, le dirigeant auteur d'une faute engage sa responsabilité vis-à-vis de la société et exceptionnellement à l'égard des tiers. Le caractère exceptionnel de la responsabilité envers les tiers peut être expliqué par référence au principe de l'autonomie de la personnalité morale de la société.

Ainsi, le dirigeant n'est que le représentant de la société. Celle-ci est seule tenue vis-à-vis des tiers qui pourront l'assigner en cas de mauvaise exécution du contrat. Ceci dit qu'il ne garantit pas la bonne exécution du contrat par la société, le dirigeant ne répond pas envers celle-ci, du défaut d'exécution de la convention par le tiers.

Selon la jurisprudence, cette dernière consacre cette idée en considérant que la responsabilité sociale est de règle tandis que la responsabilité personnelle des gérants est l'exception⁴²⁹.

Par ailleurs, aussi longtemps que la société est *in-bonis*, les tiers préfèrent s'adresser à la personne morale elle-même, en raison de sa solvabilité plus grande, plutôt qu'à son représentant.

Or, en dépit de son caractère en principe subsidiaire, la responsabilité personnelle du dirigeant est de plus en plus souvent retenue par la jurisprudence.

⁴²⁷ P. BEZARD, « L'expert face à la faute de gestion », *Rev.J.Com*, n° special, Septembre 2000, p. 83.

⁴²⁸ Cass. Com, du 7 octobre 1997, n° 94-18.553, *Bull mensuel Joly d'information des sociétés*, Ed Lextenso, 1997, p. 1074, note de J.J.DAIGRE.

⁴²⁹ Cass. Soc, du 10 mai 1973, *Bull des arrêts de la Cour de Cass*, V, n° 299.

En effet, le dirigeant n'est pas un simple organe de représentation ou d'exécution, il est muni d'un pouvoir de gestion, de décision dont l'exercice peut être préjudiciable aux tierces personnes, et comme conséquences, il sera tenu de dédommager les victimes si la société n'est pas en mesure de réparer le préjudice.

Il peut notamment être condamné par les tribunaux à supporter l'insuffisance d'actif causé par sa mauvaise gestion, lorsque la liquidation judiciaire de la personne morale a fait apparaître cette insuffisance d'actif⁴³⁰.

b- La responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle

On ne peut pas traiter la question de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle dans mettre l'accent sur son fondement (1), ainsi que sur les fautes détachables des fonctions de dirigeant (2).

1- Le fondement

La nature de la responsabilité personnelle des dirigeants envers les tiers est délictuelle ou quasi-délictuelle, elle repose en principe sur les dispositions des articles 77 et suivants du D.O.C. Elle présume une faute séparable de ses fonctions de direction⁴³¹.

Il y a lieu de préciser que la détection d'un fait délictuel ou quasi- délictuel imputable à une société n'implique pas nécessairement une faute personnelle du dirigeant social⁴³².

En effet, la jurisprudence a implicitement reconnu que l'action en responsabilité personnelle soulevée par un tiers contre un administrateur a pour fondement l'article 352 de la loi 17-95 sur la SA⁴³³, et non l'article 77 du D.O.C⁴³⁴.

⁴³⁰ V. le 1^{er} alinéa de l'art 704 du code de commerce qui précise 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 ».

⁴³¹ Art. 77 et s. du D.O.C édicte que : « Tout fait quelconque de l'homme qui , sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe ».

⁴³² C.A de Renne, du 16 mars 2004, 1^{er} Ch., n° 02-03955.

⁴³³ Art. 352 de la loi 17-95 sur la SA édicte que : « Les administrateurs, les membres du directoire ou du conseil de surveillance sont responsables, individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes dans leur gestion. Si plusieurs administrateurs membres du directoire ou du conseil de surveillance ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. Les actionnaires qui, sur le fondement des dispositions du premier alinéa entendent demander aux administrateurs, aux membres du directoire ou du conseil de surveillance la réparation du préjudice qu'ils ont subi personnellement en raison des mêmes faits peuvent donner à l'un ou plusieurs d'entre eux le mandat d'agir en leur nom devant la juridiction compétente sous les conditions suivantes : 1- Le mandat doit être écrit et mentionner expressément qu'il donne au ou aux mandataires le pouvoir d'accomplir au nom du mandat tous les actes de procédure, il précise, s'il y a lieu, qu'il emporte le pouvoir d'exercer les voies de

Il ne faut pas se limiter à une lecture restrictive de l'article 352 de la loi 17-95 sur la SA qui vise les fautes commises par les dirigeants à l'occasion des actes de gestions, car elles sont commises en leur qualité d'administrateur, persistées-elles détachables de l'exercice de leurs fonctions.

La jurisprudence française a considéré que l'article l'alinéa 1 de l'article L225-25⁴³⁵ du code de commerce⁴³⁶ ne consacre pas la responsabilité des administrateurs que dans des cas limitativement énumérés, ainsi il ne s'oppose pas à l'exercice d'une action en responsabilité pour les fautes séparables de leurs fonctions de gestion⁴³⁷.

Cette jurisprudence présente l'avantage de soumettre la responsabilité civile des dirigeants de société, à un régime cohérent, que ce soit à l'égard de la société ou à l'égard des tiers, ils ne sont responsables que sur le fondement des dispositions du code de commerce, dans le délai de prescription de cinq ans⁴³⁸ ; excepté le cas exceptionnel où la faute est qualifiée de crime, qui se prescrit par 20 ans, c'est ce qui résulte de la lecture de la loi 17-95 relative à la SA. Si l'action en responsabilité engagée par les tiers pour faute détachable avait eu pour fondement l'article 77 du D.O.C, cette action se serait prescrite par 5ans⁴³⁹.

2- Les fautes détachées des fonctions de dirigeant

La responsabilité personnelle du dirigeant suppose encore que soit établie l'existence d'une faute détachable des fonctions exercées par celui-ci.

La notion de la faute détachable, étant soumise au contrôle de la Cour de cassation et ne se définissant pas aisément, a laissé place une certaine incertitude⁴⁴⁰.

recours ; 2- La demande en justice doit indiquer les prénom, nom et adresse de chacun des manats ainsi que le nombre d'actions qu'ils détiennent. Elle précise le montant de la réparation réclamée par chacun d'eux ».

⁴³⁴ Cass. Com, du 28 avril 1998, n° 961, *Rev de jurisprudence de droit des affaires*, éd., F. Lefebvre, 7/98, n° 874.

⁴³⁵ Art. L 225-25 du code de commerce français modifié et complété par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013- art. 9 (V) édicte dans son 1^{er} alinéa que : « Les statuts peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société qu'ils déterminent ».

⁴³⁶ L'article 352 de la loi 17-95 sur la société anonyme.

⁴³⁷ C.A de Versailles, du 17 janvier 2002, 13^{ème} Ch. de jurisprudence de droit des affaires, n° 00-7792, éd., F. Lefebvre, 4/02, n° 398.

⁴³⁸ Art. 355 de la loi 17-95 sur la SA modifiée et complétée par la loi 20-05 précise que : « L'action en responsabilité contre les administrateurs, les membres du directoire ou du conseil de surveillance tant sociale qu'individuelle se prescrit par cinq ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par vingt ans ».

⁴³⁹ Art. 106 du D.O.C (Modifié D. 17 novembre 1960- 27 jourmada I 1380) édicte que : « L'action en indemnité du chef d'un délit ou quasi-délit se prescrit par cinq ans à partir du moment où la partie lésée a eu connaissance du dommage et de celui qui est tenu d'en répondre. Elle se prescrit en tous les cas par vingt ans, à partir du moment où le dommage a eu lieu ».

⁴⁴⁰ D.VIDAL, « La responsabilité des dirigeants sociaux », Colloque Toulouse, 17 novembre 2000, *Juris-Classeur périodique*, éd., Entreprise, 3/2001, p. 16.

C'est la raison pour laquelle la chambre commerciale de la cour de cassation par un arrêt qui a défini la faute séparable ou détachable des fonctions comme une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales⁴⁴¹.

En effet, antérieurement à cette décision de principe, la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers n'était retenue que si ce dernier avait commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement, une telle solution, largement critiquée par la doctrine conduisait, à établir la responsabilité personnelle du dirigeant aux seules fautes commises par lui pour des mobiles personnels, ce qui lui confèrerait une certaine impunité à l'égard des tiers victimes, donnant ainsi lieu à des solutions particulièrement injustes pour ces derniers.

Ainsi, la jurisprudence n'a pas retenu la responsabilité du dirigeant qui ment dans l'exercice de ses fonctions en attestant que la société est propriétaire de marchandises couverte d'une clause de réserve de propriété pour obtenir un crédit⁴⁴².

Depuis l'arrêt de 20 mai 2003, la notion de faute détachable se définit donc au moyen de deux critères principaux et cumulatifs, d'une part, le caractère intentionnel de la faute qui suppose que le dirigeant social a conscience de causer un dommage à autrui, d'autre part, la particulière gravité de la faute commise.

Cette solution a également été admise par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation et confirmée par la chambre commerciale plusieurs reprises. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que « ne commet pas une telle faute le dirigeant qui agit dans les limites de l'objet social et dont il n'est pas démontré qu'il aurait eu un intérêt personnel à utiliser celle-ci dans un dessin illicite⁴⁴³ ».

Ces dernières décisions attestent de la volonté des tribunaux d'avoir une approche plus concrète de la faute détachable, supposant qu'il soit procédé à une analyse, au cas par cas, des actes commis par les dirigeants qui tiennent notamment compte de la durée de leurs manquements mais également de leur caractère délibéré et persistant.

⁴⁴¹ Cass. Com, du 20 mai 2003, n° 99-17-.092, *Bull des arrêts de la Cour de Cassation*, Ch. Civ, IV, n° 84.

⁴⁴² Cass. Com, 28 avril 1998, n° 96-10.253, *Bull des arrêts de la Cour de Cassation*, Ch. Civ, IV, n° 139.

⁴⁴³ Cass. Com, 13 décembre 2005, *Bull mensuel Joly d'information des sociétés*, éd., Lextenso, 2006, 636, note J-F. BARBIERI.

Il convient par la suite de s'interroger sur la faute pénale, est-elle constitutive d'une faute détachable des fonctions des dirigeants ? La 1^{ère} chambre civile a admis que la faute pénale d'un dirigeant est assimilable à la faute détachable de ses fonctions⁴⁴⁴.

La cour confirme l'analyse de la cour d'appel qui, se référant au jugement qu'il a condamné le dirigeant pour corruption, a retenu qu'il avait commis une faute à titre personnel, et détachable de sa fonction de gérant. La chambre criminelle a posé comme principe que le dirigeant d'une personne morale qui a intentionnellement et personnellement commis une infraction ayant porté préjudice à un tiers engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci, l'infraction eut-elle été commise dans le cadre de ses fonctions de dirigeant⁴⁴⁵.

En écartant la question de savoir s'il y a ou non faute séparable, la chambre criminelle affirme implicitement que la victime peut agir sur le fondement du droit civil. La chambre commerciale, quant à elle, avait admis que des actes de contrefaçon de marque commis par un dirigeant constituaient les fautes séparables⁴⁴⁶.

Enfin, la 3^{ème} chambre civile semble trancher le débat en décidant que la réalisation d'une infraction ne constitue pas systématiquement une faute⁴⁴⁷. A signaler, quoique rien ne laisse prédire que la chambre commerciale adopterait une solution différente de celle de la 3^{ème} chambre civile, si elle devait trancher une situation similaire à celle qui a donné lieu à l'arrêt rapporté ci-dessus.

c- La responsabilité contractuelle

En dépit du fait que la responsabilité du dirigeant social envers les tiers est une responsabilité délictuelle et quasi délictuelle sur le fondement des articles 77 et 78 du D.O.C⁴⁴⁸, il est possible de rechercher cette responsabilité en matière contractuelle dans quatre hypothèses.

La première hypothèse concerne l'excès des limites de ses pouvoirs par l'intéressé. Ce dernier est personnellement tenu d'exécuter le contrat, car la société n'est pas engagée. Le cas

⁴⁴⁴ Cass. 1^{ère} Ch. Civ, 6 octobre 1998, n° 14630, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F. Lefebvre, 12/98, n° 1362.

⁴⁴⁵ Cass. Crim, 20 mai 2003, n°02-84-.307 (n° 2669 F-PF), Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F. Lefebvre, 12/03, n° 1181.

⁴⁴⁶ Cass. Com, du 7 juillet 2004, n° 1158, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F. Lefebvre, 11/04, n° 1223.

⁴⁴⁷ Cass. 3^{ème} Ch. Civ, du 4 janvier 2006, n° 1 FS-PB, Rev de la jurisprudence de droit des affaires, éd., F. Lefebvre, 8-9/06, n° 916.

⁴⁴⁸ Art. 77 du D.O.C édicte que : « Tout fait quelconque de l'homme qui, dans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe. Toute stipulation contraire est sans effet (1) ». V. également l'article 78 du D.O.C qui précise aussi : « Chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe. Toute stipulation contraire est sans effet (1) . La faute consiste, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage ».

classique est celui du président du conseil d'administration qui a consenti la caution, l'aval ou la garantie de la société à un tiers, sans que ceux*-ci aient été autorisés par le conseil d'administration dans les conditions prescrites par l'article 69 de la loi 17-95 sur la SA modifiée et complétée par la loi 20-05⁴⁴⁹. La caution, l'aval ou la garantie, sont alors inopposables à la société.

Le principe de la responsabilité personnelle du dirigeant comporte toutefois des limites. En effet, selon un autre principe valable pour toutes les sociétés, le représentant légal dispose de tous les pouvoirs pour agir en toutes circonstances au nom de la société, toute clause contraire étant inopposable au tiers.

Encore, dans les sociétés et les sociétés par actions, ce représentant engage la société même pour tout acte extérieur à l'objet social, sauf à démontrer que le tiers savait que l'acte ne relevait pas de l'objet social ou ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances⁴⁵⁰. Il s'ensuit que seul le dépassement de l'objet d'une société civile ou d'une société en nom collectif engage personnellement le représentant légal.

Dans la seconde hypothèse, le dirigeant néglige d'informer le cocontractant qu'il agit au nom d'une société. Il devient alors son débiteur direct et personnel.

Troisièmement, quand la société est frauduleusement ou simplement fictive, le dirigeant est personnellement engagé.

⁴⁴⁹ V. l'article 69 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur la SA qui précise que : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, est investi des pouvoirs les plus étendus pour prendre en toute circonstance toutes décisions à la réalisation de son objet social au nom de la société et sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent par la présente loi aux assemblées d'actionnaires. Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que lesdits actes dépassaient cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du conseil d'administration sont inopposables aux tiers* ».

⁴⁵⁰ V. l'article 69 indiqué ci-dessus et l'art 102 de la loi 17-95 tel qu'elle a été modifiée et complétée par la loi 20-05 sur la SA qui édicte que : « *Le directoire est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société ; il les exerce dans la limite de l'objet social est sous réserve de ceux qui sont expressément attribués par la loi au conseil de surveillance et aux assemblées d'actionnaires. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du directoire qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépasse cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du directoire sont inopposables aux tiers. Le directoire délibère et prend ses décisions dans les conditions fixées par les statuts. Sauf clause contraire des statuts, les membres du directoire peuvent, avec l'autorisation du conseil de surveillance répartir entre eux les tâches de la direction. Toutefois, cette répartition ne peut, en aucun cas, avoir pour effet de retirer au directoire son caractère d'organe assurant collectivement la direction de la société. Dans le cas des sociétés faisant appel public à l'épargne, le directoire est, en outre responsable de l'information destinée aux actionnaires et au public prescrite aux articles 153 à 156* ». Dans le même sens v. aussi l'art 62 et s. de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales qui précise que : « *La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques. Les gérants peuvent être choisis en dehors des associés. Ils sont nommés et la durée de leur mandat fixée par les associés dans les statuts ou par un acte postérieure, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 75. En l'absence de dispositions statutaires, le gérant, associé ou non, est nommé pour une durée de trois ans* ».

Enfin, le dirigeant est coupable de la mauvaise exécution du contrat s'il s'est personnellement engagé à côté de la société.

De ce fait, à l'occasion des prêts, les banques exigent souvent que le dirigeant se porte caution de la société qu'il représente. Cette pratique, fréquente dans les relations des banques avec les SARL et les petites SA, permet au créancier de se ménager un recours meilleurs à tout point de vue qu'une action en responsabilité.

Paragraphe 2 : Le cadre légal de la responsabilité pénale du dirigeant

On mettra l'accent successivement sur l'étude des personnes mises en causes (A) avant de se pencher sur les conditions d'engagement de la responsabilité pénale du dirigeant (B)

A- Personnes susceptible d'être mise en cause

Dans une entreprise individuelle, la détermination de la responsabilité ne semble se heurter à aucune difficulté, celui qui doit être poursuivi en qualité de chef est en principe la personne physique propriétaire ou gérante qui assure effectivement la direction de l'entreprise. On verra toutefois qu'un tiers peut être dirigeant de fait d'une entreprise individuelle.

Pour une société, l'identification de la personne responsable dépend de la forme sociale du groupement. Or le droit marocain propose une grande variété de structure sociétaire.

A delà de la diversité des groupements, les personnes pénalement responsables sont celles qui sont désignées, par la loi pour exercer les pouvoirs d'administration ou de direction au sein de la société. D'où la nécessité d'examiner tour à tour les différentes formes afin de déterminer les personnes pénalement responsables.

Pour l'essentiel, il s'agit des individus investis des plus larges pouvoirs pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Ce sont les dirigeants de droit, mais la responsabilité pénale concerne également les dirigeants de fait⁴⁵¹.

Dans ce cadre, on distingue entre les dirigeants de droit (I), les dirigeants de fait (II), et les dirigeants dont les fonctions ont cessés (III).

⁴⁵¹ Elle ne se limite pas aux dirigeants en fonction, elle intéresse aussi les dirigeants retirés. L'infraction ne saurait en revanche être retenue à l'encontre des dirigeants non encore en fonction au jour de la réalisation de l'opération incriminée, dans la mesure où l'acte fautif constitue un délit instantané.

I- Dirigeant de droit

L'acceptation du dirigeant de droit différé selon la forme de la société dont il a la mission de gérer. Ainsi en distingue entre les sociétés commerciales (a) et les autres formes et groupes de sociétés (b).

a- Les sociétés commerciales

On traitera les sociétés de personnes et SARL dans un 1^{er} lieu (1), avant de mettre l'accent sur les sociétés anonymes dans un 2^{ème} lieu (2).

1- Les sociétés de personnes et SARL

Dans les sociétés en nom collectif (SNC), les sociétés en commandite simple (SCS), les sociétés par actions (SCA) et dans les sociétés à responsabilité limitée (SARL), c'est le gérant qui est responsable.

A cet égard, le législateur n'impose pas la désignation officielle d'un gérant. En effet, dans le silence des statuts désignant un ou plusieurs gérants, associés ou non, ou prévoyant cette désignation par un acte ultérieure, tous les associés sont gérants⁴⁵². La question qui ne pose est de savoir qui est effectivement responsable.

Cette situation se rencontre également dans la SARL, susceptible d'être gérée par une ou plusieurs personnes physiques choisies parmi les associés ou en dehors d'eux⁴⁵³. En pareille circonstance, dans cette hypothèse de cogérance, la Cour de Cassation s'est prononcée pour une responsabilité de tous les gérants⁴⁵⁴.

Il y a là une certaine logique, si un seul des gérants a effectivement commis l'acte répréhensible, les autres par leur incurie l'on laissé faire, engageant leur propre

⁴⁵² V. l'art. 6 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales prévoit que : « *Tous les associés sont gérants, sauf stipulation contraire des statuts qui peuvent désigner un ou plusieurs gérants, associés ou non, ou en prévoir la désignation par un acte ultérieure. Si une personne morale est gérant, ses dirigeants sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent* ».

⁴⁵³ V. l'art. 62 de la loi 5-96 relative à la SNC.SARL.SCS.SCA et la société en participation qui édicte que : « *La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques.*

Les gérants peuvent être choisis en dehors des associés. Ils sont nommés et la durée de leur mandat fixée par les associés dans les statuts ou par un acte postérieur, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 75.

En l'absence de dispositions statutaires, le gérant, associé ou non, est nommé pour une durée de 3 ans ».

⁴⁵⁴ Cass. Crim, du 4 juin 1957, n° 3101/52, *Bull des arrêts de la Cour de Cassation*, Ch. Crim, n° 486.

responsabilité⁴⁵⁵. Compte tenu de la ressemblance de situation, la doctrine préconise d'étendre cette solution prétorienne à toutes les hypothèses de gérance pluraliste⁴⁵⁶.

Ainsi, n'empêche qu'un cogérant agissant seul en violation des dispositions statutaires engage non seulement la société, mais encore sa responsabilité, quand bien même la décision prise collégialement conformément aux statuts aurait été la même⁴⁵⁷.

Il résulte de la combinaison des articles 62⁴⁵⁸, 63⁴⁵⁹ et 64⁴⁶⁰ de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales, qu'en cas de pluralité de gérants chacun d'eux détient séparément à l'égard des tiers les pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société⁴⁶¹.

Enfin, les dispositions pénales relatives au gérant de SARL s'appliquent au gérant de la SARL a associé unique, car celle-ci n'est qu'une variété de SARL⁴⁶².

⁴⁵⁵ N. CATALA, « De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail, JCP, 1976, II, n° 12010.

⁴⁵⁶ J-K-ROBERT, « Les personnes physiques pénalement responsables des infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises », JCP, 1975, II, n° 11716.

⁴⁵⁷ Cass. Com, du 3 décembre 2002, n° 99-18.987, Rev de Jurisprudence de droit des affaires, éd., F. Lefebvre, 4/03, n° 397.

⁴⁵⁸ V. L'art 62 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés qui édicte que : « La société à responsabilité limitée est gérée par une plusieurs personnes physiques. Les gérants peuvent être choisis en dehors des associés. Ils sont nommés et la durée de leur mandat fixée par les associés dans les statuts ou par un acte postérieur, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 75. En l'absence de dispositions statutaires, le gérant, associé ou non, est nommé pour une durée de 3 ans. »

⁴⁵⁹ Le législateur prévoit dans ledit article que : « Dans les rapports entre associés, les pouvoirs des gérants sont déterminés par les statuts, et dans le silence de ceux-ci, chaque associé peut effectuer tout acte de gestion dans l'intérêt de la société. Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers. En cas de pluralité des gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus au présent article. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance. Les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 7 sont applicables aux gérants de la société à responsabilité limitée ».

⁴⁶⁰ L'article 64 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales édicte : « Le gérant ou, le cas échéant, le ou les commissaires aux comptes, présentent à l'assemblée générale ou joignent aux documents communiqués aux associés en cas de consultation écrite, un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un des gérants ou associés. L'assemblée générale statue sur ce rapport. Le gérant ou associé intéressé ne peut prendre part au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Toutefois, à défaut de commissaire aux comptes, les conventions conclues par un gérant non associés sont soumises à l'approbation préalable de l'assemblée générale. Par dérogations aux dispositions du premier alinéa, lorsque la société ne comprend qu'un seul associé et que la convention est conclue avec celui-ci, il en est seulement fait mention au registre des délibérations. Les conventions non approuvées produisent néanmoins leurs effets, à charge pour le gérant et, s'il y a lieu, pour l'associé contractant, de supporter individuellement ou solidairement, selon les cas, les conséquences du contrat préjudiciables à la société. Les dispositions du présent article s'étendent aux conventions passées avec une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance, est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée ».

⁴⁶¹ Cass. Com, du 25 juin 1996, n° 93-19.389, Dr. Sociétés, 1996 comm, n° 173, obs. D. VIDAL.

⁴⁶² Cass. Crim, du 14 juin 1993, n° 92-80.763, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre 11/93, n° 915.

2- La société anonyme

A ce niveau, il nous semble nécessaire de mettre l'accent sur les différentes forme de société anonyme, s'agissant de la SA à conseil d'administration, ou à directoire ou la SAS.

▪ Commençant par la SA à conseil d'administration, lorsque la société est gérée selon le mode traditionnel dit « moniste⁴⁶³ », c'est-à-dire, un SA avec un un conseil d'administration, c'est le directeur général, pouvant être le président du conseil d'administration ou une autre personne physique, qui assume la responsabilité pénale⁴⁶⁴. En effet, il représente la société dans ses rapports avec les tiers⁴⁶⁵.

Ce système organisationnel n'exclut pas la responsabilité du ou des directeurs généraux délégués en nombre de cinq, nommés par le conseil d'administration sur proposition du directeur général et qui, vis-à-vis des tiers, ont des pouvoirs identiques à ceux qui sont dévolus à ce dernier⁴⁶⁶.

Ainsi, les administrateurs ou les représentants permanents de personnes morales administrateurs peuvent également engager leur responsabilité pénale pour des infractions dont ils sont les auteurs. Dans ce contexte, la Cour de cassation française a précisé que la CA qui condamne l'administrateur à payer des dommages-intérêts aux victimes d'une infraction (en l'espèce, une escroquerie) qu'il a commis, distingue à bon droit l'action civile engagée sur

⁴⁶³ Relatif au monisme, doctrine qui considère que la réalité est formée d'un principe unique, autrement dit une conception doctrinale selon laquelle droit interne et droit international sont des manifestations d'un même ordre juridique.

⁴⁶⁴ V. art. 67 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 relative aux sociétés anonymes prévoit que : « *Sur la proposition du président, le conseil d'administration peut donner mandat à une ou plusieurs personnes physiques d'assister le président à titre de directeur général. Le conseil détermine leur rémunération... La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration avec le titre de président directeur général, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général. Dans les conditions définies par les statuts, le conseil d'administrations choisit entre les deux modalités d'exercice de la direction générale visée au premier alinéa. Ce choix sera porté à la connaissance des actionnaires lors de la prochaine assemblée générale et fera l'objet des formalités de dépôt, de publicité et d'inscription au registre du commerce dans les conditions prévues par la loi. Lorsque la direction générale de la société est assumée par le président du conseil d'administration, les dispositions relatives au directeur général lui sont applicables. Dans le silence des statuts, la direction générale est assumée, sous sa responsabilité, par le président du conseil d'administration. Lorsqu'un directeur général est administrateur, la durée de ses fonctions ne peut excéder celle de son mandat. Les administrateurs qui ne sont ni président, ni directeur général ni directeur général délégué, ni salarié de la société exerçant des fonctions de direction doivent être plus nombreux que les administrateurs ayants l'une de ces qualités* ».

⁴⁶⁵ V. le 2^{ème} alinéa de l'art. 75 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur la société anonyme qui édicte que : « ... A l'égard des tiers, les directeurs généraux délégués ils disposent des mêmes pouvoirs que le président le directeur général ».

⁴⁶⁶ V. l'art. 67 Bis de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur la société anonymes qui prévoit que : « *Sur proposition du directeur général, le conseil d'administration peut donner mandat à une ou plusieurs personnes physiques chargées d'assister le directeur général avec le titre de directeur général déléguée. Le conseil d'administration détermine la rémunération du directeur général et des directeurs généraux délégués* ». V. également le 1^{er} alinéa de l'art 75 de la loi précitée qui édicte que : « A l'égard de la société, les directeurs généraux délégués sont investis des pouvoirs dont le conseil d'administration détermine, sur proposition du président du directeur général, l'étendue et la durée ».

le fondement du CPP et l'action en responsabilité civile susceptible d'être engagée contre la société⁴⁶⁷.

▪ Ensuite, concernant la SA à directoire, la SA moderne qualifiée de « dualiste » en raison de la présence d'un organe de gestion, le directoire, et d'un organe de contrôle, le conseil de surveillance, le doute, est exclu lorsque le capital social est inférieur à un million cinq cent mille dirhams. Dans ce cas en effet, la fonction dévolue au directoire peut être assurée par une seule personne qui prend le titre de directeur général unique⁴⁶⁸.

Qu'en est-il lorsqu'en revanche le directoire revêt une forme collégiale ? On songe à retenir la responsabilité du président de cet organe qui est désigné par le conseil de surveillance parmi les membres du directoire⁴⁶⁹, puisqu'il représente la société avec les tiers⁴⁷⁰.

En réalité, ce président ne dispose pas de plus de pouvoirs que les autres membres. C'est effectivement le directoire dans son ensemble qui dispose des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société et qu'engage celle-ci dans les rapports avec les tiers⁴⁷¹.

Par conséquent, il convient d'admettre que tous les membres du directoire s'exposent cumulativement à une mise en cause de leur responsabilité pénale. La seule réserve pourrait

⁴⁶⁷ Cass. Crim., du 14 octobre 1991, n° 90-80.621, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre, 12/91, n° 1000.

⁴⁶⁸ Le 1^{er} alinéa de l'art. 78 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur la société anonyme prévoit que : « *La société anonyme est dirigée par un directoire composé d'un nombre de membres fixé par les statuts, qui ne peut être supérieur à cinq. Toutefois, lorsque les actions de la société sont inscrites à la cote de la bourse des valeurs, les statuts peuvent porter ce nombre à sept* ».

⁴⁶⁹ V. l'art. 79 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 relative aux sociétés anonymes qui prévoit que : « *Les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance qui confère à l'un d'eux la qualité de président. Lorsqu'une seule personne exerce les fonctions dévolues au directoire, elle prend le titre de directeur général unique. A peine de nullité de la nomination, les membres du directoire ou le directeur général unique sont des personnes physiques. Ils peuvent être choisis en dehors des actionnaires. Ils peuvent être des salariés de la société. Si un siège de membre du directoire est vacant, le conseil de surveillance doit le pourvoir dans le délai de deux mois. A défaut, tout intéressé peut demander au président du tribunal, statuant en référé, de procéder à cette nomination à titre provisoire. La personne ainsi nommée peut, à tout moment, être remplacée par le conseil de surveillance* ».

⁴⁷⁰ L'art. 103 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur la société anonyme édicte que : « *Le président du directoire ou, le cas échéant, le directeur général unique, représente la société dans ses rapports avec les tiers. Toutefois, les statuts peuvent habiliter le conseil de surveillance à attribuer le même pouvoir de représentation à un ou plusieurs autres membres du directoire qui portent alors le titre de directeur général. Les dispositions des statuts limitant le pouvoir de représentation de la société sont inopposables aux tiers* ».

⁴⁷¹ Le législateur prévoit dans l'art. 102 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur les sociétés anonymes que : « *Le directoire est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux qui sont expressément attribués par la loi au conseil de surveillance et aux assemblées d'actionnaires. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du directoire qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépasse cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du directoire sont inopposables aux tiers. Le directoire délibère et prend ses décisions dans les conditions fixées par les statuts. Sauf clause contraire de statuts, les membres du directoire peuvent, avec l'autorisation du conseil de surveillance répartir entre eux les tâches de la direction. Toutefois, cette répartition ne peut, en aucun cas, avoir pour effet de retirer au directoire son caractère d'organe assurant collégialement la direction de la société. Dans le cas des sociétés faisant appel public à l'épargne, le directoire est, en outre, responsable de l'information destinée aux actionnaires et au public prescrite aux articles 153 à 156* ».

émaner de la répartition des tâches de direction entre les membres du directoire. Sauf clause de statuts, ces derniers peuvent recourir à une telle répartition avec l'autorisation du conseil de surveillance. La répartition des tâches ne prive pas le directoire de son caractère d'organe assurant collégialement la direction de la société⁴⁷².

Les statuts peuvent habiliter le conseil de surveillance à conférer un pouvoir de représentation à un ou plusieurs autres membres de directoire qui portent le titre de directeur général⁴⁷³. Dans une telle circonstance, la responsabilité du président ou d'un autre membre du directoire pourrait être retenue. Serait alors responsable « celui auquel sont accordées une autonomie suffisante et une faculté d'initiative l'autorisant et même l'astreignant, de par ses fonctions, à prendre toute décision et toute mesure d'exécution que le respect de la réglementation du travail exige⁴⁷⁴ ».

A été ainsi reconnu, seul coupable d'abus de biens sociaux, le membre du directoire qui avait émis un chèque sur la société au profit d'une autre dans laquelle il exerçait également des fonctions de dirigeant⁴⁷⁵. La situation n'est pas très éloignée de celle de la délégation de pouvoirs.

▪ Enfin, dans la SAS, c'est le président, personne physique ou morale⁴⁷⁶, seul organe obligatoire, qui assume la responsabilité pénale puisque dans les rapports entre les tiers et à l'image de ceux qui sont conférés par la loi au directeur général de la société anonyme, il est investi d'après la loi marocaine des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, dans la limite de l'objet social, lui seul représente la personne morale à l'égard des tiers⁴⁷⁷.

Ainsi, si le président partage le pouvoir de représentation avec une ou plusieurs personnes portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, ces derniers s'exposent à

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Art. 103 de la loi 17-95 relative à la SA édicte que : « *Le président du directoire ou, le cas échéant, le directeur général unique, représente la société dans ses rapports avec les tiers. Toutefois, les statuts peuvent habiliter le conseil de surveillance à attribuer le même pouvoir de représentation à un ou plusieurs autres membres du directoire qui portent alors le titre de directeur général. Les dispositions des statuts limitant le pouvoir de représentation de la société sont inopposables aux tiers* ».

⁴⁷⁴ N. CATALA, « De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail », JCP, éd., Gen, LexisNexis, 1976, II, n° 12010.

⁴⁷⁵ Cass. Com, du 19 février 1990, n° 87-85.446, *Bull rapide de droit des affaires*, éd., F.Lefebvre, 9/90, p. 11.

⁴⁷⁶ Art. 432 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur les sociétés anonymes prévoit que : « *Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée. Toutefois, la société doit avoir un président, désigné initialement dans les statuts et, ensuite, de la manière que ces statuts déterminent. Ce président peut être une personne morale. Dans ce cas, les dirigeants de cette personne morale sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles ou pénales que s'ils étaient président en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent* ».

⁴⁷⁷ Art. 435, Al 1 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 relative à la SA.

la mise en jeu de leur responsabilité pénale⁴⁷⁸. En toute hypothèse, le législateur prévoit qu'ils encourent les mêmes peines que celles qui sont prévues pour le président, les administrateurs et directeurs généraux des SA⁴⁷⁹.

De même, lorsqu'une personne morale est nommée dirigeant ou président d'une SAS, ses propres dirigeants ou présidents sont soumis aux mêmes conditions et obligations et assument les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient dirigeants ou présidents en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent⁴⁸⁰.

b- Les autres sociétés et groupements

Aux termes du DOC, dans les sociétés civiles⁴⁸¹, c'est incontestablement le gérant ou les gérants qui supportent la responsabilité pénale⁴⁸².

Ainsi, la société en participation régie par les articles 88 et suivants de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés, qu'elle ait un objet civil ou commercial, se caractérise par l'absence de personnalité morale⁴⁸³, faute d'être immatriculée au registre du commerce et sociétés⁴⁸⁴.

De même, la responsabilité pénale n'est imputable qu'à l'associé auteur de l'infraction, dès l'instant où la société ne peut être représentée par son gérant qui, à l'instar de tout associé, contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers⁴⁸⁵.

⁴⁷⁸ Art. 435, Al 4 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur les SA, édicte que : « Dans les rapports entre associés les pouvoirs du président et, le cas échéant, des autres dirigeants prévus par les statuts sont définis par ceux-ci. Dans la mesure où s'appliquent les règles générales relatives aux sociétés anonymes, le président ou les dirigeants que les statuts désignent à cet effet ont tous les pouvoirs d'administration, de direction, et de gestion ». V. également l'al 5 dudit article qui précise que : « Les règles fixant la responsabilité des membres des organes d'administration, de direction ou de gestion sont applicables au président et aux dirigeants de la SAS entre sociétés ».

⁴⁷⁹ Le législateur prévoit dans l'art. 437, Al 2 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur les SA que : « Les sanctions encourues par les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants des sociétés anonymes simplifiées ».

⁴⁸⁰ D'après l'art. 42, Al 1 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur les SA : « Sauf dispositions contraires des statuts, une personne morale peut être nommée administrateur. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner un représentant permanent qui est soumis aux mêmes conditions et obligations et qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son propre nom, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente ».

⁴⁸¹ Celles de droit commun ou celles qui disposent d'un statut particulier, tel que les sociétés civiles professionnelles ou les sociétés civiles immobilières.

⁴⁸² Selon l'art. 1022 du Dahir formant code des obligations et des contrats de 1913 et actualisé 2016, le législateur précise que « L'administration peut aussi être confiée à un ou plusieurs gérants ; ceux-ci peuvent être pris même en dehors de la société ; ils ne peuvent être nommés qu'à la majorité requise par l'acte de la société pour les délibérations sociales ».

⁴⁸³ Art. 88, Al 2 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés.

⁴⁸⁴ Ce n'est pas une responsabilité pénale.

⁴⁸⁵ Aux termes de l'al. 3 de l'art. 89 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés : « A l'égard des tiers, chaque associé contracte en son nom personnel, il est seul engagé même dans le cas où il relève le nom des autres associés sans leur accord. ».

En effet, lorsque les participants agissent en qualité d'associé au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu envers ces derniers des obligations issues des actes accomplis à ce titre par l'un des autres, avec ou sans solidarités selon que la société es commerciale ou non⁴⁸⁶.

Concernant, la société crée de fait, soumise au régime juridique de la société en participation suite à l'article 88 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés, la jurisprudence sanctionne pénalement la personne qui, dans la réalité des circonstances, exerce la direction des affaires. Elle a ainsi, décidée qu'un entrepreneur de forage qui assure la direction de la société créée de fait née entre lui et deux autres puisatiers à la qualité de chef d'établissement. A ce titre, il est pénalement responsable de l'accident mortel survenu sur le chantier, sans qu'il ait prescrit des mesures sécurité qui s'imposaient du fait de la proximité d'une ligne électrique à haute tension⁴⁸⁷.

II- Dirigeant de fait

Les diverses dispositions relatives à la responsabilité pénale s'appliquent non seulement aux dirigeants de droit, mais aussi aux dirigeants de fait, qui directement ou par personne interposée, exercent la direction, l'administration ou la gestion des sociétés, sous le couvert ou au lieu et place des représentants légaux⁴⁸⁸.

Généralement, les dirigeants de fait sont sanctionnés pour avoir pris des décisions incombant aux dirigeants de droit et qu'ils n'ont pas le pouvoir de prendre. La personne mise en cause outrepassé, les fonctions qui lui sont normalement dévolus pour diriger, en fait, la personne morale⁴⁸⁹.

En d'autres termes, le dirigeant de fait est une personne qui a un lien avec la société concernée ; soit il en fait partie (associé, salarié...), soit il est en relation d'affaires avec elle (fournisseur, client...). Il peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale.

⁴⁸⁶ Le législateur prévoit dans l'art. 89 de la loi 5-96 sur les autres formes de société que « ..., si les participants agissent ostensiblement en qualité d'associés, ils sont tenus à l'égard des tiers comme des associés en nom collectif ».

⁴⁸⁷ Cass. Crim, 16 mars 1971, n° 70-92.539, *Bull. des arrêts de la C.Cass*, Ch. Crim, n° 88.

⁴⁸⁸ V. les arts. 38 et 64 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés, et l'art. 374 de la loi 17-95 sur les SA.

⁴⁸⁹ Prenant à titre d'exemple, en matière de sociétés, la direction de fait est retenue quand un associé dépasse ses prérogatives et participe activement à la gestion de la société.

En dépit de sa qualité de salariée, une personne peut être qualifiée de dirigeant de fait. C'est le comportement effectif du salarié qui détermine s'il s'agit ou non en qualité de dirigeant de fait. L'absence de lien de subordination constitue à ce titre un critère déterminant⁴⁹⁰.

Il en va ainsi, lorsqu'il s'avère que le salarié n'a été soumis à aucun contrôle, soit que son supérieur hiérarchique n'a eu aucune prise sur lui⁴⁹¹, soit qu'il a agi en dehors de tout lien hiérarchique⁴⁹².

En revanche, le salarié qui sollicite des instructions de l'autorité compétence et lui rend compte de son action n'a pas la qualité de dirigeant de fait⁴⁹³.

Ainsi, l'ancien dirigeant de droit, qui après la cessation de ses fonctions, s'immisce dans la gestion de la société devient un dirigeant de fait⁴⁹⁴. Il en va de même pour l'ancien dirigeant de droit d'une société reprise par la société⁴⁹⁵, ou du dirigeant d'une autre société en liquidation judiciaire ayant la même activité⁴⁹⁶.

Il arrive souvent que le dirigeant de fait en cause, qui n'est officiellement investi d'aucune fonction au sein de la personne morale concernée, soit un membre de la famille du dirigeant de droit (époux, concubin, parent ascendant ou collatéral⁴⁹⁷), ou des associés, ou encore soit un associé d'une autre personne morale liée à la première⁴⁹⁸ peut s'agir également d'une personne qui se trouve en relation constante avec la société, notamment un prestataire de services⁴⁹⁹ fournisseur ou une banque⁵⁰⁰. La direction de fait peut également émaner de l'immixtion d'un concédant ou d'un franchiseur dans l'activité de son concessionnaire ou de son franchise⁵⁰¹.

Le législateur n'ayant pas défini la gestion de fait, ce sont les tribunaux qui ont dégagé les critères permettant de déterminer, si une personne dispose ou non de la qualité de dirigeant de fait. Ceux-ci sont déduits d'un faisceau d'indices concordants⁵⁰².

⁴⁹⁰ C.A. de Versailles, le 21 septembre, n° 99-8753, 13^e ch. ; Revue de jurisprudence de droit des affaires, éd. ; F.Lefebvre, 4/01, n° 487.

⁴⁹¹ Cass. Com. du 28 février 1983, n° 89-16.

⁴⁹² Cass. Com. du 3 janvier 1991, n° 89-16309.

⁴⁹³ C.A. de Versailles, du 21 février 2002, 13^e ch, n° 01-6321, 13.

⁴⁹⁴ Cass. Com., du 23 juin 1982, n° 81-12.171 ; *Bull des arrêts de la C. Cass.*, Ch. Civ, IV, n° 248.

⁴⁹⁵ C.A. de Paris, du 12 septembre 1989, n° 88-1, 1602, 3^e ch. ; Dr. Société, 1990, comm, n° 11.

⁴⁹⁶ C.A. de Paris, du 20 mars 2001, n° 00-18820, 3^e ch. A.

⁴⁹⁷ Cass. Com. du 24 juin 2003, n° 00-17.700.

⁴⁹⁸ Cass. Com. du 6 juin 2000, n° 96-21.134, Rev. de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre, 96-10/00, n° 868.

⁴⁹⁹ Cass. Com. du 24 novembre 1998, n° 96-11.733, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. ; F.Lefebvre, 5/99, n° 558.

⁵⁰⁰ C.A. de Paris, du 3 mars 1978, *Rev la Gazette du Palais*, 1978, p. 394.

⁵⁰¹ Cass. Com. du 9 novembre 1993, n° 91-18.351, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. ; F. Lefebvre, 4/94, n° 455.

⁵⁰² Cass. Com. du 19 février 2002, n° 99-14906, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. ; F.Lefebvre, 7/02, n° 79.

D'après la jurisprudence française, la direction de fait se caractérise par l'exercice en toute liberté et de toute indépendance, ce qui exclut un lien de subordination, de manière continue et régulière, d'activités positives de gestion et de direction engageant la société⁵⁰³.

La direction de fait implique donc l'existence de deux critères cumulatifs l'absence d'un seul empêchant sa reconnaissance. D'une part, l'accomplissement d'actes positifs de direction, d'autre part, l'indépendance de celui qui effectue ces actes.

En toute hypothèse, la C.Cass contrôle la pertinence des motifs retenus par les juges du fond pour retenir la direction de fait⁵⁰⁴. Quand une juridiction pénale n'a pas relevé la qualité de dirigeant de fait à l'encontre d'une personne, cette qualité ne peut être retenue par une juridiction civile⁵⁰⁵.

Enfin, il convient de noter, que la responsabilité pénale d'un dirigeant de fait ne met pas le dirigeant de droit à l'abri d'une impunité⁵⁰⁶.

Cette solution a été dégagée dans une affaire mettant en cause une SARL familiale au sein de laquelle le père, ancien gérant, avait conservé un statut particulier dépassant le simple rôle de directeur technique salarié et était donc gérant de fait puisqu'il pouvait engager le personnel et repartir les employés sur les chantiers qu'il négociait.

A la suite d'un grave accident ayant entraîné le décès d'un salarié, la CA a retenu à bon droit la culpabilité pour homicide involontaire, outre du fils, gérant de droit du père en qualité de cogérant de fait.

En effet, ce dernier ne pouvait ignorer, eu égard à ses fonctions passées et actuelles, ainsi, qu'à ses responsabilités importantes dans l'entreprise, l'imprudence commise et ses conséquences.

En outre, bien que seul le chef d'entreprise soit tenu de veiller personnellement à la stricte application des règles de sécurité des travailleurs et puisse être déclaré coupable d'homicide involontaire, le pouvoir du père dans l'entreprise et son autorité sur son fils le désignait également comme responsable de l'accident mortel.

⁵⁰³ Cass. Com, du 25 janvier 1994, n° 91-20.007, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. ; F.Lefebvre, 4/94, n° 402.

⁵⁰⁴ Cass. Com, du 24 février 1992, n° 91-80040, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. ; F.Lefebvre, 7/92, n° 708.

⁵⁰⁵ Cass. Com, du 2 mai 1977, n° 75.13.925, Bull. civ. IV, n° 119.

⁵⁰⁶ Cass. Crim, du 12 septembre 2000, n° 99-88.001, Bull des arrêts de la C. Cass, Ch. Crim, n° 268, Rev de science criminelle et d droit pénal comparé, 2001, p. 159. Obs. Y. MAYAUD.

III- Dirigeant dont les fonctions ont cessés

Les fonctions du dirigeant peuvent prendre fin, soit par révocation ou démission, ils n'échappent pas systématiquement à des poursuites pénales⁵⁰⁷. Ils demeurent responsables, même s'ils ont obtenu le quitus de la collectivité des associés, lorsque les faits incriminés sont antérieurs à leur départ de l'entreprise⁵⁰⁸.

A l'inverse, les dirigeants retirés ne peuvent voir leur responsabilité pénale mise en jeu pour des infractions commises après leur retrait, encore faut-il qu'ils aient effectivement cessé leurs fonctions, sous peine d'être poursuivis en tant que dirigeant de fait.

La situation n'est cependant pas toujours simple, en présence d'une confusion des responsabilités des dirigeants retirés et de leurs successeurs qui ont parfois lieu dans des phases de passation de pouvoirs⁵⁰⁹.

De telles circonstances peuvent conduire à la condamnation du dirigeant démissionnaire en tant que complice du nouveau dirigeant, auteur principal du délit⁵¹⁰.

Ainsi, il est inopérant en ce qui concerne sa responsabilité pénale la démission précitée d'un dirigeant en vue de se soustraire aux conséquences d'une cessation des paiements⁵¹¹.

Egalement, il est sans effet la démission d'un PDG qui n'a donné lieu à aucune publicité légale, bien qu'il puisse être poursuivi pour défaut de paiement des cotisations de sécurité sociale⁵¹².

En effet, la publicité de la cessation des fonctions importe peu en principe, même à l'égard des tiers. Le défaut de publicité rend seulement inopposable aux tiers la cessation des pouvoirs du dirigeants⁵¹³.

⁵⁰⁷ G.GREFF, « La responsabilité des dirigeants sociaux retirés », Rev trim. de droit commercial, éd. ; Dalloz, 1978, p. 479 ; J-F. HUMBERT.

⁵⁰⁸ V. l'art 67, al 3 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés qui prévoit que : « Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés peuvent, soit individuellement, soit en se groupant intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, les dommages- intérêts sont alloués ». V. également l'article 354 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 sur les SA qui édicte que : « Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale, ou qui comporterait par avance renonciation à cette action. Aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs, le directeur général, et, le cas échéant, le directeur général délégué ou les membres du directoire ou du conseil de surveillance pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat ». Dans le même sens d'idée, v. un arrêt rendu de la C.Cass. Com, du 21 juillet 1980, n° 79-13392, Bull des arrêts de la C.Cass, Ch. Civ, IV, n° 314.

⁵⁰⁹ G.GREFF, « La responsabilité des dirigeants sociaux retirés », *op.cit.*, p. 479.

⁵¹⁰ T. Corr, de Seine, du 13 juillet 1963, 11ch, la Gazette du palais, 1963, II, p. 325.

⁵¹¹ Cass. Crim, du 16 juin 1976, n° 74-92.202, Bull des arrêts de la C.Cass, Ch. Crim, n° 217, p. 239.

⁵¹² Cass. Crim, du 28 février 1968, n° 66-93.011, Bull des arrêts de la C.Cass, Ch. Crim, n° 72.

Par conséquent, la société reste engagée par les actes passés par son représentant, même s'il a quitté ses fonctions et même si son départ n'a donné lieu à aucune publicité. Un administrateur n'étant pas un tiers par rapport à la société, sa démission est opposable à cette dernière dès qu'elle est donnée et non après accomplissement des formalités de publicité⁵¹⁴.

B- Les conditions d'engagement de la responsabilité pénale du dirigeant

A ce niveau, on étudiera successivement les éléments constitutifs de l'infraction (I), ainsi que la responsabilité du fait personnel (II).

I- Eléments constitutifs de l'infraction

Chaque infraction doit être définie par un texte légal que ce soit en matière de crime, de délit ou encore en matière de contravention. Ils sont de deux ordres : l'élément matériel et l'élément intentionnel.

En effet, les juges relèvent souvent de matérialité des faits l'élément intentionnel de l'infraction, considérant que l'intention de commettre l'infraction existe forcément⁵¹⁵.

Or, une telle attitude jurisprudentielle s'oppose à l'interprétation stricte de la loi en droit pénal telle est pourtant la pratique quasi-constante des tribunaux en droit pénal des affaires.

Le raisonnement est à la fois simple et imparable : l'acceptation des fonctions de dirigeants se fait en toute connaissance de cause par les intéressés. Les dirigeants savent que le prestige de leurs fonctions s'accompagne d'une responsabilité considérable.

Parmi les compétences exigées du dirigeant, la compétence juridique. Personne n'est contraint d'être dirigeant. Accepter ces fonctions, c'est s'engager à être juridiquement irréprochable⁵¹⁶.

▪ **L'élément matériel** : réside dans le comportement fautifs, lequel peut revêtir plusieurs formes, qu'il s'agisse d'une action ou plus rarement d'une omission telle que le défaut d'établissement des comptes annuels ou le manquement à une obligation de prudence ou de

⁵¹³ Le législateur prévoit dans l'art 68 de la loi 17-95 que : « *Ni la société ni les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination des personnes chargées d'administrer ou de diriger la société, lorsque cette nomination a été régulièrement publiée. La société ne peut se prévaloir, à l'égard des tiers, des nominations et cessations de fonction des personnes visées ci-dessus, tant qu'elles n'ont pas été régulièrement publiées* ».

⁵¹⁴ C.Cass. soc, du 27 octobre 1999, n° 9742.994, RIDA, 9-10/00, n°880.

⁵¹⁵ M.L. LANTHIEZ, « Vers une dépénalisation du droit des sociétés », Dr. Sociétés, n° 8, 2008, p. 7.

⁵¹⁶ A titre indicatif, le dirigeant n'a pas à être juriste lui-même, il peut recourir aux conseils d'un professionnel du droit, mais cela ne l'exonère pas pour autant de sa responsabilité.

sécurité édictée par un texte, qu'il s'agisse d'un acte unique ou d'une pluralité d'actes, d'un acte instantané ou prolongé dans le temps constitutif d'une infraction dite continue.

▪ **L'élément intentionnel** : peut être défini comme l'intention de commettre l'acte interdit en ayant conscience de transgresser la loi pénale.

Cette intention qualifiée « dol général » est souvent déduite du caractère volontaire des actes accomplis par le dirigeant ou de circonstances révèlent que celui-ci a agi en connaissance de cause.

La constatation de l'élément intentionnel s'impose pour caractériser un crime. Sauf disposition contraire, il est également en principe nécessaire pour caractériser un délit, notamment en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquant à une obligation de prudence ou de sécurité édictée par un texte. En revanche, il n'est nullement nécessaire de constater l'existence de l'élément intentionnel en matière de contravention, sauf disposition contraire⁵¹⁷.

Par ailleurs, certains crimes ou délits ne sont constitués que si, outre l'existence du dol général, est établie l'intention d'atteindre un certain résultat indiqué par la loi pénale, cette intention étant dénommée « dol spécial⁵¹⁸ ».

II- Responsabilité du fait personnel

On mettra l'accent à ce niveau sur le domaine de cette responsabilité (a), ainsi que la responsabilité du fait d'autrui (b).

a- Le domaine de la responsabilité

Etant investi du pouvoir de direction et d'organisation de l'entreprise, le dirigeant, est tenu de respecter l'ensemble des dispositions légales autant celle prévues dans le code pénal que dans le code de commerce, le code général des impôts, ou encore le code du travail et de sécurité sociale.

Il peut engager sa responsabilité, quand il se rend coupable d'une faute personnelle est lui-même auteur de l'infraction à la réglementation.

⁵¹⁷ D'après l'article 133 du CP, le législateur prévoit que : « Les crimes et les délits ne sont punissables que lorsqu'ils ont été commis intentionnellement. Les délits commis par imprudence sont exceptionnellement punissables dans les cas spécialement prévus par la loi. Les contraventions sont punissables mêmes lorsqu'elles ont été commises par imprudence, exception faite des cas où la loi exige expressément l'intention de nuire ».

⁵¹⁸ Par exemple, le délit des biens sociaux n'est constitué que s'il est démontré que le dirigeant a agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une entreprise dans laquelle il est intéressé.

Or, dans les cas de délégations de pouvoirs, l'absence de contrôle est en soi une faute personnelle. Le dirigeant qui s'en remet à son comptable pour établir et adresser les déclarations fiscales engage sa responsabilité personnelle si les délais de déclaration ne sont pas respectés.

Seule se pose la question d'une éventuelle responsabilité cumulative ou alternative avec celle de l'entreprise personne morale. Le cumul demeure possible⁵¹⁹.

b- La responsabilité du fait d'autrui

Nul n'est en principe responsable pénalement que de son propre fait⁵²⁰.

En l'absence de textes spéciaux, les juges retiennent la responsabilité pénale du dirigeant chef d'entreprise du fait de son préposé. Il existe donc plusieurs hypothèses⁵²¹ dans lesquelles la responsabilité pénale du dirigeant est engagée en raison d'une infraction commise par un de ses employés⁵²².

En réalité, la responsabilité personnelle du dirigeant est mise en cause pour manquement à son obligation de veiller au respect de la réglementation sociale au sien de l'entreprise. Il lui est fait grief d'avoir commis une faute de négligence dans son devoir de contrôle, laquelle est très difficilement contestable. En général, cette faute est présumée du seul fait que l'infraction du préposé est matériellement établie.

La justification de cette présomption tient au fait « qu'il appartient au chef d'entreprise de veiller personnellement à la stricte et constance exécution des prescriptions réglementaires⁵²³ »

Toute défaillance dans les services révèle la propre défaillance du dirigeant puisque ses fonctions impliquent sa part une « participation directe et permanente à tous les actes de son établissement⁵²⁴ »

⁵¹⁹ Art. 431, al 3 du CP édicte que : « Sans préjudice des peines applicables à ses dirigeants, la personne morale est punie, lorsqu'elle commet un acte de discrimination telle que définie à l'article 431-1 ci-dessus, d'une amende de 1200 à 50.000DH ». V. également l'article 501 dans son 1^{er} al dudit code, où le législateur précise que : « Lorsque l'auteur des faits prévus aux articles 497 à 503 est une personne morale, elle est punie d'une amende de 10.000 à 3.000.000DH. Les peines complémentaires et les mesures de suretés prévues à l'article 127 du présent code lui sont applicables, sans préjudice des peines auxquelles ses dirigeants sont passibles ».

⁵²⁰ Selon l'art.1 du CP : « La loi pénale détermine et constitue en infraction les faits de l'homme qui, à raison du trouble social qu'ils provoquent, justifient l'application à leur auteur de peines ou de mesures de sureté ».

⁵²¹ Il en va ainsi en matière d'infractions à la législation sociale ou lorsque certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un subordonné, en particulier dans les industries et les commerces réglementés dont les conditions et le mode d'exploitation sont personnellement imposés aux dirigeants.

⁵²² Cass. Crim, du 28 janvier 1992, n° 91-80.199, *Bull des arrêts de la C.Cass*, Ch. Crim, n° 36.

⁵²³ Cass. Crim, du 10 juillet 1963, n° 62-93.417, *Bull des arrêts de la C.Cass*, Ch. Crim, n° 255.

⁵²⁴ Cass. Crim, du 10 avril 1959, n° 56-4115, *Bull des arrêts de la C.Cass*, Ch. Crim, n° 198.

La responsabilité du fait d'autrui ne concerne que les infractions matérielles⁵²⁵ commis par un employé de l'entreprise dans le cadre de son travail alors que le dirigeant était tenu de faire respecter la réglementation sociale transgressée.

Les infractions intentionnelles commises par des salariés de l'entreprise ne peuvent engager la responsabilité du dirigeant s'il n'y pas personnellement pris part.

Sous-section 2: Le soubassement judiciaire de la responsabilité

La mise en œuvre de la responsabilité civile du dirigeant sera abordée dans un 1^{er} paragraphe avant l'analyse de l'action pénal dans un 2^{ème} paragraphe.

Paragraphe 1 : La mise en œuvre de la responsabilité civile du dirigeant

La responsabilité des dirigeants de sociétés peut être mise en œuvre dans le cadre d'une société in-bonis, soit, suite d'une action personnelle ou une action sociale. Cette action peut aboutir à la condamnation du dirigeant à condition de respecter le délai imparti dont l'inobservation a pour conséquence d'éteindre l'action, si sans compter qu'il existe d'autres modes d'extinction.

Donc l'étude de l'exercice de l'action publique (A), de l'action en responsabilité (B) et les juridictions compétentes (C) nous pait une idée convenable pour éclaircir notre point de vue.

A- L'exercice de l'action publique

On traitera successivement l'action publique (I) et l'action civile accessoire (II).

I- L'action publique

Le code pénal des sociétés ne prévoit pas de règles spéciales pour la mise en mouvement de l'action publique, de sorte que les règles générales contenues dans le code de la procédure pénale sont applicables.

Ainsi, conformément à l'article 3 du code de la procédure pénale, l'action publique s'exerce contre l'auteur de l'infraction, ses coauteurs ou ses complices.

Il est à noter que l'action publique est mise en mouvement soit par les magistrats du ministère public, ou par la partie lésée qui peut lancer la procédure en déposant plainte devant le

⁵²⁵ Les contraventions et les délits non-intentionnels.

procureur de roi du tribunal de 1^{ère} instance en se constituant comme partie civile. Ainsi que la qualité de la personne lésée de la société elle-même aussi bien que les auteurs et les coauteurs qui ont été directement lésés par l'infraction sera prouvée⁵²⁶.

II- L'action civile accessoire

Selon l'article 2 du code de la procédure pénale, toute infraction donne ouverture à une action publique pour l'application des peines et, si un dommage a été causé à une action civile en réparation de ce dommage.

Ainsi, par exemple, si le dirigeant de la société a commis une infraction, nous estimons que la société et les associés ont droit à la déclaration en tant que partie civile pour demander réparation de préjudice qui leur a été causé. Et le fondement en est l'article 7 du code de la procédure pénale qui confirme que l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement subi un dommage corporel, matériel ou moral directement causé par l'infraction.

Aussi, cette action civile peut être exercée contre les auteurs, coauteurs ou complices de l'infraction, contre leurs héritiers ou les personnes civilement responsables⁵²⁷. Comme elle peut être exercée en même temps que l'action publique devant la juridiction répressive saisie de cette dernière⁵²⁸. D'autre part, il est possible l'action civile peut être exercée séparément de l'action publique devant la juridiction civile compétente. Toutefois, il est sursis au jugement de cette action par la juridiction civile tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement⁵²⁹.

En résumé, il semble clair que les dispositions qui réglementent l'action civile accessoire en vertu du code de la procédure pénale, sont également applicables en vertu du droit pénal des sociétés.

B- L'exercice de l'action en responsabilité

L'action en responsabilité peut être exercée soit par la société (I), soit par un associé (B), ou par un tiers (II).

⁵²⁶ V. en arabe, A. BELKADI, *L'infraction d'abus des biens sociaux*, p. 24 et 25.

⁵²⁷ Art. 8 du code de la procédure pénale.

⁵²⁸ Art. 9 parag. 1 du code de la procédure pénale.

⁵²⁹ Art. 10 du code de la procédure pénale

I- Action exercée par la société

La société, personne morale, a qualité pour ester en justice lorsqu'elle subit personnellement le dommage causé par la faute du dirigeant. On parle dans ce cas d'action sociale exercée *ut universi*⁵³⁰ qui a pour objet le maintien ou la reconstitution du patrimoine social spolié par les dirigeants fautifs. Le dommage a en effet un caractère collectif, il provient d'une irrégularité ou d'une omission lors de la constitution de la société, d'une modification irrégulière des statuts ou d'une faute de gestion.

Bien que la société soit seule titulaire de l'action, celle-ci est exercée par l'organe ou les représentants déterminés par la loi ou les statuts et dotés du pouvoir d'agir au nom de cette société⁵³¹.

Elle est engagée soit par les nouveaux dirigeants contre les anciens, soit par les dirigeants majoritaires contre les minoritaires. Si la faute n'a été commise que par un seul dirigeant, l'action sociale est déclenchée par les autres.

La jurisprudence consacre cette possibilité de mise en cause d'un ancien dirigeant par le nouveau, pour des faits antérieurs à l'entrée en fonction de ce dernier, quand bien même le nouveau dirigeant aurait été complice de l'ancien, car il conserve sa qualité pour agir au nom de la société, et celle-ci ne saurait être privée de son droit à réparation⁵³².

En outre, l'action de la société contre ses préposés, qui sollicitent le remboursement des avances mises à sa charge en paiement des condamnations pécuniaires prononcées contre les dirigeants, est rejetée. Selon le tribunal correctionnelle de Paris, la société ne précise pas la nature du dommage qu'elle a personnellement subi alors qu'elle a bénéficié de la diffusion de

⁵³⁰ C'est une action sociale qui sera engagée par la société elle-même, par l'intermédiaire de son représentant légal actuel, contre les anciens dirigeants qui demeurent responsables des fautes commises durant l'exercice de leurs fonctions.

⁵³¹ Art. 435 de la loi 17-95 sur la SA précise que : « *Le président représente la société à l'égard des tiers. Il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers. Dans les rapports entre associés les pouvoirs du président et, le cas échéant, des autres dirigeants prévus par les statuts sont définis par ceux-ci. Dans la mesure où s'appliquent les règles générales relatives aux sociétés anonymes, le président ou les dirigeants que les statuts désignent à cet effet ont tous les pouvoirs d'administration, de direction et de gestion. Les règles fixant la responsabilité des membres des organes d'administration, de direction ou de gestion sont applicables au président et aux dirigeants de la société anonyme simplifiée entre sociétés* ».

⁵³² Cass. Com, du 7 décembre 1982, Rev trimestrielle de droit civil, éd., Dalloz, 1983, p. 536, obs de G. DURRY.

fausses informations et de la publication de comptes annuels en conservant des actionnaires qui pouvaient penser que les éléments communiqués étaient conformes à la réalité⁵³³.

II- Action exercée par un associé

Cette action peut être exercée individuellement (a) ou en réparation d'un dommage collectif (b).

a- Action individuelle

En dépit de l'existence de la législation consacrée aux associés visant la responsabilisation du dirigeant envers la société, elle semble exiger que le dommage doit être subi par l'ensemble des associés, la jurisprudence a admis que l'action en responsabilité contre un dirigeant de société puisse être engagée par l'un ou plusieurs de ses associés qu'auraient souffert individuellement des agissements du dirigeant, distinguant ainsi le préjudice social, du préjudice individuel.

En effet, le cas de dommages individuels, même si elles restent rares, se rencontrent pour l'essentiel lorsque le dirigeant a méconnu les droits des associés ou a commis une infraction au droit des sociétés entraînant un préjudice individuel.

Ainsi, la jurisprudence considère que l'intérêt de demander la réparation d'un préjudice personnel existe lorsqu'une société a provoqué des difficultés financières d'une autre société pour parvenir à prendre le contrôle au moyen d'une augmentation de capital imposée aux actionnaires par la menace de la ruine de la seconde société⁵³⁴.

En effet, le dommage personnel est admis quand le dirigeant emploie des manœuvres frauduleuses à l'égard de l'associé. Un tel préjudice a été ainsi retenu dans un cas où les administrateurs avaient caché aux associés les bénéfices pour empêcher la distribution de dividendes⁵³⁵.

Des lors, ce préjudice doit être réparé par l'allocation de dommages-intérêts, au regard des résultats régulièrement bénéficiaires de la société et de l'anormalité de l'absence de distribution⁵³⁶.

⁵³³ T. Corr. Paris, du 12 septembre 2006, n° 0018992026.

⁵³⁴ Cass. Com., du 18 février 1997, n° 617, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre, 5/97, n° 659.

⁵³⁵ Cass. req., du 29 octobre 1934, DH 1934, p. 538.

⁵³⁶ B.PETIT et Y. REINHARD, « Responsabilité civile des dirigeants », Rev trimestrielle de droit commercial, 1997, p. 282.

La condamnation d'un dirigeant à indemniser un associé a été prononcée par une CA dans un cas où l'associé avait personnellement payé les frais de nomination d'un expert judiciaire afin d'établir les fautes de gestion de ce dirigeant, peu important que cette nomination ait été utile à la société⁵³⁷.

En outre, la jurisprudence française a donné gain de cause à un actionnaire qui a intenté une action en responsabilité à l'encontre des commissaires aux apports et de l'actionnaire apporteur, dans un cas de surévaluation des apports, cette majoration infondée de cet apport lui ayant causé un préjudice qui n'était pas le corollaire de celui subi par la société⁵³⁸.

Dans ce cas d'espèce, l'action en responsabilité ne visait pas le dirigeant mais un tiers. Cette solution apparaît en contradiction avec ce qui avait été déjà jugé à propos de la perte de valeur de parts ou d'actions d'une société en raison des fautes du dirigeant, le préjudice des associés n'ayant pas été considéré comme personnel, mais comme le corollaire du dommage causé à la société⁵³⁹.

Néanmoins, on peut dire, de ce qui précède, ce n'est pas la qualité du défendeur qui entraîne une solution différente mais les circonstances de l'affaire, l'associé minoritaire prétendait la violation du principe d'égalité entre les actionnaires, la surévaluation des apports ayant entraîné une extension injustifiée en capital et en droit de vote pour les seuls autres associés que l'apporteur.

Par ailleurs, l'intéressé garde la faculté d'intenter l'action même après avoir cédé son titre. Mais, inversement, il ne dispose pas la qualité d'agir via une action individuelle contre les délibérations ou les actes intervenus avant son entrée dans la société.

Fréquemment, les actionnaires se constituent partie civile afin d'obtenir devant la juridiction pénale des dommages-intérêt en repartitions du préjudice que l'infraction des dirigeants sociaux a pu leur causer. Les infractions commises à une époque où les intéressés n'étaient pas encore associés peuvent donner lieu à une constitution de partie civile⁵⁴⁰.

Toutefois, ils ne peuvent obtenir gain de cause que s'ils établissent l'existence d'un préjudice propre, distinct de celui subi par la société. Or, la cour de cassation, opérant un revirement de jurisprudence, a jugé qu'un associé ne peut pas demander devant le juge pénal l'octroi d'une

⁵³⁷ CA de Paris, du 10 juillet 1991, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre, 12/91, n°1035.

⁵³⁸ Cass. Com, du 28 juin 2005, n° 983 FS-PBR, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre, 10/05, note de M.PETIT, p. 924.

⁵³⁹ Cass.com, du 26 janvier 1970, Bull des arrêts de la Cour de Cass, Ch. Civ IV, n°30.

⁵⁴⁰ Cass. Crim, du 27 novembre 1978, D 1979, p. 123.

indemnité destinée à réparer la perte de valeur de ses droits sociaux résultant d'un abus de biens sociaux, son préjudice n'étant pas distinct de celui de la société⁵⁴¹.

Généralement, les actes de mauvaise gestion sont préjudiciables à la personne morale tout entière et n'autorisent pas l'exercice d'une action individuelle à l'encontre des dirigeants sociaux. C'est le cas des abus de majorité qui portent préjudice à toute la société. Le préjudice en retour subi par l'associé ne lui ouvre pas une action personnelle en réparation. Le dommage sera suffisamment réparé par la réparation du préjudice principal, c'est-à-dire du dommage social, le préjudice de l'associé est réparé, de la même façon qu'il est subi par répercussion.

La jurisprudence maintient la solution suivant laquelle l'associé ne peut pas agir en justice pour demander l'indemnisation de la perte de valeur de ses titres lorsque ce préjudice n'est que le corollaire du préjudice subi par la société, que la faute ait été commise par un tiers ou par un dirigeant⁵⁴².

Ce qui importe dans le cadre de cette action individuelle en responsabilité, c'est de savoir que les dommages intérêts sont personnellement alloués aux associés et non à la société en réparation du préjudice subi par eux⁵⁴³.

b- Action en relation d'un dommage collectif

L'action ne concerne que la responsabilité civile et ne permet pas aux associés de substituer aux dirigeants pour faire appel d'une décision dommageable à la société⁵⁴⁴.

Elle ne peut pas non plus avoir pour but l'annulation d'une délibération de l'assemblée générale ou du conseil d'administration⁵⁴⁵, ni être fondée sur le détournement des titres des actionnaires, suite à une offre publique d'échange d'actions⁵⁴⁶ ni pour avoir pour objet l'exécution forcée ou l'annulation d'une vente d'un immeuble conclue par un administrateur d'une société à cette dernière puis à un tiers⁵⁴⁷. Elle permet à un ou plusieurs associés de

⁵⁴¹ Cass. Crim, du 13 décembre 2000, arrêt n° 7552, *Bull mensuel Joly d'information des sociétés Lextenso*, 2001, p. 497 et s., p. 124 à 126, note J-F. BARBIERI.

⁵⁴² N.EZZIYANI, *La faute de gestion et responsabilité du dirigeant des sociétés*, Thèse pour l'obtention du doctorat en sciences juridiques et politiques, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah, Fès, 2017, p.211.

⁵⁴³ Cass. Civ, du 26 novembre 1912, DP, 1913, 1, 377, E. THALLER

⁵⁴⁴ Cass. Com, du 6 décembre 1977, *Rev des sociétés*, éd., DALLOZ, 1979, p. 373, note de D.SCHMIDT.

⁵⁴⁵ Cass. Com, du 16 octobre 1972, *Juris-classeur périodique*, éd. Générale., LexisNexis, 1973, n° II, 17532, note N.BERNAD.

⁵⁴⁶ Cass. Com, du 23 octobre 1990, *Bull mensuel Joly d'information des sociétés*, Lextenso, 1991, p. 356, note P. LE CANNU.

⁵⁴⁷ Cass. Com, du 21 septembre 2004, n° 1240F-D, *Rev de jurisprudence de droit des affaires*, éd., F.Lefebvre, 12305, n° 2620 245.

pallier la défaillance des organes sociaux et de demander au dirigeant fautif la réparation du dommage subi par la société tout entière.

L'utilité de cette action est évidente. Une action en révocation d'un dirigeant a pu se solder par un échec en raison de la majorité détenue par ce dernier dans le capital, ou de l'appui qu'il a pu recevoir d'autres associés. Pareillement, le nouveau dirigeant peut refuser de poursuivre son prédécesseur coupable de fautes et qui a quitté ses fonctions.

Bien que l'action soit intentée par un seul associé, ce dernier n'intervient pas pour son propre compte, mais au nom de la personne morale. Engagée à titre personnel mais indirectement, en raison des droits de l'intéressé sur le patrimoine social, la procédure vise à réparer un dommage collectif. Aussi, les dommages-intérêts alloués profitent à la société et non à l'associé demandeur.

Au prolongement de l'action sociale, les associés peuvent solliciter une mesure conservatoire sur les biens du dirigeant poursuivi afin de garantir le paiement de la condamnation qui pourrait être prononcée à son encontre⁵⁴⁸.

L'inscription de la mesure conservatoire ne peut toutefois être autorisée que si la demande est faite au nom de la société, seule créancière du dirigeant. En cas de suces de l'action sociale, les dommages intérêts sont en effet alloués à la société et non aux associés demandeurs.

Dans le même esprit, pour s'assurer de l'exécution de la décision de justice par le dirigeant condamné, un actionnaire agissant individuellement a qualité pour demander au juge de l'exécution, pour le compte de la personne morale, d'assortir d'une astreinte la décision exécutoire ayant accueilli l'action sociale en responsabilité exercée *ut singuli*⁵⁴⁹.

Rendue à propos d'une action engagée à l'encontre des dirigeants d'une SA, elle s'applique à toutes les sociétés civiles ou commerciales en raison de l'identité des textes applicables. Quel peut donc être l'intérêt des associés pour agir en responsabilité contre les dirigeants si l'indemnisation doit entrer dans le patrimoine social ? Ils devraient, en application de la

⁵⁴⁸ Cass. 2^{ème} Ch.Civ., du 14 septembre 2006, n° 05-16-266 (n° 1357 FS-P8), Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre, 12 11/07, n° 1099.

⁵⁴⁹ C.Cass, Ch. Com, Financière et économique, du 7 juillet 2009 (08-15.835), n° 703.

théorie du dommage par ricochet⁵⁵⁰ et en dépit du caractère collectif du dommage, bénéficiaire d'un droit personnel à réparation

III- Action exercée par un tiers

Les créanciers personnels des associés figurent parmi les tiers susceptibles d'agir en responsabilité. Par la voie oblique, ils peuvent intenter l'action individuelle ou l'action sociale *ut-singuli* dans les mêmes conditions que leur débiteur qu'ils représentent⁵⁵¹.

Parallèlement, les créanciers de la société peuvent être victime des agissements fautifs des dirigeants. Ils peuvent donc intenter contre ces derniers une action similaire à l'action individuelle des associés. Seul le créancier qui invoque un préjudice personnel et distinct de celui subi par l'ensemble des créanciers est habilité à agir en responsabilité⁵⁵².

Toutefois, la preuve de l'existence d'un préjudice personnel et distinct reste difficile à établir. La jurisprudence exige que soit démontrée la connaissance par le dirigeant de la société débitrice des conséquences préjudiciables que pouvait avoir la faute à l'égard du créancier. L'article 67 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés commerciales vise expressément le droit des tiers lésés d'agir contre le gérant d'une société civile⁵⁵³.

En cas de redressement judiciaire de la société, leurs actions ne se trouvent pas suspendues comme l'ensemble des poursuites individuelles puisqu'elles sont dirigées contre le mandataire social et non la société⁵⁵⁴. Cette responsabilité demeure quand même exceptionnelle, car le plus souvent les créanciers s'adressent à la société.

⁵⁵⁰ Ce préjudice par ricochet ou immédiat, n'est autre que la conséquence du préjudice subi par la victime immédiate. Autrement dit, il s'agit du dommage causé aux proches de la victime. Il suppose donc, pour être réparable, l'existence d'une victime immédiate, à défaut de quoi l'on sort du cas du préjudice par ricochet.

⁵⁵¹ Art. 337 du D.O.C prévoit que : « Lorsque l'obligation est éteinte par l'impossibilité de l'exécution, sans la faute du débiteur, les droits et actions relatifs à la chose due qui appartiennent à ce dernier passent au créancier ».

⁵⁵² C.A de Paris, du 15 septembre 1995, DALLOZ, 1995, n° 4, p. 90.

⁵⁵³ Art. 67 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés précise que : « Les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions légales applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. Si plusieurs gérants ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés peuvent, soit individuellement, soit en se groupant intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, les dommages intérêts sont alloués. A cette fin, les associés représentant au moins le quart du capital peuvent, dans un intérêt commun, charger à leur frais, un ou plusieurs d'entre eux de les représenter pour soutenir, tant en demande qu'en défense, l'action sociale contre les gérants. Le retrait en cours d'instance d'un ou plusieurs associés, soit qu'ils aient perdu la qualité d'associé, soit qu'ils se soient volontairement désistés, est sans effet sur la poursuite de ladite instance. Lorsque l'action sociale est intentée dans les conditions prévues au présent article, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux.... Aucune décision de l'assemblée générale des associés ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat ».

⁵⁵⁴ C.A de Paris, 1^{ère} Ch., du 13 janvier 1995, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre 3/95, n° 294.

Ainsi, les obligataires ou porteurs de parts de fondateurs n'ont pas qualité pour intenter une action individuelle, à moins d'avoir subi un dommage personnel. En application de l'article 303 de la loi 17-95 sur la SA, ils doivent intervenir par le biais de leurs représentants dès lors que les actions en responsabilité ont pour objet la défense de leurs intérêts communs⁵⁵⁵.

En effet, les représentants de la masse des obligataires d'une société ont la qualité pour engager une action en responsabilité contre d'anciens administrateurs de celle-ci dès lors que la faute invoquée commise au moment de l'émission des obligations, concerne, tant les souscripteurs d'origine que leurs ayants droit⁵⁵⁶, c'est-à-dire les porteurs ayant acquis par la suite les titres sur le marché à un cours très bas.

La cour de cassation a, sous prétexte de l'absence de préjudice personnel à refuser la constitution de partie civile afin d'obtenir devant la juridiction pénale des dommages-intérêts en réparation du préjudice que l'infraction d'abus de biens sociaux commise par le dirigeant a pu leur causer : à un créancier social⁵⁵⁷, à un salarié⁵⁵⁸, à un comité d'entreprise⁵⁵⁹, à un syndicat professionnel⁵⁶⁰, au commissaire aux comptes, dans la mesure où il n' a pas d'intérêt personnel et direct à faire reconnaître la responsabilité des dirigeants. Il lui reste la possibilité de provoquer la réunion de l'assemblée générale des actionnaires⁵⁶¹.

Il résulte en pratique de la jurisprudence de la Cour de Cassation que, sauf cas exceptionnels, seule la société peut demander la réparation du préjudice qu'elle subit lorsque l'un de ses dirigeants est convaincu d'abus de biens sociaux. Dans le même sens, la constitution de partie civile en réparation d'un préjudice personnel en cas d'infraction de présentation ou de publication de comptes infidèles commise par les dirigeants a été refusée à un créancier social⁵⁶².

C- Les juridictions compétentes

Classiquement, on distingue entre la compétence d'attribution (I) et la compétence territoriale (II).

⁵⁵⁵ V. l'article 303 de la loi 17-95 sur la société anonyme qui édicte que : « *Les représentants de la masse dument autorisés par l'assemblée générale des obligataires ont seuls qualité pour agir en justice au nom de l'ensemble des obligataires* ».

⁵⁵⁶ Cass. Com, du 15 juin 1999, n° 1240 P, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre 8-99, n° 939.

⁵⁵⁷ Cass. Crim, du 27 juin 1995, n° 3064 P, Sarradin, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre, 11/95, n° 1244.

⁵⁵⁸ Cass.Com, du 7 mars 2000, n° 17220, Tassin, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre, 9-10/00, n° 875, le espèce.

⁵⁵⁹ Cass. Crim, du 4 novembre 1988, n° 87-91.705 P, Lenne, *Bull des arrêts de la C.de Cass*, Ch. Crim, n° 373.

⁵⁶⁰ Cass. Crim, du 11 mai 1999, n° 1888 PF, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre 11/99, n° 1214.

⁵⁶¹ Cass. Crim, du 29 novembre 1960, *Juris-classeur périodique*, La semaine juridique, édition générale, LexisNexis G 1961, II, n° 12136, note P. BOUZAT.

⁵⁶² Cass. Crim, du 17 novembre 2004, n° 6480 F-P, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F. Lefebvre 4/05, n° 403.

I- La compétence d'attribution

Il nous semble qu'aucun texte légal ou réglementaire ne détermine la juridiction matériellement compétente pour connaître des actions en responsabilité diligentées contre les dirigeants de sociétés commerciales. Il faut donc s'en tenir aux solutions jurisprudentielles prononcées en la matière. Donc nous sommes tenues de mettre l'accent sur la compétence des juridictions de commerce dans un premier lieu (a) avant de se pencher sur la compétence des juridictions répressives dans un deuxième lieu (b) pour mieux éclaircir notre point de vue.

a- La compétence des juridictions de commerce

Conformément aux dispositions de l'article 5 de la loi 53-95 instituant des juridictions de commerce, l'action intentée par les associés contre le dirigeant relève de la compétence du tribunal de commerce⁵⁶³.

Il en découle que la juridiction de commerce est appelée à se prononcer sur l'action intentée par les associés contre le dirigeant lui-même associé⁵⁶⁴. Peu importe que le dirigeant concerné ne soit pas personnellement commerçant, ou qu'il soit une personne morale de droit public⁵⁶⁵.

En effet, le juge administratif n'est compétent pour statuer sur l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, que, lorsque le dirigeant de la personne morale débitrice visée par cette action est une collectivité publique qui agit « au titre de 'exercice d'une mission de service public administratif », et non pas comme simple « gestionnaire d'une activité commerciale⁵⁶⁶ ».

Néanmoins, la loi 53-95 instituant les juridictions de commerces prévoit qu'une clause compromissaire peut être valablement insérée dans les statuts. Lorsque l'action est intentée par des tiers, celle-ci peut être portée devant la juridiction commerciale à condition que les faits allégués se rattachent par un lien direct à la gestion de la société⁵⁶⁷.

⁵⁶³ V. l'art 5 de la loi 53-95 instituant les juridictions de commerce qui prévoit que : « *Les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître : 1- Des actions relatives aux contrats commerciaux, 2- Des actions entre commerçants à l'occasion de leurs activités commerciales, 3- Des actions relatives aux effets de commerce, 4- Des différends entre associés d'une société commerciale, 5- Des différends à raison de fonds de commerce. Sont exclues de la compétence des tribunaux de commerce les affaires relatives aux accidents de la circulation. Le commerçant peut convenir avec le non commerçant d'attribuer compétence à tribunal de commerce pour connaître des litiges pouvant les opposer à l'occasion de l'exercice de l'une des activités du commerce. Les parties pourront convenir de soumettre les différends ci-dessus énumérés à la procédure d'arbitrage conformément aux dispositions des articles 306 à 327 du code de procédure civile* ».

⁵⁶⁴ Cass. Com, du 12 juin 1978, Rev des sociétés, Dalloz, 1979, p. 307, note J.P. SORTAIS.

⁵⁶⁵ T. Corr, du février 2000, n° 3113, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F. Lefebvre 12/00, n° 1131.

⁵⁶⁶ T. Corr, du 15 novembre 1999, n° 3153, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F. Lefebvre, 12/00, n° 1146.

⁵⁶⁷ V. l'art. 5 de la loi 53-95 instituant les juridictions de commerce *précité*.

b- La compétence des juridictions répressives

Les juridictions pénales sont compétentes dès lorsque le dirigeant se rend coupable d'une infraction et que la victime se constitue partie civile. Cette dernière peut ainsi avoir accès au dossier et suivre le procès.

A cet égard, les juridictions pénales ont à connaître des actions sociales *ut-singuli*⁵⁶⁸ exercées sur le fondement de l'abus de biens sociaux. Cela suppose la mise en cause de la société. En cas d'inobservation de la procédure, le tribunal peut ne pas prononcer d'emblée l'irrecevabilité et octroyer un délai de régularisation. La mise en cause en appel n'est pas possible.

La dissociation des actions publiques et civiles exercées respectivement devant une juridiction répressive et une juridiction civile oblige le cas échéant de cette dernière à surseoir et à statuer en attendant que la première prononce son jugement, et cela en vertu de l'adage « Le criminel tient le civil en état »⁵⁶⁹.

Cette règle ne peut être invoquée par des administrateurs lors d'une action pénale ouverte contre le seul président du conseil d'administration qui a une cause autre que l'action publique et touche des personnes que cette dernière ne concerne pas⁵⁷⁰.

II- La compétence territoriale

Concernant l'action sociale, la juridiction compétente est celle du lieu du siège social, puisque la personne morale est mise en cause⁵⁷¹. Pour ce qui est de l'action individuelle sont

⁵⁶⁸ Cass. Crim, du 19 octobre 1978, D. 1979, Rev des sociétés, Dalloz, 1979, p. 872, note B. BOULOC.

⁵⁶⁹ En France, depuis la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 : « Le pénal ne tient plus le civil en l'état » dans le but d'éviter de ralentir abusivement les procédures civiles, commerciales ou prud'homales. Ainsi, l'art 20 de ladite loi prévoit que « *Tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale* », a mis fin aux principes de l'adage. Cette réforme vient mettre fin aux manœuvres dilatoires des défendeurs destinées à ralentir la procédure en causant préjudice au demandeur. Désormais, le juge civil ou commercial a le pouvoir d'apprécier le caractère sérieux de la procédure pénale engagée et n'a plus l'obligation de prononcer automatiquement un sursis à statuer, sauf dans le cas d'une action civile introduite séparément de l'action publique, ayant uniquement pour objet la réparation du dommage causé par l'infraction. Le principe du pénal qui tient le civil en l'état n'est plus automatique, il ne demeure donc que pour l'action en réparation causé par l'infraction en vertu de la loi. Donc l'art 4 du CPP a été modifié pour fixer un principe contraire : « *La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil* ». M.S.HADDAD (Avocate au barreau de PARIS), « Le criminel ne tient plus le civil en l'état ou la fin d'un adage », LEGAVOX, article juridique, publié le 29 mai 2011.

⁵⁷⁰ C.A. d'Aix-en-Provence, du 3 février 1966, Juris-classer périodique, éd. Générale, LexisNexis, G 1966, 1114861, note R. PERCEROU.

⁵⁷¹ V. l'article 28 du code de la procédure civile qui prévoit que : « *Par dérogation aux dispositions de l'article précédent, les actions sont portées devant les juridictions suivantes : ... En matière de société devant le tribunal du lieu du siège social...* ». Cet article doit être comparé avec le 4^{ème} paragraphe du 1^{er} alinéa de l'art 5 de la loi 53-95 instituant les juridictions de commerce qui précise que « *Les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître : ... 4- des différends entre associés d'une société commerciale* », et le 11^{ème} paragraphe de l'art 11 du même loi qui édicte que : « *Par dérogation aux*

alternativement compétents : *Primo*, le tribunal du lieu du domicile du ou des dirigeants défendeurs, et *secundo*, le tribunal du lieu de production du fait préjudiciable, soit le lieu du siège social de la société.

Paragraphe 2 : L'action pénale

Au stade de la mise en œuvre de la responsabilité pénale, on traitera trois points essentiels : la pluralité d'infraction (A), la prescription de l'action publique (B), et la constitution de la partie civile (C).

A- Pluralité d'infractions

Des faits identiques peuvent tomber sous le coup de qualifications pénales différentes.

S'ils forment un ensemble indivisible, ce qui lui vaut qualification de « concours idéal, d'infractions » les juges ne retiennent en principe qu'une seule qualification celle qui correspond à l'infraction la plus sévèrement punie ou qui est la mieux adaptée à l'espèce lorsque les deux qualifications revêtent la même gravité⁵⁷².

En revanche, si ces constituent des infractions distinctes, commises simultanément et faisant l'objet des mêmes poursuites, on se trouve alors en présence d'un « concours réel d'infractions ».

En pareille circonstance, le juge retient les deux qualifications, mais ne peut cumuler les peines de même nature prévues pour chaque infraction, il ne peut donc prononcer qu'une seule peine d'amende et/ou d'emprisonnement dans la limite de la peine maximale⁵⁷³.

Selon la jurisprudence Française⁵⁷⁴ antérieure à l'ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté, le dirigeant déjà du passif de la

dispositions de l'article 28 du code de la procédure civile, les actions sont portées : - en matière de sociétés, devant le tribunal de commerce du lieu du siège social de la société ou de sa succursale ».

⁵⁷² Art. 118 du CP qui prévoit que : « *Le fait unique susceptible de plusieurs qualifications doit être apprécié suivant la plus grave d'entre elles* ».

⁵⁷³ Le législateur précise dans l'art. 120 du CP que : « *En cas de concours de plusieurs crimes ou délits déférés simultanément à la même juridiction, il est prononcé une seule peine privative de liberté dont la durée ne peut dépasser le maximum de celle édictée par la loi pour la répression de l'infraction la plus grave. Lorsqu'en raison d'une pluralité de poursuites, plusieurs peines privatives de liberté ont été prononcées, seule la peine la plus forte est exécutée. Toutefois, si les peines prononcées sont de même nature, le juge peut, par décision motivée, en ordonner le cumul en tout ou en partie, dans la limite du maximum édictée par la loi pour l'infraction la plus grave* ».

⁵⁷⁴ CA de Versailles, du 7 février 2008, n° 07-06881, 13^e ch.

société ne pouvait plus être condamné sur le fondement de l'article L652-1 du code de commerce relatif à l'obligation aux dettes sociales⁵⁷⁵.

Au Maroc, les peines pécuniaires pour des contraventions se cumulent entre elle et avec celles encourues ou prononcées pour les crimes ou délits en concours⁵⁷⁶.

B- Prescription de l'action publique

Le délai de prescription de l'action publique est de quinze ans pour les crimes, de quatre ans pour les délits et une année pour les contraventions⁵⁷⁷.

Il court en principe à compter du jour où l'infraction a été commise. Cependant, pour infraction continues, le point de départ de délai est retardé ; le délai ne commence à courir qu'à partir du jour où cesse l'infraction.

En outre, les tribunaux ont adopté des solutions particulières sur le point de départ de la prescription de certaines infractions, notamment en matière d'abus de biens sociaux.

C- La constitution de la partie civile

La victime d'une infraction à savoir toute personne qui a personnellement souffert d'un dommage directement provoqué par l'infraction, peut se constituer partie civile afin d'en obtenir réparation auprès du juge pénal⁵⁷⁸.

En d'autres termes, elle devient alors partie au procès pénal elle peut ainsi bénéficier des mesures prises pendant l'instruction et influencer sur elles, notamment en présentant au juge des demandes d'expertise ou en contestant ses décisions.

L'action de la victime, à l'instar de celle du parquet, obéit aux règles de prescription de l'action publique.

Pour mieux éclaircir ce point de vue, il nous paraît convenable de mettre l'accent sur les conditions de recevabilité de la constitution de la partie civile (I), avant d'entamer la phase de la réparation (II).

⁵⁷⁵ La question ne se posera plus, puisque l'ordonnance précitée a abrogé les articles L.652-1 à L. 352-5, à compter du 15 février 2009.

⁵⁷⁶ Art. 121 du CP édicte que : « *Les peines pécuniaires qu'elles soient principales ou accessoires à une peine privative de liberté se cumulent, à moins que le juge n'en décide autrement par une disposition expresse* ».

⁵⁷⁷ Art. 5 du Code de la procédure pénale marocain.

⁵⁷⁸ Art. 7 du CPP prévoit que : « *L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement subi un dommage corporel, matériel ou moral, directement causé par l'infraction* ».

I- Les conditions de recevabilité

La recevabilité de la constitution de partie civile est conditionnée par le caractère personnel du préjudice subi par le demandeur et le caractère direct de l'infraction commise par le dirigeant social.

On traitera d'une manière successive ladite question en droit pénal des sociétés (a), ainsi que dans le droit pénal des affaires (b).

a- En droit pénal des sociétés

L'abus de biens sociaux ou l'abus de pouvoirs (1), et les comptes infidèles (2) seront examinés successivement.

1- L'abus des biens sociaux ou l'abus de pouvoirs

Un associé ne saurait demander au juge pénal de lui octroyer une indemnité réparatrice pour perte de la valeur de des droits sociaux résultant d'un abus de biens sociaux ou d'un abus de pouvoirs, car la dépréciation des titres causée par ces agissements constitue un préjudice subi seulement par la société⁵⁷⁹.

Il en va de même d'un associé agissant en son nom personnel pour faire reconnaître un abus de biens sociaux au préjudice d'une filiale⁵⁸⁰.

Il n'en serait différemment que si l'associé démontrait l'existence d'un préjudice personnel distinct de celui de la société⁵⁸¹.

Peut donc se porter civile une association de défense d'investisseurs en valeur mobilières mandatées par au moins deux actionnaires ayant subi des préjudices personnels en raison de l'abus de biens sociaux⁵⁸².

Dans cet ordre d'idée la construction de partie civile a été rejetée pour cause de préjudice indirect :

- A un créancier social⁵⁸³

⁵⁷⁹ Cass. Crim., du 13 décembre 2000, n° 99-80.387, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 5/01, n°593.

⁵⁸⁰ Cass. Crim., du 4 avril 2001, n° 00-80.406, Juris-Classeur, éd. Entreprise, 2001, p. 1817, note J.H. ROBERT.

⁵⁸¹ Cass. Crim., du 12 septembre 2001, n° 01-80.895, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 1/02, n° 55.

⁵⁸² P. Le CANNU, « Attributions et responsabilité des associations de défense des actionnaires et des investisseurs », Rev des sociétés, éd., Dalloz, 1995, p. 239.

⁵⁸³ Cass. Crim., du 7 juin 1995, n° 94-84.648, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 11/5, n° 1244.

- A un salarié⁵⁸⁴
- A un syndicat professionnel⁵⁸⁵

De même, la dévalorisation du capital social découlant de délits d'abus de biens sociaux commis par un dirigeant constitue, non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même⁵⁸⁶, d'où l'irrecevabilité la construction de partie civile de l'associé agissant à titre personnel.

En revanche les détournements de fonds sociaux commis par un gérant de SNC causent aux associés qui répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales, un préjudice personnel et direct dont ils peuvent demander réparation devant le juge pénal⁵⁸⁷. La solution est transposable aux commandités tenus des dettes sociales dans les mêmes conditions que les associés en nom collectif⁵⁸⁸.

L'action civile peut être exercée par la société victime de l'abus qui nuit à ses intérêts⁵⁸⁹. Cette action dite « un universi » est mise en œuvre au nom de la société par l'intermédiaire de son représentant légal⁵⁹⁰ aussi longtemps que la clôture de la liquidation n'est pas intervenue⁵⁹¹.

Elle ne saurait être entravée par le soutien financier longtemps apporté par la société à ces dirigeants mis en examen ni par la défaillance des organes sociaux ou encore par l'accroissement de bénéfices⁵⁹².

En cas de fusion la société est en redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire et le dirigeant de fait ou de droit de la société absorbée, poursuivis pour abus de biens sociaux⁵⁹³.

Lorsque la société est en redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire et le mandataire judiciaire⁵⁹⁴ n'ont pas qualité pour se constituer partie civile au nom de personne morale

⁵⁸⁴ Cass. Crim, du 7 mars 2000, n° 99-81.011, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 9-10/00, n° 875.

⁵⁸⁵ Cass. Crim, du 29 novembre 2000, n° 99-80.324, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 9-10/01, n° 981.

⁵⁸⁶ Cass. Crim, du 20 juin 2007, Droit des sociétés, éd., LexisNexis, 2007, comm.n° 204.

⁵⁸⁷ Cass. Crim, du 10 avril 2002, n° 01-81.282, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 23/03, n° 148.

⁵⁸⁸ Aux termes du 2^{ème} alinéa de l'art. 20 de la loi 5-96 relative aux autres formes de sociétés : « *Les associés commandités ont le statut des associés en nom collectif* ».

⁵⁸⁹ Cass. Crim, du 25 novembre 1975, n° 74-93.426, Juris-Classeur périodique, éd. Générale, 1976, II, n° 18476, note de M. DELMAS-MARTY.

⁵⁹⁰ Gérant, directeur général, président ou membre du directoire, liquidateur, etc...

⁵⁹¹ Cass. Crim, du 12 octobre 1995, n° 95-80.730 PF, *Bull des arrêts de la C.Cass*, Ch. Crim, n° 305, Rev des sociétés, éd. Dalloz, 1996, p. 319, note B.BOULOC.

⁵⁹² Cass. Crim, du 16 février 1999, n° 98-80.537 (n° 31 PF), *Bull des arrêts de la C. Cass*, Ch. Crim, n° 17, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd., F.Lefebvre, 6/99, n° 685.

⁵⁹³ Cass. Crim, du 25 mai 1987, n° 85-94.968, *Bull des arrêts de la C. Cass*, Ch. Crim, n° 305, n° 215.

⁵⁹⁴ Ex-représentant des créanciers.

contre les dirigeants coupable d'abus de bien sociaux en pareille hypothèses, l'action civile est mise en œuvre par un mandataire spécialement désigné à cet effet par le tribunal⁵⁹⁵.

La constitution de partie civile du commissaire à l'exécution du plan de cession est en revanche recevable, tant que la procédure collective n'est pas clôturée⁵⁹⁶ et que le prix de cession n'est pas intégralement payés rappelons qu'en tout état de cause les organes de les procédures doivent prévenir le parquet lorsqu'ils constatent qu'une infraction est commise, qu'ils aient le droit d'ester ou non, ils pourront indirectement contribuer à l'exercice de l'action publique.

En cas de liquidation de la société, son liquidateur qui la repente peut exercer l'action civile peu importe que le délit d'abus de bien sociaux soit ou non l'origine de cessation des paiements⁵⁹⁷.

L'action civile peut également dans le cadre d'une action sociale « ut singuli » être entente au nom de la société par un associé. Cette action est recevable⁵⁹⁸, quand bien même le représentant légal de la société, présent en première instance, n'aurait pas interjeté appel⁵⁹⁹, ou que la société présente en première instance n'aurait pas interjeté appel, ou que la société interviendrait en définitive dans la procédure⁶⁰⁰.

L'action sociale « ut singuli » ne peut être déclarée mal fondée, sous prétexte qu'après les faits constitutifs d'abus de bien sociaux la société a été restructurée sur le plan financier, notamment par l'apport de fonds propres de la part de son ancien actionnaire⁶⁰¹. Elle peut être exercée contre un tiers complice des administrateurs de la société, mais pas par un mandataire ad hoc⁶⁰².

⁵⁹⁵ Cass. Crim, du 27 février 2002, n° 01-82394 (n° 1293 F-PF), *Bull mensuel, Joly d'information des sociétés*, éd. Lextenso, 2002, p.777, n° 173, note F.X.LUCAS.

⁵⁹⁶ Cass.Crim, du 23 mars 2005, n° 04-80.703, *Bull des arrêts de la C.Cass*, Ch. Crim, n° 102.

⁵⁹⁷ Cass. Crim, du 8 mars 2006, n° 05-82.865 (n° 1526 F-D), *Rev de jurisprudence de droit des affaires*, éd. F.Lefebvre, 6/06, n° 655.

⁵⁹⁸ Cass. Crim, du 19 octobre 1978, n° 77-92.742, *Bull des arrêts de la C.Cass*, Ch. Crim, n° 18, *Rev des sociétés*, éd. Dalloz, 1979, p.872, note B.BOULOC.

⁵⁹⁹ Cass. Crim. Du 13 décembre 2000, n° 99-80.387, *Bull des arrêts de la C.Cass*, Ch. Crim, n° 373, *Rev des sociétés*, éd. Dalloz, 2001, p.323, note A. CONSTANTIN.

⁶⁰⁰ Cass. Crim, du 8 octobre 2003, n° 02-81.471 (n° 4565 FS-PF), *Bull des arrêts de la C.Cass*, Ch. Crim, n° 184.

⁶⁰¹ Cass. Crim, du 28 janvier 2004, n° 02-87.585, *Bull des arrêts de la C.Cass*, Ch. Crim, n° 18, *Rev des sociétés*, éd. Dalloz 2004, p.404, note B.BOULOC.

⁶⁰² Cass. Crim, du 14 décembre 2004, n° 04-13.059 (n° 1860 F-PB), *Rev de jurisprudence de droit des affaires*, éd. F.Lefebvre, 4/05, n° 384.

2- Les comptes infidèles

Contrairement à l'abus des biens sociaux, le délit de prestation ou de publication de comptes infidèles peut causer un préjudice direct aux associées ou aux porteurs de titres de la société⁶⁰³.

Ce préjudice est établi dès lors que les comptes litigieux en servi de base à l'évaluation des titres acquis par le plaignant, quand bien même ces comptes auraient été approuvés avant que ce dernier devienne associé⁶⁰⁴. Faute de démontrer l'existence d'un pareil préjudice, le juge pénal est habilité à rejeter l'action de l'associé⁶⁰⁵.

Une banque dispensatrice de crédit à une société a également été admise pour se constituer partie civile en réparation du préjudice résultant d'une présentation de comptes infidèles dans la mesure où celles-ci a déterminé la banque à consentir son concours⁶⁰⁶.

A l'inverse, il a été jugé quelle n'ont pas établie l'existence d'un lien directe entre le préjudice et le délit des banques qui ont invoqué un dommage commercial et matériel causé par des articles de presse qui avaient nui à leur image en leur imputant un soutien inconsidéré à la société dont les comptes étaient infidèles et qui les avaient exposées à de nombreuses recherches et vérification⁶⁰⁷.

Par ailleurs un syndicat professionnel n'a pas été admis à se constituer partie civile pour demander réparation du préjudice que le délit de présentation de comptes infidèles a porté à l'intérêt collectif de la profession en raison du caractère indirect d'un tel préjudice⁶⁰⁸.

b- En droit pénal des affaires

Généralement, l'action civile devant les tribunaux répressifs constitue un droit exceptionnel n'appartient qu'à ceux ayant personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction.

A ce stade, on a choisi d'échafauder trois infractions relatives au droit pénal des affaires : Le délit d'initié (1), la banqueroute (2), et la fraude fiscale (3).

⁶⁰³ Cass. Cim, du 30 janvier 2002, n° 01-94.256, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 6/02, n° 646.

⁶⁰⁴ Cass. Crim, du 5 novembre 1991, n° 90-82.605, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 2/92, n° 154.

⁶⁰⁵ Cass. Crim, du 5 mai 2004, n° 0382.801, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 11/04, n° 1225.

⁶⁰⁶ Cass. Crim, du 13 février 1997, n° 96-81.641, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 10/97, n° 1217.

⁶⁰⁷ Cass. Crim, du 17 novembre 2004, n° 03-82.657, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 4/05, n° 403.

⁶⁰⁸ Cass. Crim, du 29 novembre 2000, n° 99-80.324 (n° 7231 FS-PF), Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F. Lefebvre 10/01, n° 981.

1- Le délit d'initié

Le délit d'initié est de nature à causer un préjudice personnel direct aux actionnaires de la société. Ceux-ci sont donc admis à se constituer partie devant le juge d'instruction en vue demander réparation de ce préjudice⁶⁰⁹.

2- La banqueroute

Tout comme en matière d'abus de biens sociaux, associé ne peut pas demander devant le juge pénal l'octroi d'une indemnité à réparer la perte de valeur des droits sociaux résultant de délit de banqueroute, car la dépréciation des titres causée par cette infraction constitue un préjudice subi par la seule société⁶¹⁰. Ils ne peuvent pas non plus agir pour leur créance d'apport⁶¹¹.

En fait, le juge répressif ne peut être saisi que par une liste déterminée et limitative de personnes exerçant l'action civil : l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire, le représentant des salariés, le liquidateur judiciaire, ou une majorité des créanciers nommés contrôleurs⁶¹².

La liste est limitative : les créanciers ne peuvent ainsi agir à titre personnel le principe de la suspension des poursuites individuelles jouant également en matière pénale. Ce principe ne vaut toute fois qu'au bénéfice de la société en procédure collective, les créanciers peuvent agir librement à l'encontre des complices in bonis.

Même lorsque des aides publiques ont été détournées l'argent public du trésor ne fait pas partie des personnes habilitées à se constituer partie civile⁶¹³.

3- La fraude fiscale

L'auteur de la plainte est l'administration fiscale.

Le parquet ne peut être saisi que par l'administration : il ne peut poursuivre que s'il y a une plainte préalable. Le délit de fraude fiscale n'est pas caractérisé faute d'avoir constaté l'existence d'une plainte préalable de l'administration. En revanche le dépôt de la plainte

⁶⁰⁹ Cass. Crim, Décembre 2002, n° 01-85.176, Rev de jurisprudence de droit de affaires, éd. F.Lefebvre, 5/03, n° 504.

⁶¹⁰ Cass. Crim, du 9 mars 2005, n° 04-81575, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 7/05, n° 825.

⁶¹¹ Cass. Crim, du 26 janvier 2005, n° 04-84.403, Rev droit pénal, juin 2006, éd. Lextenso, Comm, 86.

⁶¹² En France, et d'après nos recherches, la dernière catégorie a été ajoutée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005. Il s'agira de deux créanciers au moins, après mise en demeure infructueuse du mandataire judiciaire.

⁶¹³ Cass. Crim, du 28 février 2006, n° 0543.461, *Bull mensuel, Joly d'information des sociétés*, éd. Lextenso, 2006, p. 1035.

effectué, il retrouve sa liberté pouvant notamment classer sans suite (hypothèse d'une plainte simple).

Autre exception : si l'administration peut se porter partie civile (avec d'ailleurs dispense sa consignation) elle ne peut pour autant demander de dommages intérêts : les pénalités fiscales ont à la fois le caractère de peines et de réparation civile envers le trésor⁶¹⁴. L'administration ne se porte civile que pour mieux participer à la procédure pénale.

Sauf qu'en matière de contributions indirectes, avant même le dépôt de plainte, le ministre du finance ou par la personne déléguée par lui à cet effet doit impérativement avoir saisi la commission des infractions fiscales⁶¹⁵.

A défaut il y a la nullité de la plainte, donc de l'ensemble de la procédure qui s'ensuit.

Les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour statuer sur les recours formés (par le contribuable poursuivi) à l'égard de la décision de saisine de la commission des infractions fiscales et de l'avis favorable émis par celle-ci⁶¹⁶.

Cette commission constituée sous présidence d'un magistrat et comprends deux représentants de l'administration fiscale et deux représentants des contribuables choisis sur des listes présentées par les organisations professionnelles est plus représentatives. Les membres de cette commission sont désignés par arrêté du Premier ministre⁶¹⁷, est une autorité administratrice indépendante non juridictionnelle. Dès lors, elle n'est pas soumise au principe du contradictoire :

- Le contribuable n'a pas accès à son dossier⁶¹⁸,
- Le contribuable ne peut formuler d'argumentation orale devant la commission ou se faire représenter par un avocat
- Les séances ne sont pas publiques

⁶¹⁴ Cass. Crim, du 17 avril 1989, Rev de droit fiscal, 1989, n° 45.

⁶¹⁵ Le législateur prévoit dans l'art. 231 du CGI que : « La plainte tendant à l'application des sanctions prévues audit article 192 doit au préalable, être présentée par le ministre des finances ou la personne déléguée par lui à cet effet, à titre consultatif, à l'avis d'une commission des infractions fiscales présidée par un magistrat et comprenant deux représentants de l'administration fiscale et deux représentants des contribuables choisis sur des listes présentées par les organisations professionnelles les plus représentatives. Les membres de cette commission sont désignés par arrêté du Premier ministre. Après consultation de la commission précitée, le ministre des finances ou la personne déléguée par lui à cet effet, peut saisir de la plainte tendant à l'application des sanctions pénales prévues à l'article 192 ci-dessus, le procureur du Roi compétent à raison du lieu de l'infraction ».

⁶¹⁶ Cass. Crim, du 29 mars 1989, Bull. des arrêts de la .Cass, Ch. Crim, n° 153.

⁶¹⁷ Art. 321 du CGI précité.

⁶¹⁸ Cass. Crim, du 28 janvier 1991, Bull des arrêts de la C.Cass, Ch. Crim, n° 45.

- L'avis de la commission n'a pas à être motivé.

II- La réparation du préjudice

L'auteur d'un délit est tenu de réparer l'intégralité du préjudice qui en résulte⁶¹⁹. Aussi le dirigeant est tenu de réparer le préjudice financier cause par ses agissements à la société si par ailleurs l'intervention postérieure d'un repreneur a assaini la situation de la société⁶²⁰.

Il en va pareillement du préjudice qu'il a causé à un tiers, même si le délit à l'origine du préjudice a été commis dans le cadre de ses fonctions⁶²¹.

En France, les personnes condamnées pour un même délit sont, en application des dispositions du code de procédure pénale⁶²², tenue solidairement des restitutions et dommages-intérêts⁶²³.

Le dirigeant ne peut invoquer l'absence de faute détachable de ses fonctions pour refuser d'indemniser la tierce victime, comme il peut la faire devant le juge de droit commun.

En outre, aucune disposition de la loi ne permet de réduire en raison de la négligence qu'elle aurait commise, le montant des réparations civiles dues à la victime par l'auteur d'une infraction intentionnelle contre les biens⁶²⁴.

⁶¹⁹ Le législateur précise dans l'article 77 du DOC que : « *Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe. Toute stipulation contraire est sans effet* ».

⁶²⁰ Cass. Crim, du 28 janvier 2004, n° 02-87.585, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 6/04, n° 764.

⁶²¹ Cass. Crim, du 20 mai 2003, n° 02-84.307 (n° 2669 F-PF), Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 12/03, n° 1181.

⁶²² V. L'art. L 480, alinéa 1 du CPP français.

⁶²³ Cass. Crim, du 28 janvier 2004, n° 02-87.585, Rev de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre, 6/04, n° 764.

⁶²⁴ Cass. Cim, du 14 juin 2006, n° 05-82.900, *Bull rapide de droit des affaires*, éd. Francis Lefebvre, 18/06, n°2.

Conclusion de la première partie

De nos jours, le droit pénal des sociétés présente une originalité marquée par rapport au droit des affaires et au droit pénal général.

L'objectif d'étudier les infractions en droit des sociétés est d'abord une sensibilisation du lecteur et surtout du chef d'entreprise qui, sans une vigilance permanente, peut être amené, parfois sans intention malveillante, à commettre des infractions pouvant le conduire à l'emprisonnement, d'autant plus qu'aujourd'hui, les sociétés marocaines sont déjà concernées par les nouvelles lois.

On peut dire que la fonction de dirigeant comporte des risques, car il peut voir sa responsabilité engagée à plusieurs niveaux dans la conduite des affaires. Cette responsabilité peut même devenir plus lourde si la société est soumise à une procédure collective, dans la mesure où le dirigeant doit témoigner de sa bonne foi et prouver son respect des procédures en vigueur. Donc vaut mieux prévenir les situations délicates et s'assurer d'avoir mis en place les processus nécessaires pour éviter toute mauvaise surprise⁶²⁵.

Eu égard des effets néfastes que peuvent produire les sanctions sur la personne du dirigeant, il est à noter que les tribunaux ne prononcent de telles mesures que s'ils sont saisis des faits justificatifs.

Cependant, la défaillance de l'entreprise, le trouble juridique qui s'en suit, les créanciers qui perdent tout ou partie de leur créance, les salariés perdent leur emploi, les sources de contribution de l'état s'en trouvent amoindries, etc. La liberté d'entreprendre exige un certain degré de vigilance, c'est ainsi que toutes les parties prenantes qui ont joué un rôle dans l'origine de la défaillance concourent des sanctions, indemnitaires disciplinaires ou punitives.

En effet, la responsabilité des dirigeants sociaux repose sur des fondements multiples et forme un système complexe offrant des possibilités de cumul abondantes. C'est ce qui rend le système de responsabilité des dirigeants sociaux paradoxal puisque, d'un côté il est difficile de mettre en cause la responsabilité civile des dirigeants pour faute de gestion et leur responsabilité pécuniaire demeure insuffisante en comparaison avec les préjudices que peut causer une faute de gestion. D'autre part, la pénalisation de la vie des affaires, dans toutes les branches du droit, est aujourd'hui excessive.

⁶²⁵C. TRIDON, « Le risque pénal du dirigeant : ce que vous devez savoir », *Magazine chef d'entreprise*, n°52, le 10/10/2010.

Il en résulte qu'on se trouve devant l'exigence d'une réhabilitation de la responsabilité civile du dirigeant d'entreprise. En même temps, la nécessité d'adapter la responsabilité pénale à la gravité de l'infraction et rassembler les incriminations dans un texte unique.

L'insuffisance du système de responsabilité des dirigeants est parfaitement admis, on ne cesse pas d'afficher la volonté de moraliser la vie des sociétés et de responsabiliser les dirigeants d'entreprise.

Partie II : Le système répressif en droit pénal des sociétés : insuffisances et propositions d'amélioration

Pendant plusieurs années, le droit pénal des sociétés est resté quasiment inchangé. Ce droit est de longue date surchargé d'infractions spécifiques. La loi 17-95 avait recueilli sans souci d'inventaire plusieurs délits, sédiments législatifs produit de nombreux scandales financiers. Nous pouvons dire, que les textes répressifs demeurent gros de dangers éventuels et la menace non désamorcée ou non prévue qui plane sur les acteurs du droit des sociétés constitue un archaïsme facteur de sclérose ou durcissement.

Aussi, dès lors, un constat s'impose, le droit pénal des sociétés, produit de la sédimentation de textes successifs et épars, se caractérise par une absence de logique d'ensemble. De cette carence réflexive résultent assurément les déficiences qu'on l'on peut observer dans la répression pénale propre aux sociétés (Chapitre I).

De même, l'intervention de droit pénal se justifiait par la volonté de sanctionner les nombreuses malversations susceptibles d'être commises au sein des sociétés.

En effet, longtemps, se fut parce qu'une règle était essentielle qu'elle était pénalement sanctionnée, puis au cours du 20^{ème} siècle, la logique s'est inversée : désormais c'est parce que qu'une règle est pénalement sanctionnée qu'elle doit être considérée comme essentielle, sa valeur ontologique important souvent peu.

Toutefois, la sanction pénale n'a pas été réservée aux seuls comportements des plus graves commis en matière des sociétés, le législateur au contraire a voulu en faire un commode instrument de police générale de droit des sociétés. Ainsi, la sanction mériterait d'être entièrement revue à la fois dans sa nature et son taux.

Ainsi, la sanction pénale fut introduite en droit des sociétés compte tenu de son efficacité et de sa force dissuasive, mais ne tarda pas à faire l'objet d'une contestation dénonçant son inadaptation et son instrumentalisation en la matière. Face à cela, un mouvement de dépenalisation a été amorcé à travers la loi 20-05 modifiant et complétant la loi 17-95 (Chapitre II).

Certes la loi 20-05 a assoupli et allégé le dispositif pénal et ce dans le but de rendre aux patrons et aux gestionnaires imprudents mais de bonne foi le goût d'entreprendre et

également pour garder l'attractivité économique du pays et promouvoir son développement et sa croissance dans un cadre moralement saint.

Mais, au gré de la conjoncture, de tel ou tel scandale, le législateur pourrait songer à recourir encore à la sanction pénale, ce qui pourrait alors se concevoir comme une tendance régressive. La réalité de la dépénalisation cache mal toutefois une pénalisation générale moins ostentatoire mais plus sévère ce qui nous pousse à se poser la question de savoir si la dépénalisation est un mythe ou réalité.

Chapitre I : Le droit pénal des sociétés : système pratiquement lacunaire

Le droit pénal des sociétés est celui qui résulte des dispositions d'ordre pénal contenues dans les textes relatifs au droit des sociétés. Le présent droit pénal des sociétés, présente une image différenciée, les infractions contenues dans les lois sur les sociétés⁶²⁶ sont tellement nombreuses et diversifiées⁶²⁷, qu'il est difficile à un chef d'entreprise de les garder en mémoire de façon permanentes.

Les débats ne manquent pas sur la question de la répression en droit des sociétés notamment l'opportunité de la sanction pénale en la matière, mais c'est aussi la question de son efficacité qui est posée⁶²⁸.

Le droit pénal des sociétés, est un droit en souffrance, et ce à deux points essentiels : d'abord, relativement au droit pénal général, il est perçu comme un droit perturbateur, un droit peu respectueux des grands principes propres à la matière, comme le principe de légalité par exemple, ensuite, au regard de la matière économique et financière où il trouve application, il fait l'objet d'une double critique : celle de l'inadaptation de la sanction pénale ainsi que celle de l'ineffectivité de la règle pénale⁶²⁹.

Pire encore, le droit pénal des sociétés, produit d'accroissement de textes successifs, se caractérise par une absence de logique d'ensemble. De cette insuffisance résulte les déficiences de la répression pénale (section 1), pour se prolonger par la suite sur ses effets en la matière (section 2).

⁶²⁶La loi 17-95 sur les sociétés anonymes telle qu'elle a été modifiée et complétée par la loi 20-05, et la loi 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation.

⁶²⁷V. L'ouvrage de R.LAZRAK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, éd., La Porte, 1997.

⁶²⁸Y. GUYON, *De l'inefficacité du droit pénal des affaires*, Pouvoirs, 1990, n° 55, p. 116.

⁶²⁹V. MALABAT, *Droit pénal et droit des affaires : raisons et évolutions d'un lien traditionnel*, cité par L.SAHRANE, *Le Droit des affaires entre la pénalisation et la dépénalisation*, Thèse en vue de l'obtention de doctorat en sciences juridiques, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah, Fès, 2015, p. 78.

Section 1: Les carences de la répression pénale en droit des sociétés

Divers motifs contribuent à aborder une insuffisance de la répression pénale au droit des sociétés. Ce résultat est lié à l'origine historique des textes réglementaires. La réglementation pénale applicable en la matière, qui date au mieux, de plusieurs années⁶³⁰, reste marquée par la situation qui lui a permis de se développer.

Donc pour mieux éclaircir notre point de vue, l'étude des carences constitutionnelles (sous-section 1) et les autres insuffisances de cette répression (sous-section 2) nous paraît une idée convenable.

Sous-section 1 : Les insuffisances constitutionnelles

Le droit pénal et le droit des sociétés forment un couple mal réuni, que la nécessité et l'obligation ont contraint à se joindre. Cette obligation nécessite de l'interventionnisme économique provoqua l'irruption ou l'envahissement de droit pénal (paragraphe 1), ce qui pousse à s'interroger sur les différences de ces deux notions utilisées ainsi que sur l'essai de concilier entre ces deux logiques en la matière (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'envahissement du droit pénal en droit des sociétés

Le droit pénal est intervenu pour protéger le droit des sociétés (A), pour encadrer les malversations des acteurs en la matière. Mais à ces considérations, d'autres ont été succédé depuis une cinquantaine d'années plus pragmatiques et qui ont été marqué par une volonté dirigiste (B).

A- Le droit pénal : protecteur du droit des sociétés

Le développement d'un droit pénal propre aux sociétés s'est opéré en deux étapes. Dans un premier temps, la rencontre du droit pénal avec le droit des sociétés (I) s'explique par la nécessité de réprimer les comportements malhonnêtes des dirigeants sociaux. Mais l'incapacité du droit pénal commun à réprimer les agissements des dirigeants, ainsi que la volonté de faire respecter les prescriptions essentielles du droit des sociétés, ont, dans un second temps, abouti à la création d'un droit pénal spécifique (II).

⁶³⁰De 1922 jusqu'à 2017.

I- Les modalités de la rencontre du droit pénal et du droit des sociétés

L'introduction du droit pénal en droit des sociétés fut guidée par les mêmes motivations qui poussent le législateur à adopter des dispositions pénales en tout domaine. L'équation est classique : là où des comportements socialement répréhensibles existent, le droit pénal intervient afin de les réprimer mais aussi de les prévenir.

On peut relever la relative jeunesse du droit pénal des sociétés en tant que corps de règles autonomes et du droit des difficultés de l'entreprise dans ses aspects relatifs à la responsabilité des dirigeants de l'entreprise⁶³¹. Ainsi, et à partir des années quatre-vingt-dix⁶³², la modernisation du droit marocain des sociétés, s'est accompagné d'une pénalisation de ce droit à travers les lois sur les sociétés commerciales⁶³³, l'une relative à la société anonyme⁶³⁴ et l'autre relative aux autres formes de sociétés⁶³⁵.

La mise en place de ces nouvelles lois⁶³⁶ a eu pour effet de moderniser le dispositif marocain, mais constitue également le point de départ d'un véritable droit pénal marocain des sociétés.

M. LAZRAK estime que le législateur marocain de l'époque a péché par excès puisqu'il a assorti de sanctions pénales la plupart des obligations du dirigeant de l'entreprise de telle sorte que le spectre de la prison pouvait se profiler devant lui à n'importe quelle occasion. Il suffit

⁶³¹ Au moment où la France est passée d'une pénalisation croissante au lendemain de la seconde guerre mondiale à une dépenalisation substantielle.

⁶³² A l'inverse, dans la même époque, sous la pression des critiques des milieux des affaires, un mouvement de dépenalisation de larges pans de droit français des sociétés a été amorcé.

⁶³³ Dahir n° 1-96-124 (14 rabii II 1417) portant promulgation de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes (B.O. 17 Octobre 1996), et le Dahir n° 1-97-49 (5 chaoual 1471) portant promulgation de la loi n° 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la sociétés en participation (B.O. 1^{er} Mai 1997).

⁶³⁴ Le titre XIV de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes regroupe l'essentiel des infractions ainsi que leurs sanctions qui peuvent être commises au sein d'une SA. Prenant à titre d'exemple l'article 405 dudit loi qui démontre les sanctions pénales à l'encontre du commissaire aux comptes pour non-dénunciation de faits délictueux en édictant que : « *Sera puni d'un emprisonnement de 6 à deux ans et d'une amende de 10.000 à 100.000 DH ou de l'une de ces deux peines seulement, tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes, aura, sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ou qui n'aura pas révélé aux organes d'administration, de direction ou de gestion les faits lui apparaissant délictueux dont il aura eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions* ». Aussi l'article 424 de la même loi qui édicte que : « *Est passible de l'emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 4.000 à 20.000 DH ou de l'une de ces deux peines seulement, tout liquidateur qui procède à la répartition de l'actif social entre les actionnaires, avant l'apurement du passif ou avant la constitution de réserves suffisantes pour en assurer le règlement ou qui, sauf clause contraire des statuts, ne partage pas les capitaux propres subsistant, après remboursement du nominal des actions, entre les actionnaires dans la même proportion que leur participation au capital social* ».

⁶³⁵ V. à titre d'exemple l'article 115 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés qui édicte que : « *Seront punis d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 2.000 à 20.000 DH ou de l'une de ces deux peines seulement, les gérants d'une société à responsabilité limitée qui, sciemment, lorsque la situation nette de la société du fait de pertes constatées dans les états de synthèse, devient inférieure au quart du capital social : 1- n'auront pas, dans les trois mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître ces pertes, consulté les associés afin de décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société ; 2- n'auront pas, déposé au greffe du tribunal, inscrit au registre du commerce et publié dans un journal d'annonces légales, la décision adoptée par les associés* ».

⁶³⁶ La loi 17-95 sur les sociétés anonymes et la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés.

pour s'en rendre compte de savoir que si on prend en considération l'ensemble des infractions à caractère pénal prévues par les lois relatives aux sociétés commerciales, et cite pas moins de 338 infractions⁶³⁷. Ces infractions et leurs sanctions accompagnent la vie de la société jusqu'à sa mort puisqu'elles couvrent aussi bien les phases de sa création que celles où elle est en activité jusqu'à sa cessation.

Par ailleurs, d'autre pensent que le caractère inflationniste et les effets pervers d'un droit pénal des sociétés devenu tentaculaire⁶³⁸. La sanction pénale fut introduite en droit des sociétés compte tenu de son efficacité et de sa force dissuasive contestera son inadaptation et son instrumentalisation en la matière⁶³⁹.

De sa genèse à sa fin, toutes les étapes de la vie d'une société pouvaient receler de multiples fraudes. Ainsi, lors de la constitution, rien ne garantissant le souscripteur que la société n'était pas fictive. Et quand bien même elle était réelle, les fonds ainsi levés constituaient une somme parfois colossale que des dirigeants peu scrupuleux pouvaient être tentés de s'approprier en tout ou en partie. Une fois, ces travers évités, le risque demeurait encore pour les actionnaires de subir d'éventuelles manipulations de cours, répartition fictive de dividendes⁶⁴⁰ à titre d'exemple.

Certes ces comportements indéliçables pouvaient déjà tomber sous le coup de sanctions pénales, lorsqu'ils constituaient par exemple une escroquerie, un abus de confiance ou encore un faux. Mais bien vite, le droit pénal commun, par la précision de ses incriminations, s'avéra rapidement impuissant à sanctionner tous ces agissements. Il devint alors impérieux d'adapter

⁶³⁷ R.LAZREK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, éd., La Porte, 1997, p. 12.

⁶³⁸ Cité par L.SAHRANE, « La dépenalisation du droit des sociétés : mythe ou réalité ? », *Rev. La Tribune Juridique, Rev Semestrielle des études et de recherches juridiques et jurisprudentielles*, n°4, Avril 2013, p. 24.

⁶³⁹ En France, depuis longtemps le droit des sociétés s'est fort bien passé du droit pénal. Dans la France du début du XIX^{ème} siècle surtout peuplée de paysans et d'artisans, le droit des sociétés, alors embryonnaire et tout entier contenu dans les quelques dizaines d'articles de Code Civil et du Code de Commerce (art. 14 et 16 du ancien code de commerce), visant seulement à prescrire des règles minimales d'organisations de ces structures. Certes dans le domaine commerciale, la rigueur répressive s'abattait de longue date sur les faillis (le débiteur était le plus souvent condamné pénalement : en cas de banqueroute simple, les peines s'étalaient d'un mois à deux ans de prison et en cas de banqueroute frauduleuse, la sanction pouvait être de travaux forcés pouvant aller jusqu'à trente ans !) et les escrocs, mais cette sévérité ne concernait alors que des défaillances d'individus et ne distinguait nullement selon la forme de l'entreprise, individuelle ou sociétaire. La révolution industrielle bouleversera ce tableau originel. Le capitalisme naissant exigeait un cadre pour prospérer et la forme sociale, surtout vouée jusqu'alors à servir de structure à l'exploitation d'une entreprise, devint l'instrument privilégié de concentration du capital. Dès la restauration, le nombre des sociétés s'accrut considérablement, mais l'élément le plus notable était la taille, toujours croissante, de ces nouvelles entités. Ce changement d'échelle ne fut rendu possible que par l'essor des sociétés par actions. Cette dernière offrait un cadre juridique adapté à la convergence d'intérêt des investisseurs, financiers comme simples épargnants et des entrepreneurs.

⁶⁴⁰ Art. 384(1°) de la loi 17-95 sur les sociétés anonymes modifiée et complétée par la loi 20-05 prévoit que : « Seront punis d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 DH ou de l'une de ces deux peines seulement les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonymes : 1- qui, en l'absence d'inventaire ou un moyen d'inventaires frauduleux, auront, sciemment, opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs... ».

le droit pénal à ces nouveaux comportements délictueux, et d'adopter un droit pénal propre aux sociétés.

II- La genèse du droit pénal des sociétés

Traiter l'évolution de la législation interne (a) qu'internationale (b) dans ce domaine, nous permettra de tirer des enseignements sur la politique pénale de l'Etat en matière économique.

a- La conception Marocaine

Dans le cadre des réformes législatives réalisées au Maroc, le droit des sociétés marocain a fait l'objet d'une refonte totale par la promulgation de deux lois essentielles, s'agissant de la loi 17-95 relatives aux sociétés anonymes et la loi 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation⁶⁴¹. La promulgation de ces deux lois constitue une avancée importante dans le développement du droit des affaires marocain.

A ce propos, et afin de saisir clairement cette évolution très paradoxale, je propose d'abord une lecture de cette législation marocaine (1), avant de mettre l'accent sur la critique dédites lois (2).

1- L'évolution législative marocaine

L'étude de la législation marocaine concerne à la fois la SA (1-1), la SARL et les autres formes de sociétés commerciales (1-2).

1.1- La Société Anonyme : une valse législative

Le premier temps est le Dahir du 11 Aout 1922 : Avant l'avènement de l'actuelle loi n° 17-95, les sociétés anonymes étaient régies auparavant par le Dahir du 11 Aout 1922⁶⁴², relatif aux sociétés de capitaux, importé par le protectorat français pour rendre applicable au Maroc, la loi française de 1867 qui régissait les sociétés de capitaux.

Rien d'étonnant qu'à cette époque, la France fasse importation de sa propre loi pour régir les sociétés de capitaux constituées par ses colons sur le territoire marocain. Ce qui est étonnant par contre, c'est de voir après l'Indépendance du Maroc, le maintien de cette loi de 1867, à

⁶⁴¹R. LAZREK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, op. cit., p. 6.

⁶⁴²B. O du 29 Aout 1922.

laquelle revoie le Dahir de 1922, jusqu'à la fin de l'année 2000⁶⁴³. Quels sont alors les traits de ce droit pénal sous l'égide du Dahir de 1922 ?

Quatre traits principaux⁶⁴⁴, caractérisent cette législation pénale, censée s'appliquer aux associés anonymes au Maroc, d'après l'Indépendance, qui sont respectivement : l'éparpillement, l'insuffisance, l'anachronisme et l'archaïsme.

- **L'éparpillement** : dans la mesure où le Dahir de 1922 ne constitue pas la seule source juridique du droit pénal applicable aux sociétés anonymes, même s'il en constitue la principale. A côté de lui, d'autres textes contiennent des dispositions à teneur pénale⁶⁴⁵.
- **L'insuffisance** : les sociétés anonymes étaient insuffisamment encadrées sur le plan répressif, vue l'absence d'une réglementation globale reposant sur une vision pénale cohérente⁶⁴⁶.
- **L'anachronisme** : au Maroc la réforme de la SA était devenue techniquement inévitable. Avec la promulgation des textes relatifs à la Bourse des Valeurs et au marché financier, le Dahir de 1922 est devenu un véritable anachronisme juridique.
- **L'archaïsme** : puisque le droit régissant les sociétés anonymes au Maroc d'après l'indépendance remonte à une loi française très vieillotée, celle du 24 juillet 1867⁶⁴⁷ votée sous le second empire, correspondant à la vision de la société française de l'époque.

Le fait pour le législateur marocain de s'accommoder de cette loi jusqu'à la fin du 20^{ème} siècle, fait poser plus d'une question sur le déphasage de la politique juridique par rapport à la politique économique.

Cette situation va subitement basculer, avec l'adoption de la loi 17-95 par le Dahir du 30 Aout 1996. Et c'est là que le législateur marocain va entamer le 2^{ème} temps de sa valse sur les sociétés anonymes.

⁶⁴³ Soit 45 ans après l'indépendance.

⁶⁴⁴ M. JAOUHAR, « Le droit pénal des sociétés anonymes : Quelle évolution ? », *Rev pénale des affaires : réalité et perspective*, 2014 ; *Acte de colloque national organisé par le laboratoire d'étude criminelle en collaboration avec le master des sciences criminelles et le master des affaires sur l'histoire du droit et de la justice*, Université Kadi Riyad, Marrakech, le 06 et 07 février 2009, p. 352.

⁶⁴⁵ Prenant à titre d'exemple : le cas pour le Dahir du 1^{er} septembre 1926 rendant obligatoire l'immatriculation des commerçants et des sociétés au registre du commerce (3 incriminations) ; le cas aussi pour le Dahir du 10 Aout 1955 réservant un droit préférentiel aux actionnaires pour la souscription dans l'augmentation du capital (3 incriminations) ; et enfin on trouve le code pénal marocain de 1962, qui renferme des infractions susceptibles de s'appliquer aux dirigeants tel que l'escroquerie, l'abus de confiance, la banqueroute, ou le faux en écriture.

⁶⁴⁶ Il faut signaler que la loi de 1867 ne réserve que 10 incriminations aux sociétés anonymes lesquelles ne couvrent qu'une infime partie des agissements illégaux. A titre d'exemple il n'est pas question dans cette loi de s'exposer au délit de majoration frauduleuse des apports en nature, ou au délit de publication de comptes inexacts ou encore au délit d'abus de biens sociaux.

⁶⁴⁷ Art. 15 et 45 de la loi de 24 juillet 1867.

Le deuxième temps est le Dahir du 30 Aout 1996 : Le dahir du 30 aout 1996 est venu combler un grand vide juridique, en ce qui concerne cette forme de société, qui était auparavant règlementée par le dahir de 1922, lequel transposait purement et simplement la loi française de 1867⁶⁴⁸.

On peut dire qu'avec ce Dahir promulguant la loi 17-95⁶⁴⁹, le législateur a opéré un revirement à 90 degré, en passant d'une situation de sous-pénalisation à une situation de surpénalisation⁶⁵⁰.

On trouve des infractions qui concernent la constitution des sociétés anonymes, leur direction et leur administration, leurs assemblées générales, la modification de leur capital, leur contrôle par les commissaires aux comptes, leur dissolution, l'émission de leurs valeurs mobilières, leur publicité et leur liquidation. On relève dans la loi la prolifération d'incriminations de toutes sortes de comportements frauduleux, mais aussi énormément d'infractions d'omission⁶⁵¹.

Désormais, le droit pénal des sociétés anonymes constitue une pièce maitresse, et revêt un aspect très inquiétant pour les hommes d'affaires, dont certains se sont demandés de convertir leur SA à des SARL.

Même en copiant fidèlement les incriminations de la loi française de 1966, en ce qui concerne les sanctions il y avait une grande manipulation vers la baisse. D'abord de la part des rédacteurs du projet qui avaient comme consigne de poser des sanctions, beaucoup moins

⁶⁴⁸ M.JAOUHAR, « Lectures dans le droit pénal marocain des affaires : cas du droit pénal des sociétés anonymes », *Rev, Dix années de droit des entreprises au Maroc*, Actes du Colloque International organisé par l'Institut du Management et du Droit de l'Entreprise (IMADE), 20 et 21 avril 2007, p.105.

⁶⁴⁹ Dahir n° 1-96-124 (14 rabii II 1417) portant promulgation de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes (*B.O.* 17 Octobre 1996). Ainsi, la loi 17-95 constitue à elle un code autonome, se composant de 16 titres et de 454 articles. Le titre 14 a été réservé dans sa totalité au dispositif pénal, 52 articles⁶⁴⁹ contiennent l'équivalent, de 200 incriminations, auxquels, il faut ajouter les quatre articles qui prévoient des sanctions pénales pour la société anonyme simplifiée. Le titre 14 qui se compose de 11 chapitres, en dehors de son premier chapitre, qui contient les dispositions générales, couvre par ses dispositions pénales pratiquement toutes les étapes de la vie des sociétés anonymes.

⁶⁵⁰ Après l'adoption du programme d'ajustement structurel en 1985, l'Etat marocain avait un grand besoin en termes d'investissement étranger, lequel ne peut se faire sans la révision des lois, et leur mise à niveau. La question donc était à l'ordre du jour, puisqu'une commission nationale chargée de préparer un code des sociétés a été instituée dès le début des années 80. Il faut attendre le Discours du Trône du 30 mars 1995, pour entendre Sa Majesté, Feu Hassan II, exprimer la volonté d'accélérer la sortie d'un code sur les sociétés anonymes. Suite à quoi, les pouvoirs publics ont fait appel à deux professeurs français avec comme consigne : mettre sur le pied un projet de code des sociétés anonymes en trois mois maximum. Ainsi le projet qui a été préparé par des professeurs marocains pendant neuf ans a été écarté au profit d'un projet qui a transposé littéralement la loi française⁶⁵⁰ avec un quadrillage pénal des plus corsé sur le continent européen.

⁶⁵¹ Un peu près 80% des incriminations visent des dirigeants sociaux, de droit ou de fait, mais la répression n'a épargné ni les fondateurs, ni les actionnaires, ni les commissaires aux comptes, ni les obligatoires, ni les liquidateurs. Cité par M.JAOUHAR, « Le droit pénal des sociétés anonymes : Quelle évolution ? », *art. précité*.

sévères que celles du droit français, ensuite de la part du parlement qui s'est chargé d'être plus généreux dans la braderie⁶⁵².

Il convient de signaler que les commissaires aux comptes, qui n'auront pas révélé à des dirigeants véreux des faits délictueux seront plus sévèrement punis (deux ans d'emprisonnement) que ces dirigeants qui auront commis le délit d'abus de biens sociaux, et qui n'encourent théoriquement qu'un emprisonnement d'un à six mois.

Une autre curiosité de cette loi, publié le 30 Aout 1996, c'est de repousser la date de son entrée en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2001. Soit 5ans de délai pour permettre aux dirigeants une certaine mise à niveau.

Gros au modo, on peut dire que ledit Dahir était largement critiquable, non seulement relativement à son adéquation avec l'évolution de la vie des affaires au Maroc, mais il était encore plus sur le volet pénal, caractérisé par sa maigreur manifeste, ce qui a donné lieu à la naissance d'une nouvelle loi dont l'objectif primordial est de dépénaliser le droit des affaires notamment le droit des sociétés.

Le troisième temps est le Dahir de 23 mai 2008 : Ce dahir a porté promulgation de la loi 20-05 venant modifier et compléter la loi n°17-95 relative aux sociétés anonymes⁶⁵³.

Les seize articles⁶⁵⁴ concernant l'aspect pénal ont été visés. Les modifications ont touché à la fois les dispositions générales ; les incriminations et les sanctions.

- D'abord, en ce qui concerne les dispositions générales, on remarque principalement l'intégration des directeurs généraux délégués parmi les dirigeants pénalement responsables⁶⁵⁵, la modification de rédaction de l'article 375 relatif à la récidive, et la suppression de l'article 376 qui permet de retenir le concours idéal d'infractions et qui donne au juge la possibilité d'appliquer les dispositions plus sévères du code pénal.

⁶⁵² A titre d'exemple : l'infraction d'abus de biens sociaux qui est normalement sanctionnée, en droit français de 5ans d'emprisonnement est ramenée dans la loi marocaine à une peine d'emprisonnement de 1 à 6 mois. Il est à noter que cet agissement assimilable au vol, est sanctionné moins sévèrement que le vol simple prévu dans l'art 505 du code pénal.

⁶⁵³ Il faut dire que la confédération générale des entreprises marocaines (CGEM) a été très largement impliquée dans la préparation de cette loi, qui a ciblé de manière générale plusieurs dispositions juridiques des sociétés anonymes, mais de manière particulière le volet pénal.

⁶⁵⁴ V. le titre 14 concernant l'aspect pénal de la loi 20-05 relatif aux SA.

⁶⁵⁵ L'art. 373 de la loi 20-05 modifiant et complétant la loi 17-95 sur les sociétés anonymes édicte que : « *Au sens du présent titre, l'expression « membre des organes d'administration, de direction ou de gestion » désigne : - Dans les sociétés anonymes à conseil d'administration, les membres du conseil d'administration y compris, le président et les directeurs généraux extérieurs au conseil et les directeurs généraux délégués.- Dans les sociétés anonymes à directoire et à conseil de surveillance, les membres de ces organes selon leurs attributions respectives.* »

- Ensuite, relativement aux incriminations, on relève la disparition de certaines incriminations, c'est le cas⁶⁵⁶ visant la commission d'inexactitudes au greffe en vue de l'immatriculation ; ou de négociation irrégulière des actions sans valeur nominale, on trouve encore l'absence de dépôt a greffe, dans le délai légal des états de synthèse et du rapport des commissaires aux comptes.
- Enfin, pour les sanctions, on constate en général, par rapport à une douzaine d'articles l'utilisation alternative de deux techniques, à savoir, la suppression de la peine d'emprisonnement et son remplacement par la peine d'amende, et encore la réduction de moitié des peines d'amende initialement prévues dans la loi 17-95⁶⁵⁷.

Actuellement, et plus précisément depuis 21 janvier 2016, au Maroc une nouvelle loi a vu le jour modifiant et complétant la loi 17-95 c'est la loi 78-12⁶⁵⁸ relative aux sociétés anonymes, qui prévoit de nombreuses nouveautés relatives aux SA afin de rendre les sociétés marocaines plus compétitives sur le plan international. L'objectif voulu est l'amélioration du climat des affaires au Maroc, de sa position dans les différents classements internationaux ainsi que de sa sécurité juridique.

1.2- La SARL et les autres formes de sociétés

Le droit marocain des sociétés distingue six formes de sociétés, ces dernières sont regroupés en trois : Les sociétés de capitaux que sont la SA et la SCA, les sociétés de personnes que sont la SNC, la SP, la SCS, et enfin la SARL, société de nature mixte, à mi-chemin entre les sociétés de personne et les sociétés de capitaux⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ L'art. 380 de la loi 20-05 modifiant et complétant la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes édicte que : « *Seront punis d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 6.000 à 30.000 DH ou de l'une de ces deux peines seulement, les fondateurs, les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion de toute société qui, dans la déclaration prévue à l'article 31, déposée au greffe en vue de l'immatriculation de la société au registre du commerce, ou de l'inscription modificative des statuts audit registre, auront sciemment, attesté de faits matériellement faux ou omis de relater la totalité des opérations effectuées pour la constitution de ladite société* ».

⁶⁵⁷ M. JAOUHAR, « Le droit pénal des sociétés anonymes : Quelle évolution ? », *art.préci*, p.355

⁶⁵⁸ Le Dahir n° 1-15-106 du 29 juillet 2015 portant promulgation de la loi n° 78-12 modifiant et complétant la loi n° 17-95 relatives aux SA est publié dans l'éd générale du B.O n° 6390 du 18 aout 2015 et à l'éd de traduction officielle du 21 janvier 2016.

⁶⁵⁹ Historiquement la SARL a été introduite en France en 1925, copié de la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* du droit allemand (G.M.B.H). La loi française de 1925 a été rendue applicable au Maroc par le dahir du 1^{er} Septembre 1926. Cette forme de société a connu un certain succès et continue de le connaître. C'est la loi 5-96 du 13 février 1997 qui a promulgué les dispositions réglementaires sur la SARL, la SNC, la SCS, la SCA et SP.

Cette loi a apporté un certain nombre d'innovations, avec elle nous nous trouvons en présence de deux variétés de sociétés à responsabilité limitée : la forme traditionnelle classique pouvant être constitué entre plusieurs associés ; c'est la SARL pluripersonnelle et la forme nouvelle ; œuvre d'un seul associé, c'est la SARL à associé unique.

Suite à la pression des jeunes entrepreneurs et de la confédération générale des entreprises marocaines (CGEM) : la loi 5-96 sur la SARL a connu plusieurs modifications, d'abord par la loi 21-05 et ensuite par la loi 24-10.

▪ **Principales modifications apportées par la loi 21-05⁶⁶⁰** :

La SARL est la forme sociale la plus répandue au Maroc, de ce fait et afin de stimuler la création d'entreprises, notamment la très petite entreprise, le dahir⁶⁶¹ portant promulgation de la loi 21-05 a modifié des dispositions de la loi 5-96 dont l'objectif de réduire le capital minimum exigé pour la création d'une SARL de 100.000 à 10.000⁶⁶² DH avec la possibilité de libérer partiellement les apports en numéraire d'au moins le quart du montant souscrit⁶⁶³, de simplifier certains aspects relevant du formalisme de constitution des entreprises et d'alléger les dispositions pénales⁶⁶⁴.

La présente loi vient confirmer la volonté du gouvernement, de faciliter et simplifier la création de la SARL en supprimant l'exigence d'un capital minimum et en allégeant les formalités de création par la suppression de la formalité de blocage pour les sociétés dont le capital social ne dépasse pas 100.000DH, tout en dématérialisant les procédures de créations d'entreprises.

Cette modification législative élaborée dans le cadre des travaux de la Commission nationale de l'environnement des affaires (CNEA) devrait permettre d'améliorer le classement du Maroc comme destination favorable aux investissements⁶⁶⁵.

Dans ce cadre, il y a lieu de signaler que les réformes introduites ont concerné les aspects suivants : faciliter la création de la SARL, l'allègement de certains aspects élevant du formalisme, permettre de libérer les nouvelles parts sociales par compensation avec les créances liquides et exigibles sur la société, et mettre en place une procédure de référé

⁶⁶⁰La loi 21-05 modifiant et complétant la loi n°5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation.

⁶⁶¹Dahir n° 1-06-21 du 15 muharram 1427 (14 février 2006).

⁶⁶²Art. 46 de la loi 5-96 sur les autres formes des sociétés édicte que : « *Le capital de cette société doit être de 10.000 DH au moins. Il est devisé en parts sociales égales, dont le montant nominal ne peut être inférieur à 10Dh. La réduction du capital à un montant inférieur doit être suivie...* ».

⁶⁶³Le législateur précise cette modification dans l'art. 51 de la loi 21-05 sur les autres formes de sociétés qui prévoit que : « *Les parts sociales doivent être souscrites en totalité par les associés. Elles doivent être intégralement libérées lorsqu'elles présentent des apports en nature. Les parts représentant des apports en numéraire doivent être libérés d'au moins le quart de leur montant. La libération de surplus intervient en une ou plusieurs fois sur décision du gérant, dans un délai qui ne peut excéder 5 ans à compter de l'immatriculation de la société en registre de commerce. Toutefois le capital social doit être intégralement libéré avant toute souscription de nouvelles parts sociales à libérer en numéraire, à peine de nullité de l'opération...* ».

⁶⁶⁴Concernant le volet pénal, on peut soulever deux principales modifications qui existent dans la loi 20-05, s'agissant d'abord du 2^{ème} alinéa de l'article 101 de la loi 21-05 qui édicte que : « *Par dérogation aux dispositions des articles 156 et 175 du code pénal, est en état de récidive, au sens de la présente loi, quiconque ayant fait précédemment l'objet d'une condamnation par jugement ayant acquis la force de la chose jugée à une peine d'emprisonnement et/ou à une amende, commet le même délit moins de 5 ans après l'expiration de cette peine et de sa prescription* », Ensuite, on remarque que le législateur marocain dans l'article 2 de la loi 21-05, a abrogé les dispositions de l'article 102 de la loi 5-96 qui porte sur les autres formes des sociétés.

⁶⁶⁵Notamment dans le classement *Doing Business* De la Banque mondiale.

injonction sous astreinte pour garantir d'avantage aux personnes intéressés le droit à l'information prévus à l'article 95⁶⁶⁶.

▪ **La nouvelle loi n° 24-10**

Dans l'objectif de stimuler la création d'entreprises, notamment, la très petite entreprise le dahir⁶⁶⁷ du 20 juin 2011 portant promulgation de la loi n° 24-10 modifiant et complétant la loi 5-96 sur la société au nom collectif, la société en commandite simple, la société en participation, vient de voir le jour après sa publication au Bulletin officiel.

La nouvelle loi vise à faciliter et simplifier la création de la SARL en supprimant l'exigence d'un capital minimum et en allégeant encore la formalité de publicité et de blocage bancaire. Dans ce cadre, il y a lieu de signaler que les réformes introduites ont concerné les articles 51,52, 95 et 96.

2- La-non adaptation de l'évolution législative au contexte marocain

Les règles de droit qui ont, jusqu'à ces dernières années, régi les sociétés au Maroc étaient notamment constituées par : d'abord, le Dahir des contrats et obligations (DOC) qui édicte les dispositions générales, applicables aux sociétés civiles et commerciales, ensuite, le Dahir formant le code de commerce qui réglementait : les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandites simple et les sociétés en participation, et enfin, les lois du 11 aout 1922 relatives aux sociétés anonymes, et du 1^{er} septembre 1926 relatives aux sociétés à responsabilité limitée.

Ces textes, directement copiées des lois françaises, le Maroc étant à l'époque sous protectorat français- bien qu'ils aient été modifiés et complétés plusieurs fois par la suite, sont restés les textes de base régissant les sociétés commerciales, jusqu'à la promulgation des lois nouvelles⁶⁶⁸. Depuis un peu vingt ans , le droit des sociétés au Maroc est encore très fortement inspiré des lois françaises.

⁶⁶⁶ L'art. 95 de la loi 21-05 édicte que : « Dans les trente jours de la constitution de la société commerciale, il doit être procédé au dépôt au greffe du tribunal du lieu du siège social de deux copies ou deux exemplaires des statuts. En outre les sociétés commerciales sont tenue de déposer au greffe du tribunal, dans les trente jours qui suivent leur approbation par l'assemblée générale, deux exemplaires des états de synthèses accompagnés d'une copie de rapport du ou des commissaires aux comptes, le cas échéant ».

⁶⁶⁷ Dahir n° 1-11-39 du 29 Joumada II, 1432 (02 juin 2011).

⁶⁶⁸ La loi 17-95 relatives aux sociétés anonymes promulguée par le Dahir n°1-96-124 du 30 aout 1996, et le loi 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation, promulguée par le Dahir n° 1-97-49 (5 chaoual 1471), du 13 février 1997.

En effet, ces lois sont venues codifier un ensemble de textes qui offraient l'image du plus grand désordre, et moderniser une législation dont les améliorations impressionnistes, étaient loin de combler les insuffisances, et pourrait-il on même dire, les béances.

Cependant, selon ceux qui critiquent les nouvelles lois, il aurait été plus sage que les rédacteurs de ces lois tiennent comptes des critiques faites à la loi française de 1966⁶⁶⁹ ; lesquelles critiques étaient déjà connues, au moment de la préparation des nouvelles lois marocaines. Ils devaient, surtout prendre en considération les spécificités de l'environnement et du contexte marocain⁶⁷⁰.

Que faut-il penser vraiment de cette évolution qui donne précisément au droit pénal marocain des sociétés anonymes une géométrie variable ?

Primo, au niveau de l'élaboration, M.JAOUHAR souligne d'abord une absence de cohérence et de vision globale quant à la politique pénale en matière de sociétés anonymes, qui se trouve aggravée par le manque d'adéquation entre l'évolution socio-économique de la société marocaine et les normes inadaptées qui ont été confectionnées sous d'autres cieux et importées pour être appliquées au tissu économique marocain⁶⁷¹.

Il constate aussi ensuite l'absence de proportionnalité entre les incriminations et les sanctions, découlant essentiellement de la manipulation des sanctions afin de tailler une loi sur mesure.

Secundo, au niveau de l'application, il est à signaler que vu le caractère trop technique de cette loi elle reste ignorée par une bonne partie de nos magistrats qui lui préfèrent les dispositions bien claires du code pénal applicables à monsieur tout le monde⁶⁷². Les infractions de sociétés anonymes sont très peu révélées à la justice pénale et par conséquent très peu poursuivies. C'est là un domaine par excellence de la délinquance en col blanc et du chiffre noir.

Toutefois, sans bouleverser totalement la réglementation antérieure, la législation la prise en introduisant, dans le droit des sociétés, un certain nombre d'amélioration importantes⁶⁷³.

⁶⁶⁹PH. MARINI, affirme que « l'accumulation des propositions de réformes (de la loi de 1966) est impressionnante et témoigne d'une insatisfaction croissante », cité dans, « La Modernisation du droit des sociétés », Rapport au Premier ministre, Collection des rapports officiels, La documentation française, Paris, 1996., p. 10.

⁶⁷⁰R.LAZREK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, éd., La Porte, Rabat, 1997p. 107.

⁶⁷¹M. JAOUHAR, « Le droit pénal des sociétés anonymes : Quelle évolution ?, *art, précité*, p. 356.

⁶⁷²A ce stade, on peut dire qu'au niveau de l'application de la loi, il ne s'agit pas d'une question de préférence pour les magistrats, mais c'est le principe légaliste qui doit être appliqué et respecter en la matière.

⁶⁷³Parmi ces améliorations on trouve : les règles de constitution notamment pour la société anonymes sont précisées ; les règles de direction et d'administration offrent désormais une meilleure répartition des pouvoirs et des compétences entre les

D'une part, il est indéniable que les lois adoptées au Maroc ont amélioré de façon significative le droit des sociétés et l'ont mis au niveau des standards européens, mais d'autre part, cette mise à niveau brutale a suscité de nombreuses critiques de la part des agents économiques et de professionnels du droit, qui ont vivement critiqué les nouvelles dispositions législatives et notamment celles, relatives à la société anonyme.

Prenant à titre d'exemple le caractère répressif des lois commerciales notamment la loi 17-95, on sait⁶⁷⁴ que les dirigeants sociaux, de droit et de fait encourent déjà une responsabilité civile assez lourde à raison de leur gestion puisque ce primeur niveau de responsabilité peut aboutir à faire voler en éclats la limitation théoriques du risque d'entreprise au seul montant des apports effectués.

Au-delà de régime de sanction financière, la loi 17-95 n'a pas oublié d'importer aussi son arsenal pénal spécifique qui, à côté et en sus du droit commun, sanctionne le moindre manquement aux minutieux formalismes légaux⁶⁷⁵.

L'ennemi dans cette loi 17-95 n'est pas son caractère pénal, car on ne peut obtenir la sécurité sans sanction, c'est plutôt l'exagération dans le dispositif pénal, la rigidité, la complexité et la lourdeur. Etant donné que nous sommes dans le monde des affaires, nous préconisons principalement l'adoption des peines d'amende et exceptionnellement les peines d'emprisonnement avec sursis en cas de récidive. Il serait aberrant de mettre en prison un dirigeant honnête qui, par imprudence ou inattention, a omis de désigner un commissaire aux comptes⁶⁷⁶.

Dans le monde des affaires, où le bénéfice est l'objectif principal pour ne pas dire le seul et unique, le fait de sanctionner le dirigeant et de lui infliger une amende relativement importante, et en cas de récidive très importante va constituer une sortie imprévue d'argent de la caisse de la société et lui causera une perte ou alors une réduction du gain réalisé, d'où un effet double à la fois préventif et intimidateur.

organes ; les droits des actionnaires sont affirmés et renforcés ; la sécurité des tiers et renforcée par un renforcement de la publicité financière des sociétés, une diminution des causes de nullité, et l'inopposabilité à leur égard des clauses statutaires, restrictives des pouvoirs des dirigeants ; les règles légales ont été assorties de sanctions pénales. Le législateur a pensé que la nullité de la société n'était pas une sanction appropriée, et que la responsabilité civile des administrateurs était insuffisante à assurer la sécurité des transactions et le respect de la légalité. Il a donc édicté des sanctions pénales qui lui ont semblé plus efficaces...etc.

⁶⁷⁴V. Etude publiée dans le *Bulletin d'information Périodique*, n°116, Sept, 2002.

⁶⁷⁵Cette matière occupe tout le titre XIV dudit loi, titre qui ne comporte pas moins de dix chapitre accueillant les articles 373 à 424 que la loi consacre à la répression des multiples manquements susceptibles d'affecter telle ou telle prescription relative à la constitution ou au fonctionnement des SA.

⁶⁷⁶Art. 403 de la loi 17-95, *op.cit.*

Par définition, tout dirigeant qui enfreint la loi aspire à un enrichissement, à tirer un avantage quelconque ou à se soustraire à une obligation. Or, pour l'intimider, il serait logique de le sanctionner par des amendes lourdes qui vont lui causer des pertes. Avec cette mesure, nous aurions intimidé le contrevenant et laissé la société en vie⁶⁷⁷. Le contraire aurait conduit fort probablement à la fermeture de la société, ce qui va à l'encontre de la politique d'encouragement de l'investissement et de l'économie libérale dans laquelle s'engage le Maroc. En effet, l'objectif du législateur pénal n'est pas de sanctionner pour sanctionner mais d'intimider et prévenir, pour faire respecter l'ordre public.

En effet, la majorité des délits et des contraventions prévus par la loi sont le plus souvent le résultat d'omissions, pour ne pas dire d'oublis ou d'ignorance, sans grandes conséquences préjudiciables et qui sont d'autant plus difficilement identifiables, et donc évitables, pour des petites et moyennes entreprises, que les innombrables obligations qui leur sont faites sont pointilleuses à l'excès.

Nul n'a le gout, au-delà du risque d'entreprise déjà considérable en soi, de risquer la prison, l'infamie et ruine sur des questions purement administratives et d'autant moins constitutives d'atteinte à l'intérêt social qu'elles surviennent en réalité dans les sociétés unipersonnelles de fait ! Donc se sont ces rappels préalables à l'ordre de loi sous forme de mises en demeure ou d'injonction qui permettrait de caractériser un manquement délibéré des organes de gestion d'administration ou de direction de la SA et donc de constituer l'élément moral, la mauvaise foi en l'occurrence, justifiant de recourir à leur encontre sur le terrain pénal⁶⁷⁸.

Alors, le principal reproche fait à ces textes est de ne tenir aucun compte de la réalité juridique, judiciaire, économique et sociale du pays. La norme n'est pas un instrument autonome. Elle est appliquée dans un contexte donné, par des institutions et des hommes.

Par conséquent, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de transposer telle quelle, une norme étrangère qui, pour être ce qu'elle est aujourd'hui, a évolué en France, par petites touches apportées par la doctrine et la jurisprudence pendant plus d'un siècle. L'évolution de la norme doit être continue, progressive et assimilée par les hommes et les institutions dont elle devient l'outil de travail. Tel n'a pas été le cas en l'espèce, car la législation est passée,

⁶⁷⁷J.MAATOUK, « Amende contre prison : L'impossible équilibre du droit des sociétés anonymes », *l'Economiste*, éd. n° 1222, le 08-03-2002.

⁶⁷⁸P. MONTIER, « Quel Avenir pour les Sociétés Anonymes », *Bulletin d'information périodique*, n° 117, Octobre 2002.

sans transition, du 19^{ème} au 21^{ème} siècle, sans que les institutions et les hommes y soient préparés⁶⁷⁹.

De plus, les professionnels du droit soulignaient, dans la difficulté de mise en application de ces lois, l'archaïsme des institutions et le manque de formation des magistrats des tribunaux de commerce qui créent des paralysies par manque de compétence et d'initiative..

Le législateur n'a malheureusement pas tout prévu et les magistrats des tribunaux de commerce, qui gardent une vision très civiliste du droit commercial, n'interviennent pas pour combler les manques législatifs. Ils s'en tiennent à la lettre de la loi, sans s'attacher à son esprit. Ils appliquent la loi, mais ne l'interprètent pas de façon souple et pragmatique, de sorte qu'elle soit applicable à des situations non prévues par le législateur⁶⁸⁰.

Par ailleurs, on aurait voulu voir apparaître certaines dispositions qui aideraient à une meilleure application des nouvelles lois, telles : d'abord une information plus poussée des juges en matières de droit des affaires⁶⁸¹, ensuite une meilleure organisation des circuits suivis pour l'inscription de la société au registre de commerce, d'autant plus que c'est à partir de date de cette inscription que la société acquiert la personnalité morale lui permettant d'exercer

⁶⁷⁹Des critiques de détail ont également alimenté la polémique et retardé d'une année, l'entrée en vigueur des lois nouvelles. D'une part, les syndicats patronaux reprochent au droit de la SA, les sanctions lourdes pouvant être prises à l'encontre des dirigeants pour les fautes vénielles, comme le défaut de publicité dans les délais prescrits. Ils regrettent que le droit de la SA ait pris ainsi, l'aspect fâcheux d'un droit répressif. Tous leurs rapports concluent que la nouvelle législation ne crée malheureusement pas un climat favorable au développement de la SA au Maroc. D'autre part, concernant les textes eux-mêmes, les professionnelles du droit regrettent que toutes les SA, quelques soit le nombre de leurs actionnaires et l'importance de leur capital social, soient soumises au même régime juridique(Il existe des sociétés qui regroupent des centaines d'actionnaires et des millions de capital. Elles y en a d'autres, à structure familiales, ou formées entre un petit groupe de personnes et avec un faible capital. La réglementation lourde, contraignante et rigide, imposée aux premières, ne se justifie pas pour les secondes. Il aurait été nécessaire d'établir des distinctions). Ils estiment également que les formalités de constitution des SA sont inutilement longues et rigides et qu'il est nécessaire de les simplifier et d'en raccourcir les délais notamment en supprimant la publicité préalable prévue par la loi.

⁶⁸⁰Si une disposition n'a pas été expressément prévue par le texte, ils en rejettent purement et simplement le principe. Le problème s'est posé de nombreuses fois et dans de nombreux domaines. A titre d'exemple, les augmentations de capital dans la SARL posent problème. La loi ne précise pas les modes d'augmentation du capital. L'article 73 al 1 de la loi 5-96 pose un principe : « *Les modifications du capital social doivent être décidées par les associés représentant au moins les trois quarts du capital social* ». L'alinéa 3 apporte une dérogation à ce principe : « *....La décision d'augmenter le capital par incorporation de bénéfices ou de réserves est prise par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales* ». Précisément l'art 447 de la loi 17-95 abroge les dispositions suivantes : le Dahir du 11 aout 1922 relatif aux sociétés de capitaux en ce qu'elles concernent les SA, à l'exception des SA à capital variable ; le Dahir du 20 juin 1955 relatif aux parts de fondateurs émises par les sociétés en ce qu'elles concernent les SA ; et le Dahir du 10 aout 1955 établissant un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital au profit d'actionnaires en ce qu'elles concernent les SA.

⁶⁸¹Le problème de la formation des juges reste toujours d'actualité en France, Le Monde du 15 novembre 1997, p. 9.

pleinement ses activités⁶⁸², et enfin, l'augmentation du nombre des experts comptables susceptibles de remplir les fonctions de commissaires aux comptes⁶⁸³.

En conclusion, la promulgation de ces lois sur les sociétés commerciales a contribué de façon sensible à amener la législation commerciale marocaine au niveau des standards internationaux. Il n'en demeure pas moins que ces textes sont perfectibles. Leurs quelques insuffisances et lacunes apparaissent peu à peu à la lumière de l'expérience et de la pratique. Donc pour faire face à ces déficiences, et en l'occurrence, le législateur marocain a décidé de brûler la sanction pénale qu'il avait adorée, et il a entrepris une dépénalisation du droit des sociétés à marche forcée.

b- La conception française

L'existence des scandales liés au droit des sociétés a toujours eu lieu, la société est un instrument trop commode pour ne pas être employé frauduleusement⁶⁸⁴, mais ils n'ont commencé à susciter des réactions du législateur qu'à partir du milieu du XIX^{ème} siècle.

C'est pour remédier à ce qui fut appelé « la fièvre des commandites » que la loi du 17 juillet 1856 fut adoptée, première loi de droit pénal des sociétés, spécifiques aux commandites, et substantiellement reprise par la loi sur les sociétés par actions du 24 juillet 1867 (1).

Ainsi, la création de nouvelles infractions était alors destinée à restaurer la confiance des épargnants nécessaires à la relance de l'économie nationale. L'accroissement des dispositions répressives fut alors considérable, par le nombre de textes adoptés mais surtout par le domaine d'application des infractions créées⁶⁸⁵.

Mais en dépit des exigences morales dont pouvaient s'autoriser ces mesures, l'accroissement ainsi réalisé de la rigueur du droit pénal des sociétés étaient déjà fortement décriés en doctrine (2).

⁶⁸² V. L'article de la Vie économique, n° 3940 du 31 octobre au 6 novembre 1997, « La création d'une société anonyme relève désormais du quasi-exploit... ».

⁶⁸³ D'après les statistiques données par M.A CHAIR, *Une lecture de la nouvelle loi n° 17-95 du 30 Aout 1996, éd maghrébines* (p.20) : Le nombre des sociétés anonymes au Maroc dépasse 80.000, alors que le nombre des experts inscrits à l'ordre ne dépasse pas 200.

⁶⁸⁴ La fraude est liée à l'histoire des sociétés. Le code d'HAMMOURABI, qui distinguait la société du prêt, réprimait sévèrement la société constituée afin de tourner les règles relatives à l'usure. Plus proche de nous, sous la Révolution, les conditions de la liquidation de la Compagnie Française des Indes ont coûté sa tête à Fabre d'EGLANTINE (13 janvier 1794) et furent un prétexte pour précipiter la chute de DANTON (4 avril 1794).

⁶⁸⁵ Le décret du 8 août 1935 a ainsi incriminé la majoration frauduleuse d'apports en nature, la présentation et la publication de bilan inexact et surtout, les délits d'abus de biens sociaux ou du crédit et d'abus des pouvoirs ou des voix. Pour l'essentiel, la loi du 24 juillet 1966 a repris ces incriminations qui perdurent depuis lors en droit positif.

1- L'adoption des premières lois de droit pénal des sociétés

La loi du 17 juillet 1856 : cette loi sur les sociétés en commandites par actions⁶⁸⁶ définit six nouvelles infractions : les délits d'émission ou de négociation illicite d'actions, de publication de la valeur des actions, de simulation de souscription et de publication de faits faux, de commencement prématuré des opérations sociales et de distribution de dividendes non réellement acquis⁶⁸⁷, délits qui n'ont cessé d'être incriminés depuis lors.

La loi du 23 mai 1863 : relative aux sociétés à responsabilité limitée, cette loi institua à son tour deux nouvelles infractions, l'une relative à la création d'une majorité factice, l'autre, aux mentions destinées à figurer sur les documents sociaux⁶⁸⁸.

La loi du 24 juillet 1867 : c'est véritablement la loi de 1867, qui constitue, en même temps que la « Charte des sociétés », le premier édifice du droit pénal des sociétés⁶⁸⁹. Dès sa promulgation, la loi suscita le formidable engouement de la haute bourgeoisie d'affaires du Second Empire finissant, décrite souvent par ZOLA dans son cycle des *Rougon-Macquart*.

Sur les détails des infractions, la plupart de celles déjà définies par la loi de 1856 sur les commandites sont reprises par le nouveau texte. C'est surtout sur l'équilibre de cette loi qu'il faut insister. Les dispositions pénales alors adoptées présentent deux traits caractéristiques.

D'abord, elles sont nettement d'esprit libéral. La nouvelle loi, inspirée de la législation anglaise qui la précède de peu, permet la création des sociétés anonymes sans autorisation administrative préalable et laisse aux fondateurs une large initiative quant aux choix du mode d'organisation et de fonctionnement de la société. Toutefois, cette liberté nécessite des garanties contre les abus des dirigeants, elles furent trouvées par la création de sanctions pénales, alors jugées plus efficaces que les sanctions civiles⁶⁹⁰.

L'autre trait caractéristique de cette législation est la volonté de protéger l'investissement. Formidable outil au service du développement des affaires, la société peut aussi s'avérer l'instrument idéal pour s'enrichir frauduleusement, au détriment des actionnaires comme les créanciers sociaux. Parallèlement à cette liberté laissée aux entrepreneurs, le législateur avait

⁶⁸⁶ H.-F. RIVIERE, *Explication de la loi du 17 juillet 1856 relative aux sociétés en commandite par action*, Marescq et Dujardin 1857.

⁶⁸⁷ Art. 11 à 13 L. 17 juill. 1856.

⁶⁸⁸ Art. 28 à 32 L. 17 juill. 1856.

⁶⁸⁹ H.-F. RIVIERE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Marescq 1868.

⁶⁹⁰ Rapport M. MATHIEU, présenté au Corps législatif le 3 mai 1867, cité par H.F. RIVIERE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, op. cit., appendice, p. 555.

la volonté d'assurer la protection des associés et des créanciers en leur garantissant l'intégrité du patrimoine social, ce qui apparaît au regard du nombre d'infractions destinées, soit à assurer la consistance initiale du capitale, soit à en préserver le montant. Par ailleurs, plaçant ses espoirs dans le contrôle interne, le législateur tint également à protéger pénalement les droits des associés, tel leur droit de vote ou leurs droits d'informations.

2- L'apparition des premières critiques

Le droit pénal des sociétés était déjà solidement édifié et déjà loin de faire l'unanimité dès la première moitié du XX^{ème} siècle. Si un auteur soutient la légitimité de l'intervention du Ministère Public dans le monde des affaires, des lors que les protagonistes cessent de se battre à armes égales et que certains d'entre eux emploient des « coups interdits », ce n'était qu'à la condition que la sanction pénale soit employée judicieusement et avec mesure⁶⁹¹. Or, c'est précisément la rigueur excessive de la réglementation qui fut dénoncée par de nombreux commercialistes, constatant qu'à la lecture des textes « se dégage l'impression assez nette que notre législation pèche aujourd'hui par excès de sévérité⁶⁹² ». De même, G. RIPERT, observant que « le droit des sociétés par actions a pris ainsi l'aspect fâcheux d'un droit répressif⁶⁹³ », déplorait que « la saison des juges⁶⁹⁴ » ait accompagné l'ère des sociétés par actions.

S'il est vrai que l'instauration d'un système répressif en droit des sociétés était nécessaire, tant pour dissuader que pour sanctionner les comportements les plus graves, celui-ci semblait être devenu trop envahissant depuis la vague de décret-loi de 1935. La nécessité de trouver un juste équilibre entre le tout libéral et le tout répressif apparaissait déjà impérieuse. Comme le notaient alors certains auteurs, « sans doute, la crainte de la répression pénale peut être un frein nécessaire, mais employée à trop forte dose, elle devient un poison redoutable pour l'économie d'un pays⁶⁹⁵ ». Décevant largement les espoirs de ces auteurs, la loi du 24 juillet 1966 consolida et accentua sensiblement le caractère répressif du droit des sociétés.

⁶⁹¹J. HAMEL, préface de l'ouvrage collectif, *Le droit spécial des sociétés anonymes, Etude de droit commercial*, Dalloz 1955, p. 12.

⁶⁹²L. CONSTANTIN et A. GAUTRAT, *Traité de droit pénal en matière de société*, éd. A. Rousseau, 1937, p. 51.

⁶⁹³G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, par R. ROBLOT, 5^{ème} éd., L.G.D.J. 1963, n° 984, p. 476.

⁶⁹⁴G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 1951, n° 109, p. 246 et n°37, p.89.

⁶⁹⁵L. CONSTANTIN et A. GAUTRAT, *Traité de droit pénal en matière de société*, *op.cit.*, p. 51.

B- Le droit pénal : promoteur de l'interventionnisme étatique

Garant de la pérennité de l'économie de marché, l'Etat émetteur exclusif des normes pénales et détenteur exclusif du monopole de la contrainte et de la violence est en devoir de sanctionner, et ce au moyen de droit pénal, les comportements déviants des opérateurs du marché dont les pouvoirs et la taille ne cesse de croître du fait de la concentration. La société de l'après-guerre est marquée par l'interventionnisme des pouvoirs publics en matière économique. Au libéralisme antérieure succède une économie administrée où l'Etat prétend soit se substituer directement aux initiatives privées, soit les encadrer fortement. Pour mieux comprendre on étudiera le dirigisme étatique (I) avant de mettre la lumière sur le contexte et les objectifs des lois commerciales (II).

I- Le dirigisme étatique interne et international

Pour mieux comprendre ce dirigisme étatique, l'étude de la conception du rôle de l'Etat dans l'économie marocaine (a) et étrangère (b), nous semble adéquat pour mieux clarifier notre point de vue en la matière.

a- La conception du rôle de l'Etat dans l'économie marocaine

Depuis l'Indépendance, le Maroc était réputé un pays libéral. Néanmoins, l'Etat a toujours gardé un rôle prépondérant dans l'économie. Le pays a ainsi vécu depuis des années dans l'attente de réformes économiques. Or, jusqu'au début des années 1990 rien de particulièrement important n'a été entrepris à part un programme d'ajustement structurel douloureux, imposé par les instances financières internationales notamment le FMI. Ce n'est qu'à partir de 1993 que le pays a entrepris un ensemble de réformes. Il a ainsi choisi la libéralisation économique interne et l'ouverture sur l'économie mondiale. Le royaume a compris qu'il y a des exigences incontournables, comme la modernisation de son économie et la mise en place d'un cadre incitatif qui puisse libérer les énergies locales et attirer les investisseurs étrangers⁶⁹⁶.

Le Maroc n'a jamais vraiment cédé aux sirènes du dirigisme. Dès les premières années d'Indépendance, en 1956, le Royaume a fait un choix libéral. En effet, le Maroc pratique une économie libérale, dans laquelle le rôle de l'Etat, reste prépondérant⁶⁹⁷. Autrement dit,

⁶⁹⁶H.BELKADI, *Le gouvernement d'entreprise au Maroc*, Mémoire du Diplôme d'Etude Supérieures Spécialisées en Ingénierie Financière, Université de Bretagne Occidentale, 2003, p. 3.

⁶⁹⁷H.BELKADI, *Le gouvernement d'entreprise au Maroc*, op.cit., p. 6

l'économie marocaine depuis les années 1960 était réputée libérale même si le rôle de l'Etat était dominant. Le libéralisme est mis en place partiellement, a été encadré par des politiques économiques de protection et d'étatisation de la société⁶⁹⁸.

Toutefois, le Maroc dispose d'atouts qui peuvent accélérer son développement économiques et attirer les investisseurs étrangers, parmi ces atouts on trouve : une économie ouverte depuis des années, les pouvoirs publics marocains se sont attachés à optimiser l'environnement juridique des affaires au Maroc à travers la réforme du droit des sociétés⁶⁹⁹, la mise en place des tribunaux de commerce et des tribunaux administratifs, la promulgation d'une loi sur la concurrence⁷⁰⁰, par la refonte des textes régissant la bourse des valeurs et enfin l'harmonisation au niveau comptable par l'adoption d'un nouveau plan comptable.

En effet, l'Etat à travers son budget⁷⁰¹, représente un gros contributeur à la croissance économique notamment à travers la commande publique. L'effort de l'Etat en tant qu'investisseur est visible notamment à travers l'importance prise par les crédits d'investissement du Budget général ouvert par les lois de finances. D'ailleurs, le développement économique et social des régions est le résultat de la conjugaison des efforts du secteur public et de l'initiative du secteur public. Il convient de rappeler à ce titre qu'en règle générale, l'investissement public précède et favorise l'investissement privé.

On peut dire alors, que l'Etat est donc, indéniablement un acteur de l'insertion du modèle économique marocain dans le vaste champ de la globalisation, laquelle, bien que critiquée et controversée, s'impose à tous désormais. Car il est une réalité avérée depuis longtemps, c'est qu'aucun pays ne peut vivre en autarcie⁷⁰².

Ainsi, c'est dans la lettre royale qu'une idée est posée : le développement économique et social doit être le fruit d'un effort collectif de toutes les parties qui doivent assumer leurs responsabilités, et à leur tel l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, le secteur privé et les organismes sociaux.

⁶⁹⁸ A.SAHIB-EDDINE, *Investissement étranger et privatisation au Maroc*, Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, 1997.

⁶⁹⁹ La loi 17-95 relative au Sociétés anonyme modifiée et complétée par la loi 20-05. Et la loi 5-95 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation modifiée et complétée par la loi 21-05

⁷⁰⁰ La loi 6-99 sur la liberté des prix et de la concurrence abrogée par la loi 104-12, V aussi, H. DABZAT, « Le droit marocain de la concurrence et la protection économique du consommateur à travers la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence », *Rev Marocaine de Droit Economique*, n° 3, 2010, p.93.

⁷⁰¹ Budget général, comptes spéciaux du Trésor et SEGMA

⁷⁰² A. DASSOULI, « Le rôle de l'Etat dans l'agrégation du modèle économique marocain à la globalisation », *La Tribune*, 5 Aout 2016.

Il en ressort qu'il faut repenser le rôle de l'Etat en introduisant les réformes nécessaires, notamment celles relatives à une nouvelle répartition des tâches et des rôles⁷⁰³ entre les différents acteurs économiques et sociaux.

Prenant en considération le développement du libéralisme, et la mondialisation de l'économie, il s'agit de concevoir une répartition claire des rôles entre l'Etat et les autres partenaires, sur la base de la conciliation entre la pérennité de l'autorité de l'Etat eu regard à ses responsabilités stratégiques d'une part, et la transformation de ses modes d'intervention d'autre part.

Et d'autres termes, l'Etat doit adopter son rôle pour ne s'occuper que des fonctions d'organisation, de coordination et d'incitation. La répartition des ressources nationales doit se limiter aux prestations sociales et à la réalisation des équipements de base.

Le rôle de l'Etat demeure cependant assez important bien qu'il doive se désengager de certaines activités économiques dans le cadre de cette nouvelle répartition des rôles, en raison de l'accroissement du rôle du secteur privé⁷⁰⁴.

b- L'Etat : maître d'œuvre de l'économie étrangère

On ne peut abstraire la loi de 1966 de son époque. Si la France d'alors connaît depuis l'après-guerre une croissance soutenue, les fameuses « *Trente glorieuse* », son économie présente des aspects archaïques et sa reconversion industrielle nécessite des investissements massifs de l'Etat⁷⁰⁵. Ce dirigisme est facilité par le fait qu'une large part de l'appareil productif national est directement entre les mains de l'Etat depuis les nationalisations massives de la libération⁷⁰⁶.

A la charnière de la politique et de l'économie, la tradition colbertiste⁷⁰⁷, qui voit dans l'intervention de l'Etat la meilleure garantie d'une économie prospère, imprègne encore

⁷⁰³Le contenu du rôle de chacune de ces parties est défini par le plan quinquennal dans le premier axe de la stratégie de développement intitulé « Le cadre institutionnel d'une bonne gestion du développement », Cité par, A.HARSI, « La nouvelle conception du Rôle de l'Etat au Maroc (A la lumière du plan quinquennal, la nouvelle charte communale et du projet de décret relatif à la déconcentration) », Meknès, Le 28 juin 2003.

⁷⁰⁴*Ibid.*

⁷⁰⁵Au début des années 1960, un tiers du total des investissements est le fait de l'Etat.

⁷⁰⁶S. BERSTEIN et P. MILZA, *Histoire du vingtième siècle, La croissance et la crise*, t. 3, Hatier 1987, p. 202.

⁷⁰⁷Sur un plan économique, le colbertisme est une doctrine qui est apparue au XVIIème siècle. Il est assimilé à la doctrine du mercantilisme. Son nom tient son origine de son créateur, Jean-Baptiste Colbert, contrôleur général des finances de Louis XIV, Colbert est celui qui a systématisé et appliqué cette doctrine en France dès la fin du XVIIème siècle. Le colbertisme prend ses sources dans un principe : l'influence et la grandeur d'un Etat sont proportionnelles à ses ressources en métaux précieux. L'objectif de l'Etat doit donc être d'obtenir ces ressources en menant une politique dirigiste et protectionniste dans le but de contrôler toutes les activités économiques du pays et notamment le commerce qui dépasse les frontières de l'Etat. Le maître mot du colbertisme est donc le développement de l'industrie et du commerce extérieur.

fortement les mentalités. La planification est l'instrument privilégié de cette intervention et permet à l'Etat d'orienter toute l'économie.

Pour autant, la nécessité de substituer partiellement l'initiative privée à l'investissement public devient de plus pressante. En dépit des premières velléités d'unification juridique européenne, la part du commerce extérieure est faible jusqu'en 1962. L'ouverture de l'économie sur l'étranger, nouvel impératif d'une France qui ne peut plus compter sur les ressources de son commerce colonial, s'effectue progressivement à partir de cette date par la diminution des barrières douanières.

Cette nouvelle orientation suppose à la fois de diminuer l'influence de l'Etat et d'encourager davantage les acteurs privés. Outre quelques incitations fiscales, la réforme des structures juridiques et alors entreprise.

Donc, animateur de la vie économique, l'Etat veut être également son protecteur. Depuis la seconde guerre mondiale, il est devenu évident que la puissance d'un pays dépend désormais moins de l'importance de son armée que de la vigueur de son économie, le lieu des rivalités nationales s'étant déplacé sur le terrain de la compétition économique mondiale.

Il faut d'abord protéger l'économie de ses propres dysfonctionnements. La crise des années 30 avait conduit les économistes à admettre la nécessité d'une intervention publique lorsque les mécanismes spontanés ne suffisaient pas à assurer le fonctionnement correct du système.

Il faut également protéger l'économie nationale contre ceux qui lui nuisent à l'intérieur : les « *criminels en cols blancs* », Phénomène plus subtil et insidieux que ne l'étaient les grands scandales financiers du XIXème siècle et d'avant-guerre, la délinquance d'affaires a été nommée et décrite par le juriste américain SUTHERLAND⁷⁰⁸. En la matière, la sanction pénale s'impose à l'évidence, contribuant également à l'accroissement général de la répression en matière économique.

Enfin, l'économie ainsi considérée comme un impératif de premier plan, il était normal que le législateur, pensant faire œuvre utile, y emploie sa plus grande rigueur. L'accroissement de la répression pénale en matière économique est alors très net et en s'est pas limité, loin s'en faut, au seul droit des sociétés. C'est au cours des années 60 que sont ainsi adoptées, renouvelées ou étendues d'importantes mesures répressives concernant le droit boursier⁷⁰⁹, le droit de la

⁷⁰⁸ *White collar criminality, Americ. Soc. Rev.*, 1940, p. 1 à 12.

⁷⁰⁹ Ordonnance du 28 septembre 1967.

concurrence⁷¹⁰, le droit de la faillite⁷¹¹, le contrôle des changes⁷¹²...La sanction pénale plane désormais sur le monde des affaires dans sa totalité.

II- Le contexte et l'objectif des lois sur les sociétés commerciales

La législation des sociétés commerciales a, ces dernières années, été adaptée afin de répondre aux défis de la mondialisation. Les principaux textes qui dataient souvent de la période du Protectorat ont été mis à jour. Malgré cette mise à jour importante, les acteurs économiques et les professionnels du droit continue de noter certains dysfonctionnements liés aux textes et aux institutions, qui constituent encore et toujours un frein sérieux à l'investissement, tant national (a) qu'étranger (b).

a- Le droit pénal des sociétés : un droit exhaustif et ciblé

L'une des caractéristiques essentielles de ces deux lois⁷¹³ est qu'elles créent un véritable droit pénal des sociétés.

Ainsi, avec les dispositions pénales contenues dans les lois relatives aux sociétés commerciales, nous nous trouvons devant un droit pénal des sociétés exhaustif, ciblé⁷¹⁴ et largement inspiré du droit pénal applicable dans le droit des affaires français⁷¹⁵.

La loi 17-95 relative aux sociétés anonymes dans son titre n° XIV, regroupe l'essentiel des infractions pénales et leurs sanctions en ce qui concerne la constitution, la direction et l'administration de la société anonyme, ainsi que celles relatives aux assemblées générales, aux modifications du capital social et à la dissolution.

Des sanctions pénales spécifiques ont été, en outre, prévues aux infractions commises dans le cadre des sociétés anonymes simplifiées.

En effet, la loi n°5-96 relative aux sociétés commerciales autres que la SA prévoit, dans son titre VIII, une multitude d'infractions pénales et leurs sanctions, en plus des infractions propres aux SARL.

⁷¹⁰Loi de 2 juillet 1963 ; Ordonnance du 28 septembre 1967.

⁷¹¹Loi du 13 juillet 1967.

⁷¹²Loi du 28 décembre 1966.

⁷¹³La loi 17-95 sur les SA, et la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés.

⁷¹⁴R.LAZRAK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, éd. La Porte, Rabat, 1997, p. 12.

⁷¹⁵Il est un fait que les nouvelles lois relatives aux sociétés commerciales au Maroc, notamment au niveau de leurs dispositions pénales, ont été largement inspirées du droit des sociétés français, et en particulier de la loi du 24 juillet 1966 et son décret d'application n°67.236 du mars 1967, en tenant compte des modifications intervenues depuis la promulgation de ces textes.

Prenant en considération l'ensemble des infractions à caractère pénal prévues par les nouvelles lois sur les sociétés, on dénombre 338 infractions qui se répartissent en 4 catégories⁷¹⁶. La raison de cette prolifération des infractions et des sanctions correspondantes s'explique par le fait que le législateur marocain a cherché à assortir d'une sanction pénale la plupart des obligations qu'il a mises en place au niveau de la constitution, du fonctionnement et de la fin de la société, alors que dans l'ancienne législation, les infractions et leurs sanctions étaient éparpillées dans de nombreux textes.

Enfin, le droit pénal mis en place par les nouvelles lois sur les sociétés se présente comme un instrument de prévention et de répression au service d'objectifs clairement définis par le législateur. Il s'agit essentiellement de la transparence, le renforcement de la protection des associés, l'amélioration de la structure et du fonctionnement des organes d'administration, de gestion et de direction, et la modernisation du droit des affaires.

b- La banalisation du droit pénal des sociétés

La loi de 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales⁷¹⁷, complétée par son décret d'application du 23 mars 1967, doit être regardée comme celle qui a définitivement consacré et pérennisé le droit pénal des sociétés⁷¹⁸. Il a été justement observé que « *la loi de 1966, si novatrice et si soignée dans ses dispositions civiles et commerciales, fut beaucoup plus négligée dans son titre II « dispositions pénales » qui n'est qu'une compilation irréfléchie de tous les textes pénaux antérieurs*⁷¹⁹ ».

Par une édifiante symétrie entre les deux parties, la violation de chaque disposition du titre premier, relatif aux règles de fonctionnement des sociétés commerciales, paraît devoir trouver sa sanction spécifique dans le titre deuxième, entièrement dévolu aux dispositions pénales⁷²⁰. C'est là une banalisation de la sanction pénale, employée systématiquement des lors qu'il paraît nécessaire de souligner qu'une règle est impérative.

D'après la présentation qu'en fit alors M. J. FOYER, Garde des Sceaux, la loi était censée poursuivre quatre objectifs majeurs : la protection des associés, au sens large du terme, et

⁷¹⁶ 172 infractions contenues dans 48 articles pour les SA, 77 infractions contenues dans 18 articles pour les SAS, 39 infractions contenues dans 9 articles pour les sociétés autres que les SA et les SARL, et 50 infractions contenues dans 14 articles pour les SARL.

⁷¹⁷ R. HOUIN et F. GORE, *La réforme des sociétés commerciales*, D. 1967, chron. P. 123 ; A. LE TARNEC, *Le régime nouveau des sociétés commerciales*, *Gaz. Pal.* 1966, doct. P. 141 et s. ; J. DERRUPPE, *La réforme des sociétés commerciales*, *Gaz. Pal.* 1966, doct. P. 170 et s.

⁷¹⁸ A. TOUFFAIT et J.-B. HERZOG, *Observations sur l'évolution du droit pénal des sociétés*, *Rev. Sc. Crim.* 1967, p. 777.

⁷¹⁹ J.-H. ROBERT et H. MATSOPOULOU, *Traité de droit pénal des affaires*, 1ère éd., PUF 2004, n°233.

⁷²⁰ Plus d'une soixantaine d'articles y sont consacrés.

notamment des épargnants qui investissent dans la société ; la sauvegarde des droits tiers qui traitent avec elle et dont la confiance doit être protégée ; l'inadaptation aux impératifs et aux nécessités de l'économie moderne ; la réparation à l'œuvre d'unification internationale du droit commercial⁷²¹.

Alors une distinction devenue classique en matière criminelle est celle entre le droit pénal de protection et le droit pénal de direction⁷²². Cette dualité fait écho⁷²³ à la distinction similaire du droit civil à propos de l'ordre public économique⁷²⁴. Elle se perçoit de manière sous-jacente dans les dispositions pénales issues de la loi de 1966 selon la nature des intérêts que celles-ci ont mission de garantir.

Les infractions relevant du droit pénal de protection sont destinées à protéger les victimes en sanctionnant les atteintes aux valeurs classiques de l'ordre social. De la volonté de protéger la propriété résultent les infractions très proches de celles réprimées en droit pénal général par l'escroquerie, le vol ou l'abus de confiance, comme les délits d'abus de bien sociaux, de majoration frauduleuse d'apports en nature ou de répartition de dividendes fictifs.

Mais la nouveauté des dispositions de la loi de 1966 fut surtout de réemployer le droit pénal pour l'inféoder aux nouveaux objectifs et valeurs de l'ordre économique. Plutôt que se borner à réprimer des comportements intrinsèquement vicieux, le droit pénal devait également servir à imposer, sous sa menace, des comportements jugés vertueux, ou du moins favorables à l'économie⁷²⁵, l'abstention pouvant être en soi une infraction. Ce droit répressif, se faisant en quelque sorte mercenaire au service des prescriptions du législateur, fut désigné sous le terme de droit pénal de direction. Le terme est particulièrement pertinent si l'on considère qu'il entend exprimer le dirigisme de l'économie par l'Etat qui entend faire plier les intervenants du droit des sociétés à ses vues.

La loi d e24 juillet 1966 est aujourd'hui intégrée au sein de Code de Commerce⁷²⁶. Pour l'essentiel, ses dispositions pénales sont restées inchangées de 1966 à 2001. D'une rencontre

⁷²¹Cité par A. LE TARNEC, *art. préc.*, p. 142.

⁷²²Cette distinction n'est ici évoquée que dans une perspective essentiellement historique, pour opérer une classification sommaire entre deux catégories d'infractions.

⁷²³J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22ème éd., PUF 2000, n° 71, p. 147 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8^{ème} éd., Précis Dalloz 2002, n° 382 et s., p. 379 et s.

⁷²⁴R. SAVATIER, *L'ordre public économique*, D. 1965, chron. P. 37.

⁷²⁵A. VITTU, *La définition et le contenu du droit pénal économique*, in *Dix ans de conférences d'agrégation, études de droit commerciale offertes à J. HAMEL*, Dalloz 1961, p. 71s.

⁷²⁶La seule nouveauté de cette codification « à droit constant » a consisté à rajouter des titres supplémentaires ; en conséquence, les dispositions pénales sont désormais l'objet du titre IV et non plus du titre II. Si donc les dispositions non

d'abord limitée entre le droit criminel et le droit des sociétés a finalement résulté une branche juridique nouvelle, le droit pénal des sociétés.

Paragraphe 2 : L'harmonie du droit pénal des sociétés : une affaire de mesure

Le droit pénal de société se présente comme le produit déficient d'un droit pénal perversi (A) et d'un droit de société contrarié dans sa nature (B), dont la réunion impose la conciliation d'intérêts parfois contradictoire, l'abus de biens sociaux est le meilleur exemple pour comprendre cette contradiction (C).

A- Un droit pénal perversi

Au regard des caractéristiques de droit pénal, il est permis d'affirmer que le droit pénal des sociétés ne présente pas la rigueur ordinaire du droit pénal général. Donc il convient de traiter ces caractères (I) pour saisir en quoi le droit pénal des sociétés est susceptible de les avoir dévoyés (II).

I- Les caractères du droit pénal

D'un point de vue commun, il est admis que l'objet primordial du droit pénal est la protection et la défense des intérêts fondamentaux d'une société donnée. Certes, la détermination de ces intérêts fondamentaux ne va pas sans poser de difficultés, elle est même directement en relation avec l'insaisissable notion conceptuelle de crime.

Sur cette question délicate, question qui n'a cessé de diviser les criminologues, on se contentera d'observer que sur un plan sociologique, le crime est le comportement « *qui porte atteinte aux valeurs et aux normes de conduite adoptées par la majorité des membres d'une communauté humaines (ou par la classe au pouvoir) et imposées au besoin par la force aux récalcitrants. Le crime est donc un concept axiologique, la criminalité une maladie de la socialisation, et le criminel un non conformiste qui ne veut ou ne peut accepter les valeurs du groupe dont il fait partie*⁷²⁷ ».

Alors sont principale trait constant est d'être, par hypothèses, socialement intolérable, heurtant ce que DURKHEIM appelait « *les états forts et définis de la conscience*

pénales et pénales ne se répondent plus exactement, cette modification demeure sans conséquence, le nombre d'infractions n'ayant pas diminué pour autant.

⁷²⁷ Définition proposée par R. MERLE et A. VITTU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, t. 1, 7eme éd., Cujas 1997, n° 6, p. 29.

*collective*⁷²⁸ » ; la charge émotionnelle ainsi provoquée dans le corps social appelle instamment une réaction forte. Il appartient alors au droit pénal d'organiser les conditions de l'assouvissement de la réaction sociale.

On peut donc en principe, considérer que les valeurs pénalement protégées sont celles qui doivent être considérés comme essentielles aux yeux d'une société donnée.

Ainsi, si l'on considère, maintenant non plus la valeur défendue par le droit pénal mais la justification du pouvoir de punir, il apparaît que la peine moderne peut poursuivre séparément ou simultanément trois fonctions qui lui confèrent une signification.

Primo, la fonction rétributive est inspirée de la morale chrétienne⁷²⁹, elle assimile l'infraction commise à un péché et de même que ce dernier impose une pénitence, l'infraction appelle une peine. Le corps social, qui a souffert de l'atteinte à ses valeurs essentielles, peut donc légitimement infliger au coupable une souffrance expiatoire en retour.

Secundo, la fonction d'intimidation de la peine est également classique. Elle a été fortement prônée par MONTESQUIEU, puis surtout, par la doctrine utilitariste des XVIIIème et XIXème siècles, essentiellement C. BECCARIA⁷³⁰ et J. BENTHAM⁷³¹. L'édiction des peines sévères est destinée à intimider l'individu doué de raison et donc à le dissuader de transgresser le vœu de la loi. Cette fonction d'exemplarité, qui suppose l'incrimination préalable du comportement, a eu pour conséquence l'affirmation du principe de légalité des délits et des peines. Elle suppose, également la plus grande certitude possible d'une répression effective.

Enfin, la peine a également une fonction de réadaptation sociale. Cette justification de la peine a été avancée par les auteurs positivistes. Cette pensée positiviste, scindé en deux tendances. L'idée première est que l'homme qui transgresse la loi n'est pas libre, s'il agit ainsi, c'est en raison soit de son milieu social, soit de sa constitution personnelle. Le crime n'a donc aucune connotation morale, il ne révèle que la dangerosité de son auteur ; c'est cette seule nécessité de défense sociale qui doit commander la réaction juridique, laquelle peut d'ailleurs ne pas être une peine mais une mesure plus adaptées. La métaphore employée est

⁷²⁸Cité par R. MERLE et A. VITTU, *Droit pénal général*, op.cit., n° 7, p. 31.

⁷²⁹Saint Thomas d'AQUIN en particulier a théorisé cette fonction rétributive (*Somme théologique, secunda secundae*, t. 3, Cerf 1985, Questions 87, *La lettre de peine en elle-même*). L'auteur insiste sur la faute morale que constitue l'acte et où réside la justification de la peine : « le péché dispose seulement à la peine. Il fait que l'homme est passible de peine, et c'est là qu'est le mal. Denys dit en effet : « Subir la peine n'est pas un mal ; le mal est de la mériter » ». LEIBNIZ et KANT admettaient également cette dimension rétributive de la peine.

⁷³⁰*Des délits et des peines*, GF Flammarion 1991, préf. R. BADINTER.

⁷³¹*Traité de la législation civile et pénale*, 1802 ; *Théorie des peines et des récompenses*, 1811.

celle du délinquant « microbe sociale », qu'il convient de traiter comme le ferait un médecin d'une affection⁷³². La peine doit donc rechercher la resocialisation de l'individu, sa rééducation à la vie en société.

La peine, en droit pénal conjugue souvent ces diverses influences, même si le législateur, depuis plusieurs décennies, s'est montré assez favorable à la fonction de réadaptation. Il faut surtout retenir de ces divergences que le droit pénal n'est jamais neutre : organisation juridique du pouvoir du punir, ce pouvoir ne se justifie qu'au regard d'une finalité d'expiation, d'intimidation ou de réadaptation.

Autre aspect essentiel du droit pénal, celui-ci ne doit intervenir qu'en dernier lieu, qu'après l'échec, constaté ou évidemment prévisible, de tous les autres modes de prévention ou de sanction. En doctrine, le droit pénal est théoriquement *l'ultima ratio*⁷³³. Le seuil d'intervention du droit pénal est fonction de l'efficacité des mécanismes civils ou administratifs destinés à protéger les valeurs communes d'une société.

Parce qu'il est chargé de défendre l'ordre social, constitué des valeurs fondamentales auxquelles adhère une société, le droit pénal est investi au nom de celle-ci du pouvoir d'organiser sa réaction punitive. Celle-ci n'est pas toujours nécessaire, elle dépend de la nature de l'intérêt protégé, de la gravité de l'atteinte perpétrée, et des autres voies de droit que peut emprunter la réaction sociale. Comme toute autorité au faite d'une hiérarchie, la réponse pénale ne doit intervenir qu'en dernier, à défaut de pouvoir retenir une autre solution.

Par ailleurs, quelle que soit la fonction que l'on reconnaît à la peine, elle ne se justifie jamais par elle-même et trouve nécessairement sa raison d'être dans la gravité du comportement réprimé, que celui-ci soit particulièrement dangereux pour la société ou qu'il soit moralement et gravement répréhensible. La peine prévue par le texte pénal est donc en principe porteuse d'une signification qui dépasse nécessairement sa seule force afflictive. Mais tel n'est pas toujours le cas en droit pénal des sociétés.

⁷³² La métaphore médicale était déjà employée par Saint THOMAS. L'auteur de la somme théologique, qui adhérerait pleinement à une conception rétributive de la peine, paraît aussi admettre, par avance de plusieurs siècles, le bien-fondé de la théorie de la défense sociale : « la mise à mort d'un malfaiteur est permise en tant qu'elle est ordonnée à la sauvegarde de la société. C'est pourquoi elle appartient à celui-là seul qui pourvoit au bien commun de la société, de même que l'ablation d'un membre corrompu revient au médecin auquel on a confié la santé du corps tout entier » (*Somme théologique, op.cit.*, question 64, L'homicide, article 3).

⁷³³ G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, 18^{ème} éd., Précis Dalloz 2003, n°31, p. 26 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., PUF 1999, n° 84, p. 102.

II- Le dévoiement des principes de droit pénal

Le dévoiement des principes de droit pénal se comprend à travers le traitement de son origine (a) et de ses manifestations (b).

a- L'origine de dévoiement

D'une manière curieuse, il peut sembler excessif, de confirmer que le développement du droit pénal des sociétés a pu dévoyer d'une quelconque manière les principes du droit pénal général. En effet, le droit pénal des sociétés, peut être spécial, n'en est pas moins une branche à part entière de ma matière pénale et doit en obéir aux principes. Quant à sa « *spécialité* », elle concerne essentiellement la matière particulière pour laquelle la sanction pénale est employée. Cette opinion, qui devrait idéalement correspondre à la réalité du droit pénal des sociétés positif, est cependant en partie erronée.

L'actuel droit pénal des sociétés ne se contente pas d'être une adaptation relativement ponctuelle du droit pénal général, qui serait destinée à remédier aux insuffisances dument établies de celui-ci dans la répression de comportements répréhensibles⁷³⁴.

En revanche, le législateur peu attentif à cette considération de nécessité de la disposition pénale spéciale, a érigé le droit pénal en mode ordinaire de sanctions des infractions au droit des sociétés. C'est emploi systématique de la sanction pénale tend à en affecter la cohérence, en la déconnectant de la valeur des intérêts dont elle assure la protection, la privant ainsi de sa signification propre. On ne peut guère voir dans ce recours trop fréquent à la menace pénale autre chose qu'une légèreté blâmable d'un législateur trop enclin à créer de nouvelles infractions.

Les lois sur les sociétés s'inscrivent dans une tendance générale du législateur depuis plusieurs décennies à assortir toute nouvelle loi de dispositions pénales, généralement énoncées à la fin du texte, *incauda venenum*⁷³⁵. Cette inflation pénale est principalement observée dans les législations et réglementations techniques⁷³⁶ et notamment en droit des sociétés. De manière théorique, Mme M. DELMAS MARTY définit la sanction pénale comme « un rapport disproportionné entre d'une part, les besoins et la capacité d'absorption

⁷³⁴ M-H. DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op.cit. p.32.

⁷³⁵ Expression latine utilisée dès la Rome Antique pour qualifier des écrits, des discours ou des pamphlets qui semblent neutres, voire positifs au premier abord, mais dont l'auteur garde toute la critique pour la fin. Autrement dit les mauvaises surprises sont pour la fin.

⁷³⁶ J.-J. DE BRESSON, *Inflation des lois pénales et législations ou réglementations « techniques »*, Rev. Sc. Crim. 1985, p. 241.

des consommateurs de droit pénal (la société et les individus qui la composent) en d'autre part, la quantité de normes pénales produites⁷³⁷ ». Plusieurs raisons peuvent expliquer cette fâcheuse tendance.

En premier lieu, la multiplication des sanctions pénales réside dans la facilité à les créer. Le recours à la technique du renvoi est révélateur de cette paresse législative. Par cette méthode, le législateur se borne à prévoir une sanction et ne s'embarrasse plus de définir l'incrimination, laquelle est renvoyée à un autre texte, en principe légal mais trop souvent réglementaire.

Par ailleurs, il ne faut oublier que les lois votées par le Parlement, émanent, presque toujours, du gouvernement et que le fait d'attacher des sanctions pénales aux normes qu'il crée est une façon de montrer l'importance symbolique qu'il attache à celles-ci.

En outre, le recours au droit pénal est d'autant plus tentant qu'en principe, lorsque le législateur introduit une nouvelle loi, il doit indiquer les moyens de la financer. Or, fort opportunément, la matière pénale est le seul domaine dans lequel cette exigence ne s'applique pas. En somme, on peut donc criminaliser à crédit.

Enfin et surtout, le recours excessif au droit pénal résulte du fait que la sanction pénale paraît, aux yeux du législateur comme de l'opinion publique, donner plus d'importance et d'autorité à une loi. Cette croyance en France n'est d'ailleurs pas récente en droit des sociétés, elle fut déjà avancée à propos de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés : « *la peine, placée à cote de l'obligation donne à celle-ci une autorité renouvelée et en garantit mieux l'observation*⁷³⁸ ».

b- Manifestations du dévoiement

Nous sommes face au constat le plus immédiat : en matière de société, le droit pénal n'est pas employé à défaut de sanctions non-pénales efficaces mais plutôt à la place de telles sanctions. Souvent, donc il sert en quelque sorte de substitut commode à la difficulté d'imaginer ou d'émettre en œuvre d'autres modes de sanctions. C'est à l'évidence le cas en matière de constitution de société. Contrairement à bon nombre de droits étrangers, la création de société n'est pas soumise à un contrôle préalable. Aussi, dans la mesure où le législateur ne souhaitait

⁷³⁷ M. DELMAS- MARTY, *Le flou du droit*, PUF 1986, p. 42.

⁷³⁸ M. MATHIEU, *Rapport au Corps législatif*, présenté le 3 mai 1867, cité par Rivière, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Paris Marescq 1868, appendice p. 555.

pas recourir à la nullité, seule la sanction pénale fut considérée comme pouvant garantir a posteriori la régularité de la constitution de sociétés.

La subsidiarité du droit pénal n'est pas une exigence théorique, elle est la condition nécessaire d'un bon emploi des possibilités civiles comme pénales. Lorsque par facilité, le législateur a cru trouver dans la pénalisation la solution à ses difficultés, ce réflexe répressif a abouti à faire du droit pénal, aux dires d'un ancien Garde des Sceaux, un réceptacle à tout faire et à tout recevoir, une sorte de débarras bien commode⁷³⁹.

Au vrai, le recours systématique à la solution pénale révèle les difficultés de notre système juridique à concevoir un mode efficace de respect des normes autrement que par le recours à la sanction théoriquement la plus draconienne ; celle-ci s'apparente alors à un cache-misère qui, en définitive, constitue un signe de faiblesse de l'Etat et du droit⁷⁴⁰.

Un autre aspect du droit pénal des sociétés est son emploi au service d'intérêt parfaitement ordinaire. Ce caractère artificiel est, il est vrai, largement partagé par tout le droit pénal économique⁷⁴¹ mais en matière de sociétés, il atteint des proportions excessives et tend à priver la peine de toute signification.

Il apparaît en effet de manière très nette que le législateur a eu recours au droit pénal non en raison de la gravité de l'acte incriminé, mais en raison de la prétendue efficacité de la sanction pénale. Cet emploi indifférent à la nature de l'intérêt protégé relève d'une inversion logique critiquable : en principe, c'est parce qu'une valeur est considérée comme essentielle aux yeux de la société et qu'y porter atteinte constitue un acte anti-social grave, que celle-ci doit être protégée pénalement.

La sanction pénale est alors un moyen de préserver l'ordre social mais ne constitue pas une fin en soi. C'est la logique contraire qui a prévalu en droit pénal des sociétés. Le législateur n'a eu en vue que la force coercitive du droit pénal et l'a alors trop souvent employée non pas pour protéger un intérêt essentiel, mais seulement pour garantir l'efficacité de dispositions de moindre intérêt sinon indifférentes.

Prenant à tort l'effet pour la cause, on est parfois tenté d'expliquer que, dès lors qu'elle était pénalement sanctionnée, une disposition devait être considérée comme porteuse d'un intérêt

⁷³⁹J. TOUBON, *Introduction aux enjeux de la pénalisation de la vie économique*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz 1997, p. 1.

⁷⁴⁰*Ibid.*

⁷⁴¹Sur la valeur de la distinction entre délits naturels et délits artificiels.

essentiel. Ainsi, le développement des sanctions pénales en droit des sociétés a parfois été défendu a posteriori par le fait que la législation sociétaire concerne directement la vie économique et sociale de la nation, et qu'elle concourt, de ce fait, à l'intérêt général d'où la légitimité de sa protection pénale.

Par ailleurs, un grand nombre d'infractions relatives aux sociétés ne protègent aucun intérêt général, comme il appartient en principe au droit pénal de le faire, mais visent plutôt la protection d'intérêts privés, souvent pécuniaires, principalement ceux des associés et des tiers⁷⁴².

En réalité, la sanction pénale n'a souvent d'autre raison d'être que d'insister de manière redondante sur l'aspect impératif de la disposition qu'elle concerne. Elle ne trouve plus de signification dans l'acte sanctionné mais en elle-même, par l'effet d'un repli narcissique sur sa seule force⁷⁴³.

Mais la pénalisation massive du droit des sociétés n'a pas seulement atteint le droit pénal dans certains de ses caractères essentiels. Dans une large mesure, elle a également contribué à modifier l'approche de la notion de société.

B- Un droit des sociétés dénaturé

La place du droit pénal dans l'architecture générale du droit des sociétés est directement liée au débat sur la nature de la société. Si l'on considère que la société est un contrat (II), les dispositions impératives, et la sanction pénale de leur violation, doivent être réduites pour laisser place au consensualisme.

Tout au contraire, si l'on considère que la société est une institution (I), le principe de son organisation à grand renfort de dispositions impératives pénalement sanctionnées acquiert une légitimité bien moins contestable⁷⁴⁴.

I- L'influence de la thèse institutionnelle sur la légitimité des sanctions pénales

Cette idée sera traitée à travers la théorie de l'institution (a) et les risques de la thèse institutionnelle (b).

⁷⁴²En somme pour reprendre une pensée de PASCAL, « Ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que la justice et la force fussent ensemble ».B. PASCAL, *Second discours sur la condition des grands*, in *Œuvres complètes*, t. II, La Pléiade Gallimard, fr. 81.

⁷⁴³Sur l'idée de « narcissisme » de la peine, V. J. CARBONNIER, *La peine décrochée du délit*, in *Mélanges LEGROS*, Bruxelles 1985, p. 23 et s.

⁷⁴⁴M.-H.DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op.cit., p.36.

a- L'incidence de la thèse institutionnelle

Aux termes de l'article 982 du dahir⁷⁴⁵ formant code des obligations et des contrats, la société est : « *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs biens ou leurs travail ou tous les deux à la fois en vue de partager les bénéfices qui pourront en résulter* ».

L'ancien droit français et à l'instar de la *societas* du droit romain⁷⁴⁶, ledit droit considérait la société comme un type de contrat et, sous l'incidence de DOMAT et surtout de POTHIER⁷⁴⁷, le code civil à l'article 1832, la définit également comme un contrat⁷⁴⁸. La thèse contractuelle repose encore aujourd'hui sur des arguments de textes nombreux et conserve des partisans convaincus⁷⁴⁹. Mais depuis le XIX^{ème} siècle, elle semble avoir franchi le pas du Capitole à la roche Tarpéenne⁷⁵⁰, précitée par la thèse institutionnelle de la société qui tend généralement à lui être préférée.

Ainsi cette théorie, est née en France du droit public par la transposition de l'idée d'institution théorisée par le Doyen M.HAURIO⁷⁵¹, la société serait une institution, c'est-à-dire, « *l'acceptation en vue de la poursuite d'un intérêt commun, par la majorité des membres d'un groupe de personnes, d'une organisation sociale*⁷⁵² ». Cette analyse s'oppose directement à la conception contractuelle par l'affirmation de la prééminence du cadre normatif sur la volonté des associés. Déjà soutenue en doctrine⁷⁵³, la théorie de l'institution a donc très opportunément fourni une assise doctrinale à l'interventionnisme des pouvoirs publics⁷⁵⁴. Par la suite, elle parut recevoir une consécration expresse lorsque par la loi du 11 juillet 1985, modifiant l'article 1832 du Code Civil pour l'adapter à la nouvelle entreprise unipersonnelle à

⁷⁴⁵Dahir (9 ramadan 1331) formant code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre 1913).

⁷⁴⁶J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF 1992, n° 109, p. 128.

⁷⁴⁷Pour POTHIER, « *la société est un contrat du droit naturel, qui se forme et se gouverne par les seules règles du droit naturel* ». Il précise que les lois ne peuvent avoir qu'une finalité probatoire et qu'elles n'appartiennent pas à sa substance. *Traité du contrat de société*, Œuvres complètes, t. V, Siffrein 1821, p. 113.

⁷⁴⁸R. LIBCHABER, *La société, contrat spécial*, in *Prospectives du droit économique*, Mélanges M. JEANTIN, Dalloz 1999, p. 281 et s.

⁷⁴⁹J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, *Droit commercial*, t. I, 2^{ème} vol., *Sociétés*, Dalloz 2^{ème} éd. 1980, n° 383.

⁷⁵⁰Cette expression est la traduction d'une citation latine : *Arx tarpeia Capitoli proxima*, elle symbolise un passage rapide de la gloire à la déchéance ou à la ruine, autrement dit après les honneurs ou la célébrité, la déchéance ou l'oubli peuvent venir rapidement.

⁷⁵¹*Principes de droit public*, éd. L. Larose et L. Tennin 1910, p. 126s. ; *La théorie de l'institution et de la fondation*, *Cahiers de la nouvelle journée*, IV, 1925.

⁷⁵²J.-P. NERTREL, *Liberté contractuelle et société, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, *RTD com.* 1996, p. 595 et s., spéc. n°30.

⁷⁵³Initialement développé par E. GAILLARD, *La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, 2^{ème} éd., Sirey 1934.

⁷⁵⁴G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, par M. GERMAN, 18^{ème} éd., L.G.D.J. 2002.

responsabilité limitée, le législateur a remplacé « *la société est un contrat...* » par « *la société est instituée...* ». Enfin la jurisprudence, dans certaines décisions, qualifia elle-même expressément la société d'institution⁷⁵⁵.

Il est certain que la qualification purement contractuelle de la société ne peut plus être admise en bloc. Il est pour le moins nécessaire de la nuancer en précisant qu'elle est d'une intensité variable selon les formes sociales. Elle n'est aujourd'hui véritablement idoine⁷⁵⁶ que pour les sociétés de personnes⁷⁵⁷ ou la société par action simplifiée. En effet, cette conception ne correspond plus à la réalité ni de l'entreprise unipersonnelle, ni des grandes sociétés de capitaux dans lesquelles les associés ne sont le plus souvent que des bailleurs de fonds qui ne connaissent pas sont interchangeables et ne sont guère soumis à la loi du contrat.

L'équilibre des arguments avancés par les tenants de chaque conception, aucune de ces thèses ne pouvant l'emporter isolément, a conduit la majorité de la doctrine à adopter une solution médiane : la société est de nature hybride⁷⁵⁸ ou mixte⁷⁵⁹ en ce qu'elle présente à la fois des caractères contractuels et institutionnels⁷⁶⁰ en proportions variables selon le type de société.

Si la solution est très commode, elle n'est ni heureuse ni convaincante⁷⁶¹. Il est certes indéniable que la thèse contractuelle classique ne correspond plus à la réalité moderne du droit des sociétés.

b- Les risques de la thèse institutionnelle

C'est étonnant de constater que parmi les nombreux auteurs qui se rallient à l'idée d'institution, rares sont ceux qui ont tenté de la définir et parmi ceux qui s'y sont risqué tous

⁷⁵⁵ Paris, 26 mai 1966, *RTD com.* 1966, p. 349, obs. R. HOUIN ; *Gaz. Pal.* 1966, I. p. 400 : « *Bien que dans la conception ancienne qui reste celle du Code civil, la société soit un contrat, in ne serait être contesté qu'elle constitue bien plus qu'un contrat, une institution dont la constitution, le fonctionnement sont réglés dans tous les systèmes juridiques par des dispositions légales impératives* ». V. aussi : Reims, 24 avr. 1989, *JCP* 1990, éd. E, II, 15667, n° 2, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

⁷⁵⁶ Ce qui convient parfaitement, qui est approprié, qui est convenable, propre à quelques chose.

⁷⁵⁷ G. RIPERT, R. ROBLOT, *Les sociétés commerciales*, par M. GERMAN, *op. cit.*, n° 1056-31.

⁷⁵⁸ J. MESTRE, D. VELARDOCHIO, et B. BLANCHARD-SEBASTIEN, *Lamy sociétés commerciales* 2004, n° 34, p. 13.

⁷⁵⁹ J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et société, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés, *RTD com.* N°40, 1996 p. 595. Pour cet auteur, il est cependant plus juste de parler « d'acte unilatéral collectif » (plutôt que de contrat) et « d'institution ».

⁷⁶⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17^{ème} éd., Litec 2004, n°14, p. 4 et s. ; Ph. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 9^{ème} éd., Précis Dalloz 2003, n°23, p. 38 ; B. MERCADAL, Ph. JANIN, A. CHARVERIAT et A. COURET, *Droit des affaires, sociétés commerciales*, Mémento pratique F. Lefebvre 2004, n°50 ets., p. 17 et s. ; C. DUCOULOUX-FAVARD, *Notes de leçon sur le contrat social*, D. 1997, Chron. P. 319.

⁷⁶¹ Selon le P. LE CANNU (*Droit des sociétés*, 2^{ème} éd. Montchrestien, 2003, n°142) : « *On ne peut pas dire qu'en droit positif, l'une des deux théories chasse l'autre, elles se complètent, d'une manière qui n'est pas forcément rationnelle dans son ensemble* ».

ont souligné sa grande imprécision⁷⁶². Si l'on se borne à la définition du Vocabulaire juridique Capitant, on découvre une notion à sens multiples mais partageant un même caractère évasif et finalement abscons.

Dans un sens large, c'est un « *élément constituant la structure juridique de la réalité sociale* », dans un sens plus restreint, c'est une « *collectivité humaine organisée en vue de la réalisation d'une fin supérieure et au sein de laquelle les individus acceptent ou subissent l'existence d'une autorité commune* ». Quant au sens proposé par le Doyen M. HAURIOU, il semble plus impénétrable encore⁷⁶³.

En fait, lorsque les auteurs se réfèrent à l'idée d'institution, c'est davantage par rejet de l'analyse contractuelle que par adhésion à ce concept vague dont l'intérêt est d'abord de pouvoir commodément designer par un terme la prééminence qu'occupe désormais la législation impérative en matière de sociétés. Pour autant, même pour exprimer l'importance des dispositions d'ordre public, il n'est pas nécessaire d'évoquer en quoi que ce soit l'idée vague d'institution, ni de remettre en cause la nature contractuelle de la société.

Ainsi, il semble très contestable de considérer que l'augmentation et l'importance des dispositions d'ordre public peut supprimer la nature contractuelle de la société. L'accumulation de regels d'ordre public en matière de contrats et d'ailleurs un phénomène législatif généralisé, qui aboutit certes à une spécialisation au détriment de la théorie générale des obligations⁷⁶⁴, mais qui ne permet pas pour autant de nier la qualité de contrat à ceux les plus fortement règlementés. De principe, l'unité du type contractuel demeure en dépit des importantes disparités de régimes⁷⁶⁵.

De manière comparable, le droit de la consommation et de la concurrence ont multiplié dans des proportions énormes les règles impératives applicables au contrat de vente, au point qu'il

⁷⁶²J.-P. BERTREL, *op. cit.* n° 30 ; G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, *op. cit.*, n°46, p. 109 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Les sociétés commerciales*, par M. GERMAIN, *op.cit.*, n°1056-20 et 1386.

⁷⁶³« *Réalité que constitue soit un organisme existant lorsque s'y dégagent la conscience d'une mission et la volonté de la remplir en agissant comme une personne morale, soit une création lorsque le fondateur, découvrant l'idée d'une œuvre à réaliser, entreprend cette réalisation en suscitant une communauté d'adhérents, ou encore, une organisation sociale établie en relation avec l'ordre général des choses dont la permanence est assurée par un équilibre de forces ou par une séparation des pouvoirs et qui constitue par elle-même un état de droit* », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, 8^{ème} éd., PUF 2000, V° institution.

⁷⁶⁴B. OPPETIT voyait dans cette évolution une tendance régressive du droit : « *non seulement le droit des contrats spéciaux s'est considérablement développée au détriment de la théorie générale, mais c'est même à l'intérieure de chaque type de contrat que les différenciations se sont multipliées à l'infini en fonction de la nature du bien ou de la personne du contractant, selon un phénomène d'arborescence qui a été parfaitement mis en lumière. Le droit commun, par un étrange paradoxe, ne conserve alors plus qu'une maigre vocation résiduelle* ». Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain, in *Mélanges dédiés à D. HOLLEAUX*, Litec 1990, p. 32.

⁷⁶⁵Art. 1107 C. civ.

n'est pas excessif désormais de parler d'un véritable « *droit de la vente* ». Mais là aussi, l'accumulation de dispositions impératives ne suffit pas à remettre en cause la nature intrinsèquement contractuelle de la vente.

Par conséquent, on voit mal pourquoi le contrat de société serait le seul à perdre sa nature contractuelle par l'effet de règles impératives. La reconnaissance, ne serait-ce que partielle, du caractère institutionnel de la société est inutile et idéologiquement pernicieuse.

La thèse institutionnelle n'est donc pas neutre, elle donne licence à un ordre public hégémonique et constricteur. Aussi est-il heureux que la conception contractuelle de la société connaisse aujourd'hui un certain renouveau qui devrait influencer directement sur la place excessive dévolue jusqu'alors au droit pénal des sociétés.

II- Le renouveau contractuel en droit des sociétés : facteur de recul des sanctions pénales

Comme l'on a pu démontrer, l'affaiblissement ou le déclin de la thèse de la nature contractuelle de la société au profit d'une conception mixte, on assiste en revanche à la renaissance du phénomène contractuel au sein de la société⁷⁶⁶, expression particulière d'un regain général du contractualisme.

C'est d'abord là l'effet du rôle créateur de la pratique, dont l'inventivité trouve à s'exprimer par le contrat, instrument de souplesse opposé à un cadre impératif trop rigide⁷⁶⁷. Parmi les illustrations les plus nettes de cette tendance, on peut citer l'aménagement interne de la société au regard des préceptes de la *corporate governance*⁷⁶⁸ ou le regain d'intérêt pour la société en commandite par actions, tirée de l'oubli par l'attraction qu'exerce sa souplesse contractuelle⁷⁶⁹. Le renouveau du contrat doit beaucoup aussi à la jurisprudence qui a validé la

⁷⁶⁶J.-P. BERTREL, *Liberté contractuelle et sociétés*, art. préc. ; J.-J. DAIGRE, *Transformer les sociétés*, in *De nouveaux espaces à la liberté contractuelle*, Colloque organisé au Sénat le 14 févr. 1995, JCP 1995, éd. E, suppl. au n° du 18 mai 1995, p. 17.

⁷⁶⁷J.-P. BERTREL, *Liberté contractuelle et sociétés*, art. préc., n°14 et s.

⁷⁶⁸Pour J.-J. DAIGRE la question de la *corporate governance* tend clairement à choisir entre la « société-institution » et la « société-contrat », *Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ?*, Dr. Et patrimoine, juill. 1996, p. 23. Sur la *corporate governance*.

⁷⁶⁹J.-P. BERTREL, *Vers un renouveau de la société en commandite par actions ? Banque* 1986, p. 363 ; *Intérêts de la société en commandite par actions*, BRDA 30 nov. 1990, p.2.

plupart de ces pratiques⁷⁷⁰ et qui semble désormais les considérer spontanément avec bienveillance⁷⁷¹.

Depuis longtemps, M.A. COURET affirmait avec prescience que « *la notion de contrat redevient une pièce maîtresse dans l'étude du comportement de la société anonyme : l'analyse néolibérale dynamise le consensualisme juridique* ». Depuis cette thèse libérale a gagné du terrain et confirmé toute la justesse de l'analyse. Si le regain du contractualisme a débuté par les marges du droit des sociétés, là où la pression des dispositions impératives était moindre, ce mouvement de retour au contrat ne pouvait que se serrer progressivement sur la question de la nature même de la société. Par contagion, de même que l'inflation de dispositions impératives avait semblé corroborer la thèse institutionnelle de la société, la multiplication des recours au contrat tend à redonner du crédit à la conception contractuelle de la société⁷⁷².

Cette nature contractuelle, longtemps comprimée dans un carcan impératif, rejaillit brusquement par les failles du bloc législatif. Il est d'ailleurs révélateur que, pour une partie de la doctrine, le contrat constitue le cadre d'analyse naturel de la société (voire l'inverse⁷⁷³), soit que celle-ci soit pensée comme un contrat spécial⁷⁷⁴, soit comme un type de « *contrat d'organisation*⁷⁷⁵ ». Un autre auteur propose de voir dans la société, à juste titre nous semble-il, un « *complexe de contrats* ». Ce « *nœud de contrats* » est organisé par le recours à la personne morale mais celle-ci n'est considérée que comme une simple fiction légale, au sein de laquelle demeure la « *primauté des relations interpersonnelles*⁷⁷⁶ ». On ne saurait mieux affirmer que la société est intrinsèquement un contrat, un tissu de fils contractuels.

Toutefois, le droit des obligations s'avère constituer un « *facteur d'assouplissement de la vie sociale*⁷⁷⁷ », il offre aux acteurs du droit des sociétés la flexibilité dont ils ont besoin⁷⁷⁸. Il est

⁷⁷⁰Pour un exemple V., Paris, 18 févr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p.727, note P. LE CANNU ; *RTD com.*2000, p. 390, obs. Y. REINHARD ; *JCP* 2000, éd. E , n°14, p.589.

⁷⁷¹J. MESTRE, *La société est bien encore un contrat...*, in *Mélanges J. MOULY*, Litec 1998, p. 131.

⁷⁷²J. MESTRE, *La société est bien encore un contrat...*, *op.cit.*, p. 131.

⁷⁷³R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, 1931, n°3 : « *le contrat est « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par les contractants, absolument comme la société civile ou commerciale* ».

⁷⁷⁴R. LIBCHABER, *La société, contrat spécial*, *op. cit.*, p. 281 s.

⁷⁷⁵P. DIDIER, *Le consentement sans l'échange : contrat de société*, in *L'échange des consentements*, *RJ com*, nov. 1995, n° spécial, p. 75 ; *Brèves note sur le contrat organisation*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz 1999, p. 635.

⁷⁷⁶A. COURET, *Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1984, p. 243s., spéc. n°5-10 bis ; même sens, *Le gouvernement d'entreprise (la corporate governance)*, D. 1995, chron. P. 163s.

⁷⁷⁷M. JEANTIN, *Droit des obligations et droit des sociétés*, in *Mélanges dédiés à L. BOYER*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse 1996, p. 317s.

singulier de constater que ceux-ci, ne la trouvant pas dans un droit des sociétés sclérosé par des dispositions impératives, l'ont atteint en recourant à la théorie générale des obligations. C'est là un retour aux sources du droit des sociétés du XIX^{ème} siècle, lorsque la liberté contractuelle permettait d'adapter la structure sociale aux besoins de ceux qui y recouraient.

Cette poussée du contractuel devrait logiquement se traduire par une diminution de la répression pénale. Par les dispositions impératives qu'elle protège, la sanction pénale constitue une entrave à l'exigence de souplesse qu'exprime la poussée contractuelle⁷⁷⁹.

Par ailleurs, l'autonomie de la volonté, ainsi réintroduire dans la logique du droit des sociétés, conduit à admettre la légitimité des considérations individuelles et minorer corrélativement la place devant être reconnue aux exigences d'ordre public, en particulier celles pénalement sanctionnées. La contractualisation des rapports au sein de la société a pour conséquence de déplacer le centre de gravité de l'intérêt social, du point de rencontre des différents intérêts constitutifs de la société vers la considération croissante de ceux des actionnaires⁷⁸⁰.

En définitive, La dépenalisation de droit des sociétés passe par sa « *privatisation* », qui suppose notamment l'élimination des dispositions relevant de l'ordre pénal public de direction. Donc le recul de droit pénal est nécessairement à attendre de cette évolution d'ensemble vers une moindre considération des exigences prescrites au nom de l'intérêt général. L'importance des dispositions pénales en matière de société a sensiblement affecté les logiques propres du droit pénal et du droit des sociétés. Un versement, les logiques propres de ces deux droits peuvent se trouver en opposition au sein de droit pénal de société, censé les concilier. L'exemple de l'abus des biens est caractéristique de ces possibles contradictions

C- Modèle ou paradigme de l'abus des biens sociaux

La particularité de l'exemple de l'abus de biens sociaux impose parfois la difficile conciliation entre le droit pénal et le droit des sociétés. En matière d'abus, celle-ci s'opère tantôt au détriment du droit des sociétés (I), tantôt à celui de droit pénal (II).

⁷⁷⁸ B. SAINTOURENS, *La flexibilité du droit des sociétés*, RTD com. 1987, p. 457.

⁷⁷⁹ D'après la même logique, P. LE CANNU (*Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions*, Bull. Joly 1995, p.637, spéc. p. 646) précise que le *corporate governance* « ne nécessite pas, par principe, de modification législative, sinon dans le sens de l'assouplissement de ce qui existe ».

⁷⁸⁰ A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise (la corporate governance)*, art. préc., p.165.

I- L'infléchissement des impératifs du droit des sociétés par ceux du droit pénal

Il convient dans un premier temps d'examiner l'opposition des logiques pénales et sociétaires (a) pour comprendre le dévoiement de l'abus de bien sociaux (b).

a- L'opposition des logiques pénales et sociétaire

Le droit marocain des sociétés⁷⁸¹ investit aux dirigeants sociaux légalement ou statutairement désignés, les pouvoirs les plus étendus pour agir pour les SA en toutes circonstances au nom de la société à condition de respecter l'objet social pour la SARL et les autres formes de sociétés.

Comme chacun le sait, le patrimoine d'une personne morale est distinct de celui de ses dirigeants. Mais cette évidence n'est pas connue, et par conséquent, certains dirigeants peu scrupuleux abusent de leur position de représentant. Entre 2012 et 2015, les tribunaux correctionnels du Maroc ont qualifié plus de 7000 abus de biens sociaux, avec une évolution moyenne de 20% par année⁷⁸². « *La plupart des poursuites pour abus de biens sociaux sont engagées sur dénonciation de l'un des associés suite à l'encaissement d'un chèque de produit de vente dans le compte personnel d'un autre associés*⁷⁸³ ». « *Toutefois, ladite dénonciation ne permet pas à l'associé de se constituer personnellement partie civile pour obtenir*

⁷⁸¹ Art.384 de la loi 17-95 sur la SA prévoit : « Seront punis d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 100.000 à 1.000.000 de dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme : 1- qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, auront, sciemment, opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs ; 2- qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes, auront sciemment publié ou présenté aux actionnaires, en vue de dissimuler la véritable situation de la société, des états de synthèse annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période ; 3- qui, de mauvaise foi, auront fait, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts économiques de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ; 4- qui, de mauvaise foi, auront fait des pouvoirs qu'ils possédaient et/ou des voix dont ils disposaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts économiques de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ». V. également l'art 107 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés qui édicte que : « Seront punis d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 10.000 à 100.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement : 1- les gérants qui auront, sciemment, opéré entre les associés la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux ; 2- les gérants qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes, auront sciemment présenté aux associés des états de synthèse ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société ; 3- les gérants qui, de mauvaise foi, auront fait, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt économique de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ; 4- les gérants qui, de mauvaise foi, auront fait, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts économiques de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

⁷⁸² Le nombre de cas a augmenté de 20% par année entre 2012 et 2015. Deux textes répriment l'infraction, mais l'absence de définition de « *L'intérêt social* » la rend difficilement caractérisable. La grande difficulté demeure la preuve de la mauvaise foi.

⁷⁸³ D'après un procureur général du tribunal correctionnel de Casablanca, Cité par A. NAIMI, « Plus de 7000 abus de biens sociaux qualifiés par les tribunaux en 4 ans ! », La VIEco, 16 fevr,2016.

*réparation du préjudice. En revanche, il a la possibilité d'agir pour le compte de la société victime, dans le cadre de l'action sociale*⁷⁸⁴ ».

- **L'idéalisation de la notion d'intérêt social** : pour qu'un usage devienne abusif, il devra être contraire à l'intérêt économique de la société. La détermination de cette notion est difficile à cerner. Ce dernier ne doit pas être confondu avec le patrimoine social, l'objet social de la société⁷⁸⁵ ou l'intérêt commun des associés⁷⁸⁶. En effet, l'intérêt social ou économique a une définition plus large, il correspond à la réunion de tous les intérêts des différents agents participant au financement de l'entreprise sociale. Cette analyse juridique de l'entreprise semble être la clef de voute du raisonnement du juge pénal lorsqu'il apprécie la gestion de la société et non plus seulement le préjudice causé à son patrimoine afin de préserver l'ensemble des intérêts de la société. Sur ce point, la terminologie choisie par le législateur marocain correspond plus à la définition de l'intérêt social au sens large du terme⁷⁸⁷.

La difficulté provient de l'absence de définition légale de la notion d'intérêt social. C'est ainsi que, devant le silence légal, le juge pénal a dégagé une conception extensive de cette notion. Plus qu'une interprétation de la loi qui est du devoir du juge en présence de textes de loi peu clairs, on assiste à une véritable création de la norme. Sur ce point, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme exige de la loi une certaine qualité, notamment d'accessibilité et de prévisibilité⁷⁸⁸.

Les décisions de la haute juridiction ont connu une évolution extensive. Au début, la Cour de cassation réprimait tous les actes d'appauvrissement puisque de tels actes sont manifestement contraires à l'intérêt de la société. Les exemples sont nombreux où un acte de gestion cause un préjudice à la société en la dépouillant au profit du dirigeant, ou au profit d'autrui. C'est le cas du dirigeant qui prend de l'argent dans la caisse de la société pour ses besoins personnels⁷⁸⁹.

Cependant, les juges ont allés encore plus loin. Ils ont décidé que l'abus de biens sociaux est constitué du seul fait du caractère illicite de l'usage. C'est ainsi que la sortie d'argent pour effectuer un acte de corruption en vue de l'obtention d'un marché de transport scolaire était

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ L'objet social est les différentes activités exercées par la société telles qu'elles sont définies par les statuts.

⁷⁸⁶ L'intérêt commun des associés participe à l'enrichissement social en proportion des droits individuels.

⁷⁸⁷ A. EL-IDRISSI, « Droit pénal des affaires : L'abus de biens sociaux dans la jurisprudence », *Rev Marocaine des Contentieux (REMARC)*, n° double 10-11, 2010, p.78.

⁷⁸⁸ Décision de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme, 22 novembre 1995, *La semaine juridique*, 1996-3910.

⁷⁸⁹ Crim.5 novembre 1963, *Bull. Crim.*, n° 94.

un acte abusif, car tout usage de biens sociaux fait dans un but illicite est nécessairement abusif⁷⁹⁰. Cette rigueur a été contestée parce que non seulement l'intérêt personnel est absent mais aussi l'intérêt social n'est pas remis en cause⁷⁹¹. La solution dégagée par la haute juridiction pénale est excessive et encourt plus le grief de dénaturer le délit d'abus de biens sociaux. Le code pénal ne rappelle-t-il pas avec force qu'en matière pénale les textes sont d'interprétation stricte ? Sensible, semble-t-il au déluge des critiques doctrinales, en France la cour de cassation rejetait dans deux arrêts « *Rosemains*⁷⁹² » et « *Carpaye*⁷⁹³ », toute relation de nécessité entre le caractère abusif d'un prélèvement et son usage à des fins personnelles.

Ultérieurement, dans une décision, les juges de cassation ont adopté une autre conception de la notion de l'intérêt social en prenant en considération tout acte qui fait recourir un risque anormal au patrimoine social. Dans un arrêt célèbre « *Carignon* » de la Cour de cassation a décidé que « *quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit telle que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et sa réputation*⁷⁹⁴ ».

La sévérité de la jurisprudence peut être justifiée car les juges estiment avec constance que le délit d'abus de biens sociaux peut être retenu des lors que l'actif social a connu un risque auquel il ne devrait pas être exposé. Mais cette orientation est critiquée, le caractère presque quotidien de l'acte, qui fait courir un risque à la société, fait en sorte que ce délit est facilement constaté, ce qui favorise les pressions, voire les chantages sur les dirigeants de la société⁷⁹⁵.

En effet, une telle évolution jurisprudentielle est préoccupante, dans la mesure où l'élément matériel de l'abus de biens sociaux est très proche de la faute de gestion, ce qui impose une appréciation de celle-ci par le juge. La question qui se pose est celle de savoir s'il appartient au juge d'apprécier l'intérêt social au milieu et à la place des organes sociaux, et de s'immiscer ainsi dans le contrôle de la société. On peut ainsi aboutir à un système où le juge doit se conduire comme un chef d'entreprise, alors qu'il n'est pas du tout formé pour cela.

⁷⁹⁰ Crim. (Arrêt Carpaye), 22 avril 1992, *Bull. Crim.*, n° 169.

⁷⁹¹ M. VERON, « L'abus de biens sociaux : évolution ou dérive », *Gazette du Palais*, 1996, p. 623.

⁷⁹² Crim. 11 janvier 1996, *Les petites affiches*, n° 41, 1996 ; p. 23, Note : C. DUCOULOUX-FAVARD.

⁷⁹³ Crim. 20 juin 1996, *Dalloz*, 1996, p. 589. Note : B. BOULOC.

⁷⁹⁴ Crim. 27 octobre 1997, *Bull. Crim.*, n° 352. A titre indicatif cette infraction n'existe pas en droit marocain.

⁷⁹⁵ Crim. 11 mars 1971, *La semaine juridique*, 1971-II-16394, Note : SOUSI.

L'argument est pertinent, mais la critique est excessive puisque l'acte contraire à l'intérêt social est une condition nécessaire mais non suffisante pour que l'infraction soit constituée.

En effet, l'acte doit aussi être accompli de mauvaise foi et dans un but personnel. Dans ce contexte, les juges devraient prendre en compte plusieurs critères afin d'examiner convenablement l'acte accompli par le dirigeant. D'une part, ils doivent prendre en considération le contexte économique, industriel et social parallèlement au préjudice que l'acte litigieux risquait de faire courir à la société et les avantages virtuels. Ce critère est très importants parce qu'il permet de regarder de près tous les éléments lors de la décision sur l'acte critiqué et de déceler les facteurs imprévus qui déjouent les prévisions des dirigeants. D'autre part, conformément aux règles générales du droit pénal, c'est au jour de l'opération incriminée qu'il convient de se placer pour apprécier la situation, et rechercher si l'on pouvait prévoir un résultat dommageable aux intérêts de la société⁷⁹⁶. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a cassé une décision de la cour d'appel qui se contentait d'énoncer que la réalité du risque était inhérente au marché, sans rechercher si les dirigeants avaient fait courir sciemment à la société un risque anormal au moment de la signature du contrat⁷⁹⁷.

Au Maroc, la jurisprudence des tribunaux correctionnels ainsi que la Chambre pénale de la Cour de cassation relèvent plusieurs types de qualification de l'infraction. Mais les plus récurrentes demeurent celles résultant d'une confusion de patrimoines, même temporaire ou d'un emprunt de fonds sociaux pour régler des dettes personnelles. « S'il n'existe aucune définition légale ni jurisprudentielle de la notion d'intérêt social, les juges distinguent néanmoins l'intérêt social de l'intérêt des associés ou de l'objet social de la société⁷⁹⁸ ».

En revanche les conséquences d'un acte contraire à l'intérêt de la société sont, elles plus facilement identifiables. La cour de cassation considère qu'« il suffit que l'acte ait abouti à des pertes ou même qu'il ait comporté des risques de pertes auxquels l'actif social n'avait pas à être exposé⁷⁹⁹ »..

Mais l'élément intentionnel demeure le plus important à caractériser et, selon les magistrats contactés, seule une action pour « abus de bien social » sur trois aboutit. En effet, le dirigeant doit avoir agi de mauvaise foi en sachant que l'acte était contraire à l'intérêt de la société et cela à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle les

⁷⁹⁶ J-F. RENUCCI et M. CARDIX, « L'abus de biens sociaux », Collection que sais-je, éd PUF, 1998, p.23.

⁷⁹⁷ Crim. 2 décembre 1992, *Droit pénal* ; 1992, Commentaire n°101.

⁷⁹⁸ Explique A. TAOUH, Avocat à la Cour, spécialiste en droit pénal des affaires.

⁷⁹⁹ Seule une action pour abus de bien social sur trois aboutit.

dirigeants étaient intéressés directement ou indirectement. D'autant qu'aucune présomption n'existe et que la charge de la preuve incombe à l'accusation. Ainsi, la jurisprudence constante en la matière indique que même si les auteurs de la plainte font état d'une dépense émise par une société pour rémunérer le dirigeant d'une autre société, cela n'est pas suffisant pour constituer un abus de bien sociaux, l'accusation doit en effet préciser en quoi le dirigeant « *poursuivait un intérêt personnel à cette opération ou aurait eu un intérêt, direct ou indirect, dans la société*⁸⁰⁰ ».

Cependant, les juges reversent parfois la charge de la preuve et demandent au dirigeant de prouver qu'il n'avait pas agi dans son intérêt personnel s'il existe des actes présumés effectués dans l'intérêt personnel du dirigeant. Il a ainsi été jugé que « *s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux, prélevés de manière occulte par un dirigeant social, l'ont nécessairement été dans son intérêt personnels*⁸⁰¹ ».

Pour conclure, on peut dire qu'il est faux de considérer qu'un acte illicite constitue nécessairement un risque anormal de sanction contraire à l'intérêt social. C'est là une position conceptuelle idéale déconnectée de la réalité. L'intérêt social peut, dans une certaine mesure, prospérer en marge de la loi. Il y a des violations de la loi qui seront toujours plus profitables à l'intérêt social que la sanction pénale encourue ; ainsi, dans des secteurs économiques dominés par la corruption, le fait de ne pas s'y soumettre sera toujours plus préjudiciables à la société que de l'accepter.

La réalité, que certes l'in ne peut que déplorer, mais là n'est pas la question sur un plan purement juridique, s'impose ici face à la pétition de principe qui voudrait que l'intérêt social, à moyen ou long terme, soit toujours négativement affecté par ces critiques. Si l'on se réfère au seul critère de l'intérêt social, il faut dépasser cette position idéologique pour apprécier concrètement si l'acte contesté était ou non susceptible de lui porter préjudice⁸⁰².

- **La relative indifférence à la fin personnelle** : L'infraction ne suppose pas seulement que l'acte soit contraire à l'intérêt de la société ; dans ce cas, il relèverait seulement de la mauvaise gestion par les dirigeants sociaux. Le dirigeant qui réalise une opération défavorable, voire désastreuse, pour sa société sans rechercher à en tirer personnellement profit ne commet

⁸⁰⁰ A. NAIMI, « Plus de 7000 abus de biens sociaux qualifiés par les tribunaux en 4ans ! », *art. préc.*

⁸⁰¹ *Ibid.*

⁸⁰² En ce sens, Paris, 3 déc. 1997, *RJDA* 1998, n° 734 : « *le paiement de factures fictives en règlement de travaux réellement réalisés de manière clandestine par une entreprise qui n'a aucune existence légale et n'a procédé à aucune déclaration fiscale ne serait constituer, du seul fait du risque de redressement fiscal, le délit d'abus de bien sociaux* ».

pas un abus de biens sociaux mais une faute de gestion⁸⁰³. Les textes exigent que l'acte incriminé soit accompli à des fins personnelles.

D'une part, on peut citer à titre d'exemple et non limitatif l'intérêt de nature matérielle : l'utilisation d'un immeuble de la société à un usage personnel ou encore par la confusion des comptes personnels et de la société⁸⁰⁴. La jurisprudence voit aussi comme fin personnelle, les actes accomplis au profit des proches des dirigeants⁸⁰⁵. Le même raisonnement s'applique si ces actes sont perpétrés pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement comme c'est le cas d'un PDG d'une SA qui a versé plusieurs commissions injustifiées à une SARL qu'il avait créée⁸⁰⁶.

D'autre part, il a été décidé depuis plus de trente ans que l'intérêt n'était pas nécessairement d'ordre patrimonial. Il peut s'entendre d'un intérêt moral, comme la sauvegarde de la réputation du nom⁸⁰⁷, des relations personnelles d'amitié⁸⁰⁸ et même des considérations d'ordre électoral⁸⁰⁹.

Par ailleurs, dans un autre arrêt de la Chambre criminelle apporte une contribution à la jurisprudence antérieure en confirmant que la qualification d'usage abusif de biens sociaux ne nécessite pas qu'il « ait eu lieu à des fins exclusivement personnelles, le montage juridique et financier, sciemment mis en place, ayant permis de mettre à la charge de deux sociétés des honoraires versés une holding familiale alors qu'ils ne correspondaient à aucune prestation utile, doit être regardé comme constitutif d'un abus de biens sociaux au détriment des deux sociétés⁸¹⁰ ».

Donc, le critère de l'intérêt social n'est pas exclusif, il faut aussi caractériser la fin personnelle, matérielle ou morale⁸¹¹. Cette exigence d'un dol spécial est un trait caractéristique de l'abus de biens sociaux et le législateur, en formulant cette condition, entendait bien limiter le champ de l'infraction aux comportements nettement détachés de

⁸⁰³ Crim. 16 janvier 1989, Dalloz, p. 495., Note : J. COSSON, V. aussi, P. DIBOUT, « Acte illicite, abus de biens sociaux et acte anormal de gestion », *Entreprise Ethique*, n°7, 1997, p. 89 et s.

⁸⁰⁴ Crim. 21 août 1991, *Droit pénal*, 1992, n°17.

⁸⁰⁵ Crim. 13 mars 1975, *Bull. Crim.*, n°78.

⁸⁰⁶ Crim. 14 février 1974, *Bull. Crim.*, n° 68.

⁸⁰⁷ Crim. 03 mai 1967, *Bull. Crim.*, n°148.

⁸⁰⁸ Crim. 19 juin 1978, *Bull. Crim.*, n° 202.

⁸⁰⁹ Crim. 16 février 1971, *Bull. Crim.*, n° 53.

⁸¹⁰ J-F. BARBIERI, « Abus de biens sociaux, éléments constitutifs « », Fin exclusivement personnelles (non), *Bulletin Joly sociétés*, 2007, p.245.

⁸¹¹ Cette dématérialisation de l'intérêt personnel est de plus en plus largement admise : pour la volonté de s'assurer de bonnes relations avec des personnages influents dans la sphère politique, V. Crim., 20 mars 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 581, note B. BOULOC ; *Bull. Joly* 1997, p. 855, note J-F. BARBIEREI ; *RTD com.* 1997. 847.

l'intérêt social⁸¹². On notera que c'est en principe une différence avec l'abus de confiance qui se contente de l'intention délictueuse ordinaire. A cet égard, on constate que la jurisprudence se contente souvent de présumer l'existence de l'intérêt personnel⁸¹³, ce qui est très contestable au regard de la présomption d'innocence⁸¹⁴. Cette indifférence des tribunaux au mobile revient à aligner l'abus de biens sociaux sur l'abus de confiance⁸¹⁵ et tend à gommer sa spécificité d'infraction de droit des sociétés.

b- Le dévoiement de l'abus de biens sociaux

L'article 384 de la loi n°17-95 et l'article 107 de la loi 5-96 répriment les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion qui, de mauvaise foi, auront soit fait des crédits soit des pouvoirs ou des voix dont ils disposaient, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts économiques de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement. Dans le même sens, est allé le législateur français ; la seule différence c'est que la jurisprudence française est très riche et abondante en la matière à tel point que certains auteurs estiment qu'aujourd'hui un véritable dévoiement du délit a été opéré et stigmatisent ce qui leur paraît constituer une véritable dérive contraire au principe d'interprétation stricte de la loi pénale⁸¹⁶.

De cette évolution, il résulte à l'évidence que la logique répressive l'emporte sur la logique sociétaire. Il s'agit selon la formule d'un auteur, d'un véritable « *dévoiement* » de l'abus de biens sociaux qui, de délit d'intérêt privé tend à être transformé en un délit d'intérêt général⁸¹⁷.

Si les raisons de ce dévoiement sont multiples, elles tiennent essentiellement aux « *qualités* » procédurales bien connues de l'abus de biens sociaux. La prescription de l'action publique du délit de biens sociaux est de cinq ans au Maroc⁸¹⁸ et trois ans en France⁸¹⁹. La problématique tient au calcul du délai de la prescription de cette infraction. En droit commun, le délai court à

⁸¹² A. VITTU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Cujas 1982, t. II, n° 986, p. 780.

⁸¹³ Crim., 20 juin 1996, D. 1996, D. 1996, jur., p. 589, note B. BOULOC ; PA 24 juill. 1996, n°89, p. 31, note C. DUCOULOUX- FAVARD. Même sens, Crim., 28 mai 2003, *Bull. crim.* n°109 ; *Bull. Joly* 2003, p. 1147, note J-F. BARBIERI ; RTD com. 2003.829.

⁸¹⁴ B. BOULOC, *Présomption d'innocence et droit pénal des affaires*, *Rev.sc. crim.* 1995, p. 465.

⁸¹⁵ W. JEANDIDIER, *Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*, J.-CL. *Sociétés* *Traité*, Fasc. 132-20, n°79.

⁸¹⁶ A.-EL. IDRISSE, « Droit pénal des affaires : l'abus de biens sociaux dans la jurisprudence », *art.préci.* p.74.

⁸¹⁷ B. BOULOC, *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, *RJ com.* 1995, p. 300 s.

⁸¹⁸ Le législateur, pour pallier à toutes les éventualités, a décidé que la prescription est de 5 ans à compter du fait dommageable, ou s'il a été dissimulé lors de sa révélation (Art 355 loi 17-95).

⁸¹⁹ En France, l'action publique se prescrit par trois ans pour la même infraction (C.com. art. L225-254).

partir du jour où l'infraction est commise, et puisque ce délit est une infraction instantanée, la prescription commence à partir normalement de l'usage abusif des crédits de la société.

Pourtant, jusqu'à une période récente, la haute juridiction affirme que le délit d'abus de biens sociaux commence à se prescrire au jour où le délit était apparu et avait pu être constaté⁸²⁰ dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique⁸²¹ ce qui rend l'infraction quasi imprescriptible. Cette jurisprudence *contra legem* s'explique compte tenu de la nature spécifique du délit, clandestin et occulte.

Depuis 1997, la Chambre criminelle a en effet considéré que la prescription de l'action publique court normalement à compter de la présentation des comptes annuels, sauf dissimulation⁸²². La jurisprudence s'attache surtout à préciser la délicate notion de dissimulation de laquelle dépend en partie la portée effective du principe affirmé⁸²³.

Un autre rééquilibrage effectué par la Cour de Cassation concerne le point de départ de la prescription lorsque le délit concerne un contrat à exécution successive. Si l'abus de biens sociaux est une infraction instantanée, elle n'est cependant pas constituée uniquement au jour de la conclusion du contrat mais également lors de chacun de ses actes d'exécution.

Sous réserves de cette dernière évolution qui procède à des réajustements particulièrement nécessaires, la position actuelle de la jurisprudence en matière d'abus de biens sociaux n'est pas pour autant satisfaisante. Intrinsèquement, c'est un délit propre au droit des sociétés mais dans son emploi effectif, il est trop souvent un délit « *à tout faire* », incrimination commode pour sanctionner des actes qui ne correspondent pas exactement à sa raison d'être⁸²⁴. Comme le notent justement certains auteurs, « *le fondement de la répression est décalé par rapport au comportement critiqué : on veut réprimer principalement la corruption et non l'atteinte aux intérêts d'une société commerciale, on vise donc une cible avec des armes qui ne sont pas appropriées à celle-ci*⁸²⁵ ». Mais la confrontation de logiques purement pénales et sociétaires en matière d'abus de biens sociaux peut parfois trouver des conciliations plus heureuses. Tel est le cas lorsque l'abus est commis dans le cadre d'un groupe de sociétés.

⁸²⁰ Crim. 7 décembre 1967, *Bull. Crim.* n° 321.

⁸²¹ Crim. 10 août 1981, *Bull. Crim.* n° 244., Crim. 27 juillet 1993, *Droit pénal*, Commentaire n°89, 1994., Crim. 30 novembre 1993, *Droit pénal*, Commentaire n° 110, 1994.

⁸²² A.-EL. IDRISSI, « Droit pénal des affaires : l'abus de biens sociaux dans la jurisprudence », *art.préci.* p.91.

⁸²³ Crim., 10 avril 2002, *Bull. crim.* n°85 ; *Rev. Sc. Crim.* 2002, p. 827, obs. D. REBUT ; *RTD com.* 2002, p. 737, note J.-H. ROBERT ; 25 févr. 2004, *Juris-Datan*° 2004-023071 ; *Dr. Pénal* 2004, comm. n°115.

⁸²⁴ Certains magistrats instructeurs ne nient pas utiliser l'abus de biens sociaux pour sa facilité : V. not, la position de E. JOLY, *Le Monde* du 5 juillet 2002.

⁸²⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17^{ème} éd., Litec 2004, n° 582, p. 268.

II- L'infléchissement des impératifs du droit pénal par ceux du droit des sociétés

Avant de mettre la lumière sur la conciliation des logiques différentes (a) en la matière dans un second lieu, il serait opportun de traiter cet infléchissement des critères excluant la constitution du délit (b) dans un premier lieu.

a- Les critères excluant la constitution du délit en présence d'un groupe de société

Au moment où une société fait partie d'un groupe, il peut arriver que ses dirigeants prélèvent des fonds dans sa trésorerie afin d'aider de biens société du même groupe. A s'en tenir au strict régime du délit d'abus de biens sociaux, les conditions d'incrimination ne distinguant pas selon que la société est isolée ou qu'elle fait partie d'un groupe, l'infraction devrait être constituée.

L'abus de biens sociaux ayant pour finalité de défendre le patrimoine de la société, l'hypothétique profit qu'elle peut retirer de son soutien au groupe ne suffit pas à compenser la très certaine ponction opérée dans ses caisses. En outre, les minoritaires et les créanciers de celle-ci sont fondés à considérer que ces sommes sont distraites contrairement à leurs intérêts.

En ne tenant pas compte de l'existence du groupe, le droit pénal ne ferait jamais qu'imiter le droit commercial, qui l'ignore encore largement, alors qu'il est pourtant autrement concerné. A l'inverse, la société peut devoir l'essentiel de son activité à son intégration au groupe et celui-ci est également susceptible de lui rendre la pareille en l'assistant en cas de difficultés financières, ce qui serait, dans ce cas-là, particulièrement profitable aux minoritaires et aux créanciers. Tout en admettant d'infléchir la rigueur pénale par la considération de l'existence d'un groupe, la jurisprudence a adopté une solution de compromis destinée à garantir les intérêts de la société ponctionnée.

La jurisprudence a pour origine un jugement du tribunal correctionnel de Paris du 16 mai 1974, dans la première affaire *Willot*⁸²⁶, dont la logique et les conditions ont été reprises pour l'essentiel dans l'arrêt de la Chambre criminelle du 4 février 1985, dans la célèbre affaire *Rozenblum*⁸²⁷. Cet arrêt pose trois conditions cumulatives qui permettent d'éviter que le délit d'abus de biens sociaux soit retenu en cas de concours financier apporté par les dirigeants à une autre entreprise d'un même groupe.

⁸²⁶ *Gaz. Pal.* 1974, 2, p. 886 ; *D.* 1975, p. 37 ; *Rev. Sociétés* 1975, p. 657, obs. B. OPPETIT.

⁸²⁷ *Bull. crim.*, n°54 ; *Rev. Sociétés* 1985, p. 688, note B. BOULOC ; *JCP* 1986, I, 20585, note W. JEANDIDIER ; *D.* 1985, p. 478, note OHL.

Premièrement, la première condition est celle de la réalité du cadre qui est invoqué : il doit s'agir d'un véritable groupe, économiquement structuré et non d'un agrégat artificiel. La seconde condition est liée à la réalité de l'intérêt du groupe : ce concours suspecté d'abus *«doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe »*. Enfin, la dernière condition, tournée vers la charge financière effectivement supportée par la société contributrice, est double. D'une part, au regard des échanges internes au groupe, le concours apporté ne doit pas *« être démuné de contrepartie ou rompe l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées »*. D'autre part, cette fois-ci au regard des capacités propres de la société, son concours financier ne doit pas excéder ses possibilités financières; on ne peut donc saigner la fille jusqu'à la sacrifier pour sauver la mère. Cette jurisprudence équilibrée a depuis été confortée par plusieurs arrêts en France⁸²⁸.

b- La conciliation de logiques différentes

Une interrogation se présente : l'existence du groupe peut être considéré comme un fait justificatif? La réponse ou bien la solution d'équilibre trouvée par la jurisprudence est assez satisfaisante et d'ailleurs bien reçue par la doctrine⁸²⁹. Pour autant, il est étonnant d'écarter ainsi une incrimination par la considération d'élément qu'elle ne prévoit nullement.

Pour justifier cette position, il est généralement proposé d'y voir un fait justificatif⁸³⁰, ou, plus précisément, selon un auteur⁸³¹, deux sortes de faits justificatifs: l'état de nécessité d'abord, soit celui du dirigeant de la société ponctionnée qui est sommé de contribuer, à peine de perdre sa situation, soit l'état de nécessité résultant de la crise que traverse le groupe. L'autre fait justificatif serait la permission de la loi qui admet la licéité des groupes et dont découlerait la nécessité d'apprécier l'abus éventuel au niveau du groupe.

Cette analyse est contestable. En ce qui concerne la licéité des groupes, il n'y a rien à en tirer: la licéité d'une structure n'exclut pas qu'une infraction puisse être commise en son sein et ne permet pas d'en tirer argument pour déplacer l'appréciation de l'intérêt au niveau du groupe.

⁸²⁸Crim., 13 fév. 1989, *Bull. crim.*, n°69 ; *Rev. sociétés* 1989, note B. BOULOC ; 23 avr. 1991, *Bull. crim.*, n°193 ; *Rev. Sociétés* 1991, p. 785, note B. BOULOC ; 4 sept. 1996, *Bull. crim.*, n°314 ; *Rev. Sociétés* 1997, p. 365, note B. BOULOC ; *Bull. Joly* 1997, p. 107, note N. RONTCHEVSKY ; 24 juin 2001, n°90-86.854.

⁸²⁹W. JEANDIER, *Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix, J-CL. Sociétés Traité*, Fasc. 132-20, n°68.

⁸³⁰F. LE GUNHEC, *Le fait justificatif tiré de la notion de groupe de société dans le droit pénal français de l'abus de biens sociaux, à propos d'un arrêt de la Chambre criminelle du 4 février 1985, RID pén.* 1987, p. 117.

⁸³¹J. LEAUT2, *La reconnaissance de la notion de groupe en droit pénal des affaires, JCP* 1973, I, 2551.

Pour ce qui est de l'état de nécessité il résulte d'un conflit entre deux intérêts, le moins précieux étant sacrifié en commettant l'infraction⁸³².

Plutôt que de voir dans le groupe un fait justificatif de l'infraction, mieux vaut considérer que l'existence du groupe s'oppose à ce que l'infraction puisse être caractérisée. L'appréciation de l'incidence du groupe s'effectue alors en amont, sur le caractère contraire à l'intérêt social de l'usage des biens, condition essentielles du délit. Cette position a d'abord le mérite d'être plus logique: si finalement l'existence d'un groupe peut justifier d'écarter l'infraction, c'est nécessairement qu'il résulte de la pesée des intérêts considérés que l'opération n'était pas contraire à l'intérêt social, et par conséquent, on ne peut plus y avoir une cause d'exonération judiciaire de l'intérêt social et à l'extension de cette notion. En outre, elle permet de respecter le principe de légalité fort malmené par l'invocation d'un fait justificatif non prévu par la loi.

Surtout, cette analyse permet de mettre en valeur l'importance de la notion d'intérêt social comme facteur de conciliation des logiques pénales et sociétares⁸³³. La première de ces logiques, la plus rigoureuse, axée sur la finalité de protection du patrimoine de la société, devrait considérer que l'intérêt social est affecté dès que la société s'appauvrit sans contrepartie immédiate tangible. Mais la notion d'intérêt social « *cheval de Troie* » de la logique sociétaire en droit pénal, infléchit la rigidité pénale et permet d'opérer la nécessaire distinction entre solidarité légitime et vampirisme financier. Finalement, le droit répressif s'en remet à une notion du droit des sociétés pour déterminer si l'infraction est ou non constituée.

Si la jurisprudence obtenue en matière d'abus de biens sociaux commis en rapport avec l'existence d'un groupe de sociétés est un exemple réussi de transaction entre les logiques propres du droit pénal et du droit des sociétés, la conciliation opérée par le législateur est loin d'être aussi heureuse sur un plan purement technique

Sous-section 2 : Les autres déficiences en droit pénal des sociétés

Le droit pénal des sociétés présente de nombreuses insuffisances formelles qui en affectent la cohérence et l'éloignement des exigences traditionnelles du droit pénal général. Aces reproches, dans la technique de l'incrimination (paragraphe 1) s'en ajoutent d'autres liées aux disparités dans le domaine de la répression (paragraphe 2).

⁸³²J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 5^{ème} éd., PUF 2001, p. 268.

⁸³³M.-H. DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, Thèse de doctorat, Université René Descartes, Paris V, L.G.D.J., 2005, p. 53.

Paragraphe 1 : Les insuffisances de la technique d'incriminations

Au-delà de la quantité et de la distribution du droit pénal au sein du droit des sociétés, les critiques portent sur la qualité même de ce droit pénal. A bien des égards, cette dernière laisse à désirer, et nombreux sont les auteurs à l'avoir dénoncé⁸³⁴.

Ainsi la volonté étatique d'orienter l'économie a conduit à l'élaboration de lois techniques et tatillonnes censées tout organiser avec minutie et pour lesquelles le moindre écart de conduite doit être lourdement sanctionné⁸³⁵.

Chaque élément constitutif des infractions en droit pénal des sociétés souffre d'une déficience qualitative, si donc le droit pénal de direction tend désormais à l'emporter sur celui de protection, cette évolution est particulièrement notable dans la technique législative qui souffre de nombreuses insuffisances. Celles-ci se rencontrent aussi bien au regard de l'élément l'égal (A), qu'au regard de l'élément matériel (B) ou moral (C) des infractions dont la rédaction laisse trop souvent à désirer.

A- L'élément légal

L'importance du droit pénal réglementaire n'a cessé de se développer, et en matière de société la coordination des sources réglementaires n'est pas toujours des plus heureuses (I). Ainsi que la volonté de tout sanctionner a conduit le législateur à recourir à la technique de l'incrimination par renvoi (II).

I- L'importance des textes réglementaire

Traditionnellement ce principe légaliste est formulé par l'adage latin : « *nullum crimen nulla pena sine lege*⁸³⁶ » ; qui signifie qu'un comportement ne peut entraîner des conséquences pénales pour son auteur que s'il a été préalablement érigé en infraction par une loi. Pas d'infractions, pas de peine sans loi⁸³⁷.

⁸³⁴ L. SAHRANE, *Le droit des affaires entre la pénalisation et la dépénalisation*, Thèse en Droit Privé, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah, 2015, p.86.

⁸³⁵ M-H-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op.cit., p. 55.

⁸³⁶ Art. 8 de la Déclaration des Droits de 1789.

⁸³⁷ Traité des délits et des peines, éd., CUJAS, 1966, V. particulièrement son introduction rédigée par M. ANCEL et G. LEVASSEUR.

Le principe légaliste a été conçu et formulé pour la première fois à la fin du 18^{ème} siècle par le jeune avocat italien C. BECCERIA⁸³⁸. Contrairement aux écrits des philosophes du 18^{ème} siècle qui se sont bornés à critiquer les vices de la justice criminelle de leur époque, BECCARIA, tout en rejoignant les critiques de ces penseurs, saura proposer le remède. A l'arbitraire et ses conséquences inévitables : l'inégalité de la répression opposera le principe nouveau de la légalité des délits et des peines.

Au Maroc, ce principe a été introduit par le Code pénal français de 1913 et le code espagnol de 1953 et a trouvé sa première consécration dans la législation du Maroc indépendant dans l'article 10⁸³⁹ de la constitution de 1996 qui dispose que : « *il ne peut y avoir d'infraction ni de peine qu'en vertu d'une loi préalablement édictée. Les peines sont personnelles* ». Ce principe a été affirmé par toutes les constitutions marocaines jusqu'à nos jours⁸⁴⁰.

Egalement l'article 3 du code pénal marocain prévoit que « *Nul ne peut être condamné pour un fait qui n'est pas expressément prévu comme infraction par la loi, ni puni de peines que la loi n'a pas édictées* ». Ce code renforce ledit principe par son article 8 en disposant que « *Nul mesure de sûreté ne peut être prononcée que dans les cas et conditions prévus par la loi* ».

Ainsi, on constate que le développement du droit pénal de direction résulte de la volonté de l'exécutif de diriger l'économie. Pour ce faire, il a employé les deux pouvoirs normatifs à sa disposition : la loi d'abord, dont il détermine l'essentiel des dispositions par la préparation des projets, et le règlement ensuite, qu'il maîtrise totalement. La loi pénale se devant désormais de mettre en œuvre la politique économique du pouvoir exécutif, il était dans l'ordre logique des choses que ce même pouvoir s'impose plus directement encore dans son élaboration.

⁸³⁸C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764,. Dans cet ouvrage l'auteur critique d'une façon impitoyable la justice criminelle de son époque, et dont les traits fondamentaux se retrouvent identiques dans toute l'Europe. Cité par A. JAAFAR, *Cours de droit pénal général*, op.cit. p.41.

⁸³⁹Dahir n° 1-61-167 du 17 Di Al Hija 1380 (2 juin 1961) portant loi fondamentale pour le Royaume.

⁸⁴⁰V. art. 23 du Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la constitution marocaine qui dispose que : « Nul ne peut être arrêté, détenu, poursuivi ou condamné en dehors des cas et des formes prévus par la loi.

La détention arbitraire ou secrète et disparition forcée sont des crimes de la plus gravité. Elles exposent leurs auteurs aux sanctions les plus sévères.

Toute personne détenue doit être informée immédiatement ; et d'une façon qui lui soit compréhensible, des motifs de sa détention et de ses droits, dont celui de garder le silence. Elle doit bénéficier, au plus tôt, d'une assistance juridique et de la possibilité de communication avec ses proches, conformément à la loi.

La présomption d'innocence et le droit à un procès équitable sont garantis.

Toute personne détenue jouit de droits fondamentaux et de conditions de détention humaines. Elle peut bénéficier de programmes de formation et formation et de réinsertion.

Est proscrite toute incitation au racisme, à la haine et à la violence.

Le génocide et tous autres crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et toutes les violations graves et systématiques des droits de l'Homme sont punis par la loi. »

II- L'importance des incriminations par renvoi

En touche ici la technique de l'incrimination par renvoi, dont certains la qualifie « *d'instrument de paresse législative*⁸⁴¹ ». Cette technique malmène quelque peu le principe de la légalité, qui commande une rédaction claire et précise des lois⁸⁴².

Au Maroc, dès la promulgation, le 30 Août 1996, de la nouvelle loi sur les sociétés anonymes, des critiques se sont élevées pour souligner les limites d'une « *modernisation* » par le biais d'une transposition formelle, sans adaptation, des infractions édictées par les lois françaises au milieu marocain en mettent l'accent précisément sur le fait que, 'au moment même où les lois marocaines ont vu le jour, la réflexion sur la dépénalisation du droit des sociétés était très avancée et regrettant que les rédacteurs de la loi n'aient pas mis à profit ces réflexions lors de son élaboration⁸⁴³. Comme pour la loi française de 1966, les effets pernicioeux de la prolifération des sanctions pénales prévues par ladite loi risquent d'être amplifiées dans le contexte marocain où le dispositif pénal pesant sur les dirigeants « *risque d'être utilisé comme un élément de négociation, de menace ou de représailles dans les relations entre dirigeants et associés* » et la migration des dirigeants des SA vers la forme de SARL observée depuis la promulgation de la loi sur les SA s'explique en partie par ce risque et aussi par le caractère familial et personnel prédominant dans les entreprises marocaines. Ces entreprises, devraient, selon ces critiques, bénéficier d'un dispositif allégé et moins contraignant par le maintien de l'incrimination des seuls comportements intentionnels ou frauduleux, le renvoi pour certains délits au droit pénal général, la possibilité, chaque fois que c'est possible, de réparer les omissions ou erreurs non intentionnelles et le renforcement des peines civiles telles l'astreinte ou l'amende⁸⁴⁴.

Aussi, pour les sociétés anonymes, c'est l'article 419⁸⁴⁵ qui punit d'une amende de 1.000 à 5.000 dirhams, les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une société anonyme qui auront omis d'indiquer sur les actes ou documents émanant de la société et destinés aux tiers la dénomination sociale, précédée ou suivie immédiatement de la mention « *société anonyme* » ou des initiales « SA » ou de la mention prévue à l'article 77 (3e alinéa)⁸⁴⁶, ainsi que l'énonciation du montant du capital social et du siège social. En fait,

⁸⁴¹ M.H.DOURNAUX, *Les voies de la réforme du droit pénal des sociétés*, BMIS n° 4, 2003.

⁸⁴² L. SAHRANE, *Le droit des affaires entre la pénalisation et la dépénalisation*, op.cit. p.86.

⁸⁴³ Rachid Lazrak, *le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, op.cit., p.106.

⁸⁴⁴ *Ibid.*

⁸⁴⁵ La loi 17-95 relative aux la société anonyme, op.cit.

⁸⁴⁶ Art. 77, al 3 de la loi 17-95., op.cit.

l'article 419 renvoie à l'article 77 de la même loi qui prévoit la constitution, au choix, de société anonyme à directoire et à conseil de surveillance. Le même délit est prévu pour la société anonyme simplifiée⁸⁴⁷. Et l'article 112 de la loi 5-96 relative aux autres sociétés commerciales prévoit le même délit et la même sanction.

Donc on peut dire que la connaissance de l'infraction mais aussi généralement de la peine applicable est quasiment rendue impossible, du moins largement inaccessible pour un non juriste. Or les petites et moyennes entreprises ne font que rarement appel à des juristes. Aussi, cette technique critiquable de l'incrimination par renvoi est un facteur d'inflation pénale préjudiciable à la matière dans son ensemble⁸⁴⁸. Sont utilisées des clauses-balai du type : « *toute violation des articles tant à tant sera punie de...* ». M.DELMAS remarquait alors qu'il n'y a rien de plus facile que de fabriquer du droit pénal avec ce mécanisme⁸⁴⁹. La quantité prend de manière critiquable le dessus sur la qualité, laissant une mauvaise impression « *d'usine à droit pénal* ».

B- L'élément matériel

La branche du droit pénal des affaires relative à l'ordre public économique de direction, soit celle réprimant la violation des prescriptions en droit des sociétés, a vu fleurir en son sein de nombreux délits d'omission⁸⁵⁰.

Or il s'agissait bien souvent d'omissions vénielles, qui devenaient alors pénalement sanctionnées, Y figure notamment l'omission de mentionner sur les actes et documents destinés aux tiers la dénomination sociale, précédée ou suivie de sa forme sociale, ainsi que le montant du capital social. Il y a ici sans aucun doute disproportion manifeste entre la gravité de l'acte et la nature pénale de la sanction⁸⁵¹.

A part la sanction, c'est le domaine des infractions d'omission qui est en cause, la jurisprudence ayant procédé à une extension critiquable de ce dernier. Le délit de présentation ou publication de comptes ne donnant pas une image fidèle peut désormais se commettre par

⁸⁴⁷ Art .438 de la loi 17-95 qui dispose : « Sera puni d'une amende de 2.000 à 10.000 dirhams, le président d'une société anonyme simplifiée qui aura omis d'indiquer sur les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers la dénomination sociale, précédée ou suivie immédiatement de la mention « société anonyme simplifiée » ou des initiales « SAS », ainsi que l'énonciation du montant du capital social et du siège social ».

⁸⁴⁸ L.SAHRANE, *Le droit des affaires entre la pénalisation et la dépénalisation*, op.cit. p. 87.

⁸⁴⁹ M.DELMAS-MARTY, « L'évolution du droit pénal des affaires », Colloque : La vie des affaires et la responsabilité pénale, Vers une nouvelle criminalité d'affaires ? , 27 mai 1998.

⁸⁵⁰ L.SAHRANE, *Le droit des affaires entre la pénalisation et la dépénalisation*, op.cit. 87.

⁸⁵¹ L.SAHRANE, *Le droit pénal des affaires entre pénalisation et dépénalisation*, op.cit. p.88.

action ou par omission. Il en résulte ainsi un renforcement contestable de la répression, puisque ne pas avoir fait équivaut à avoir mal fait, et à commettre une infraction⁸⁵².

Par ailleurs, la définition légale lacunaire et vague de certaines infractions va donner lieu à une jurisprudence foisonnante, parfois peu respectueuse du principe de la légalité et de son corollaire qu'est le principe d'interprétation stricte. Or, cela peut présenter un danger en ce que la jurisprudence n'est pas soumise au principe de non rétroactivité.

C- L'élément moral

Troisième volet du triptyque des éléments constitutifs des infractions, l'élément moral ou intentionnel de certains délits de droit des sociétés déroge également aux règles de droit pénal général.

D'après le code pénal⁸⁵³ ; il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. L'intention doit dès lors être caractérisée pour retenir la responsabilité pénale de l'agent.

Si l'on met de côté les délits non intentionnels, force est de constater que l'intention est parfois malmenée par la jurisprudence s'agissant de la caractérisation des infractions d'affaires. C'est le cas en particulier du délit d'abus de biens sociaux. Les décisions en la matière se montrent fort compréhensives et adoptent une conception parfois très large de l'intention délictueuse, au mépris du principe d'interprétation stricte. Le dirigeant doit avoir agi contre l'intérêt social mais aussi dans son intérêt personnel. La définition légale de l'abus de biens sociaux comprend donc un dol général et un dol spécial⁸⁵⁴.

Le dol général découle de la mauvaise foi du dirigeant, exigée pour la constitution de l'infraction. En revanche, le dol spécial recouvre quant à lui les fins personnelles ayant conduit le dirigeant à agir de la sorte. D'après nos recherches, on peut dire que la loi ne précisait rien quant à la nature de l'intérêt personnel, le juge a construit progressivement une jurisprudence élargissant la notion. Ainsi, l'intérêt personnel recouvre aujourd'hui, outre le classique intérêt patrimonial, l'intérêt professionnel, moral voire honorifique ; il va même jusqu'à recouvrir le maintien de liens avec sa maitresse.

On peut au passage sanctionner l'incohérence dans la jurisprudence qui n'est jamais référée à l'intérêt moral pour caractériser un abus de confiance, pourtant « *infraction mère* » de l'abus

⁸⁵² M.H-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op.cit. 62.

⁸⁵³ Art. 133 du code pénal marocain.

⁸⁵⁴ L.SAHRANE, *Le droit pénal des affaires entre pénalisation et dépenalisation*, op.cit.p.88..

de biens sociaux. On aboutit ainsi à une quasi-présomption d'intention, et s'agissant de manquements à des prescriptions du droit des sociétés, la jurisprudence en vient à déduire l'intention de la seule qualité de dirigeant. Elle utilisera le raccourci suivant : en tant que dirigeant, il ne pouvait pas ne pas savoir. C'est la théorie critiquée de la connaissance obligée.

Depuis une quinzaine d'année, et après avoir été fortement minimisé, l'élément moral a connu un nouveau appréciable. En ce sens, un arrêt de la Cour de Cassation censure les juges du fond qui n'ont pas « *recherché si le dirigeant social avait pris un intérêt personnel direct ou indirect dans le règlement des fausses factures* »⁸⁵⁵.

On constate aussi, que le droit pénal des sociétés commerciales se caractérise par l'existence de textes purement objectifs⁸⁵⁶, qui débordent le domaine des contraventions pour envahir celui des délits.

Ce mouvement s'est renforcé au Maroc surtout après la promulgation de la loi 20-05 complétant et modifiant la loi 17-95 relatives au sociétés anonymes⁸⁵⁷, l'une des caractéristiques essentielles de cette loi, est qu'elle crée un régime dérogatoire au droit commun en ce qui concerne le statut de l'élément moral, ce régime qui symbolise tout particulièrement, l'adaptation du droit pénal aux impératifs répressifs propres au monde des affaires⁸⁵⁸.

En effet, cette tendance du législateur à faire référence aux infractions matérielles, une matière du droit pénal des sociétés commerciale et représentative d'une politique économique⁸⁵⁹, d'un modèle philosophique qu'il entend imposer son seulement dans les textes répressifs organisant la SA, mais également dans d'autres textes relatifs aux sociétés commerciales.

Gros au modo, on constate que, tout d'abord, elle mériterait d'être entièrement revue, à la fois dans sa nature et son taux. Les peines actuelles sont disproportionnées au regard de la gravité du comportement sanctionné, du moins en ce qui concerne le non-respect des prescriptions du

⁸⁵⁵ Arrêt de la C. Cass, Ch. Crim, Du 1^{er} mars 2000, 98-86-.353, Publié au *Bull. Crim* 2000, n°101, p. 305.

⁸⁵⁶ S. LOUZIR, *La politique criminelle en matière des sociétés commerciales*, Thèse en droit privé, Université Mohammed V, Agdal, Rabat, 2006, p. 15.

⁸⁵⁷ R. ALTAHAR, « Les amendements de la loi 20-05 modifaint et completant la loi 17-95 relative à la société anonyme », *Rev, Al Mahakim Al Marghribiya*, n° 116, 2008, p. 89. V. aussi, I.JATOU, « Projet de la loi relative à la société anonyme », *R.M.D.E.D*, n° 153,2006.

⁸⁵⁸ F. MASSOUDI, *L'élément moral en droit pénal marocain des affaires*, Mémoire en Droit Privé, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah, 2011, p.11.

⁸⁵⁹ A. A. MOUMI, « La politique pénal économique dans la législation Marocaine », *Rev, La Politique Pénal au Maroc Réalité et Perspectives*, t I, n°3, 2005, p.90.

droit des sociétés , et la répression des actes frauduleux , révélateurs d'une intention de nuire, devrait être au contraire renforcée à la fois dans les textes et dans les faits. Pour les premiers, en revanche là où la peine d'amende suffirait amplement, c'est souvent une peine d'emprisonnement qui est aussi encourue⁸⁶⁰.

Ensuite, le comportement des juges est une preuve flagrante de l'inadaptation des sanctions : Conscient de la sévérité démesurée en la matière, le juge prononcera généralement qu'une modique peine d'amende, et quand bien même une peine d'emprisonnement serait aussi prononcée, celle-ci sera quasi-systématiquement assortie d'un sursis total.

Enfin, pour ce qui concerne le taux de la peine, ce dernier présente les distorsions lourdes selon la forme sociale en cause. On sait ainsi que la sanction d'un même comportement infractionnel peut parfois être dix fois plus élevée si elle est commise dans une SARL plutôt que dans une SA. Par ailleurs, le montant de la peine présente parfois une distorsion illogique entre deux comportements compte tenu de leur gravité respective. Prenant à titre d'exemple, les articles L.247-1 et L.247-2 du code de commerce français⁸⁶¹.

Paragraphe 2 : Les insuffisances du domaine de la répression

Avec les dispositions pénales contenues dans les lois relatives aux sociétés anonymes, le législateur établit un nouveau droit pénal des sociétés exhaustif, ciblé et largement inspiré du droit pénal applicable dans le droit des affaires français⁸⁶².

L'étude de chaque forme sociale fait également ressortir certaines incohérences de la loi. Outre le fait que les normes pénales relatives aux sociétés soient dans des textes épars, la sanction pénale ne s'étend pas avec la même ampleur selon les types de sociétés. Ainsi, les dirigeants de sociétés par actions et de SARL sont bien plus exposés aux risques de sanction pénales qu'ils ne le seraient dans n'importe quelles autres formes de sociétés, SA et SARL concentrant à elles seules le plus grand nombre d'infractions.

Des oublis étonnants perdurent depuis près de cinquante ans et survivent aux réformes successives .Ainsi, le délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle n'a pas exactement le même champ d'application selon qu'il s'agit dur

⁸⁶⁰L.SAHRANE, *Le droit des affaires entre la pénalisation et dépenalisation*, op.cit. p.89.

⁸⁶¹Alors que le premier punit le fait, objectivement moins grave, de prendre des participations sans en informer ses associés, le second réprime ce même fait sans information du public. Et alors que le premier est puni de deux ans d'emprisonnement et de 9.000€ d'amende, le second est sanctionné uniquement par une amende de 18.000€.

⁸⁶²J.MAATOUK, "Amende contre prison : L'impossible équilibre du droit des sociétés anonymes », *art.préci*

SARL ou d'un SA, disparité résultant d'une inadvertance du législateur. Au sein de la SARL, seule la présentation de comptes annuels infidèles est visée alors que la SA, la présentation et la publication sont incriminées. Dès lors, comme le note M.W.JEANDIDIER, « *le principe d'interprétation stricte de la loi pénal conduit à refuser toute analogie pour combler le vise relatif affectant le droit pénale des sociétés à responsabilité limitée*⁸⁶³ ».

De manière comparable, on constate également que les nombreuses infractions relatives à la constitution de la société anonyme ne sont pas applicables pour celles de ces sociétés qui comportent un directoire et un conseil de surveillance en raison de l'absence de renvois expresse de la loi⁸⁶⁴. Cette inadvertance, à laquelle le législateur n'a jamais remédié en plusieurs décennies, a pour effet d'interdire, là encore en vertu du refus de l'interprétation par analogie, toute condamnation de ces chef pour cette forme sociale. Rien ne justifie une telle différence.

Au Maroc et malgré la tendance économique libérale⁸⁶⁵, le législateur avait imposé en ce qui concerne les infractions relatives à la constitution des sociétés, le respect de certaines obligations minutieuses dont la transgression est pénalement sanctionnée.

En effet, au niveau de la constitution, le législateur marocain a mis en place un ensemble de formalité devant aboutir à l'acquisition par la société de la personnalité morale, après son inscription au registre de commerce⁸⁶⁶, car toute négligence, peut être considérée comme infraction passible de sanction⁸⁶⁷ d'autant plus que le non-respect de certains de ces dispositions expose son auteur à la répression pénale.

Indépendamment de la recherche de toute faute intentionnelle ou non intentionnelle, il suffit que le fait soit matériellement constaté, c'est le cas de l'article 419⁸⁶⁸ qui dispose qu'ils seront

⁸⁶³ W. JEANDIDIER, *Délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle*, J-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 147-40, n° 32.

⁸⁶⁴ Art. L. 242-30 C.com. Français.

⁸⁶⁵ En matière économique, le libéralisme est une doctrine qui défend la libre entreprise et la liberté du marché. Cité par F. MASSOUDI, *L'élément moral en droit pénal marocain des affaires*, op.cit. p. 12.

⁸⁶⁶ Art. 17 de la loi 17-95 relatives aux sociétés anonymes dispose que : « La société anonyme est constituée par l'accomplissement des quatre actes ci-après :

- 1) la signature des statuts par tous les actionnaires; à défaut, la réception par le ou les fondateurs du dernier bulletin de souscription;
- 2) la libération de chaque action de numéraire d' au moins le quart de sa valeur nominale, conformément à l' article 21;
- 3) le transfert à la société en formation des apports en nature après leur évaluation conformément aux articles 24 et suivants;
- 4) l'accomplissement des formalités de publicité prévues à l'articles 31. »

⁸⁶⁷ R.LAZRAK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, op.cit., p. 32.

⁸⁶⁸ Art. 419 de la loi 17-95 relatives aux sociétés anonymes édicte que : « Seront punis d' une amende de 1.000 à 5.000 dirhams, les membres des organes d' administration, de direction ou de gestion d' une société anonyme qui auront omis d' indiquer sur les actes ou documents émanant de la société et destinés aux tiers la dénomination sociale, précédée ou suivie

punis d'une amende de 1000 à 5000DH, les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion d'une SA qui auront omis d'indiquer sur les actes ou documents émanant de la société et destinés aux tiers la dénomination sociale précédée ou suivie immédiatement de la mention « *société anonyme* » ou des initiales « SA » ou de la mention prévue à l'article 77(al 3)⁸⁶⁹, ainsi que l'énonciation du montant du capital social et du siège social.

Donc, on constate alors que le législateur punit le défaut d'indication de certaines mentions sur les documents émanant de la société indépendamment de toute intention de commettre l'acte incriminé⁸⁷⁰. Il s'agit d'une infraction purement matérielle.

Selon M.DOORNAUX, les agissements ne sont réprimés indépendamment de toute intention coupable, que lorsqu'elles affichent une attitude grave attentatoire aux principes fondamentaux de la société, autrement dit, la répression des infractions non intentionnelles ne peut se justifier que par la nocivité que peuvent présenter certains comportements⁸⁷¹. Le défaut d'indications de certaines mentions sur les documents émanant de la société n'est pas d'une grande nocivité, pouvant justifier une telle pénalisation excessive.

En fait l'envahissement de certaines dispositions pénales dont la répression n'est pas proportionnée à la gravité du comportement infractionnel en droit pénal des sociétés, peut constituer une source d'insécurité juridique⁸⁷² et handicape ainsi l'esprit de l'entreprise⁸⁷³.

Section 2 : Les effets de la répression en droit pénal des sociétés

L'examen des éléments d'ineffectivité de la répression (paragraphe 1) et les obstacles juridiques de cette répression (paragraphe 2) nous paraissent obligatoires.

immédiatement de la mention société anonyme ou des initiales S.A. ou de la mention prévue à l'article 77 (3^e alinéa), ainsi que l'énonciation du montant du capital social et du siège social. »

⁸⁶⁹ Art. 77 (Al 3) de la loi 17-95 relative au SA prévoit que : « Dans ce cas, la dénomination sociale est précédée ou suivie des mots société anonyme à diretoire et à conseil de surveillance, sous réserve des dispositions de l'article 4. »

⁸⁷⁰ L.BIHI, *Le formalisme à la lumière de la loi relative aux sociétés commerciales au Maroc*, Dar Al Salam, 2005, p. 283. V. aussi, R.LAZRAK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, op.cit., p. 85.

⁸⁷¹ M.H-DOORNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op.cit., p. 27.

⁸⁷² Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable, pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne peuvent être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles.

⁸⁷³ Ministre de la justice, groupe de travail présidé par J. M. COULON, « La dépenalisation de la vie des affaires », Rapport au garde des sceaux, La documentation française, 2008, p. 3.

Paragraphe 1 : Les éléments d'appréciation de l'ineffectivité de la répression pénale en droit des sociétés

Il est possible de traiter sous deux angles : *Primo*, l'ineffectivité des dispositions pénales en la matière (A), *secundo*, la concurrence de la voie civile (B).

A- L'ineffectivité des dispositions pénale

Le droit pénal s'est développé sur l'abus de de la recherche d'une extrême rigueur afin de protéger les actes les plus graves, ceux qui portent atteinte à l'ordre social. Des sanctions particulièrement sévères ont été prévues pour limiter les libertés des contrevenants. Ils seront touchés dans leur droits ou de leur patrimoine.

Toutefois, afin d'éviter tout abus, il a fallu entourer ce pouvoir de limites pour respecter les droits des individus contre les excès de la contrainte que le droit pénal impose⁸⁷⁴. La conséquence de cette protection a été de conférer à cette branche du droit une perception différente des autres branches du droit moins soucieuses du respect des droits des individus.

Ainsi le développement des échanges commerciaux internationaux, de même que celui des technologies de l'information et de la communication ont transformé le mode de fonctionnement des entreprises et des groupements économiques. Les transactions sont rendues plus rapides et moins onéreuses. Ainsi la mondialisation des échanges apporte flexibilité et fluidité des investissements en favorisant la compétitivité des acteurs économiques⁸⁷⁵.

En effet, l'effectivité est le « *caractère d'une règle du droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement*⁸⁷⁶ ».

L'effet voulu par la règle pénale, du moins l'effet le plus immédiatement recherché, est de détourner de la commission des faits visés et en cela, il est certain que la pénalisation de certains actes constitue un frein puissant aux velléités délictueuses de nombre d'individus. En ce sens on peut dire qu'une règle peut être pleinement effective sans être appliquée si les faits incriminés ne sont jamais commis.

⁸⁷⁴ L.SAHRANE, *Le droit des affaires entre la pénalisation et dépenalisation*, op.cit. p.104.

⁸⁷⁵ E. GOLDSMITH et J. MENDER, *Les procès de la mondialisation*, Fayard 2001, p. 123.

⁸⁷⁶ *Vocabulaire juridique Capitant*, par G. CORNU, V° Effectivité.

Mais personne n'aurait la candeur de croire que les très rares condamnations prononcées sont en corrélation, même lointaine, avec la réalité des agissements commis au sein des sociétés. Il est évident qu'un très grand nombre de faits constituant théoriquement des infractions sont quotidiennement commis sans entraîner une quelconque suite pénale.

D'ailleurs, ainsi que l'a démontré Le Doyen CARBONNIER, l'ineffectivité n'est pas un bloc, tout au contraire, les états d'effectivité (ou d'ineffectivité, c'est selon) partielle dominant⁸⁷⁷ : le dirigeant qui utilise le téléphone de sa société pour appeler sa femme n'a sans doute pas conscience de commettre un abus de biens sociaux⁸⁷⁸.

Dans ce cas de figure, la règle est ineffective, alors même qu'il respecte scrupuleusement l'intérêt social par ailleurs, peut être seulement par crainte de la sanction pénale, la même règle est alors effective.

Le cas est sans doute caricatural mais néanmoins révélateur de la difficulté d'appréhender réellement l'efficacité réelle d'une règle qui peut ne pas être totalement dénuée d'effets sans qu'elle ne soit cependant appliquée⁸⁷⁹.

Pour autant le décalage entre réalité des faits commis et répression réelle reste considérable et même si l'on ne peut mathématiquement déduire du nombre d'infractions sanctionnées le taux d'effectivité du droit pénal des sociétés, il est plus que probable qu'il est extrêmement faible. A l'évidence, les criminalistes ne s'abusent pas sur l'effectivité de la loi pénale lorsqu'ils distinguent la criminalité légale⁸⁸⁰, la criminalité apparente⁸⁸¹ et la criminalité réelle⁸⁸².

B- La concurrence de la voie civile

Parmi les obstacles de la répression pénale en droit des sociétés on trouve l'explication de la concurrence de la voie civile, cette dernière peut expliquer en quelque sorte l'ineffectivité de la répression en la matière.

⁸⁷⁷ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^{ème} éd., L.G.D.J. 2001, p. 143.

⁸⁷⁸ J.-D. BREDIN (*Le monde*, 26 mars 1997, p.11), a fait remarquer que « *tout alors serait abus de biens sociaux* », et que par conséquent, il est toujours possible de « *s'interroger sur les conditions de paiement du moindre déjeuner d'affaires* ».

⁸⁷⁹ M.H.DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op.cit., p. 101.

⁸⁸⁰ Formule paradoxale désignant le nombre de délits condamnés par les tribunaux répressifs pendant une période donnée.

⁸⁸¹ La criminalité recensée par la police mais non effectivement sanctionnée.

⁸⁸² Le nombre indéterminable précisément d'infractions réellement commises.

En France, cette explication réside dans la possibilité d'exercer une action devant les juridictions civiles, par préférence à la voie pénale. Il est bien sûr évident que la voie civile ne peut prétendre concurrencer la voie pénale pour sanctionner des agissements délictueux. L'action civile exercée devant les juridictions civiles, ne déclenche pas l'action publique et ne peut être employée que pour obtenir la réparation pécuniaire du préjudice subi du fait d'une infraction.

Cependant, certaines victimes peuvent préférer n'agir qu'au civil, soit qu'ils ne cherchent véritablement qu'à obtenir réparation de leur préjudice, stigmatiser l'auteur des faits par une condamnation pénale leur important peu, soit qu'ils estiment qu'une action pénale à l'encontre des dirigeants rejaillirait sur la valeur de leurs titres ou les performances de la société, soit encore qu'ils ne craignent d'engager leur propre responsabilité civile pour constitution de partie civile abusive⁸⁸³, voire leur responsabilité pénale pour dénonciation calomnieuse⁸⁸⁴ ; érigée en condition de recevabilité de la plainte, la consignation au greffe d'une somme destinée à garantir le paiement de l'amende pouvant être prononcée pour procédure abusive⁸⁸⁵ tend d'ailleurs à rappeler au plaignant les conséquences possibles de sa requêtes.

Alors la difficulté d'acquérir préalablement à l'instruction la certitude des agissements allégués, notamment en raison de consignes qui peuvent être données par le dirigeant d'empêcher l'accès aux documents sociaux sensibles, peut achever de décourager certains plaignants potentiels⁸⁸⁶.

Des lors, en l'absence d'action publique parallèle, les faits délictueux évoquées devant le juge civil n'entraîneront que l'allocation de dommages intérêts ; le délit ne sera jamais qualifié tel et se bornera à n'être qu'une faute civile, source d'une responsabilité de même nature.

Mais les obstacles les plus importants à la condamnation effective des comportements délictueux en droit des sociétés nous semblent⁸⁸⁷ résider dans la spécificité substantielle et procédurale de la matière pénale.

⁸⁸³ Art. 91 du code de procédure pénale.

⁸⁸⁴ Art. 226 du. Code pénal édicte que : « les crimes prévus à l'article 225 engagent la responsabilité civile personnelle de leur auteur ainsi que celle de l'Etat, sauf recours de ce dernier contre ledit auteur ».

⁸⁸⁵ Art. 88 du Code de procédure. Pénale.

⁸⁸⁶ M.H-DORNAUX, *Réflexion critique de la répression pénale en droit des sociétés*, op.cit. p. 102.

⁸⁸⁷ *Ibid.*

Paragraphe 2 : Les obstacles juridiques à l'effectivité de la répression pénale : les entraves relatives à la procédure pénale

Le particularisme procédural se creuse. En se détachant du droit commun, le système procédural du droit pénal des sociétés gagne en efficacité. Et curieusement c'est cet aspect procédural véhiculant des infractions d'affaires qui est le plus visible et le plus médiatique. C'est dans ce cadre qu'on va traiter les difficultés relatives à la prescription de l'action publique (A) avant de mettre l'accent sur les obstacles liés à l'ignorance des faits (B).

A- Les difficultés relatives à la prescription de l'action publique

L'idée de traiter les délais de prescription en matière pénale (I) et les obstacles relatifs à la mise en mouvement de l'action publique (II) nous semble nécessaire pour mieux comprendre les limites de la répression en la matière.

I- Le délai de prescription en matière pénale

Mettant l'accent sur la première limite à la répression, on se trouve face aux délais de prescription en matière pénale qui, globalement, sont plus courts qu'en matière civile : sauf exception, les infractions de droit des sociétés se prescrivent par l'écoulement de 4 ans pour les délits et d'une année pour les contraventions⁸⁸⁸.

La prescription de l'action publique suscite des difficultés particulièrement accusées en matière de criminalité d'affaires dans la mesure où la découverte des faits, généralement complexes et dissimulés, est très souvent postérieurement de plus de 4 ans à la date de leur commission.

Au point que la jurisprudence, passant outre au caractère instantané de certaines infractions, fixe le point de départ du délai de prescription non plus de la commission des faits mais « *au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans ces conditions permettant l'exercice de l'action publique*⁸⁸⁹ », la prescription fait véritablement figure d'obstacle. Initiée en matière d'abus de confiance, cette jurisprudence s'est étendue au délit d'abus de bien sociaux.

Compte tenu de l'importance de cette seule infraction dans le total des condamnations, on perçoit d'emblée combien l'actuelle remise en cause de cette jurisprudence est appelé à porter un coup sérieux au peu d'application du droit pénal des sociétés.

⁸⁸⁸ Art. 5 de la loi n° 35-11 modifiant et complétant la loi n°22-01 portant sur la procédure pénale.

⁸⁸⁹ Crim. 10 Aout 1981, *Bull. Crim.* 1981, n° 244.

Le moment alors où certains dénoncent une ineptie juridique, d'autres y verront une application exacte de l'adage *contra non valentem agere non curit praescriptio*⁸⁹⁰. La jurisprudence va néanmoins revenir à une solution plus respectueuse du principe d'interprétation stricte dans un arrêt du 5 mai 1997⁸⁹¹, en fixant le point de départ du délai de prescription « *à compter de la présentation des comptes annuels par lesquelles les dépenses litigieuses sont mises à la charge de la société, sauf dissimulation* ». Le nombre de condamnations devrait alors nettement diminuer chaque fois que les faits n'auront pas été occultés.

En effet, une intervention du législateur aurait permis d'éviter ce que l'on a pu appeler le « *dévoiement*⁸⁹² » de la jurisprudence en la matière. Le législateur est donc doublement responsable : il l'est à la base puisque les textes créés sont souvent lacunaires et défectueux, et parce qu'il n'a pas su en temps voulu améliorer lesdits textes. Aujourd'hui, une rationalisation des incriminations est donc indispensable.

II- La mise en mouvement de l'action publique

Porter à la connaissance de la justice des faits délicieux ne suffit pas, loin de là, à déclencher le procès pénal. Pour ce faire, il est nécessaire de déclencher l'action publique et c'est à ce stade qu'une nouvelle déperdition dans la répression peut être identifiée.

D'abord, on peut présumer qu'une bonne partie des délits incriminés ne sont pas connue des magistrats du parquet. Ce n'est pas leur faire injure que d'estimer que nombre des délits spécifiques du droit des sociétés, jamais appliqués, échappent à leur pratique quotidienne. Il a été souligné de manière réaliste que, plus encore que sur le développement de dépenalisation, « *les praticiens peuvent compter beaucoup plus surement sur l'obscurité dans laquelle sont plongés la plupart des délits papiers, ignorés même des parquets*⁸⁹³ ».

Cependant, il n'est pas douteux que la principale raison de la déperdition dans la répression résulte du droit du ministère public, en charge de l'exercice de l'action publique, d'apprécier l'opportunité des poursuites. A ce titre, il est libre de classer un dossier sans suite⁸⁹⁴, soit que les éléments constitutifs de l'infraction n'apparaissent pas assez nettement, soit que la recherche de la preuve présente des difficultés insurmontables, soit encore au motif très

⁸⁹⁰ M. DOBKINE, *Réflexion à propos de l'abus de biens sociaux*, Dalloz, 1997, p. 323.

⁸⁹¹ L.SAHRANE, *Le droit des affaires entre pénalisation et dépenalisation*, op.cit., p. 115.

⁸⁹² L.SAHRANE, *Le droit des affaires entre pénalisation et dépenalisation*, op.cit., p.116.

⁸⁹³ J-H- ROBERT et H. MATSPOLOU, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF 2004, n° 233.

⁸⁹⁴ Sous réserve toutefois des injonctions qui peuvent résulter du contrôle hiérarchique auquel il demeure soumis.

général que les poursuites ne lui paraissent pas opportunes, même si la commission de l'infraction est absolument certaine. Le taux de classement sans suite est très important, de plus de la moitié des délits portés à la connaissance des parquets.

Ces taux considérables marquent à l'évidence l'existence d'une politique criminelle bien établie d'après laquelle seules les infractions les plus graves et supposant une intention délictuelle nettement caractérisée feront l'objet de poursuites effectives. En France, une circulaire du Garde des sceaux, M. R. BABINTER, du 21 octobre 1981 fixe une orientation qui n'a jamais infléchi depuis lors⁸⁹⁵. Ce texte insiste expressément sur la nécessité de ne pas encombrer les tribunaux par la poursuite d'infractions formelles et donne pour consigne de ne pas poursuivre les infractions mineures en matière économique.

Donc, la répression en matière de sociétés, et d'après ces instructions, doit essentiellement se concentrer sur l'abus de biens sociaux. Le fait que 9 délits sur 10 sanctionnés en droit des sociétés concerne cette seule infraction⁸⁹⁶, qui place au cœur de son incrimination l'usage de mauvaise foi, montre bien que la répression s'attache presque exclusivement aux délits marqués d'une intention frauduleuse, ce dont on peut déduire, en creux, la quasi impunité pour les délits formels.

Encore faut-il que ces infractions intentionnelles soient d'une certaine importance : si l'on considère l'importance du taux de classement sans suite, la faiblesse du total de condamnations et la rigueur de la moyenne des peines prononcées, il apparaît alors sans conteste que la répression effective se concentre sur les seules infractions d'une particulière gravité : en effet, si les condamnations sont rares, elles sont remarquablement sévères⁸⁹⁷.

Il faut signaler à ce titre, qu'à défaut de poursuites diligentées par le ministère public, il est certes possible à la victime des agissements délictueux de suppléer à l'inertie du parquet par voie d'action, par citation directe devant la juridiction de jugement par exploit d'huissier ou en déposant une plainte avec constitution de partie civile. Mais cet autre mode de mise en mouvement de l'action publique est également aléatoire dans la mesure où il exige que l'infraction alléguée ait entraîné un préjudice direct et personnel.

Toutefois, l'absence de l'un de ces caractères exclut donc toute action pénale et ne reste alors ouverte que la voie de l'action directe de la société exercée soit par son conseil

⁸⁹⁵ Circulaire du Garde des sceaux du 21 octobre 1981 relative aux orientations nouvelles de politique criminelle, *JCP*, 1981.

⁸⁹⁶ L.SAHRANE, *Le droit des affaires entre pénalisation et dépenalisation*, *op.cit.*, p. 117.

⁸⁹⁷ En revanche, les infractions contraventionnelles sont réprimées plus fréquemment.

d'administration, son gérant voire son liquidateur (action « *ut universi*⁸⁹⁸ »), soit par ses actionnaires (action « *ut singuli*⁸⁹⁹ »).

Gros au modo, force est de constater qu'au Maroc, très rares sont les affaires déferées aux tribunaux et plus rare encore sont les condamnations, les poursuites engagées pouvant se terminer par un non-lieu ou une relaxe.

Donc l'inapplication du droit pénal constatée en matière des sociétés résulte directement de la nature même de l'option pénale effectuée par le législateur : si le droit pénal est, par hypothèse et de manière tautologique, le droit le plus sanctionnateur, il est aussi, de ce fait, le plus encadré de garanties et d'une mise en œuvre plus complexe⁹⁰⁰.

B- Les difficultés liées à l'ignorance des faits

La question de la prescription met en réalité l'accent sur une autre limite à la répression des infractions du droit des sociétés qui de fait, constitue assurément l'obstacle majeur: la difficulté pour autorités policières et judiciaires d'avoir connaissance des faits délictueux⁹⁰¹. Ainsi, il est très rare que les organes de la police judiciaire constatent directement l'infraction en matière de délits de sociétés par exemple. La plupart du temps, ceux-ci se révèlent en cas de redressement ou de liquidation judiciaires, de changement de majorité, ou bien directement au juge d'instruction à l'occasion d'autres affaires.

La dénonciation est également une source de révélation de faits délictueux, notamment de la part de commissaires aux comptes au procureur du Roi. Mais bien souvent, les infractions ne parviennent pas à la connaissance de la justice en l'absence de fuites internes à la société. Plusieurs sociétés, même les SA ne sont la « chose » que d'un seul associé. La commission d'infraction, bien souvent, n'y est donc remarquée de personne⁹⁰².

Par ailleurs, les dirigeants sociaux peu scrupuleux que vise le droit pénal des sociétés sont aussi les mieux à même de dissimuler leurs délits aux yeux de leurs pairs comme à ceux des associés. La délinquance au sein des sociétés est généralement une délinquance astucieuse, sachant mettre à profit la complexité des règles du droit des sociétés, ainsi que l'a souligné M.W JEANDIDIER : « *Et que dire des délinquants eux-mêmes, d'une intelligence autrement*

⁸⁹⁸ Est l'action sociale qui sera engagée par la société elle-même, par l'intermédiaire de son représentant légal actuel, contre les anciens dirigeants qui demeurent responsables des fautes commises durant l'exercice de leurs fonctions.

⁸⁹⁹ Action sociale menée à titre individuel par un actionnaire ou un associé dans l'intérêt de la société.

⁹⁰⁰ V. FORTIER, *Le juge gardien des valeurs ?*, éd., Cnrs, 2007, p. 321.

⁹⁰¹ M-A. FRISON-ROCHE, *La délinquance économique et financière face à la justice pénale*, Dalloz, 2001.

⁹⁰² M-H. DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op.cit. p. 105.

supérieure à celle du criminel de base de droit commun ? Trucages de comptabilité, fausses factures, montages de sociétés fictives permettent à leurs concepteurs de brouiller les pistes et de sauvegarder au mieux leur honorabilité .La complexité inhérente aux bilans et autres pièces comptables secrète à leur profit un brouillard protecteur bien difficile à dissiper⁹⁰³ ».

A cet égard, le droit des sociétés permet largement d'opérer des dissimulations par la création de structures multiples, aux connections difficiles à établir, et dont l'empilement est la meilleure garantie d'une complice opacité⁹⁰⁴.

En outre, quand bien même ces infractions seraient-elles découvertes, la répartition des intérêts au sein de la société ou l'absence de situation conflictuelle s'opposerait, de facto, à leur dénonciation effective.

La société est le point de convergence d'intérêts individuels. Un grand nombre de délits peuvent y être commis sans que quiconque n'ait à s'en plaindre: si l'harmonie règne entre associés, nul n'a parfois intérêt à porter à la connaissance de la justice des faits qui, tout en étant délictueux, n'affectent pas leurs intérêts bien compris. Il est évident que l'on ne remet pas en cause sa confiance envers les dirigeants aux motifs⁹⁰⁵.

Les associés sont théoriquement liés par le ciment de *l'affectio societatis*, sinon par celui de *l'affectio fraternitatis*⁹⁰⁶ ; sauf délits majeurs, c'est-à-dire marquant une intention frauduleuse caractérisée, il serait le plus souvent inopportun d'attenter à cette cohésion précieuse au point d'être reconnue comme juridiquement nécessaire à l'existence même de contrat de société.

Si l'on exclut les motifs un tant soit peu passionnels (haine, vengeance...), la décision de dénonciation de faits délictueux résulte en large part d'un bilan cout/avantage pour le délateur. Ainsi la bénignité du préjudice causé suffira souvent à dissuader la victime de déclencher une action aux suites incertaines.

Par ailleurs, même en cas de conflit, il peut être d'une plus habile stratégie d'exploiter ou de réserver cette arme à l'encontre de l'auteur des faits que de les dénoncer sans profit. Au mieux, la dénonciation des faits n'interviendra qu'au moment d'un changement de direction ; elle aura alors bien souvent des relents nauséabonds de règlements de comptes.

⁹⁰³ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 5^{ème} éd., Précis Dalloz, n°44, 2003, p. 55.

⁹⁰⁴ B. BOULOUC, « La liberté et le droit pénal », *Rev. Sociétés*, 1989, p. 377 et s., V. spéc, p. 386-387.

⁹⁰⁵ Par exemple, que ceux-ci ont tardé à convoquer l'assemblée générale ; V. art. L. 242-10, C.com français.

⁹⁰⁶ L.SAHRANE, *Le droit des affaires entre pénalisation et dépenalisation*, op.cit. p .121.

D'autre part, la personne lésée peut ne pas avoir conscience d'être victime d'une infraction ou ne pas savoir que ses droits sont pénalement protégés⁹⁰⁷. Si le délit protège la personne morale, l'action dépend de son représentant, ce qui la rend bien sûr plus qu'improbable dans la plupart des cas. C'est ce qui explique qu'un grand nombre d'actions ne sont déclenchées qu'à la fin des fonctions de l'auteur des faits, et particulièrement en cas de nomination d'un administrateur provisoire ou à l'occasion d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaires⁹⁰⁸.

Certes les commissaires aux comptes sont en principe astreints à la dénonciation des faits délictueux, à peine d'engager eux-mêmes leur responsabilité pénale⁹⁰⁹. Ils doivent ainsi révéler au Procureur, selon la précision apportée par la jurisprudence, toutes *«les irrégularités susceptibles de recevoir une qualification pénale, même si celle-ci ne peut en l'état être définie avec précision»*⁹¹⁰.

Mais en pratique, leurs dénonciations au Procureur demeurent encore peu nombreuses. Outre le fait que la plupart des sociétés n'ont pas de commissaires aux comptes, il faut relever que leur responsabilité pénale n'est engagée qu'en cas de non révélation des infractions relatives à leur mission, c'est-à-dire le contrôle de la constitution et de la gestion de la société contrôlée et de celles entrant dans les comptes consolidés⁹¹¹.

D'autre part, la négligence ou l'incompétence du commissaire n'est pas forcément répréhensible⁹¹². En outre, aucun délai n'est prévu pour cette dénonciation. Enfin, et surtout, le conseil national des commissaires aux comptes, approuvé en cela par la chancellerie⁹¹³, recommande aux commissaires aux comptes de ne dénoncer que des faits « significatifs et délibérés ».

En réalité, le but affiché de ces précisions sibyllines⁹¹⁴ est d'inciter à adresser préalablement à toute dénonciation, des injonctions aux dirigeants et d'attendre d'en observer les résultats. Nul doute qu'ici l'aspect comminatoire suffira bien souvent à tarir la voie pénale. Il est certain que

⁹⁰⁷ B. BOULOUC, « La liberté et le droit pénal », *art.préc.*, p. 384.

⁹⁰⁸ B. BOULOUC, « La liberté et le droit pénal », *art.préc.*, p.385.

⁹⁰⁹ Art. L.280-7, C.com français.

⁹¹⁰ Crim, 15 sept 1999, *Bull. crim.*, n° 187.

⁹¹¹ Crim, 18 juin 1990, *Rev. sociétés*, 1990, p. 637, note B. BOULOUC ; V. en ce sens, J. LARGHIER et Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} éd., Armand Colin, 2004, n° 385.

⁹¹² V. not de CAEN, 14 avr 2000, *Bull. CNCC*, 2000, p. 202, note Ph. MERLE ; Lyon, 13 déc 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 147.

⁹¹³ V. Recommandation de CNCC du 12 sep 1985 et Circulaire du Ministre de la justice du 23 oct 1985 ; V. Goyet, JCP, 1989.

⁹¹⁴ Des précisions mystérieuses, difficiles à comprendre.

la difficulté de connaître les faits délictueux s'avère généralement l'obstacle majeur que rencontre la répression.

A cet égard, la mise en place de la transparence souhaitée par la *corporate governance* est susceptible de s'avérer utile pour remédier au mutisme parfois entendu de différentes sources internes⁹¹⁵. Ainsi, En conjuguant l'organisation d'un contrôle interne au sein de l'entreprise et l'action de la concurrence à l'extérieur, cette nouvelle régulation est supposée dispenser de l'intervention d'un appareil judiciaire répressif pour réguler l'économie. Ces présupposés vont être consacrés. La vie des sociétés est largement dépénalisée au profit de la gouvernance d'entreprise.

Chapitre II : Vers la performance du système répressif en droit pénal des sociétés

A la question de la nécessité de la sanction pénale en droit des sociétés, il paraît finalement possible d'apporter une réponse à un double niveau, externe et interne.

Sous l'angle de droit comparé, il apparaît nettement que la légitimité du recours à la sanction pénale en matière de sociétés n'est nulle part contestée. Tout au contraire, les législations sociétaires étrangères contiennent souvent bon nombre de dispositions pénales. C'est le cas, de manière très nette, du droit anglais qui compte théoriquement davantage encore d'infractions que le droit français. Mais si tous les pays recourent à la sanction pénale, encore faut-il noter qu'ils le font de manières fort diverses.

Au demeurant, le droit pénal des sociétés a suscité de nouvelles réflexions⁹¹⁶. Personne ne conteste le nécessité du recours à la sanction pénale pour les comportements les plus graves, mais nombreuses sont les voix à s'élever pour réclamer une dépénalisation du droit des sociétés dans son aspect sanctionnateur des irrégularités purement formelles. La sanction paraît tellement disproportionnée par rapport au comportement, qu'elle ne peut être acceptée par celui qui en fait l'objet et qu'elle est contestée par le corps social. La peine ne remplit plus alors sa fonction première qui est de détourner des comportements délictueux⁹¹⁷.

La dépénalisation étant une simple exclusion du droit pénal comme réaction à certaines conduites qui cependant méritent une sanction, peut être justifiée par la volonté du législateur de recentrer le domaine du droit pénal et de lui rendre sa vocation première, qui n'est pas

⁹¹⁵ L.SAHRANE, *Le droit des affaires entre pénalisation et dépénalisation*, op.cit.p. 122.

⁹¹⁶ J.SIMON, « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in mélanges « Le juge et le droit de l'économie » en l'honneur de Pierre BEZARD, Monchrestien, 2002, p.147.

⁹¹⁷ M-T CALAIS AULOY, « La dépénalisation du droit des affaires », Dalloz Sirey. 1988, 43^e cahier, p.315.

d'être le senseur omniprésent de toute règle de droit, mais le sanctionnateur des violations des règles essentielles à la cohésion sociale. Le recul du droit pénal aurait alors dû se confirmer dans les relations d'affaires, au profit des mécanismes spécifiques de régulation.

Donc pour mieux éclaircir notre idée, le constat des insuffisances du droit pénal des sociétés ne serait guère constructif, il faut nécessairement le prolonger par une réflexion sur l'opportunité du droit pénal des sociétés (section 1) avant d'échafauder le recul de ce droit (section 2).

Section 1 : L'opportunité d'une répression pénale spécifique aux sociétés en droit comparé : La prégnance du droit pénal

Dans une économie mondiale interdépendante, les exigences du capitalisme moderne, répercutées sur le droit des sociétés, sont peu ou prou, partout identiques et se résument à quelques impératifs dont l'évocation générale est plus aisée que la conciliation effective : efficacité de structure, sécurité juridique... Si ces finalités sont unes, les manières d'y parvenir sont multiples. Un double profit résulte donc d'une approche comparatiste du droit des sociétés⁹¹⁸.

Dans pour mieux comprendre l'utilité de l'approche comparatiste, une étude du droit applicable dans les pays de Common Law et les pays Romano-Germanique nous paraît utile (Sous-section 1) ainsi la dénonciation fréquente d'une surpénalisation du droit français laisse à penser que la situation serait bien différente à l'étranger, que la notion pénale n'y occuperait qu'une place résiduelle, et qu'il est indéniable que la voie civile occupe généralement à l'étranger une place plus importante qu'en droit français (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le droit pénal applicable aux sociétés dans les pays de Common-Law : Le mythe d'une faible pénalisation du droit des sociétés

On mettra l'accent successivement sur l'importance de la sanction pénale dans le droit des sociétés des pays de Common Law (paragraphe 1) et de la sanction civile (paragraphe 2).

⁹¹⁸ M-H. DOURNAUX, *Réflexion critiques sur la répression pénale en droit des sociétés*, Prix de thèse de l'Université René Descartes, Paris V, LGDJ, 2005, p. 134.

Paragraphe 1 : L'importance de la sanction pénale dans le droit des sociétés des pays de Common Law

Le droit pénal des sociétés est très répandu dans de nombreux pays de Common Law. On mettra l'accent sur la situation de quelques Etats membres de Commonwealth (A) avant de se pencher sur le droit pénal des sociétés anglais (B).

A- Panorama de droit de quelques pays du Commonwealth

Autre élément de ce mythe de la faible pénalisation qui prévaudrait à l'étranger, l'assimilation des droits des pays anglo-saxons aux droits anglais ou américain des sociétés, réputés particulièrement libéraux.

En réalité, l'unité d'ensemble de la famille des droits de Common Law et l'existence d'un « *Tronc commun anglais* » ne doivent pas occulter de substantielles différences d'approche. Si donc l'on dépasse cette idée sommaire d'un blog anglo-saxon, trop rapidement présenté comme permissif en matière de sociétés, il apparait tout au contraire que dans nombre de pays de Common Law, les dispositions pénales occupent une place importante au sein des règles spécifiques aux sociétés, prenant à titre d'exemple le droit Canadien (I), Australien (II) et enfin le droit Sud-Africain (III).

I- Le droit Canadien

La loi canadienne sur les sociétés par action⁹¹⁹ prévoit une vingtaine d'infractions. Les peines encourues sont peu élevées et standardisées : toutes sont sanctionnées par une amende de 5000\$ canadiens à laquelle peut s'ajouter ou se substituer, pour certaines, un emprisonnement d'au plus six mois⁹²⁰.

Toutefois, on constate que le droit canadien n'énonce que peu de sanctions spécifiques aux sociétés, les réprime faiblement et en prévoit la prescription par deux ans à compter de leur date⁹²¹. Mais cette vision partielle est trompeuse. D'une part, toute infraction à une disposition de la loi sur les sociétés par actions peut faire l'objet d'une sanction pénale à la faveur d'une

⁹¹⁹ *Loi modifiant la Loi Canadienne sur les sociétés par actions*, sanctionnée le 14 juin 2001, *Gazette du Canada*, Partie III, vol. 24, n° 3.

⁹²⁰ A l'exception cependant des opérations d'initiés qui encourrent une amende supérieure depuis la réforme du 14 juin 2001 (art. 130 (4) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*). La peine d'emprisonnement demeure de 6 mois mais l'amende est passée de 5.000\$ à 1.000.000.\$ ou le triple du gain si celui-ci est plus élevé.

⁹²¹ Art. 252 (2) *LCSA*.

conception très permissive un principe de légalité. La loi prévoit en effet une incrimination « balai » d'après laquelle « *Toute personne qui, sans motif raisonnable, contrevient à la présente loi ou à des règlements commet, en l'absence des peines précises, une infraction punissable*⁹²² ».

D'autre part, nombre de comportements plus gravement répréhensibles peuvent être réprimés sur la base du code criminel. Certaines infractions concernent ainsi directement le droit des sociétés comme des manipulations frauduleuses de cours⁹²³ ou l'émission de prospectus ou de documents mensongers en vue d'induire des personnes à devenir actionnaires ou en vue de tromper des actionnaires ou des créanciers⁹²⁴.

D'autres infractions, comme celle visant le fait de falsifier, altérer tout document ou d'y omettre un détail essentiel⁹²⁵ et surtout celle relative à la fraude⁹²⁶, sont définies si largement qu'elles sont susceptibles de fonder la répression de plusieurs comportements répréhensibles en matières de société.

II- Le droit Australien

Le *Corporations Act* 2001 en entièrement refondu le droit des sociétés australien. Cette loi n'en demeure pas moins un bloc disparate dont la complexité inégalée risque, comme la précédente, de désespérer la doctrine⁹²⁷. Si depuis 20ans les efforts de simplifications sont ininterrompus⁹²⁸, cette dernière version comprend toujours des milliers d'articles et de sous-articles⁹²⁹. Il importe toutefois de préciser qu'une part notable des dispositions du *Corporations Act* 2001 ne relève pas uniquement, contrairement au titre de la loi, du strict droit des sociétés mais concerne également le droit financier ou le droit de la faillite.

Le système de sanction repose sur une multitude de pénalités civiles et d'infractions. La violation d'une trentaine de dispositions est l'objet de pénalités civiles⁹³⁰ qui peuvent atteindre, outre d'éventuelles condamnations au titre du préjudice causé, 200.000\$ pour une personne physique et 1.000.000\$ pour une personne morale. Elles concernent notamment le

⁹²² Art 251 *LCSA*.

⁹²³ Art. 382 (manipulations frauduleuses d'opérations boursières) et 383 (agiotage sur les actions) C. criminel.

⁹²⁴ Art. 400 C.criminel.

⁹²⁵ Art. 397 C.criminel.

⁹²⁶ Art. 380 C.criminel.

⁹²⁷ V. not. A. MASON, *Corporate Law : The Challenge of Complexity*, (1992), *Aust. J. Corp. L.*, p. 1.

⁹²⁸ Les comités de réforme se succèdent : *Corporations Law Simplification Program*, *Attorney General's Corporations Law Simplification Task Force*, *Corporate Law Economic Reform Program*.

⁹²⁹ Et pesant, paraît-il, 2, 3, Kilos ! dans son Edition de référence *Butterworths softcover edition*.

⁹³⁰ *Corporation Act* 2001, sec. 1317E (1).

non-respect de leurs devoirs fiduciaires par les dirigeants telles les obligations d'agir avec prudence et diligences⁹³¹, de bonne foi au mieux des intérêts d'une société ou d'une manière adaptée⁹³², ou de ne pas tirer un bénéfice indû de sa position ou d'une information⁹³³. Mais la sanction pénale prédomine nettement. Ainsi la violation de ces mêmes devoirs par négligence ou par malhonnêteté est pénalement sanctionnée par une forte amende et un emprisonnement maximal de 5ans⁹³⁴.

D'une manière générale, la loi prévoit que la violation de 346 de ses articles est sanctionnée par une amende ou une peine d'emprisonnement⁹³⁵. Parmi celles-ci, 67 n'entraient qu'une amende. Les 279 infractions restantes font règlement encourir à leur auteur une peine d'emprisonnement variant, selon les cas, de 3 mois à 5ans⁹³⁶. La peine maximale est d'ailleurs assez fréquemment prévue et concerne un peu moins d'une certaine de ces délits parmi lesquels on peut citer le fait de pratiquer en dehors des hypothèses légalement prévues, l'amortissement du capital⁹³⁷, l'acquisition d'actions propres⁹³⁸ ou une assistance financière à cette fin⁹³⁹.

Donc l'effectivité de ces dispositions est cependant délicate à apprécier. Les condamnations sont, semble-t-il, peu nombreuses⁹⁴⁰. Mais la loi sur les sociétés est l'une des lois « administrées » par l'*Australian Securities & Investments Commission (ASIC)*, autorité de régulation aux compétences d'investigation très vastes⁹⁴¹. Or, on constate que la menace de nombreuses sanctions civiles et pénales confère une réelle efficacité aux injonctions et aux procédures diligentées par l'*ASIC*⁹⁴².

⁹³¹ *Corporation Act2001*, sec. 180 (1).

⁹³² *Corporation Act2001*, sec. 181 (1).

⁹³³ *Corporation Act2001*, sec. 182 (1) et 183 (1).

⁹³⁴ *Corporation Act2001*, *Schedule 3, Penalties*, item n° 30 et renvoi à la section 184.

⁹³⁵ *Corporation Act2001*, *Schedule 3, Penalties*.

⁹³⁶ Un seul délit, cependant, encourt jusqu'à 10ans d'emprisonnement mais il ne concerne pas réellement le droit des sociétés mais la violation des droits sociaux des employés : V .art. 596 AB (1) *Corporation Act 2001* et item 145, *Schedule3*.

⁹³⁷ *Corporation Act2001*, sec. 254 L (3).

⁹³⁸ *Corporation Act2001*, sec. 259 F (3).

⁹³⁹ *Corporation Act2001*, sec. 260 D (3).

⁹⁴⁰ V. Australian Bureau of Statistics, *Yearbook Australia 2004, Crime and Justice*. Les données relatives au droit des sociétés ne sont pas individualisées. La catégorie où elles se trouvent est peu importante.

⁹⁴¹ Si par certains aspects, l'ASIC est comparable à la SEC ou à l'AMF, le nom de cette autorité est trompeur. Sa compétence dépasse le cadre des marchés financiers et s'étend notamment, outre le droit des sociétés, aux assurances, aux caisses de retraites ou encore aux mutuelles.

⁹⁴² V. H. BIRD, D. CHOW, J. LENNE, I. RAMSAY, *ASIC Enforcement Patterns*, Centre for Corporate Law, Melbourne University 2003, spéc. P. 44 et s. *Adde ASIC Annual Report 2002/2003*, spéc.p. 7 et p. 23 et s.

III- Le droit Sud-Africain

Si à certains égards le droit sud-africain est apparenté à la famille romano-germanique (par sa réception du code *NAPOLEON* notamment), il est nettement d'inspiration britannique en ce qui concerne son droit des sociétés⁹⁴³.

Comme le droit français, le droit sud-africain des sociétés recèle nombres d'infractions formelles. Là aussi, la doctrine les dénonce de longue date, et particulièrement leur inadaptation aux petites sociétés⁹⁴⁴. Dans nombre de celle-ci, le respect de certaines exigences formelles n'y était que feint à l'image des faux procès-verbaux d'assemblées fantômes⁹⁴⁵.

En outre, la technique législative adoptée, qui procède par renvois pour la détermination des peines, est également critiquable. Aussi est-ce assez rapidement que la lourdeur de ces regels pour le Small Business a conduit le législateur à aménager des règles spécifiques aux Close corporations, comparables à la SARL, et pour lesquelles les répressions pénales est désormais réduite au minimum. Cette réforme menée sur la base d'un projet anglais établi d'après les indications d'un éminent professeur. L.C.B. GOWER, mais néanmoins jamais adopté au Royaume-Uni⁹⁴⁶, est un modèle retenu de simplification et de dépénalisation de droit des sociétés .peu d'articles (83 sections) et surtout peu de certaines : enregistrement limité à la remise d'un simple document, pas de conseil d'administration, pas d'exigences relatives au maintien du capital, pas d'assemblées générales sauf demande d'un associé, possibilité d'adopter des résolutions par un écrit signé par les associés. Les associés sont tenus d'une obligation fiduciaire générale dont la violation engage leur responsabilité civile et pénale⁹⁴⁷.

Dans une telle épure de société, il n'est pas surprenant de ne recenser qu'une douzaine de sanctions pénales ; les principales concernent ,outre l'infraction générale incriminant les fraudes et négligences coupables des associés⁹⁴⁸, l'obligation de tenir une comptabilité selon certaine formes minimales⁹⁴⁹, l'obligation d'établir, dans les neufs mois suivant la fin de l'année comptable, un rapport financier annuel qui devra être approuvé par un ou plusieurs

⁹⁴³ Les premières lois sud-africaines relatives aux sociétés datent de la colonisation anglaise, jusqu'en 1973, elles n'ont d'ailleurs été que des décalques des lois de la métropole.

⁹⁴⁴ « This is a significant defect of the Companies Act, which bristles with sections creating purely technical offences, which are sometimes difficult to explain, and in many cases rarely, if ever, enforced. Criminel Law is a blunt and largely ineffective instrument for ensuring that technical or administrative duties imposed in an act like the Companies Act are complied with », S. J. NAUDE, *The Need for a New Legal Form for Small Businesses, For Modern Business Law*, 1982/5, p. 16.

⁹⁴⁵ S. J. NAUDE, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁴⁶ U. K. Green Paper on *A New Form of Incorporation for Small Firms*(d'après le mémorandum du Professeur Grower).

⁹⁴⁷ *Close Corporations Act* 1984, s. 42, 43, 64.

⁹⁴⁸ *Close Corporations Act* 1984, s. 64.

⁹⁴⁹ *Close Corporations Act* 1984, s. 56.

associés représentant au moins 51% du capital (mais la réunion d'une assemblée générale à cette fin n'est nullement prescrite)⁹⁵⁰ ou l'interdiction de faire un prêt ou de consentir une sûreté à un associé, ou à une société contrôlée par un associé⁹⁵¹.

Cette forme de société a rencontré un vif succès : au niveau interne, non seulement un très grand nombre d'entreprises l'ont adoptée mais de plus, sa simplicité sert de modèle à l'imminente réforme du très lourd *Companies Act 1973* ; au niveau international, d'autres pays de Common Law, l'Australie, le Canada et aujourd'hui l'Angleterre tendent aujourd'hui à limiter.

B- La nécessité des sanctions pénales en droit anglais des sociétés

Deux grandes idées primordiales seront traitées à ce niveau : l'inflation constante du droit anglais des sociétés (I) et la réforme dudit droit en la matière (II).

I- Un accroissement constant jusqu'à nos jours

Le droit anglais des sociétés jouit d'une réputation de grande permissivité. Celle-ci est cependant en grande partie usurpée. Certes, longtemps la souplesse du droit sociétaire anglais a résidé dans l'alliance de règles jurisprudentielles très favorables aux innovations de la pratique, d'une discipline très stricte imposée par les institutions professionnelles, notamment celles de la City, et de l'étroite surveillance de la presse financière⁹⁵². Mais depuis un peu de temps, la réglementation qui certes de longue date était déjà importante en ce domaine, n'a cessé de se développer⁹⁵³ et les dispositions pénales, longtemps peu nombreuses, se sont considérablement accrues. Au point d'ailleurs que la principale source textuelle, le *Companies Act 1985* et les textes afférents, énoncent 178 infractions différentes⁹⁵⁴.

Ce nombre très élevé, bien supérieur même à celui des dispositions du droit pénal des sociétés des pays Romano germanique notamment la France confirme à l'envi que la faible pénalisation des législations étrangères n'est qu'un mythe. Les infractions de *Companies*

⁹⁵⁰ *Close Corporations Act 1984*, s. 58.

⁹⁵¹ *Close Corporations Act 1984*, s. 52.

⁹⁵² L. S. SEALY, *Droit des sociétés*, in *Droit anglais*, sous la dir. De J.-A. JOLOWICZ, 2^{ème} éd., Précis Dalloz 1992, n° 340.

⁹⁵³ Certes, les huit directives relatives au droit des sociétés, ainsi que des directives plus spécifiques, ont toutes été traduites entre 1972 et 1989. Mais il serait excessif, comme le font certains juristes anglais, d'attribuer le développement de cette réglementation écrite aux seules exigences du droit communautaire. La primauté de la loi (*statute*) sur la jurisprudence est une tendance lourde observée de longue date (V. not. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd., Précis Dalloz 2002, n° 275 et 311), en outre, les directives européennes ne déterminent que la fin et non les moyens, la logorrhée législative ne leur est pas imputable.

⁹⁵⁴ *Companies Act 1985*, Annex 24, établie en vertu de la section 730.

Actconcernent tous les secteurs du droit des sociétés. Plusieurs lois ont inséré dans ce texte de nouvelles infractions⁹⁵⁵.

II- La réforme du droit anglais des sociétés

Enfin et depuis 1998, le vrai projet de réforme de droit des sociétés est entrée partiellement en vigueur « *The Company Law Review* ».C'est le projet le plus ambitieux en la matière depuis longtemps.

La logique suivie est particulièrement remarquable en ce qu'elle démontre une volonté de procéder à une refonte cohérente du l'ensemble du droit des sociétés anglais et non seulement à des ajustements où à des dépeçages désordonnées. Composé d'une quinzaine d'experts, le *Steering Group* a remis plusieurs rapports depuis sa création⁹⁵⁶.

En ce qui concerne la question des sanctions⁹⁵⁷, le résultat de ces études apparait assez paradoxal. L'un des axes de la mission du groupe consistait à reconsidérer l'efficacité des sanctions pénales, auxquelles le *Companies Act* 1985 fait un recours excessif, et d'envisager un rééquilibrage au profit des sanctions civiles⁹⁵⁸. En ce sens, l'une des règles de travail initialement posées par les rapporteurs était de s'interdire de proposer de nouvelles infractions et de leur préférer des sanctions civiles, notamment parce qu'elles sont moins couteuses à mettre en œuvre⁹⁵⁹. Dans le même temps, l'importance des sanctions pénales et leur relative inefficacité étaient dénoncées, le nombre de condamnations étant très peu important en pratique.

Donc nous sommes devant une importante refonte de droit pénal des sociétés anglais. En réalité, celle-ci sera sans doute assez limitée à considérer les préconisations du Final Report et les propositions formulées dans le White paper adressé en réponse par le Gouvernement en juin 2002⁹⁶⁰.

⁹⁵⁵ Texte modifié principalement par le Companies Act 1989, le Companies Act 1985 (Miscellaneous Accounting Amendments) Régulations 1996 et dernièrement par le Limited Liability Partnerships Regulations 2001.

⁹⁵⁶ Chronologiquement, les principaux rapports du *Company Law Review Steering Group* sont : *Modern Company Law For a Competitive Economy, The Strategic Framework*, February 1999 ; *Developing the Framework*, March 2000 ; *Completing the Structure*, November 2000 ; *Final Report*, July 2001.

⁹⁵⁷ V. *Completing the Structure*, chapter 13, *Sanctions* ; *Final Report*, chapter 15, *A Revised Sanctions Regime*.

⁹⁵⁸ *Modern Company Law for a Competitive Economy, March 1998*, & 6.3 : « One issue for the review will be the balance between civil and criminal sanctions : it is commonly suggested that the existing Companies Act too readily invokes criminal penalties, when civil remedies would be more appropriate ».

⁹⁵⁹ *The Strategic Framework*, february 1999, p. VI, & 1.11, et & 2.23.

⁹⁶⁰ *Modernising Company Law*, CM 5553.

En ce qui concerne les conclusions du groupe d'experts, l'idée d'une large dépénalisation du droit des sociétés apparaît clairement rejetée⁹⁶¹ et, au contraire le principe de la nécessité de sanctions pénales réaffirmé. Peu importe à cet égard de l'inefficacité des incriminations, il est noble que la question ne soit d'ailleurs quasiment pas abordée. Selon une curieuse logique aboutissant à évacuer le problème, le groupe estime en effet que l'on ne peut affirmer ni qu'elles ont un caractère dissuasif, ni qu'elles sont pour autant inutiles⁹⁶². Aucune volonté de dépénalisation n'est donc exprimée de sorte qu'en substance, le dispositif actuel peut être reconduit.

En réalité, considérant que les sanctions ne pourront être définie qu'après que les règles concernées l'aient elles-mêmes été, le rapport se contente principalement de poser les principes devant gouverner l'appréciation de l'utilité et de la mesure de sanction⁹⁶³. L'approche se veut totalement empirique⁹⁶⁴ et vise à concilier l'incitation au respect des regels avec l'impératif de sauvegarde de la compétitivité des sociétés.

Il en résulte l'élaboration d'une liste de considération concrète à observer dans la détermination des sanctions⁹⁶⁵ : par exemple, la manière concerne-t-elle des questions d'ordre public ou des intérêts privés? Quelle forme de sanction est la plus appropriée? Pour ce qui concerne plus précisément les sanctions pénales, une telle sanction est-elle justifiée et permettra-t-elle effectivement un meilleur respect de la règle?...Enfin, au de la de ce questionnaire, quelques positions plus précises sont également préconisées. Il est notamment proposé de renforcer la sanction d'infractions considérées comme frauduleuses⁹⁶⁶, de clarifier les sanctions pénales s'appliquant aux dirigeants ou encore de codifier les sanctions civiles, pour l'heure assez confuses, pouvant frapper les administrateurs⁹⁶⁷.

En définitive, force est de constater que l'excès des sanctions pénales en droit anglais et leur relative ineffectivité n'entraînent aucune réelle critique. L'explication de cette situation est sans doute sociologique, liée à la culture juridique britannique : les consultations réalisées

⁹⁶¹ *Final Report, Summary of recommendations* et & 15.4. V. aussi, meme sens, *Completing the Structure*, & 13.29.

⁹⁶² *Completing the structure*, & 13.7.

⁹⁶³ *Final Report*, & 15.1.

⁹⁶⁴ Dans l'un des rapports annexes, un auteur (S. DEAKIN, *Economic effects of criminel and civil sanctions in the context of company law, Research not for the DTI Company Law review*, 2000. & 3) rappelle le caractère pragmatique de la démarche et insiste sur la nécessité que les peines encourues ne soient pas trop sévères concernant les infractions pour lesquelles la sanction pénale se justifie surtout par la difficulté de détection : une peine excessive serait de fait moins souvent appliquée par les tribunaux et donc perdait de sa portée dissuasive.

⁹⁶⁵ *Final Report, Annex D, Sanctions- A Checklist of Considerations*.

⁹⁶⁶ *Final Report*, & 15.7 et & 15.11 à 15.13.

⁹⁶⁷ *Final Report*, & 15.28.

dans le cadre de la *Company Law Review* montrent étonnamment que la majorité des juristes britanniques, doctrine comme praticiens, perçoivent la sanction pénale comme indispensable en ce qu'elle souligne l'importance d'une règle et dissuade de l'enfreindre, et ne jugent pas opportune une quelconque dépénalisation du droit des sociétés.

Paragraphe 2 : L'importance du droit civil

Plusieurs sanctions civiles ont été imaginées pour se substituer à une approche pénale (A), mais sans oublier de signaler que la responsabilité civile quant à elle, joue un rôle prépondérant qui dépasse fréquemment la mesure de la réparation (B).

A- Les sanctions civiles

Les sanctions civiles étrangères sont souvent assez comparables à celles prévues aux autres droit. La nullité est ainsi la sanction la plus répandue en cas d'acte entaché d'une irrégularité, elle est d'ailleurs partout prévue pour certains vices majeurs affectant, le plus souvent, la constitution de la société, les décisions d'assemblées générales et certains contrats.

En revanche, il apparaît assez nettement que les procédures d'injonction et d'astreinte sont, en moyenne, plus fréquentes en droit comparé, ce qui s'observe notamment en Allemagne⁹⁶⁸ et, plus fortement encore, en pays de *Common Law*⁹⁶⁹. Beaucoup de ces procédures sont expressément prévues par des textes mais, à défaut, les juges ont parfaitement la possibilité d'ordonner les diverses mesures qu'ils peuvent estimer utiles. L'*injunction* sert ainsi souvent à apporter un remède plus adapté que ne l'est la prévision générale de la loi à une situation précise ; le juge peut également prononcer un jugement déclaratoire (*declaration*), notamment pour interdire la commission d'un acte précis, son intervention se plaçant alors dans une optique préventive. Ces multiples possibilités d'intervention résultent de la place occupée par le pouvoir judiciaire en matière de sociétés où le juge reste ; à bien des égards, un véritable juge d'*equity*, et notamment au sens français d'équité, comme cela est par exemple prévu dans l'Etat Delaware⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸V. not. Pour l'astreinte : art. 79 *GmbHG* ; art. 407 *AKtG*.

⁹⁶⁹Pour des injonctions judiciaires en droit anglais, V. not. Sections 169 (8), 175 (7), 219 (4) *Companies Act* 1985 concernant l'accès à certains documents ou leur communication, section 217 (5) concernant l'injonction de modifier ou de supprimer une entrée dans le registre des actionnaires.

⁹⁷⁰Cela est vrai d'abord au sens strict en droit anglais où la matière des sociétés relève du domaine de l'*equity* et non de la *Common Law*, mais d'une manière plus large, le juge est également compétent pour ordonner certains « remèdes » que la situation lui paraît requérir (même si certains de ces remèdes relèvent, quant à eux, de la *Common Law*).

A rattacher aussi à l'implication d'autorités extérieures dans le contrôle du respect des règles de droit des sociétés, la possibilité existe parfois de n'adresser que des lettres de mise en garde. En Angleterre, l'autorité administrative informée de dysfonctionnements (par dénonciation auprès d'un service particulier) peut intimer l'ordre d'y remédier à peine d'entamer des poursuites⁹⁷¹.

Concernant les agissements des dirigeants, ces mêmes droits admettent que la société est fondée à exiger des dirigeants ayant retiré un bénéfice personnel d'un contrat passé est fondée à exiger des dirigeants ayant retiré un bénéfice personnel d'un contrat passé par la société ou d'une indélicatesse liée à la gestion, qu'ils reversent à celle-ci le profit ainsi réalisé, alors même que la société n'aurait éprouvé aucun préjudice, voire aurait bénéficié, de ces opérations (*accounting for profit*⁹⁷²).

Parmi les sanctions civiles prévues, on trouve également parfois la possibilité pour les tribunaux, dans des hypothèses bien précises, d'ordonner la destitution des administrateurs et de leur interdire d'agir en cette qualité pour une durée variable⁹⁷³.

Les sanctions administratives et les pénalités civiles sont assez fréquentes pour sanctionner l'omission de mentions formelles dans les documents, l'inexécution ou le retard dans l'exécution d'obligations d'information ou de dépôt⁹⁷⁴. Elles sont assez importantes en droit fédéral américain et particulièrement dans le cadre spécifique, mais néanmoins très vaste, du *securities exchange act of 1934* dont les sanctions dites « civiles » sont très rigoureuses.

Toutefois, à la frontière de la sanction et de la responsabilité, l'affirmation d'une présomption de dommage en cas d'inaccomplissement de certaines obligations se rencontre dans les droits romano-germaniques. Ainsi, la loi belge sur les sociétés prévoit une telle présomption si les comptes annuels n'ont pas été soumis à l'assemblée générale dans le délai de six mois, en cas de non dépôt de ces mêmes comptes à la Banque de Belgique ou en l'absence de convocation de l'assemblée générale dans l'hypothèse de pertes égales à moitié du capital social⁹⁷⁵. En ce qu'il facilite considérablement la mise en œuvre d'une action en responsabilité civile, ce renversement de la charge de la preuve équivaut à une sanction. La

⁹⁷¹La DTI (*Department of trade and industry*) *prosecutions unit* et la *Companies House* émettent ce type de lettres. La doctrine anglaise y voit, à juste titre, une exploitation pertinente des ressources du principe de l'opportunité des poursuites.

⁹⁷²Il s'agit là d'un remède de *Common Law* admis en droit anglais (V. en ce sens section 341 *Companies Act* 1985).

⁹⁷³C'est par exemple le cas en droit anglais ou en droit australien (*Corporation Act* 2001, Part 2D.6).

⁹⁷⁴Par exemple, en droit anglais de sociétés, le retard dans les déclarations relatives aux comptes annuels est sanctionné par une pénalité civile pouvant aller jusqu'à 5000£.

⁹⁷⁵Art. 92, 98, 332, 431 et 633 Code des sociétés Belge.

même logique se trouve d'ailleurs en droit allemand qui prévoit l'inversion des règles de preuve lorsqu'ont été réalisés certains actes limitativement énumérés par la loi et potentiellement néfastes pour la société ; en l'occurrence, ceux affectant le patrimoine social, tels les prêts consentis par celle-ci aux dirigeants ou les distributions d'éléments du patrimoine de la société à des actionnaires. Le membre du directoire dont la responsabilité est recherchée a alors la charge de prouver qu'aucun dommage pour la société n'a résulté de cet acte.

D'une manière plus générale, cet emploi des règles de preuve est révélateur de la place centrale qu'occupe la responsabilité civile dans toutes les législations sociétaires à travers le monde.

B- La responsabilité civile : illustration américaine

Dénominateur commun à tous les droits, la responsabilité civile est largement sollicitée en matière de sociétés. Outre les règles générales qui permettent d'y recourir, elle est prévue expressément dans un très grand nombre d'hypothèses dans lesquelles il est indiqué que tel acte, comportement ou omission est de nature à engager la responsabilité de la personne en cause. Il serait vain de prétendre en donner un aperçu tant ces hypothèses sont nombreuses ; cela serait d'ailleurs inutile, la responsabilité pouvant, de toutes manières, être engagée indépendamment de prévisions expresses. Il importe en revanche, de souligner l'importance du rôle sanctionnateur que la responsabilité civile dans certains droits étranges.

Deux conceptions s'opposent. L'une, similaire à la nôtre, ne conçoit la responsabilité civile que comme une institution à finalité compensatoire. La proximité de vue avec le droit français n'appelle d'ailleurs pas de précisions particulières. L'autre conception, qui a notamment cours aux Etats-Unis, attribue une dimension punitive à la responsabilité civile.

De fait, la responsabilité pénale en matière de sociétés étant peu étoffée en droit américain, un transfert s'est naturellement opéré sur la responsabilité civile dont l'application à un caractère systématique. On trouve ainsi parfois certains comportements gravement répréhensibles, constitutifs d'un délit soit en droit Marocain ou en droit Français et dans nombre de pays d'ailleurs, qui n'entraînent qu'une responsabilité civile de leurs auteurs⁹⁷⁶. En outre ; même

⁹⁷⁶ C'est par exemple le cas du versement de dividendes fictifs ou du rachat illicite d'actions propres de la société, d'après le droit de l'Etat du Delaware (*Delaware Code, Title 8, General Corporation Law, &174*) : les dirigeants peuvent alors être condamnés à payer des dommages intérêts équivalents au montant total des dividendes distribués ou au montant des actions rachetées, aussi bien au profit de la société qu'à celui des créanciers.

lorsqu'elle est possible, l'action pénale reste étrangère à la logique des plaignants qui ne souhaitent qu'une condamnation pécuniaire prononcée à leur profit. Il serait donc erroné de voir dans cette préférence pour la voie civile une marque de clémence pour les agissements répréhensibles en droit des sociétés. Si celle-ci est préférée à la sanction pénale, c'est qu'elle est considérée comme la seule véritable réponse appropriée afin de satisfaire au mieux les intérêts privés qui ont pu être lésés. La faveur dont elle bénéficie est aussi liée à son évidence : l'action en responsabilité civile est le recours le plus spontané de tout mécontent. La logique du système tend donc naturellement à faciliter cette voie en multipliant les possibilités de mise en œuvre (I). La voie de la responsabilité est d'autant plus fréquemment empruntée qu'elle n'est pas strictement compensatoire mais a aussi une dimension pénale (II).

I- Pluralité des actions possibles

Du côté des plaignants potentiels, trois actions en responsabilité sont envisageables. L'action directe est exercée par un associé en raison d'un préjudice subi personnellement (*individual action*). L'équivalent de notre action sociale *ut singuli* est déclenché au nom de la société en raison d'un préjudice subi par celle-ci du fait dirigeant et en cas de carence des organes de la société (*derivative action*). Mais la plus redoutable est la fameuse *Class action*, spécifique au droit américain (mais reprise à l'étranger, notamment en droit canadien) et souvent mise en œuvre en droit des sociétés⁹⁷⁷. Elle permet à un individu d'agir au nom d'une catégorie de personnes réputée être dans la même situation et avoir subi le même dommage, sans cependant que celles-ci ne l'aient mandaté pour mener une telle action en leur nom. Si les conditions procédurales sont réunies, cette action peut aboutir à la condamnation de la société ou de ses dirigeants qui seront alors tenus d'indemniser le préjudice subi par tous les membres du groupe, déterminés ou déterminables d'après les critères posés dans la décision, ce qui peut aboutir à des sommes colossales⁹⁷⁸.

Dans la pratique, ce type d'action tend à dévoyer le droit des sociétés qui devient le prétexte juridique à la recherche d'une compensation judiciaire aux insuffisances de la rentabilité

⁹⁷⁷ Il y en aurait eu 997 entre 1995 et 1999 dans les entreprises cotées d'après une étude menée par *Pricewaterhouse Coopers, LLP, 2000 Securities Litigation Study*, p. 1. Elle n'est d'ailleurs pas limitée à la responsabilité civile et par ce biais, il est aussi possible de l'exercer pour faire valoir des droits individuels communs à un groupe d'associés.

⁹⁷⁸ On trouve ainsi des condamnations qui se chiffrent en milliards de dollars telle la condamnation prononcée le 14 juillet 2000 par un modeste tribunal du comté de Dale en Floride à l'encontre des principaux producteurs de tabac : 145 milliards de dollars, V. P. DE BEER, *145 milliards de dollars d'amende pour les cigarettiers américains*, *Le Monde* du 16-17 juillet 2000, p. 26. Plus « modestement » Mais toujours dans le colossal néanmoins, General Motors a été condamné à payer 4.9 milliards de dollars aux personnes accidentées dans une voiture de sa marque, V. *General Motors condamné à indemniser les accidentés de la route*, *Le Monde*, 12 juillet 1999.

boursière⁹⁷⁹. De fait, la *Class action* est avant tout une formidable « machine à procès⁹⁸⁰ », plus génératrice de conflits artificiels que de solutions équitables.

II- L'admission des dommages-intérêts punitifs

Largement admise, la responsabilité civile dépasse parfois le rôle indemnitaire pour se doubler d'une dimension punitive. Cette double nature, ou double fonction, que résume la notion de « *dommages-intérêt punitifs* », est de constituer, dans le même temps qu'une réparation effective du dommage subi, la sanction du comportement générateur de ce préjudice. La part de la condamnation excédant l'indemnisation intégrale du dommage représente une peine privée allouée à la victime dont « *l'enrichissement* » est directement fondé sur la réprobation de l'acte commis⁹⁸¹. Ce système est assez répandu aux Etats-Unis où il contribue à la prolifération du nombre d'actions en justice.

En droit des sociétés, il présente l'avantage de ne pas criminaliser la matière tout en exerçant une pression constante sur les dirigeants en faveur du respect scrupuleux de leurs obligations. La peine privée incite également les actionnaires à exercer une vigilance accrue et sans complaisance à l'encontre d'éventuels manquements aux règles du droit des sociétés dont telle rétribuerait la dénonciation la fonction dissuasive des dommages-intérêts punitifs n'est pas douteuse.

S'il est généralement admis que la rigueur et surtout la certitude de la répression sont les conditions nécessaires pour qu'une sanction pénale soit dissuasive, ces deux attributs caractérisent aussi les dommages-intérêts punitifs⁹⁸². La certitude de la répression par ce moyen peut même être considérée comme supérieure à celle de la voie pénale si l'on considère que sa mise en œuvre ne dépend en rien d'une autorité publique mais d'une pluralité de plaignants potentiels.

⁹⁷⁹Pour comprendre cette logique, il faut d'abord considérer, comme l'affirme A. TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, n° 4, Economica 1985, « qu'il est implicitement admis, aux Etats-Unis, que l'essentiel du rit des sociétés anonymes cotées en bourse, c'est précisément le comportement à la bourse des titres de chaque société. Qu'importe à l'actionnaire que le conseil soit composé de 12 membres, de 20 ou de 100 ? Si l'on craint des rémunérations abusives, la divulgation y suffira. Mais ce qui est essentiel pour l'épargnant, c'est qu'il puisse acheter ou vendre des titres à un cours « raisonnable », fondé sur des données objectives ». C'est donc presque toujours en cas de difficultés boursières que les comptes, les pratiques, les opérations de la société, les déclarations des dirigeants sont fouillés par des cabinets d'avocats spécialisés en *Calss actions* pour y trouver le support d'une action, la moindre méconnaissance légale pouvant donner prise à une action en responsabilité.

⁹⁸⁰L'expression est du Professeur P. LE CANNU, *Attributions et responsabilités des associations de défense des actionnaires et des investisseurs*, Rev. Sociétés 1995, p. 240.

⁹⁸¹M-H. DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, Thèse en droit, Université René Descartes, Paris V, L.G.D.J., 2005, p. 173.

⁹⁸²V. not. A. TUNC, *Où va la responsabilité civile aux Etats-Unis ?*, RID Comp. 1989, p. 711.

Certes, certains excès de la pratique américaine ont discrédité l'institution des dommages-intérêts punitifs. Son principes n'est cependant pas à rejeter dans la mesure où elle constitue une solution de compromis à l'alternative binaire d'une répression pénale ou civile dans un domaine qui , le plus souvent , relève davantage de la défense d'intérêts privés que de la défense de l'ordre social.

Le droit américain offre donc l'exemple d'un système ayant nettement opté pour la régulation par la responsabilité civile de son droit des sociétés. Le droit criminel spécifique y étant rare, ce qui est perdu sur le terrain pénal est largement compensé sur le terrain civil. D'autant que nombre d'affaires n'atteignent jamais le seuil des prétoires : la transaction est en effet bien plus fréquente, et préférée même lorsqu'une condamnation est peu probable. La simple défense devant la justice américaine, en raison des honoraires des *lawyers* et du montant des expertises, est ruineuses et incite à suivre l'adage selon lequel *mauvais arrangement mieux vaut que bon procès*⁹⁸³.

Par ailleurs, l'assurance responsabilité des dirigeants est devenue quasiment systématique, développement qui alimente pleinement cette logique judiciaire, même si la couverture des fautes les plus lourdes ou intentionnelles est toujours écartée. En règle générale , les primes sont assumées par la société qui , en outre, peut être tenue par la loi ou les statuts d'indemniser les dirigeants des frais de justice engagés pour leur défense ; certains auteurs critiquent cette déresponsabilisation des dirigeants , d'autant que leurs agissements peuvent avoir nuit à la société.

L'une des principes sources de responsabilité civile résulte de la violation par les dirigeants de leurs devoirs fiduciaires. En substance, ces devoirs tendent à promouvoir une scrupuleuse intégrité.

Aussi, la compréhension de ces devoirs fiduciaires représente une donnée essentielle pour cerner correctement les raisons pour lesquelles, dans nombre de législations étrangères, la régulation du droit de société repose davantage sur la responsabilité civile que sur la sanction pénale.

⁹⁸³H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit Français*, 4^{ème}2d., Litec 1999, n° 218, p. 431.

Sous-section 2 : Le droit pénal applicable aux sociétés dans les pays de droit Romano-Germanique : Une moindre pénalisation des lois sociétaires

On étudiera la répression pénale en droit belge et allemand (paragraphe 1) avant de braquer le projecteur sur de cette répression en droit Français (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La répression pénale en droit Belge et Allemand

Les sanctions pénales en droit Belge (A) et celle relative du droit Allemand (B) seront étudiées alternativement.

A- Les sanctions pénales du droit Belge des sociétés : présentation d'ensemble et traits caractéristiques

Il s'avère nécessaire de dresser un tableau d'ensemble du dispositif pénal propre aux sociétés (I) avant d'en souligner les traits les plus caractéristiques (II).

I- Démonstration d'ensemble

La Belgique s'est dotée d'un code des sociétés reprenant pour l'essentiel les anciennes Lois Coordonnées sur les sociétés commerciales⁹⁸⁴.

En ce qui concerne les dispositions pénales, si celles-ci n'ont pas été du tout modifiée, elles ont cependant grandement gagné en cohérence grâce à un travail de codification mené intelligemment : en effet, elles sont désormais réparties dans l'ensemble du Code des sociétés, en conclusion des principales décisions, ce qui permet une meilleure appréhension des infractions afférentes à chaque forme de société ou à chaque matière. Toutefois l'incrimination par renvoi demeure fréquente, ce qui limite un peu l'intérêt de cette présentation.

Sur le fond, si l'on exclut les dispositions redondantes qui déclinent une même infraction pour chaque type de société, on dénombre en moyenne environ une vingtaine de différentes infractions applicables, la SA ou à la SARL étant les formes sociales assorties de plus grand nombre d'infractions spécifiques.

⁹⁸⁴Le code belge des sociétés est d'une facture assez comparable aux codes des sociétés proposés par les éditions Dalloz ou Litec en ce qu'il regroupe, sous une numérotation suivie, non seulement la plupart des anciens articles des Lois Coordonnées sur les sociétés commerciales, mais aussi les dispositions relatives aux sociétés du titre IX, Livre III, du Code civil (art. 1832 à 1873), ainsi que d'autres lois spécifiques (Loi GIE, Loi sociétés agricoles, Loi comptable).

En effet, le détail de ces diverses infractions fait nettement apparaître la parenté du droit Belge avec le droit Marocain et Français des sociétés. On retrouve ainsi quelques infractions quasiment identiques : infractions relatives à la publicité des résultats financiers⁹⁸⁵ ; infractions relatives à la comptabilité des sociétés⁹⁸⁶, infractions relatives au contrôle⁹⁸⁷, infractions relatives aux assemblées d'actionnaires ou d'obligataires⁹⁸⁸. On peut également citer le délit de répartition de dividendes fictifs⁹⁸⁹, ainsi que les divers procédés, sous réserve des hypothèses autorisées, tendant à l'acquisition ou à la souscription de ses propres droits sociaux (parts sociales ou actions) par la société⁹⁹⁰, y compris les avances, prêts ou suretés consentis à des tiers⁹⁹¹.

Par ailleurs, la loi de 8 avril 2003 a introduit dans le Code des sociétés l'amende administrative. Celle-ci peut être infligée par les services du Ministère en charge des affaires économiques aux sociétés qui n'ont pas procédé au dépôt des comptes annuels, des comptes consolidés ou des documents à déposer en même temps que ces comptes, dans les sept mois suivant la date de clôture de l'exercice⁹⁹².

Il est cependant possible pour la société défaillante d'invoquer et de prouver la force majeure par écrit et en temps utile. A la manière d'une astreinte, l'amende est de 200 euros par mois de retard, plafonnée à 1200 euros, elle est due solidairement par les gérants, administrateurs et, le cas échéant, par les liquidateurs⁹⁹³.

Au regard des peines encourues, le droit pénal des sociétés belge se montre moins. Ainsi, les peines d'amende n'excèdent quasiment 250 euros⁹⁹⁴. Surtout, sauf une exception⁹⁹⁵, les peines d'emprisonnement ne s'échelonnent que d'un mois à un an au maximum.

⁹⁸⁵ Art . 128 C. sociétés.

⁹⁸⁶ Art . 126 C. sociétés.

⁹⁸⁷ Art . 170 et 171 § 1^{er} C. sociétés.

⁹⁸⁸ Art . 345 (SPRL) et 647 (SA) C. sociétés.

⁹⁸⁹ Art . 347. 1° (SPRL) et 648, 1° (SA) C. sociétés.

⁹⁹⁰ Art . 347, 2° (SPRL) et 648, 3° (SA) C. sociétés.

⁹⁹¹ Art . 347, 4° (SPRL) et 648, 6° et 7° (SA) C. sociétés.

⁹⁹² Art . 129 bis C. sociétés.

⁹⁹³ Art . 196 bis C. sociétés.

⁹⁹⁴ Outre l'amende administrative précitée, la loi du 8 avril 2003 a radicalement (et curieusement) modifié le montant maximal de l'amende prévue à l'article 128 en le faisant passer de 10.000 Francs belges (soit 250 euros environs) à 10.000 euros, soit une peine quarante fois plus lourde !

⁹⁹⁵ L'art.872 C. sociétés prévoit une peine maximale de deux ans en cas de violation de certaines des règles de fonctionnement d'un groupement d'intérêt économique.

II- Les traits particuliers

Deux traits de ce dispositif répressifs doivent être particulièrement soulignés. D'une part, le code des sociétés ne prévoit pas d'infractions spécifiques aux sociétés qui soient proches d'infractions majeures du droit commun. Ainsi, pour réprimer les manœuvres frauduleuses liées à des opérations de souscription ou d'achat de droit sociaux-simulation de souscription ou de versement, publication de souscription ou de versement fictifs, publication de faits faux, publication de noms de personnes faussement présentés comme devant être attachés à la société à un titre quelconque⁹⁹⁶. Le code des sociétés renvoie expressément à la l'escroquerie de droit pénal commun⁹⁹⁷.

De la même manière n'existe-t-il pas dans le code des sociétés d'infraction d'abus de biens sociaux. Les faits sont réprimés sur la base des dispositions de code pénal relative à l'abus de confiance⁹⁹⁸. Cependant, à l'instar de l'évolution française, il a paru nécessaire d'affiner l'incrimination générale en vison plus spécifiquement les dirigeants de sociétés. Cette précision ,a porté par une loi de 1997,rapproche nettement l'incrimination d'abus de confiance belge de l'abus de biens sociaux français : « *Sans punis d'un emprisonnement d'un mois à 5ans et d'une amende de 100Francs à 500.000Frans, les dirigeants de droit ou de faits des sociétés commerciales et civiles ainsi que les associations sont but lucratif qui, avec une intention frauduleuse et à des fins personnelles, directement ou indirectement , ont faits des biens ou des crédits de la personne morale un usage qu'ils savaient significativement préjudiciable aux intérêts patrimoniaux de celle-ci et à ceux de ses créanciers ou associés* ⁹⁹⁹ ».

D'autre part, un second trait caractéristique de droit pénal de société belge est la distinction essentielle qui est faite selon que le comportement délictueux a été accompli avec une intention frauduleuse ou non.

Dans les deux cas, l'infraction est constituée mais la peine encourue est aggravée si une telle intention est établie .La considération de ce dol spécial n'est ici requis pour caractériser l'infraction en soi mais, l'existence de l'infraction établie, pour en moduler la peine.

⁹⁹⁶ Art. 348 (SPRL) et 649 (SA) C. sociétés.

⁹⁹⁷ Art. 496 Code pén.

⁹⁹⁸ Art. 491 et s. C. pén. L'article est très proche de l'article 408 de l'ancien code pénal relatif à l'abus de confiance mais sans faire toutefois référence à des contrats précis.

⁹⁹⁹ Art. 492 bis C. pén.

Cette peine en considération de la fin frauduleuse poursuivie pour individualiser la peine est prévue par la loi pénale elle-même et non appréciée par le juge comme c'est en pratique le cas en France. Pour n'en donner qu'une illustration, les dirigeants qui sciemment n'ont pas dressé d'inventaire ou établi les comptes annuels commettent une infraction punie par une amende ; s'ils ont agi avec une intention frauduleuse, ils encourent, outre l'amende, une peine d'emprisonnement d'un moi à un an. En définitive, il apparaît nettement que le législateur belge a su, en matière de dispositions pénales propres aux sociétés, faire preuve d'une plus grande retenue.

Le constat est d'abord quantitatif : le nombre d'infractions spécifiques à la matière sociétaire est sensiblement inférieur en Belgique, ce qui souligne alors d'autant plus clairement l'importance des intérêts accédant à cette protection pénale. Mais il est surtout qualitatif : les infractions d'omission soit moins fréquentes et, en outre, une distinction importante est faite a priori selon le but poursuivi par l'auteur de délit. Enfin les peines susceptibles d'être infligées sont dans l'ensemble très inférieur à celles ordinairement prévus en droit français, ce qui nous paraît plus adapté à la gravité réelle de nombreux délits formels et, de fait plus proche de la réalité de condamnation effectivement prononcées¹⁰⁰⁰.

Il est certain que le droit belge, par sa parenté très nette avec le droit français, mais aussi, plus précisément, par sa mesure dans la répression est susceptible de fournir au législateur français, sinon un modelé, du moins l'illustration d'un dispositif cohérent qui ne requiert pas le secours d'une répression pénale systématique.

B- Les sanctions pénales du droit Allemand des sociétés

Là encore, l'exotisme n'est pas là où l'on pouvait s'y attendre ! s'il a déjà été souligné l'importance certaine des infractions pénales dans la plupart des pays de Common Law, en dépit de l'étiquette libérale qui leur est généralement et trop rapidement attachée, à l'inverse, le droit allemand des sociétés tend à confirmer que la famille romano-germanique, ne fait qu'un usage modéré de la sanction pénale en matière de sociétés.

L'organisation et le fonctionnement de la cogestion des sociétés allemandes n'ont pas nécessité la création d'infraction spécifique. Aussi les deux principales lois sur les sociétés commerciales allemandes ne comptent-elles qu'assez peu d'infractions.

¹⁰⁰⁰ M-H. DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op.cit., p. 163.

On mettra l'accent d'une manière successive sur la réticence à la prolifération d'infractions spécifiques aux sociétés commerciales (I), ainsi la préférence pour le recours aux infractions du droit pénal commun : l'exemple de l'abus des pouvoirs sociaux des dirigeants (II).

I- La réticence à la prolifération d'infractions spécifiques aux sociétés commerciales

La nécessité de traiter la *GmbH* (a) et *L'AktG* (b) est obligatoire.

a- La GmbH

Si l'on considère d'abord la forme sociale de loin la plus répandue la *GmbH*, équivalent de la SARL, la loi du 20 avril 1892, modifiée à de nombreuses reprises, ne prévoit que trois hypothèses d'infractions. La première, punie d'un emprisonnement de 3ans au maximum ou d'une amende, concerne le fait de fournir certaines informations mensongères¹⁰⁰¹.

Plusieurs comportements sont visés et notamment des déclarations mensongères du gérant ou des associées fondateurs aux fins de l'immatriculation de la société relative aux conditions de constitution (souscription des parts, libération des apports, utilisation des montants versés, frais de constitution, avantage particulière, apport en nature, garantie concernant les apports en numéraires non intégralement libérés) ou encore les mensonges du gérant en vue de l'enregistrement d'une augmentation du capital quant à réalité de la souscription et des apports. Encourt la même peine le gérant, le liquidateur ou le membre du conseil de surveillance qui sciemment, dans une communication officielle présente la situation de patrimoine de la société d'une manière inexacte ou la dissimule¹⁰⁰².

Une seconde hypothèse d'infraction réprime deux comportements distincts, d'une part, la violation par le gérant de son obligation de déclarer aux associés des pertes égales à la moitié du capital social, d'autre part, le fait, pour le gérant ou le liquidateur, de ne pas avoir demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité¹⁰⁰³. La peine prévue est en principe de trois ans d'emprisonnement ou d'une amende mais elle peut cependant, être limitée à un an ou à une amende si l'omission ne résulte que d'une négligence¹⁰⁰⁴.

Enfin la dernière hypothèse d'infraction, plus originale consiste dans le fait pour un gérant, un membre du conseil de surveillance ou un liquidateur de divulguer son y avoir été autorisé un

¹⁰⁰¹ Art. 82 *GmbHG*.

¹⁰⁰² Art. 82 (2) 2 *GmbHG*.

¹⁰⁰³ Art. 84 (1) *GmbHG*.

¹⁰⁰⁴ Art. 84 (2) *GmbHG*.

secret de la société, concernant notamment son activité ou ses affaires¹⁰⁰⁵. Ce délit est normalement puni d'un an d'emprisonnement ou d'une amende. Mais la peine est aggravée jusqu'à deux années d'emprisonnement s'il a été commis contre rémunération, en vue de s'enrichir ou pour nuire. Dans ce dernier cas, la personne qui a tiré profit de l'exploitation de ce secret encourt une peine identique. Compte tenu de leur nature, les faits ne peuvent être poursuivis que sur requête de la société.

b- L'AktG

L'*Aktiengesellschaft*, équivalent de la société anonyme, c'est loin d'avoir la même faveur que son homologue : peu utilisée, il est essentiellement adopté par des entreprises de très grandes tailles¹⁰⁰⁶.

La loi de 6 septembre 1965 prévoit dans sa troisième et dernière partie, une quinzaine d'infractions, dont une moitié est constituée de contraventions. On retrouve en substance les mêmes infractions que celles déjà présentée pour la *GmbH* concernant les indications fausses ou inexacts, la dissimulation de fait important affectant la société¹⁰⁰⁷, le devoir d'information en cas de perte atteignant la moitié du capital¹⁰⁰⁸ et le devoir de confidentialité¹⁰⁰⁹. Sont énoncées, en outre, les incriminations destinées à assurer la régularité du contrôle, qu'il s'agisse de la véracité des informations délivrées au vérificateur¹⁰¹⁰ comme du manquement de celui-ci à son devoir de faire un rapport sincère et exact du résultat de ses vérifications¹⁰¹¹.

Les contraventions sont par ailleurs, assez nombreuses et concernant de principaux axes : d'une part, les regels relatives à l'émission des actions ainsi qu'à l'acquisition d'actions propres, auxquelles sont tenus les membres du directoire et du conseil de surveillance¹⁰¹²; d'autre part, les règles relatives à l'exercice du droit de vote en assemblée (essentiellement l'exercice de droit de vote en moyen d'actions appartenant à un tiers¹⁰¹³). Toutes ces contraventions sont punies d'une amende pouvant aller jusqu'à 50.000DM (25.000 €; 250.000 DH).

¹⁰⁰⁵ Art. 85 *GmbHG*.

¹⁰⁰⁶ Une substantielle loi de réforme du 28 octobre 1994 ambitionnait de rendre cette forme sociale plus attractive pour des entreprises de taille moyenne en simplifiant sa constitution et ses règles de fonctionnement. Mais même après cette évolution, l'*AktG* demeure une structure assez lourde dont l'attrait s'exerce surtout sur les entreprises cotées en bourse.

¹⁰⁰⁷ Art. 399 et 400 *AktG*

¹⁰⁰⁸ Art. 401 *AktG*.

¹⁰⁰⁹ Art. 404 *AktG*.

¹⁰¹⁰ Art. 400 *AktG*.

¹⁰¹¹ Art. 403 *AktG*.

¹⁰¹² Art. 405, 1° *AktG*.

¹⁰¹³ Art. 405, 3° *AktG*.

Enfin, sur un autre plan, la loi prévoit deux cas dans lesquels des pénalités d'astreinte peuvent être prononcées pour contraindre les membres de directoire à effectuer certaines déclarations au registre de commerce¹⁰¹⁴.

II- La préférence pour le recours aux infractions du droit pénal commun : l'exemple de l'abus des pouvoirs sociaux des dirigeants.

Contrepartie du nombre peu élevé de sanctions spécifiques, le droit pénal commun a, en Allemagne, davantage vocation à s'appliquer aux infractions sociétaires.

Ainsi les règles relatives à l'établissement des bilans sont communes aux diverses formes d'activités commerciales et leur violation dans le cadre d'une société constitue l'une des infractions comptables prévue par le code de commerce.

Plus communément encore, c'est d'après les incriminations générales du code pénal que sont appréhendés les comportements qui, en droit Marocain et Français, constituent les infractions phares du droit pénal de sociétés, les délits d'abus de biens sociaux et d'abus des pouvoirs. Le texte de référence est l'article 266 du code pénal sur l'abus de confiance, *Untreue (infidélité)*, dont les prévisions sont suffisamment larges pour s'appliquer à deux catégories de comportements délictueux commis par les dirigeants¹⁰¹⁵.

La première hypothèse est celle de l'abus de pouvoir, *Missbrauchstatbestand* (abus de mandat), qui permet de sanctionner les dirigeants qui, en outrepassant les limites de leur pouvoirs sociaux ou en en mésusant, causent un préjudice à la société. L'incrimination est définie en terme particulièrement extensif puisqu'il n'y est fait référence qu'à « *l'abus des pouvoirs* » qui ont été valablement conférés ; c'est l'intention de commettre l'acte délictueux est caractérisée et dès lors qu'est établie l'existence de préjudice causé à la société, l'infraction est constituée. Il s'agira le plus souvent de la conclusion, par les dirigeants, dans leur intérêt personnel, de contrat totalement étranger à l'objet social ou contrainte à l'intérêt de la société.

L'autre hypothèse générale à laquelle l'infraction d'abus de confiance s'applique et celle de la violation d'une obligation de loyauté, *Treubruchtatbestand*. Sur cette base, les dirigeants peuvent être pénalement sanctionnés lorsqu'ils ont failli à l'obligation fiduciaire protéger les intérêts patrimoniaux qui leur étaient confiés et qu'il en a résulté un préjudice pour la société.

¹⁰¹⁴ Art. 407 AktG.

¹⁰¹⁵ M-H-DOURNAUX, *Réflexion critique pénale en droit des sociétés*, op.cit.p.165.

L'utilisation des biens sociaux dans un intérêt personnel est naturellement le cas le plus fréquent de ce comportement. Mais, là encore, l'incrimination est notablement extensive : entre la condition de préjudice, le texte applicable à cette hypothèse ne définit l'infraction qu'à l'aide de deux notions générales, le « *devoir de sauvegarde des intérêts patrimoniaux confiés* » et le caractère « *fiduciaire* » de la relation. Aussi, la responsabilité pénale des dirigeants peut parfaitement être recherchée pour des actes mettant en péril de manière inconsidérée les biens de la société, ce qui peut permettre au juge de s'immiscer dans l'appréciation du caractère hasardeux de la gestion, même si la seule négligence ne peut être pénalement réprimée.

Dans tous les cas d'abus de confiance, il n'est nécessaire que le dirigeant ait poursuivi un but personnel. En cela, le droit Allemand est identique à la jurisprudence française qui est également indifférente aux fins poursuivies par l'auteur de l'abus de confiance. En revanche, le fait s'en droit allemand l'abus de confiance soit la base d'incrimination de certains délits de sociétés permet une répression plus large de ceux-ci que ce n'est le cas en droit français sur le fondement de l'abus des biens ou des pouvoirs sociaux : en effet, pour ces deux infractions spécifiques, l'exigence en droit français d'un but d'intérêt personnel restreint théoriquement leur domaine d'application¹⁰¹⁶.

On notera qu'une autre base répressive peut également être invoquée dans certains cas : l'*Unterschlagung* ou détournement. Prévu à l'article 246 de code pénal, ce délit s'apparente à l'abus de confiance français et réprime l'appropriation illicite d'un bien mobilier par une personne l'ayant en sa possession ou sous sa garde.

Pour achever ce bref exposé de la situation allemande, il est nécessaire de souligner que la pratique allemande met finalement assez peu en ouvre la responsabilité pénale en matière de sociétés¹⁰¹⁷. En réalité, la régulation en ce domaine passe essentiellement par l'emploi de sanctions civiles dont l'efficacité agit au détriment des actions pénales. Ce trait n'est d'ailleurs pas propre à l'Allemagne.

¹⁰¹⁶ Du moins est-ce le principe mais la jurisprudence récente tend à s'en affranchir, V. art. L. 820-7 C. com.

¹⁰¹⁷ V. not. L'opinion de M. LEBER, La responsabilité des dirigeants de la société anonyme allemande, RDAI/ IBLJ 1996, n°6, p. 693 s., spéc. P. 703. Aucune étude officielle ne précise exactement la délinquance en matière de sociétés, toutefois, d'après un rapport Erster Periodischer Sicherheitsbericht der Bundesregierung (premier rapport périodique sur la criminalité et sa répression en Allemagne), juill.2001, la criminalité « économique » au sens large représenterait seulement 1.7% des infractions recensées par la police mais 60% du préjudice total causé par la délinquance. Mais compte tenu de la généralité de la catégorie, qui inclut notamment la banqueroute, les fraudes fiscales, à la sécurité sociale..., seule une part infime de celles-ci doit concerner le droit des sociétés. Le rapport souligne d'ailleurs la difficulté majeure que constitue la détection de ces comportements.

Paragraphe 2 : L'opportunité d'une répression pénale spécifique aux sociétés en droit Français

Toute répression pénale y compris, en matière de sociétés, trouve, sinon sa réelle justification, du moins une part de sa légitimité, dans la mesure avec laquelle il y est fait recours. Donc l'étude d'une répression pénale justifiée (A) et mesurée (B) nous paraît deux idées convenables pour mieux développer notre point de vue.

A- Une répression pénale justifiée

Au risque assumé de formuler une tautologie, on doit considérer que le droit pénal correspond à la nécessité de réprimer certains comportements considérés comme répréhensibles (I) et pour lesquels d'autres formes de sanctions ne sont pas appropriées (II).

I- La nécessité d'une sanction : La réaction du corps social

C'est une constante de l'anthropologie sociale : de tous temps les comportements considérés comme contraires aux valeurs admises d'une société donnée ont suscité une réaction du corps social sous la forme d'une sanction. Comme dans la plupart des pays, l'Etat organise désormais seule cette nécessaire réaction par son monopole de la répression¹⁰¹⁸ qu'il exerce, en amont, par la définition des comportements auxquels s'attachent des peines et, en aval, par le prononcé et l'exécution de condamnations individuelles.

De nombreuses théories existent qui prétendent justifier ce pouvoir de punir : les unes sont abstraites et se fondent sur l'utilité, l'expiation ou la dangerosité de l'individu, les autres se veulent concrètes et fondées sur l'observation des criminels ou de leur environnement social.

Mais il n'est pas ici nécessaire de se référer à l'un quelconque de ces systèmes dès lors que notre propos n'est pas de tenter d'expliquer idéologiquement pourquoi il est légitime d'infliger une peine : en effet, ce n'est pas le bien fondé du pouvoir de punir qui nous importe mais la compréhension des faits pour lesquels le législateur a jugé nécessaire de l'exercer.

¹⁰¹⁸ Un schéma évolutionniste largement admis voudrait qu'à une phase primitive de réaction par la vengeance ait succédé la phase de la justice privée, caractérisée d'abord par l'institution du Talion, qui borne la vengeance par une règle proportionnelle, puis par son remplacement par l'imposition d'une composition pécuniaire. Finalement, l'époque moderne serait celle de la justice publique et du monopole étatique de la répression (V. not. G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOUC, *Droit pénal général*, 18^{ème} éd., Précis Dalloz 2003, n° 56 s). La véracité de ce schéma est cependant contestée, notamment en ce qu'il tendrait trop à légitimer ce monopole : V. G. CARDASCIA, *La place du talion dans l'histoire du droit pénal à la lumière des droits du Proche-Orient ancien*, in Mélanges DAUVILLIER, Toulouse 1979, p. 169 s.

L'approche suivie est donc strictement positiviste et prend appui sur la définition juridique du fait criminel : le fait prévu et puni par la loi pénale. Cette soumission à la norme positive est dictée par l'absence de critère unanimement admis permettant de distinguer les comportements devant être réprimés pénalement de ceux encourant d'autres sanctions¹⁰¹⁹, ou même de ceux qu'il importe seulement de corriger dans leurs effets. Comme le note M. J.-H. ROBERT ? « *Sont pénales les sanctions qu'il plait au législateur de qualifier ainsi*¹⁰²⁰ ».

Cette liberté reconnue n'est d'ailleurs pas sans incidence sur la détermination positive des comportements pénalement sanctionnés et explique, aux côtés d'un droit pénal de protection d'une facture encore assez classique, la présence d'un droit pénal de direction (a). Mais cette classification, largement admise pour appréhender les délits économiques en générale, c'est cependant pas la seule concevable, loin s'en faut.

En droit des sociétés plus particulièrement, se dessine également une distinction entre des délits naturels et des délits artificiel (b). A partir de ce constat, il serait possible de proposer une classification plus adaptée à la matière (c).

a- La distinction classique du droit pénal économique : droit pénal de protection et droit pénal de direction

La distinction entre droit pénal de protection (1) et droit pénal de direction (2) et la portée de cette distinction (3) en droit pénal des sociétés est doctrinale et tend à traduire en matière criminelle la distinction civiliste équivalente entre ordre public économique de protection et ordre public économique de direction. En droit civil comme en droit pénal, ces concepts traduisent avant tout deux approches idéologiques distinctes des diverses possibilités d'intervention de l'Etat.

1- Le droit pénal de protection

Il se rattache à une conception libérale du rôle de l'Etat dont l'intervention dans le domaine économique ne doit tendre qu'à assurer les conditions nécessaires au bon fonctionnement du système capitaliste. Son rôle est d'être protecteur en ce qu'il doit frapper les abus et rétablir l'égalité entre le fort et le faible.

¹⁰¹⁹De l'avis général de la doctrine, une telle distinction est difficile à concevoir. On ne peut véritablement définir que les traits fonciers et constants du crime ; l'intolérabilité du crime, le trouble social occasionné et la réaction sociale qu'il entraîne, V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, t. 7^{ème} éd., Cujas 1997, n° 5-7.

¹⁰²⁰J.H. ROBERT, *Droit pénal général*, 5^{ème} éd., PUF 2001, p. 55.

Dans cette optique, le droit pénal de protection se définit comme « *l'ensemble des règles du droit pénal qui tendent à assurer, sous la menace de sanctions répressives, le libre jeu des structures économiques capitalistes et la protection des individus dans la conclusion et l'exécution des rapports économiques qu'ils nouent librement entre eux*¹⁰²¹ ».

En matière de sociétés, les associés et les créanciers sont les deux catégories principales catégories pénalement protégés. Cette protection a toujours été largement admise sans que soit pour autant remis en cause le postulat libéral, ainsi que l'a exprimé parfaitement le Doyen J. HAMEL : « *le droit des affaires es un droit où les citoyens se battent avec les armes du monde des affaires et le ministère public doit rester en dehors de ces bagarres. Oui mais, à la condition que les armes soient égales et que l'une des parties n'ait pas en fait la possibilité de donner des coups interdits. Or, sur le terrain des sociétés anonymes, il en va autrement ; l'actionnaire est un capitaliste ou un épargnant qui n'est pas en mesure d'entrer dans la lutte avec des armes égales à celles dont dispose le fondateur ou l'administrateur. De là l'utilité des sanctions pénales*¹⁰²² ».

2- Le droit pénal de direction

Au contraire, le droit pénal de direction se rattache, comme son nom l'indique, à une conception interventionniste dirigiste précisément de l'Etat.

L'objet de la sanction pénale n'est alors plus d'assurer l'équilibre des relations interindividuelles mais d'imposer une orientation économique donnée. Le droit pénal perd sa fonction arbitrale pour être instrumentalisé au profit d'une politique économique globale dont il doit être le soutien musclé, zélé et muet. Il se définit alors comme « *l'ensemble des dispositions du droit criminel destinées à sanctionner les textes qui , dans le cadre de la politique d'ensemble de l'Etat, réglementent la production, la distribution et la consommation des biens, l'utilisation des services, enfin les moyens assurant l'échange et l'emploi de ces biens ou services*¹⁰²³ ».

¹⁰²¹ A. VITTU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, 6^{ème} éd., Cujas 1982, n° 737.

¹⁰²² J. HAMEL, préface au *Droit pénal spécial des sociétés anonymes, Etude de droit commercial*, ouvrage collectif, Dalloz 1955, p. 12.

¹⁰²³ A. VITU ? *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 738.

3- Portée de la distinction en droit pénal des sociétés

En dépit des difficultés de délimitation du domaine du droit pénal économique, il n'est pas douteux que le droit pénal des sociétés en constitue une branche et la distinction entre fonction de protection et de direction trouve donc à s'appliquer.

Relevant ainsi du droit pénal de protection les délits portant atteinte à la propriété (comme l'abus de biens sociaux, la majoration frauduleuse d'apports en nature) et à la foi publique (comme la simulation de souscription ou de versement, la publication de bilan inexact) alors que relèvent du droit pénal de direction les délits afférents à la constitution de la société, à la tenue des comptes, à la modification du capital, aux prises de participations réciproques et à la dissolution¹⁰²⁴.

Cette immense division, que l'on trouve marquée également au niveau de la définition formelle des infractions¹⁰²⁵, n'en reste pas moins toute relative. Aussi ne peut-on qu'avec une extrême prudence affirmer que les délits de droit pénal de protection sont généralement perçus comme ayant une légitimité supérieure à celle des délits du droit pénal de direction dont la nécessité apparaît plus contingente.

b- La distinction des délits naturels et artificiels : contenu et limite

On mettra l'accent sur l'origine et contenu de la distinction des délits naturels et artificiels dans un premier lieu (1) avant de mettre la lumière sur la pertinence et limite dudit distinction en matière dans un deuxième lieu (2).

1- Origine et contenu de la distinction

Cette autre distinction possible a pour origine une préoccupation à la fois philosophique, sociologique et juridique sur la nature du crime : est-il une entité autonome préexistant à sa réprobation sociale et sa qualification juridique, une sorte de « *mal en soi* », ou bien est-il une création née de la réprobation sociale, et qualifié de crime pour cela, une sorte de « *mal conventionnel*¹⁰²⁶ » ?

¹⁰²⁴V. sur cette répartition, M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, 4^{ème} éd. Refondue, PUF 2000, p. 316.

¹⁰²⁵V. M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 235-236 ; A. VITTU, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 746.

¹⁰²⁶Ces expressions sont de R. ERLE et A. VITTU, *Droit pénal général*, op. cit., n°8.

Pour GAROFALO, auteur au XIX^{ème} siècle de cette distinction¹⁰²⁷, les crimes naturels sont ceux qui atteignent les sentiments moraux les plus universels : atteinte à l'intégrité physique ou morale, à la probité élémentaire (atteinte à la propriété, faux et mensonges frauduleux). Les délits artificiels, eux seraient, par hypothèse évolutifs et spécifiques à un ordre social donné.

Les sociologues assez logiquement adoptent la thèse du crime conventionnelle : est un crime ce qui est considéré tel par la société (et d'ailleurs on rejoint ainsi la définition juridique positiviste du crime). Mais on ne peut nier cependant le mérite de cette distinction, non seulement d'une manière générale, en ce qu'elle rejoint la perception populaire qui reprouve très différemment les délits naturels et artificiels, mais aussi d'une manière plus particulière, pour les délits de sociétés auxquels cette dualité s'applique très nettement.

Le fond des délits naturels serait ainsi constitué par les infractions s'apparentant au vol (comme l'abus de biens sociaux), au faux et au faux témoignage (comme la simulation de souscriptions, de versements ou la publication de fait faux) et à l'abus de confiance (abus des pouvoirs sociaux). Le reste serait à des degrés divers plus artificiel.

2- Pertinence et limite de cette distinction

Si certains auteurs la rejettent totalement¹⁰²⁸, la distinction nous paraît globalement juste. Cependant, elle est bien impraticable en ce qu'elle se fonde sur un jugement de désapprobation morale incertain. Ainsi, en matière de sociétés, certains délits ne sont que des déclinaisons de délits de droit commun : la difficulté est alors de savoir s'ils tendent vers le droit pénal naturel en raison du délit général qu'ils rappellent ou s'ils relèvent du droit pénal artificiel par la spécificité de leur définition.

Au-delà de certains actes traditionnellement considérés comme malhonnêtes, les frontières du crime naturel et du crime artificiel deviennent vagues, le socialement reprouvé et le toléré n'étant jamais que des indications subjectives. Il serait inconcevable de fonder une politique criminelle sur la seule perception morale de la valeur répréhensible des actes¹⁰²⁹.

En outre, le droit pénal artificiel occupe une place considérable et sa légitimité en de nombreux domaines n'est pas douteuse, ne serait-ce qu'en raison de ses implications économiques.

¹⁰²⁷ GAROFALO, *La criminologie*, 5^{ème} éd., Alcan, cité par R. MERLE et A. VITU, *ibid.*

¹⁰²⁸ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 5^{ème} éd., Précis Dalloz 2003, n°45, p.58.

¹⁰²⁹ W. JEANDIDIER, *op. Cit.*, n° 47, p. 56.

c- La distinction du droit pénal de rétribution et du droit pénal de régulation

La distinction proposée repose sur la fonction de la peine (1) et se vérifie au niveau des éléments constitutifs de l'infraction (2).

1- Distinction assise sur la fonction de la peine

La plupart des approches du phénomène criminel se fondent sur l'appréhension directe du crime pour tenter de l'isoler d'autres comportements déviants. Cette démarche suscite une réflexion extrêmement vaste et nécessairement pluridisciplinaire.

Dans cette réflexion plus spécifique à la science criminelle, il nous paraît plus adéquat de considérer, parmi les comportements juridiquement sanctionnés, la raison pour laquelle une peine s'attache à leur commission, plutôt que de rechercher la raison pour laquelle un comportement doit être sanctionné. Ce qui aboutit à une analyse fondée sur la fonction dévolue à la peine.

Dans cette optique on peut proposer une distinction entre un droit pénal de rétribution et un droit pénal de régulation.

- **Le droit pénal de rétribution :**

Relève de ce droit pénal de rétribution le délit dont la peine est prévue dans le but principal de punir la faute morale que constitue sa commission¹⁰³⁰. La peine vise alors à l'expiation de la culpabilité¹⁰³¹ et se calque sur celle-ci.

En droit des sociétés, on trouve dans cette catégorie tous les délits qui constituent par essence des comportements frauduleux, l'abus de biens sociaux, bien sûr, mais aussi la majoration frauduleuse d'apports en nature, la simulation de souscriptions et de versements, la répartition de dividendes fictifs au moyen d'un inventaire frauduleux ou la présentation d'une comptabilité infidèle en vue de dissimuler la véritable situation de la société.

¹⁰³⁰ On ne peut éliminer la dimension morale dans l'appréhension des règles pénales. La subjectivité de cet élément ne permet pas d'en faire le critère majeur comme l'entend GAROFALO. Pour autant, l'aspect moral nous semble pouvoir être intégré dans une distinction plus large, comme celle-ci proposée.

¹⁰³¹ « *Culpabilité* » s'entend ici de la commission d'une faute dans un sens *moral* et non au sens *pénal*. La faute pénale est plus large en ce qu'elle résulte aussi bien d'un comportement intentionnel que non intentionnel (délict d'imprudence, de négligence ou involontaire, délits punissables en dépit de la bonne foi de leur auteur, contraventions de police).

- **Le droit pénal de régulation :**

A l'inverse du droit pénal de rétribution, le droit pénal de régulation ne conçoit pas la peine comme un châtiment mais comme une pénalité abstraite de toute appréciation de culpabilité. Relève donc du droit pénal de régulation le délit dont la peine est comminée dans le but principal de sanctionner la violation d'une règle arbitraire¹⁰³² préposée au bon fonctionnement d'un ensemble complexe. La peine ne vise alors qu'à assurer l'efficacité de la norme dont elle sanctionne la méconnaissance.

En outre, on observera que ce droit pénal de régulation est peu ou pas connoté moralement, sa peine n'a pas pour objet la défense d'une valeur perçue comme essentielle (l'infraction de vol, souligne la valeur que constitue la propriété), mais principalement la défense d'une règle portant sur des choses par nature relativement indifférentes. Les infractions de cette catégorie sont nombreuses, on peut citer, à titre d'exemple l'émission d'actions avant l'immatriculation ou la négociation d'actions de numéraires n'étant pas restées sous la forme nominative.

2- Prolongements de la distinction au regard des éléments moral et matériel de l'incrimination

La fonction de rétribution de la peine est classique et perdue en droit moderne. Elle implique que l'infraction ne puisse être constituée qu'en présence d'un élément moral. Selon le degré de culpabilité de l'auteur du délit, la peine est ainsi susceptible d'être individualisée par le juge à raison de la gravité de la faute¹⁰³³. Cette insistance à caractériser l'élément moral du délit est la marque de sa fonction de rétribution.

Au contraire, on constate que le droit pénal de régulation est relativement indifférent à la psychologie du délinquant : l'incrimination se contente le plus souvent de se référer à un texte extra-pénal dont la violation tient lieu de définition du délit, de ce fait, aucune précision n'est donnée sur la faute requise, qui se confond avec le seul fait infractionnel et aboutit, en pratique, à consacrer un délit matériel¹⁰³⁴.

¹⁰³² Le terme n'est pas à entendre de manière péjorative.

¹⁰³³ Sur le principe de proportionnalité, Cons. Const., 30 déc. 1997, déc. 97-395 DC, Rev. Sc. Crim. 1998, p. 358, obs. J-F. SEUVIC ; Crim., 16 janv. 1995, Bull. crim., n° 19 .

¹⁰³⁴ Cet aspect du droit pénal économique est dénoncé par la doctrine, V. not. A. VITU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 746. M. DELMAS-MARTY et G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 236, relèvent également que dans ce type d'incrimination, on ne trouve « *pas un mot donc de la faute, intentionnelle, d'imprudence ou purement matérielle, que l'on exige de l'auteur du délit. Un tel silence est d'autant plus grave que la tendance actuelle de la Cour de Cassation est de considérer qu'en l'absence de précision sur l'élément moral, l'infraction doit être considérée comme matérielle, quelle que soit la peine encourue* ».

La distinction entre le droit pénal de rétribution et de régulation est généralement apparente au regard de l'élément matériel de l'infraction.

Lorsque la peine a une fonction rétributive, le fait punissable est presque toujours une action, un acte positif consistant à faire ce que la loi prohibe. Lorsque la peine ne tend qu'à assurer l'efficacité d'une disposition régulatrice, l'élément matériel consistera généralement en une abstention, acte négatif consistant à omettre ce que la loi oblige à faire.

En effet, les délits d'omission sont nombreux en droit des sociétés. Ils se caractérisent par une définition très insuffisante de l'infraction dans la mesure où celle-ci ne figure, bien souvent que dans un texte non pénal qui n'a donc pas été pensé pour asseoir une telle sanction¹⁰³⁵.

En guise de conclusion on peut dire que toutes les distinctions présentées tendent en réalité à faire apparaître sous des vues différentes, une même réalité, celle d'une opposition entre un droit pénal classique dont les interdits gardent une connotation morale et dont la répression est imposée par un impératif de justice, et un droit pénal économique, aux interdits amoraux et dont la répression est imposée par un impératif de simple police¹⁰³⁶. Il serait cependant excessif de tirer de ce constat la conclusion de l'inutilité du droit pénal de régulation. Tout artificiel, dirigiste, amoral, instrumentalisé et accessoirisé qu'il soit, il reste néanmoins justifié lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen d'apporter une sanction appropriée et suffisante à certains comportements nuisibles.

II-La nécessité d'une sanction suffisante : justification juridique

Sur le plan juridique, la nécessité de la voie pénale se justifie également par la vigueur de sa réponse répressive et l'insuffisance, en certaines hypothèses, d'une solution civile, notamment indemnitaire.

Ainsi, l'entremise ou l'intervention pénale se justifie par l'inadaptation des moyens du droit civil à constituer une punition suffisante. L'inadaptation de la responsabilité civile indemnitaire (a) et l'insuffisance des sanctions civiles (b) sont les meilleurs cas illustratifs en la matière.

¹⁰³⁵ *ibid.*

¹⁰³⁶ Sur le caractère *amoral* (et non *immoral*) du droit économique, V. A. VITU, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 741.

a- L'inadaptation de la responsabilité civile indemnitaire

La responsabilité civile a vocation à préparer le préjudice causé à autrui par un fait, non à punir un comportement. Certes, le droit romain qui connaissait des actions mixtes, ne les distinguait pas nettement mais l'idée de peine privée ne s'est jamais vraiment imposée dans notre droit comme un principe admis. Aussi la réparation que permet d'obtenir la responsabilité civile n'a-t-elle pas un caractère punitif mais seulement compensatoire. Elle tend à rétablir la situation antérieure par la compensation du dommage subi ; calquée sur le préjudice, la réparation est intégrale mais ne peut l'excéder. La gravité de la faute commise n'a en principe aucune incidence sur le quantum des dommages-intérêts¹⁰³⁷. Fondièrément, donc, la responsabilité civile ne vise pas à punir. Même le fondement de la faute, par lequel la responsabilité civile cousine encore un peu avec la responsabilité pénale, tend désormais à s'estomper, concurrencé par des fondements plus objectifs tels le risque ou la garantie.

En droit des sociétés, la responsabilité civile s'apparente parfois à une sanction lorsque les tribunaux accueillent avec bienveillance l'action : ainsi, par exemple en cas d'irrégularités des constitutions, la responsabilité des fondateurs et des premiers organes d'administration peut être retenue sans prouver la négligence, l'irrégularité suffisant à constituer la faute¹⁰³⁸.

Pour autant, si l'idée de sanctions pénètre parfois la responsabilité civile, ce n'est jamais que par exception aux regels gouvernant la mesure de la réparation. Ces dérogations ne suffisent pas à modifier la nature essentiellement indemnitaire de la responsabilité civile.

b- L'insuffisance des sanctions civiles¹⁰³⁹

Si en théorie la responsabilité civile est inapte à constituer une forme de peine, les sanctions civiles sont, quant à elles, d'une force répressive limitée. Ces sanctions sont nombreuses et diverses : l'annulation, la révocation, l'inopposabilité, la déchéance, la règle *nemo auditur*¹⁰⁴⁰..., l'astreinte, l'amende civiles sont les exemples les plus notoires du droit

¹⁰³⁷ Le principe, depuis longtemps rappelé par la Cour de cassation (V. not. Civ. 2^{ème}, 8 mai 1964, *JCP* 1965, II, 14140, note P. ESMEIN ; *RTD civ.* 1965, p. 137, obs. R. RODIERE) est exprimé par l'adage *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, V. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec 1999, n° 174, p. 330 s.

¹⁰³⁸ Art. L. 210-8 C.Com.

¹⁰³⁹ Le terme « civil » est à entendre au sens large ; les sanctions « civiles » intègrent à cet égard les sanctions « commerciales ». En revanche, les sanctions administratives, fréquentes en droit boursier, n'existent pas en strict droit des sociétés, d'autre part, celles-ci relèvent de la « matière pénale » telle que définie par la Cour européenne des droits de l'homme et comme l'ont admis le Conseil d'Etat (V. plus particulièrement pour les sanctions prononcées par le Conseil des marchés financiers, CE, 3 déc. 1999, Didier, *Rev. Dr. Banc. Et fin.* 2000, p. 31) pour ces raisons elles ne seront pas ici évoquées.

¹⁰⁴⁰ Cette règle signifie que « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ».

commun. Plus précisément, par les sanctions appliquées en droit des sociétés, outre la nullité, le législateur a prévu la suppression du droit de vote en de nombreuses hypothèses¹⁰⁴¹.

L'intérêt de la sanction civile réside souvent dans sa capacité d'adaptation à la spécificité et l'intensité de la violation : ainsi, en cas de non-respect par l'actionnaire des obligations relatives à la libération de son apport, la sanction civile consiste à le priver de l'utilité de ses actions puis, à défaut des exécutions volontaires, de la qualité d'associé, ce qui revient à la sanctionner, d'une manière progressive, par là où il a failli. A l'opposé, la sanction criminelle n'a qu'un mode, celui de la peine, dans la variété demeure limitée en matière de société en l'absence de peines complémentaires et accessoires¹⁰⁴².

Au regard, de l'adaptation de la sanction au comportement, répréhensible, il est certain que la souplesse de la sanction civile, dans la typologie demeure ouverte à toutes les innovations, prévaut sur la rigidité de la sanction pénale, dont la modulation s'effectue pour l'essentiel par le quantum de la peine.

En revanche, la sanction civile ne peut rivaliser avec la sanction pénale, lorsque la sanction se doit, non pas d'être seulement adaptée à la violation, mais aussi d'assurer une double fonction de rétribution et d'intimidation¹⁰⁴³.

En effet, le propre de la peine est d'être afflictive et infamante¹⁰⁴⁴, ce qui on assure la force de la supériorité sur les autres formes de sanctions. Ces buts se perçoivent nettement si l'on considère que les sanctions pénales peuvent être doublées de sanctions civiles ce qui montre, que n'opérant pas que les mêmes plans, chacune relèvent de finalité distinctes¹⁰⁴⁵ : schématiquement, la sanction civile déploie souvent ses effets pour neutraliser la violation de la règle alors que la sanction pénale se concentre d'avantage sur la punition de l'auteur d'une

¹⁰⁴¹En France la suppression du droit de vote est prévue lorsque l'actionnaire n'effectue pas les versements exigibles sur ses titres (art. L. 228-29 C.Com), ne déclare pas la réunion entre ses mains de certificat de droit de vote et de certificats d'investissement (art. L. 228-30 C.Com.), ne déclare pas sa prise de participation significative ou ne respecte pas sa déclaration d'intention (art. L. 233-14 C. Com.), ne présente pas ses titres au groupement (art. L. 228-6 C.Com.), ainsi que pour les actions souscrites, acquises ou prises en gage par la société (art. L. 225-111 C.Com.). La suppression du droit de vote et du dividende sanctionne le non-respect de l'obligation d'identifier les actionnaires étrangers. Le droit des entreprises en difficulté y a également recours pour écarter de la prise de décision les dirigeants néfastes à l'intérêt de l'entreprise (art. L. 621-59 ; L. 625-9 C.Com.).

¹⁰⁴²V. l'exemple de l'abus de biens sociaux, *supra*, p. 73..

¹⁰⁴³*Comp.* La définition très proche donnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts du 21 févr. 1984, *Ozturk* et du 24 février 1994., *Bendenoun*, JCP 1995, II, 22372 ; V. Groupe de Recherche Droits de l'homme et logique juridique, sous la direction de M. DELMAS-MARTY, La « matière pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *flou du droit pénal*, *Rev. Sc. Crim.* 1987, p. 819.

¹⁰⁴⁴Le code pénal ne répute plus expressément certaines peines criminelles comme afflictives et infamantes. En fait, la doctrine considère que ces caractères sont de la nature même de toute peine, V. not. G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 473.

¹⁰⁴⁵Par ailleurs, la sanction administrative, par son appartenance à la matière pénale, serait plutôt à rapprocher de la sanction pénale.

faute. Dans un cas, on sanctionne l'acte, dans l'autre, on punit l'homme. D'autre part, le caractère civil de la sanction signifie qu'elle a vocation à régir des intérêts privés alors que la sanction pénale tend à la défense de l'ordre sociale.

Ces vues théoriques, confirment, s'il en était besoin, que c'est la force de la sanction pénale qui justifie qu'il y soit fait recours lorsque la gravité de l'acte commis rend nécessaire une sanction d'une rigueur suffisante excédant les capacités répressives limitées du droit civil. L'existence d'un seuil d'intervention de la répression pénale n'est ainsi pas douteuse, celle-ci étant placée au sommet de la hiérarchie des sanctions.

Ce seuil a pour conséquence que la sanction pénale n'est justifiée spontanément de, « plein droit », en quelques sortes, que pour les actes portant le plus gravement atteinte à l'ordre social et de manière subsidiaire, par défaut, pour tous ceux qui peuvent être suffisamment sanctionnés civilement. Si donc la pénalisation d'un comportement peut être ainsi justifiée, elle perd cependant toute légitimité si elle ne s'exerce pas avec mesure.

B- Une répression pénale mesurée

Pour que la répression pénale soit parfaitement justifiée, elle doit être strictement nécessaire. C'est là un principe désormais constitutionnel affirmé pour le droit pénal général (I) et qu'il conviendrait d'appliquer en particulier au droit pénal des sociétés (II).

I- La mesure de la répression pénale générale

Vu le rôle primordial qui joue le principe d'égalité et de nécessité des peines (a), ainsi que de proportionnalité et d'individualisation des peines (b) en droit interne et international, l'étude de ces cas nous paraît opportun en la matière.

a- Le principe de nécessité et de légalité des peines

Si le crime n'existait pas, à quoi servirait le système pénal ? En même temps, qui peut penser que son existence suffit à l'éradication du crime ? Il peut à peine freiner la résurgence massive des réactions vindicatives ou justicières et maintenir la criminalité à un niveau qui empêche la propagation du sentiment ravageur d'insécurité et de la culture destructrice de la peur.

Pourquoi alors la création des infractions et la distribution des sanctions s'accompagnent-elles toujours d'un discours éradicateur¹⁰⁴⁶ ?

Pour le système pénal marocain, la réponse à cette question passe nécessairement par l'identification préalable des courants de pensée pénale dont il s'inspire et des idées qui nourrissent les principales solutions qu'il met en œuvre dans l'organisation de la lutte contre le crime et de sa prévention.

En effet, Pour que les lois pénales soient douces, elles n'ont pas besoin de se départir de la peine. Elles perdraient leur argument en se dépouillant de toute fonction répressive. La douceur signifie, dans la conception des Lumières largement reprise par les instruments de protection des droits de l'homme, des lois faites par des humains pour leurs semblables. Des lois qui ne soient ni plus rigoureuses que de besoin, ni plus disproportionnées que nécessaire, ni attentatoires à la dignité, ni injustes, ni inutiles.

Dans cette conception, le principe de légalité des délits et des peines qui confie au législateur le soin de définir les crimes et d'édicter des sanctions lui impose en même temps de s'assurer au moment de la production des normes pénales que les limites que l'humanisme fixe à son œuvre ne soient pas franchies. Désormais, cette tâche incombe également au juge. Pourquoi ? Parce que le principe de légalité a été redéfini par le dispositif constitutionnel et que son domaine s'est élargi au-delà de la formule consacrée par l'article 3 du Code pénal – « nul ne peut être condamné pour un fait qui n'est pas expressément prévu comme infraction par la loi, ni puni de peines que la loi n'a pas édictées » – et reprise d'ailleurs aussi bien par les anciennes constitutions du Royaume que par la nouvelle. Sur ce sujet, celle-ci attribue en effet au principe de légalité criminelle une signification qui ajoute à la traditionnelle dimension formelle une dimension substantielle¹⁰⁴⁷.

Quant à l'intervention du juge pénal, elle est normalement interdite. Le principe de la légalité criminelle impose au juge de se conformer scrupuleusement à la volonté du législateur. Il ne peut partager avec lui sa compétence. La jurisprudence n'est pas considérée comme une source du droit pénal, et les juges doivent, lorsqu'ils appliquent une loi, l'interpréter strictement¹⁰⁴⁸. Cette conséquence du principe de légalité est traditionnellement exprimée par la règle « *Poenalia sunt restringenda* » nécessairement complétée par l'interdiction absolue

¹⁰⁴⁶ M.AMZAZI, *Essai Sur Le Système Pénal Marocain*, Collection Description du Maghreb, Rabat, 2013.

¹⁰⁴⁷ M.AMZAZI, *Essai Sur Le Système Pénal Marocain*, *op.cit.*

¹⁰⁴⁸ Ce qui ne les prive nullement du pouvoir d'interpréter les composantes essentielles de la loi pénale (incrimination, circonstances, excuses, etc.). Voir, dans ce sens, J.B. Thierry, « L'interprétation créatrice de droit en matière pénale », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2009, p. 799 et s.

faite au juge de procéder par voie d'analogie et, partant, d'appliquer la loi à des situations qu'elle ne prévoit pas.

Désormais, la dimension substantielle du principe de légalité récemment admise par le nouveau dispositif constitutionnel permet au juge constitutionnel d'aller plus loin dans le sens de la protection des libertés. La vérification du respect de la dimension formelle du principe de légalité n'en est pas abandonnée pour autant. Elle demeure essentielle. S'il appert à la Cour constitutionnelle que la loi soumise à sa vérification ouvre à l'Administration ou au juge des possibilités d'intervention indues, elle est tenue de la censurer. Mais elle peut faire davantage, car elle dispose désormais de la clé qui lui ouvre l'accès à la substance de la disposition pénale contestée. La généralité du principe de légalité autorise l'investigation la plus large possible au nom du dispositif constitutionnel dans sa totalité.

Par ailleurs, en France la création d'infractions pénales est en principe encadrée par l'article 8 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 d'après lequel « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaire* »

L'idée était déjà présente dans l'œuvre de MONTESQUIEU qui, avec prescience, ébauchait déjà une première distinction entre droit pénal naturel et droit pénal artificiel en affirmant : « *Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique. La loi n'est pas pur acte de puissance ; les choses indifférentes par leur nature ne sont pas de son ressort*¹⁰⁴⁹ ». Mais pour fondamentale que paraisse cette exigence, et en dépit de la force de l'injonction adressée au législateur futur, la directive posée dans cet article était restée lettre morte tant qu'aucune autorité n'avait entrepris d'en souligner la valeur.

À partir de 1970, du fait de l'avènement du Conseil Constitutionnel en protecteur des droits et libertés¹⁰⁵⁰, l'article 8 fut progressivement érigé en principe à valeur constitutionnelle à l'aune duquel devait s'apprécier la constitutionnalité de la loi. Ce pouvoir, est éminemment politique en ce qu'il lui permet de déterminer s'il était opportun pour le législateur d'adopter une disposition pénale et si la peine prévue est proportionnée à la gravité de la faute.

Après avoir un temps hésité à exercer ce redoutable pouvoir¹⁰⁵¹, le Conseil pratique désormais un double contrôle de la nécessité de la proportionnalité de la peine.

¹⁰⁴⁹De l'esprit des lois, XIX, 14.

¹⁰⁵⁰Suite aux décisions célèbres du 19 juin 1970 (Cons. Const., déc. N° 70-39 DC, Rec. P. 15) et du 16 juillet 1971 (Cons. Const., déc. n° 71-44 DC, Rec, p. 29).

¹⁰⁵¹La valeur constitutionnelle de l'article 8, qui avait été reconnue en « bloc » dans le même temps que les principes des textes visés par le Préambule de la Constitution, a été expressément affirmée par la décision du 19-20 janvier 1981 (JO du 22 janv., p. 308) mais le Conseil s'empessa d'ajouter qu'il ne lui appartient pas de « *substituer sa propre appréciation à elle du*

b- Le principe de proportionnalité et d'individualisation des peines

En optant pour l'ouverture sur les nouvelles écoles tout en demeurant attaché aux postulats de la doctrine classique, le système pénal marocain a cédé au désir de punir et au souci de prévenir. Dispose-t-il de la capacité nécessaire pour relever ces défis ? La réponse à cette question passe par l'analyse de l'écho que les lois reçoivent ou qu'elles produisent au quotidien. Les chiffres disponibles sur la répression ainsi que l'observation du fonctionnement concret de l'appareil pénal montrent que, contrairement à leurs promesses, les solutions classiques ne sont ni pragmatiques, ni efficaces.

En effet, le pragmatisme commande de s'en convaincre et même d'organiser ce qui a tout l'air d'un dysfonctionnement. Il y va de la légitimité du système qui ne peut se renforcer que s'il est admis que le droit de punir est aussi conçu comme le droit de ne pas punir ou au moins de ne pas punir tous les délinquants de la même manière. L'idée n'a rien à voir avec l'impunité mais se rapporte essentiellement à la question de savoir à qui, du législateur ou du juge, attribuer la compétence de la mesure de la peine.

Pour les classiques, seule la loi est admise à édicter les sanctions et à poser les principes de leur distribution. Leur foi, si fortement enracinée, dans les vertus du principe d'égalité des citoyens devant la loi et dans le caractère général et impersonnel de celle-ci a, pendant un moment, justifié l'option des peines fixes. Deux voleurs doivent être condamnés à la même peine, car derrière leurs actes c'est le même mauvais usage de la liberté qui se manifeste. Que le passage à l'acte soit dicté à l'un par l'état de nécessité et à l'autre par l'appât du gain importe peu. Cette attitude irrita l'école néoclassique.

La discussion que ses adeptes eurent le mérite d'engager porta sur la question de savoir si la juste mesure de la peine est ou non tributaire de l'équivalence entre le tarif légal et le tarif judiciaire de l'infraction. En arrière-plan du débat doctrinal, il s'est d'abord agi d'une remise en cause énergétique du système des peines fixes. La réalité a en effet démontré l'injustice profonde et la déraison de cette solution. Les jurys populaires étaient les premiers à se soulever contre elle. Chaque nouveau cas particulier soumis à leur jugement renforçait leur conviction dans l'existence de différences irréductibles de personnalité et de responsabilité

législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci ». Si la même formule fut reprise dans l'arrêt du 3 septembre 1986 (Cons. Const., déc. n° 86*-215 DC, JO du 5 sept. 1986, p. 10789), le Conseil semblait soumettre son contrôle à la disproportion entre l'infraction et la peine encourue. Finalement, le Conseil a levé les restrictions auxquels il paraissait s'être astreint pour exercer pleinement son contrôle d'après le principe de l'article 8 (Cons. Const., déc. du 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, JO du 1^{er} août 1989, p. 9676).

chez les criminels qui devait nécessairement être prise en compte au moment de la condamnation. Or, la loi leur imposait d'ignorer ces particularités. Quand l'application littérale des dispositions légales leur paraissait injuste, ils n'avaient d'autre choix que d'aller vers l'acquittement. Auraient-ils osé se libérer si totalement des termes des lois s'ils pouvaient adapter la peine aux personnes en cause ?

L'école néo-classique a fait largement écho à cette préoccupation « *commandée par le bon sens*¹⁰⁵² ». Sous son influence, le système des peines fixes a été vite abandonné, une place de choix consentie aux mesures de sûreté, le jeu des circonstances atténuantes ou aggravantes et des excuses légales et absolutoires accepté, et des institutions comme le sursis ou la libération conditionnelle ou des régimes juridiques particuliers réservés aux catégories sociales fragiles – mineurs, aliénés mentaux, drogués – sont introduits. SALEILLES a proposé ensuite l'enveloppe théorique nécessaire à l'intervention du juge dans la mesure de la peine en précisant en outre les techniques auxquelles les juges pouvaient recourir pour adapter la peine légale à la responsabilité morale de l'agent, à sa personnalité et aux circonstances particulières de commission de l'infraction¹⁰⁵³. Les écoles de pensée préoccupées par l'amélioration de la condition carcérale ont de leur côté poussé dans le sens de l'individualisation de l'exécution des peines.

Malgré tout, cette solution n'est pas parfaite. L'individualisation des peines et de leur application est source de discriminations. Deux personnes ayant perpétré des infractions identiques ne sont presque jamais condamnées à la même peine, et deux personnes condamnées à la même peine subissent souvent un traitement post-judiciaire différent. La sanction prononcée par le juge fait l'objet, pendant son exécution, de substantielles modifications pour un condamné et pas pour un autre. Un double écart sépare la peine légale de la peine effectivement exécutée. Individualiser la peine, c'est accepter que le système pénal soit inégalitaire. SALEILLES l'a lui-même admis¹⁰⁵⁴. Le reproche est si sérieux qu'il aurait pu faire avorter toute tentative de réinstauration du juge au cœur du dispositif de distribution des peines. S'il n'a pas suffi, c'est en raison de la capacité de l'individualisation à rétablir la confiance dans le système pénal libéral que l'augmentation de la criminalité et l'injustice des peines fixes affaiblissaient de jour en jour. Elle a servi à le légitimer et à lui assurer la survie alors que son iniquité et son inefficacité patentes le condamnaient à l'échec.

¹⁰⁵² M. TOZY et B. HIBOU, « Une lecture d'anthropologie politique de la corruption au Maroc », p. 23 et s.

¹⁰⁵³ R. SALEILLES, *L'Individualisation de la peine*, Paris, Alcan, 1898, p. 57.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*

Au milieu du XIX^e siècle, il était devenu vital pour l'appareil répressif de se défaire de sa rigidité et des conséquences que la mystique égalitaire produisait sur ses pratiques. La loi n'eut d'autre solution que d'ouvrir au juge la possibilité d'individualiser les sanctions. L'admission du principe et des techniques de l'individualisation ne signifie pas l'abandon de la mystique égalitaire et de l'illusion éradicatrice. Elle n'est pas non plus qu'un pas de plus sur la voie de l'humanisation des sanctions.

Toutefois, les auteurs néoclassiques remettent au goût du jour ces idées et leur accordent une grande importance. C'est la signification qu'il convient d'affecter à leur formule restée célèbre : « *Pas plus qu'il n'est utile, pas plus qu'il n'est juste*¹⁰⁵⁵. » La peine doit en même temps être utile, car il y va de son efficacité, et juste, car il y va de sa légitimité. C'est également au nom de l'idée de justice que SALEILLES défend l'intégration des techniques d'individualisation des peines dans les codifications pénales et dans la pratique judiciaire et que l'école pénitentiaire préconise l'amélioration des conditions de privation de la liberté à l'effet de privilégier la prévention individuelle (amendement) sur la prévention générale (dissuasion).

En France, et d'après la jurisprudence du conseil, une peine n'est légitime que si elle est proportionnée à la gravité de la faute. La liberté du législateur dans la détermination du montant d'une peine est donc limitée par cette exigence : celui-ci ne peut prévoir une peine qui ne serait pas clairement plafonnée¹⁰⁵⁶ et surtout, ne peut pas non plus fixer une peine qui serait manifestement disproportionnée par rapport au manquement qu'il a entendu sanctionner¹⁰⁵⁷. Mais le législateur est également restreint dans sa liberté de création de sanctions pénales par la considération de leur nécessité.

En réalité, la distinction entre nécessité et proportionnalité n'est pas tranchée et l'estimation des deux est si fortement corrélée qu'elle s'apparente plutôt à une appréciation d'ensemble : la mesure de la peine est fonction de sa nécessité et réciproquement une peine jugée disproportionnée fait douter de la nécessité de réprimer l'acte¹⁰⁵⁸.

Donc, la consécration des principes de nécessité et de proportionnalité est trop récente pour savoir quel usage en sera fait par le Conseil, mais on devine toutefois qu'il ne pourra être que

¹⁰⁵⁵ M.AMZAZI, *Essai Sur Le Système Pénal Marocain*, op.cit.

¹⁰⁵⁶ Cons. Const., déc. du 28 juillet 1989, *préc.*

¹⁰⁵⁷ Cons. Const., déc. du 30 déc. 1987, DC 87-237, *JO* du 31 déc., p. 15761 ; déc. du 28 juillet 1989, *préc.* ; déc. du 20 juillet 1993, DC 93-321, *JO* du 23 juillet, p. 10391 ; déc. du 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *JO* du 18 janvier 2002, p. 1053.

¹⁰⁵⁸ V. Cons. Const., 27 juillet 2000, DC 2000-433, *JO* du 2 août 2000, p. 11922.

très mesuré, et même très exceptionnel pour l'appréciation de la nécessité, à peine de donner raison aux détracteurs dénonçant le gouvernement des juges. Cependant, on peut d'ores et déjà y voir l'affirmation d'une volonté de juguler l'inflation pénale en rappelant au législateur que tout emploi de la sanction criminelle n'est pas légitime et qu'en outre, le serait-il, la peine doit garder la mesure de gravité de l'acte. En ce sens, le principe élaboré est sans doute appelé à exercer une influence sur le législateur désireux de ne pas voir sa loi censurée et, pour les lois déjà adoptées, de l'inciter à revoir la nécessité de certaines incriminations¹⁰⁵⁹. On peut appliquer ces mêmes exigences au droit pénal spécial des sociétés¹⁰⁶⁰.

II- La mesure de la répression pénale spéciale : l'insuffisance du droit pénal général

Il convient de préciser les causes de l'insuffisance du droit pénal général (a), avant d'illustrer que le droit pénal spécial des sociétés doit être utile à l'affinement du droit pénal commun (b). Le meilleur exemple pour mieux comprendre ce point de vue est l'abus de biens sociaux.

a- Les causes de l'insuffisance

L'insuffisance peut se comprendre de deux manières, comme l'absence et comme la carence. L'absence de disposition pénale générale conduira nécessairement à adopter des mesures spécifiques. C'est le plus souvent le cas pour les infractions de régulation dont le caractère artificiel applique qu'aucune infraction générale ne s'en approche réellement.

La carence, quant à elle, résulte de l'inadéquation du texte général pour appréhender des comportements approchants mais dont la répression serait délicate ou impossible sans distendre les qualifications. Ce sont donc essentiellement les infractions spécifiques ayant un caractère frauduleux qui sont les plus susceptibles de recouper des délits du droit pénal commun. Il est pourtant fréquent, à l'étranger, que le législateur se soit gardé de multiplier les infractions particulières aux sociétés pour ne fonder la répression que sur les seules dispositions du droit pénal général.

En droit français, le principe de légalité et son corollaire, le principe d'interprétation stricte, font obstacle à ce qu'une incrimination soit ainsi distendue. Le droit pénal spécial des

¹⁰⁵⁹ Sur l'idée revue annuelle de textes pénaux, V. M.-H. DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op. cit., p. 206.

¹⁰⁶⁰ Plus largement, R. VATINET a montré qu'il existe déjà un principe de proportionnalité en droit des sociétés, y compris en matière pénale dans le cas de l'abus de biens sociaux qui suppose du juge répressif une démarche téléologique : *Existe-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ?*, PA du 30 sep. 1998, n° 117, p. 58 s.

sociétés est donc né de cette contrainte et de la nécessité de resserrer les mailles du filet répressif général pour l'adapter aux spécificités sociétales.

Cependant, le libéralisme du droit pénal spécial des sociétés ne doit pas être perçu comme la volonté d'assouplir la rigueur du droit pénal commun par complaisance pour le monde des affaires. Tout au contraire, il se signale par sa sévérité¹⁰⁶¹, du moins en théorie, et surtout, il n'évince pas nécessairement l'application des dispositions pénales ordinaires lorsque le comportement poursuivi est également susceptible de recevoir la qualification d'une infraction générale protégeant d'autres intérêts¹⁰⁶².

b- Le droit spécial des sociétés : l'exemple de l'abus de biens sociaux

C'est l'un des délits les plus importants du droit pénal des sociétés qui a connu de grandes difficultés d'application en France et qui, probablement, connaîtra encore plus de difficulté au niveau de son application au Maroc¹⁰⁶³.

L'article 384 de la loi n° 17-95 relatives aux sociétés anonymes modifiée et complétée par la loi n° 20-05 et l'article 107 de la loi n° 5-96 relatives aux autres sociétés commerciales répriment les membres des organes d'administration, de direction ou de gestion qui, de mauvaise foi, auront soit fait des crédits soit des pouvoirs ou des voix dont ils disposaient, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts économiques de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement¹⁰⁶⁴.

Le code pénal précise que tous les crimes et délits sont nécessairement intentionnels sauf les cas où la loi prend en compte l'imprudence ou la négligence. La lecture des textes répressifs relatifs à l'abus de biens sociaux, démontre que ce délit n'existe que si l'agent, de mauvaise foi, utilise les biens sociaux, en sachant que l'acte était contraire à l'inter social et économique de la société¹⁰⁶⁵. La commission matérielle de l'infraction, ne suffit pas à engager la

¹⁰⁶¹ A. VITU, *Regards sur le droit pénal des sociétés*, in *Aspects actuels du droit commercial français*, Etudes dédiées à R. ROBLOT, L.G.D.J. 1984, p. 247 et s. L'auteur souligne en outre que cette sévérité s'accompagne de moyens procéduraux exorbitants du droit commun, notamment pour la prescription de l'action publique en matière d'abus de biens sociaux ; même sens, B. BOULOC, *La liberté et le droit pénal*, *Rev. Sociétés* 1989, p. 377. On notera ainsi que l'abus de biens sociaux est plus sévèrement réprimé que l'abus de confiance dont il s'inspire.

¹⁰⁶² V. not., pour la possibilité de cumuler des qualifications d'abus de biens sociaux avec celle de faux, usage de faux et d'escroquerie, *Crim.*, 19 oct. 1987, *Bull. crim.*, n° 353.

¹⁰⁶³ R. LAZRAK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, éd, La Porte, 1997, p.54.

¹⁰⁶⁴ A. EL IDRISSI, « Droit pénal des affaires : L'abus de biens sociaux dans la jurisprudence », *Rev. Marocaine des Contentieux (REMARC)*, *Rev Semestrielle*, Oujda, n° 10-11, 2010, p.74.

¹⁰⁶⁵ *Crim.* 19 déc 1973, *B.Crim.*, n° 480.

responsabilité pénale de l'agent. Ainsi, ce délit n'existe qu'à la condition d'un élément moral que le législateur a très précisément défini.

Effectivement, quelques exemples significatifs de la jurisprudence¹⁰⁶⁶ française qui donnent une idée sur la portée très large qui est donnée aux délits d'abus de biens et crédits sociaux et d'abus des pouvoirs et des voix par les dirigeants des sociétés, délits souvent difficiles à prouver qui posent de grands problèmes d'application, d'autant plus qu'en la matière, le point de départ de la prescription de 5 ans prévue par la loi marocaine doit être fixé au jour où ce délit est apparu et a pu être constaté.

Signalons que l'article 107 de la loi n° 5-96 (3°) et (4°) reprend les termes de l'article 384 (4°) et (5°) en les appliquant aux autres sociétés commerciales avec cette différence que l'amende est fixée dans le cas de ces sociétés de 10.000 à 100.000 DH au lieu de 100.000 à 1.000.000 dans le cas des sociétés anonymes. A cet article 107, on peut comparer l'article 116 de la même loi n° 5-96 mais qui concerne que les SARL.

En effet, l'article 116 punit d'une amende de 10.000 à 50.000 DH toute personne qui, malgré l'interdiction énoncée dans l'article 66, aura contracté des emprunts auprès de la société sous quelque forme que ce soit, s'est fait consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement ou s'est fait cautionner ou avaliser par elle ses engagements envers les tiers. Cet article qui semble être de portée très large puisqu'il engage la responsabilité de toute personne, sera mieux compris, si on se réfère à l'article 66 qu'il cite expressément.

En effet, l'article 66 énumère nommément les personnes concernées par l'interdiction, il s'agit des gérants ou associés personnes physiques, des représentants légaux des personnes morales associées, les conjoints, parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces personnes, ainsi que toute personne interposée¹⁰⁶⁷.

En France, longtemps, les malversations des dirigeants préjudiciables à leur société n'ont été sanctionnées que d'après les prévisions de l'article 408 de l'ancien code pénal relatif à l'abus de confiance. Cette répression n'était d'ailleurs par exemple d'obstacles sérieux qui durent être progressivement levés par la jurisprudence : l'abus ne pouvant être retenu que dans le cadre de six contrats, limitativement énumérées et qui ne comptaient pas le contrat de société,

¹⁰⁶⁶ Arrêt de la C.C, Ch.Crim, 3 février 1992, *Rev des Sociétés*, 1992-535. V. aussi, Crim, 12 octobre 1995, *Rev. Sociétés*, 1996, p. 319, Note : B. BOULOC. V.aussi, C.A de Nancy, 07 octobre 2003 et C.A de Paris, 21 janvier 2004, *Rev des Sociétés*, 2004, p. 34.

¹⁰⁶⁷ R. LAZRAK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, op.cit., 1997, p.58.

les tribunaux assimilèrent le contrat de société à un mandat général donné par les associés aux dirigeants. D'autres obstacles contraignirent la jurisprudence à adopter une interprétation extensive : ce fut le cas notamment des questions de la nature des choses détournées, qui ne pouvaient être que corporelles et mobilières, et de l'exigence d'un détournement ou d'une dissipation, notions plus restrictives que celle d'usage.

En résumé pour déterminer la nécessité du droit pénal des sociétés, il faut procéder par étapes logiques. La distinction essentielle s'opère entre les agissements frauduleux et ceux qui ne le sont pas. Pour les faits dont le caractère frauduleux n'est pas marqué, la sanction pénale n'est justifiée que si elle s'avère strictement nécessaire, cette nécessité s'appréciant essentiellement d'après la gravité de l'acte et en raison de l'insuffisante efficacité des sanctions civiles.

Concernant les faits à caractère frauduleux, il est certain que la sanction pénale s'impose comme évidemment nécessaire. Cependant, la répression spécifique n'est justifiée que par son utilité, qui résulte de l'absence ou de l'insuffisance de la répression pénale générale.

Au final, le point commun à toutes ces infractions devrait être de sanctionner une atteinte véritable à l'ordre social, avec l'intention de la réaliser¹⁰⁶⁸.

Section 2 : Le recul du droit pénal des sociétés : une nécessité d'amélioration

Par un mouvement naturel de flux et de reflux, il est logique qu'à l'inflation des dernières décennies succède désormais le retrait du droit pénal des nombreux secteurs où il avait été indument et inefficacement appelé. La nécessité de ce désengagement pénal semble être aujourd'hui largement admise.

Pour se faire il importe d'envisager au préalable les diverses formes de recul pénal, en théorie comme en pratique (paragraphe 1), pour préciser ensuite la portée du processus de dépenalisation engage spécifiquement en droit des sociétés depuis quelques années (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les formes de recul pénal

Il convient en premier lieu de définir les formes typiques de notion de recul en la matière (A) avant d'en présenter quelques illustrations en droit des affaires (B).

¹⁰⁶⁸ B. BOULOC, *Faut-il reformer le droit pénal des sociétés ?* Rev. Sociétés 2000, p. 129 s. spéc. P. 138.

A- Notion de recul pénal

L'idée de recul du droit pénal peut sembler des plus simples : c'est moins de droit pénal. Elle est en réalité particulièrement complexe des lors que l'on s'interroge sur la portée réelle de ce recul : recul total ou partiel, recul de droit ou de fait, recul limité à l'intérieur du système pénal ou débordant à l'extérieur, recul de la peine ou suppression de l'incrimination... Les dissensions sémantiques fleurissent ainsi que les classifications théoriques proposées. Comme une épure de ces oppositions doctrinales, il est possible de présenter, synthétiquement, le contenu des notions de dépénalisation et de décriminalisation.

Le sens du terme dépénalisation se perçoit aisément par son étymologie évidente : le préfixe dé- indique l'éloignement, la séparation, la privation. Les définitions générales sont assez semblables : ainsi pour M. BOULOC, « *on peut parler de dépénalisation lorsque la place du droit pénal s'amenuise*¹⁰⁶⁹ » ; pour M.G. LEVASSEUR, la dépénalisation est « *l'affaiblissement de la réaction sociale* ». La décriminalisation serait quant à elle, la suppression de l'incrimination pénale pour un comportement donné¹⁰⁷⁰.

La synthèse de ces définitions¹⁰⁷¹ est délicate mais il est possible de les schématiser au travers d'une distinction essentielle qui s'opère selon que l'on considère que la dépénalisation s'effectue au sein du seul système pénal en affectant la peine sans abroger l'incrimination (I) ou, au contraire, qu'elle peut déborder le cadre pénal pour englober la décriminalisation, comprise comme la suppression de l'incrimination (II).

I- La dépénalisation : processus de variation de la peine

A ce niveau, trois conceptions de la notion de dépénalisation se présentent, *primo*, elle peut se présenter comme une désescalade pénale (a), *secundo*, une dépénalisation de jure et de facto (b), et *tertio*, elle se présente comme une forme de déjudiciarisation (c).

a- La désescalade pénale

Dans cette première conception, la dépénalisation se présente en effet comme une désescalade pénale. Ainsi, pour les auteurs du Rapport du Conseil de l'Europe sur la décriminalisation « *la notion de dépénalisation recouvre toutes les formes de désescalades à l'intérieur du*

¹⁰⁶⁹ G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, 18^{ème} éd., Précis Dalloz 2003, n°85, p. 77.

¹⁰⁷⁰ G. LEVASSEUR, Le problème de la dépénalisation, APC 1983, p.53 ets., spéc. P. 56.

¹⁰⁷¹ M. VAN DE KERCHOVE, *Réflexions analytiques sur les concepts de dépénalisation et de décriminalisation*, RIEJ 1984, n° 12, p. 31 et s.

*système pénal. C'est ainsi que le passage d'une infraction du statut de délit ou crime à celui de contravention peut être considéré comme une dépenalisation*¹⁰⁷² ».

Dans le même sens, mais plus largement, M. BOULOUC considère que la dépenalisation doit s'entendre de toutes les mesures tendant à diminuer la peine ou à la supprimer au profit de sanctions non pénales, notamment administratives ou civiles ; elles comprennent aussi les alternatives à la poursuite ou même l'abstention des poursuites¹⁰⁷³. Toutefois, Mme. DELMAS MARTY, elle adopte une conception proche en considérant la dépenalisation comme « *la substitution d'un autre réseau étatique de sanction (administratif, civil ou réseau de médiation) au réseau pénal* ».

Par ailleurs, pour la plus part de ces auteurs, la décriminalisation s'analyse comme la suppression de l'incrimination d'un comportement¹⁰⁷⁴, ce qui la situe en dehors de la dépenalisation au sens strict¹⁰⁷⁵.

b- La dépenalisation de jure et de facto

Si l'on considère maintenant le fondement d'après lequel s'opère la dépenalisation, classification qui est applicable au-delà de cette conception de la dépenalisation, il est possible de distinguer la dépenalisation dite de jure et la dépenalisation de facto.

La dépenalisation de jure est celle « *décidée par le législateur ou par les instances chargées d'appliquer la politique criminelle (organes judiciaires ou exécutifs)* ». Au contraire, la dépenalisation de facto est « *le processus tendant effectivement à réduire ou à supprimer l'application de peine, sans qu'intervienne aucune modification dans la compétence juridique de ce système à les infliger*¹⁰⁷⁶ ». Elle est « *décidée de manière autonome par les instances chargées de l'application de la politique criminelle (organes judiciaires ou exécutif) et qu'elle s'effectue par la décision d'aiguillage prise au début de l'affaire par la police ou*

¹⁰⁷² Conseil de l'Europe, *Rapport sur la décriminalisation*, 1980, p. 17.

¹⁰⁷³ B. BOULOC, *Faut-il reformer le droit des sociétés*, *Rev. Sociétés* 2000, p. 129, spéc. P. 135.

¹⁰⁷⁴ M. DELMAS MARTY dépasse toutefois cette conception en considérant la décriminalisation comme « *la pleine reconnaissance juridique et sociale du comportement décriminalisé* » et « *la reconnaissance d'un droit légitime à un mode de vie qui était précédemment contraire à la loi* », *Modèles et mouvements de politique criminelle*, *Economica* 1983, p. 160.

¹⁰⁷⁵ M. VAN DE KERCHOVE, qui n'adhère pas à cette conception, la présente comme une « *dépenalisation relative qui consiste dans une forme de désescalade à l'intérieur du système pénal et implique une réduction des peines applicables, mais non pas leur suppression. Cette réduction peut se traduire par une modification de la qualification d'une infraction et la transformation d'un crime ou d'un délit en contravention* », *Les phénomènes de dépenalisations et leur hétérogénéité*, *Rev. Int. Criminologie et de police technique* 1986, p. 300.

¹⁰⁷⁶ M. VAN DE KERCHOVE, *Réflexion analytiques sur les concepts de dépenalisation et de décriminalisation*, art. préc., p. 65 ; même sens, Conseil de l'Europe, *Rapport préc.*, p. 14.

*l'autorité administrative ou judiciaire, ou au stade de l'exécution par l'autorité compétente*¹⁰⁷⁷ ».

Cette dernière forme constitue, pour M.G. LEVASSEUR la dépénalisation, au sens étroit du terme en ce qu'elle « *consiste à maintenir l'incrimination mais à atténuer plus au moins la répression, le rendant en fait exceptionnelle et plus douce. Tous les rouages de la justice pénale jouent un rôle dans ce ralentissement du rythme répressif* »¹⁰⁷⁸.

c- La déjudiciarisation

Proche de la forme précédente en ce qu'elle tend à trouver des solutions alternatives, la déjudiciarisation, appelée « *diversion* » en droit américain, consiste « *à soulager la justice pénale, en dérivant la procédure vers des voies non répressives, moins traumatisantes, moins stigmatisantes, mais peut être plus efficaces* »¹⁰⁷⁹. L'arbitrage et la conciliation sont deux des principales hypothèses de cette forme d'alternative à la peine.

II- La dépénalisation : processus de suppression de l'incrimination

Ce processus de suppression de l'incrimination s'explique à travers la décriminalisation (a) dans un premier lieu, et de l'essor de l'emploi des termes de dépénalisation et de décriminalisation dans un deuxième lieu (b).

a- La décriminalisation : forme extrême de la dépénalisation

A la différence de la conception précédente, la dépénalisation est ici perçue comme une dynamique globale qui ne se borne pas à la sphère pénale et aux transferts de sanctions qui peuvent l'affecter mais peut aussi inclure la suppression totale de l'incrimination.

Comme le définit M. M. VAN DE KERCHOVE, la dépénalisation s'entend alors du « *phénomène générique tendant à réduire l'application de sanctions pénales à l'égard d'un comportement déterminé, cette réduction pouvant notamment aboutir à leur suppression pure et simple et, à la limite, à la décriminalisation de ce comportement, comprise comme la suppression de sa qualité d'infraction pénale* »¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁷ M. DELMAS MARTY, *Les grands systèmes de politiques criminelles*, PUF 1992, p. 279.

¹⁰⁷⁸ G. LEVASSEUR, art. préc., p. 57.

¹⁰⁷⁹ G. LEVASSEUR, art. préc., p. 59.

¹⁰⁸⁰ M. VAN DE KERCHOVE, *Les phénomènes de dépénalisation et leur hétérogénéité*, art. préc., p. 300.

La décriminalisation est alors le stade ultime du processus de dépénalisation¹⁰⁸¹. Entendu de la sorte, comme de la suppression d'une incrimination, le principe de légalité impose que la décriminalisation s'effectue nécessairement de jure.

b- De l'emploi des termes de « dépénalisation » et de « décriminalisation »

Au surplus, on notera qu'aura compris que les définitions abondent sans qu'aucune ne parvienne toutefois à faire l'unanimité. Pour notre part, nous souscrivons plutôt la dernière conception qui définit la dépénalisation de manière extensive comme la désignation générique de toutes les formes de recul de droit pénal.

En ce sens la dépénalisation est susceptible de degrés : les premières étapes peuvent consister à réduire la peine ou à l'éviter, sans supprimer l'incrimination de ce comportement, ceci peut se faire, au sein de système pénal, par simple disqualification de l'infraction ou bien par le recours à des alternatives à la poursuite, liées à la modulation du principe d'opportunité des poursuites. La dépénalisation peut alors s'effectuer de jure et de facto.

Dans une seconde éventualité, la dépénalisation s'opère plus radicalement par la suppression de l'incrimination du comportement, qui cesse alors totalement d'être sanctionné pénalement et qui ne peut plus entraîner que des sanctions civiles ou une responsabilité civile s'il s'avère préjudiciable.

B- Illustrations de recul pénal en droit des affaires : Elargissement des textes d'incrimination

On constate deux infractions d'affaires qui préoccupent le législateur marocain car elles sont en plein essor, dans la mesure où elles constituent des outils de prédilection de la criminalité organisée : la corruption (I) et le blanchiment des capitaux (II). Les textes d'incrimination ont été plusieurs fois retouchés par des lois récentes dans un sens commun : élargir le champ d'application des infractions et améliorer l'efficacité de la répression pénale.

I- La dépénalisation et le blanchiment de capitaux

Le blanchiment de capitaux est une infraction contre laquelle le législateur a engagé un véritable combat tant au plan interne qu'international¹⁰⁸².

¹⁰⁸¹ Aussi est-il logique pour M. VAN DE KERCHOVE que la décriminalisation s'analyse comme « une dépénalisation absolue » qui se comprend, « dans une perspective plus radicale, comme la suppression pure et simple de la qualité d'infraction pénale reconnue aux faits commis », *Les phénomènes de dépénalisation et leur hétérogénéité*, art. préc., p. 301.

Pour accroître l'efficacité de lutte contre ces pratiques frauduleuses, le législateur a considérablement élargi la liste des infractions permettant de dégager l'argent illicite, et a attiré dans la lutte un nombre de plus en plus élevé de personnes en leur imposant une obligation de déclaration de soupçon de blanchiment de capitaux illicites, afin de faciliter le travail de la justice pénale¹⁰⁸³.

Toutefois, plusieurs articles du code pénal et du code de procédure pénale ont été également révisés ou complétés. Il s'agit principalement de ceux régissant la répression du terrorisme ou les techniques spéciales d'enquête. Dorénavant financer le terrorisme est assimilé à un acte terroriste, même si un attentat par exemple ne s'est y pas produit sur le sol marocain. Les actes terroristes englobent aussi ceux ayant été commis à l'étrangers. D'où d'ailleurs la possibilité pour un autre Etat de solliciter les autorités marocaines pour surveiller à des fins d'enquête une livraison suspecte¹⁰⁸⁴...

En effet, le ministère de la justice, initiateur de la loi, a étendu les actes de blanchiment de capitaux aux « *transports des biens ou leurs produits* » afin notamment d'en « déguiser l'origine illicite ». Cette extension concerne même la listes des infractions liées au blanchiment d'argent¹⁰⁸⁵. Sachant qu'il y a aussi des peines complémentaires telles que l'interdiction d'exercer une profession ou la dissolution de la personne morale. Les sanctions de l'article 574-5 du code pénal et visant des personnes coupables de blanchiment d'argent ont été donc renforcée.

En outre, la loi anti-blanchiment allonge la liste des personnes assujetties à l'obligation de déclaration de soupçon et cela procède du même souci d'efficacité du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux¹⁰⁸⁶.

Ainsi, la dite loi n'épargne ni personne physique ni personne morale de droit public (exemple BANK AL-MAGHRIB) ou de droit privé (banque, société de bourse...). Elles sont 15 au total à être assujetties aux obligations de vigilance, de contrôle et de dénonciation. C'est le cas pour les bureaux de change, des sociétés holding offshore, des entreprises d'assurances et de

¹⁰⁸²S. ROUQUIE, *L'argent illicite et les affaires*, éd, Monchrestien, Coll « *Association d'économie financière* », 1997.

¹⁰⁸³ A titre indicatif, le 24 janvier 2011, le Maroc s'est désormais doté d'une nouvelle loi de lutte contre le blanchiment de capitaux. Cette législation, publiée au *B.O.*, n° 5911, modifie ainsi la 1^{ère} loi anti-blanchiment du 17 avril 2007.

¹⁰⁸⁴ Ces actes peuvent être caractérisés par l'apport d'une assistance, de conseil... Le fait également « de fournir, de réunir, de gérer délibérément (...) des fonds ou des biens même licites » en vue de commettre des actes terroristes. Ce sont là quelques rajouts plus drastiques apportés par la loi 13.10.

¹⁰⁸⁵ Elle est passée de 7 à 24 intégrant ainsi l'exploitation sexuelle ; le vol et l'extorsion ; l'atteinte aux systèmes informatiques, la contrebande ; la fraude sur la marchandise et denrées alimentaires ; les infractions contre l'environnement ou la propriété industrielle... Ces derniers s'ajoutent donc aux trafics de stupéfiants, d'immigrants, d'êtres humains...

¹⁰⁸⁶ P. CONTE, *Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment*, JCP, n°13,2005, p. 605.

réassurance, exploitants ou gérants de casinos...L'extension la plus récente englobe les conseillers fiscaux, comptables externes, notaires, avocats et Adouls pour certaines opérations telles que l'achat de bien immobilier¹⁰⁸⁷.

Aussi, la loi 13-10 impose aussi à ce qu'un établissement financier se renseigne sur l'origine des fonds, s'assure de l'objet et de la nature de la relation d'affaires...S'il s'y parvient pas, l'opération ne doit « être ni établie ni poursuivie ». Fini aussi l'ouverture des comptes anonymes ou sous des noms fictifs, de même pour les correspondances avec des institutions financières fantômes.

En fait et à titre indicatif, toute opération suspecte doit faire l'objet d'une déclaration de soupçon¹⁰⁸⁸. Celle-ci est adressée à l'Unité de traitement financier. A défaut de satisfaire à cette obligation de déclaration de soupçon, l'ensemble de ces personnes peuvent être poursuivies sur le fondement de l'infraction générale de blanchiment ou de complicité de blanchiment, qui résulte du fait d'apporter son concours à une opération de placement, dissimulation ou conversion du produit d'un crime ou d'un délit.

Notons qu'en Mai, on a adopté la loi 145-12¹⁰⁸⁹ modifiant et complétant le code pénal et la loi relative au blanchiment d'argent. Ce texte vise à combler le vide de la législation nationale en matière de financement du terrorisme. Il s'inscrit dans le cadre de la consécration de la volonté du Maroc d'honorer ses engagements et de ses efforts destinés à harmoniser la législation nationale en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme avec les normes internationales par l'adoption des amendements législatifs et réglementaires appropriés dans le strict respect des droits et des libertés individuels et collectifs, conformément à la nouvelle constitution.

Enfin, cette loi s'articule autour de trois grands objectifs : Il s'agit d'abord d'aligner la législation nationale sur les normes internationales en matière de blanchiment d'argent et de lutte contre le financement du terrorisme. Ensuite, l'achèvement du plan d'action qui fait partie des engagements du Maroc vis-à-vis du *Groupe d'action financière internationale (GAFI)*, depuis février 2010, ainsi que le traitement des lacunes pointées par les rapports

¹⁰⁸⁷ Ces personnes doivent « recueillir tous les éléments d'informations » qui permettent de « déterminer et de vérifier l'identité de leur clientèle habituelle ou occasionnelle ».

¹⁰⁸⁸ En 2009, l'Unité de traitement Financier a reçu onze déclarations, dont 7 émanent des banques.

¹⁰⁸⁹ La loi n° 145-12, promulguée par le Dahir n° 1.13.54 du 21 jourmada II 1434 (2 mai 2013), publiée au *B.O* n° 6152 du 5 rejeb 1434 (16 mai 2013), modifiant et complétant le code pénal et la loi n° 43-05 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux.

d'évaluation du système national de lutte contre le blanchiment d'argent par les experts de cette institution.

II- La dépénalisation et la corruption

La corruption n'est ni une fatalité qui légitimerait l'inaction, ni un problème simple, auquel il suffirait d'administrer une solution définitive. De fait, la mesure de l'ampleur exacte de fléau s'avère impossible. Son caractère souterrain et opaque couvre une panoplie de tractations, de complicités et de compromissions difficiles à cerner et à prouver et, quelle que soit l'ampleur réelle du fléau, sa seule existence donne libre cours à la suspicion systématique.

Au-delà d'être une pratique éthiquement malhonnête et juridiquement illégale, la corruption cause des dommages collatéraux considérables. Elle pollue le climat social et politique général, exacerbe les relations de défiance entre les citoyens et l'Administration et nuit à l'attrait du pays pour les investissements nationaux et étrangers¹⁰⁹⁰.

Certes, le Maroc possède à son actif de grands acquis, en matière de moralisation de la vie publique et de bonne gouvernance. D'importantes opérations de privatisation et des grands projets d'infrastructures ont été conduits avec une régularité et une transparence mondialement reconnues et appréciées. Le décret sur les marchés publics révisé en 2007 avant apporté des nouveautés dans le sens du renforcement de l'éthique et de la transparence¹⁰⁹¹.

Pourtant, la perception de nombreux citoyens et certains médias donne du pays une image peu reluisante en matière de moralité de la gestion et de l'offre des services publics. Quel que soit le degré de vérité que recèlent de telles perceptions, l'action s'impose pour juguler, autant que faire se peut, le fléau de la corruption et propager un climat de confiance propice à la réduction des mauvaises pratiques et des blocages psychologiques, ainsi qu'à la libération des initiatives des citoyens et des fonctionnaires, pour qu'ils agissent ensemble, dans un climat de sérénité et de responsabilité.

Le Royaume avance fermement sur la voie de la concrétisation du grand projet de société démocratique et moderniste et du nouveau concept de l'autorité, promus et conduits par Sa Majesté Le Roi. Dans ce contexte, Le Maroc a ratifié la convention des Nations Unies contre

¹⁰⁹⁰ L. DEVUN, *La corruption dans les relations commerciales internationales*, Mémoire de DEA, Nice, 2000.

¹⁰⁹¹ Transparency Maroc (2008), Rapport moral, www.transparencymaroc.org.

la corruption en 2007. Il a mis en place *l'Instance centrale de prévention de la corruption (ICPC)* fin 2008.

Le Maroc a également renforcé les dispositifs légaux de lutte contre la corruption, comme la déclaration de patrimoine, dont la loi est sortie en 2008, et la loi n° 37.10¹⁰⁹² complétant le code de procédure pénale avec les articles 82-4 à 82-10 et 347-1 et 347-2, et tendant à la protection des victimes, témoins, experts et dénonciateurs des infractions de corruption, détournement, abus de pouvoir et autres.

Dans le même cadre, plusieurs affaires ayant trait à la moralisation de la vie publique ont été instruites. Durant 2010 et 2011, 20 affaires renvoyées par la Cour des Comptes ont été traitées. Elles ont été transmises aux parquets près les juridictions compétentes en vue de les instruire. En outre,, les juridictions ont traité des affaires de corruption dont le nombre au cours de l'année 2010 a atteint 8.342 et au titre desquelles 8.390 personnes ont été poursuivies¹⁰⁹³.

Etant donné que la lutte contre les infractions financières nécessite un certain niveau de spécialisation, des sections dédiées à ce type d'infractions ont été instituées au niveau des 4 Cours d'Appel suivantes : Casablanca, Rabat, Fès et Marrakech. Ces sections seront spécialisées dans le traitement des crimes prévus aux articles 241 à 256 du code pénal.

Dans le cadre de l'attention accordée à la lutte contre la corruption, il est à noter que le Ministère de la Justice a contribué à l'élaboration des rapports nationaux sur la mise en œuvre par le Royaume du Maroc des conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption. De même, le Ministère a participé, aux côtés des autres départements gouvernementaux compétents à l'exécution du programme gouvernementale de lutte contre la corruption.

Publiés au B.O du 12 aout 2013, les amendements du code pénal sont désormais enterinés. la section 4, qui se rapporte à la corruption et au trafic d'influence, l'article 248 a connu une modification substantielle. Ces amendements visent trois principaux objectifs : D'abord, durcir les sanctions frappant les crimes de détournement de deniers publics, de corruption et d'abus de pouvoir. Il s'agit ensuite d'élever les amendes afin d'en faire un outil de dissuasion. Et enfin, de ne pas faire subir le procès à toute personne qui a été obligée de payer un pot-de-

¹⁰⁹²Loi promulguée par le Dahir n° 1-11-164 et publiée au B.O n° 5988 du 20 octobre 2011.

¹⁰⁹³Les chiffres sont puisés des statistiques procurées auprès du ministère de la justice et des libertés.

vin et qui a porté plainte. C'est une manière d'encourager les citoyens victimes de corruption à saisir la justice.

En voulant sévir fortement contre les phénomènes de corruption et de détournement, le gouvernement espère remettre les pendules à l'heure dans bon nombre d'administrations. Il faut dire que le recours à la corruption fausse les règles du jeu démocratique, que ce soit en politique ou en économie. Le principe d'égalité des chances s'y trouve bafoué¹⁰⁹⁴. Par ailleurs, bon nombre d'investisseurs locaux ou étrangers préfèrent faire marche arrière face à un état de fait que la corruption favorise et entretient.

Par ailleurs, les moyens ont toujours fait défaut en matière de sensibilisation. Car, nous pensons que même si des lois très coercitives sont votées, elles ne seront efficaces que si les citoyens en connaissent les tenants et les aboutissants, ainsi que leurs droits et devoirs en rapport avec le phénomène¹⁰⁹⁵.

Paragraphe 2 : Le processus de dépénalisation du droit des sociétés : L'intégration de l'opportunité économique

Est-il sain pour l'économie d'un pays que des chefs d'entreprise risquent pour quelque vénielle inadvertance ou même pour une audace malchanceuse d'avoir à subir les aléas d'une procédure pénale toujours très lourde et avilissante ? Donc pour répondre à cette question, nous allons nous pencher sur l'assouplissement des peines en droit des sociétés (A), et de braquer la lumière sur l'allègement qu'a connu le droit des entreprises en difficultés (B).

A- L'adoucissement des peines en matière du droit des sociétés

Il faut rappeler qu'en matière de droit des affaires, la sanction pénale de manière générale et la peine privative de liberté en particulier ont toujours été au centre des préoccupations du monde économique qui déplore un foisonnement des textes juridiques répressifs de telle sorte qu'on a pu dire qu'il était difficile de dresser une liste des incriminations prévues par le droit des affaires. Ainsi, depuis la loi 17-95, les professionnelles du secteur appellent à un allègement,

¹⁰⁹⁴ M. EL YAAGOUBI, « Le rôle du droit dans la lutte contre la corruption au Maroc », *Rev marocaine d'administration locale et de développement*, éd, REMALD, n° 86, Mai-Juin, 2009, p. 9-29.

¹⁰⁹⁵ L.SAHRANE, *Le droit des affaires entre la pénalisation et la dépénalisation*, Thèse en Droit Privé, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah, Fès, 2015, p. 216.

voire à une disparition des sanctions pénales, qui seraient de nature à entraver le développement de la libre entreprise¹⁰⁹⁶.

Le discours sur la dépénalisation ont trouvé un écho notamment dans le domaine du droit des sociétés et ce à travers la promulgation de la loi 20-05 modifiant et complétant la loi 17-95 sur la SA¹⁰⁹⁷, qui a allégué d'une manière significative le dispositif pénal.

En effet, la note de présentation de cette loi précise le cadre de la réforme en soulignant qu'il « reprend et adopte en partie les doléances exprimées par les opérateurs économiques et ce, dans le sens non seulement d'une adaptation de cette législation au contexte actuel mais également en vue de répondre à certaines préoccupations de chefs d'entreprises et de praticiens marocains qui militent en faveur d'un assouplissement de la loi sur les sociétés anonymes¹⁰⁹⁸ ».

L'assouplissement du dispositif pénal concerne les articles amendes allant de 375 à 422. Les changements touchent la suppression d'une dizaine de peines d'emprisonnement, le remplacement de certaines de prison par des amendes. S'ajoute la réduction du taux de certaines peines d'amendes. Ainsi des avancées ont été réalisées avec le nouveau texte, notamment concernant les peines privatives de liberté. Dans diverses situations, ces dernières n'existent plus comme dans l'émission de l'action (I) et l'augmentation du capital (II).

I- L'émission d'actions

Dans ce premier cas de figure l'emprisonnement a été supprimé dans le cas d'émissions sans que les actions en numéraire aient été libérées à la souscription du quart au moins de leur valeur. Plus de prison non plus dans le cas où les actions d'apport n'aient pas été entièrement libérées avant l'immatriculation de la société au registre du commerce. La peine a été également supprimée pour le non-maintien des actions en numéraire en la forme nominative jusqu'à leur entière libération.

Toujours concernant la suppression de l'emprisonnement, ce dernier n'est plus encouru pour les membres des organes d'administration, s'ils n'ont pas procédé aux appels de fonds pour la libération intégral du capital dans le délai légal de deux ans. L'article 408 de la loi 20-05

¹⁰⁹⁶ B. BOULOC, *Le droit pénal dans la vie commerciale*, In « *Quel code de commerce pour demain ?* », Bicentenaire du code de commerce, 1807-2007, p. 285-296.

¹⁰⁹⁷ Modifiée et complétée par el Dahir n° 1-08-18 du 17 jourmada I, 23 mai 2008, portant promulgation de la Loi n° 20-05.

¹⁰⁹⁸ L. SAHRANE, *Le droit des affaires entre la pénalisation et la dépénalisation*, op. cit., p. 200.

prévoit également que la prison est supprimée si les membres du Conseil d'administration ont émis ou laissé émettre des obligations, alors que le capital n'était pas intégralement libéré.

Ensuite, les dirigeants, ne risquent plus l'incarcération même si elles s'abstiennent ou refusent de mauvaise foi de faire procéder, dans les délais légaux, soit au dépôt des pièces au tribunal, soit aux mesures de publicité¹⁰⁹⁹. Cependant, l'emprisonnement a été maintenu pour les sociétés faisant appel public à l'épargne¹¹⁰⁰. Logique pour des entreprises cotées en Bourse et ayant une obligation de transparence et de protection des épargnants.

II- L'augmentation du capital

A ce niveau, la prison n'est plus encourue si les actions ont émises sans l'accomplissement des formalités préalables, ou avant l'établissement du certificat du dépositaire. Il n'y a également plus d'emprisonnement si l'opération d'augmentation est réalisée avant que le capital antérieurement souscrit, ou que les nouvelles actions d'apport n'aient été intégralement libérées, ou sans que les actions de numéraire nouvelles aient été libérées à la souscription du quart de leur valeur nominale, et le cas échéant, de la totalité de la prime d'émission¹¹⁰¹.

En outre, la privation de liberté ne sanctionne plus le Conseil d'administration qui procède à l'amortissement de la valeur nominale des actions, par voie de tirage au sort. Si la peine de prison a été ici supprimée (1 à 6 mois auparavant), l'article 400 prévoit toujours une amende de 7000 à 35.000DH. Pour ce qui est de la non-convocation des commissaires aux comptes aux assemblées générales : Le risque de prison ne pèsera plus sur les organes d'administration. Mais ces derniers encourent tout de même une amende (entre 10.000 à 50.000Dh) s'ils ne s'acquittent pas de cette tâche, et ce dans tous les cas où la présentation d'un rapport des commissaires aux comptes est requise¹¹⁰².

Dans le même file d'idées, l'article 421 du nouveau texte supprime l'emprisonnement et prévoit une amende de 5.000 à 25.000DH à l'encontre du « liquidateur d'une société qui n'aura pas, dans le délai de 30 jours de sa nomination, publié dans un journal d'annonces légales et, en outre, au « B.O » si la société a fait publiquement appel à l'épargne, l'acte ne nommant liquidateur et procédé au dépôt au greffe de tribunal et à l'inscription au registre du

¹⁰⁹⁹ Art. 408 de la loi 20-05 relative aux S.A.

¹¹⁰⁰ Art. 378, la loi 20-05, *op. cit.*

¹¹⁰¹ Art. 395, la loi 20-05, *op. cit.*

¹¹⁰² Art. 403, la loi 20-05, *op. cit.*

commerce des décisions prononçant la dissolution ». Mais le liquidateur encourt toujours une peine de prison de 1 à 3 mois si, en fin de liquidation, il ne convoque pas les actionnaires pour statuer sur le compte définitif, sur le quitus de sa gestion et la décharge de son mandat. Le même risque existe s'il ne dépose pas les comptes au tribunal, ou s'il ne demande pas à la justice d'approuver ces derniers.

Par ailleurs, dans certains cas, le législateur a supprimé des actions considérées comme désormais inutiles. Ainsi, la répression n'existe plus dans le cas de négociation d'actions sans valeur nominale, ou d'actions d'apport avant l'expiration du délai pendant lequel elles ne sont pas négociables¹¹⁰³.

Aussi, une autre sanction a été également supprimée, celle de non dépôt, dans les délais, des états de synthèse et du rapport du commissaire aux comptes¹¹⁰⁴. Ces faits étaient auparavant sanctionnés par une amende de 40.000 à 400.000Dh. Celle-ci a été remplacée par une obligation de dépôt de ces documents sous astreinte.

Cette dernière mesure fait également partie du changement apporté par les amendements. Les omissions et erreurs non intentionnelles peuvent désormais être réparées sous astreinte, ce qui est une mesure plus rapide et plus efficace qu'une sanction pénale. Ainsi, tout intéressé et demander au président du tribunal de commerce d'ordonner à la SA, sous astreinte, de procéder aux appels de fonds pour libérer le capital dans le délai de trois ans, à compter de l'inscription au registre du commerce.

Enfin, si pour de nombreux experts les innovations introduites par les amendements sont indéniables, des insuffisances demeurent toutefois pour plusieurs points. Ainsi, l'article 376 de la loi 17-95 n'a nullement été modifié, alors qu'il prévoit la possibilité d'aggraver une sanction, si celle-ci peut trouver une qualification plus grave dans le Code pénal¹¹⁰⁵. En outre, par dérogation au Code pénal, les amendes ne peuvent être réduites au-dessous du minimum légal, et el sursis ne peut être ordonné que pour les peines d'emprisonnement.

¹¹⁰³ Art. 381, la loi 20-05, *op. cit.*

¹¹⁰⁴ Art. 386, la loi 20-05, *op. cit.*

¹¹⁰⁵ « C'est comme si les dirigeants sociaux ont un statut particulier en matière pénale et sont des criminels plus que les autres », et « il serait souhaitable que d'autres amendements interviennent pour atteindre l'objectif visé, celui de rendre la SA plus attractive », Commente le Professeur .R. LAZRAK, *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc, op. cit.*

B- Une tendance d'allégement du dispositif répressif en matière de procédures collectives

La liberté du commerce et de l'industrie, qui repose sur le concept même d'entreprise comporte, en filigrane, le risque d'assumer diverses responsabilités qui découlent de la gestion faite de cette entreprise. Ces responsabilités ont pour corollaire nature, en matière des procédures collectives, des sanctions très diversifiées qui viennent rétribuer le comportement fautif des dirigeants.

Dans ce sens, le nouveau code de commerce marocain s'est montré très innovateur et très sensible à la question, puisque dans le cadre du livre V, tout le titre 5 a été réservé à ce sujet, soit l'équivalent de 31 articles.

L'orientation contemporaine des procédures collectives guidée par une prise en compte des aspects économiques et une dissociation entre l'entreprise et ses dirigeants a abouti à une dépenalisation marquée du droit des entreprises en difficultés¹¹⁰⁶.

En effet, le nouveau code de commerce marocain avait fait un grand pas en avant dans le sens de la dépenalisation et de la simplification. C'est dans ce sens que le code de commerce a supprimé la distinction banqueroute simple/ banqueroute frauduleuse ; et il a unifié les sanctions¹¹⁰⁷.

Le droit actuel comporte des dispositions différentes sous la même qualification de sanction, il peut s'agir aussi bien de sanctions patrimoniales (I), de sanctions professionnelles (II) , ou des actions pénales (III).

I- Les sanctions patrimoniales

Au sein de ce paragraphe, et dans le cadre d'une société soumise à la procédure de traitement des difficultés des entreprises, il existe deux types de sanctions patrimoniales à l'encontre du dirigeant : l'action en comblement du passif (a), et l'extension de la procédure de traitement ou de liquidation (b).

¹¹⁰⁶M. JAOUHAR, *Les sanctions applicables aux dirigeants des entreprises en difficulté : Approche comparative*, Etudes juridiques, n° 16, 2009, p. 233-241.

¹¹⁰⁷Les différents cas de banqueroute ont été ramenés à quatre cités dans l'article 721 du code de commerce.

a- L'action en comblement du passif

L'action en comblement du passif est une action qui trouve son fondement dans l'existence des fautes de gestion imputables au dirigeant, elle est inhérente à la procédure collective dès lors que la part du passif social supporté par le dirigeant trouve son origine dans les agissements incriminés.

En effet, l'analyse de l'article 704¹¹⁰⁸ du C.C nous pousse à se poser la question sur la nature de l'action en comblement du passif, est qu'il s'agit d'une action de caractère répréhensible ou simplement réparateur, vu que la mise en œuvre de cette action reprend les dispositions de base de la responsabilité civile visant la réparation d'un dommage, d'autres se rapprochant d'une loi sanctionnatrice¹¹⁰⁹.

Ainsi, la lecture des dispositions de l'article 704 du C.C, nous a permis de dire que le législateur marocain est justement pour la réparation du dommages subi par les créanciers. Dans le même sens d'idée, la jurisprudence, nous semble confirmer ladite position en précisant que la nature de cet article est dépourvue de tout caractère répressif¹¹¹⁰.

Cette analyse apparemment fondée, ne se conforme pourtant pas à l'intégralité de la doctrine qui considère que l'action en comblement du passif a un caractère répressif ressenti comme tel par les dirigeants¹¹¹¹.

Par ailleurs, la mise en œuvre de l'action en comblement du passif requiert la réunion d'un certain nombre de conditions (1), ainsi que le régime de cette action demande une analyse des modalités de la repartitions (2) et des limites qui peuvent surgir au cours de cette procédure (3).

1- Conditions de mise en œuvre de l'action en comblement du passif

Pour l'engagement de la responsabilité du dirigeant pour insuffisances d'actif, il faut la réunion de 3 conditions : une faute (1.1), un préjudice (1.2) et un lien de causalité (1.3).

¹¹⁰⁸ Art. 704 du C.C 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 ».

¹¹⁰⁹ M.ESSARSAR, « La responsabilité des dirigeants d'entreprise dans la procédure de traitement des entreprises en difficultés », *Op.cit*, p.666.

¹¹¹⁰ J.T.C de Rabat, du 21 juillet 2006, n° de dossier 30/2004/5. non publié. حكم صادر عن المحكمة التجارية بالرباط، بتاريخ 21 يوليوز 2006، ملف عدد 30/2004/5، غير منشور.

¹¹¹¹ B.SOINNE, « *Traité des procédures collectives* », éd. LGDG, 2^{ème} éd, 1995, p. 2405.

1.1- Une faute de gestion du dirigeant

Pour être condamné au comblement du passif, le dirigeant doit avoir commis une faute de gestion ; celle-ci doit être prouvée par les organes de la procédure, afin d'engager la responsabilité pécuniaire du dirigeant. Ainsi, cette disposition substitue le mécanisme de la faute présumée par celui de la faute prouvée¹¹¹².

En effet, les juridictions de leur côté affirment le principe de la faute prouvée, elles insistent sur l'obligation faite au demandeur, d'apporter la preuve de celle-ci. La C.A de commerce de Casablanca a considérée dans un arrêt que le demandeur doit prouver l'existence d'un préjudice et sa continuation jusqu'à ce que le litige soit tranché¹¹¹³. Cette décision a été confirmé par la C.Cass¹¹¹⁴.

La C.Cass considère que : « L'absence de réalisation d'achat au cours d'une année comptable, la dissipation d'une partie importante du stock, la perte de plus de trois quarts du capital et l'aggravation du passif, la perte de plus de quart du capital constituent des éléments pouvant justifier la liquidation judiciaire. Or pour ordonner l'extension de la procédure au dirigeant, le tribunal doit démontrer l'utilisation des biens de la société à des fins personnelles¹¹¹⁵ ».

L'action en comblement du passif instaure un régime particulier de responsabilité obligatoirement applicable en cas de procédure collective¹¹¹⁶.

En effet, même si les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité sont proches du droit commun, il n'en demeure pas moins que les modalités de réparation, et, notamment, les sanctions applicables aux dirigeants sont différentes¹¹¹⁷.

Ainsi, il nous semble que la spécificité de l'article 704 du C.C et du régime qu'il impose, donne un caractère quasi-pénal à l'action en comblement de passif, et l'éloigne du droit commun de la responsabilité.

¹¹¹² Dictionnaire permanent difficulté des entreprise, « *Comblement du passif* », spéc, n° 50.

¹¹¹³ Arrêt de la C.A de commerce de Casablanca, du 10 décembre 1996, n° 419/01. قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، عدد، 01/419، بتاريخ 10 دجنبر 1996.

¹¹¹⁴ Cass. Com, du 4 juillet 2007, n° 794, Dossier n° 1513/2003. قرار المجلس الأعلى، عدد 794، مؤرخ في 4 يوليوز 2007، في الملف 1513/2003، التجاري، عدد 2003/1513.

¹¹¹⁵ Cass. Com, Ch. Com, du 7 octobre 2009, Arrêt n° 1140/1/3/2006. قرار المجلس الأعلى، الغرفة التجارية، عدد 1140/1/3/2006، مؤرخ. في 7 أكتوبر 2009.

¹¹¹⁶ Y. CHAPUT, « Le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises : les dirigeants fautifs dans la réforme du droit des entreprises en difficultés », *Juris-Classeur périodique*, 2^{ème} éd G, II, 14705, n° 11, 1986.

¹¹¹⁷ E.OBADIA et Y. SEXER, « La responsabilité des dirigeants sociaux et l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 », *Bull.mens, Joly d'information des sociétés*, éd. Lextenso, 1994, p. 617 et s.

En effet, il serait des hypothèses dans lesquelles une infraction formelle à des dispositions impératives est sanctionnée mécaniquement sans qu'il y ait lieu de prouver l'existence d'un préjudice en rapport avec cette infraction, alors même que les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires ne constituent pas obligatoirement une faute de gestion¹¹¹⁸.

Certes, cette doctrine peut soutenir ce caractère quasi-pénal du non imputabilité de la faute au dirigeant, et, en conséquence, toute discordance avec le droit commun de la responsabilité. Mais le régime de cette dernière dépend en matière de comblement de passif essentiellement de la preuve du préjudice.

1.2- La preuve d'un préjudice

Selon la doctrine, et d'après nos recherches, aucune difficulté ne se présente en matière de préjudice pour la mise en œuvre d'une action en comblement de passif¹¹¹⁹.

Toutefois, la question est primordiale en tant qu'exigence légale, puisqu'elle conditionne la mise en œuvre de l'action contre les dirigeants sociaux qui ont commis une faute de gestion¹¹²⁰.

En effet, l'insuffisance n'est rien d'autre que le dommage et son existence peut rarement se présumer¹¹²¹.

Ainsi, sa singularité se manifeste également par l'exigence d'un lien de causalité.

1.3- Le lien de causalité

Le livre V du Dahir du 1^{er} aout 1996 relatif au traitement des entreprises en difficulté, inséré dans le nouveau Code de Commerce supprime la présomption de causalité, et impose la preuve de cette dernière, il dispose que la faute de gestion doit avoir contribué à l'insuffisance d'actif.

Or, parmi une multitude de faits plus ou moins fautifs, qui ont pu à des degrés divers participer à la réalisation du préjudice, l'analyse adoptée par le droit commun de la

¹¹¹⁸ E. ROSENFELD et Y.SEXER, « La responsabilité des dirigeants pour faute de gestion en cas de redressement judiciaire : l'article 180 et ses débordements », Droit des affaires, n° 7/1995, p. 145 et s.

¹¹¹⁹ Y.GUYON, « *Droit des affaires, entreprise en difficulté, redressement judiciaire, faillite* », T 2, 7^{ème} éd., Collection Droit des affaires et entreprises, Economica, 1999, n° 1873.

¹¹²⁰ A. BRUNET et M. GERMAN, « L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 relative à l'action en comblement du passif », Petites affiches, 23 juillet 1986, n° 88, p. 51 et s.

¹¹²¹ Cette analyse rapproche les régimes de l'action en comblement de passif et de droit commun de la responsabilité.

responsabilité civile qui se fonde sur deux conceptions théoriques pour fixer la faute déterminante et déterminer la causalité avec le dommage, peut également être retenue.

Par ailleurs, les juges de fond doivent établir le lien qui existe entre la décision et l'insuffisance d'actif. Ainsi le tribunal de commerce de Marrakech consacre ce principe à travers un jugement dans lequel, il a décidé l'extension de la procédure de redressement à l'encontre du dirigeant.

Selon son raisonnement : « ...Attendu que le lien de causalité dans le cas d'espèce entre la faute de gestion qui réside dans le fait de s'abstenir de déclarer l'état de cessation de paiement malgré l'accumulation des pertes, et la diminution d'actif de telle sorte que cette perte ne serait pas survenu si la correction de la situation a eu lieu au moment propice et que la continuité de l'exploitation de façon abusive en dépit du déficit, a contribué à la création et au gonflement du passif jusqu'à ce qu'il devient impossible de le couvrir par l'actif disponible¹¹²² ».

En outre, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation concernant la sanction du dirigeant fautif au comblement du passif. Dans l'article 704 du C.C¹¹²³, le législateur utilise la formule « le tribunal peut... », ce qui nous pousse à dire que mêmes si les conditions de la responsabilité du dirigeant sont réunies, la condamnation du dirigeant au comblement au passif revient à l'appréciation souveraine du juge.

Ainsi, nous pensons qu'en dehors, de la volonté de punir ou de sanctionner, aucun régime de responsabilité civile ne peut justifier les mécanismes de l'action en comblement du passif.

Certains auteurs¹¹²⁴ ont tenté d'évoquer l'émergence d'une responsabilité économique spécifique au régime des procédures collectives. Or celle-ci, en rendant le dirigeant responsable, même des fautes qu'il n'a pas commises, s'éloigne du régime de la responsabilité pour se placer sur le terrain de la sanction.

En effet si le législateur a énuméré les cas¹¹²⁵ dans lesquels le tribunal doit étendre la procédure de redressement ou liquidation au dirigeant, il n'a pas déterminé en revanche

¹¹²² T.C, Marrakech, du 06 février 2002, n° 08/2002, dossier n° 15/99, non publié.

¹¹²³ Art. 704 du C.C précité.

¹¹²⁴ H.D.BOSLY, Y. DECORDET, D. PHILIPPE, V. CALLEWSERT, M.A.DELVAUX, G.PHILIPPE, « *La responsabilité des dirigeants de la personne morale* », éd, Die Keure, 2007, p. 46 et s.

¹¹²⁵ Le législateur mentionne dans l'art. 706 du C.C qu' : « *En cas de redressement ou liquidation judiciaire d'une société, le tribunal doit ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant contre lequel peut être relevé un des faits ci-après : 1- Avoir disposé des biens de la société comme des biens propres, 2- Sous le couvert de la société masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel, 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, 4- Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une*

d'après le C.C¹¹²⁶, la nature de la faute qui peut être considérée comme cause contraignant le dirigeant à supporter une partie ou la totalité du passif.

En conséquence, on peut dire que le tribunal compétent bénéficie ainsi d'un large pouvoir d'appréciation pour déduire la faute de gestion et le rapport avec la situation dans laquelle se trouve l'entreprise. Dans ce cadre la cour de cassation a considéré dans un arrêt que l'abstention du dirigeant à prendre toute initiative positive pour remédier à la situation compromise dans laquelle se trouve l'entreprise ou son sauvetage, constitue une faute de gestion de nature à obligé le dirigeant à supporté le déficit existant¹¹²⁷.

2- Modalités de réparation pécuniaire

La réparation pécuniaire allouée aux victimes s'effectue en principe sur la base de l'article 704 du C.C, qui prévoit dans le cadre du comblement de passif, de mettre à la charge du dirigeant social tout ou partie de la dette sociale causé par sa faute de gestion. Ainsi, une action spécifique régit le domaine des actions en responsabilité diligentées à l'encontre des organes de gestion, en cas de procédure collective.

Néanmoins, les actions en responsabilité fondée sur le droit commun, et également sur le droit des sociétés ne peuvent-elles pas se cumuler avec cette action spécifique ?

La cour de cassation française, par une série d'arrêts pris en 1995, réfute tout cumul de l'action en comblement de passif, avec la responsabilité de droit commun. Elle tend même à imposer un principe général de non cumul des actions¹¹²⁸.

Dans le même sens d'idée, la jurisprudence marocaine affirme, que la recherche cumulative de la responsabilité du dirigeant fautif sur les fondements de l'article 704 du C.C est impossible. Seule la gestion du dirigeant antérieure au jugement d'ouverture de la procédure ouvre l'action en comblement¹¹²⁹.

exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société, 5- 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, 6- Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la société, 7- Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière ».

¹¹²⁶ Art.704 du C.C précité.

¹¹²⁷ Arrêt de la C.Cass, du 26 octobre 2005, n°1093, Doss n° 654/3/1/2004.

¹¹²⁸ M.C.PINIOT, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux : le non cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives », Revue juridique de droit des affaires, 7/1998, Chron, p. 639.

¹¹²⁹ C.A.Com, De Casablanca, le 30 avril 2010, Dossier n° 271/08/11, non publié. القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 30 أبريل 2010، ملف عدد 11/08/271، غير منشور.

Cependant, il faut savoir que l'action en comblement du passif intentée contre le dirigeant social n'est pas cumulable avec une action en responsabilité pour faute de gestion¹¹³⁰.

Cela pourrait être quelque peu rassurant pour le dirigeant, mais seule la gestion antérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective peut donner lieu à une action en comblement passif. De sorte que les fautes de gestion postérieures à l'ouverture de la procédure peuvent faire l'objet d'une action fondée sur les articles 8 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés, 352 de la loi 20-05 modifiant et complétant la loi 17-95 sur les SA, et 77 du DOC¹¹³¹.

De plus la C.C consacre ce principe de non-cumul de la responsabilité fondée sur l'article 697 du C.C, avec la responsabilité de droit commun de l'article 77 du DOC¹¹³².

En somme, la spécificité de l'action en comblement du passif impose aux organes de la procédure, et particulièrement les mandataires et les créanciers d'agir uniquement sur la base de l'article 704 du C.C, pour établir l'engagement de la responsabilité pécuniaire des dirigeants d'entreprise auteurs d'une faute de gestion qui leur soit dommageable.

Cependant, nous pouvons dire que dans toutes ces hypothèses, une seule véritable constante émerge, il s'agit du pouvoir d'appréciation non négligeable accordé aux organes de la procédure, et au juge qui estimera le montant de la réparation allouée. Ainsi, il n'empêche que l'action en comblement du passif comporte certaines limites.

¹¹³⁰ Cette idée trouve son fondement dans d'abord dans l'art. 8 de la loi 5-96 sur les autres formes de sociétés qui édicte que : « Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social. En cas de pluralité des gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus à l'alinéa précédent. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers. Les gérants sont responsables individuellement ou solidairement vis-à-vis des associés des actes accomplis contrairement à la loi ou aux statuts de la société ». Ensuite dans l'art. 352 de la loi 20-05 modifiant et complétant la loi 17-95 sur les SA qui précise que : « Les administrateurs, le directeur général et le cas échéant, le directeur général délégué ou les membres du directoire sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes dans leur gestion. Si plusieurs administrateurs, ou plusieurs administrateurs et le directeur général ou le cas échéant le directeur général délégué ou les membres du directoire ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. Les actionnaires qui, sur le fondement des dispositions du premier alinéa, entendent demander aux administrateurs, aux membres du directoire au directeur général et, le cas échéant, au directeur général délégué la réparation du préjudice qu'ils ont subi personnellement en raison des mêmes faits peuvent donner à l'un ou plusieurs d'entre eux le mandat d'agir en leur nom devant la juridiction compétente sous les conditions suivantes : 1) le mandat doit être écrit et mentionner expressément qu'il donne au ou aux mandataires le pouvoir d'accomplir au nom du mandant tous les actes de procédure ; il précise, s'il y a lieu, qu'il emporte le pouvoir d'exercer les voies de recours ; 2) la demande en justice doit indiquer les prénoms, nom et adresse de chacun des mandants ainsi que le nombre d'actions qu'ils détiennent. Elle précise le montant de la réparation réclamée par chacun d'eux ». Enfin, dans l'art. 77 du DOC qui prévoit que : « Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe. Toute stipulation contraire est sans effet ».

¹¹³¹ M.CLAUDINE, Responsabilité du dirigeant et gestion des risques, Mémoire pour l'obtention du Master en Droit des activités économiques, Université de Nantes, 2008, p.6.

¹¹³² Arrêt de la C.Cass.Com, le 17 juin 2009, n°993, Dossier n° 1029/3/1/2008, non publié. قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 17 يونيو 2009، عدد 993، ملف عدد 1029/3/1/2008، غير منشور.

3- Les limites de l'action en comblement du passif

Une première restriction se rapporte au moyen d'exonération dont bénéficie le dirigeant social recherché en responsabilité pour comblement de passif social. La seconde limite se rattache aux délais de prescription extrêmement courts en cette matière.

En effet, le dirigeant social recherché en responsabilité sur le fondement de l'action en comblement du passif peut invoquer soit un partage des responsabilités, soit une exonération de responsabilité.

Par la suite une condamnation solidaire peut être prononcée par le juge l'encontre de, plusieurs dirigeants sociaux¹¹³³. A nouveau, ce prononce est une faculté¹¹³⁴ laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. La solidarité sera retenue¹¹³⁵, ou non¹¹³⁶. La contribution à la réparation peut être répartie de manière inégale entre les coéditeurs solidaires.

Le dirigeant ne peut pas invoquer une exonération de sa responsabilité pour comblement de passif. La responsabilité en matière de comblement de passif est une responsabilité d'ordre public.

Les clauses contractuelles d'exonération sont par conséquence illicites, donc, présumées non écrites, de même aucune cause contractuelle ou statutaires ne peut subordonner l'exerce de l'action en comblement diligentée à l'encontre d'un dirigeants à une autorisation des assemblées. Le quitus de ces derniers n'écarte en rien une probable action en responsabilité à l'encontre des dirigeants, sur le fondement de l'article 704 du code de commerce marocain¹¹³⁷.

Le dirigeant peut cependant se justifier en invoquant causes d'exonération tenant la force majeure aux cas fortuits dans ces hypothèses, conformément au droit commun de la

¹¹³³ Art.704 du C.C prévoit 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'action 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 judiciaire. Les sommes versées par les dirigeants en application de l'alinéa premier entrent dans le patrimoine de l'entreprise et 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 ».

¹¹³⁴ C.A, De Paris, le 18 juin 1991, Rev. de jurisprudence de droit des affaires, éd. F.Lefebvre,3/1992, n° 249.

¹¹³⁵ Cass. Com, du 24 janvier 1983, D.1983, I.R, p.436. Note F.DERRIDA.

¹¹³⁶ Cass. Com, le 26 janvier 1976, Bull. des arrêts de la C.Cass, Ch. Civ, IV, n°32.

¹¹³⁷ Art.704 du C.C précité.

responsabilité « un événement imprévisible, irrésistible et extérieur¹¹³⁸ » doit rendre l'exécution des fonctions de dirigeant impossible.

Le dirigeant peut également invoquer une absence de faute, il doit prouver sa gestion active et diligente. Une absence justifiée peut l'exonérer. Dans l'hypothèse contraire une négligence ne pourra pas exonérer le dirigeant de sa responsabilité.

Une partie de la doctrine retient également comme moyen d'exonération la démission à la démission du dirigeant social à moins que cette démission ne soit préjudiciable à l'intérêt de la société¹¹³⁹.

Or, pour être exonératoire, la démission du dirigeant ne doit pas être intempestive¹¹⁴⁰, dans ce contexte la jurisprudence a reproché à des administrateurs d'avoir démissionné pour se désolidariser de la gestion désastreuse et des infractions commises par un administrateur directeur jouissant des pouvoirs étendus¹¹⁴¹.

Par ailleurs en matière de procédure de comblement de passif la prescription de l'action en responsabilité est triennale¹¹⁴². En effet, c'est seulement au moment de jugement qui arrête le plan de redressement¹¹⁴³, ou lors du jugement qui fixe la liquidation, que le montant du passif social est véritablement déterminé¹¹⁴⁴.

En guise de conclusion, on peut dire que l'action en comblement du passif qui frappe le dirigeant social auteur d'une faute de gestion est donc paradoxalement complexe. Il ne s'agit cependant pas de la seule procédure qui inflige des sanctions pécuniaires au dirigeant social dans le cadre d'une procédure collective. L'action en extension de procédure collective à l'encontre du dirigeant social semble s'appliquer pour des fautes de gestion d'une gravité supérieure en ce sens qu'elles traduisent la manifestation d'un comportement de déloyauté et de délinquance du dirigeant social dans le cadre de l'exercice de sa fonction de direction. La sanction est également pécuniaire, et répressive.

¹¹³⁸ H.GOSY et autres, « Droit des contrats : France Belgique », éd.LARCIER, Belgique, 2005, p.181.

¹¹³⁹ Y.DE CORD, « Le statut du dirigeant d'entreprise », éd. LARCIER, 2009, p. 216.

¹¹⁴⁰ O.RALET, « Responsabilité des dirigeants de société », Bruxelles, éd. LARCIER, 1996, n° 43, p.60.

¹¹⁴¹ C.A, de Liège, le 1^{er} décembre 1969, Rev périodique du droit des sociétés, 1971, p.280.

¹¹⁴² Le 2^{ème} alinéa de l'article 704 du C.C précise que : « L'action 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 judiciaire ».

¹¹⁴³ Cass. Com, du 26 octobre 1999, *Bull rapide de droit des affaires*, éd. Francis Lefebvre, 1999/5, p.5.

¹¹⁴⁴ Y.GUYON, *Droit des affaires, entreprise en difficulté, redressement judiciaire, faillite*, Tome2, 7^{ème} éd, Collection droit des affaires et entreprise, Economica, 1999, n° 1383.

b- L'extension de la procédure de redressement judiciaire au patrimoine personnel du dirigeant

D'après l'article 702 du code de commerce, « les dispositions de 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. »

Ainsi, l'article 440 de la loi 17-95 dispose que « les dispositions des articles 437 à 439 sont applicables à toute personne qui a exercé de manière effective directement ou par personne interposée la direction d'une société anonyme simplifiée au nom et aux lieux et places du président et des dirigeants de la société. »

De plus l'article 100 de la loi 5-96 prévoit que « les dispositions du présent titre visant les gérants de sociétés objet de présente loi seront applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée aura en fait exercé la gestion de ces sociétés sous le couvert ou u lieu et place de leurs représentants légaux.

La lecture successive des trois précédents articles justifie que le dirigeant de droit comme déjà signalé, est celui qui bénéficie d'une situation normalisée et qui exerce légalement la fonction de gestion d'entreprise. Le législateur marocain par contre n'a pas abordé la définition du dirigeant de fait, confiant ainsi cette mission à la doctrine et la jurisprudence.

Cette difficulté a trouvé une définition globale à la notion de dirigeant de fait, laisse présager les indices et les preuves matérielles sont en mesure de générer une conviction suffisante pour considérer une personne quelconque dirigeant de fait ou non. Ainsi le dirigeant de fait peut être défini comme étant la personne qui intervient de façon habituelle et positive, indépendamment et librement dans la gestion de l'entreprise et qui a plus présence vis-à-vis des tiers¹¹⁴⁵.

Il peut aussi être défini, comme étant la personne bénéficiant des compétences de prises de décision de nature à engager la société. Ou bien celui qui intervient effectivement dans la gestion de l'entreprise que ce soit dans les rapports avec les salariés, ou les rapports commerciaux avec les tiers, qu'il s'agisse de la gestion interne ou externe de la société,

¹¹⁴⁵ Y.GUYON, « Droit des affaires : entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite », Tome II, 8^{ème} éd, éd. Economica, 2001, n° 1845.

comme il peut être l'interlocuteur principal ou préférer des clients ou fournisseurs dans leurs rapports avec l'entreprise¹¹⁴⁶.

En se référant au cas de décision d'ouverture de la procédure de traitement des difficultés d'entreprise, la personne notifiée qui continue d'exercer l'activité de l'entreprise est considérée comme étant le dirigeant de fait durant toute cette période, sans que cela s'applique à la personne qui assiste aux audiences en sa qualité de dirigeant de droit¹¹⁴⁷.

Le législateur marocain, quant à lui a intentionnellement consacré la notion de dirigeant de fait à l'article 702¹¹⁴⁸, ne serait-ce que pour ne pas le laisser à l'abri de toute responsabilité juridique, surtout que beaucoup de dirigeant préfèrent contourner les textes juridiques pour écarter leur responsabilité via désignation d'un dirigeant de droit dépourvu du pouvoir de prise de décision.

S'agissant de la SARL à associé unique, l'associé est le dirigeant de droit. Cependant, cet associé unique peut préférer désigner un dirigeant parmi les tiers. Dans ce dernier cas, le dirigeant désigné peut jouir d'une plénitude de pouvoirs pour gérer et agir au nom de la société. Mais il peut être aussi dénué de telles prérogatives, sa désignation restant une simple formalité, l'associé unique conservant le soin de veiller à la gestion de son entreprise. Le dirigeant aura uniquement pour mission l'exécution des instructions émanant du chef d'entreprise. Ce dernier aura dans ce cas la qualité de dirigeant de fait et reste exposé à une action en comblement du passif.

La question qui se pose : dans quelle mesure peut-on considérer le mandataire du dirigeant de droit, un dirigeant de fait ou un simple mandataire qui n'assume aucune responsabilité à l'égard des tiers en application de l'article 921 du DOC¹¹⁴⁹ ? La cour de cassation semble trancher la question par la confirmation d'un arrêt de la cour d'appel de commerce de Casablanca décidant l'extension de la procédure de redressement au mandataire après établissement des preuves de sa qualité du dirigeant de fait¹¹⁵⁰.

En France, les règles communes aux deux actions patrimoniales, parlent des dirigeants de droit ou de fait des personnes morales de droit privé et des représentants permanents des

¹¹⁴⁶ Y.GUYON, « Droit des affaires », éd. Economica, 6^{ème} éd., Tome II, p. 429.

¹¹⁴⁷ B.SOINNE, « Traité des procédures collectives », éd LGDG, 2^{ème} éd, 1995, p. 2105.

¹¹⁴⁸ V. *Supra*, p.311.

¹¹⁴⁹ Art. 921 du DOC édicte que : « *Le mandataire qui a traité en cette qualité et dans les limites de ses pouvoirs, n'assume aucune obligation personnelle envers les tiers avec lesquels il contracte. Ceux-ci ne peuvent s'adresser qu'au mandant* ».

¹¹⁵⁰ Arrêt de la C.Cass, n° 1328, pris en deux chambres, dossiers joints, n° 201/3/1/1, et 13/3/304, publié à la revue « jurisprudence de la Cour suprême, n°54.

dirigeants personnes morales faisant l'objet d'une procédure collective qui sont susceptibles de voir leur responsabilité recherchée¹¹⁵¹.

Ainsi, la preuve de la gestion de fait d'un dirigeant est la démonstration d'une activité positive de direction ou de gestion réalisée de façon indépendante, directement ou par personne interposée.

Concernant les conditions de recevabilité, ces actions ne sont possibles que lorsqu'une personne morale a fait l'objet d'une procédure collective, que cette procédure a fait apparaître soit une insuffisance d'actif soit un passif exigible et que cette procédure collective s'est terminée par une liquidation judiciaire¹¹⁵².

Il est impératif de souligner que le tribunal n'est saisi que par le liquidateur ou le ministère public et non par l'administrateur judiciaire, ni par le commissaire à l'exécution du plan, ni se saisir d'office¹¹⁵³.

Plus encore, un régime spécifique d'obligations aux dettes sociales, institué par la loi du 26 juillet 2005 afin de laisser en place « l'extension aux dirigeants », a été à son tour abrogé par l'article 133 de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

De ce qui précède, les législateurs aussi bien marocains que français ont tendance à reconnaître un certain droit à l'erreur économique et financière et donc un certain particularisme au droit de l'entreprise en difficulté le démarquant ainsi de l'autonomie du régime des responsabilités, alors qu'on imaginait un droit des procédures collectives se rapprochant du droit commun des obligations.

Donc reste à savoir ; quelles sont les conditions de mise en œuvre de la procédure de comblement du passif (1)? Et Quels sont les effets de cette procédure (2) ?

¹¹⁵¹ Les dirigeants visés sont les suivants : Les personnes morales de droit privé et publics, les personnes physiques et les représentants permanents des personnes morales, les dirigeants de droit ou de fait, les dirigeants rémunérés ou non, les dirigeants en fonction ou retirés (n'exerçant plus leur fonction), voire décédés, mais seulement si, au moment de leur départ, l'insuffisance d'actif existait. En cas de décès l'action est dirigée contre les héritiers.

¹¹⁵² Il est à noter que deux régimes particuliers, que l'on peut rapprocher de cette idée de fonction économique subsidiaire de paiement, sont abrogés par la loi du 26 juillet 2005, à savoir l'article L.624-4 ancien qui permettait au tribunal d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard des dirigeants à la charge des quels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale qui ne s'acquittent pas de cette dette (encore une fausse extension qui disparaît...). V. D.Vidal, Droit des procédures collectives, 2^{ème} éd, Gualino, p. 304.

¹¹⁵³ Comme c'était le cas avant la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 l'article abrogé, étant L. 624-5.

1- La mise en œuvre de l'extension de la procédure en difficulté

L'extension de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire nécessite la réunion des conditions de fond et de forme de trois conditions : une faute un préjudice et un lien de causalité.

« La faute de gestion doit avoir contribué à l'insuffisance d'actif. Cette exigence de la simple contribution de la faute a permis la Cour de cassation¹¹⁵⁴ d'estimer que le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable sur le fondement de l'article L.651-2 du code de commerce français¹¹⁵⁵ même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif ».

Pour mieux comprendre, on mettra l'accent successivement sur les conditions de fond (1.1) et de forme (1.2).

1.1- Conditions de fond

Les conditions de fond se rapportent au dirigeant et aux fautes qu'il commet dans la gestion. Il est important de rappeler le régime de l'obligation aux dettes que le tribunal peut décider lors d'une procédure de liquidation judiciaire¹¹⁵⁶.

Mais que signifie une faute de gestion dans ce cadre ? Et quels sont les comportements qu'on peut qualifier de faute de gestion ?

En effet, le législateur marocain a énuméré dans l'article 706 du code de commerce les fautes que le dirigeant peut commettre pendant l'exercice de ses fonctions comme suit :

- Avoir disposé des biens de la société comme de ses propres biens ;
- Sous le couvert de la société masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;

¹¹⁵⁴ Cass. Com, du 30 novembre 1993, *Bull. Joly*, 1994, p.410, obs. ETEL, cité par M.BEATRIZ SALGADO, *Droit commercial : droit des entreprises en difficulté*, 2^{ème} éd, 2009, p. 186.

¹¹⁵⁵ Art. L.651-2 du code de commerce français prévoit que : « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité des dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Toutefois, en ce cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée... »

¹¹⁵⁶ Art. L.651-1 du code de commerce français édicte que : « Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective, ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales et aux entrepreneurs individuels à responsabilité limitée ».

- 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 ;
- Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société ;
- 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 ;
- Avoir détourné ou dissimilé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la société ;
- Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière.

La notion de faute de gestion ne signifie pas uniquement la faute à l'occasion des opérations de gestion ou le manque de prise de précautions nécessaires, mais également la transgression des lois et la violation des statuts¹¹⁵⁷.

Ainsi en se référant à la loi sur les sociétés, on trouve qu'elle prévoit la faute de gestion et qu'elle détermine un régime de sanctions stricte au vu que ces textes fassent partie de l'ordre public. Or les nouvelles techniques de gestion, d'administration et de comptabilité ont facilité la détection de ces fautes.

Dans ce cas deux hypothèses qui se présentent : soit le dirigeant détient une comptabilité réelle complète, soit celle-ci est incomplète ou fictive.

Dans la 1^{ère} hypothèse, en raison du développement informatique dans le domaine de la comptabilité, les indices de cessation des paiements apparaissent clairement d'une façon nécessitant l'intervention au moment opportun pour la correction du déséquilibre. A défaut, la faute de gestion se dévoile d'une manière qui ne nécessite pas un grand effort pour la prouver¹¹⁵⁸. Dans la seconde hypothèse, l'absence d'une comptabilité ou la tenue d'une comptabilité fictive ou inexistante est considérée comme une faute de gestion, avec la possibilité de l'extension de la procédure aux dirigeants.

Cependant, pour l'extension de la procédure, il ne suffit pas qu'il existe une faute dans la gestion d'entreprise mais également un lien de causalité entre cette faute et le déficit

¹¹⁵⁷ Y.GUYON, « Droit des affaires », éd Economica, 6^{ème} éd, Tome II, p. 418.

¹¹⁵⁸ En France, l'action en extension a été abrogée par la loi de 2005, elle a été remplacée par l'action dite : obligation aux dettes sociales, elle-même abrogée par l'ordonnance de 2008. La sanction appliquée aux directeurs lorsqu'ils ont commis des fautes énumérées par les textes (article L.621-2 al 2), c'est le directeur lui-même qui est affecté par la procédure collective.

budgétaire. D'ailleurs, c'est ce qui a été consacré par la jurisprudence à travers plusieurs jugements¹¹⁵⁹.

En effet si le législateur à travers l'article 706 a énuméré les cas d'extension au dirigeant, en revanche, il n'a pas déterminé la nature de faute qui peut être prise en considération comme cause pour imposer au dirigeant de supporter une partie ou la totalité du passif, permettant ainsi au tribunal compétent de bénéficier d'un large pouvoir d'appréciation pour la déduction de la faute de gestion de son rapport avec la situation dans laquelle se trouve l'entreprise.

Dans ce sens, la cour d'appel de Casablanca, a, dans un arrêt¹¹⁶⁰, consacré le principe selon lequel celui qui initie la demande à la charge de l'existence d'un des faits énoncés par la loi «...Attendu que l'article 708 signale que le tribunal peut être saisi automatiquement ou sur la demande du syndic pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire à l'encontre de tout dirigeant qui peuvent s'avérer coupables de l'un des cas désignés. Attendu que dans le cas de saisine automatique ne peut être imaginés s'il ne se confirme pas au tribunal l'existence de l'un des cas imposant l'ouverture de la procédure de traitement à l'encontre du dirigeant formulée par le syndic, il incombe à ce dernier la charge de prouver l'existence de l'un des cas prévus par la loi ».

1.2- Conditions de forme

Pour étendre la procédure collective au dirigeant, il faut la réunion des conditions de formes suivantes :

- **L'existence d'une personne morale en difficulté au dirigeant**

On ne peut parler d'une procédure d'extension, que s'il s'agit d'une personne morale, lorsqu'il s'agit d'une personne physique on ne sera pas en présence d'une procédure d'extension car elle sera directement tenue de répondre indéfiniment de ses créances de plein droit que ce soit par les équipements ou matériels employés dans l'exploitation de son activité, ses objets personnels ou encore d'autres biens pouvant être vendus pour la couverture du déficit existant dans la rubrique active.

¹¹⁵⁹ Jugement rendu par le Tribunal de commerce de Marrakech, n°02/2002. Publié.

¹¹⁶⁰ C.A, Casablanca, ordonnance n°33/18/67, le 20/06/2007, non publié.

▪ **La qualité du demandeur**

Comme pour toute action en justice, la demande d'extension doit être formulée par les personnes disposant de la qualité pour revendiquer cette extension.

En effet, à la différence du législateur français, qui a conféré cette qualité aux tribunaux, administrateurs, représentants des créanciers, liquidateurs ou ministère public, son homologue marocain a limité cette possibilité au tribunal ou au syndic¹¹⁶¹. Dans ce cadre se pose une question pertinente se rapportant à la possibilité de déclencher cette procédure par le ministère public.

Cette interrogation a pour fondement le fait que la procédure d'extension fait partie de l'ordre public, puisqu'en aucun cas le dirigeant ne peut être exonéré de la procédure d'extension s'il est établi de façon non équivoque, la commission de l'un des actes énumérés par l'article 708 du code de commerce et ayant entraîné la cessation de paiement.

Or, on constate que l'article 708 précité ne comporte pas le ministère public parmi les personnes habilitées à déclencher la procédure d'extension, mais uniquement le tribunal et le syndic. Le tribunal dans désigné est la juridiction de droit qui a déclenché la procédure initiale contre l'entreprise. Il en ressort que si le législateur avait voulu donner cette prérogative au ministère public, il aurait pu le faire expressément.

En effet, la lecture de l'article 708 nous permet de déduire que si la demande d'extension est formulée par quelqu'un d'autre que le syndic elle serait irrecevable vu qu'elle est formulée par une personne ne bénéficiant pas des qualités nécessaires.

▪ **Le tribunal compétent**

En raison de l'existence d'un rapport entre la procédure déclenchée à l'encontre de la société et celle ouverte à l'encontre du dirigeant social, le tribunal ayant ordonné l'ouverture de la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise est seul compétent pour rendre le jugement d'extension à l'encontre du dirigeant.

C'est ce qui résulte d'ailleurs de la lecture de l'article 703 du code de commerce qui dispose que « Le tribunal compétent pour prononcer les sanctions patrimoniales prévues au présent chapitre, est celui qui a ouvert la procédure ».

¹¹⁶¹ Art.708 du code de commerce édicte que : « Dans les cas prévus aux articles 704 à 706, le tribunal se saisit d'office ou est saisi par le syndic ».

Or, cette situation pose plusieurs problèmes juridiques. Bien que l'article 566 du code de commerce dispose que : « Est compétent le tribunal du lieu du principal établissement du commerçant ou du siège social de la société. Le tribunal qui a ouvert la procédure de traitement est compétent pour toutes les actions qui s'y rattachent. Est particulièrement considérée comme une action relevant de cette compétence, l'action se rapportant à l'administration de la procédure ou celle dont la solution requiert l'application du présent titre ». Et même si le juge semble sensible à toute extension de la compétence en faveur du tribunal de la procédure de traitement judiciaire de l'entreprise ; dès que le litige en question frôle les règles du livre V du code de commerce, celle-ci ne peut s'étendre à des actions dont la connaissance est dévolue, par nature, à une autre juridiction. Ainsi, les actions qui rentrent dans le champ de compétence des juridictions administratives à titre d'exemple ne peuvent être tranchées par le tribunal de la procédure¹¹⁶².

En France, il s'agit pour l'essentiel des oppositions contre les décisions du juge-commissaire. En effet, ce dernier agit en qualité de juridiction de premier degré pour bon nombre de matière relevant de sa compétence en période d'observation. Le tribunal est alors l'instance tranchant les recours contre les décisions de type juridictionnel émanant de cet acteur. Il en est ainsi en matière des mesures conservatoires telles que les oppositions des scellés ou la prescription d'inventaire. Au Maroc, le tribunal n'est pas compétent pour ce genre de recours, ce qui lui ôte une telle extension. Le recours est fait devant la Cour d'Appel de Commerce¹¹⁶³.

2- Les effets de l'extension de la procédure en difficulté au dirigeant

En tant que son action, l'extension de la procédure de traitement ou de liquidation judiciaire entraîne des effets à l'égard du dirigeant (2.1), du conjoint et des enfants (2.2) ainsi qu'à l'égard des tiers (2.3).

2.1- A l'égard du dirigeant

Dans le cas prévu dans l'article 704 du code de commerce¹¹⁶⁴, qui concerne le comblement du passif, le tribunal dispose d'un large pouvoir d'appréciation concernant la détermination des sommes que le dirigeant doit couvrir, tout en prenant en considération la gravité des actes commis et la liberté dont bénéficie le dirigeant.

¹¹⁶² A.CHRAIBI, *Le redressement des entreprises en difficultés au Maroc : état actuel et perspectives de réforme à la lumière du droit Français*, Thèse en vue d'obtention du grade de Docteur en Droit Privé, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah, Faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Fès, Soutenance le 23 avril 2018, p.331.

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ Art. *Précité*.

Ce qui est important dans ce cadre, c'est la situation financière du dirigeant et ses revenus personnels, avec lesquels le comblement du passif doit être proportionné, car la somme dû ne doit en aucun cas être supérieure du déficit existant dans l'actif¹¹⁶⁵.

Ainsi, en cas d'un jugement en comblement de toute ou partie du passif, ce dernier ne génère pas d'autres effets secondaires. Mais on peut être en présence de deux situations : soit il accepte d'exécuter le jugement soit il refuse.

Dans la 1^{ère} hypothèse, le dirigeant sera libéré dès l'exécution du jugement au paiement des sommes dues. Il ne peut dans ce cas demander la réalisation d'une compensation avec les sommes dont il est créancier vis-à-vis de la société. Mais il doit payer la somme à laquelle il est condamné et déclarer parallèlement ses dettes envers la société conformément à la procédure de déclaration des dettes¹¹⁶⁶.

« Dans le 2^{ème} cas, le refus d'exécuter donne lieu normalement à l'application des voies d'exécution forcée des jugements. Le refus d'exécution constitue, dans ce cas, le fondement de l'extension de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire aux dirigeants de l'entreprise¹¹⁶⁷.

D'abord, les dirigeants sont condamnés au paiement du passif social, ensuite, s'ils ne s'acquittent pas de leurs dettes, ils doivent être condamnés à l'extension de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

La procédure de mise en œuvre de cette sanction paraît ainsi extrêmement compliquée. La décision de condamnation doit être notifiée à la partie condamnée par l'agent du greffe chargé de l'exécution, c'est-à-dire aux dirigeants de l'entreprise. Ces derniers ont un délai de 10j à compter de la date de dépôt de la demande d'exécution pour acquiescer ou manifester leurs intentions.

Ensuite, l'agent d'exécution est tenu de dresser un procès-verbal de saisie-exécution ou un exposé des motifs l'en ayant empêché. La possibilité d'opérer une saisie-exécution sur les biens des dirigeants semble exclue : l'agent doit se contenter de mentionner les intentions des dirigeants.

¹¹⁶⁵ M.ESSARSAR, « La responsabilité des dirigeants d'entreprises dans la procédure de traitement des entreprises en difficultés », *op.cit.*, p. 496.

¹¹⁶⁶ Y.GUYON, « Droit des affaires », *op.cit.*, p. 423.

¹¹⁶⁷ Art. 705 du code de commerce édicte que : « *Le tribunal doit ouvrir une procédure à l'égard des dirigeants à la charge desquels a été mis tout en partie du passif d'une société et qui ne s'acquittent pas de cette dette* ».

Ainsi, en cas de refus de paiement, l'agent est supposé, le principe, aviser le syndic qui doit procéder au déclenchement de l'action en extension de la procédure. Toutefois, aucun texte n'exige expressément que l'agent chargé du greffe doive informer le syndic du refus des dirigeants de s'acquitter du jugement. En l'absence de cette information, le syndic sera, donc, dans l'impossibilité d'agir¹¹⁶⁸ ».

2.2- A l'égard du conjoint et enfant mineur

Portant un nombre non négligeable de dirigeants au cours de l'exercice de leur fonction, à chaque fois qu'il leur apparaît des signes de cessation des paiements, peut être tenté de dissimuler tout ou partie de son patrimoine par acquisition de biens meubles ou immeubles au nom de leur conjoint ou de leurs enfants mineurs.

Dans cette situation s'il est établi à leur encontre ce genre de comportement, ils sont dans l'obligation de réintégrer ces biens pour les joindre à l'actif de société et ce en application des dispositions du code de commerce où « *le syndic peut, en prouvant par tous les moyens que les biens appartenant au conjoint du débiteur ou à ses enfants mineurs ont été acquis avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif*¹¹⁶⁹ ».

2.3- En cas de confusion de patrimoine

Il se peut qu'on soit en présence de plusieurs entreprises créées par une ou plusieurs personnes.

Ces personnes peuvent recourir intentionnellement ou non à des transactions qui peuvent générer une confusion de patrimoines de telle sorte qu'il devient difficile de déterminer l'actif du passif d'une société parmi les autres. Il en est ainsi du paiement de dettes d'une société par les derniers des autres sociétés ou encore de l'exercice des activités qui se chevauchent à tel point qu'il devient difficile de distinguer l'actif et le passif de chacune des sociétés¹¹⁷⁰.

Dans ce cas, le tribunal, saisi de l'affaire doit étendre la procédure de redressement judiciaire aux autres entreprises en application des dispositions du code de commerce¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁸ En savoir plus sur <http://www.village-justice.com/articles/extension-procedure-dirigeants>.

¹¹⁶⁹ Art. 678 du code de commerce.

¹¹⁷⁰ M.ESSARSAR, « La responsabilité des dirigeants d'entreprises dans la procédure de traitement des entreprises en difficulté », *op.cit.*, p. 497.

¹¹⁷¹ Art. 570 du code de commerce édicte que : « *S'il se révèle que la procédure doit être étendue à une ou plusieurs autres entreprises par suite d'une confusion de leurs patrimoines, le tribunal initialement saisi reste compétent* ».

II-Les sanctions personnelles : la déchéance commerciales

Les sanctions civiles personnelles, faillite personnelle et la sanction atténuée¹¹⁷², l'interdiction de gérer, sont des mesures d'assainissement visant à éloigner du circuit économique le débiteur personne physique ou les dirigeants sociaux dont on estime qu'elles se sont rendues coupables de fautes¹¹⁷³. Les lois d'amnistie sont sans influence sur ces mesures. L'interdiction de gérer est une version démembrée et plus douce de la faillite personnelle¹¹⁷⁴.

On traite successivement le cas des dirigeants sociaux (a), ainsi que la mise en œuvre de la déchéance commerciale (b).

a- Le cas spécifique des dirigeants sociaux

Le code de commerce surtout dans son 5^{ème} livre distingue, au niveau des dispositions relatives à la déchéance commerciale, entre trois types de déchéances : celle qui touche les personnes physiques, celle à laquelle peut être soumis le dirigeant d'entreprise et celle qui peut frapper le dirigeant de société.

En application de l'article 714 du code de commerce¹¹⁷⁵ et l'article L.653-5 du livre VI du code de commerce français, le tribunal peut prononcer la faillite personnelle de toute personne mentionnée respectivement aux articles 706 du code de commerce et l'article L.653-1 du code de commerce français, contre lesquelles ont été relevé les faits suivants :

- Avoir exercé une activité commerciale, artisanale ou agricole ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi.
- Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds.

¹¹⁷² D.Vidal, Droit des procédures collectives, *op.cit*, p. 321.

¹¹⁷³ Art. L.653-1 à L.653-11 du code de commerce français.

¹¹⁷⁴ Le management des entreprises en difficulté financière, p. 76.

¹¹⁷⁵ Le législateur précise dans l'article 714 du code de commerce que : « A tout moment de la procédure, le tribunal doit se saisir en vue de prononcer, s'il y a lieu, la déchéance commerciale de tout dirigeant d'entreprise contre lequel a été relevé l'un des faits ci-après: 1) avoir exercé une activité commerciale, artisanale ou une fonction de direction ou d'administration d'une société commerciale contrairement à une interdiction prévue par la loi ; 2) avoir, dans l'intention d'éviter ou de 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 ; 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 le délai de quinze jours, la déclaration de l'état de cessation de paiements ; 5) avoir procédé, de mauvaise foi, au paiement d'un créancier au détriment des autres créanciers pendant la période suspecte ».

- Avoir souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants aux moments de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale.

Pour conclure cette section, il convient de dire que les dispositions de l'article 706 du code de commerce¹¹⁷⁶ sont considérées comme plus rigoureuses que celles de l'article 704 du même code¹¹⁷⁷.

En effet, s'il ne peut être revendiqué contre le dirigeant que le comblement d'une partie du passif dans le cadre de l'article 704 du code de commerce, il sera exposé en revanche à des peines plus sévères dans l'article 706 dudit code, entraînant l'ouverture de la procédure à son encontre et sa déchéance commerciale.

On se demande alors en quoi consiste cette sanction ? Quelles sont les conditions et conséquences de son application ?

En général, la déchéance désigne la perte d'un droit à titre de sanction ou en raison du non-respect de ses conditions d'exercice¹¹⁷⁸. Pour ce qui est de la déchéance commerciale, elle est définie par l'article 711 du code de commerce, et l'article L.653-8 du code de commerce français qui institue l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale et toute société ayant une activité économique. D'ailleurs, le dirigeant soumis à une telle sanction se trouve donc écarté de toute activité économique.

¹¹⁷⁶ Art. 706 du code de commerce édicte que : « En cas de redressement ou de liquidation judiciaire d'une société, le tribunal doit ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant contre lequel peut être relevé un des faits ci-après : 1) avoir disposé des biens de la société comme des siens propres ; 2) sous le couvert de la société masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ; 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 ; 4) avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société ; 5) 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 ; 6) avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la société ; 7) avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière ».

¹¹⁷⁷ Le législateur prévoit dans l'art. 704 du code de commerce 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'action 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 judiciaire. Les sommes versées par les dirigeants en application de l'alinéa premier entrent dans le patrimoine de l'entreprise et 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 ».

¹¹⁷⁸ Dictionnaire générale d'administration, éd. Paul Dupont, p. 158.

Ainsi, l'appréciation du délai prévu par l'article 714 du code de commerce¹¹⁷⁹ trouverait sa place dans les recommandations du projet de réforme marocain : Ainsi selon un jugement du tribunal de commerce de Casablanca « Attendu que, si le tribunal est compétent pour prononcer la déchéance contre le dirigeant pour non soumission de la demande d'ouverture de la procédure dans un délai de 15j à compter de la date de cessation de paiement, il le prononce le cas échéant, à condition que cette abstention soit fondée sur l'élément intentionnel d'une part, et en raison d'un intérêt personnel¹¹⁸⁰ ».

b- Mise en œuvre de la déchéance

Conformément aux dispositions de l'article 713 du code de commerce « A tout moment de la procédure, le tribunal doit se saisir en vue de prononcé s'il y a lieu, la déchéance commerciale de tout dirigeant commercial qui a commis l'un des actes mentionnés à l'article 706».

Il en résulte que la déchéance commerciale peut être prononcée en tant qu'une peine accessoire à celle de l'extension de la procédure de redressement ou liquidation judiciaire.

En plus des cas prévus par l'article 706 dudit code¹¹⁸¹, un autre est ajouté par l'article 715 du même code, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le dirigeant de la société refuse de s'acquitter de l'insuffisance d'actif mis à sa charge¹¹⁸².

Par ailleurs, pour ce qui est du pouvoir de juge en la matière, il convient de préciser qu'au même titre que l'extension de la procédure collective, le juge est compétent pour se prononcer sur l'opportunité d'appliquer la sanction de déchéance commerciale ou non..

Pour ce qui de la durée de la déchéance commerciale, le législateur l'a précisé dans l'article 719 du code de commerce¹¹⁸³, d'après la lecture de cet article, nous pouvons affirmer que le législateur a déterminé un minimum de la durée de déchéance commerciale qui ne peut être inférieur à 5ans. Au-delà de cette durée minimum, elle est laissée à la libre discrétion du juge

¹¹⁷⁹ Art. *Précité*.

¹¹⁸⁰ C.A. Casablanca, n°563/11/2005, le 11/11/2005, non publié.

¹¹⁸¹ V.*Supra*, p.306.

¹¹⁸² Art. 715 du code de commerce prévoit que : « *Le tribunal doit prononcer la déchéance commerciale du dirigeant de la société qui n'a pas acquitté l'insuffisance d'actif de celle-ci mise à sa charge* ».

¹¹⁸³ Le législateur a précisé dans l'article 719 du code de commerce que : « *Lorsque le tribunal prononce la déchéance commerciale, il fixe la durée de la mesure, qui ne peut être inférieure à 5ans. Il peut ordonner l'exécution provisoire de sa décision. La déchéance commerciale et l'incapacité élective qui en résulte, cessent de plein droit au terme fixé, sans qu'il y ait lieu au prononcé d'un jugement* ».

de fond. En France, la durée de la sanction de faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer ne comporte pas de minimum et enfermée dans un délai maximum de 15ans¹¹⁸⁴.

C'est ce qui confirmé 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 est expliqué ainsi : « ...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 qui existe entre les documents comptables et la réalité pratique des équipements de la société, prouve que son dirigeant, emploie l'actif social comme si c'était ses fonds personnels¹¹⁸⁵ ».

Mais, en dépit des éléments en commun à la procédure ouverte contre l'entreprise et à celle ouverte contre les dirigeants, ce qui laisse sous-entendre qu'il s'agit d'une unité de procédures, elles restent indépendantes et chacune dispose de ses propres organes, d'un actif et d'un passif ainsi que des débiteurs distincts.

Également, les solutions peuvent être divergentes en ce qui concerne la procédure à laquelle se trouve soumis le dirigeant et celle ouverte à l'encontre de la société. Il en est ainsi dans le cas où le tribunal décide l'arrêt du plan de continuation pour la société et la liquidation judiciaire à l'encontre du dirigeant.

III- Les sanctions pénales

Le dirigeant qui commet des infractions pénales dans le cadre de ses fonctions engage sa responsabilité pénale¹¹⁸⁶ lors de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une entreprise suite à une décision prise par le tribunal compétent. Le juge ne s'intéresse pas uniquement au sauvetage de l'entreprise d'un point de vue économique, mas également au fait que les dirigeants peuvent avoir commis des actes graves, ce qui entraine leur poursuite devant le tribunal de première instance¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁴ A.CHARIBI, *Le redressement des entreprises en difficulté au Maroc : état actuel et perspectives de réforme à la lumière du droit Français*, Thèse précitée, p.336.

¹¹⁸⁵ Tribunal de commerce de Casablanca, jugement n° 330/2001, Dossier n° 414/2001/10, le 19/11/2001, non publié.

¹¹⁸⁶ A.CHRAIBI, *Le redressement des entreprises en difficultés au Maroc : état actuel et perspectives de réforme à la lumière du droit Français*, Thèse pour l'obtention du Doctorat en sciences juridiques et politiques, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah, Fès, 2018, p.336.

¹¹⁸⁷ M.ALAMI MACHICHI, « Droit commercial fondamental au Maroc », p. 616 en arabe. V, également M.EL FAROUJI, « Entreprises en difficulté et les procédures judiciaires à leur traitement », éd. Série des études, 1^{ère} éd, 2005, p.345, Version arabe.

Ainsi, au cours de la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise, les dirigeants peuvent commettre plusieurs infractions : émission de chèque sans provision¹¹⁸⁸, usage de faux, abus de biens sociaux, banqueroute et les infractions qui lui sont annexées.

Nous allons mettre l'accent sur les infractions qui constituent des signes apparents de disparition et d'effondrement de la société et qui résultent de la mauvaise foi du dirigeant s'agissant de l'abus de biens sociaux (a), et les autres infractions en droit pénal des affaires (b).

a- L'abus de biens sociaux

Cette infraction consiste en l'usage abusif des biens, crédits, actifs et pouvoirs de la société. Ce qui constitue un comportement dangereux de nature à mettre en péril la vie et le futur de l'entreprise et à compromettre à l'ordre public économique et social qu'elle cherche à consolider¹¹⁸⁹. On traitera alors ses éléments constitutifs (1) ainsi que sa sanction (2) en droit marocain.

1- Les éléments constitutifs

Deux éléments seront examinés à ce niveau et d'une manière successive, l'élément matériel (1.1) et l'élément intentionnel (1.2).

1.1- L'élément matériel

L'élément matériel de cette infraction réside dans le concept d'usage des fonds de la société. Or au lieu que cet usage soit dans l'intérêt social, il donne lieu à des manœuvres frauduleuses employées par son auteur pour servir ses intérêts personnels, ce qui engendre un préjudice qui touche le patrimoine de la société.

C'est l'usage abusif qui est concernée par la pénalisation. En effet, le concept d'abus ici, revêt une acceptation plus large que celle de l'escroquerie et de la dissipation, qui caractérisent l'abus de confiance.

Il en ressort que l'application des dispositions de l'article 557 du code pénal¹¹⁹⁰ est prioritaire par rapport à l'article 384 de la loi 17-95 sur les SA quand l'abus des biens sociaux est

¹¹⁸⁸ A.ELHADRI, « Dissuasion bancaire en affaires des chèques », RMED, 2000, p. 51-66, Version arabe.

¹¹⁸⁹ M.KARIM, « L'infraction de l'usage abusif des biens sociaux en droit marocain de la SA », Revue de l'avocat, n° 39, Juillet 2001, Version arabe.

¹¹⁹⁰ L'art. 557 du code pénal édicte que : « Est coupable de banqueroute simple et puni de l'emprisonnement de trois mois à trois ans, tout commerçant en état de cessation de paiement qui a : 1° Soit par son train de vie, par des jeux ou des paris,

aggravé en application de l'article 376 dudit loi qui dispose que « *Les dispositions pénales de la présente loi ne sont applicables que si les faits qu'elles répriment ne peuvent pas recevoir une qualification pénale plus grave en vertu des dispositions du code pénal* ».

Cependant la loi sur la SA exige que l'usage des biens sociaux soit contraire à l'intérêt économique de la société et que cet abus dans l'intérêt personnel et qu'il expose cette dernière à des dangers.

1.2- L'élément intentionnel

La faute intentionnelle est une faute dolosive. En effet l'élément intentionnel, dans le cadre de cette infraction se subdivise en deux types d'intention qui décrivent chez le délinquant, autant d'état d'esprit de gravité croissante.

Ainsi, on distingue entre le dol général et le dol spécial. Le dol général qui manifeste une mauvaise intention. Dans ce cas le délinquant veut non seulement l'acte causal du dommage mais également le résultat dommageable lui-même. C'est l'étalon de la culpabilité.

En revanche le dol spécial a été signalé par le législateur dans l'article 384 de la loi 17-95 sur les SA en disposant « *...à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement* ». Dans le même sens, la cour d'appel de Montpellier a condamné un dirigeant de société pour l'abus des biens sociaux à des fins personnelles et au détriment des fonds de l'entreprise¹¹⁹¹.

2- La sanction

Comme on a déjà prévu, la sanction de cette infraction est prévue par l'article 384 de la loi 17-95 sur les SA, elle est d'un mois à six mois et est prévue une amende de 100.000 à 1.000.000DH ou l'une des deux peines.

On constate ainsi une aggravation dans la politique pénale pécuniaire de cette infraction qui peut atteindre un million de centimes consacrée par le législateur comme sanction applicable aux sociétés, en outre la sanction par l'amende prévue par l'article 439 de la même loi contre

engagé des dépenses jugées excessives; 2° Soit dépensé des sommes élevées, dans des opérations de pur hasard ou dans des opérations fictives de bourse ou sur marchandises; 3° Soit, dans l'intention de retarder la constatation de la cessation de ses paiements, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou, dans la même intention, employé des moyens ruineux de se procurer des fonds; 4° Soit payé, après cessation de ses paiements, un créancier au préjudice des autres; 5° Soit déjà été déclaré deux fois en faillite lorsque ces deux faillites ont été clôturées pour insuffisance d'actif; 6° Soit omis de tenir une comptabilité; 7° Soit exercé sa profession contrairement à une interdiction prévue par la loi ».

¹¹⁹¹C.A. de Montpellier, n° 12-0519, 13/03/2014, et l'arrêt, de la Cour de cassation, n° 11-88241, le 07/11/2012, publiés sur le site web : www.legifrance.gouv.fr.

les dirigeants d'une SAS faisant appel public à l'épargne, cette amende peut atteindre 2.000.000DH pour que la peine prévue à l'article 384 dudit loi affecte tous les dirigeants, qu'ils soient de fait ou de droit.

b- Autres infractions en droit pénal des affaires

A ce stade, on met l'accent sur la banqueroute (1) dans un 1^{er} niveau, avant d'échafauder les infractions et responsabilités externe à l'entreprise dans un 2^{ème} niveau (2).

1- La banqueroute

La doctrine revendiquait¹¹⁹² dans le cadre de l'ancien code de commerce, la nécessité de réunir les infractions de banqueroute et les peines qui les répriment plutôt que de les éparpiller entre le droit commercial et le droit pénal, ce qui a pour effet leurs répétitions et des risques de contradiction en ce qui concerne la condamnation et la sanction.

Le nouveau code de commerce de 1996 a mis l'accent dans l'article 722¹¹⁹³ sur les sanctions du banqueroutier, son complice et les dirigeants de droit et de fait des sociétés cotés en bourse des valeurs. En ce qui concerne les autres articles, ils s'intéressent au tribunal compétent ainsi qu'à la détermination des règles de procédures. En revanche, les articles du code pénal¹¹⁹⁴ consacrent l'infraction de la banqueroute, notion qui désigne certains actes commis en période de difficultés d'entreprises.

C'est ce qui a été souhaité par le législateur français avec la loi de 2005, dans un sens de réorganisation du déroulement du volet proprement judiciaire dans sa confrontation avec le droit commun et le particularisme des procédures collectives. Le droit commun est attaché à la qualité de la procédure et au respect des droits individuels, alors que la procédure collective ne peut ignorer le rythme de l'entreprise et donc le besoin de rapidité¹¹⁹⁵. Dans une approche de contentieux objectif emportant par le biais des principes de rang législatif, le maintien du rythme de la procédure collective au détriment des intérêts contradictoires en présence.

¹¹⁹² C.SBAII, *Système de la faillite*, 1974, p. 302.

¹¹⁹³ Art.722 du code de commerce prévoit que : « *La banqueroute est punie de un an à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 10.000 à 100.000 dirhams ou d'une de ces deux peines seulement. Encourent les mêmes peines, les complices de banqueroute, même s'ils n'ont pas la qualité de dirigeants d'entreprise. La peine prévue au premier alinéa est portée au double lorsque le banqueroutier est dirigeant, de droit ou de fait, d'une société dont les actions sont cotées à la bourse des valeurs* ».

¹¹⁹⁴ V. Les articles entre 556 et 569 du code pénal.

¹¹⁹⁵ D. Vidal, *Droit des procédures collectives*, *op.cit.*, p. 338.

Or, le dirigeant ou l'entreprise en difficulté ne peut être considéré comme auteur de l'infraction que si cette difficulté est liée à une négligence ou déréliction, ce que justifie l'application des peines prévues au code pénal, consacrant l'infraction de banqueroute « notion qui demeure employée par le code de commerce » dans les articles du 556 à 569, pour désigner certains actes commis en période des difficultés d'entreprise.

Cela dit, si le code de commerce se contente de prévoir les actes qualifiés de banqueroute sans en définir le concept, le code pénal quant à lui distingue entre la banqueroute simplifiée et la banqueroute frauduleuse et considère que cette dernière est la commission par le commerçant en cessation de paiement intentionnellement ou par négligence d'actes punissables, préjudiciables aux intérêts de ses créanciers.

En effet, le législateur distingue entre la banqueroute simplifiée (1.1) et la banqueroute frauduleuse (1.2).

1.1- La banqueroute simplifiée

La banqueroute simplifiée ou par négligence est déterminée par l'article 557 du code pénal¹¹⁹⁶. Par ailleurs, les dispositions de l'article 721 du code de commerce commencent par souligner la condamnation au délit de banqueroute en cas d'ouverture de la procédure de traitement des difficultés à l'encontre des personnes visées à l'article 702 contre lesquelles a été relevé d'un des faits ci-après : 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, avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif de débiteur ; avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur ; avoir tenu une 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'obligation.

Pour ce qui est des sanctions, l'article 722 du code de commerce prévoit une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans et une amende ou l'une des deux peines seulement. Ces sanctions sont portées au double pour les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne.

¹¹⁹⁶ Le législateur précise dans l'art. 557 du code pénal que : « Est coupable de banqueroute simple et puni de l'emprisonnement de trois mois à trois ans, tout commerçant en état de cessation de paiement qui a : 1° Soit par son train de vie, par des jeux ou des paris, engagé des dépenses jugées excessives; 2° Soit dépensé des sommes élevées, dans des opérations de pur hasard ou dans des opérations fictives de bourse ou sur marchandises; 3° Soit, dans l'intention de retarder la constatation de la cessation de ses paiements, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou, dans la même intention, employé des moyens ruineux de se procurer des fonds; 4° Soit payé, après cessation de ses paiements, un créancier au préjudice des autres; 5° Soit déjà été déclaré deux fois en faillite lorsque ces deux faillites ont été clôturées pour insuffisance d'actif; 6° Soit omis de tenir une comptabilité; 7° Soit exercé sa profession contrairement à une interdiction prévue par la loi ».

1.2- La banqueroute frauduleuse

Est coupable de banqueroute frauduleuse tout commerçant en état de cessation des paiements qui a soustrait sa comptabilité, détourné ou dissipé tout ou partie de son actif ou qui, soit dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signatures privées, soit dans son bilan, s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas¹¹⁹⁷.

Il en résulte que la fraude constitue un élément essentiel de l'infraction de banqueroute frauduleuse et à la différence de la banqueroute simplifiée le législateur exige un dol pénal spécial qui vise à nuire aux intérêts des créanciers.

S'agissant des sociétés, l'article 562 du code pénal¹¹⁹⁸ détermine les personnes passibles de cette infraction.

Pour ce qui est de la sanction, le code pénal dans son article 561 punit l'auteur de banqueroute frauduleuse de l'emprisonnement de 2 à 5ans. En outre, le coupable peut être frappé pour 5ans au moins et 10ans au plus de l'interdiction d'un ou plusieurs des droits mentionnés à l'article 40 du code pénal¹¹⁹⁹.

Or, il convient de signaler que le code de commerce n'a pas explicitement fait référence à cette infraction. Toutefois, selon la lecture de l'article 721 dudit code¹²⁰⁰, nous pouvons dire que les dispositions de son 1^{er} alinéa sont les mêmes que celles prévues à l'article 557¹²⁰¹ relatives à la banqueroute simplifiée alors que celles des alinéas 2,3 et 4 se rapportent à l'infraction de la banqueroute frauduleuse.

Ce qui nous pousse de dire que l'application des dispositions de l'article 722 du code de commerce reste prioritaire vu qu'il s'agit d'un texte récent.

¹¹⁹⁷ Art. 561 du code pénal édicte que : « Est coupable de banqueroute frauduleuse et puni de l'emprisonnement de deux à cinq ans, tout commerçant en état de cessation de paiement qui a soustrait sa comptabilité, détourné ou dissipé tout ou partie de son actif ou qui, soit dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signatures privées, soit dans son bilan, s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas. Le coupable peut, en outre, être frappé pour cinq ans au moins et dix ans au plus de l'interdiction d'un ou plusieurs des droits mentionnés à l'article 40 du présent code ».

¹¹⁹⁸ Art. 562 du code pénal prévoit que : « En cas de cessation de paiement d'une société, sont punis des peines de la banqueroute frauduleuse les administrateurs, directeurs ou liquidateurs d'une société anonyme, les gérants ou liquidateurs d'une société à responsabilité limitée et d'une manière générale, tous mandataires sociaux qui, frauduleusement, ont soustrait les livres de la société, détourné ou dissimulé tout ou partie de son actif ou qui, soit dans les écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signatures privées, soit dans le bilan, ont reconnu la société débitrice de sommes qu'elle ne devait pas ».

¹¹⁹⁹ D'après l'article 40 du code pénal que : « Lorsqu'ils prononcent une peine délictuelle, les tribunaux peuvent, dans les cas déterminés par la loi et pour une durée d'un à dix ans, interdire au condamné l'exercice d'un ou de plusieurs des droits civiques, civils ou de famille visés à l'article 26 ».

¹²⁰⁰ Art. Précité, p.282.

¹²⁰¹ Art. Précité, p.305.

2- Des infractions et responsabilité externes à l'Entreprise

On traitera successivement la responsabilité externe à l'entreprise (2.1) et les infractions similaires (2.2).

2.1- La responsabilité externe à l'entreprise

Une jurisprudence s'est installée depuis 1976, posée par la loi de 1985 du fait de la reconnaissance d'une responsabilité civile d'une partenaire du débiteur en difficulté¹²⁰² qui a été la cause du dépôt de bilan ou qui en aggravé les conséquences, sur le fondement juridique de l'article du code civil français. Un principe général du système juridique qui s'applique bien d'avantage en droit des affaires qu'en droit civil proprement dit avec bien entendu une mise en œuvre, supposant que soient établis : le fait générateur, un préjudice et une causalité entre l'un et l'autre.

En matière de responsabilité des créanciers, la législation française a fait une distinction entre eux et les autres partenaires de l'entreprises, de façon que lors de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les créanciers ne puissent 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 si les garanties prises en contreparties de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci¹²⁰³.

Ainsi, l'article L.650-1 du nouveau code de commerce fera couler beaucoup d'encre, et 'on peut s'attendre à un feu nourri d'appréciations très diverses avant qu'une jurisprudence soit fixée¹²⁰⁴. Pour l'heure, on devra se limiter à quelques observations simples. Il a été, et il sera beaucoup souligné que le texte représente un régime d'exonération, certes partielle, mais par nature choquante. Le principe même d'une exonération de responsabilité heurte un certain nombre de principes. D'ailleurs cette disposition du texte a d'ailleurs été soumise au contrôle du conseil constitutionnel.

2.2- Les infractions similaires

Il existe des infractions commises par des personnes autres que le banqueroutier. Il s'agit des directeurs, gérants, liquidateurs, mandataires, créanciers, familles de banqueroutiers et personnes extérieures à l'entreprise.

¹²⁰²D. Vidal, Droit des procédures collectives, *op.cit*, p. 356.

¹²⁰³C.Cass, Ch. Com, 30 juin 2015, n° de pourvoi : 14-19119.

¹²⁰⁴D. Vidal, Droit des procédures collectives, *op.cit*, p. 311. Note de R.ROUTIER.

En effet, tout gérant, directeur, ou liquidateur, en sa qualité de représentant de l'entreprise sera poursuivi du chef de banqueroute s'il commet l'un des actes pénalement réprimés en application de l'article 702 du code de commerce¹²⁰⁵.

En outre, tout mandataire ou syndic qui, de mauvaise foi dissipe ou détourne l'argent sera puni par des peines prévues par l'article 547 du code pénal, relatif à l'abus de confiance¹²⁰⁶.

Il en est de même pour ce qui est des créanciers qui sont passibles de sanctions prévues pour la banqueroute simplifiée en cas de commission de l'un des actes prévues par l'article 565 du code pénal¹²⁰⁷.

Pour ce qui est de la famille de l'auteur : le conjoint, les descendants ou ascendants du débiteur ou ses parents ou alliés jusqu'au 4^{ème} degré inclusivement, ils seront punis des peines de banqueroute, si, sans avoir agi de complicité avec l'auteur, ont détourné, diverti ou recélé des biens meubles susceptibles d'être compris dans l'actif de la faillite¹²⁰⁸.

Ainsi, le législateur réprime les personnes en dehors de l'entreprise, soit pour leur complicité de banqueroute frauduleuse, soit la commission des actes sanctionnés par la loi. Le code pénal réprime ces personnes entant que des complices de l'auteur principal abstraction faite de leurs qualités.

Par ailleurs, l'étude de la jurisprudence de la Cour de Cassation, permet de dire que les arrêts en rapport avec l'infraction de banqueroute sont nombreux, particulièrement ceux rendues dans la période qui a précédé l'entrée en vigueur du code de commerce.

¹²⁰⁵ L'art.702 du code de commerce édicte que : « 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 ».

¹²⁰⁶ Le législateur prévoit dans l'article 547 du code pénal que : « Quiconque de mauvaise foi détourne ou dissipe au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, soit des effets, des deniers ou marchandises, soit des billets, quittances, écrits de toute nature contenant ou opérant obligations ou décharges et qui lui avaient été remis à la condition de les rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, est coupable d'abus de confiance et puni de l'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200240 à 2.000 dirhams. Si le préjudice subi est de faible valeur, la durée de la peine d'emprisonnement sera d'un mois à deux ans et l'amende de 200241 à 250 dirhams sous réserve de l'application des causes d'aggravation prévues aux articles 549 et 550 ».

¹²⁰⁷ V. l'art. 565 du code pénal qui précise que : « Le créancier qui a stipulé, soit avec le débiteur, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse, est puni des peines prévues à l'article précédent ».

¹²⁰⁸ Le législateur mentionne dans l'art. 564 du code pénal que : « Le conjoint, les descendants ou ascendants du débiteur ou ses parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement qui, sans avoir agi de complicité avec lui, ont détourné, diverti ou recélé des biens meubles susceptibles d'être compris dans l'actif de la faillite, sont punis de l'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200248 à 3.000 dirhams ».

Dès l'entrée en vigueur du nouveau code, la Cour de Cassation avait rendu un arrêt¹²⁰⁹, affirmant que selon les dispositions du code pénal¹²¹⁰ « Sont punis de la banqueroute simple, les administrateurs, directeurs ou liquidateurs d'une société anonyme, les gérants ou liquidateurs d'une société à responsabilité limitée et d'une manière générale, tous mandataires sociaux qui, en vue de soustraire tout ou une partie de leur patrimoine aux poursuites de la société en état de cessation de paiement ou à celle des associés ou des créanciers sociaux ont, de mauvaise foi, détourné ou dissimulé tout ou partie de leurs biens, ou qui frauduleusement reconnus débiteurs des sommes qu'ils ne devaient pas et l'intention de nuire aux droits des créanciers avec la détermination de la date de cessation de paiement ».

Egalement la Cour de cassation¹²¹¹ a considéré récemment que l'arrêt de la cour d'appel était juste et suffisamment motivé lorsqu'elle a qualifié les actes d'escroquerie, de complicité et de tentative de dissimulation des choses séquestres comme étant la banqueroute frauduleuse prévue à l'article 561 du code pénal¹²¹².

Dans un autre arrêt¹²¹³ la Cour de Cassation a considéré les procès du suspect « sa femme et sa fille » comme auteurs de banqueroute frauduleuse ayant produit devant la justice des créances fictives dans la faillite du suspect, par lettre de changes irréelles prouvant qu'elles sont des créancières du débiteur, ce qui constitue des actes sanctionnés par les peines prévues en application de l'article 563 du code pénal¹²¹⁴.

En effet, à travers les décisions jurisprudentielles émanant soit des Cours d'appel ou la Cour de Cassation, on peut dire que les tribunaux répressifs appliquent toujours les dispositions du code pénal pour distinguer la banqueroute simplifiée et la banqueroute frauduleuse et appliquent les sanctions prévues par le même code, même si le code de commerce consacre des peines plus sévères.

¹²⁰⁹ Cass. Crim, Arrêt n°3/1166, le 12 avril 1999, Dossier Criminel, n°27353/99, publié dans la revue des jurisprudences de la Cour Suprême, n°57-58, p. 357.

¹²¹⁰ Art.560 du code pénal.

¹²¹¹ Cass. Crim, n°22380/6/3/05, Le 28 mars 2007, non publié.

¹²¹² Le législateur criminalise et punit dans cet article « Le commerçant en cessation de paiement qui a souscrit sa comptabilité, détourné ou dissipé tout ou partie de son actif ou qui, soit dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit dans son bilan, s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qui ne devait pas ».

¹²¹³ Cass. Crim, n° 22378/6/3/05, le 28/03/07, non publié.

¹²¹⁴ L'art. 563 du code pénal édicte que : « Sont punies des peines de la banqueroute frauduleuse : 1° Les personnes convaincues d'avoir, dans l'intérêt du débiteur, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles, à moins que le fait ne constitue un des actes de complicité prévus à l'article 129; 2° Les personnes convaincues d'avoir frauduleusement produit des créances fictives dans la faillite, soit en leur nom, soit par interposition de personnes; 3° 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 prévus à l'article 561; 4° Les personnes exerçant la profession d'agent de change ou de courtier en valeurs reconnues coupables de banqueroute même simple ».

De plus la Cour de Cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette question dans les deux cas d'espèces précédents par exemple, parce que le pourvoi en cassation n'a pas été formulé par le ministère public pour que la Cour de Cassation puisse trancher la question en déterminant le texte qui doit recevoir application, comme elle la fait concernant l'émission du chèque sans provision.

En somme, il paraît que les sanctions pénales infligées aux dirigeants sociaux dans ces principales hypothèses, incriminent des comportements d'une extrême gravité, qui caractérisent des atteintes volontaires à des dispositions ou à des principes légaux en matière de gestion.

Conclusion de la deuxième partie

La multiplication des incriminations s'est fort logiquement accompagnée de leur dégradation qualitative. En étant érigé en gendarme systématique du droit des sociétés, le droit pénal a perdu une partie des garanties qui lui sont en principe attachées : cela apparaît nettement au regard de la définition trop souvent allusive des comportements réprimés, de l'admission permissive de l'intention délictuelle requise ou encore des importantes disparités existant dans le domaine d'application de chaque infraction.

La conséquence naturelle de ce trop-plein pénal ne pouvait être que l'ineffectivité et l'inadaptation des infractions prévues. Un grand nombre des incriminations existantes n'ont, semble-t-il jamais fondé la moindre condamnation. Elles ne sont guère plus que des sentinelles endormies du droit des affaires au cœur du désert des Tartares. Mais même inappliquées, les textes répressifs demeurent gros de dangers éventuelles, et cette menace non désamorcée qui plane en permanence sur les acteurs du droit des sociétés constitue un archaïsme facteur de sclérose. Seule trouve véritablement à s'appliquer l'abus de biens sociaux qui constitue l'essentiel des condamnations prononcées. De vrai cette exception est éloquente, elle montre que l'excès du droit pénal a finalement ruiné l'efficacité d'ensemble du système.

C'est donc la croyance en une régulation efficace du droit des sociétés par le recours massif au droit pénal qui tend à s'effondrer. C'est pourquoi une réflexion d'ensemble s'impose alors sur le redéploiement de la sanction en droit des sociétés. L'examen de l'évolution législative des dernières décennies conduit à souligner la place certaine faite à l'inflation pénale et l'illusion entretenue par appel à la dépénalisation.

L'apport du droit comparé est donc précisément de démentir le mythe de législations dont l'efficacité ne serait que peu redevable à l'autorité de la sanction pénale. La cause de cette opinion est peut-être liée à l'influence du droit Américain qui se distingue effectivement par une relative sous pénalisation de son droit des sociétés comparativement à la plupart des autres législations ; mais là encore, la situation exige d'importantes nuances : les règles fédérales remédient largement au laxisme de certains Etats fédérés en ce domaine. Si l'on poursuit l'analyse pour d'autres pays Common Law, force est de constater que le droit pénal occupe une place importante, voire considérable comme mode de sanction des

règles sociétales, ce qui tend à démentir l'a priori les considérant comme libéraux en la matière.

Que ce soit au niveau interne ou international, force est de constater que derrière la médiatisation savamment orchestrée de cette prétendue dépenalisation, on ne trouve en réalité que des mesures ponctuelles, limitée et timides, imposées par certains groupes de pression et certainement pas une forte volonté politique soucieuse du bien commun, et ayant pour objectif une reconstruction globale des institutions et une défense de l'intérêt général. Ainsi, le Maroc n'a jamais érigé la dépenalisation en politique, elle a toujours été considérée comme un outil de travail, comme un moyen et non comme une fin. Il apparaît en effet que la dépenalisation fait l'objet d'une certaine instrumentalisation qui répond à des considérations purement pragmatiques. La dépenalisation est en effet un instrument souple d'adaptation du droit pénal à l'évolution sociale ou de régulation des dysfonctionnements du système.

De plus l'étude de la dépenalisation montre que le mouvement ne va pas dans le sens d'un retrait du pénal aux contraire d'un maintien voir même d'un phénomène plus insidieux de pénalisation.

Donc on peut dire que la dépenalisation est une entreprise périlleuse qui implique une évaluation prévisionnelle précise de sa postérité, c'est la raison pour laquelle les dépenalisations qui interviennent ne sont en réalité souvent que la remise en adéquation du droit avec une évolution sociale confirmée de longue date.

Conclusion générale

Au terme de cette étude, on peut dire que la réglementation de l'activité économique est accompagnée d'un foisonnement de sanctions pénales, trouvant leur fondement légal soit dans le code pénal général, soit dans des normes spéciales.

Qualitativement, les infractions réprimées sont mal définies en leurs trois éléments constitutifs. Quantitativement, une certaine d'infractions répriment des comportements très divers, souvent anodins et pour lesquels la nécessité d'une sanction pénale n'apparaît pas justifiée. La large inefficacité du droit pénal des sociétés est connue.

On peut certes encore s'attacher à croire que le faible nombre de condamnations marque la réussite de la prévention voulue¹²¹⁵ mais il faut bien plus vraisemblablement y voir l'échec partiel du dispositif pénal mis en place. Toutefois, si le dispositif est peu efficace, il n'en est pas moins riche d'effets pervers potentiels, conséquence de la sanction pénale de prescriptions qui n'appellent qu'une sanction civile.

Eu égard à ces déficiences, la question se pose naturellement de l'opportunité de la répression pénale en droit des sociétés. La réponse se développe à un double niveau, externe et interne. Une approche comparatiste offre des enseignements nuancés. Si le droit pénal occupe une place non négligeable dans de nombreuses législations sociétaires, notamment dans des pays connus pour leur libéralisme économique, la sanction des comportements répréhensibles au sein des sociétés s'opère largement par des voies civiles. Il ressort globalement de ces solutions un recours moins marqué à la sanction pénale et corrélativement une place plus grande de la responsabilité civile. D'autre part, au regard des exigences et de ressources du droit interne, il apparaît que l'emploi de la sanction pénale, justifié dans son principe, se doit être mesuré. La considération de ces observations doit logiquement conduire à un recul de l'importance des dispositions pénales d'où le redéploiement de la sanction pénale.

Pour utile qu'elle soit, l'analyse critique serait stérile si l'on ne cherchait à pallier les griefs énoncés. Une analyse constructive s'impose afin de déterminer quelles pourraient être les voies de la réforme du droit pénal des sociétés.

Cette redéfinition des contours du droit pénal des sociétés marquerait l'inauguration d'une politique criminelle plus cohérente et aussi plus réaliste. Elle aurait pour effet de

¹²¹⁵ J.LARGUIER et PH.CONTE, *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} éd., Armand Colin 2004, n°5 et 338.

réduire considérablement le nombre d'infractions aujourd'hui prévues et de concerner la répression sur les actes mus par une véritable intention frauduleuse, les seuls qui appellent une sanction rigoureuse et systématique.

Cette thèse aborde de nombreuses questions touchant aux évolutions des sanctions en droit des sociétés, et ; il faut le reconnaître, aux évolutions des sanctions plus généralement. Il doit sembler au lecteur arrivé à son terme, qu'elle laisse de problèmes en suspens qu'elle n'en résout vraiment. Mais n'est-ce pas le sort de tout chercheur que de fatalement se trouver confronté à une multitude de questions dès qu'il pense en avoir résolu une ?

L'humilité ne doit toutefois pas confiner à la capitulation, c'est pourquoi il nous semble important de ne pas refermer la thèse par une simple conclusion, mais d'émettre des propositions à l'adresse de la pratique et du législateur. Celles-ci se bornent à reprendre des évolutions souhaitables que nous avons fait ressortir tout au long de ces pages.

Les propositions formulées concerneront donc quelques axes de réflexions pour l'administration de la politique répressive. Ces dernières qu'on a essayé de formuler elles visent à consolider les opérateurs économiques mais aussi assurer une meilleure prévisibilité, proportionnalité et transparence de sanction.

- Le regroupement de l'ensemble des infractions ainsi que leurs sanctions dans un code appelé code pénal des affaires.

- La nécessaire redistribution des pouvoirs entre les autorités de régulations et la justice répressive : Les relations entre les autorités de régulation et justice pénale ne sont toujours pas cohérentes en matière de régulation répressive des pouvoirs privés économiques.

- L'adoption d'une politique pénale adoptée au contexte économique marocain et bien sûr ouverte sur l'expérience étrangère : les rédacteurs des lois commerciales doivent surtout prendre en considération les spécificités de l'environnement et du contexte marocain. La logique c'est de prendre en considération certaines dispositions qui aideraient à une meilleure application des nouvelles lois, telles : une formation plus poussée de juges en matières de droit des affaires...

- L'amélioration du rôle répressif du ministère public des tribunaux de commerce contre la délinquance d'affaire : il est vrai que la loi qui régit les juridictions commerciales a conféré au ministère public des tribunaux de commerce des fonctions modernes qui prennent en considération la réalité socio-économique de l'entreprise en tant que cellule vivante et porteuse de la richesse.

En effet, les dispositions juridiques relatives au droit des entreprises en difficultés donnent à ce ministère public un droit de contrôle et de suivi judiciaire conformément aux articles 563 et 727 du code de commerce soit comme partie principale ou jointe¹²¹⁶.

Cependant, cette nouvelle conception à approuver est en décalage par rapport à sa fonction traditionnelle qui consiste à requérir l'application de la loi pénale et à poursuivre les auteurs des infractions. Le cadre actuel de la législation paraît trop étroit pour permettre au parquet du tribunal de commerce d'exercer convenablement son rôle répressif. Le grand écart s'est élargi par la mise en œuvre de certaines dispositions. Dans ce sens, le Dahir n°1-98-118 du 22-09-1998 modifiant la loi n°1-74-338 fixant l'organisation judiciaire dispose dans son article 20 alinéa 3 « *Les procureurs du roi près les tribunaux de 1^{ère} instance ont autorité sur leur substituts ainsi que sur les agents du greffe chargés du service pénal ou exerçant dans ces juridictions les fonctions de secrétaires de parquet ou des fonctions comptables. Ils dirigent dans leur circonscription l'activité des officiers et agents de police judiciaire. Les procureurs de Roi près les tribunaux de commerce exercent leur autorité sur leurs substituts ainsi que sur le personnel chargé des fonctions de secrétaires du parquets* ».

Cette réforme empêche le parquet près les tribunaux de commerce de coordonner avec la police judiciaire afin de traquer des délinquants d'affaire.

La position tournante du législateur est tout à fait discutable car il faudrait au contraire adopter des réformes qui renforcent l'encadrement juridique de la police judiciaire avec le parquet du tribunal de commerce. D'une part, pour assurer une meilleure sécurité juridique des relations commerciales par rapports à la loi, d'autre part, la direction des activités de la police judiciaire par un autre parquet spécialisé permettrait de désengorger les juridictions pénales et d'améliorer la direction des actions de la police.

■ La nécessaire spécialisation des magistrats en droit pénal économique : le déficit de la justice répressive en matière de droit pénal économique pourrait être aisément comblé par la spécialisation des magistrats en matière économique. Les efforts sont déjà en vue dans ce sens. Cette spécialisation est d'autant plus importante aujourd'hui que les infractions économiques sont généralement commises à la faveur de la déréglementation et de la mondialisation, mais surtout de la concentration des activités de production, de distribution et de service entre les mains des groupes. Cette spécialisation permettrait au juge répressif de

¹²¹⁶ Art 6 et suivants du code de procédure civile.

reprendre son rôle dans le contentieux répressif impliquant les pouvoirs privés économiques et de veiller à l'application des principes même du droit pénal et des caractères de l'action publique.

■ Développer de la coopération et l'entraide judiciaire : de même, l'accent devrait aussi être mis sur la coopération et l'entraide judiciaire entre les différents systèmes judiciaires pour une poursuite efficiente des infractions reprochées aux pouvoirs privés économiques.

L'existence d'un droit pénal harmonisé ne suffit pas, la difficulté majeure semble se trouver sur le terrain du recueil des preuves dans le contexte des infractions mettant en relation plusieurs fors. L'entraide judiciaire pourrait donc se développer à cet effet tant au niveau international que régional. Mais à l'épreuve de la réalité cela risque d'être une tâche ardue.

Aujourd'hui la vie des affaires mérite un système juridique équilibré résultat d'une justice mesuré entre le droit pénal et solution alternative.

Bibliographie

I- OUVRAGES GENERAUX

BLAISE (J.B), *Droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution*, Manuel LGDJ 3ème éd., 2002.

CARBASSE (J.M) : *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, P.U.F, 2000

CARBONNIER (J) : *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22^e éd., P.U.F, 2000

CONSTANTIN (L) et GAUTRAT (A) : *Traité de droit pénal et matière de sociétés*, éd. A. Rousseau 1937.

CONTE (Ph) et JEANDIDIER (W) : *Droit pénal des sociétés commerciales*, Litec, 2004

CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2003

COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (FI) : *Droit des sociétés*, 17^e éd., Litec, 2004

DAVID (R) et JAUFFRET-SPINOSI (C) : *Les grand systèmes de droit contemporains*, 11^e éd. ; Précis Dalloz 2002

DELMAS-MARTY (M) et GIUDICELLI-DELAGÉ (G) : *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., refondue, P.U.F, 2000

DEMOGUE (R) : *Traité des obligations en général*, t.6, 1931

DINTILHAC (J.P), *La pénalisation de l'activité économique et financière*, In « la justice pénale face à la délinquance économique et financière », Dalloz, 2001.

DUVOULOUX-FAVARD (C) et GARCIN (C) : *Droit pénal des affaires*, Lamy, 2004

FARJAT (G), *L'ordre public économique*, L.G.D.J, 1963.

FARJAT (G), *Droit économique*, P.U.F, Thémis, 1982.

FRISON-ROCHE (M.A), *Avant propos de « Les enjeux de la pénalisation de la vie économique »*, Dalloz, 1997.

GAZZANIGA (J-L) : *Introduction historique au droit des obligations*, P.U.F, 1992

GHESTIN (J) et GOUBEAUX (G) avec la participation de FABRE-MAGNAN (M) :
Traité de droit civil, Introduction générale, 4^e éd., L.G.D.J.1994

GUYON (Y) :

- *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, t.1,12^e éd., Economica, 2003
- *Traité des contrats, sous la direction de J.GHESTIN, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., L.G.D.J, 2002

HAMEL(J) : *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, Etude de droit commercial*, Dalloz 1955

HAMEL(J), LAGARDE(G)et JAUFFRET (A) : *Droit commercial*, t. I, vol, 2, sociétés, 2^e éd., Dalloz, 1980

HAURIOU (M) : *Principes de droit public*, éd.L.Larose et L.Tenin 1910

JEANDIDIER (W) : *Droit pénal des affaires*, 5e éd., Précis Dalloz 2003

JEANTIN (M) : *Droit des sociétés*, 3^e éd., Montchestien 1994

LARGHIER (J) et CONTE (Ph) : *Droit pénal des affaires*, 11^e éd., Armand Colin 2004

LE CANNU (P) : *Droit des sociétés*, 2^e éd., Montchrestien 2003

LEFEBVRE (Editions F) : *Dirigeants de sociétés commerciales*, 2^e éd., Francis Lefebvre 2002

LE TOURNEAU (Ph) : *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2004/2005

MERCADAL (B), JANIN (Ph), CHARVERIAT (A) et COURET (A) : *Droit des affaires, Sociétés commerciales*, Memento pratique Francis Lefebvre 2004

MERLE (Ph) avec la collaboration de FAUCHON (A) : *Droit commercial, sociétés commerciales*, 9^e éd., Précis Dalloz 2003

MERLE (R) et VITU (A) : *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, t.1, 7^e éd., Cujas 1997

MESTRE (J), VELARDOCCHIO (D) et BLANCHARD-SEBASTIEN (B) : *Sociétés commerciales*, éd. Lamy 2004

RASSAT (M-L) :

- *Droit pénal général*, 2^e éd., P.U.F, 1999
- *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, 4^e éd., Précis Dalloz, 2004

RIPERT (G) : *Traite élémentaire de droit commercial*, t.I, par R.ROBLOT, 5^e éd., L.G.D.J, 1963

RIPERT (G) et ROBLOT (R) : *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t, I, vol.2, par M.GERMAN, 18^e éd., L.G.D.J, 2002

ROBERT (J-H) : *Droit pénal général*, 5^e éd., P.U.F, 2001

ROBERT (J-H) et MATSOPOULOU (H) : *Traité de droit pénal des affaires*, P.U.F, 2004

ROLAND (H), BOYER (L) et STARCK (B) : *Introduction au droit*, 5^e éd., Litec 2000

ROUBIER (P) : *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Sirey 1951

STEFANI (G), LEVASSEUR (G) et BOULOC (B) : *Droit pénal général*, 18^e éd., Précis Dalloz 2003

TOUFFAIT (A), ROBIN (J), AUDURAU (A), LACOSTE (J) : *Délits et sanctions dans les sociétés*, 2^e éd., Sirey 1973

VERON (M) : *Droit pénal des affaires*, 5^e éd., Armand Colin 2004

VITU (A) : *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, 6^e éd., Cujas 1982

II- OUVRAGES SPECIAUX

AMBOISE-CASTEROT (C) : *Droit pénal spécial et des affaires*, Gualino, Lextensoéditions, 4^e éd., 2014.

ANTONA (J.P) et COLIN (P) et LENGART (F), *La responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires*, Dalloz, 1996.

ARISTOTE : *Etique de VOMAUQUE*, GF Flammarion 1992

BECCARIA (C) : *Des délits et des peines*, préf. R. BADINTER, GF-Flammarion 1991.

BENTHAM (J) :

- *Traité de la législation civile et pénale*, 1802
- *Théorie des peines et des récompenses*, 1811

CARBONNIER (J) :

- *Essai sur les lois*, Defrénois 1979
- *Flexible droit*, 10^e éd., L.G.D.J, 2001

CARVAL (S) : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf.G.VINEY, L.G.D.J, 1995

CUTAJAR (C) : *Blanchiment d'argent ;prévention et répression*,éd LEFEBVRE Francis,2016.

CORNU (G) : *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, 8e éd., P.U.F, 2000

COURET (A) et LE CANNU (P) : *La société par actions simplifiées*, éd. GLN Joly, 1994

DAURY-FAUVEAU (M) : *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*,CEPRISCA,PUF,2009.

DELMAS-MARTY (M) :

- *Le flou du droit*, P.U.F, 1986
- *Les grands systèmes de politique criminelle*, P.U.F, 1992
- *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica 1983

FERRI (F) : *La sociologie criminelle*, Paris 1893

FOUCAULT (M) : *Surveiller et punir*, Tel Gallimard 1975

FREUD (S) : *Totem et tabou*, Petite bibliothèque Payot 1983

GAILLARD (Emile) : *La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, 2^e éd., Sirey 1934

GAILLARD (Emmanuel) : *Le pouvoir en droit privé*, Economica 1985

GIBIRILA (M) : *Le dirigeant de société*, Litec 1995

HERZOG-EVANS (M) : *Droit de l'application des peines*, Action DALLOZ, 2005-2006.

LA LAZRAC(R) : *Le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc*, 1997

LARGUIER (J), CONTE (P) : *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} éd, A. Colin 2008.

LEFEBVRE (F) : *Abus de biens sociaux*, éd LEFEBRE Francis, 2016.

LE CANNU (P) : *La société anonyme à directoire*, préf. J. DERRUPPE, L.G.D.J, 1979

LEPAGE(A) et MAISTRE DU CHAMBON(P) et SALOMON(R) : *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, 4^{ème} éd, 2015.

MONTEIRO(E), *L'essentiel du droit pénal des affaires*, Gualino, 1^{ère} éd, 2016.

MONTESQUIEU :

- *De l'esprit des lois*, in Œuvres complètes, t, II, La Pléiade, Gallimard
- *Lettres persanes*, in Œuvres complètes, t, I, La Pléiade, Gallimard

PASCAL (B) : *Second discours sur la condition des grands*, fr. 81, in Œuvres complètes, t, II, Lettres, opuscules, La Pléiade, Gallimard

POELEMANS (M) : *La sanction dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du système répressif de l'union européenne*, Préface de LABAYLE Henri, L.G.D.J Paris, 2004

POTHIER : *Traité du contrat de société*, Œuvres complètes, t. V, Siffrein 1821

RENUCCI (J-F) : *Le délit d'initié*, *Que sais-je* n° 2989, P.U.F, 1995

RIPERT (G) :

- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., L.G.D.J, 1951
- *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., L.G.D.J, 1949
- *Le déclin du droit*, L.G.D.J, 1949

RIVIERE (H-F) :

- *Explication de la loi du 17 juillet 1856 relative aux sociétés en commandite par action*, Marescq et Dujardin 1857
- *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, Marescq 1868

ROLAND (H) et BOYER (L) : *Adages du droit français*, 4^e éd. Litec 1999

SCHMIDT (D) : *Les conflits d'intérêts dans la sociétés anonyme*, éd, Joly 1999

SEALY (L-S) : *Droit des sociétés, in Droit anglais*, sous la direction de J-A.JOLOWICZ, 2^e ed., Précis Dalloz 1992

SOUAIDI(M) : *Comprendre et connaître le droit pénal des affaires au Maroc*,Collection Livresouaidi,1ère éd,2016.

SPIRE(A) et WEIDENFELD(K) : *Des erreurs ou des fraudes ?Le sens des sanctions en matière fiscale*,Ceraps,2014.

TUNC (A) :

- *Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica 1985
- *Le droit anglais des sociétés anonymes*, 4^e éd., Economica 1997

VERON (M) :

- *Droit pénal des affaires*,5ème éd,Collection Compact,2004.
- *Droit pénal des affaires*,9ème éd,M1 et M2,Dalloz,2011.

VIANDIER (A) :

- *La notion d'associé*, pré.F.TERRE, L.G.D.J, 1978
- *Sociétés et loi NRE : les réformes de la loi « nouvelles régulations économiques »*, éd. F.Lefebvre 2001

VIDAL (J) : *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, le principe Fraus omnia corrumpit*, Dalloz 1957.

III- THESES ET MEOIRES

AMZAZI (M) : *Etude du principe de légalité de la répression en droit pénal économique*, Thèse Paris 1978.

ATALLAH (N) : *L'assainissement du monde des affaires par le droit pénal*,Thèse en droit,Université de Paris I,Panthéon Sorbonne,2006.

BALDES (O) :

- *La légitimité du droit pénal dans le monde des affaires*, Mémoire de Master II-Recherche matière pénale, Université Paul Cézanne Aix-Marseille 3, Faculté de droit et de sciences politiques, 2007-2008.
- *La sanction professionnelle en droit pénal des affaires : contribution à une théorie générale de la sanction*, Thèse en droit, Aix-Marseille, 2012

BARBERGER (C) : *De la criminalité apparente*, Thèse, Lyon III, 1981.

CHRAIBI (A) : *Le redressement des Entreprises en Difficultés au Maroc : état actuel et perspectives de réforme à la lumière du droit Français*, Thèse de doctorat, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah, Fes, 2018.

DORNAUX (M-H) : *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, Thèse de doctorat, Université René Descartes, Paris V, L.G.D.J, 2005.

EZZIYANI (N) : *La faute de gestion et responsabilité du dirigeant des sociétés*, Thèse de doctorat, Université Sidi Mohammed Ben Abdellah, Fes, 2017.

GROSCLAUDE (L) : *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Thèse en Droit, Paris I, 1997.

HUGUENEY (L) : *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse Dijon, 1904.

KOLB (P) : *Recherches sur l'ineffectivité des sanctions pénales en droit des affaires*, Thèse, Poitiers, 1993.

LEGROS (R) : *L'élément moral dans les infractions*, Thèse Bruxelles 1952.

MAATOUK (S.E) : *La responsabilité des personnes morales en droit marocain « contenu et portée d'un droit pénal spécial »*, Thèse en Droit Privé et Sciences Criminelles, Université de Perpignan, Faculté internationale des droits d'Afrique francophone, 2004.

M-H. DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, Thèse de doctorat, Université René Descartes, Paris V, L.G.D.J, 2005

MORELON (P) : *La répression pénale des abus de biens sociaux et des abus du crédit des sociétés depuis le code pénal de 1810*, Thèse en droit, Université de Paris XIII-Val de Marne, 1998.

REBUT (D) :

- *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Thèse Lyon III, 1993.
- *La dépenalisation en droit des affaires*, Mémoire de recherche, Master 2, Paris II, 2008.

ROCHE.PIRE (E) : *La sanction en droit pénal des affaires : Etude juridique et criminologique*, Thèse en droit, Université de LILE II, 1980.

SAHRANE (L) : *Le droit des affaires entre la pénalisation et la dépenalisation*, Thèse en droit privé, Université sidi mohammed ben abdellah, 2015.

SOHN (B.H) : *Le processus de dépenalisation en droit pénal contemporain*, Thèse en droit, Université Paris I, Panthéon Sorbonne, 2005.

STARCK (B) : *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse Pais, 1997.

IV- ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS

ALAOUI (F) : « Le droit international des affaires : Une discipline devenue incontournable », Rev. marocaine d'administration locale et de développement, n° 107, Nov-Déc, 2012.

AJMI (B-H-H) : « De quelques aspects de droit pénal dans le code des sociétés commerciales : liquidation et groupe de sociétés », Rev, Session de formation sur le code des sociétés commerciales, Tunis, 2004.

AMF :

- « Gouvernement d'entreprise et contrôle interne : obligations de publication des émetteurs faisant appel public à l'épargne », Rev, mens, de l'AMF 2004, n° 1, p.39.
- Rapport 2004 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne, 13 janv, 2005.

AMZAZI (M) : « Responsabilité pénale des sociétés en droit marocain » Revue juridique politique et économique du maroc, Rev.Sem, N°17, 1985.

ANCEL (M) : « La septième conférence internationale pour l'unification du droit pénal », Rev.sc.crim.1938, p.278

BADINTER (R) : « Les ambitions du législateur, in les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises » RTD com, 1986.

BARBIERI (J-F) : « Morale et droit des sociétés, in la morale et le droit des affaires », Acte du colloque organisé par le Centre de droit des affaires de l'Université des sciences sociales de Toulouse le 12 mai 1995, Montchrestien 1996.

BEL HAJ (H.A) : « De quelques aspects de droit pénal dans le code des sociétés commerciales :Liquidation et groupe de sociétés »,Session de formation sur le code des sociétés commerciales,2004.

BENILLOUCHE (M) : « La poursuite des personnes morales »,Collection CEPRISCA,PUF,p.17,2009.

BERTREL (J-P) :

- « Intérêt de la société en commandite par actions » , BRDA 30 nov.1990
- « Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », RTD com, 1996
- « Vers un renouveau de la société en commandite par actions ? » Banque 1986

BERARD (P) :

- « Connaissance de l'actionnariat », RJ com, 1990
- « Face-à-face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise, in Splendeurs et misères du gouvernement d'entreprise », Colloque d'Amiens du 21 mars 2003, organisé par le DESS de droit des affaires de l'Université de Picardie et le CEPRISCA, P.A. du 12 févr.2004

BIRD (H), CHOW (D), LENNE (J), RAMSAY (L) : « ASIC Enforcement Patterns, Center for Corporate, Law », Melbourne University 2003.

BOULOC (B) :

- « Faut-il réformer le droit pénal des sociétés ? » Rev.sociétés 2000,
- « La dépenalisation dans le droit pénal des affaires », D. 2003 ? chron.

- « La liberté et le droit pénal », Rev.sociétés, 1989
- « Le dévoiement de l'abus de bien sociaux », RJ com.1995
- « Le droit pénal des sociétés », in La modernisation du droit des sociétés, premières réflexions sur le rapport MARINI, GLN Joly 1997
- « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », Rev.sc.crim.1995
- « Qualité d'actionnaire et droit pénal, in Qu'est-ce qu'un actionnaire ? » Actes du colloque du centre de recherches de droit des affaires et de l'économie de l'Université de Paris I, des 14 et 15 avril 1999, Rev.sociétés 1999.

BRESSON (J-J de) : « Inflation des lois pénales et législations ou réglementations « techniques » », Rev.sc.crim.1985

CALAIS-AULOY (M-T) : « La dépénalisation en droit des affaires », D.1988, chron.

CARBONNIER (J) :

- « La peine décrochée du délit », in Mélanges LEGROS, Bruxelles 1985
- « Morale et droit », in Flexible droit, 8^e éd., L.G.D.J, 1995

CARDASCIA (G) : « La place du talian dans l'histoire du droit pénal à la lumière des droits du Proche-Orient ancien », in Mélanges DAUVILLIER, Toulouse 1979.

CAUSSAIN (J-J) :

- « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français, in Le devoir de loyauté en droit des affaires », Actes du colloque du 28 octobre 1999, Gaz Pal. Du 3 au 5 décembre 2000
- « Le gouvernement d'entreprise et les sociétés cotées, in La réforme des sociétés commerciales », Actes du colloque, Gaz Pal, du 10 octobre 1998, doct.

CONAC (P.H) : « La place des sanctions en droit européen des affaires », Acte du colloque organisé le 3 octobre 2008 par le centre d'études et de recherches en droit des affaires et des contrats(CERDAC),Paris,2008

CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport sur la décriminalisation*, 1980, p. 17.

CONSTANTIN (A) : « De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux », RJDA, 2003.

CONTE (Ph) :

- « Du particularisme des sanctions, in Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise », IXe Congrès de l'Association française de droit pénal, Economica 1989.
- « La banqueroute, un exemple des ambiguïtés de la dépenalisation », Dr.pénal 2000, Hors série.

COULON (J.M) : « La dépenalisation de la vie des affaires »,Rapport au garde des Sceaux,ministre de la justice ,2008.

COURET (A) :

- « Groupements de moyens et pactes léonins », Bull, Joly 1992
- « Innovation financière et règle de droit ». D.1990
- « L'abus et le droit des sociétés », Dr, et patrimoine 2000, n° 83
- « La loi sur les nouvelles régulations économiques, la régulation du pouvoir dans l'entreprise », JCP 2001, éd. E,1660
- « La prévention des conflits d'intérêts, nouveau régime des conventions », RJDA 4/02.
- « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées » : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton, Bull, Joly 2002,1126
- « Le gouvernement d'entreprise (la cororaite governance) », D.1995, chron
- « Morale, éthique et financement in la morale et le droit des affaires », Acte de colloque organisé à l'Université des sciences sociales de Toulouse le 12 mai 1995, par le centre de droit des affaires, Montchrestien 1996.
- « Rapport de synthèse, Splendeurs et misères du gouvernement d'entreprise », Colloque d'Amiens du 21 mars 2003, organisé par le DESS de droit des affaires de l'Université de Picardie et le CEPRISCA, P.A, du 12 févr.2004.
- « La responsabilité pénale en droit du travail :vers un nouvel équilibre entre personnes physiques et personnes morales », Collection CEPRISCA,PUF,p.101,2009.

COSSON (J) : « L'inflation pénale dans la loi française sur les sociétés commerciales », Rev.intern, dr,pén.1987

CUSSON (M) : « Le sens de la peine et la rétribution », RI crim, et pol, techn,1985

DEAKIN (S) : « Economic effects of criminal and civil sanctions in the context of company law », Research note for the DTI Company law review, 2000

DE BEER (P) : « 145 milliards de dollars d’amende pour les cigarettiers américains », Le Monde, 16-17 juillet 2000.

DEBOISSY (F) : « Le droit des sociétés : l’expérimentation de la panoplie des sanctions », Acte du colloque organisé le 3 octobre 2008 par le centre d’études et de recherches en droit des affaires et des contrats (CERDAC), Paris, 2008.

DELMAS-MARTY (M) :

- « Criminalisation et infractions financières », économiques et sociales, Rev.sc.crim.1977
- « La criminalité d’affaires », Rev.sc.crim, 1974
- « La « matière pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, flou du droit pénal », groupe de recherche Droit de l’homme et logique juridique, Rev, sc.crim, 1987.
- « L’enjeu d’un Code pénal, Réflexion sur l’inflation des lois pénales en France », in Mélanges offerts à R.LEGROS, éd. de l’Université de Bruxelles 1985
- « Les conditions de rationalité d’une dépenalisation partielle du droit pénal de l’entreprise », in Bilan et perspectives du droit pénal de l’entreprise, IX Congrès de l’association française de droit pénal, Lyon 26-28 novembre 1987, Economica 1989.
- « Pour les principes directeurs de législation pénale », Rev.sc.crim.1985.

DERRIDA (F) : « La dépenalisation dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation des entreprises », Rev.sc.crim.1989

DERRUPPE (J) : « La réforme des sociétés commerciales », Gaz.Pal, 1996, doct.

DESPORTES (F) et LE GUNEHEC (F) : « Responsabilité pénale, Élément moral de l’infraction », J-Cl.Pénal.

DUCOULOUX –FAVARD (C) :

- « Arrêt Carignon : un vrai-faux revirement ? » D.affaires 1997, n° 42
- « Notes de leçon sur le contrat social », D.1997, chron.

EL BAKKARI (R) : « Le droit des affaires au Maroc : Genèse d’une discipline nouvelle et indépendante à l’aube du 21^e siècle », Rev. Du Droit marocain, n° 26, janvier, 2015.

EL IDRISSE (A) :

- « Droit pénal des affaires » : L'abus de biens sociaux dans la jurisprudence », Rev marocaine des contentieux, n°10-11, 2010
- « Droit pénal des affaires » : Réflexions sur la banqueroute par détournement ou dissimulation d'actif », Rev. Marocaine de droit des affaires et des entreprises, Rev semestrielle, n°16, Mai, 2009.
- « La répression de la délinquance d'affaires : le rôle passif des ministères publics près les tribunaux de commerce », Rev MOUHAKAMA, Avril, 2010.
- « Le droit pénal boursier : Les problèmes de la répression du délit d'initié, Rev du droit marocain, n°14, Avril 2009.

ESMEIN (P) :

- « L'administration des sociétés anonymes d'après la loi du 16 novembre 1940 », Gaz.Pal.1940,2,90.
- « Peine et réparation », Mélanges en l'honneur de P.ROUBIER, t.2, Dalloz& Sirey,1961

EXPOSITO (M) : « L'évolution du droit pénal français des affaires », Rev. Dix années de droit des Entreprises au Maroc, Actes de Colloque International organisé par l'Institut du Management et du Droit de l'Entreprise (IMADE), 2007.

GERMAIN (M) :

- « De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévue par l'article 360 de la loi de 1966 », Bull, Joly, 1992
- « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », Rapport de synthèse, in La responsabilité civile des dirigeants sociaux, Colloque du 16 décembre 2002, organisé par le DESS de juristes d'affaires de l'Université René Descartes (Paris V), Rev. sociétés 2003

GROUPE DE RECHERCHE DROITS DE L'HOMME ET LOGIQUES JURIDIQUES : « La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal », Rev.sc.crim.1987.

GUYON (Y) :

- « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », Pouvoirs 1990, n° 55
- « La fraternité dans le droit des sociétés », Rev.societes,1989

- « La société anonyme, une démocratie parfaite ? » in Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Ch.GAVALDA, Dalloz 2001.

HASCHKE-DOURNAUX (M) :

- « Les voies de la réforme du droit pénal des sociétés », Bull.July 2003
- « Les sanctions dans la loi de sécurité financière, in La loi de sécurité financière », par le Centre de recherche en droit financier de l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), P.A, n° spécial du 14 novembre 2003
- « L'accélération de la dépenalisation du droit des sociétés, Bulletin d'actualité Lamy Sociétés Commerciales, n° 168, Mai, 2004.

HOUIN (R) et GORE (F) : « La réforme des sociétés commerciales », D.1967 chr.

INSTITUT MONTAIGNE : « Mieux gouverner l'entreprise », mars 2003, éd, Institut Montaigne.

JEANDIDIER (W) :

- « Abus de confiance », J-Cl, Pénal, Art 314-1 à 314-4
- « Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », J.CL. Sociétés Traité, Fasc.132-20.
- « Délit de distribution de dividendes fictif », J.CL Sociétés Traité, Fasc. 147-60.
- « Délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle », J.CL, Sociétés Traité, Fasc.147-40.
- « Infractions aux règles de constitution et d'augmentation de fonds social », J-CL. Sociétés Traité, Fasc.125-20
- « L'art de dépenaliser : l'exemple du droit des sociétés, in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit », Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT, Dalloz 2005.
- « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose, un Une certaine idée du droit », Mélanges offerts à André Decocq, Litec 2004.

JAOUHAR (M) : « Lectures dans le droit pénal marocain des affaires : cas du droit pénal des sociétés anonymes »,Acte du Colloque International organisé par l'Institut du Management et du Droit de l'Entreprise (IMADE), les 20 et 21 avril 2007, Rev. Dix années de Droit des entreprises au Maroc, sous la direction de Larbi Abbas : 2d., Imade, 2007. P.105-108

JEANTIN (M) : « Droit des obligations et droit des sociétés », in Mélanges L.BOYER, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse 196.

LAABAL (A-W) : « Le droit pénal des affaires : état des lieux et perspectives », Rev. Almilaf, Rev semestrielle, n° 20, Fév, 2013. Version Arabe.

LEBER (M) : « La responsabilité des dirigeants de la société anonyme allemande », RDAI/IBLJ 1996

LE CANNU (P) :

- « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in Mélanges BEZARD, Montchrestien, 2003.
- « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », Bull.Joly 1995
- « Le principe de contradiction et la protection des dirigeants », Bull,Joly 1996
- « Les apports à une SARL et la libération du capital dans une société à capital variable », Rev. sociétés 2001.
- « L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même », Rev. sociétés 1996
- « Pour une évolution du droit des sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance », Bull.Joly,2000

LEGROS (A) : « La nullité des décisions des sociétés », Rev, sociétés 1991

LE TARNEC (C) : « Le régime nouveau des sociétés commerciales », Gaz.Pal.1996, doct.

LE TOURNEAU (Ph) : « Existe-il une morale des affaires ? in La morale et le droit des affaires », Actes du colloque de l'Université des sciences sociales de Toulouse du 12 mai 1995, Montchrestien 1996.

LRVASSER (G) :

- « Le problème de la dépenalisation », APC, 1983, Rapport de synthèse, Bilan et perspective du droit pénal de l'entreprise,1989.
- « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », D.1959, chron

LIBCHABER (R) : « La société, contrat spécial, in Prospectives du droit économique », Mélanges M.JEANTIN, Dalloz 1999.

LUC (I) : « La responsabilité des personnes morales en droit de la concurrence », Collection CEPRISCA, PUF, p.119, 2009.

LUCAS (F-X) : « Commentaire de la loi NRE », Dr, sociétés 2001, n° spécial août-sept.

MAATOUK (M.J) : « Amende contre prison : L'impossible équilibre du droit des sociétés anonymes », l'Economiste, éd. n° 1222, 2002.

MALABAT (V) : « Droit pénal et droit des affaires : raisons et évolutions d'un lien traditionnel », Acte du colloque organisé le 3 octobre 2008 par le centre d'études et de recherches en droit des affaires et des contrats (CERDAC), Paris, 2008.

MARGHICH (A) : « Codification du droit des affaires ; L'expérience marocaine », Rev de droit et d'économie, Décembre 2009, p.75-91.

MARINI (P) :

- « La place de la norme législative en matière de gouvernement des entreprises, in Splendeurs et misères du groupement d'entreprise », Colloque d'Amiens du 21 mars 2003, organisé par le DESS de droit des affaires de l'Université de Picardie et le CEPRISCA, P.A, du 12 février, 2004
- « Rapport au premier Ministre, La modernisation du droit des sociétés », La Documentation française 1996.

MARTY (J-P) : « Les délits matériels, » Rev.sc.crim, 1982.

MASCALA (C) :

- « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux », Cah, dr, entr, 2001, n°3
- « Vers une dépenalisation des infractions d'affaires ? une réalité ? » D'affaires 1998

MASON (A) : « Corporate law : the challenge of complexity », Aust, Jour, Corp.L, 1992

MATSOPOULOU (H) :

- « Brèves réflexions sur la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », Rep, sociétés Dalloz, cahiers d'actualité, 2004-3.
- « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », Rev, sociétés, 2004
- « Le nouveau code de commerce et le droit pénal des sociétés », D.2001, chron

MAYAUD (Y) : « La justice pénale dans le monde des affaires », Libre propos sur une crise d'autorité, Justices 1995.

MERLE (Ph) : « Faut-il vraiment créer un troisième type de direction des sociétés anonymes en France ? » Bull.Joly.2000

MESTRE (J) : « L'égalité en droit des sociétés », Rev. sociétés 1989.

MINISTRE DE LA JUSTICE, GROUPE DE TRAVAIL présidé par J. M. COULON, « La dépenalisation de la vie des affaires », Rapport au garde des sceaux, La documentation française, 2008, p. 3.

NAUDE (S-J) : « The need of a new legal form of small businesses, For modern business law », 1982/5.

OUAHMANE (L) : « Le droit pénal marocain des affaires :situations actuelle et état des lieux »,Rev de Droit pénal des affaires,N°31,2009.

OUERFELLI (A) : « La vraie réforme du droit des sociétés a bien eu lieu »,Rev de la jurisprudence et de la législation,N°7,51ème année,juillet 2009.

OULEHRI (N) :

- « Introduction à l'étude du droit pénal spécial des affaires », Rev. Marocaine de droit des affaires et des entreprises, n° 2, Mai, 2003
- « Le rôle effectif du parquet dans la poursuite des infraction au droit des affaires devant les juridictions de commerce », Rev, marocaine de droit des Affaires et des Entreprises, n°5, mai 2004.

PAILLUSSEAU (J) :

- « Le droit moderne et la personnalité morale », RTD civ.1993
- « Les fondements du droit moderne des sociétés », JCP 1984, I, 3148
- « Sociétés par actions simplifiées, la non responsabilité pénale des dirigeants personnes morales », D.2001

RAPPORT DE COULON Ce rapport consacré à « *La dépenalisation de la vie des affaires* » confié par l'ancienne garde des Sceaux Rachida DATI le 4 octobre 2007 à Jean-Marie COULON, premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris, a été remis le 20 février

2008. Il est la conséquence d'une allocution prononcée le 30 août 2007 par l'ancien Président de la République Française N.SARKOZY lors de l'Université d'été du Mouvement des entreprises de France, dans laquelle il exprimait le souhait de lutter contre une pénalisation excessive du droit des affaires.

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LA DEPENALISATION DE LA VIE DES AFFAIRES, Présidé par J.M.COULON, Remis à Mme le garde des Sceaux, Ministre de la justice, Février 2008.

RAPPORT D'INFORMATION ASSEMBLEE NATIONALE n° 1270 du 2 décembre 2003, Auditions 1^{ère} partie, p.25.

RAPPORT AU PREMIER MINISTRE ; où PH. MARINI, affirme que « *l'accumulation des propositions de réformes (de la loi de 1966) est impressionnante et témoigne d'une insatisfaction croissante* », cité dans, « La Modernisation du droit des sociétés », , Collection des rapports officiels, La documentation française, Paris, 1996., p. 10.

RAPPORT M. MATHIEU, présenté au Corps législatif le 3 mai 1867, cité par H.F. RIVIERE, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, op. cit., appendice*, p. 555.

REBUT (D) :

- « V° Abus de bien sociaux », Rep.pén.Dalloz
- « V° Infractions pénales », Rep. sociétés, Dalloz
- « Les sanctions pénales et la gestion des sociétés, in Où en est la dépenalisation dans la vie des affaires ? » Actes du colloque organisé à La Baule les 15 et 16 juin 2001, RJ com.2001, n° spécial

ROBERT (J-H) :

- « Application ou non application de la règle non bis in idem entre les sanctions pénales, civiles et administratives », APD 1984
- « Dépenalisation saupoudrée », Dr. sociétés 2003, chron

RONTCHEVSKY (N) :

- « Droit des sociétés : le mouvement perpétuel », D.2002

- « Les conditions de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales à la lumière de la jurisprudence récente », RJDA 3/1998

SAHRANE (L) : « La dépenalisation du droit des sociétés : mythe ou réalité ? », La tribune juridique, Rev semestrielle des études et de recherches juridiques et jurisprudentielles, N°4, Avril 2013

SAINTOURENS (B) : « Dépenalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires », Acte du colloque organisé le 3 octobre 2008 par le centre d'études et de recherches en droit des affaires et des contrats (CERDAC), Université Montesquieu-Bordeaux IV, Litec LexisNexis, Paris, 2008.

TOUBON (J) : « Introduction aux enjeux de la pénalisation de la vie économique, in Les enjeux de la pénalisation de la vie économique », Dalloz 1997

TUNC (A) : « La rémunération des dirigeants de sociétés », Le rapport Greenbury et la réponse de la bourse, RID comp, 1996.

TRANSPARENCY MAROC (2008), Rapport moral,

VAN DE KERCHOVE (M) :

- « Les phénomènes de dépenalisation et leur hétérogénéité », Revue internationale de criminologie et de police technique 1986
- « Réflexion analytiques sur les concepts de dépenalisation et de décriminalisation », RIEJ (Revue interdisciplinaire d'études juridiques) 1984.

VATINET (R) : « Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés : vers une « contre – réforme » de l'entreprise ? » Dr.soc.1997

VIANDIER (A) : « Le droit des sociétés, demain », JCP 2000, éd.E, Aperçus rapides

VILLEY (G) : « Des délits et peines dans la philosophie du droit naturel classique », APD 1983, t,28

VITTU (A) : « La complicité par abstention », Rev.sc.crim.1990, chron.

V- LES TEXTES DE LOIS

LOI n° 17-95 Relative aux sociétés anonymes

DAHIR n° 1-08-18 du 17 jourmada I 1429 (23 mai 2008) portant promulgation de la loi n° 20-05 modifiant et complétant la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes

DAHIR n° 1-96-124 portant promulgation de la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes modifié et complété par les lois 81-99, 23-01, 20-05 et 78-12.

LOI n° 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation

DAHIR n°1-13-21 du 13 mars 2013 relatif à l'autorité marocaine du marché des capitaux (AMMC) et aux informations exigées des personnes morales faisant appel public à l'épargne qui a été modifié et complété par la loi 23-01, la loi 36-05 et la loi 44-06 qui sanctionne l'ensemble des délits boursiers

LA LOI n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

Le code pénal marocain

Le code de la procédure pénale marocaine

Le code de commerce marocain

Le code civil français.

Le Dahir des obligations et des contrats

VI- WEBOGRAPHIE

www.transparencymaroc.org.

www.coran-francais.com/coran-francais-sourate-7-0.html.

www.droitentreprise.com

[www. Statégie-aims.com](http://www.Statégie-aims.com)

www.village-justice.com/articles/extension-procedure-dirigeants.

www.legifrance.gouv.fr.

INDEX ALPHABETIQUE

« Les chiffres renvoient aux numéros de pages »

A

Abus de biens sociaux : p : 11-77-88-150-164-171 et s-190-208-221 et s-237-247-272-278-279-291-329-330-339.

Abus de confiance : p : 9-25-187-207-227-237-245-268-272-273-278-293-330.

Action civile : p : 138-149-159-160-161-173-174-176-243

Action pénale : p : 170-244-247-263.

Action publique : p : 159-160-161-169-170-171-174-228-243-244-245-246-344.

Amende : p : 6-18-20-37-50-57-70 et s- -80 et s -94-96-98-101 et s-171-191-195-196-235-238-240-244-253-255-267-268-269-270-271-272-283-290-293-300-302-304-305-306-331-333.

Arbitrage : p : 168-297.

Associés :p : 11-13-17-26-29-37-38-39-43-47-48-75-86-88-104 -113 et s-120-121-122-126-134-135-136-137-138-147-153-155-162 et s-172-173 et s -188-200-214-216-222-235-248-249-256-257-263-268-270-283-293-317-337.

Autorités : p : 39-63-67-118-248-261-299-342.

B

Banqueroute : p : 176-307-329-331 et s.

C

Capital social : p : 41-69-71-72-73-84-85-94-126-149-173-192-205-235-236-240-261-270.

Certificatdedépositaire : p : 72-305.

Classement sans suite : p : 246-247.

Commissaires aux comptes : p : 74-82-84-91-167-195-306.

Complicité : p : 73-75-89-90-91-92-93-130-300-301-336-337.

Concurrence : p : 202-205-218-241-243-251.

Confiance : p : 9-21-25-26-115-187-198-207-227-237-245-249-268-272 et s-289-293-301-330-336.

Conseil constitutionnel : p : 287-335

Contrat : p : 38-49-53-83-86-87-90-119-120-140-144-145-193-214 et s- 220-224-228-229-249-260-261-262-272-293.

Convention : p : 54-140-278-301-302-346-355-356-357.

D

Décriminalisation : p : 294 et s.

Déjudiciarisation : p : 295-297.

Délinquant : p : 6-16-37-85-91-210-249-280-288-331-343.

Délit : p : 7-9-16-22-25-31-32-33-44-70 et s-80-83-84-88-90et s-100-102-110-136-155-156-157-160-171 et s-182-190-196-199-207-209-223-226 et s-230- et s-240 et s-271 et s-280-285-295-296.

Dépénalisation : p : 12 et s- 21-23-64-110-112-182-183-185-186-198-220-232 et s- 241 et s-251256-259-260-294-295 et s-303-304-339-340.

Diligence : p : 48-86-115-127-255

Dirigeant de droit : p : 146 et s

Dirigeant de fait : p : 124-146-152 et s.

Dissolution : p : 9-10-27-38-68-84-85-86-189-205-277-299-305.

Dol : p : 157-227-237-268-331-334.

Domage : p : 25-32-50-41-51-53-56-124-125-131-132 et s-143-160 et s-171 et s-262-282-283-284-310-331.

E

Effectivité : p : 13-59-65-183-241-242-243-244-255-259-339

Effet polluant : p : 19.

Efficacité : p : 11 et s-26-42-46-56-61 et s-182 et s-210- et s-243-256-258-274-281-289-294-298-339-341.

Emprisonnement : p : 6-18-37-70 et s-81 et s-101 et s-171-180-190-195-238-253-255-267-et s-304-305-333-334.

Enquête : p : 299.

Entreprise : p : 11-17 et s-49-67-70-99-108-113- et s-121-127-142-147-150-157-172-180-186-189-190-201-202-219-220-et s-240-265-271-283-307-et s-323-et s.336.

Escroquerie : p : 9-25-149-187-268-333-337

F

Fausse déclaration : p : 73.

Faute : p : 8-16-28-30-34-35-40-41-48-50-52-53-99-100-111-112-114-115-118-119-121 et s-130 et s-140 et s-157 et s-161 et s-175 et s-180-224-226-240-244-279-281-308 et s-331.

Fiduciaire : p : 255-256-265-273.

Fraude : p : 17-21-26-81-103-104-136-138-176-177-186-254-256-334-335-350.

G

Gouvernement d'entreprise : p : 11-116-119.

H

Historique : p : 8-76-184.

I

Individualisation : p : 285-287-289.

Ineffectivité : p : 59-183-241-242-243-259-339

Inflation législative : p : 110.

Inflation pénale : p : 19-212-235-290-339.

Infraction pénale : p : 12-73-91-297.

Injonction : p : 19-31-193-196-250-255-260-287.

Institution : p : 51-54-118-119-120-196-205-215-216-262-265.

Intention délictueuse : p : 227-237.

Intérêt commun des associés : p : 116-121-215-222.

Intérêt social : p : 77-111-115-117-122-123-139-196-220-222-et s-231-232-237-243-330.

L

Liquidateur : p : 86-87-88-174-177-248-267-270-271-305-318-321-335-336-337.

Loyauté : p : 115-123-135-136-139-273-315-354.

M

Majoration : p : 13-26-74-163-207-277-279

Mandataire : p : 87-88-109-125-130-138-167-174-175-176-313-317-336-337.

Matière pénale : p : 7-9-37-125-177-211-212-223-244-245.

Médiation : p : 155-296.

Ministère public : p : 22-53-160-200-246-247-276-318-321-322-338.

N

Nécessité des peines : p ; 285-287.

Nullité : p : 25-39-42-43-46-51-62-63-73-74-136-137-178-213-260-283.

O

Obligation : p : 6-7-17-19-20-32-36-40-41-42-48-49-51-57-58-74-78-82-87-90-99-111-115-117-119-124-125-127-128-135-136-157-158-171-184-212-256-270-273-298-299-300-304-306-308-319-325.

Opportunité : p : 102-183-246-252-298-303-328-341.

Ordre social : p : 6-30-34-207-210-214-241-265-278-284-294.

P

Partie civile : p : 126-160-164-167-168-170 et s -222-244.

Parquet : p : 85-172-174-177-247-343.

Patrimoine social : p : 26-113-161-165-166-200-222-223-262.

Peine : p : 6 et s.

Peine privée : p : 6-50-51-53-264-282.

Personne morale : p : 10-27-43-67-85-93-111-115-116-117-119-120-122-140-143-151-153-158-161-164- et s-170-174-219-221-223-250-255-268-299-318-321-326.

Personne physique : p : 85-93-109-145-148-151-153-255-299-321-325.

Politique criminelle : p : 16-18-20-23-247-278-296-341.

Prescription : p : 29-39-63-131-137-138-142-159-170-171-172-185-207-228-236-237-238-245-246-248-253-293-313-315-323-341.

Procès-verbal : p : 80-83-95-98-256-324.

Proportionnalité : p : 8-103-194-285-287-290-342.

Prospectus : p : 254.

Publication : p : 10-25-26-37-72-86-108-162-168-175-193-199-236-239-268-277-278-252-358.

R

Régulation : p : 17-19-65-251-255-265-273-280-281-291-339-342.

Réparation : p : 39-49-50-51-52 et s-130 et s-160 et s-171 et s-194-207-222-234-243-244-260-264-282-308-312 et s.

Responsabilité civile : p : 40-49-50-52-53-111-114-124- et s-132-134 et s-141-143-149-159-165-180-181-195-244-256-260 et s-282-283-298-310-311-335.

Responsabilité pénale : p : 11-27-38-89-90-94-95 et s-100-114-124-145 et s-150 et s-181-237-244-250-262-273-282-292-329.

S

Sanction : p : 5 et s.

Sanction civile : p : 6-50-252-283-284-341.

Sanction pénale : p : 6-8-11-18-21 et s-35-37-38-182-183-198-200-204 et s-212-214-220-225-239-243-251 et s-260- et s-276-283 et s-303-341.

Société anonyme : p : 71 et s.

Société à responsabilité limitée : p : 73 et s

Société civile : p : 130-145-166

Société en commandite par action : p : 187-219.

Société en commandite simple : p : 187-193.

Société en nom collectif : p : 137-145-187.

Société par action simplifiée : p : 120-148-151-331.

Société unipersonnelle : p : 196-216

Souscription : p : 71-72-199-267-268-270-277 et s-305.

T

Transaction : p : 21-232-365

Transparence : p : 113-139-206-251-301-304-342.

U

Ultima ratio : p : 210

.

V

Valeurs mobilières : p : 74-173-189

Vote : p :9-11-45-47-49-56-80-81-95-109-120-163-200-271-283.

Table des matières

Liste des abréviations.....	1
Le sommaire.....	5
Introduction générale.....	6
Partie I : Les contours du système répressif en droit pénal des sociétés.....	26
Chapitre I : Le contenu du régime répressif en droit pénal des sociétés.....	27
Section 1 : Les aspects pénaux en droit des sociétés	28
Sous-section 1 : La notion de sanction : Essaie de définition	29
Paragraphe 1 : Vue d'ensemble des définitions de la sanction	29
A- La sanction : Terra Incognita	29
B- Les conceptions extra-juridiques de la sanction	31
I- L'aspect religieux de la sanction	32
a- La fixation des sanctions par Dieu	32
b- L'appréciation des sanctions par le gouverneur ou de son représentant....	33
II- Les visions philosophiques et morales de la sanction.....	35
Paragraphe 2 : La détermination intrinsèque de la notion.....	36
A- La sanction comme critère de la norme juridique.....	37
B- Le constat de pluralité des significations	38
I- La sanction a-t-elle un sens propre en droit pénal ?	38
II- Les définitions théoriques de la sanction	39
C- L'hypothèse retenue : une mesure de traitement d'une illicéité	41
Sous-section 2 : Le cadre théorique formant l'armature	47
Paragraphe 1 : La distinction de la sanction avec d'autres notions.....	48
A- Les situations distinctes	48
B- Les notions proches de la sanction.....	50
I- La sanction et la réparation	50
II- La sanction et les mesures provisoires ou préventives	55
III- La sanction et l'exécution forcée.....	58
Paragraphe 2 : Caractères et renouvellement des sanctions.....	59
A- Les caractères de la sanction.....	59
I- Le mécanisme juridique spécifique de la sanction	60
II- La non préexistence de la sanction à la norme juridique	60
III- Le caractère dérivatif de la sanction.....	61

B-	Le renouvellement des sanctions	62
I-	Le sens du mot renouvellement.....	63
a-	Le renouvellement : un phénomène dépassant la simple nouveauté des techniques	63
b-	La dynamique imparfaite du renouvellement	64
c-	La relativité de la notion.....	65
II-	Les facteurs du renouvellement	65
a-	Les évolutions contextuelles	66
b-	Les défaillances du système sanctionnatoire	66
1-	Un domaine limité des sanctions	67
2-	Des techniques restreintes.....	67
3-	Une efficacité contestée.....	68
Section 2 :	Les mécanismes de répression en droit pénal des sociétés	69
Sous-section 1 :	L'analyse des infractions du nouveau droit pénal des sociétés.....	69
Paragraphe 1 :	Les infractions relatives à la constitution et au fonctionnement des sociétés.....	70
A-	Les infractions relatives à la constitution de la société.....	70
I-	Les infractions relatives aux formalités de constitution.....	70
a-	La déclaration de conformité mensongère	70
b-	Refus de dépôt des pièces ou d'actes au registre de commerce ou défaut de publicité	71
c-	Le défaut d'indication de certaines mentions sur les documents de la société	72
II-	Les infractions relatives au capital social	73
a-	Les infractions relatives à la souscription et au versement du capital	73
b-	Les infractions relatives à la surévaluation des apports en nature	74
c-	Les infractions relatives à l'émission et à la négociation des titres.....	75
B-	Les infractions relatives au fonctionnement de la société	76
I-	Les délits concernant l'exercice des fonctions d'administration et de direction de la société	77
a-	La distribution des dividendes fictifs	77
b-	L'abus de biens sociaux	78
II-	Les infractions relatives aux assemblées générales d'actionnaires	79
a-	Le droit à l'information	79
b-	Le droit à la convocation et à la tenue de l'assemblée.....	80

1- La convocation de l'assemblée.....	80
2- La tenue de l'assemblée.....	80
c- Le droit au vote.....	81
1- La légalité du vote	82
2- La sincérité du vote.....	82
III- Les infractions relatives au contrôle de la société.....	83
a- Les infractions concernant la désignation du commissaire aux comptes et sa convocation aux assemblées générales	83
1-L'omission de provoquer la désignation des commissaires aux comptes	83
2- Le défaut de convocation des commissaires aux comptes aux assemblées des actionnaires	84
b- Les infractions concernant les obstacles mis aux vérifications des commissaires aux comptes	84
Paragraphe 2 : Les infractions relatives à la fin de la société	85
A- La dissolution de la société.....	85
I- Au niveau de la société anonyme	85
II- Au niveau de la société à responsabilité limitée	87
B- La liquidation de la société	87
I- Les infractions d'omission	87
a- Défaut de publication de l'acte nommant le liquidateur	87
b- Défaut de convocation des actionnaires en fin de liquidation ou défaut de dépôt des comptes au greffe du tribunal.....	88
c- Manquement aux obligations prévues par le Dahir des Obligations et des Contrats.....	88
II- Les infractions de commission	89
a- Abus des biens sociaux et du crédit de la société par le liquidateur	89
b- Cession illégale de l'actif de la société en liquidation	89
c- Répartition de l'actif social entre les actionnaires, avant l'apurement du passif ou défaut de répartition des capitaux subsistants	90
Sous-section 2 : Quelles sanctions pour quelles infractions.....	90
Paragraphe 1 : Les infractions des sociétés commerciales entre complicité et responsabilité pénale du fait d'autrui.....	90
A- Les particularités de la complicité pénale au sein du droit pénal des sociétés .	91
I- La contribution de l'auteur au moment de l'exécution de l'acte.....	92
II- Le consensus entre divers auteurs pour l'exécution de l'infraction.....	93

a- Cas d'une décision unanime.....	94
b- Cas d'une décision à la majorité	94
B- La clarification de la responsabilité pénale du fait d'autrui en droit pénal des sociétés.....	96
I- La consécration exceptionnelle de la responsabilité pénale du fait d'autrui..	96
II- Ses applications en droit pénal des sociétés.....	98
III- L'acteur moral	101
Paragraphe 2 : La classification des sanctions en droit pénal des sociétés	102
A- Les peines principales	102
I- Les peines d'emprisonnement	103
II- Les peines d'amendes	104
B- Les peines complémentaires	108
Chapitre II : Le fondement du régime répressif : La responsabilité.....	111
Section 1 : L'importance de la responsabilité du dirigeant de l'Entreprise.....	112
Sous-section 1 : L'aspect holomorphique de la responsabilité du dirigeant de l'entreprise	112
Sous-section 2: L'instauration des mécanismes de prévention des fautes de gestion des dirigeants	115
Paragraphe 1 : Garantir l'équilibre de l'entreprise.....	116
A- La séparation des tâches de direction	117
B- Le mode de gestion	119
Paragraphe 2 : La prévention externe des fautes de gestion par un expert	122
Section 2 : Le soubassement de la responsabilité du dirigeant de l'Entreprise	124
Sous-section 1 : Le cadre légal de la responsabilité.....	125
Paragraphe 1 : L'engagement de la responsabilité civile du dirigeant	125
A- Le régime juridique de la responsabilité civile du dirigeant : Les conditions d'existence.....	125
I- La faute.....	125
a- La preuve de la faute	126
b- L'origine de la faute	127
1- La faute personnelle.....	128
2- La faute collective.....	129
c- L'étendue de la responsabilité du dirigeant pour faute	132
II- Le dommage	133

III- Le lien de causalité	134
B- Les hypothèses d'engagement de la responsabilité civile du dirigeant	135
I- Responsabilité à l'égard de la société et des associés	135
a- Les délits aux dispositions légales	136
b- La violation des statuts.....	138
c- La faute de gestion.....	139
II- Responsabilité à l'égard des tiers.....	140
a- Caractéristiques de la responsabilité à l'égard des tiers	140
b- La responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle	141
1- Le fondement	141
2- Les fautes détachées des fonctions de dirigeant	142
c- La responsabilité contractuelle	144
Paragraphe 2 : Le cadre légal de la responsabilité pénale du dirigeant.....	146
A- Personnes susceptible d'être mise en cause	146
I- Dirigeant de droit.....	147
a- Les sociétés commerciales	147
1- Les sociétés de personnes et SARL.....	147
2- La société anonyme	149
b- Les autres sociétés et groupements	152
II- Dirigeant de fait	153
III- Dirigeant dont les fonctions ont cessés	156
B- Les conditions d'engagement de la responsabilité pénale du dirigeant.....	157
I- Eléments constitutifs de l'infraction.....	157
II- Responsabilité du fait personnel	158
a- Le domaine de la responsabilité	158
b- La responsabilité du fait d'autrui	159
Sous-section 2: Le soubassement judiciaire de la responsabilité	160
Paragraphe 1 : La mise en œuvre de la responsabilité civile du dirigeant	160
A- L'exercice de l'action publique	160
I- L'action publique	160
II- L'action civile accessoire.....	161
B- L'exercice de l'action en responsabilité.....	161
I- Action exercée par la société.....	162

II-	Action exercée par un associé.....	163
a-	Action individuelle.....	163
b-	Action en relation d'un dommage collectif.....	165
III-	Action exercée par un tiers.....	167
C-	Les juridictions compétentes	168
I-	La compétence d'attribution.....	169
a-	La compétence des juridictions de commerce.....	169
b-	La compétence des juridictions répressives	170
II-	La compétence territoriale	170
Paragraphe 2 :	L'action pénale.....	171
A-	Pluralité d'infractions	171
B-	Prescription de l'action publique	172
C-	La constitution de la partie civile.....	172
I-	Les conditions de recevabilité	173
a-	En droit pénal des sociétés	173
1-	L'abus des biens sociaux ou l'abus de pouvoirs.....	173
2-	Les comptes infidèles	176
b-	En droit pénal des affaires.....	176
1-	Le délit d'initié	177
2-	La banqueroute	177
3-	La fraude fiscale	177
II-	La réparation du préjudice	179
Conclusion de la première partie		180
Partie II : Le système répressif en droit pénal des sociétés : insuffisances et propositions d'amélioration.....		182
Chapitre I : Le droit pénal des sociétés : système pratiquement lacunaire		183
Section 1: Les carences de la répression pénale en droit des sociétés		184
Sous-section 1 : Les insuffisances constitutionnelles.....		184
Paragraphe 1 : L'envahissement du droit pénal en droit des sociétés.....		184
A-	Le droit pénal : protecteur du droit des sociétés	184
I-	Les modalités de la rencontre du droit pénal et du droit des sociétés	185
II-	La genèse du droit pénal des sociétés	187
a-	La conception Marocaine	187
1-	L'évolution législative marocaine	187

1.1- La Société Anonyme : une valse législative	187
1.2- La SARL et les autres formes de sociétés.....	191
2- La-non adaptation de l'évolution législative au contexte marocain	193
b- La conception française	198
1- L'adoption des premières lois de droit pénal des sociétés.....	199
2- L'apparition des premières critiques	200
B- Le droit pénal : promoteur de l'interventionnisme étatique.....	201
I- Le dirigisme étatique interne et international	201
a- La conception du rôle de l'Etat dans l'économie marocaine	201
b- L'Etat : maître d'œuvre de l'économie étrangère	203
II- Le contexte et l'objectif des lois sur les sociétés commerciales	205
a- Le droit pénal des sociétés : un droit exhaustif et ciblé	205
b- La banalisation du droit pénal des sociétés	206
Paragraphe 2 : L'harmonie du droit pénal des sociétés : une affaire de mesure ...	208
A- Un droit pénal perverti.....	208
I- Les caractères du droit pénal	208
II- Le dévoiement des principes de droit pénal.....	211
a- L'origine de dévoiement	211
b- Manifestations du dévoiement	212
B- Un droit des sociétés dénaturé	214
I-L'influence de la thèse institutionnelle sur la légitimité des sanctions pénales .	214
a- L'incidence de la thèse institutionnelle.....	215
b- Les risques de la thèse institutionnelle.....	216
II- Le renouveau contractuel en droit des sociétés : facteur de recul des sanctions pénales.....	218
C- Modèle ou paradigme de l'abus des biens sociaux.....	220
I-L'infléchissement des impératifs du droit des sociétés par ceux du droit pénal	221
a- L'opposition des logiques pénales et sociétaire	221
b- Le dévoiement de l'abus de biens sociaux	227
II- L'infléchissement des impératifs du droit pénal par ceux du droit des sociétés	229
a- Les critères excluant la constitution du délit en présence d'un groupe de société	229
b- La conciliation de logiques différentes	230

Sous-section 2 : Les autres déficiences en droit pénal des sociétés	231
Paragraphe 1 : Les insuffisances de la technique d'incriminations	232
A- L'élément légal	232
I- L'importance des textes réglementaire.....	232
II- L'importance des incriminations par renvoi	234
B- L'élément matériel	235
C- L'élément moral.....	236
Paragraphe 2 : Les insuffisances du domaine de la répression	238
Section 2 : Les effets de la répression en droit pénal des sociétés.....	240
Paragraphe 1 : Les éléments d'appréciation de l'ineffectivité de la répression pénale en droit des sociétés.....	241
A- L'ineffectivité des dispositions pénale	241
B- La concurrence de la voie civile	242
Paragraphe 2 : Les obstacles juridiques à l'effectivité de la répression pénale : les entraves relatives à la procédure pénale	244
A- Les difficultés relatives à la prescription de l'action publique	244
I- Le délai de prescription en matière pénale	244
II- La mise en mouvement de l'action publique	245
B- Les difficultés liées à l'ignorance des faits	247
Chapitre II : Vers la performance du système répressif en droit pénal des sociétés .	250
Section 1 : L'opportunité d'une répression pénale spécifique aux sociétés en droit comparé : La prégnance du droit pénal.....	251
Sous-section 1 : Le droit pénal applicable aux sociétés dans les pays de Common-Law : Le mythe d'une faible pénalisation du droit des sociétés	251
Paragraphe 1 : L'importance de la sanction pénale dans le droit des sociétés des pays de Common Law	252
A- Panorama de droit de quelques pays du Commonwealth	252
I- Le droit Canadien	252
II- Le droit Australien	253
III- Le droit Sud-Africain	255
B- La nécessité des sanctions pénales en droit anglais des sociétés	256
I- Un accroissement constant jusqu'à nos jours.....	256
II- La réforme du droit anglais des sociétés.....	257
Paragraphe 2 : L'importance du droit civil	259
A- Les sanctions civiles	259

B- La responsabilité civile : illustration américaine	261
I- Pluralité des actions possibles	262
II- L'admission des dommages-intérêts punitifs	263
Sous-section 2 : Le droit pénal applicable aux sociétés dans les pays de droit Romano-Germanique : Une moindre pénalisation des lois sociétaires	265
Paragraphe 1 : La répression pénale en droit Belge et Allemand	265
A- Les sanctions pénales du droit Belge des sociétés : présentation d'ensemble et traits caractéristiques	265
I- Démonstration d'ensemble	265
II- Les traits particuliers	267
B- Les sanctions pénales du droit Allemand des sociétés	268
I- La réticence à la prolifération d'infractions spécifiques aux sociétés commerciales	269
a- La <i>GmbH</i>	269
b- L' <i>AktG</i>	270
II- La préférence pour le recours aux infractions du droit pénal commun : l'exemple de l'abus des pouvoirs sociaux des dirigeants.	271
Paragraphe 2 : L'opportunité d'une répression pénale spécifique aux sociétés en droit Français	273
A- Une répression pénale justifiée	273
I- La nécessité d'une sanction : La réaction du corps social	273
a- La distinction classique du droit pénal économique : droit pénal de protection et droit pénal de direction	274
1- Le droit pénal de protection	274
2- Le droit pénal de direction	275
3- Portée de la distinction en droit pénal des sociétés	276
b- La distinction des délits naturels et artificiels : contenu et limite	276
1- Origine et contenu de la distinction	276
2- Pertinence et limite de cette distinction	277
c- La distinction du droit pénal de rétribution et du droit pénal de régulation ...	278
1- Distinction assise sur la fonction de la peine	278
2- Prolongements de la distinction au regard des éléments moral et matériel de l'incrimination	279
II- La nécessité d'une sanction suffisante : justification juridique	280
a- L'inadaptation de la responsabilité civile indemnitaire	281

b-	L'insuffisance des sanctions civiles	281
B-	Une répression pénale mesurée	283
I-	La mesure de la répression pénale générale	283
a-	Le principe de nécessité et de légalité des peines	283
b-	Le principe de proportionnalité et d'individualisation des peines	286
II-	La mesure de la répression pénale spéciale : l'insuffisance du droit pénal général	289
a-	Les causes de l'insuffisance	289
b-	Le droit spécial des sociétés : l'exemple de l'abus de biens sociaux	290
Section 2 :	Le recul du droit pénal des sociétés : une nécessité d'amélioration	292
Paragraphe 1 :	Les formes de recul pénal	292
A-	Notion de recul pénal	293
I-	La dépénalisation : processus de variation de la peine	293
a-	La désescalade pénale	293
b-	La dépénalisation de jure et de facto	294
c-	La déjudiciarisation	295
II-	La dépénalisation : processus de suppression de l'incrimination	295
a-	La décriminalisation : forme extrême de la dépénalisation	295
b-	De l'emploi des termes de « dépénalisation » et de « décriminalisation »	296
B-	Illustrations de recul pénal en droit des affaires : Elargissement des textes d'incrimination	296
I-	La dépénalisation et le blanchiment de capitaux	296
II-	La dépénalisation et la corruption	299
Paragraphe 2 :	Le processus de dépénalisation du droit des sociétés : L'intégration de l'opportunité économique	301
A-	L'adoucissement des peines en matière du droit des sociétés	301
I-	L'émission d'actions	302
II-	L'augmentation du capital	303
B-	Une tendance d'allègement du dispositif répressif en matière de procédures collectives	305
I-	Les sanctions patrimoniales	305
a-	L'action en comblement du passif	306
1-	Conditions de mise en œuvre de l'action en comblement du passif	306
1.1-	Une faute de gestion du dirigeant	307

1.2- La preuve d'un préjudice	308
1.3- Le lien de causalité.....	308
2- Modalités de réparation pécuniaire.....	310
3- Les limites de l'action en comblement du passif.....	312
b- L'extension de la procédure de redressement judiciaire au patrimoine personnel du dirigeant	314
1- La mise en œuvre de l'extension de la procédure en difficulté	317
1.1- Conditions de fond.....	317
1.2- Conditions de forme.....	319
2- Les effets de l'extension de la procédure en difficulté au dirigeant	321
2.1- A l'égard du dirigeant	321
2.2- A l'égard du conjoint et enfant mineur	323
2.3- En cas de confusion de patrimoine	323
II- Les sanctions personnelles : la déchéance commerciales	324
a- Le cas spécifique des dirigeants sociaux.....	324
b- Mise en œuvre de la déchéance.....	326
III- Les sanctions pénales	327
a- L'abus de biens sociaux	328
1- Les éléments constitutifs	328
1.1- L'élément matériel	328
1.2- L'élément intentionnel	329
2- La sanction.....	329
b- Autres infractions en droit pénal des affaires.....	330
1- La banqueroute	330
1.1- La banqueroute simplifiée.....	331
1.2- La banqueroute frauduleuse	332
2- Des infractions et responsabilité externes à l'Entreprise	333
2.1- La responsabilité externe à l'entreprise	333
2.2- Les infractions similaires	333
Conclusion de la deuxième partie.....	337
Conclusion générale	339
Bibliographie.....	343
Table des matières	370