



Centre des Etudes Doctorales : Sciences Juridiques, Economiques,
Sociales, Chariaa et de Gestion
Formation Doctorale : droit privé
Discipline : droit privé
Spécialité : droit privé
Laboratoire : droit privé et enjeux de développement.

Thèse pour l'obtention de DOCTORAT

La responsabilité personnelle du dirigeant de l'entreprise en difficulté

Préparée par : Fadoua MASSOUDI

Soutenue le 16/07/2022 devant le jury :

Nom et Prénom	Grade	Etablissement	Qualité
Pr. Salah Eddine MAATOUK	PES	FSJES de Fès	Président – encadrant
Pr. Mohammed ZRIOUEL	PES	FSJES de Meknès	Rapporteur
Pr. Chahid SLIMANI	PES	FSJES de Fès	Suffragant
Pr. Kaoutar BALBOUL	PH	FSJES de Fès	Rapporteur
Pr. Bouchta ALOUI	PH	FSJES de Fès	Suffragant

Remerciement

La réalisation de cette thèse a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je voudrais témoigner toute ma gratitude.

Je voudrais tout d'abord adresser toute ma reconnaissance, à mon directeur de thèse monsieur **Salah Eddine MAATOUK**, pour son aide, son soutien, sa disponibilité et surtout ses judicieux conseils, qui ont contribué, à alimenter ma réflexion.

J'exprime aussi mes profonds remerciements à monsieur **Mohammed BOUZLafa** le doyen de la faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Fès pour l'aide compétente qu'il m'apporté.

Je tiens aussi à exprimer ma profonde gratitude aux membres du jury notamment :

Monsieur **Mohammed ZRIOUEL** qui s'est acquitté de la délicate tâche de rapporteur sur cette thèse.

Toute ma gratitude s'adresse aussi à Monsieur le professeur **Chahid SLIMANI** qui m'a fait l'honneur d'examiner cette thèse et de participer à sa soutenance.

Je tiens à remercier également madame la professeure **Kaoutar BALBOUL** qui m'a fait le grand honneur d'évaluer ce travail.

Merci encore à monsieur Le professeur **Bouchta ALOUI**, votre évaluation est un grand honneur pour moi.

Sommaire

Partie I : La responsabilité patrimoniale des dirigeants de l'entreprise en difficulté (Vers une acception large de la notion de responsabilité)

Chapitre I : Les normes communes régissant les actions en responsabilité patrimoniale

Chapitre II : Normes particulières relatives à chacune des actions en responsabilité

Partie II : La responsabilité pénale et quasi pénale du dirigeant de l'entreprise en difficulté : un régime vers plus de fiabilité

Chapitre I : La responsabilité quasi pénale du dirigeant de l'entreprise en difficulté (la déchéance commerciale)

Chapitre II : L'évolution de la politique pénale en matière de la responsabilité pénale du dirigeant de l'entreprise en difficulté

Listes des abréviations :

P : page

Op. cité : opéré *citato* (précité)

U SAID : Agence des Etats Unis pour le développement international

B.O : bulletin officiel

Art : article

C.com : code de commerce

Ju.tr.com : jugement du tribunal de commerce

Rev. proc. coll : revue des procédures collectives

Doc : dahir des obligations et des contrats.

GAZ pal : la gazettes des palais.

REMADEG : revue marocaine de droit d'économie et de gestion

RSC : revue des sciences criminelles

REMARC : revue marocaine des contentieux

REMALD : revue marocaine de droit des affaires et des entreprises

RTD com : revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique

AMMC : Autorité Marocaine du marché des capitaux

Infra : ci-dessous

Supra : ci-dessus

RID civ : revue trimestrielle de droit civil

Ed : Edition

Al. Alinéa

Bull : Bulletin

C.A : cour d'appel

Chron : chronique

Coll : collection

D. : Dalloz

JCP : juriscasseur périodique

RJDA : revue de jurisprudence de droit des affaires

T : Tome

N° : Numéro

REMADAE : revue marocaine de droit des affaires et des entreprises

Rev. Tr.dr .com : revue trimestrielle de droit commercial

Act. Jur : actualité jurisprudentielle

C.A : Cour d'appel

C. civ : code civil

Bull Joley : bulletin Joly

PUF : presse universitaire de France

LGDJ : librairie générale de droit et de jurisprudence

S.A : société anonyme

SARL : société à responsabilité limitée

P. M.E : Petite et moyenne entreprise

S.N.C : Société en nom collectif

3^{ème} : troisième

RERJ : Revue électronique de recherches juridiques

L'USAID : agence des Etats unis pour le développement international

AMMC : autorité marocaine du marché des capitaux

LGDJ : librairie générale de droit et de jurisprudence

Litec : librairie technique

S : suivant

Introduction :

L'entreprise en tant que partie prenante essentielle dans le processus de production, de circulation et de consommation des richesses, donc des activités humaines liées au bien-être économique et social des individus et des groupes, n'est jamais à l'abri d'incidents de parcours pouvant mettre en question sa pérennité. La survie de cette structure économique étant menacée, tout l'ordonnement de l'ordre juridique se trouve troublé, des créanciers perdent tout ou partie de leur emploi, des fournisseurs perdent leur débiteur, des institutions publiques perdent une source de contribution ...¹ Alors lorsqu'on parle d'une entreprise en difficultés, une inquiétude commune apparaît celle de sa disparition pour des causes diverses : financières, structurelles, humaines, juridiques.

La notion doit être précisée par des critères subjectifs qui dépendent de l'appréciation des événements pouvant mettre en péril la pérennité de l'entité économique. La liste des événements dont l'apparition risque de compromettre la continuité d'exploitation s'ouvre à des subdivisions nombreuses, mode de financement des projets ou des dettes, maintien et renouvellement des conventions avec des fournisseurs ou des clients, maintien de marchés nationaux ou étrangers, rôle des hommes influents de l'entreprise, menaces de catastrophes innombrables y compris la compétence et le comportement des dirigeants de l'entreprise.

¹ D. VIDAL, droit de l'entreprise en difficulté, Gualino 3^{ème} édition 2010. P : 313.

En effet la plupart des sociétés connaissent aujourd'hui des difficultés, certes de leurs statuts mais aussi de l'incompétence de leurs dirigeants et dans une bien moindre mesure de leur malhonnêteté, ce comportement nous ramène à la notion de faute de gestion.

Une faute de gestion s'entend d'une action ou d'une inaction commise par un dirigeant d'entreprise dans l'administration générale de sa société, manifestement contraire à son intérêt.

De nombreuses fautes de gestion sont ainsi révélées au moment de la procédure collective que subit la société, le plus souvent dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Le dirigeant pourra ainsi se voir reprocher d'avoir laissé se creuser un déficit important et d'avoir poursuivi l'activité dans de telles conditions.

A cet égard le législateur marocain a établi, à travers les dispositions du livre V du code de commerce une politique qui prend en considération les circonstances de l'entreprise et de l'entrepreneur. Elle protège, d'une part les entrepreneurs endommagés par la concurrence et par les transformations technologiques et les crises économiques, ceci afin de permettre aux entreprises de subsister et de jouer leur rôle dans le développement économique, mais en parallèle un régime répressif voué à dissuader tout acte et agissement découlant de la faute de gestion ou des manœuvres frauduleuses des dirigeants engendrant les difficultés financières.²

Les sanctions engageant la responsabilité personnelle du dirigeant, ont vocation à briser la fiction juridique de la personnalité morale introduisant ainsi une sorte d'éthique, commune à l'ensemble de la communauté des affaires. Le renouveau des textes législatifs relatifs aux entreprises en difficulté appelle les dirigeants à

² Mounia Rhoumri Mounir : « La politique pénale en vertu du livre v du code de commerce » RER Juri, N° 2 2018. P : 170.

une prise de conscience encore plus aigüe, des devoirs qui pèsent sur eux, des responsabilités qu'ils sont susceptibles d'encourir. De ce fait leurs attentions doivent nécessairement être dirigées sur les mécanismes que la loi met également à leur disposition afin de parer, dans la mesure du possible à la survenance de la situation susceptible de voir leur responsabilité engagée³. La philosophie du code de commerce actuel considère que les acteurs principaux de la vie économique ne sont plus que les commerçants personnes physiques mais aussi les sociétés commerciales, ainsi dans le paysage économique, on observe les S.A et des SARL qui sont gérées par des dirigeants qui sont les véritables auteurs du trouble, car leur gestion malencontreuse a largement contribué à précipiter l'entreprise dans le gouffre des difficultés. Le fait que ces dirigeants ne soient pas directement débiteurs du passif social, vu leur qualité de mandataire a dicté de nouvelles stratégies sanctionnatrices, visant à responsabiliser largement les dirigeants des entreprises soumises à des procédures collectives⁴.

Le principe est que lorsque l'entreprise est exploitée sous forme sociétaire, le sort de la personne morale est réglé par la procédure collective. Le patrimoine du dirigeant, distinct de celui de la personne morale, n'est alors pas affecté par la procédure collective, sauf dans le cas de la S.N.C où tous les associés sont des commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

La personnalité morale constituant un écran, voire un « Bouclier » fut ce à l'égard du dirigeant fautif. Cependant tout agissement contraire à l'intérêt social est susceptible d'exposer le dirigeant fautif à un arsenal de sanctions engendrant ainsi sa responsabilité personnelle.

³ M. JAOUHAR ; les sanctions applicables au dirigeant dans le cadre des procédures collectives, contributions au colloque organisé par l'USAID à Rabat le 08 et 09 avril 2005. P 36.

⁴ M. JAOUHAR, « huit ans d'application des procédures collectives » revue marocaine de droit d'économie et de gestion, op ; cité. P : 36.

En définitif l'évolution qu'a connu le droit des difficultés de l'entreprise, consiste dans la dissociation du sort de l'entreprise de celui de ses responsables. En fait l'idée se ramène à traiter séparément l'entité économique, selon qu'elle est passible de redressement, ou pratiquement à la liquidation de ses responsables, dont la responsabilité civile ou pénale peut être engagées ou non, selon que l'échec de l'entreprise leur est imputable ou non.

La connaissance de l'évolution historique de la sanction voire de la responsabilité est primordiale dans la compréhension des textes actuels, et nous amène à nous interroger sur des points binômes, tels que continuité ou rupture, rigueur ou laxisme.

Avant la promulgation du code de commerce de 1996, le monde des affaires était régi par une multitude de textes, dont le plus important est sans aucun doute, celui du code de commerce terrestre du 12 août 1913.⁵ Sur plus de 8 ans, ce code a consacré la commercialité et a régi le monde des affaires au Maroc. Ce texte était dans ces divers aspects, une transposition du code de commerce français qui tirait ses fondements du célèbre code civil napoléonien de 1804.

Dans le schéma de l'ancien code de commerce de 1913, on révèle l'absence d'un titre réservé aux sanctions, ainsi que l'absence d'une vision globale responsabilisant le dirigeant à plusieurs niveaux. La philosophie de ce code inspiré du code napoléonien de 1804 était largement focalisée sur les commerçants personnes physiques, perçues comme agissant contre les intérêts des créanciers, éventuellement en organisant leurs faillites, et donc sanctionnables sur le terrain délictuel à travers les incriminations de la banqueroute.⁶

⁵ Dahir du 12 août 1913, du 12.08.2013, Bulletin officiel, 1913-12, N° 46.

⁶ Le code de commerce de 1913, traitait dans son livre 11, à la fois de la faillite, de la banqueroute, de la liquidation judiciaire et de la réhabilitation, sur les 193 articles de ce livre, deux articles étaient réservés à la faillite commune (l'art 197 et l'art 361), dix-huit articles à la banqueroute (de l'art 362 à l'art 379) mais qui comportent uniquement des incriminations sans être accompagnées de sanctions, et enfin dix articles à la réhabilitation (de l'art 380 à l'art 389).

Inversement à ce que se produisait sous l'empire de l'ancienne loi de commerce de 1913, la nouvelle loi n° 73.17⁷ modifiant le livre V de la loi 15.95 formant code de commerce, a fait de l'intervention judiciaire avant que l'entreprise ne cesse ses paiements un nouvel apport important, lui permettant de mieux jouer son rôle dans la réalisation de la prospérité économique du pays. Dans ce cadre, le législateur a opté pour une politique d'accompagnement de l'entreprise au lieu de l'assainissement des commerçants défaillants.

Cette nouvelle loi, qui complète utilement « la boîte à outils »⁸ du livre V du code de commerce, constitue une procédure à mi chemin, entre la procédure préventive de conciliation et les procédures curatives de traitement.

Le législateur a pu enfin mettre à la disposition des entités en difficulté un procédé susceptible d'assurer la préservation des entreprises saine et viables éludant ainsi l'aggravation de leurs difficultés, voire leur disparition le cas échéant.

Une nouvelle architecture du droit des entreprises en difficulté a pu voir le jour, une nouvelle version qui tend essentiellement à satisfaire à tous les intervenants, faisant en sorte de conjuguer plusieurs impératifs sans bafouer les droits des unes et privilégier les intérêts des autres.

Le Maroc tout en bousculant totalement le droit des entreprises en difficulté, avait prévu par la loi 73-17 le procédé de sauvegarde tendant essentiellement à augmenter l'efficacité et à assurer l'ancrage optimal des mesures préventives anticipatives mais également à sauvegarder et côtoyer les entreprises viables quand elles passent par des moments de difficultés de

M. Jaouhar « les sanctions applicables aux dirigeants dans cadre des procédures collectives » revue marocaine de droit, d'économie et de gestion, n° 52, 2006. P : 36.

⁷ La loi n° 73-17 du 19 Avril 2018, promulguée par le dahir n° 1-18-26, B.O- n° 6732, abrogeant et remplaçant le livre V de la loi 15-95 formant code de commerce relatif aux difficultés de l'entreprise.

⁸ ROUSSEL Galle, F « la procédure de sauvegarde quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice » juriscasseur périodique, éd : 2006. P 243.

trésoreries sporadiques qui ne nécessitaient pas vraiment des mesures curatives.

La nouvelle procédure de sauvegarde vise particulièrement à surmonter les difficultés de l'entreprise, pour assurer la poursuite de son activité, l'apurement du passif et le maintien des emplois⁹.

Parmi les finalités, de l'adoption de cette nouvelle loi, figure le fait d'assurer une attractivité pour les procédures amiables qui ont beaucoup perdu en notoriété en raison de plusieurs facteurs intrinsèques.

Non seulement d'anticipation est le fondement de cette loi et la prévention est sa leitmotive, mais encore le chef d'entreprise débiteur n'est pas dessaisi de ces prérogatives, il poursuit son activité, éventuellement surveillé par la justice, c'est un autre aspect non négligeable du caractère novateur de la loi.

Par ailleurs, le législateur a conservé la politique d'incrimination et de répression des faits ayant suscité des difficultés financières à l'entreprise en escomptant dissuader tout agissement portant atteinte à l'activité de l'entreprise.

A regarder les statistiques des tribunaux de commerce, il est évident que l'application des sanctions responsabilisant le dirigeant de l'entreprise en difficulté demeure rare, en fait, depuis sa création en 1998 et jusqu'à 2006, le tribunal de commerce de Casablanca a connu seulement 48 actions en extension, nombre qui va s'élever à 54 actions de 2007 à 2016.¹⁰

La législation française qui a toujours été la source d'inspiration principale de notre droit, puise ses fondements historiques en ce qui concerne les sanctions applicables aux dirigeants d'entreprise en difficulté et par la suite sa responsabilisation dans le droit romain, ainsi du 2^{-ème} au 5^{-ème} siècle avant JC à

⁹ LYAZAMI N. La prévention des difficultés des entreprises, approche comparative entre le droit Marocain et le droit Français », thèse de doctorat en droit privé, université du sud de Toulon 4 juin 2013. P. 21.

¹⁰ Statistiques émanant du tribunal de commerce de Casablanca, infra. P : 98.

Rome, la loi des 12 tables prévoyait dans le cadre de la « *Manus injectio* » un système de poursuite du débiteur défaillant qui était caractérisé par sa barbarie et son inefficacité d'un point de vue économique pour les créanciers.

En vertu de cette loi, le créancier détenait une action sur l'homme, sur la personne du débiteur. Si le débiteur ne veut pas ou ne peut pas payer sa dette reconnue par un jugement et bien le créancier pourra l'enlever et l'emprisonner dans sa prison privée enchaînée pendant 15 jours. Si le créancier une fois ce délai passé reste impayé il doit en vertu de la procédure introduite par la loi des 12 tables promener le débiteur enchaîné sur les marchés pendant un délai de deux mois, dans l'espoir que celui-ci bénéficiera de la compassion d'un ami ou d'un parent qui désintéressera le créancier en échange de la libération du débiteur.

Si ce chantage reste vain au bout de ce délai de deux mois et bien plusieurs options se présenteront au créancier. Il pourra soit vendre le débiteur comme esclave au-delà du Tibre¹¹ soit le réduire en esclave à son service, soit enfin le tuer et se partager les morceaux de sa dépouille avec d'autres créanciers impayés.

Cette procédure était marquée par deux traits caractéristiques, elle était barbare et inefficace du point de vue des créanciers.

Ce n'est que quatre siècles plus tard que le prêteur par un édit pris en 118 avant JC, créa une nouvelle procédure, une action sur les biens du débiteur, cette action est la *venditio bonoreur* (ou vente des biens).

Cette procédure introduisant un véritable mécanisme de recouvrement, bien que n'étant pas marquée par une cruauté comparable à celle introduite par *l'injectio manum*.

¹¹ (on peut vendre comme esclave un citoyen romain sur le territoire de Rome) (on peut vendre comme esclave un citoyen romain sur le territoire de Rome) La pratique était courante en droit romain.

Le droit romain ne distingue pas entre le débiteur commerçant et le débiteur non commerçant. Le droit des commerçants apparaîtra véritablement au moyen âge dans les foires. Chaque foire ayant son propre droit et chaque province le sien, la matière commerciale n'a pas échappé au morcellement caractéristique du système juridique de l'ancien droit, morcellement qui perdurera en matière commerciale jusque 1673.¹²

En Italie, à la fin du moyen âge lorsqu'un commerçant cessait ces paiements, son banc à l'assemblée des marchands était brisé (*banca rotta*)¹³, pour bien montrer qu'il n'appartient plus à la communauté.¹⁴

Si à l'origine les sanctions étaient la pierre de voute de la faillite, elles ne sont plus aujourd'hui que l'accessoire d'un édifice monumental que sont les procédures collectives. Et lorsque la loi est entrée en vigueur les magistrats sont allés à l'essentiel en décortiquant toute la procédure et sa complexité technique, laissant momentanément de côté les sanctions.

La dépénalisation des anciennes banqueroutes donnant aux juridictions une charge supplémentaire et leur faisant prendre conscience d'un objectif à atteindre celui d'assainir le tissu économique, cette évolution dans l'application de textes que dans leur interprétation montre le rôle et de la responsabilité des magistrats, d'où l'intérêt de voir tout au long de cette étude la consécration des textes dans la pratique.

¹² www.memoireonline.com consulté le 04/03/2017 à 08h00

¹³ D'où l'expression banqueroute.

¹⁴ Yves Guyon, droit des affaires, tome 2, entreprise en difficulté, redressement judiciaire, faillite, 6^{ème} édition, édition, Economica, paris, 1997. P : 455.

Car la réforme a voulu donner une grande souplesse aux sanctions et elle l'a fait en supprimant les automatismes et en donnant aux tribunaux un champ d'appréciation considérable. Ces derniers peuvent condamner, dispenser, alléger ou ne retenir qu'une partie des sanctions d'où l'importance pratique de notre thème de recherche.

D'un autre coté le dirigeant de la société a toujours eu une place privilégiée ce qui donne à notre sujet l'intérêt théorique qu'il mérite, du fait du rôle très important qu'il occupe tant sur le plan de sauvegarde des intérêts en présence, tant dans le pilotage des opérations de traitement des difficultés qui trébuchent le parcours de l'entreprise.

Sur le plan de la pratique, le dirigeant peut réassurer la continuité, de l'entreprise, en employant tous les moyens pour mener l'entreprise hors du danger, comme il est considéré comme la cause directe de la dégradation de l'état de la société que ce soit pour des causes d'incompétence ou encore à raison de la délinquance de celui-ci.

De nombreuses dispositions dans la loi¹⁵ ont trait aux dirigeants de personnes morales, tant sur leur rémunération que sur leur participation à la continuation de l'activité ou sur l'incessibilité de leurs droits sociaux pendant la période d'observation.

Mais les principales dispositions concernent les sanctions qui leur sont applicables, car il paraît difficile de ne pas impliquer un dirigeant qui aurait conduit son entreprise à la cessation des paiements, ou plus au moins qui aurait fortement contribué à ce qu'elle se trouve dans cet état.

¹⁵ Loi n° 15 – 95 formant code de commerce, promulguée par le dahir n° 1.96. 83 du 15 rabi I 1417 (1^{er} aout 1996), B.O- n° 4415. Tel que modifiée par la loi 73.17.

C'est pourquoi, la loi 15.95 formant code de commerce tel que complétée et modifiée par loi 73.17 à côté de ses buts avoués de sauvegarde de l'entreprise, de maintien de l'emploi et d'apurement du passif, a fait subsister et a renouvelé les sanctions pesant sur les dirigeants fautifs.

Le premier chapitre du titre V du livre V du code de commerce, vise trois sanctions : l'action en comblement de passif qui permet de condamner le dirigeant à supporter tout ou partie du passif social si sa gestion a contribué à la mauvaise situation de la société, l'action en extension de redressement judiciaire permettant de mettre le dirigeant personnellement en état de redressement judiciaire s'il a commis certains faits caractérisés, et la déchéance commerciale, pouvant être prononcée par le tribunal à l'égard du dirigeant fautif et selon des cas précisément énumérés par la loi.

Enfin le chapitre deux réservé exclusivement aux sanctions pénales, traite dans ces articles de 754 à 757, de la banqueroute, sans distinguer si elle est simple ou frauduleuse, et de certains délits pouvant être commis.

Aux termes de cette introduction, une problématique qui s'impose à l'évidence est celle de savoir, dans quelle mesure le législateur marocain a-t-il réussi, à établir un arsenal juridique fiable et efficace, voué à dissuader et à réprimer tout agissement suscitant des difficultés financières menaçant la vie de l'entreprise ?

D'où notre objectif primordiale et prioritaire qui va concerner l'analyse des textes et l'efficacité des sanctions, leur logique et leur adaptation, l'applicabilité de ces mesures et les pouvoirs d'appréciation du tribunal. D'où le rôle important ou modérateur qu'il peut jouer et qui pousse parfois à se demander quelles sont chez les juges les parts d'objectivité et d'arbitraire, dans le cadre de cette étude.

La réponse à cette problématique conduit au plan suivant :

Partie I : La responsabilité patrimoniale des dirigeants de l'entreprise en difficulté (Vers une acception large de la notion de responsabilité)

Partie II : La responsabilité pénale et quasi pénale du dirigeant de l'entreprise en difficulté.

Partie I : La responsabilité patrimoniale des dirigeants de l'entreprise en difficulté (Vers une acception large de la notion de responsabilité)

Pour un dirigeant d'entreprise, les occasions de voir sa responsabilité mise en cause et son patrimoine en péril sont multiples.

La gestion de l'entreprise peut être source de fautes qui peuvent donner lieu à de lourdes sanctions patrimoniales.

La responsabilité du dirigeant peut être engagée à l'occasion de faits découlant de la politique commerciale de l'entreprise, du risque industriel ou commercial, le danger provient « également de la gestion sociale ... ».

En outre, la survenance d'une procédure collective peut être le fait générateur de sanctions patrimoniales (action en comblement et action en extension).

En fait, Une solution classique a toujours assimilé le sort de la société à celui des associés qui sont tenus indéfiniment et solidairement au passif social. Mais qu'en était-il des dirigeants ? Selon les règles du droit commun, ces derniers échappent à toute condamnation.

Le principe veut qu'un dirigeant, personne physique ne puisse être atteint par la procédure collective frappant la société et qu'il ne soit pas ainsi tenu sur son patrimoine des dettes sociales.

Cependant le législateur a retenu un certain nombre de mesures que l'on trouverait dans la loi 73-17¹⁶.

¹⁶ La loi n° 73-17 du 19 Avril 2018, op.cité.

La responsabilité patrimoniale des dirigeants de l'entreprise en difficulté a pour objectif de réparer les dommages causés à l'entreprise et à ces partenaires via un mécanisme de réparation, différent de celui prévu par le droit commun de la responsabilité civile et qui vise à mettre à la charge des dirigeants tout ou partie du passif, ou le cas échéant, de les obliger à supporter l'intégralité de la dette sociale¹⁷.

Ainsi l'indépendance des patrimoines peut disparaître soit parce que le dirigeant est tenu de combler l'insuffisance d'actif, soit parce qu'il a été mis personnellement en redressement judiciaire (chapitre II) ces deux actions ont le grand avantage d'offrir un domaine et un régime qui leur sont communs (chapitre I).

¹⁷ En réalité le mécanisme de réparation instauré par le livre V du c. com est venu pour renforcer tout d'abord le mécanisme de réparation prévu par le droit civil.

Chapitre I : Les normes communes régissant les actions en responsabilité patrimoniale

La responsabilité pécuniaire des dirigeants de l'entreprise en cas de procédure collective, est régie par l'article 736 du code de commerce, elle est prévue spécialement pour les dirigeants des personnes morales. L'intitulé du titre V¹⁸ à savoir les sanctions à l'égard des dirigeants de l'entreprise est révélateur, et cela se comprend, puisque le dirigeant d'une exploitation individuelle est responsable du passif de son entreprise et se trouve du même coup personnellement en redressement judiciaire¹⁹. Elle se traduit dans la pratique par l'action en comblement de l'insuffisance d'actif et l'action en extension de la procédure.

A l'article 736 précédemment cité, on peut ajouter l'article 546 du même code de portée plus générale. Selon cet article, les procédures collectives sont applicables aux commerçants personnes physiques et aux sociétés commerciales. S'agissant des sociétés, elles entrent toutes dans le champ d'application de la loi 73-17 dès lors qu'elles sont de droit privé, qu'elles soient civiles ou commerciales à condition qu'elles aient la personnalité morale. Alors la reconnaissance de la personnalité morale au groupement débiteur est le préalable à l'application du redressement judiciaire, de même le redressement judiciaire est le préalable à la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant.

L'adoption de la loi 73 -17 a modifié la finalité juridique de la procédure collective, en fait l'objectif primordial selon cette loi est de sauvegarder l'entreprise plutôt que de sanctionner le débiteur défaillant (section I).

¹⁸ Le Titre V du livre V de la loi 15-95 tel que modifié est complété par la loi 73-17.

¹⁹ Y. CHAPUT : droit du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprise, 2^{ème} édition PUF, 1990. P : 396.

De ce chaînon, prenons les deux extrémités qui sont les deux points essentiels de l'article 736 du code de commerce sur d'une part les dirigeants (section II) et d'autre part la personnalité morale (section I), à cela il faut ajouter le régime procédural que le législateur a voulu commun aux sanctions (section III).

Section I : La procédure de sauvegarde, le passage d'un droit sanctionnateur à un droit (préventif et curatif)

Le droit des procédures collectives, est une terre de conflits ²⁰. Il ne parvient pas à sauvegarder tous les intérêts en présence, de manière égale.

Aucune époque n'a réussi cet effort, aucun pays n'a trouvé la solution pour régler harmonieusement, à la satisfaction de tous les intérêts en cause, si l'on considère la politique juridique de la procédure collective comme étant tous les moyens de droit mis en œuvre pour rechercher les finalités des procédures collectives, il apparaît que la sanction voire la responsabilité constitue un de ces moyens, elle l'accompagne au gré des évolutions législatives et des finalités qui y sont attachées.

L'évolution du droit des faillites vers un droit des entreprises en difficulté a modifié la matière dont l'objectif primordial est de sauvegarder l'entreprise plutôt que de sanctionner le débiteur défaillant « cet objectif posé, le droit des entreprises en difficulté s'est progressivement doté d'instruments pour tenter de l'atteindre »

Alors la place de la sanction patrimoniale dans la procédure de sauvegarde est absente ceci dit par opposition aux anciennes procédures, pour parvenir à ce constat nous avons traité dans un premier lieu, la procédure de sauvegarde comme

²⁰ Les entreprises en difficulté : terre de conflits, synthèse nécessaires des intérêts contraires » colloque organisé par l'association droit et commerce à Déauville les 29 et 30 mars 2008. P: 1689 et s.

nouveau mécanisme préventif de l'entreprise en difficulté, (sous-section I) avant de voir une possibilité d'adéquation entre les effets de la procédure collective et l'utilisation des actions patrimoniales (sous-section II).

Sous-section I : La procédure de sauvegarde comme nouveau mécanisme préventif des difficultés de l'entreprise.

Le législateur à travers la loi 73/17 a fait le choix de ne pas rompre avec les principes posés par la loi antérieure,²¹ mais seulement de corriger les imperfections des procédures existantes. En effet, l'objectif principal demeure inchangé : le sauvetage de l'entreprise est au cœur de ces procédures, mais il demeure également une certaine continuité dans l'anticipation puisqu'il faut agir le plus tôt possible afin de détecter les difficultés et les traiter de la meilleure façon possible.

De plus la finalité exclusivement économique de la procédure de sauvegarde est incontestable²² .

La procédure de sauvegarde est définie à l'article 560, comme celle pouvant être ouverte à la demande d'un débiteur, lequel ne doit pas être en état de cessation des paiements, mais qui justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. elle est destinée à permettre une poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, à ce titre, il s'agit de la procédure la moins contraignante ²³.

²¹ La loi 15/ 95 formant code de commerce, op.cité.

²² Sarah Donjon, la procédure de sauvegarde accélérée, master en droit des affaires, université de reims champagne – Ardenne, 2014-2015. P : 13.

²³ Article 560 de la loi 73-17, op. cité.

Afin de préciser la politique juridique posée par le législateur à travers la procédure de sauvegarde nous avons déterminé dans un premier lieu les conditions et effets d'ouverture de la procédure de sauvegarde (paragraphe I) avant de tracer ces étapes clefs (Paragraphe II).

Paragraphe I : Conditions et effets d'ouverture de la procédure de sauvegarde

Avant de se pencher sur l'étude des effets de la procédure de sauvegarde (2) la détermination de ces conditions de fond et de forme (1) est essentielle.

1-Les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde

Il y a lieu de distinguer entre les conditions de fond (a) et de forme (b)

a-Les conditions de fonds.

En principe, la procédure de sauvegarde peut être sollicitée par le débiteur même s'il n'est pas encore en cessation de paiement, dès qu'il passe par des difficultés insurmontables qui peuvent le conduire en cessation de paiement dans un bref délai. Ainsi le débiteur doit respecter certaines conditions de forme lors de la saisine du tribunal en demandant l'ouverture de la procédure de sauvegarde²⁴.

La procédure de sauvegarde ne concerne, d'une part, que les commerçants personnes physiques, exerçant habituellement ou professionnellement l'une des activités énumérées par l'art 6 du code de commerce. D'autre part, les sociétés commerciales.²⁵

En outre, Pour que le chef de l'entreprise puisse demander l'ouverture de la procédure de sauvegarde en faveur de son entreprise, cette dernière ne doit pas

²⁴ Art 561 de la loi 73.17, op.cité.

²⁵ Art 546 de la loi 73.17, op.cité.

être en état de cessation de paiement comme le prévoit clairement l'article 561 de la loi n ° 73-17 qui dispose que : « la procédure de sauvegarde peut être ouverte sur demande de toute entreprise qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter de nature à la conduire à la cessation des paiements. »

Alors, pour que le débiteur puisse bénéficier d'une sauvegarde, il faut qu'il établisse qu'il n'était pas en cessation de paiements mais qu'il était confronté à des difficultés qu'il n'était pas en mesure de surmonter et qui étaient de nature à le conduire à la cessation des paiements²⁶.

Toutefois, la preuve de la non cessation des paiements pose plusieurs problèmes dans la pratique, Etant donné que La preuve que le débiteur n'est pas en état de cessation de paiement, preuve d'un fait portant négatif incombe sur le demandeur. Ainsi, le tribunal a d'autres moyens pour vérifier les prétentions du demandeur et de prouver qu'il n'est pas en état de cessation de paiement , ces moyens sont cités dans l'art 552 de la loi n ° 73-17 qui dispose que « le président du tribunal peut nonobstant toute disposition législative contraire , obtenir communication par le commissaire aux comptes s'il en existe , le représentant des salariés , les administrations de l'Etat et les autres personnes de droit public , les établissements de crédits et les organismes assimilés ,les organismes financières ou toute autre partie , des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.

En effet, par difficultés, il faut entendre toutes les difficultés juridiques, sociales économiques, ou financières, ou de toute autre nature. Toutes ses difficultés peuvent justifier l'ouverture de la sauvegarde dès que le débiteur ne

²⁶ Anne CHARVERIAT et Stéphane MARTIN, réforme des procédures, collectives, Français LEFEBVRE 2009. P : 32.

-Voir dans le même sens Julie Grandie, les aspects patrimoniaux du droit des entreprises en difficultés, la place du patrimoine du débiteur en procédures collectives, Master II, droit du patrimoine, parcours ingénierie juridique du patrimoine université de la réunion, faculté de droit des sciences politiques, 2016 – 2017. P : 5.

peut les surmonter. Autrement dit, il doit être impossible au débiteur dans les conditions classiques, c'est à sans recourir à la protection judiciaire « parapluie de la procédure » qui lui permet d'obtenir remises et délais, de redresse situation²⁷.

b- Les conditions de forme.

Ces conditions de forme consistent dans le dépôt d'une demande accompagnée d'un document, le règlement de frais et la présentation d'un projet de plan de sauvegarde²⁸.

D'abord, La procédure de sauvegarde est une procédure volontaire autrement dit, seul le débiteur peut demander l'ouverture de cette procédure.

En effet, il résulte de l'article 561²⁹ que le chef de l'entreprise doit déposer sa demande au secrétariat greffe de tribunal compétent, exposant la nature des faits compromettants la poursuite de l'activité de l'entreprise. Donc, est nécessaire pour qu'un débiteur soit bénéficié de telle ou telle procédure collective et surtout de la procédure de sauvegarde, de présenter une demande d'ouverture auprès du secrétariat greffe tribunal compétent.

Ensuite, Le débiteur doit accompagner sa demande par d'autres documents prévus par l'art 577³⁰, à savoir.

- Les états de synthèse de la dernière année comptable visée par le commissaire aux comptes s'il en existe ;
- L'inventaire et l'évaluation de tous les biens meubles et immeubles de l'entreprise ;
- La liste des créanciers avec la précision de leurs adresses, le montant de leurs créances, les garanties accordées

²⁷Pierre Michel LECORRE, *op.cit.* P : 342.

²⁸ Voire dans ce sens : Abdelkader Ben Adou, « regard autour de la procédure de sauvegarde, la nouveauté du livre V relatif aux difficultés des entreprises » revue du conseil juridique, n° 6, 2019. P : 103.

²⁹ Art 561 de la loi 73.17, *op.cité.*

³⁰ Art 577 de la loi 73.17, *op.cité.*

- La liste des débiteurs avec la précision de leurs adresses, le montant de leurs dettes les garanties accordées ;
- La liste des débiteurs avec la précision de leurs adresses, le montant de leurs dettes, les garanties accordées ,
- Le tableau des charges ;
- La liste des salariés et de leur représentant le cas échéant ;
- Extrait du modèle 7 du registre de commerce ,
- La situation de la balance de l'entreprise pour les trois derniers mois,

En outre, Tous ces documents doivent être datés, signés et certifiés, sincères et véritables par le débiteur.

Dans le cas où l'un ou l'autre de ces documents susmentionnés n'ai pas fourni ou ne peut l'être qu'incomplètement, le tribunal met en demeure le chef de l'entreprise de fournir ou compléter le dit document.

Par ailleurs, le chef de l'entreprise peut présenter d'autres documents qui permettent de clarifier la nature des difficultés à lesquelles est confrontée l'entreprise.

Aux termes de l'art 562³¹ de la loi 73-17, le débiteur doit joindre à sa demande un projet de plan de sauvegarde, ce projet doit déterminer les engagements nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise, les moyens de maintenir son activité et ses financements, les modalités d'apurement du passif, ainsi que les garanties accordées pour l'exécution dudit plan.

Lors de la demande d'ouverture de la procédure, le président du tribunal fixe le montant couvrant les frais de la procédure et par conséquent le chef d'entreprise doit, sans délai, déposer cette somme à la caisse du tribunal.

³¹ Art 562 de la loi 73.17 ; op.cité.

2-Les effets d'ouverture de la procédure de sauvegarde

Le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde vise à produire une pluralité d'effets à caractère provisoire, il s'agit donc de :

a-La suspension provisoire des poursuites

Concernant la suspension des poursuites, le créancier ne pourra à ce stade ni demander la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent par une procédure d'injonction de payer ou de référé-provisoire, ni pratiquer une quelconque saisie³².

Conformément aux dispositions de l'article 686 du code de commerce marocain, le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, vise essentiellement à suspendre ou interdire toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement audit jugement et tendant :

- A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;
- A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

b-L'interdiction des paiements

Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture (sauf compulsation de créances connexes).

Les créances postérieures au jugement d'ouverture nées pour les besoins du déroulement de la procédure, de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance.

Le jugement d'ouverture emporte interdiction de payer toutes les autres créances nées après le jugement d'ouverture³³.

³² ZAOUI Ismail, : le recouvrement des créances bancaires , mémoire pour l'obtention du diplôme du Master , juriste d'affaires , F.S.J.E.S-FES, 2014-2015. P : 41.

³³ Art 690 du c.com, op.cité.

Cette mesure a un impact sur la trésorerie de l'entreprise, en transformant les dettes à court terme en dettes à moyen et long terme.

c-La continuation des contrats en cours

Le principe de continuation des contrats en cours constitue l'une des pièces maîtresses du sauvetage de l'entreprise en procédure de sauvegarde. Ce principe déroge au principe général du droit commun, il organise le maintien forcé des relations contractuelles, en paralysant le jeu de la résolution pour inexécution ainsi que celui de l'exception d'inexécution, propre aux contrats synallagmatiques. En d'autres termes, l'inexécution antérieure du contrat ne constitue pas un obstacle à sa continuation³⁴.

d-L'interdiction de l'inscription des sûretés

Le code de commerce précise que les hypothèques, nantissements, privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture³⁵. Ces opérations des inscriptions ne peuvent être faites que par le syndic, ce dernier qui a la qualité pour inscrire au nom de l'entreprise toute hypothèque, nantissement, gage ou tout privilège. Les anciennes inscriptions sont renouvelées (cas du nantissement du fonds de commerce et du matériel).

•L'assemblée des créanciers :

Madame BALBOUL K. estime que la vision du législateur marocain en matière des procédures collectives étant toujours marquée par l'asservissement du paiement des créanciers, en tant qu'intérêt particulier, au maintien de l'activité viable en tant qu'intérêt général, le législateur a déployé des moyens efficaces et des techniques juridiques au service de cette vision aussi bien au niveau de la phase préventive qu'au niveau des procédures de redressement judiciaire. Ces

³⁴ COQUELET Marie-Laure, *Entreprises en difficulté : instrument de paiement et de crédit* ,, éd., Dalloz, 3ème éd. P : 157 & s.

³⁵ Article 699, C.Com.

techniques juridiques en faveur de la protection de l'entreprise, s'avèrent en réalité de véritables contraintes aux droits des créanciers³⁶.

La tentative de rééquilibrage en faveur des créanciers, exprime l'adoption pour la première fois, d'un organisme représentatif des créanciers, nommé « l'assemblée des créanciers », visant à assurer une participation des créanciers au niveau de la prise de décisions.

L'assemblée des créanciers est créée dès qu'il y a redressement judiciaire. Cette nouvelle instance concerne exclusivement les sociétés tenues d'avoir un commissaire aux comptes ou dont le chiffre d'affaires dépasse 25 millions de DH. Autre condition, l'entreprise doit compter pas moins de 25 salariés durant l'année précédant l'ouverture du redressement judiciaire. L'assemblée des créanciers peut également être créée sur demande du syndic judiciaire. Dans ce cas-là, la décision du tribunal n'est susceptible d'aucun recours. L'assemblée des créanciers délibère notamment sur le projet de redressement judiciaire proposé par leur soin. Elle peut aussi « modifier les objectifs et les moyens » utilisés pour préserver la continuité de l'activité de l'entreprise. Le changement du syndic judiciaire ou la vente d'un ou plusieurs actifs de l'entreprise en difficulté relèvent aussi de ses prérogatives. L'assemblée des créanciers compte le syndic comme président, le chef d'entreprise et les créanciers figurant sur la liste des créances déclarées au syndic judiciaire.³⁷

³⁶ BALBOUL Kaoutar, « Réflexions sur les droits des créanciers à la lumière de la loi n° 73-17 sur les entreprises en difficulté », Revue juridique des recherches électroniques R.J.R.E, n° 3, 2019. P : 90.

³⁷ FAQUIHI Faical, « Entreprises en difficulté : Le nouveau mécanisme est en place », édition n° :5259, <https://www.leconomiste.com/article/1027385-entreprises-en-difficulte-le-nouveau-mecanisme-est-en-place>(consulté le 08.08.2019).

Paragraphe II : Les étapes clefs de la procédure de sauvegarde

L'ouverture de la procédure de sauvegarde passe nécessairement par quatre étapes il s'agit en fait de l'ouverture de la procédure de sauvegarde (1) l'élaboration du plan de sauvegarde (2) Établissement et arrêt du plan de sauvegarde de l'entreprise (3).

1-Ouverture de la procédure de sauvegarde

Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure après avoir entendu le débiteur et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, Il peut également entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile ou charger un juge de recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise. Ce magistrat peut lui-même se faire assister d'un expert de son choix.

Remarque : la présence du ministère public est obligatoire lors de l'ouverture de la procédure lorsque le débiteur bénéficie ou a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les 18 mois qui ont précédé. Dans ce cas, le tribunal peut d'office ou à la demande du ministère public, obtenir communication des pièces et actes relatifs au mandat ad hoc ou à la conciliation.

Le tribunal rend un jugement d'ouverture dans lequel il désigne le juge-commissaire mais aussi deux mandataires de justice : un mandataire judiciaire qui a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ; un administrateur judiciaire chargé de surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister dans ses actes de gestion.

Remarque toutefois, le tribunal n'est pas tenu de désigner un administrateur judiciaire lorsque la procédure est ouverte à l'égard d'une entreprise dont le nombre de salariés est inférieur à vingt et le chiffre d'affaires hors taxe à 3 millions d'euros.

Le débiteur a désormais la possibilité de proposer un administrateur à la désignation du tribunal.

Le jugement est ensuite notifié au débiteur par le greffier dans les huit jours de la date du jugement qui en adresse également copie à l'administrateur et au mandataire judiciaire désignés, au procureur de la République, au trésorier-payeur général du département dans lequel le débiteur a son siège et, en cas de pluralité d'établissements, à celui du département où se trouve le principal établissement.

Le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde est mentionné au registre du commerce et des sociétés. Le greffier procède d'office aux formalités de publicité dans les quinze jours de la date du jugement .³⁸

2-L'élaboration du plan de sauvegarde

Bilan économique et social de l'entreprise concernée par la procédure de sauvegarde

L'administrateur établit le bilan économique et social de l'entreprise qui précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise. Au vu du bilan économique et social et le cas échéant, environnemental, le débiteur avec le concours de l'administrateur propose un plan. De son côté, le mandataire judiciaire dresse la liste des créances déclarées qu'il transmet au juge-commissaire.

3-Établissement et arrêt du plan de sauvegarde de l'entreprise

Le plan est adopté par le tribunal. Il indique d'abord les mesures économiques de réorganisation de l'entreprise qui peut comporter l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités. Le plan de sauvegarde

³⁸ Voir dans ce sens Harti Omari, la procédure de sauvegarde dans le droit marocain et comparé, master justice d'affaire, 2014-2015, p. 26.

prévoit les modalités de règlement des dettes, déduction faite des délais et remises consentis par les créanciers.

Lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal arrête un plan qui met fin à la période d'observation.

4-Exécution du plan de sauvegarde

Le tribunal nomme l'administrateur ou le mandataire judiciaire en qualité de commissaire chargé de veiller à l'exécution du plan. Si le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan, le tribunal qui a arrêté le plan peut, après avis du ministère public, en décider la résolution.

Lorsque les difficultés qui ont justifié la procédure de sauvegarde ont disparu, le tribunal clôt la procédure, à la demande du commissaire chargé de l'exécution du plan, du débiteur ou de tout intéressé³⁹

Sous-section II : Quelle adéquation entre les effets de la procédure collective et l'utilisation des actions patrimoniales ?

Les rapports qu'entraînent les deux matières, mettent en évidence l'idée selon laquelle la répression, voire la responsabilisation est mise au service de la procédure collective, toutefois, avec la loi 73.17, la procédure de sauvegarde n'a pas une nature contentieuse guidée par le souci de sanctionner le dirigeant malchanceux ou maladroit, (paragraphe I) toutefois les procédures de traitement gardent toujours leur aspect répressif (paragraphe II)

Paragraphe 1 : finalité de la sauvegarde et actions patrimoniales

Les finalités de la procédure de sauvegarde sont la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif dans le souci de réorganiser l'entreprise et assurer sa survie, ceci dit, aucune action patrimoniale

³⁹ Harti Omari, la procédure de sauvegarde dans le droit marocain et comparé, master justice d'affaire, op. cité. P : 28.

ne peut être intentée à l'égard du dirigeant pendant cette procédure (paragraphe I) aussi l'éviction du dirigeant au cours de cette procédure n'est plus envisageable (paragraphe II)

1-L'absence d'action en responsabilité patrimoniale dans la procédure de sauvegarde

La sauvegarde est une procédure relativement souple qui va permettre au dirigeant de rebondir en lui évitant les sanctions les plus sévères du droit des procédures collectives.

Tout d'abord, aucune sanction patrimoniale ne sera appliquée au dirigeant.

En outre, il ne sera pas possible d'évincer le chef d'entreprise des fonctions de direction de sa société tout comme il ne sera pas possible de reconsidérer sa rémunération.

En revanche, même si le dirigeant dispose d'une relative liberté dans la prise de ces décisions, certains actes seront interdits, il lui sera par exemple interdit de payer les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture même s'il considère qu'ils sont nécessaires au maintien de l'activité.

La procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Alors dans quelle mesure les actions en responsabilité patrimoniales du seront-elles utilisées pour faciliter la réorganisation de l'entreprise dans le but d'atteindre les objectifs de la sauvegarde ? à savoir la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, elles ne le seront pas aucune action spécifique n'est prévue pour le débiteur en sauvegarde. Il ne faut pas pour autant en conclure que le dirigeant en sauvegarde bénéficie d'une immunité, au contraire, sa faute l'obligera à réparer le préjudice dans les conditions de droit commun.

Mais si l'on considère que la réorganisation est le principal objectif de la

procédure de sauvegarde, à ce titre il ne faudrait pas que la responsabilité civile la perturbe en privant l'entreprise de fonds qui seraient nécessaires à cette poursuite. En effet, le dirigeant en sauvegarde, n'est pas dessaisi de ses pouvoirs sur son patrimoine, de sorte que l'exercice d'une action en responsabilité à son encontre ne bénéficierait pas aux créanciers et pourrait à terme menacer le maintien de l'emploi.

On cherche à inciter les dirigeants, à demander beaucoup plus rapidement des aides afin d'éviter de se retrouver dans le cadre d'une procédure collective.

Il y a donc un lien entre la prévention la responsabilité et le fait que les débiteurs viennent demander de l'aide plus rapidement. En effet, cette démarche est susceptible de les mettre à l'abri d'une responsabilité ⁴⁰ .

2-L'éviction du dirigeant n'est plus envisageable

L'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant. Il est habilité à administrer, exercer des actes de gestion seulement, il ne peut agir que sur le contrôle du syndic et du juge commissaire pour tous les actes d'exécution du plan de sauvegarde ⁴¹, l'ouverture de la procédure de la procédure de sauvegarde n'entraîne pas le dessaisissement du débiteur.

Au cours de la période de préparation de la solution, le dirigeant ne peut être dessaisi de ces prérogatives de direction de l'entreprise, le maintien en place du dirigeant est justifié, il sera anodin que le juge procède au bouleversement de la direction d'une entreprise qui n'est pas défaillante. De même, il paraît judicieux que le dirigeant continue à gérer l'entreprise puisqu'il a su traiter en amont les difficultés. Donc, toute initiative tendant à lui ôter cette prérogative, sera réputée inopportune, voire fâcheuse.

⁴⁰ Voir dans ce sens O. Bouru « quelle place pour les sanctions civiles et pénales en droit des procédures collectives ? » Rev. Proc. Coll, septembre 2009, n° 5. P :20.

⁴¹ Lahsen Al Iwad, « la loi 73 – 17 modifiant et complétant le livre V du code de commerce, les aspects de changement », Revue de conseil juridique numéro 6 – mars 2019. P : 28.

De surcroît, la saisine du tribunal en vue de bénéficier d'une procédure de sauvegarde est laissée à la seule initiative du débiteur, à l'exclusion des créanciers ou de toute personne intéressée. C'est une procédure volontaire, préventive qui vise l'empêchement de la prolifération des difficultés, comme elle tend à la prévention d'une cessation de paiement imminente.

Selon l'article 577 le débiteur est obligé de mettre à la disposition du syndic et du juge commissaire une liste exhaustive des biens de l'entreprise grevés de sûretés, ainsi que tout son actif et les droits qui peuvent faire objet d'action en revendication ou des actions obliques de la part de leurs titulaires.⁴²

Paragraphe II : les finalités de traitement et actions patrimoniales

Le traitement des difficultés, par le redressement et la liquidation judiciaire faisait figure d'objectif primordial des procédures collectives.

Ces procédures, doivent concilier une double contrainte liée à l'économie et à la préservation de l'intérêt général, cependant l'aspect répressif reste omniprésent à la fois dans la procédure de redressement judiciaire (1) et de la liquidation judiciaire.

1-Redressement judiciaire et actions patrimoniales, quelle adéquation ?

A la différence de la procédure de sauvegarde, le redressement judiciaire concerne des entreprises qui sont en état de cessation des paiements, c'est-à-dire qui ne sont plus en mesure de payer leurs dettes à bonne date.

Grace à cette procédure, l'entreprise peut continuer à exercer son activité, purger ses dettes et maintenir l'emploi de ses salariés.

Autrement dit le redressement judiciaire est destiné à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du

⁴² Art 577 du C. com ; tel que complète et modifié par la loi 73.17. op.cité.

passif.

Ces trois objectifs, ne sont plus la conséquence de la réorganisation de l'entreprise. Quelle est donc la cause de ces finalités en redressement judiciaire ? selon Maxime COTTIGNY, il s'agit de l'état de cessation des paiements du débiteur⁴³ manifesté par l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, en fait cette impossibilité, écarte la facilité de la réorganisation mais n'est pas synonyme d'impossibilité ». Elle implique la nécessité de recourir à des actes qui ne relèvent pas de la gestion normale.

L'article 738 ⁴⁴dispose que : lorsque la procédure de redressement ou de liquidation 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 en partie, avec ou sans solidarité par tous les dirigeants ou seulement certains d'entre eux.

En outre, ce texte permet d'éviter que les dirigeants, se sachant menacés par une future condamnation pécuniaire « ne profitent du temps séparant leur assignation de leur condamnation pour vider l'actif du patrimoine. Ces mesures conservatoires, préventives apparaissent comme une créance de dommages et intérêts déguisés qu'il faut s'empresser de soustraire à la procédure collective, puisque le débiteur pour lequel est ouverte une procédure de redressement judiciaire n'est, par principe, pas dessaisi des droits et actions qui concernent son patrimoine.

Enfin, le caractère « utile » de la mesure conservatoire implique qu'elle servira les finalités de la procédure collective, c'est-à-dire le maintien de l'activité, le paiement des créanciers et le cas échéant, l'apurement du passif.

⁴³ Maxime COTTIGNY, responsabilité civile et procédures collective , thèse de doctorat, université lile 2 ; 2016. P: 27.

⁴⁴ Art 738 de la loi 73. 17 op.cité.

2-Redressement judiciaire et actions patrimoniales

La procédure de liquidation judiciaire est une procédure collective destinée aux entreprises qui rencontrent des difficultés et dont la situation est irrémédiablement compromise. La liquidation judiciaire a vocation à désintéresser les créanciers pour pouvoir mettre fin de manière définitive à l'entreprise.

L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire est prononcée par le tribunal lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements et que sa situation est jugée irrémédiablement compromise.

Cette procédure tend donc à mettre un terme à une activité économique détériorée qu'elle est insusceptible d'un redressement quelconque. Elle remplit alors une fonction purement financière⁴⁵

Or, les actions en responsabilité patrimoniale, applicable au cours de cette procédure, permettent de sanctionner le comportement fautif du dirigeant. En effet la réparation ne peut pas à elle seule expliquer la finalité de cette action en responsabilité, car ayant contribué aux difficultés qui ont comme conséquence grave la fin de l'activité, Le débiteur doit au-delà de la réparation, être sanctionnée⁴⁶.

Section II : Les entités entrant dans le cadre de la responsabilité « un régime vers plus d'accessibilité »

S'agissant des responsabilités encourues par le dirigeant, et par référence à l'article 736⁴⁷, le législateur vise les dirigeants d'entreprise commerciale. Par définition l'entreprise est une entité juridique dotée de la personnalité morale

⁴⁵ C. saint-Alary-houin, droit des entreprises, en difficulté p : 743

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ L'art 736 de la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

Un groupement ne peut faire l'objet d'une procédure collective que s'il possède la personnalité morale qu'il peut acquérir par une reconnaissance légale.

Dans ce cadre, il nous faut dépasser tout débat sur la fictivité ou la réalité de la personne morale car le système même de la fiction n'est pas admissible. Ce système assimile l'idée de personnalité morale à une personne réelle tel qu'un être humain et toute assimilation à autre chose relève de la fiction juridique. En admettant la personne morale, le législateur traite en personnes réelles des personnes qui sont fictives. Ce qui revient à de la pure création légale⁴⁸.

Dans un but de clarification et afin de mieux comprendre la conception moderne de la personnalité morale appliquée aux procédures collectives, nous allons nous intéresser aux catégories des personnes morales visées par le législateur dans l'article 736 (Sous-section I) avant de se pencher sur les conséquences qui peuvent en résulter (Sous-section II).

Sous-section I : Nature de la personne morale

Toujours dans le cadre des responsabilités encourues par les dirigeants, le dispositif mis en place par le législateur ne varie pas par rapport à la notion générale de l'article 546 du code de commerce⁴⁹.

Si dans tous les cas, le redressement judiciaire devra être prononcé contre toute entreprise commerciale, c'est-à-dire contre toute personne morale de droit privé exerçant une activité commerciale, l'article 736 du même code ne rajoute pas d'autres précisions, d'où la nécessité d'étudier la notion de personnes morales de droit privé (P I) avant de préciser son caractère commercial (PII) .

⁴⁸ F.C. de servigny, histoire du droit Romain au moyen –Age, imprimerie de E. Bdelanchy, Bue du Faubourg Mintrmarire, Tome II, 1939. P : 223.

⁴⁹ L'art 564 de la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

Paragraphe I : personnes morales de droit privé

La notion de personne morale de droit privé semble trop générale d'autant que le législateur n'y a apporté aucun qualificatif qui permettrait d'y préciser.

En conséquence, il convient ici de déterminer dans un souci de clarté et d'exhaustivité, les règles relatives à son existence (1) ainsi qu'à sa nature.

1-L'existence de la personne morale

Nous allons nous intéresser tout d'abord à la naissance de la personne morale

(a) avant de préciser sa nature (b).

a-Naissance de la personne morale

La création de la personne morale passe par différentes étapes, il y a d'abord une phase de fondation au cours de laquelle, les futurs associés engagent de façon plus ou moins formelle des pourparlers pouvant se traduire par un contrat de principe. Mais, il s'agit là d'un avant contrat. Tant que l'acte de société n'est pas signé, les associés ne sont pas engagés dans un contrat de société. Dès lors, celui qui, abusivement, ne respecte pas une promesse de s'associer engagerait sa responsabilité sans pouvoir l'obliger à faire partie de la société. A partir de la rédaction des statuts et de leur signature, la question de la naissance de la personnalité morale peut se poser.

La solution apportée en droit marocain est claire. En fait, au terme de l'article 3 de la loi 17- 95⁵⁰ qui a été modifié et complété par la loi 20-05⁵¹, la durée de la société court à dater de l'immatriculation de celle-ci au registre de commerce, dans le même sens l'article 7 prévoit expressément que les sociétés

⁵⁰ La loi n° 1995-17 relative aux sociétés anonymes, promulguée par le dahir n° 1-96-124 du Rabii Ii 1417 (30Aout 1996).

⁵¹ La loi n° 20- 05, promulguée par le Dahir n°1-08-18 du 17 Joumada (23 mai 2008).

anonymes jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre de commerce.

Ainsi, avec la signature des statuts, la société est constituée, mais elle n'a pas la personnalité morale. Alors pour les sociétés commerciales, l'octroi de la personnalité morale est subordonné à une immatriculation au registre du commerce, depuis que cette formalité est exigée, la question du moment de la naissance de la personnalité morale ne donne plus lieu à discussion, l'exigence d'une personne morale par le législateur commercialiste implique d'une part que l'obligation de combler le passif n'est pas applicable à une personne qui a collaboré avec un débiteur personne physique, mis en redressement judiciaire⁵², et d'autre part, les sociétés non immatriculées, les sociétés en participation, les sociétés créées de fait est les sociétés en instance d'immatriculation n'ont pas la personnalité morale et ne sont donc normalement pas atteintes par les procédures collectives⁵³.

b-Nature de la personne morale

Il nous faut dépasser tout débat sur la fictivité ou la réalité de la personne morale car, le système même de la fiction n'est pas admissible. Ce système assimile l'idée de personnalité morale à une personne réelle telle qu'un être humain et toute assimilation à autre chose relève de la fiction juridique.

En admettant la personne morale, le législateur traite en personne réelle des personnes qui sont fictives ce qui revient à de la pure création légale.

Or, si l'homme seul est une personne réelle, il faut concevoir la personnalité morale comme une masse de biens sans un sujet auquel elle appartient. C'est à cette masse à ce patrimoine que l'on fera jouer le rôle d'une

⁵² Y. GUYON, droit des affaires entreprise en difficulté, redressement judiciaire, faillite Economica, 9^{ème} édition, P : 90.

⁵³ J.P SORTAIS, J.C HALLOUN, les sociétés, non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaire JCIP 1989. P : 341.

personne morale et il est difficilement imaginable que dans notre société elle puisse ne pas exister.

Si la théorie de la fiction semble être naturelle et simplifie les choses, elle ne les résout en aucune façon car elle fait de la personne morale un incapable qui a toujours besoin d'être représentée.

C'est ainsi qu'apparut à la fin du XIX^{ème} siècle, la théorie de la réalité. Théorie développée en Allemagne et selon laquelle un groupement doit être traité comme une personne juridique, parce qu'il a, lui aussi, une conscience et une volonté collective⁵⁴.

La dernière théorie est tombée en désuétude pour laisser place à des théories plus modernes, telle que la théorie du patrimoine d'affectation, qui connaît des applications importantes pour les fameuses entreprises individuelles, voire pour les fondations et les entreprises nationales.

Cette théorie qui nous semble être trop réduite, parce qu'elle ramène la personnalité morale à une simple possession de biens, alors qu'elle doit avoir une volonté autonome pour la défense de ses intérêts.

C'est pourquoi la seule théorie qui nous semble valable à l'heure actuelle est celle de la réalité technique.

La personne morale correspond ici à la défense d'intérêts collectifs, de telle sorte que chaque fois qu'un groupement possède des intérêts propres et un patrimoine qui lui est personnel, la création des droits qui va en résulter ne peut reposer que sur une personne morale.

Aujourd'hui la controverse a perdu de son intérêt, et on ne peut que

⁵⁴ A notre sens, il faudrait éviter de s'enfermer dans le terme de volonté collective si non la théorie est fautive en application des textes actuels, pourquoi ne pas considérer la famille comme une personne parce qu'exprimant une volonté collective et inversement refuser la personnalité morale aux sociétés unipersonnelles puisqu'elles dépendent de la volonté d'un seul.

souligner la relativité de la personne morale qui dépend tout autant du rôle des pouvoirs publics de la loi et de la jurisprudence.

c-Characterisation

La jurisprudence européenne permet à toutes les personnes morales relevant du droit privé de réclamer le respect de leurs droits garantis devant les instances européennes. Il n'existe donc aucune exception à l'aptitude de ces organisations évoluant sous la juridiction des Etats adhérents, à saisir le juge conventionnel toutes les natures toutes les formes sont bien comprises.

Les personnes morales de droit privé sont les groupements de personnes ou de biens ayant, comme une personne physique, la personnalité juridique et régies par les règles du droit privé. Il s'agit en effet des sociétés et des associations globalement.

La distinction est ici faite en raison de leur but lucratif ou non.

Dans le premier cas, les personnes morales à but lucratif sont des sociétés civiles ou commerciales : les sociétés civiles peuvent être immobilières ou professionnelles, les sociétés commerciales quant à elles, sont de loin les plus présentées dans le contentieux européen des droits de l'homme. On retrouve parmi elles, les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée qui sont les plus nombreux, avec différentes variantes ; on a les sociétés à commandite simple, par action simplifiée et les sociétés en nom collectif, il y a des formes de sociétés assez particulières, notamment les caisses mutuelles de dépôt⁵⁵.

Dans le deuxième cas, celui des personnes morales de droit privé à but non lucratif, il s'agit essentiellement des associations et des fondations auxquels

⁵⁵ K.H. KOKI : les droits fondamentaux des personnes morales dans les conventions européennes des droits de l'homme, thèse de doctorat en droit privé, faculté, de la rochelle, 2011. P :18.

s'ajoutent les groupements syndicaux.

La personne morale est un être juridique à part entière, qui est en principe, totalement détaché de ses auteurs et entièrement distinct de ceux-ci. Elle constitue une entité ou une unité qui a une existence propre ou indépendante de celle de ses composants.

Dotée d'une personnalité juridique l'entité personnifiée est également apte à être titulaire d'un patrimoine propre comprenant les droits et obligations dont elle a personnellement la charge. La personne morale jouit aussi de droits patrimoniaux et extra patrimoniaux tels qu'un nom un régime.⁵⁶

d-Distinction entre personne morale de droit privé et de droit public.

Parmi les personnes morales reconnues par la loi ou la jurisprudence, la présentation classique consiste à distinguer les personnes morales de droit public et de droit privé. Pourquoi cette distinction ? Cela signifie-t-il que la notion de personnalité morale est différente selon que l'on se situe en droit public ou en droit privé ? La distinction est nécessaire, dit-on car les personnes morales de droit public et celles de droit privé ne sont pas issues d'un même procédé.

Le redressement judiciaire ne s'applique qu'aux personnes morales de droit privé⁵⁷. Lorsqu'on parle des personnes morales, elles entrent dans le champ d'application de la loi 15-95 dès lors qu'elles sont de droit privé. La loi du 15.95 en évoquant les personnes morales de droit privé ouvre ici une longue liste cela n'empêche que plusieurs difficultés peuvent surgir car comme le précise Yves Guyon « les frontières entre le droit public et le droit privé sont fluctuantes ».

En fait, on comprend aisément que l'Etat ou une collectivité publique de

⁵⁶ H. PAERELS. Le dépassement de la personnalité morale contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal, thèse de doctorat en droit privé, université de Lille 2, 2009. P : 4.

⁵⁷ Y. GUYON ; droit des affaires Tome 2, entreprise en difficultés, redressement judiciaire faillite 8^{-ème} édition Economisa 2001. P : 130.

type traditionnel (département, commune, université etc...) ne puisse faire l'objet d'un redressement judiciaire. Théoriquement d'ailleurs, la question ne devrait pas se poser car en raison de l'existence d'un contrôle de l'engagement des dépenses, ces personnes morales ne devraient pas pouvoir dépenser plus que les crédits qui leur ont été alloués. Mais, il est devenu banal de constater que beaucoup d'organismes sont à mi distance du droit public et du droit privé, notamment les établissements publics à caractère industriel et commercial, les associations administratives, les organismes professionnels et corporatifs, les associations administratives⁵⁸.

2- Le caractère de droit privé.

Les sociétés demeurent, dans la pratique, les principales et les plus importantes personnes morales de droit privé. D'ailleurs les sociétés se subdivisent en plusieurs catégories.

En effet, la loi distingue entre les sociétés civiles et celles commerciales en se fondant soit sur leur objet soit sur leur forme⁵⁹.

Ainsi sont commerciales les sociétés qui ont soit un objet par référence aux art 6-7 et suivant du code commerce. Soit une forme commerciale⁶⁰.

Parmi les points de distinction les plus intéressants entre les deux types de société est que seules les sociétés commerciales encourent les procédures de traitement et de liquidation judiciaire.

⁵⁸ Y. GUYON, op.cité. P : 131.

⁵⁹ Voir dans ce sens A. SQUALLI, les sociétés commerciales, cours de troisième année de licence en droit privé.

⁶⁰ En France par ailleurs, cette tendance qui distingue entre société civile et société commerciale a disparu à plusieurs niveaux.

Ainsi la loi du 137 1967 a soumis les deux types de sociétés aux procédures collectives. Dans la même sens la loi du 25 du 25-01-1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises s'applique de façon générale à toute personne morale de droit privé.

Paragraphe II : La commercialité de la personne morale

Il y a lieu de distinguer entre les sociétés commerciales par la forme (a) et les sociétés commerciales par l'objet (b).

1- Les sociétés commerciales par la forme

La définition de la société est donnée par l'article 982 du dahir du 12 Aout 1913⁶¹ ; « la société est le 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 ». De cette définition légale, se dégage trois éléments. Des apports effectués par les associés, la vocation de chacun d'eux à participer aux bénéfices et aux pertes réalisées en commun et enfin l'affectio societatis. Les sociétés commerciales présentent en outre des caractéristiques propres définies par la loi 17-95 sur les sociétés anonymes et la loi 5-96⁶² 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. Les sociétés commerciales peuvent être classées sous trois rubriques, les sociétés de personnes, les sociétés de capitaux ou par action et la société à responsabilité limitée.

a- Les sociétés de personnes

Les sociétés de personnes comprennent la société en nom collectif et la société en commandite simple. Ces sociétés sont aussi qualifiées de sociétés par intérêts. Elles se distinguent par les liens étroits qui unissent les associés entre

⁶¹ Dahir du 9 ramadan 1331 (12 Aout 1913) sur l'immatriculation des immeubles (B.O 12 septembre 1913).

Voir dans le même sens De même la loi du 4-1-1978 a prévu l'immatriculation même des sociétés civiles au registre du commerce et des sociétés.

⁶² La loi n° 5-96, promulguée par le Dahir n° 1-97-49 du 5 Chaoual 1417 (13 février 1997), B.O n° 44748.

eux et par le fait que la personnalité morale de l'être social n'est pas complètement dégagée de la personnalité des associés.

Alors, ces sociétés sont appelées ainsi à cause de l'importance que joue théoriquement la personnalité des associés, les principales caractéristiques de leur régime se trouvent dès lors marquées par cet *intuitu personae*.

En effet : Les associés, du moins lorsque la société est commerciale, sont eux même considérés comme étant commerçants.

Ils sont tenus indéfiniment des dettes sociales communes si la personnalité morale de la société était transparente juridiquement. Il s'agit là, bien évidemment, d'un réel inconvénient, qui rapproche la situation de ces associés, sous l'angle patrimonial, de celle d'un entrepreneur individuel.

Cette responsabilité est indéfinie et solidaire dans les sociétés commerciales de personnes (ce qui signifie que l'associé poursuivi va répondre sur l'ensemble de ses biens personnels de l'intégralité du passif de la société, les créanciers sociaux n'étant pas tenus de diviser leurs poursuites). Elle n'est que conjointe dans la société civile (ce qui signifie que si les associés doivent également répondre des dettes sociales sur l'ensemble de leurs biens personnels, ils ne peuvent être poursuivis qu'à proportion de la fraction du capital social qu'ils détiennent, les créanciers sociaux devant dès lors diviser leurs poursuites).

Les droits des associés sont représentés par des parts sociales qui ne sont ni librement cessibles, ni négociables, les sociétés de personnes pouvant donc être considérées comme des sociétés fermées, desquelles il est difficile de sortir, ce qui apparaît assez logique dans la mesure où elles sont théoriquement dominées par *l'intuitu personae*.

Dans le même esprit, certains événements graves affectant la personne d'un associé, tel qu'un décès, une incapacité ou la faillite, mettent en principe fin

à la société, du moins s'il s'agit d'une société commerciale de personne⁶³.

b- Les sociétés de capitaux ou par action

Ce sont des sociétés où la personnalité des associés est indifférente aux autres et où elle s'efface complètement derrière la personnalité du groupement, ce sont la société anonyme et la société en commandite par action.

2- Les sociétés à objet commercial

La société a un objet commercial si l'activité de la société a donné à un particulier qui l'exerce le statut de commerçant.

Sont commerciales à raison de leur objet, les sociétés réalisant régulièrement des actes de commerce, il faudra donc ici prendre en compte l'activité décrite dans les statuts de la société.

Des sociétés autres que celles qui viennent d'être énumérées peuvent être commerciales par « l'objet ». Toutefois, dans la mesure où une société civile ne peut avoir une activité commerciale, ce critère de la commercialité par l'objet n'est que peut utilisé en pratique et n'a guère d'autre utilité que de permettre de classer dans la catégorie des sociétés commerciales des sociétés en participation ou des sociétés créées de fait ayant un objet commercial⁶⁴.

Sous-section II : Les conséquences pratiques de la formule (l'exclusion de certain groupement)

La reconnaissance de la personne morale est le préalable nécessaire à l'application du redressement judiciaire et par conséquent à la soumission des dirigeants aux dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce. Or, tous

⁶³ D. FASQUELLE, *op.cit.* P : 658.

⁶⁴ Daniel FASQUELLE, / Jean Pierre BERTREL / Fabrice BLEN/ Christophe ROQUILLY, *droit de l'entreprise*, DANGER, 19^{-ème} édition, 2014-2015. P : 338.

les groupements ne sont pas dotés de la personnalité morale, alors aucune procédure collective ne pourra être intentée à leur égard (P II) à l'inverse certains groupements bien que dotés de la personnalité morale peuvent également ne pas être soumis à une procédure collective, soit parce qu'ils relèvent du secteur public soit parce qu'ils justifient d'un régime particulier. (P I).

Paragraphe I : Les personnes morales de droit public :(facteur limitatif de responsabilité)

Nous allons étudier l'organisation législative actuelle des personnes morales de droit public (a) avant de tracer quelques perspectives d'avenir (b).

a-Schéma Actuel

La lettre des textes commande également de refuser de mettre en redressement en liquidation judiciaire une personne morale de droit public, à propos des quelles d'ailleurs l'hypothèse de la cessation des paiements reste théorique⁶⁵.

Au sein des personnes morales de droit public la doctrine a toujours fait une distinction entre deux types de personnes morales.

D'un côté les personnes morales résultant d'une loi ou d'un décret contre lesquelles il est aisément concevable qu'aucune procédure collective ne peut être intentée sont ici visées : l'Etat, les établissements publics et les collectivités territoriales.

De l'autre côté les groupements régis par le droit privé mais gérant un service public.

Nous approuvons le fait que ni l'Etat, ni les collectivités territoriales ne peuvent être mis en redressement judiciaire. On imagine mal l'Etat ou une

⁶⁵ H.F. AMBOULOU : le droit des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA. L'Harmattan 2015. P :61

commune en faillite. D'autant qu'il existe un contrôle de l'engagement des dépenses ce qui n'a pas été payé sera réglé avec les crédits de l'exercice qui va suivre, bien que cela soit très théorique.

b-Schéma possible

Il nous semble aujourd'hui nécessaire au regard du concept d'économie d'entreprise publique et privée de faire au sein des établissements publics une distinction entre d'une part le rôle de l'Etat en tant que pouvoir public et d'autre part en tant que propriétaire actionnaires.

Ainsi on devrait considérer que les établissements publics purement administratifs, c'est-à-dire les chambres de commerce et d'industrie, les universités, les chambres d'agriculture ne puissent pas être mis en redressement judiciaire en s'appuyant sur des raisons d'intérêt général, d'intérêt public et économique et de principe de continuité de service. Tout cela selon une interprétation restreinte c'est-à-dire limitative.

A l'inverse les établissements publics à caractère industriel ou commercial monopolistique ou non gérant d'un service public ou ayant des activités purement privées doivent être soumises aux procédures collectives.

Paragraphe II : Les groupements sans personnalité morale

1- Les sociétés non immatriculées :

Nous sommes ici en présence d'un fait curieux, celui d'une contradiction. D'un côté, d'une législation qui tend à étendre de plus en plus le domaine des procédures collectives, de l'autre, un mouvement qui s'est amorcé concernant les sociétés non immatriculées et qui est allé dans un sens totalement inverse.

L'article 3 et 7 de la loi 17-95 soumet les sociétés commerciales à l'immatriculation au registre de commerce comme condition nécessaire à

l'obtention de la personnalité morale.

De ces textes combinés ressort une situation dont le législateur n'a pas certainement pu prendre conscience au moment de l'élaboration des textes comme cela arrive de nombreuses fois, et qui indirectement donne à notre doctrine la force qu'on lui connaît à la lecture des articles citées ci-dessus, il ressort qu'une société non immatriculée ne peut être mise en redressement judiciaire parce que n'étant pas dotée de la personnalité morale de droit privé ce sera le cas pour les sociétés en participation⁶⁶ et les sociétés créées de fait⁶⁷.

On est dans une impasse car qui dit impossibilité d'une procédure contre la société, dit impossibilité de sanctionner le dirigeant.

2- Les sociétés civiles et les professions libérales

l'article 560 du code de commerce précise que les procédures des difficultés de l'entreprise sont applicables à tout commerçant, à tout artisan et à toutes sociétés commerciales, sont donc exclus les entreprises à objet civile constituées pour exercer une activité civile , activité libérale, immobilière et agricole ainsi que les professions libérales, c'est la raison pour laquelle, le tribunal de commerce d'Oujda a refusé l'ouverture des procédures collectives à l'égard de la société polyclinique sidi Ali pour motif que son objet est civil et non commercial, même si elle est constituée sous forme sociétaire.

3- Cas particulier : les associations

Si la société est un groupement, il s'agit d'un groupement intéressé à l'argent.

Elle se constitue dans un but lucratif⁶⁸.

⁶⁶ La société en participation est une société que les associés ont convenu de ne pas immatriculer. Elle n'a pas la personnalité morale et n'est pas soumise à la publicité comme le prévoit l'article 89 de la loi 5- 96.

⁶⁷ A préciser que la société créée de fait n'est pas encadrée juridiquement, c'est une création jurisprudentielle.

⁶⁸ K. KHARROUBI : droit des sociétés commerciales édition LATRACH 2016. P : 42.

L'association poursuit un but non lucratif, elle ne peut servir de prétexte pour s'enrichir personnellement. La société commerciale existe pour cela. Ce qui ne veut pas dire, à contrario, que le but non lucratif équivaut nécessairement à une mission ou une activité d'intérêt général, but non lucratif et intérêt général, ne sont pas synonymes, ce qui a poussé d'ailleurs le législateur à reconnaître la notion d'association reconnue d'utilité publique. Ce qui ne veut pas dire aussi, à contrario que l'association ne peut pas accomplir une activité commerciale, et cela est parfaitement envisageable si l'association souhaite obtenir des ressources supplémentaires, à la seule condition qu'elle s'acquitte de l'impact⁶⁹, la lucrativité ne s'étend pas au regard de la qualification de l'association mais de l'activité qu'elle exerce, autrement dit une association à but non lucratif peut avoir une activité commerciale. Au demeurant, la législation prévoit parmi ses ressources le produit de son activité. Ce qui est prohibé, c'est d'une part l'accomplissement d'une activité uniquement commerciale et à titre principal ou professionnel, d'autre part le partage de bénéfices appelés dividendes ou des revenus partagés entre les associés car ils n'ont pas le droit de s'enrichir par le canal associatif. Le caractère lucratif d'une activité prend toute son importance au regard des services fiscaux.

L'activité commerciale est parfois nécessaire pour faire face aux besoins, réduire les dépenses, réaliser des économies pour les adhérents. Les revenus ainsi dégagés servent à développer et à étendre l'activité si l'association offre des prestations ou quand la demande devient de plus en plus forte, recruter des salariés, notamment des professionnels dans un domaine technique, offrir des prestations de meilleure qualité. A défaut, le surplus est versé dans le fond de réserve. Le principe est que les profits soient réservés au développement de l'association et ne sont pas utilisés à d'autres fins. La rédaction des statuts doit être particulièrement attentive en ce qui concerne l'activité commerciale, car une association peut s'adonner à des actes de commerce sans le savoir quand elle vend

⁶⁹ D'où à notre sens le caractère confus de l'association

le produit de ses activités ou revend les biens qu'elle acquit⁷⁰.

Enfin, pour des raisons d'équité, l'on ne voit pas pourquoi des associations ayant, une activité de nature commerciale pourraient bénéficier d'un statut dérogatoire. Le dirigeant de ce type de personnes morales comme tout autre dirigeant doit prendre conscience des risques pécuniaire qu'il encourt car si l'association fait l'objet d'un redressement judiciaire, sa responsabilité personnelle pourra être engagée alors même qu'il y aurait une gratuité de sa fonction. A notre sens, il aurait fallu que les associations qui ont pour but la réalisation d'économie ou de profit puissent se transformer en société.

En outre, il reste à mettre en place des garde-fous pour écarter les fausses associations et régler les problèmes de la lucrativité.

Section II : les dirigeants visés « un régime catégoriel »

L'erreur à éviter est de penser que seul le dirigeant de droit est responsable puisque désigné dans les statuts de la société. En effet l'inscription dans le pacte social ne fait pas obstacle à la recherche d'une autre responsabilité comme celle du dirigeant de fait.

Dès lorsqu'on est en présence d'une entreprise commerciale (une personne morale de droit privé à caractère commercial) ce sont tous les dirigeants qui vont être concernés par les dispositions du titre V du livre V du code de commerce.

L'article 736⁷¹ se veut de portée générale visant autant les dirigeants de fait et de droit.

Rémunéré ou bénévole, le dirigeant pourra être poursuivi parce qu'il a simplement accepté une responsabilité, la gratuité des fonctions ne peut donc en

⁷⁰ E. TAIB, association et société civile en Algérie. Office des publications universitaires 2014. P : 27.

⁷¹ L'art 736 du C.com, tel que complété et modifié par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

aucun cas s'analyser en une irresponsabilité.⁷²

Une distinction entre d'une part le dirigeant de droit (sous-section I) et le dirigeant de fait (sous-section II), se voit essentielle.

Sous-section I : le dirigeant de droit

C'est le type de dirigeant que dans la distinction entre dirigeant de droit et de fait posera incontestablement le moins de problèmes, car issu d'un cadre légal et désigné dans les statuts de la société pour diriger celle-ci⁷³.

Paragraphe I : Normes générales

Si l'on définit sans mal le dirigeant de droit en se référant à certains critères et en prenant des explications concertées (1) on peut avec tout autant de facilités délimiter le champ de l'exclusion (2). Autrement dit des personnes qui ne peuvent être responsabilisées.

1- Notions de dirigeant légal

a-Notions doctrinales

La notion la plus admise est de considérer que les dirigeants de droit sont ceux qui occupent des fonctions directoriales régulièrement conférées par la loi ou les statuts⁷⁴. C'est-à-dire, tous les organes légaux de la personne morale qui sont désignés régulièrement ont pour tâche de gérer cette société. Mais la distinction fondamentale repose sur le fait que bien qu'ayant une fonction de gestion, il faut en plus ne pas être préposé de la société et par conséquent avoir

⁷² L. PIERRE MICHEL, droit et pratique des procédures collectives, Dalloz 2010-2011, P : 221.

⁷³ J. AYANGMA, le dirigeant des sociétés commerciales, Tome 1, L'harmattan, sans année d'édition, P : 56.

⁷⁴ Abdelah OUARMICH : « La responsabilité civile du dirigeant d'entreprise à cause de la faute de gestion ». AL MEIAR, Décembre 2012, n° 47. P : 93.

une fonction de direction⁷⁵. Pour Preuve, leur responsabilité est encore encourue sans qu'il soit nécessaire de rechercher le rôle qu'ils ont pu tenir dans la gestion de la société.

Cette qualité de dirigeant de droit ne se perd pas par le non exercice des pouvoirs : un administrateur de complaisance reste un dirigeant de droit. De même la dépendance de fait d'un dirigeant à l'égard d'un actionnaire ne supprime pas le principe de sa responsabilité ainsi un salarié d'une société nommé gérant d'une filiale de cette dernière doit assumer pleinement le risque lié à sa qualité de dirigeant de droit, alors même qu'il n'a pas de pouvoir réel. Il appartient cependant au tribunal saisi d'une action en responsabilité dirigée contre lui d'adapter ce principe à une appréciation souveraine de la réalité de sa faute⁷⁶.

Le dirigeant de droit, ne peut avancer la non légalité ou l'irrégularité de sa nomination pour se dégager de la responsabilité, s'il continue à gérer la société malgré l'irrégularité de cette nomination il pourra être poursuivi en tant que dirigeant de fait⁷⁷.

b-Cas concrets

Le statut du dirigeant de droit est attaché, par principe à une désignation conforme aux dispositions légales ou statutaires⁷⁸ applicables à chaque structure. De ce fait, il suffit, de se référer au droit applicable à chaque type de société pour déterminer qui sont les personnes détenant, légalement tout ou partie de pouvoir

⁷⁵ D. GIBIRILA, op.cit. P : 651.

Voir dans le même sens : F. PERCHON, entreprise en difficulté, LGDJ, 2^{ème} édition, 2012. P : 812.

⁷⁶ A. JACQUEMONT, droit des entreprises en difficulté, Lexis Nexis, 8^{ème} édition. P : 604.

⁷⁷ A. FALLI, Les procédures de traitement des difficultés de l'entreprise, décembre 2012, DAR ASSALAM, P : 342.

⁷⁸ Selon une jurisprudence récente, les dirigeants de la S.A.S (en fonction des prérogatives, définies par les statuts) sont également des dirigeants de droit. Com 9. Septembre 2020, pouvoir n° 18.12.444.

Publié sur le site : intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr consulté le : 01/11/2022. A 20h20.

d'administration, de gestion ou de direction.

Sont ainsi visées dans les sociétés les plus répondues à savoir les SA⁷⁹ et les SARL⁸⁰, le président du conseil d'administration, le président du directoire et le gérant⁸¹. Dans le régime des SA, tous les pouvoirs de gestion et de représentation procèdent du conseil d'administration⁸².

La loi 17.95 relative aux SA, emploie le terme « organe ». En effet, les dispositions relatives aux sanctions pénales sont applicables aux membres des organes d'administration de direction ou de gestion.

L'art 373 désigne : Pour les SA à conseil d'administration y compris le président et les directeurs généraux extérieurs au conseil.

Pour les S.A à directoire et à conseil de surveillances, les membres de ces organes.

Dans les autres types de sociétés sont dirigeants de droit les gérants même en l'absence de publicité et de nomination.

Une jurisprudence récente a estimé que le directeur général délégué d'une société anonyme est un dirigeant de droit⁸³.

c- L'appréciation jurisprudentielle de la notion de dirigeant de droit

La jurisprudence marocaine a essayé d'apporter quelques éclaircissements sur la notion de dirigeant de droit, en imbriquant les insuffisances dont souffrent les textes. Ainsi, le juge marocain, après examen d'un ensemble de décisions de justice, a retenu un certain nombre de critères pour mieux appréhender cette notion. En effet, le juge se base sur le critère fonctionnel pour identifier le dirigeant de

⁷⁹ La loi 17-95 tel que complétée et modifiée par la loi n°78-12, B.O n° 6432

⁸⁰ La loi 5-96, op.cité.

⁸¹ J. CELESTE : le statut du dirigeant de société au Maroc (SA. SARL) imprimerie Fédala, 2004, P : 7.

⁸² Art 69 de la loi 17.95 tel que modifié par la loi 20-05.

⁸³ Com. 5 mai 2021 pouvoir n° 19 – 23- 575. Publié sur le site : intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr consulté le : 01/11/2022. A 20h20.

droit. Ainsi, dans un jugement émanant du tribunal de commerce de Casablanca, la qualité de dirigeant de droit s'acquiert une fois que celle-ci est désignée par la loi ou par les statuts. Cette qualité lui impose l'obligation d'exercer toutes les missions et les fonctions qui découlent de la gestion de l'entreprise⁸⁴.

En conséquence, il est responsable de tout manquement ou négligence et il ne peut s'exonérer de sa responsabilité en évoquant l'existence d'un dirigeant de fait. L'exemple qui illustre parfaitement cette situation est celui de la décision prise par le tribunal de commerce de Marrakech⁸⁵ à l'occasion de l'ouverture de procédure de liquidation judiciaire de la société de menuiserie dans laquelle le juge a étendu la procédure de liquidation au dirigeant de droit en dépit de l'existence d'un dirigeant de fait.

En outre, la jurisprudence Marocaine a retenu un autre critère, il s'agit du critère de contrôle. Celui-ci se manifeste par le contrôle journalier de l'entreprise de la part du dirigeant, en connaissance des activités et l'octroi des accords pour la conclusion du contrat et la signature des effets de commerce.

Déduction faite, c'est que le juge marocain n'a rien apporté de bouleversant car il s'est contenté d'adopter la définition de dirigeant de droit telle qu'elle est consacrée par les textes de loi.

d-Conception large de la notion des dirigeants sociaux

La notion de dirigeant semble partagée par plusieurs organes sociaux sauf l'assemblée générale dont le rôle n'est pas susceptible de se confondre avec ceux des dirigeants. Ce partage est favorisé par le recours à la notion de mandat social.

⁸⁴ Jug Tr. Com de Casablanca 3 juin 2000, publié en gazette des tribunaux du Maroc n° 80. P: 195.

⁸⁵ Jug. Tr.com de Marrakech n° 280, dossier n° 1517 / 2001 du 21/02/2002, non publié. Voir dans le même sens ; Jug. Tr. Com de Casablanca n° 181/2009, dossier n° 401/10/2003 du 02/11/2009, non publié.

En effet, qu'il s'agisse d'administrateurs, de conseil de l'administration, du président du conseil d'administration, du président directeur général, du directeur général. Du directeur général adjoint, de l'administrateur général adjoint et du gérant, tous ces organes bénéficient d'un mandat social.

En revanche, il est nécessaire que l'on soit dans le cadre de dirigeant d'une personne morale, le n'est donc pas un régime applicable à l'entrepreneur individuel⁸⁶La durée du mandat est déterminée par l'organe compétent pour la nomination ou à défaut par la loi. Tous ces organes reçoivent un mandat de la société pour exercer une fonction bien précise. Ce qui leur vaut la qualité de mandataire social. De surcroît, cette qualité est corroborée par la soumission de certains dirigeants à la révocation *ad nutum* qui constitue une règle propre à la rupture du mandat en droit civil. Elle alimente la thèse des partisans de la théorie contractuelle de la société. Cette thèse est combattue par les partisans de la théorie institutionnelle qui estime que le dirigeant est un organe⁸⁷ certains entendent le mandat au sens du droit public⁸⁸, d'autres rejettent l'idée même de mandat dans le cadre de la fonction des dirigeants sociaux, sous prétexte que le mandat suppose la rencontre de deux volontés alors que la société n'a pas de volonté autonome. Cette conception d'absence de volonté sociale n'est pas convaincante, car la société dispose d'une volonté qu'elle exprime à travers les décisions prises en son nom par ses organes, Un auteur plus prudent trouve que le dirigeant est un mandataire spécial au motif qu'il ne peut être qu'un mandataire, puisque le mandat est le monde unique de représentation parfaite conventionnelle et qu'il s'agit indubitablement d'un mandat original en raison du mécanisme particulier dans lequel s'insère cette représentation parfaite⁸⁹.

⁸⁶ Com 8 avril 2021. Pourvoi n° 19 -23540 Com. 5 mai 2021 pouvoir n° 19 – 23- 575. Publié sur le site : intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr consulté le : 01/11/2022. A 20h20.

⁸⁷ P. MERLE : droit commercial : sociétés commerciales, 16^{ème} édition Dalloz, 2013. P : 94.

⁸⁸ G. RIPERT, les aspects juridiques du capitalisme moderne 2^{ème} éd LGDK 1951. P : 122.

⁸⁹ M. AGBO FALLY, « le statut des dirigeants sociaux en droit de l'OHADA », thèse de doctorat 2014, université de Montpellier et université de Lomé, P : 17.

e- Conception stricte de la notion des dirigeants sociaux

Le recours au mandat social favorisent une dilution du statut de dirigeant trouve sa limite dans la détermination des pouvoirs de chaque organe. Les administrateurs n'ont qu'un pouvoir de contrôle. Ils ne peuvent l'exercer que collectivement dans le cadre du conseil d'administration. Pris individuellement, ils sont dénués de pouvoir, le président du conseil d'administration a des pouvoirs différents de ceux des dirigeants. Il préside le conseil d'administration et contrôle les actes des dirigeants. Quant au conseil d'administration, il définit les orientations générales de la société et surveille, comme son président, les actes du directeur général.

Le pouvoir de représenter une société s'inscrit dans la mise en relation de la société avec les tiers. Les dirigeants sont les organes de la société à l'égard des tiers dans la mise en œuvre de la politique managériale. L'administrateur n'a pas en principe la qualité pour représenter la société à l'égard des tiers en justice. Généralement la qualité de dirigeant est étendue de façon extensive pour éviter de faire échapper un organe à la responsabilité. Même une personne qui s'immisce dans la direction de la société pour accomplir des actes de direction alors qu'elle n'est pas investie légalement à cet effet est qualifiée de dirigeant de fait pour les faire subir les conséquences de ses actes. Mais lorsqu'il faut prétendre aux avantages liés à la qualité de dirigeant social notamment le droit à des rémunérations encore le droit de demander un règlement préventif de la société, cette qualité n'est reconnue qu'à une poignée d'organes⁹⁰.

2- Exclusion de la notion

Une personne physique va être exclue de la notion s'elle ne remplit pas les critères essentiels à la qualité de dirigeant de droit, soit parce qu'elle est

⁹⁰ M. AGBO FALLY, op .cité. P: 20.

simplement préposée (a) soit parce que sa fonction est une fonction de responsabilité voire de décision, mais sans avoir juridiquement la qualité de dirigeant (b).

a-Par subordination hiérarchique

Sont ici concernés les salariés du groupement même si ce sont les directeurs techniques ou commerciaux qui liés à la société par un contrat de travail échappent à l'obligation au passif ou à l'action en extension. Etant des employés de la société, ils sont tenus hiérarchiquement à moins qu'ils ne deviennent dirigeant de fait. Il en va de même pour les associées et membres de la société.

b-Par la fonction de contrôle

Il y a lieu de distinguer entre la fonction de contrôle exercée par un organe interne à la société et le contrôle exercé par un organe semi-externe.

• Contrôle des décisions

Les membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par action ne sont pas considérés comme des dirigeants de droit, ou de fait au même titre que les directeurs techniques, si les statuts leur donnent des fonctions qui vont au-delà du simple contrôle pour jouer un rôle actif, ils pourront être considérées comme des dirigeants de fait.

• Contrôle des comptes

Les commissaires aux comptes⁹¹ ne peuvent être soumis à des sanctions pécuniaires parce qu'ils exercent simplement une mission de contrôle et donc de vérification des comptes, sans pouvoir s'immiscer dans la gestion et par conséquent être responsable d'une insuffisance d'actif.

⁹¹ M. ABDELKADER : « pour un véritable commissariat aux comptes au Maroc », Revue Marocaine de droit et d'économie et de développement, n° 25, 1991, P : 49.

Voir dans ce sens : M. AMRAOUI « commissaires aux comptes d'une société anonyme : incompatibilité et indépendance », BIP, janvier 2002, n° 10, P :43.

Paragraphe II : Normes particulières

Le dirigeant de droit dès lors que celui-ci est en fonction on lui appliquera éventuellement des sanctions, si la personne morale est en difficulté, mais certaines situations sont plus ambiguës, soit parce que le dirigeant n'est plus en fonction à la suite de son retrait, dirigeant retiré (1) soit parce que le dirigeant est décédé (2).

1-Le dirigeant retiré

S'agissant du dirigeant retiré de la personne morale à l'ouverture de la procédure collective, il doit supporter les conséquences pécuniaires de sa gestion défectueuse. Par conséquent, il s'expose à assumer le passif social, si l'insuffisance de l'actif a pris naissance alors qu'il était encore en fonction. Il convient ainsi d'éviter qu'un dirigeant fautif se forge une impunité en quittant la société en difficulté⁹².

La condamnation du dirigeant retiré, se fonde sur des considérations d'équité, le dirigeant doit réparer l'insuffisance d'actif à la réalisation de laquelle il a contribué à une date antérieure à son retrait. La participation à la création de l'insuffisance d'actif est déterminante ici, et non pas le fait d'être ou non en fonction le jour où la société est soumise à une procédure collective.

A ce niveau, se pose tout de même la question de la preuve du lien de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif apparue éventuellement plusieurs années plus tard.

A l'instar de l'associé retiré, la solution est souhaitable afin d'éviter que la démission intempestive d'un dirigeant en vue d'échapper à sa responsabilité, participe à l'aggravation de la situation financière de la société. Il apparaît donc

⁹² D. GIBIRILA, droit des entreprises en difficulté, op.cité, P : 647.

normal qu'un dirigeant en poste au moment de la cessation des paiements, mais retiré lors du jugement d'ouverture de la procédure collective, puisse être condamné. Dans cet ordre de pensée, il a été jugé que le retrait d'un dirigeant est sans incidence sur la prescription de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif⁸⁰. Ainsi doit être sanctionné le dirigeant retiré depuis cinq ans d'une société anonyme, qui, au moment où il était en fonction, s'est livré à une course au chiffre d'affaires, a affiché des prévisions exceptionnellement optimistes pour les besoins de la reprise de l'entreprise par des investisseurs, a réalisé des prises de marché à perte caractérisant des fautes de gestion à l'origine, en tout ou partie de l'insuffisance d'actif.

Pour autant, le dirigeant retiré alors que la situation sociale était déjà obérée n'est pas nécessairement responsable de la défaillance financière qui aura pu être évitée si sa succession avait mieux géré la société. Il doit en principe être dégagé de sa responsabilité, s'il a quitté ses fonctions avant la survenance de la cessation des paiements. Il ne saurait être condamnés pour des faits postérieurs à sa démission, fut-elle non publiée au registre du commerce et des sociétés. La connaissance de la démission par la société justifie l'impossibilité d'imputer à l'intéressé des fautes de gestion liées à une fonction qu'il n'exerce plus.⁹³

En réalité, tout est affaire de circonstance au regard desquelles il convient de trouver une solution juste et équitable. Il n'empêche que le critère chronologique occupe une place non négligeable, ce qui permet de rendre d'ailleurs irrecevables, parce que prescrites, les actions engagées trop tardivement à l'encontre des dirigeants retirés. En revanche il en va autrement du dirigeant qui après la cessation officiellement de ses fonctions a contribué officieusement à gérer la société. Il peut être tenu au passif social en qualité de dirigeant de fait⁹⁴. Par ailleurs, corrélativement à la règle préalablement évoquée à propos du

⁹³ Com 16 juin 2021, pourvoi n° 20-15-399 Publié sur le site : intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr consulté le : 01/11/2022. A 20h20.

⁹⁴ Cass. Com 14 octobre 1997, bull civ n° 254 bull Jolly 1997, P 1083 note J.M Calendini.

dirigeant en activité, celui dont la cessation des fonctions n'a pas été publiée ne peut être poursuivi en responsabilité pour insuffisance d'actif, s'il a effectivement mis fin à celle-ci avant l'apparition de la situation qui a donné naissance à la cessation des paiements de la société.

La responsabilité d'un dirigeant de droit ayant démissionné au démissionnaire d'office, ne peut pas être recherchée pour des faits postérieurs à sa démission, même si sa démission n'a pas été publiée au registre du commerce, cette démission, connue de la société, implique l'impossibilité de lui imputer des fautes de gestion pour une fonction qu'il n'exerce plus, il en irait différemment, si après cette démission, il avait continué à exercer en fait ces fonctions⁹⁵.

2-Le dirigeant décédé :

Cette question n'est réglée ni par la loi ni par la jurisprudence marocaine. La jurisprudence française, considère que l'action est d'ordre patrimonial et que dès lors, la charge qui en résulte est transmissible par succession⁹⁶. La jurisprudence Française comblant le mutisme des textes, résout cette question particulière dans les conditions similaires à celle du dirigeant retiré. Le décès d'un dirigeant en cours d'instance n'entraîne pas l'extinction de l'action en responsabilité pour insuffisances d'actif qui doit être poursuivie à son égard, les héritiers étant appelés en la cause. Ainsi la charge issue de l'action est transmise par succession aux héritiers. Pour s'en affranchir, ces derniers doivent prouver, de la même manière que le dirigeant décédé, que ladite insuffisance n'a pas pour cause une faute de gestion de ces derniers. Les héritières peuvent même être poursuivis directement pour les fautes commises par ce dirigeant, sans que la procédure ait été engagée contre lui avant son décès, seules toutefois sont susceptibles d'être prononcées les sanctions patrimoniales, ce qui n'est pas le cas

⁹⁵ A. JACQUEMONT, Droit des entreprises en difficulté Litec, 7^{-ème} édition 2011. P : 595.

⁹⁶ Cass.com 12 mai 1992 n° 2016/ 475 cité par P. R. GHALL. P : 751.

des mesures extra patrimoniales civiles illustrées par la déchéance commerciale, ou pénales, à l'instar de la banqueroute.

Si le décès précède le jugement d'ouverture, il doit avoir lieu à une époque où existait déjà la situation génératrice de l'insuffisance d'actif⁸⁴. L'action peut être exercée même à l'encontre d'héritiers mineurs en raison des fautes de gestion commises par leur auteur alors que la procédure n'avait pas été engagée envers ce dernier ⁸⁵.

Sous-section II : les dirigeants de fait

Le législateur n'a apporté aucune définition de la notion de dirigeant de fait d'autant qu'il l'utilise dans plusieurs textes de loi⁹⁷.

L'existence de la notion ne doit pas être contestée, car comment atteindre des personnes qui, en connaissance de cause, ne sont pas fait nommer dirigeants ou administrateurs et se sont comportés comme tels, en commettant des fautes à l'origine de la cessation de paiements ? Renoncer à cette notion, rendrait ineffectif une partie non négligeable du système des responsabilités du tire V du code du commerce. Comme le dit à très juste titre Monsieur LEVENEUR⁹⁸

« Ainsi l'expression dirigeant de fait »⁹⁹ prend alors toute son ampleur en recouvrant une situation de fait étendue comme une copie non-conforme d'une situation de droit selon une partie de la jurisprudence, elle suppose l'accomplissement en toute indépendance d'acte positif de gestion et de direction¹⁰⁰, nous verrons quelques normes générales concernant cette notion (P.

⁹⁷ L'art de la loi 5 -96 sur la société en nom collectif, la société en commandité simple, la société en commandite par action, la société à responsabilité limitée et la société en participation.

- L'article 374 de la loi 17/95 relative aux sociétés anonymes.

- La loi 43-12 (AMMC) relative à l'autorité marocaine du marché des capitaux. B.O n° : 6144

⁹⁸ La loi n° 15-95, op. cité.

⁹⁹ L. LEVENEUR « situation de fait et de droit » (LGDJ), 1994. P : 486 .

¹⁰⁰ Com. 24 janvier 2018, pouvoir n° 16.23.649 . Publié sur le site : intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr consulté le : 01/11/2022. A 21h20.

Com 19 mai 2091 pouvoir n° 192528620. Publié sur le site : intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr

1) avant de se pencher sur quelques applications jurisprudentielles en la matière (P. II).

Paragraphe I : normes générales

Cette catégorie des personnes physiques ou morales « dirigeant de fait » susceptibles d'être civilement et pénalement sanctionnées est beaucoup plus ouverte que la précédente. Elle est un signe supplémentaire du pragmatisme dont fait preuve le droit des entreprises en difficulté puisqu'il est tenu compte de la réalité des processus décisionnels au sein de l'entreprise. Elle permet de saisir le véritable maître de l'affaire, celui qui, dépourvu de titre, s'est substitué au dirigeant de droit de la personne morale¹⁰¹.

Faute de définition légale précise, nous allons donner quelques notions doctrinales, suppléant le vide législatif, (1) avant de préciser les critères permettant de déterminer la qualité du dirigeant de droit (2).

1-Notions doctrinales de la direction de fait

Il arrive que d'autres personnes physiques ou morales gèrent effectivement l'entreprise au lieu et place des dirigeants de droit ou sous le couvert de ceux-ci, elles sont considérées comme des dirigeants de fait¹⁰².

En fait, en présence de règles juridiques et fiscales contraignantes, il est coutumier que des personnes se placent dans une situation comparable à la situation légale tout en étant soustraites des obligations qui résultent de la loi.

Le législateur ne définissant pas le dirigeant de fait, cette notion est

cassation.intranet.justice.fr consulté le : 01/11/2022. A 21h20.

¹⁰¹ Marie – Cécile Guéniu : « l'imputation de la responsabilité des difficultés de l'entreprise », colloque organisé le 14 septembre 2012 par l'observatoire de la délinquance et de la justice d'affaire. Editions : Cujas. P : 436.

¹⁰² D. GIBIRILA, « le droit des entreprises en difficulté », l'extenso édition, 2009. P : 651.

appréhendée par la jurisprudence, confrontée par la doctrine¹⁰³. Le professeur Roger Houin définit cette situation comme étant « une sorte de copiage, une sorte de double d'une situation juridique bien connue et bien réglementée par la loi. A Cette situation de fait il manque l'une des conditions légales pour accéder en principe à la vie de droit »¹⁰⁴.

En l'absence de définition légale de direction de fait, la jurisprudence et la doctrine ont forgé des critères permettant de délimiter et d'identifier cette notion. Concernant les règles qui lui sont appliquées, ce dernier est soumis au régime du dirigeant de droit. En tirant argument du fait qu'il n'a pas été nommé de manière légale dans les fonctions de direction de la personne morale, on en saurait voir dans la personne qui s'est immiscée un véritable dirigeant de droit.

Comme le dit à très juste titre Monsieur LEVENEUR, « ainsi l'expression dirigeant de fait » prend alors tout son ampleur en recouvrant une situation de fait étendue comme une copie non-conforme d'une situation de droit¹⁰⁵.

2-Les critères de la direction de fait

Selon le professeur Rives –LANGE « est dirigeant de fait celui qui en toute souveraineté et indépendance exerce une activité positive de gestion et de direction.¹⁰⁶ Deux critères se dégagent de cette définition.

a- L'activité positive de direction

Le dirigeant de droit peut être sanctionné pour une omission ou une abstention. Tandis qu'en ce qui concerne le dirigeant de fait, celui-ci se manifeste par son activité, comme le dit Tricot « il se révèle par son activité».

¹⁰³ L. LEVENEUR « situation de fait et de droit, op.cit. P : 24.

¹⁰⁴ Rapport général sur la situation de fait. Travaux de l'association HenriCapitant1957. P: 332.

¹⁰⁵ L. LEVENEUR « situation de fait et droit privé ». LGDJ 1990. P : 36 et S.

¹⁰⁶ J. L. RIVES LANGE, la notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement juridique et la liquidation des biens 1975. P : 41.

On peut même admettre que c'est l'activité qui crée le dirigeant de fait»¹⁰⁷ les actes de gestion et de direction sont des plus variés en pratique, il s'agit de toutes les décisions prises habituellement dans la vie des entreprises par les dirigeants, il s'agit des décisions relatives à la détermination de la stratégie commerciale et financières de l'entreprise¹⁰⁸.

L'exercice d'une activité positive de direction a été retenu par plusieurs textes aussi bien au Maroc qu'en France.

Ainsi l'article 100 de la loi 5-96 stipule « les dispositions du présent titre visant les gérants des sociétés objet de la présente loi seront applicables à toute personne, directement ou par personnes interposées, aura en fait exercé la gestion de ces derniers sous le couvert et au lieu de leurs représentants légaux ». Il en est de même de l'article 374 de la loi 17/95 sur les sociétés anonymes. Qui disposent que «les dispositions du présent titre visant les membres des organes d'administration de direction ou de gestion seront applicables à toutes personnes qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion de la société anonyme sous le couvert ou aux lieux et place de leurs représentants légaux.

En France l'article L 478 du code du commerce⁴⁷ vise « toute personne qui aura en fait exercé la direction l'administration ou la gestion ». Du point de vue fiscal, en droit français le dirigeant de fait, selon l'article L267 du livre des procédures fiscales, est toute personne qui « exerce en fait la direction effective

¹⁰⁷ C'est par exemple la décision de contracter un emprunt pour le compte de l'entreprise. De même que les relations avec les fournisseurs, celles que la conclusion de commandes. Sont aussi des actes importants de gestion l'embauche de personnel et la prise de directive à l'égard du personnel. Entre aussi dans cette catégorie les relations avec les clients de l'entreprise. DEDESSUS, LE MOUSTRIER : « la responsabilité du dirigeant de fait ». Revue des sociétés. Juillet –septembre 1997. P : 499.

¹⁰⁸ N. DEDESSUS, LE MOUSTRIER : « la responsabilité du dirigeant de fait ». Revue des sociétés. Juillet –septembre 1997, P : 499.

A notre sens le silence, l'abstention voire la complaisance ne peuvent pas être considérés comme de actes de gestion, qui nécessitent la prise de décisions et par conséquent ils ne peuvent faire l'objet d'une action sur la base des articles 738 et 739 du C.Com.

de la société »¹⁰⁹.

L'exercice d'une activité positive de direction permet de distinguer le dirigeant de fait du mandataire apparent de la société. Celui-ci acquiert la qualification de mandataire apparent au moment où les tiers avec qui il contracte ont « cru légitimement qu'il disposait des pouvoirs nécessaires ». Mais il faut que les circonstances autorisent les tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs.

Ce critère permet par ailleurs de distinguer le dirigeant de fait du dirigeant de droit. En effet, à défaut d'action, la personne concernée ne peut pas être dirigeant de fait et cette personne n'engagera pas sa responsabilité. En revanche le dirigeant de droit engagera sa responsabilité en cas de passivité par exemple en cas de défaut de communication des documents sociaux à l'actionnaire qui en fait la demande.

En plus, le dirigeant de droit ne peut pas invoquer l'exonération de la responsabilité au motif qu'il a abandonné ses fonctions au profit du dirigeant de fait¹¹⁰. Le critère de l'activité positive de direction doit se traduire par des décisions concernant la gestion et déterminant le sort de l'entreprise, et les simples conseils ou suggestions ne suffiront pas¹¹¹ cependant l'activité positive de direction ne peut pas conférer à elle seule à la personne concernée la qualité de dirigeant de fait. Encore faut-il que cette personne exerce lesdites activités en toute indépendance et souveraineté.

b- L'indépendance et la souveraineté dans la gestion

Cette activité doit être accomplie, en toute indépendance et liberté. Il ne

¹⁰⁹ M. AISSAM CHAOUI : « La responsabilité des dirigeants de fait d'une entreprise en difficulté » REMADAE, mai 2005. P : 20.

¹¹⁰ Jug.Tr. com de Casablanca n° 257, dossier 199/25/2008 du 24/11/2008 : selon le dit jugement un dirigeant de droit ne peut pas s'exonérer de la responsabilité en invoquant l'existence d'un dirigeant de fait qui exerçait la gestion réelle de la société. Non publié

¹¹¹ J.L RIVES LANGE, op ;cit.P : 43.

suffit pas que la personne poursuivie ait eu une activité positive de direction, elle doit avoir été aussi exercée en toute indépendance et liberté. La personne en question doit exercer un pouvoir au sein de la société qui lui permet de prendre des décisions en toute indépendance, cette condition exclut toute personne bénéficiant d'un contrat de travail et se trouvant dans un rapport de subordination¹¹².

Il faut en d'autres termes, que l'initiative lui appartienne si elle se borne à exécuter les décisions prises par autrui, quelques soient ses fonctions, elle ne sera pas considérée comme dirigeant de fait. En d'autres termes, il faut que la personne poursuivie soit parvenue à imposer ses propres décisions.

c-L 'exercice habituel de l'activité de gestion de fait

L'habitude est une notion souvent utilisée dans différentes disciplines juridiques. En droit des affaires, la notion d'habitude est définie dans le cadre de l'établissement de la qualité de commerçant personne physique. Dans cette matière, la majorité de la doctrine indique que l'habitude caractérise une situation ou un fait qui se répète¹¹³ c'est également le sens que recouvre cette notion en matière de direction de fait.

Ce mode de direction est déterminé par l'accomplissement habituel d'actes de gestion de fait de la société. Ainsi, l'activité habituelle de gestion se traduit par la réalisation d'une pluralité d'actes de gestion, la pluralité des actes de gestion est l'élément matériel de l'immixtion dans la gestion de la société, mais à partir de combien d'actes de gestion peut-on considérer qu'une immixtion est habituelle ? Plus précisément, la pluralité d'actes suffit-elle ou faut-il au contraire une multitude d'actes pour constituer une immixtion habituelle dans la gestion d'une société ? Cette question est évitée par la doctrine, Monsieur NOTTE par exemple

¹¹² N.EL BAKOURI :« La responsabilité du dirigeant d'entreprise en difficulté » Al MANARA n°3, 2013. P: 73.

¹¹³ Y. GUTON, traité de droit des affaires, T.1, 12^{ème} éd, economica, 2003. P : 75.

affirme qu'en l'absence de directive sur la quantité d'acte suffisante pour entraîner la direction de fait, il vaut mieux s'attacher au contenu de l'activité reprochée.

La détermination du nombre exact d'actes de gestion à partir duquel s'instaure une habitude reste donc incertaine. L'exigence du caractère habituel de l'immixtion soulève aussi la question des actes qui doivent être répétés pour que cette activité constitue une gestion de fait de la société toute pluralité d'acte de gestion établit elle une activité habituelle de gestion ?

Le professeur Tricot indique que pour reconnaître à une personne la qualité de dirigeant de fait, il faut pouvoir lui imputer, «la répétition des mêmes actes, du moins une variété suffisante d'actes, de nature à démontrer que les fonctions exercées ne se sont pas limitées à des opérations ponctuelles mais ont concerné l'ensemble des intérêts de la société ». En réalité, même si la répétition, d'un même acte de gestion instaure une habitude, toute réalisation habituelle des actes de gestion ne constitue pas l'exercice d'une activité de gestion¹¹⁴.

d-Absence de présomption de direction de fait

On obéit aux principes généraux du droit, dès lors la preuve de la qualité de dirigeant de fait doit être établie par le demandeur à l'action, elle ne saurait en aucune manière se présumer¹¹⁵.

Aux juges du fond d'en apprécier souverainement la qualité, en s'appuyant sur des éléments objectifs pour montrer comment la personne a exercé une activité positive de direction en assurant des fonctions de gestion de la société. Ils ont regardé la réalité des faits pour retenir ou non l'existence d'un dirigeant de fait¹¹⁶. Ils vont devoir caractériser un faisceau d'indices. Il n'existe pas un Seul critère permettant de détecter formellement un dirigeant de fait. Ces indices sont de

¹¹⁴ NZE NDONGDIT MBELE jean Richard « le dirigeant de fait en droit privé français », thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit privé. Université NANCY 2. 2008, P. 165.

¹¹⁵ Jug. Tri.com de Rabat n° 101, dossier n° 98/22/2009 du 29/04/2009. Non publié.

¹¹⁶ D. GIBIRILA, droit des entreprises en difficulté, Lextenso édition 2009. P : 654.

plusieurs ordres, il s'agit de voir si la personne à la signature bancaire, si elle signe les documents commerciaux et administratifs, si elle peut traiter avec la clientèle des contrats d'une grande importance...

Toute personne peut être considérée comme un dirigeant de fait, souvent il va s'agir de l'époux qui sous le coup d'une interdiction, ne peut pas être le gérant de droit, ou le prêteur qui a dépassé son devoir de conseil et a joué un rôle important dans la gestion de la société¹¹⁷.

L'aveu retenu dans le cadre d'une instance ne peut cependant être suffisant, La direction de fait étant une question de droit sur laquelle ne peut porter l'aveu¹¹⁸ l'aveu ne pourra donc être pris en compte que comme élément s'ajoutant à la démonstration d'actes positifs de gestions.

Aussi Seuls des faits antérieurs à l'ouverture de la procédure collective à l'encontre de la personne morale peuvent justifier la qualification de dirigeant de fait. En outre, la direction de fait ne permettra de prononcer une sanction que si les fautes retenues sont accomplies pendant la direction de fait de l'intéressé¹¹⁹.

Paragraphe II : l'application de la théorie de la direction de fait

L'application des critères de la direction de fait dans la pratique est délicate car les personnes susceptibles d'avoir cette qualité sont fort variées et peuvent même être étrangères à la société.

Elle peut englober toute personne qui a un lien avec la société, soit un lien direct (associé, contrat de travail) soit un lien indirect (fournisseur, client) dans tous les cas de figure, la personne outrepassé les fonctions et les attributions qui lui sont assignées pour diriger en fait, la personne morale. La cour de cassation a

¹¹⁷ www.entreprendre.com, consulté le : 15.01.2017.

¹¹⁸ Com.10 mars 2004 n° 00 117577. Cité en Rev. Proc coll 2006 / n°1, P : 76.

¹¹⁹ Pierre Michel le Corre, droit et pratique des procédures collectives, Dalloz, 7^{ème} édition 2013- 2014 . P : 920.

retenu la direction de fait lorsque l'associé participe activement à la gestion de la société.

En droit social, la qualification du dirigeant de fait est retenue en cas d'absence de toute relation de subordination. La jurisprudence en matière fiscale est beaucoup plus restreinte, puisqu'elle s'attache à rechercher si l'intéressé exerce des fonctions similaires à celles d'un dirigeant de droit et surtout s'il exerce un contrôle effectif et constant sur la société.

En outre, le salarié n'est pas à l'abri de cette qualification s'il exerce une fonction de direction technique, commerciale ou financière et perçoit une rémunération supérieure à celle du dirigeant de droit.

Dans le même ordre d'idée, le conjoint d'un dirigeant décédé, peut avoir la qualité de dirigeant de fait s'il s'immisce dans la gestion de l'entreprise, en l'espèce le tribunal de commerce de Marrakech a reconnu la qualité de dirigeant de fait au conjoint d'un dirigeant décédé, puisqu'elle a pris le relais de la direction de l'entreprise sans être légalement désignée¹²⁰ identiquement, le tribunal de Casablanca a retenu l'importance de la rémunération et la participation au capital¹²¹ comme critère de direction de fait.

La jurisprudence Française retient une cascade de comportement, en est-il par exemple du pouvoir d'engager les finances de la personne morale, par exemple en signant des actes de cession de créance professionnelles ou une lettre de change, le pouvoir de discuter du plafonnement des crédits ou de décider des remboursements de ces mêmes crédits, ou plus généralement de donner des ordres aux banques, caractérisent la direction de fait.¹²²

¹²⁰ Jug .tr com n° 189/ 2009 , dossier n° 147 / 25/ 2009 du 16/11/2009. non publié.

¹²¹ Tribunal de commerce de Casablanca 3 juin 2000 publié en gazette des tribunaux du Maroc n° 80 , P : 195.

¹²² D. GIBIRILA, op.cité, P : 649.

Section III : les règles de forme

L'action tendant à la sanction d'un dirigeant social d'une société soumise à une procédure collective doit, comme toute action en justice, être encore considérée d'un point de vue procédural.¹²³

Selon Coulibaly, « la mise en œuvre des règles de fond en toutes matières est la phase décisive qui permet de rendre effectives ces règles en recourant à un ensemble de mécanismes englobant aussi bien des institutions que des procédures et des sanctions, tout en veillant à apporter des réponses adéquates aux écueils susceptibles d'entraver la bonne application de ces règles, au regard de la spécificité du contexte, dans lequel se déroule cette mise en œuvre »¹²⁴.

S'agissant donc de la mise en œuvre des actions en responsabilité patrimoniale des dirigeants d'entreprise en difficulté, celles-ci comportent des démarches communes entre les deux actions (l'action en comblement et l'action en extension) qu'il convient de traiter (Sous-section I) avant de tracer leurs insuffisances et de proposer quelques perspectives d'amélioration.

Sous-section I : Les modalités procédurales des actions en responsabilité

Le régime mis en place qui se vaut commun aux deux actions, est plus favorable aux dirigeants que celui de droit commun parmi, les points favorables aux dirigeants fautifs, nous citons, une restriction du nombre des personnes admises à agir, et une prescription plus courte par rapport aux règles de droit commun, pour plus d'éclaircissement, nous allons traiter dans un premier paragraphe la saisie du tribunal (P. I) et dans un deuxième ; le déroulement de la procédure (P.II).

¹²³ Philippe Roussel Galle entreprise en difficulté, Lexis Nexis 2012. P : 750.

¹²⁴ A bou. S coulibaly droit de la concurrence d e l'UEMOA, Rev burkemabi de droit n° 43-44, 1^{er} et 2^{ème} semestre 2003.

Paragraphe I : la saisine du tribunal

Les deux points procéduraux qui posent le plus de singularité concerne d'abord (la compétence) (1) ensuite la qualité (2) et le délai pour agir. (3)

1- Le tribunal compétent

Selon article 737 du code de commerce, le tribunal compétent est celui qui a ouvert la procédure ¹²⁵ règle logique puisque la responsabilité est indissociable de la procédure collective et que c'est dans le dossier de la procédure collective que seront puisés les éléments nécessaires pour apprécier la faute et la responsabilité du dirigeant¹²⁶.

Cette règle peut poser un problème que si la personne morale débitrice pendant l'exécution du plan, a déplacé son siège. Il se peut en effet que se trouvant à nouveau dans l'une des situations appelant l'ouverture d'une procédure collective, la personne morale effectue sa demande ou sa déclaration de cessation des paiements au tribunal de son nouveau siège, tribunal qui peut être différent de celui qui a ouvert la procédure ayant débouché sur le plan en cours. La demande doit alors être déclarée irrecevable, le tribunal ayant arrêté le plan ayant compétence exclusive, quel que soit la localisation du nouveau siège.¹²⁷

2- La qualité pour agir

Les personnes habilitées à saisir le tribunal de commerce sont limitativement énoncées par le code de commerce, en fait en plus de pouvoir se saisir d'office, l'article 708 prévoit que le tribunal peut être saisi par le syndic.

L'action peut être intentée contre un ou plusieurs dirigeants ce qui donnera

¹²⁵ Le tribunal compétent pour prononcer les sanctions patrimoniales prévues au présent chapitre et celui qui a ouvert la procédure.

¹²⁶ F. PEDON, op ; cité. P : 815.

¹²⁷ A. FALLI, procédures de traitement des difficultés de l'entreprise, Dar Assalam décembre 2012. P : 349.

lieu à côté de l'action principale, à plusieurs autres actions (de liquidations et de redressement judiciaire) chacune de ces actions est indépendante de l'autre¹²⁸.

La liste de l'article 708 du code de commerce aux fins de saisine de la juridiction est limitative. Dans ce cadre, un jugement du tribunal commercial de Rabat a considéré que le créancier n'a pas la qualité pour agir dans la mesure où cette qualité est conférée en vertu du texte légal limitativement au syndic et au tribunal.¹²⁹

Il s'agit d'une action strictement attirée, les créanciers sont sans qualité à agir, même s'ils sont contrôleurs. Leur seule ressource sera de rechercher la responsabilité de l'organe ayant en charge la défense de l'intérêt collectif des créanciers. Il en est de même des associés¹³⁰.

En France, le tribunal est saisi par l'administrateur, le représentant des créanciers, le liquidateur, le commissaire à l'exécution du plan et le procureur de la république, depuis la loi de sauvegarde, en cas d'inaction du mandataire judiciaire ou du liquidateur, le tribunal peut être saisi à l'initiative de la majorité des créanciers nommés contrôleurs, ce qui implique qu'il y en ait au moins deux. En revanche, la saisine d'office du tribunal n'est plus autorisée. La loi interdit également au juge commissaire de participer à la formation de jugement, ou au délibéré, ces deux dernières solutions ont été adoptées afin de ne pas entrer en contradiction avec les exigences de la convention européenne des droits de l'homme en matière de procès équitable. Dans la même perspective, la loi de sauvegarde prévoit également des dispositions relatives à la publicité des débats de nature à protéger les intérêts des personnes suspectées de faute¹³¹.

¹²⁸ CHOUK, le médiateurs . P : 395.

¹²⁹ Ju. Tri. Com de Rabat n° 96 dossier n° 92 /32/2012 du 27/12/2012 non publié.

¹³⁰ A. FALLI, op.cit. P 350.

Voir dans le même sens P. M. LE CORRE, op.cit. P : 921 .31.

¹³¹ C. SOUVREINE, droit des entreprises en difficulté, op.cit. P : 256.

3- Le délai pour agir

S'agissant du délai de prescription, la solution est la même que celle adoptée par le législateur français. En effet, les deux actions se prescrivent par trois ans¹³² à compter du jugement qui a arrêté le plan de continuation ou de cession ou, à défaut, du jugement qui prononce la liquidation judiciaire¹³³.

A notre sens, le législateur à travers ces textes, limite la période pendant laquelle le dirigeant peut être poursuivi, et harmonise le régime de l'action. En comblement de l'insuffisance d'actif avec celui de l'action en extension. Il est curieux cependant que la loi ne précise rien sur l'action consécutive à un défaut de comblement, ou sur l'action exercée contre les héritiers du dirigeant décédé.

Enfin, il paraît singulier que les dirigeants d'une société en redressement judiciaire bénéficient d'une prescription plus courte que celle de droit commun, alors que les actions en comblement et en extension ont été introduites pour permettre que leur responsabilité soit plus facilement engagée. C'est là le principe que les textes spéciaux prévalent sur les principes généraux. En effet le législateur dans un souci d'estomper le chômage et de créer des emplois, a édicté des règles qui sont devenues tellement favorables aux dirigeants, que l'on peut se poser des questions sur l'avenir même des actions.

¹³² Jug. trib. com. de Casablanca n° 93 / 2010 dossier n°+ 73/25 /2010 du 12/ 04/2010 non publié.
- Arrêt de la cour d'appel de commerce de Casablanca n° 5886/ 2009 du 04 / 12/2009 non publié
- Jug. et tr. com. de Rabat n° 96 du 27 / 12/2012. non publié.

¹³³ L'article 741 du c.com. En cours de procédure ouverte en application de l'article précédent le passif comprend, outre le passif personnel celui de la société, la date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement d'ouverture de la procédure de la société. L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui arrête le plan de continuation ou de cession, ou à défaut, du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

Paragraphe II : Le déroulement de la procédure

Nous allons traiter dans un souci de précision, les modalités de convocation (1) ainsi que la décision du tribunal (2).

1-Les modalités de convocation

Le dirigeant est convoqué par un acte d'huissier devant le tribunal statuant en chambre de conseil, c'est-à-dire en dehors de la présence du public, au moins huit jours avant leur audition par le secrétariat greffier du tribunal. Un jugement du tribunal de commerce de Fès a fait l'objet d'un recours en annulation pour défaut de convocation des dirigeants 8 jours avant leur audition¹³⁴.

2-La décision du tribunal

Le tribunal statue en chambre de conseil, c'est-à-dire en dehors de la présence du public. La discrétion du procès permet au dirigeant de présenter ses moyens de défense sans craindre de divulguer un renseignement qui pourrait nuire à la société ou à un tiers.

L'affaire ait ensuite en audience publique, le tribunal statue après avoir entendu le rapport du juge commissaire et le cas échéant, le ministère public a qui le dossier doit être communiqué.

La décision une fois intervenue, doit faire l'objet de mesures de publicité et de communication, elle doit donc être notifiée aux parties par le secrétaire greffier et elle est selon l'article 710 du code de commerce mentionné au registre de commerce, publiée par extrait dans un journal d'annonces légales et au bulletin officiel, comme elle doit être affichée au panneau réservé à cet effet au tribunal.

¹³⁴ Jug. Trb de com de Fès n° 52 du 29/09 /2004 dossier n° 04-05 non publié.

Sous-section 2 : Les insuffisances du régime et perspectives d'amélioration

La responsabilisation du dirigeant de l'entreprise en difficulté ne pourra intervenir qu'après l'ouverture d'une instance afin de sanction, les créanciers étant écartés de l'introduction de cette instance par le biais d'un certain « verrouillage textuel ». Imposé par le législateur (P. I) cherchant à empêcher la sortie en masse des créanciers de la procédure.

Une telle restriction est regrettable et il s'agira de s'interroger sur les réformes à opérer en la matière (P. II).

Paragraphe I : le verrouillage textuel imposé par le législateur

Nous proposons de démontrer dans ce paragraphe les aspects de verrouillage et de restrictions imposés par le législateur commercialiste (1) et de faire une comparaison avec certaines législations notamment, la législation française (2) afin d'en tirer profits.

1- Manifestations

Le législateur à vouloir rapetisser le nombre des intervenants dans la procédure collective, désirant déclencher une action en responsabilité.

Pour se faire, il a opté pour la technique de l'énumération limitative des personnes recevables à introduire une requête afin de sanction du dirigeant de l'entreprise en procédure collective¹³⁵.

En fait, dans le cadre des deux actions en responsabilité précédemment invoquées, le tribunal ne peut être saisi que par le syndic ou d'office. Il n'est possible au créancier qui a connaissance de la réalisation des faits fautifs par le dirigeant de l'entreprise en procédure collective que d'informer le syndic de ces

¹³⁵ Article 708 du C.com : dans les cas prévus aux article, 738 à 739, le tribunal se saisit d'office ou est saisi a par le syndic.

faits, sollicitations « bouteille à la mer » qui pourra ne pas être suivi d'effet.

2-La position du législateur français

Le législateur Français quant à lui opte aussi pour la restriction du nombre des personnes pouvant déclencher l'ouverture d'une action en responsabilité collective, il reste cependant que la liste instaurée par ce dernier est plus large en comparaison avec celle décrite par l'article 708 du code de commerce.

En plus de pouvoir se saisir d'office, l'art 183¹³⁶ prévoit que le tribunal peut être saisi par l'administrateur, le représentant des créanciers, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou le procureur de la république la loi du 26 juillet 2005¹³⁷ a modifié sur plusieurs points la législation antérieure, cette dernière tient compte de l'impossibilité d'engager l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif en redressement judiciaire et après adoption d'un plan tant que celui-ci ne sera pas résolu.

Elle supprime en conséquence, de liste des personnes ayant qualité pour saisir le tribunal, l'administrateur judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan, ne maintenant que le mandataire judiciaire et le liquidateur. Il a été dit que cela répondait au souhait de mieux distinguer les deux matières de mandataire judiciaire et de l'administrateur judiciaire.

La loi française de sauvegarde des entreprises en difficulté supprime également la possibilité pour le tribunal de se saisir d'office. La saisine d'office est apparue gênante au regard du nécessaire principe d'impartialité de la juridiction, et plus précisément du droit à un procès équitable tel que l'impose la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés.

¹³⁶ Loi française n° 98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises

¹³⁷ Loi française n° 2005-745 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

Paragraphe II : Un régime vers plus d'accessibilité

De ce qui précède, nous pouvons conclure que le système précédemment étudié (les personnes qui ont la qualité pour déclencher l'action), n'est pas pleinement satisfaisant, car il met à l'écart les principales victimes des actes fautifs du dirigeant d'entreprise en difficulté qui sont les créanciers.

Nombres de propositions peuvent être avancées, notamment la possibilité de permettre aux « créanciers » (1) et aux contrôleurs (2) de déclencher l'action ainsi que de revoir la possibilité déjà offerte au tribunal de la déclencher, (3) car elle va au détriment de l'impartialité de la juridiction.

1- Les créanciers

Il serait souhaitable de permettre aux créanciers de mettre en marche les actions en responsabilité à fin de sanction du dirigeant d'entreprise en procédure collective, si celui-ci a réalisé des actes sanctionnables.

Pour parvenir à cet objectif il faudrait permettre soit à un des créanciers du débiteur en procédure collective, soit à une majorité de créanciers de déclencher une telle procédure à fin de sanction, voire permettre à une majorité de créanciers de forcer leur représentant à déclencher les poursuites du dirigeant à fin de sanction.

Cette proposition est à accueillir favorablement puisqu'elle permet aux créanciers de ne plus être des acteurs oubliés en matière de sanction des dirigeants d'entreprise en procédure collective.

2- Les contrôleurs

Il est aussi recommandé, d'attribuer aux contrôleurs la possibilité de saisine. Le pouvoir de saisine ainsi attribué s'inscrira dans la mission d'organe de défense de l'intérêt collectif des créanciers du livre V du code de commerce ce

droit apparaître redondant par rapport aux pouvoirs généraux qui leur sont reconnus.

Il importe alors de prévoir explicitement la solution, pour éviter qu'un contrôleur n'engage une action en responsabilité contre un dirigeant sur le fondement d'une faute de gestion, pour obtenir la condamnation de celui-ci à réparer tout le préjudice qu'il a occasionné par sa faute, alors que le tribunal dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et dans a un pouvoir d'appréciation sur le quantum de la condamnation¹³⁸.

3- Le tribunal

Parmi les modifications proposées, c'est la suppression de la possibilité pour le tribunal de se saisir d'office, dans la mesure où la saisine d'office apparaît gênante au regard du nécessaires principe d'impartialité de la juridiction, et plus précisément du droit à un procès équitable tel que l'impose l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹³⁹, la solution pourra aussi développer l'idée de prévention, car le tribunal peut être regardé avec suspicion si le chef d'entreprise voit dans celui qui le reçoit pour l'inciter à agir le plus en amant possible, la même personne que celle qui pourrait décider ultérieurement d'engager une action pour le sanctionner financièrement.

¹³⁸ Pierre Michel, op.cité. P :921.

¹³⁹ Art 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit de bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque, les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

Chapitre II : Normes particulières relatives à chacune des actions en responsabilité

C'est seulement dans des cas exceptionnels que l'ouverture d'un redressement judiciaire peut produire des conséquences pécuniaires à l'égard des dirigeants, le code de commerce prévoit deux conséquences : L'une où le dirigeant peut être condamné à combler tout ou partie de l'insuffisance d'actif¹⁴⁰ l'autre où le dirigeant peut dans des cas limitativement énumérés par la loi, faire l'objet d'une procédure personnelle de redressement judiciaire¹⁴¹.

Les deux actions nourrissent le débat doctrinal et juridique depuis de décennies, du fait de leurs contours parfois imprécis, le législateur commercialistes dans les articles 738 et 739¹⁴² a pu à la fois innover et aménager réunissant en une seule action et la répression et la réparation, mais une véritable harmonie reste toujours recherchée.

Section I : Les spécificités de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif

Dans certaines hypothèses, le dirigeant d'une société en difficulté est susceptible de voir exercer à son encontre une action dont l'objet est de lui faire supporter tout ou partie du passif de la société : il sera alors tenu pour responsable de tout ou partie de l'insuffisance d'actif¹⁴³.

En effet, aux termes de l'article 738 du code de commerce : « 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

¹⁴⁰ Art 738 du c.com tel que complété et modifié par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

¹⁴¹ Art 739 du c. com. tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

¹⁴² De la Loi 73-17 op.cit. P :14.

¹⁴³ A. FALLI, procédure de traitement des difficultés de l'entreprise DAR ASSALAM, Décembre 2012. P : 355.

insuffisance d'actif, décider que cette dernière sera supportée, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou seulement certains d'entre eux, cette action appelée, l'action, en comblement expose les dirigeants à des conséquences patrimoniales importantes. Il est donc primordial que ces derniers connaissent les conditions auxquelles elle est soumise afin d'éviter de voir leur responsabilité engagée (Sous-section I) il est aussi important de déterminer les résultats de cette action (Sous-section II).

Sous-section I : les conditions de l'action

L'article 739¹⁴⁴, du code de commerce permet la réparation du dommage subi à la suite d'une faute commise par le dirigeant.

Aussi la condamnation au comblement de passif suppose t'elle la réunion de trois condition)

- L'insuffisance d'actif (paragraphe I) condition *sine qua non* de l'action en comblement, elle répond dans le régime de droit commun au dommage subi.

- La faute de gestion (paragraphe II), et cela dans la simple attitude fautive du dirigeant.

- Le lien de causalité (paragraphe III) qui se singularise par certaines particularités et qui donne lieu à la constatation d'une action en réparation du dommage subi « l'action en comblement de l'insuffisance d'actif » malgré que la pratique jurisprudentielle en la matière reste rare (paragraphe IV).

Paragraphe I : L'insuffisance de l'actif

L'action en comblement de passif serait une lettre morte sans l'existence d'un préjudice pour les créanciers, qui ne traduit pas une insuffisance d'actif. L'article 739 dispose dans sa formule que « lorsque le redressement ou la

¹⁴⁴ Art 739 de la loi 73-17, op.cit.

liquidation judiciaire fait apparaître une insuffisance d'actif... ».

Peu de difficultés surgissent sur ce point, notamment sur sa définition (1), son domaine (2) ainsi qu'à sa détermination (3).

1-Définition :

En l'absence d'une définition légale, la doctrine s'accorde¹⁴⁵ pour considérer que l'insuffisance d'actif existe si le passif est supérieur à l'actif.

Plus précisément, celle-ci résulte d'un déséquilibre entre le passif externe de l'entreprise et l'actif dont elle dispose au jour où le juge est saisi¹⁴⁶.

En théorie, l'insuffisance désigne la différence négative entre le passif admis et la valeur estimée ou de réalisation, de l'actif de l'entreprise¹⁴⁷ c'est-à-dire que l'insuffisance existe si le passif est supérieur à l'actif¹⁴⁸. Le passif est constitué par toutes les créances vérifiées et admises. L'actif ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de l'actif disponible, d'autres valeurs entrent en ligne de compte : en effet en cas de redressement judiciaire, la valeur du patrimoine social doit être prise en considération, en cas de liquidation c'est plutôt la valeur de la réalisation.

La preuve de l'existence d'une insuffisance d'actif, laquelle s'apprécie au regard de la situation globale du passif et de l'actif de la société à la date à laquelle le dirigeant a cessé ses fonctions, il est ainsi nécessaire de préciser le montant de l'insuffisance d'actif à la date à laquelle la condamnation est

¹⁴⁵ F.PEROCHON et R BONHOMME, entreprise en difficulté, instrumente, de crédit et de paiement LGDJ 7^{ème} édition 2006 . P : 569

¹⁴⁶ M. C. CAQUELET, entreprise en difficulté instruments de paiement et de crédit Dalloz 7^{ème} édition, 2009. P :352.

¹⁴⁷ D. R. MARTIN, droit commercial et bancaire Marocain Al Madani, 1^{ère} édition 1999. P : 370.

¹⁴⁸ B. SOINNE : traité théorique et pratique des procédures collectives, LITEC 1987. P : 1103.

prononcée, la condamnation du dirigeant ne pouvant excéder ce montant¹⁴⁹

Les dettes nées après le jugement d'ouverture la détermination de l'insuffisance d'actif pouvant être mis à la charge des dirigeants sociaux¹⁵⁰

2- Domaine d'application

Comme nous l'avons déjà indiqué, le dommage nécessaire à la mise en œuvre de l'art 738 est une insuffisance d'actif, c'est à dire qu'il n'y a pas assez de fond dans le patrimoine de la société pour rembourser toutes les créances, de telle sorte qu'une fraction de ces créances ne sera pas satisfaite à échéance¹⁵¹.

Reste que le déclenchement d'une procédure collective peut aboutir à plusieurs possibilités où l'article 738 ne permet pas de voir claire.

Dans le cadre d'une cession totale d'entreprise et encore plus d'une liquidation judiciaire, l'article 738 jouera car les créanciers ne seront pas payés dans leur intégralité, La condition d'une insuffisance d'actif sera établie.

Les difficultés apparaissent dans le cadre d'un plan de continuation, car on suppose ici que les créanciers vont être payés¹⁵², grâce aux délais consentis par le tribunal ou aux remises qu'ils ont consenti eux-mêmes, à ce moment-là l'action ne pourra pas être exercée faute d'une insuffisance d'actif.

A notre sens, la solution n'est pas aussi tranchée car l'art 738 prévoit expressément, l'action en cas de continuation de l'entreprise. Les termes sont trop vagues. N'aurait-il pas fallu préciser dans cet alinéa que l'action ne pourra être menée que dans le cadre d'une continuation pure et simple.

¹⁴⁹ Com 25 mai 2018 pourvoir, n° 17.10.117 com 24 janvier 2018, pourvoir n° 15 – 26810. 16-17803 1 Publié sur le site : intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr consulté le : 01/11/2022. A 20h20.

¹⁵⁰ Com. 28 avr 1998 n° 95-21-969, RTD com 1999, 187, obs. Aloude, Defrénois 1998. 948, note. P. Le cannu, Rev. Proc.coll. 2000. P : 49.

¹⁵¹ Jug. Tri com de Casablanca n° 1014/34 du 23 /202/2010, cité par A. FALLI, op ; cité. P : 358.

¹⁵² Voire dans ce sens : A. EL HAMMOUMI, op ;cité. P : 145.

Enfin, il faut remarquer que le tribunal va accorder des délais, ce qui suppose des remboursements échelonnés dans le temps qui sont un préjudice pour les créanciers et notamment pendant la procédure judiciaire avec l'arrêt du cours des intérêts. Ce préjudice ne peut pas être pris en considération pour tenter une action en comblement d'insuffisance d'actif, car cette dernière repose sur le défaut de paiement des créances, de telle sorte que tout autre préjudice lui est complètement étranger¹⁵³.

En conclusion, il faut admettre qu'aucune action ne sera possible dans le cadre d'un plan de continuation pure et simple, celle-ci ne pouvant être exercée que lorsque le plan sera un échec et qu'on lui substituera un plan de cession ou de liquidation judiciaire.

3- La Détermination de l'insuffisance d'actif

La détermination de l'insuffisance d'actif ne peut être établie qu'après achèvement des opérations de vérification du passif d'une part et fin des opérations de réalisation d'actif d'autre part.

Cependant une jurisprudence constante décide que l'action est recevable même si ces opérations ne sont pas terminées, dès lors qu'il apparaît avec évidence que l'actif sera insuffisant pour payer le passif¹⁵⁴ il suffit que l'insuffisance d'actif soit certaine peu importe que le passif et l'actif soient exactement chiffrés.

Mais cette solution discutable au regard du principe indemnitaire¹⁵⁵ a été remise en cause¹⁵⁶ dès lors que la condamnation ne peut excéder l'insuffisance

¹⁵³ F. DERRIDA, P GADE et J.P SORTAIS: Redressement et liquidation judiciaire, 3^{ème} édition 1991.P :58.

¹⁵⁴ Com 28 mai 1991, n° 89.21 116 Bull ci IV 187 cité par Pierre Michel le corre, droit et pratiques des procédures collectives 2013 -2014 , P : 922.

¹⁵⁵ Qui condamne déjà de limiter la condamnation au montant de l'insuffisance d'actif.

¹⁵⁶ Com 27 juin 2006 n° 05. 11 690 cité par Françoise op ; cité. P : 824.

d'actif (elle peut être inférieure), autrement dit le tribunal malgré son large pouvoir d'appréciation, ne peut en aucun cas faire supporter aux dirigeants fautifs un montant supérieur que la valeur du passif de la personne morale, dans la mesure où cette action ne constitue pas une action en réparation du dommage, mais une action en indemnisation visant à combler l'insuffisance d'actif¹⁵⁷ il est indispensable de déterminer celle-ci, autrement l'existence et le montant de l'insuffisance d'actif sont classiquement appréciés au moment où statue la juridiction saisie sur l'action¹⁵⁸.

Par ailleurs, la jurisprudence déduisait du fait que la faute doit être antérieure au jugement d'ouverture que les créances à considérer devaient l'être aussi, de sorte qu'il n'avait pas lieu en principe de tenir compte dans la détermination de l'insuffisance d'actif des dettes postérieures du débiteur¹⁵⁹. Alors, l'insuffisance d'actif doit exister dès l'ouverture et non pas résulter d'une continuation déficitaire de l'exploitation. L'importance de cette insuffisance est d'ailleurs différente selon qu'on en détermine le montant avant ou juste après le jugement qui prononce le redressement judiciaire. En effet le dépôt de bilan entraîne une accumulation de dettes nouvelles du fait de la résiliation de certains contrats en cours et une dépréciation de l'actif.

Selon Pierre Michel LE CORRE, le fait que certaines créances soient contestées ne peut suffire à écarter l'action en comblement de passif, dès lors que sont supérieurs aux actifs, la contestation de créance n'ayant évidemment pas pour effet d'augmenter l'actif, mais seulement de diminuer le passif. En revanche, le liquidateur ne peut se prévaloir, pour déterminer l'insuffisance d'actif, d'un passif déclaré à titre provisionnel.¹⁶⁰

Paragraphe II : La faute de gestion

¹⁵⁷ A. CHOKRI SABAI, op.cit. P : 381.

¹⁵⁸ A. JACQUEMONT, droit des entreprises e difficulté Lexic Nexic 7^{ème} édition, 2011.P: 59.

¹⁵⁹ F. PEROCHAN, op.cit. P : 824.

¹⁶⁰ S. HADJI, Artinian : la faute de gestion en droit des sociétés, Litec, 2002. P : 125.

En l'absence d'une définition légale (1) la doctrine et la jurisprudence ont établi plusieurs applications de la notion, toutefois, certains points méritent d'être avancés, notamment, l'équivalence quant à la nature de la faute (2) ainsi que sa preuve (3).

1-L'absence de définition légale

En l'absence d'une définition légale d'une faute de gestion. Les tribunaux disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour la caractériser, c'est-à-dire pour en établir l'existence, cette dernière se trouve généralement déduite du comportement passé du dirigeant par comparaison à ce qu'aurait été le comportement d'un dirigeant normalement compétent et placé dans la même situation¹¹⁹ l'étude de la jurisprudence (marocaine et française) en la matière permet d'en dégager ces multiples applications.

La faute de gestion doit être obligatoirement caractérisée, elle ne peut être déduite de la seule importance du passif ¹⁶¹

a-La violation de la loi des règlements ou des statuts :

Selon Pierre Michel LE CORRE, il y a faute de gestion en cas de violation caractérisée des règles relatives à la gestion des sociétés.¹⁶²Dans ce sens, la jurisprudence est très extensive, car la quasi-totalité des décisions du dirigeant ont ou peuvent avoir une incidence sur la gestion. En effet, la gestion largement entendue ne se réduit pas à l'exploitation¹⁶³. Ainsi, la faute de gestion peut résulter aussi de la poursuite d'une exploitation sachant que l'activité est rendue difficile.

¹⁶¹ Com 26 février 2020, pouvoir n° 18 – 24 188. Publié sur le site : intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr consulté le : 01/11/2022. A 21h40.

Com 24 mars 2021, pouvoir n° 19 -21, 471. Publié sur le site : intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr consulté le : 01/11/2022. A 21h45.

¹⁶² P. M. LE CORRE, op ; cité . P : 921.

¹⁶³ L. EL KASSID : « Les procédures collectives dans le cadre des difficultés d'entreprise » Al MEIAR n° 48, décembre 2012, P : 78.

L'absence de reconstitution de capitaux propres en cas de perte de la moitié du capital social, la réalisation d'opérations étrangères à l'objet social, la privation de la société de la quasi-totalité de sa trésorerie. Il en sera de même de l'absence de réunion des assemblées d'associés ou du conseil d'administration¹⁶⁴.

b-L 'incurie des dirigeants :

Il est évident que la faute peut résulter d'un acte positif commis par le dirigeant, mais elle peut aussi découler d'une abstention pure et simple¹⁶⁵. Ainsi il est fréquemment retenu contre les dirigeants de sociétés le retard avec lequel ils ont déclaré la cessation des paiements. De même, commet une faute de gestion du fait de sa passivité le dirigeant qui laisse tous ces pouvoirs, notamment le fait pour un dirigeant du droit de laisser la gestion à un dirigeant de fait.

L'incurie peut ensuite résulter de l'absence de décision du dirigeant, par exemple, le cas pour un dirigeant qui s'était abstenu de mettre en place une structure compétente et des outils de gestion fiables, permettant à la personne morale et à lui-même d'appréhender la situation économique et financière exacte, il en résulte de prendre en temps utile, les mesures de redressement qui s'imposaient en l'espèce. Cette anarchie totale dans la gestion était à l'origine de l'insuffisance d'actif qui avait ainsi pu se créer et s'accroître sans que le gérant puisse s'en apercevoir.¹⁶⁶ La cour de cassation Française a eu l'occasion de préciser que la désignation d'un mandataire ad hoc, qui ne prive pas le dirigeant de la société débitrice de l'exercice de ses pouvoirs ne le dispense pas de ses obligations¹⁶⁷.

¹⁶⁴ La cour d'appel de commerce de Fès a considéré que le fait pour le dirigeant de déposer la marchandise (le fourrage) dans une ferme dont la propriété lui appartient sous prétexte que la superficie du siège de la société est insuffisante pour constituer une faute de gestion, justifiant l'application de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif, cité par : Allal Falli, op ;cité. P : 360.

¹⁶⁵ P. R. GALLE, op ;cité. P : 753.

¹⁶⁶ Com. 14 décembre 1993, n° 91. 20 839 cité par F. F. DE FRANDEVILLE. Ambroise marlage dirigeants des sociétés Delmas 3^{ème} édition 2015, op.cit., P : 313.

¹⁶⁷ Com. 18 mai 2016, n0 14-16.895, bul. Joly 2016, E. Monil Bassilama. P.65.

c-Faute de gestion résultant d'inobservation d'obligations fiscales

Le non-respect de la législation fiscale constitue une faute de gestion rendant possible la condamnation à combler le passif. Il en est ainsi par exemple de l'absence de déclaration régulière des charges fiscales, ayant entraîné des taxations d'office. Le fait d'avoir fait subir indument à la société de pénalités et intérêts de retard, ainsi que le fait de ne pas avoir respecté le plan d'apurement établi par l'administration fiscale sont également des fautes de gestion lorsque les manquements constitutifs de fraude fiscale sont antérieurs à la nomination du dirigeant, ce dernier commet une faute de gestion à ne pas tirer les conséquences des manquements dont il est informé¹⁶⁸.

Le non-respect de la législation sociale constitue également une faute de gestion rendant possible la condamnation à réparer l'insuffisance d'actif. Il l'en est ainsi par exemple de l'absence de déclarations régulières des charges sociales, ayant entraîné des taxations d'office¹⁶⁹.

Le dispose pas de ses obligations

d-Faute de gestion tenant au fait de vouloir Avantager un créancier :

La faute de gestion peut également consister à vouloir avantager un créancier, par exemple en effectuant entre ces mains un paiement préférentiel, alors qu'il connaissait l'état de cessation des paiements du débiteur¹⁷⁰

Il peut aussi être question de rembourser des avances en comptes courants d'associés, de manière préférentielle par rapport aux autres créanciers. Il peut encore être question de faire payer les salaires du dirigeant au moyen de la prise en charge de ceux-ci par une société débitrice, puis de procéder par voix de

¹⁶⁸ P. M. LE CORRE, op ; cité. P : 920.

¹⁶⁹ Com 13 nov 2007 n° 06 -13- 2012 NP n° 1239 F- D gaz pro coll 2008, p. 68 note Monterau [PierreMC].

¹⁷⁰ Com 11 juin 1996 n° 94 – 16067 bull civ IV n° 169. Rev pro coll 1997, n° 2, P : 243 060 matin cerf

compensation entre la créance détenue sur cette société et la société dirigée, privant de la sorte la société dirigée de toute trésorerie¹⁷¹.

L'inaction peut également être sanctionnée, tel a été le cas pour un dirigeant qui s'est abstenu de mettre en place une structure compétente et des outils de gestion fiables, permettant à la personne morale et à lui-même d'appréhender la situation économique et financière exacte et, en conséquence de prendre en temps utile les mesures de redressement qui s'imposaient.

En l'espèce, cette anarchie totale dans la gestion était à l'origine de l'insuffisance d'actif qui avait ainsi pu se créer et s'accroître sans que le gérant puisse s'en apercevoir¹⁷².

2- L'équivalence quant à la nature de la faute

Le législateur n'apportant aucune qualification de la faute, la notion reste ambiguë. Dès lors, les juges en ont une interprétation très large, faisant de la faute de gestion une notion « *fourre-tout* » au regard de la responsabilité du dirigeant, la bonne foi ne constitue pas une excuse, il peut s'agir autant d'une négligence, d'une erreur ou d'une imprudence que la violation de la loi ou des statuts, c'est la théorie de l'équivalence des conditions qui permet ainsi de retenir une simple faute de gestion même légère ou de la loi.

L'article 738 nous paraît cependant cohérent. Le législateur s'est montré subtil, d'une subtilité risquée mais mesurée. Le rôle qu'a joué le législateur il l'a fait en amont en posant des conditions sévères et en faisant de l'article 738 un texte sanctionnateur. Il a joué la carte répressive en mettant en garde les dirigeants contre tout écart de conduite de leur part.

Mais, il a laissé en aval un pouvoir quasi souverain aux juges pour alléger,

¹⁷¹ Pierre Michel le Corre, op ; cité . P : 922.

¹⁷² Com 14 décembre 1993 n° 91, 20 239. Bull ci Iv n 473 JCP 1994 Iv 480, 62. JCPE 1994, par cité note Fabrice François, E. DE FRONDEVILLE Ambroise Marlang, op.cité. P : 313.

atténuer cette responsabilité et ne pas tuer l'esprit d'entreprise quant on veut faire des affaires il faut savoir prendre des risques et ce n'est pas toujours payant.

Le risque existe qu'à son tour la jurisprudence ne fasse pas des analyses subtiles qui aillent au-delà de la seule équivalence des conditions.

Les fautes retenues sont bien souvent des actes de gestion dont les conséquences sont jugées des années plus tard et auxquels se sont mêlés de nombreux facteurs qui ont dû influencer sur le sort de la société.

Car les mêmes faits peuvent aussi bien être qualifiés de faute ou de réussite selon l'évolution de l'environnement économique, et ne constituent pas nécessairement une violation d'une disposition légale, réglementaire ou statutaire, La faute de gestion, peut aussi être une action ou une omission ; librement appréciée par le juge de fond, mais dont les éléments de qualification et de motivation sont susceptibles de contrôle¹⁷³.

Dès lors une expansion trop rapide au regard des capacités financières sera jugée fautive une fois l'échec constaté, inversement, si le succès est au rendez-vous, on saluera l'initiative et l'audace du dirigeant.

L'appréciation à posteriori interfère sur la faute de gestion et rend plus délicat l'appréciation de la responsabilité du dirigeant. Il est donc facile d'être sage après les faits, c'est dire que la tâche des magistrats n'est pas aisée.

A l'opposé, il y a des actes de gestion ou la faute existe bien au moment où l'acte est opéré. Ici se poseront moins de problèmes. Car le comportement fautif est ici intrinsèque aux faits, à l'image par exemple du non tenu de comptabilité ou de la violation des statuts.

¹⁷³ Arrêt de la cour d'appel de Marrakech n° 08/2002 du 06/02/2002, Cité par : A. EL HAMMOUMI, droit des difficultés de l'entreprise, librairie Dar ASSALAM, 3^{ème} édition, 2008. P :176.

3-La preuve de la faute de gestion

a- Position du législateur français : « d'une faute présumée à une faute prouvée ».

Le législateur français dans l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 reposait sur une présomption de faute. Il appartenait donc au dirigeant poursuivi de démontrer qu'il n'avait pas commis de faute. Le renversement de la charge de la preuve avait été critiqué ¹⁷⁴ souvent de manière excessive et parfois inexacte. En exigeant ce que d'ailleurs les tribunaux retenaient avant même la réforme, que la preuve soit rapportée de la commission d'une faute par le dirigeant poursuivi.

La loi du 25 janvier 1985, a remplacé le mécanisme dans le droit commun de la responsabilité, l'article L 651.2, dans sa rédaction due à la loi du 26 juillet 2005, confirme ce choix, commun dans ce droit comme dans le droit antérieur, c'est la faute de gestion qui justifie une condamnation à combler l'insuffisance d'actif¹⁷⁵.

La suppression de la présomption de faute par le législateur à travers l'article 180 de la loi de 1985, a le mérite de permettre aux dirigeants de combattre les prétentions des personnes habilitées à agir à armes égales. Une faute même légère suffit, une simple imprudence ou une négligence, mais la faute de gestion ne peut être déduite de la seule importance du passif social constaté¹⁷⁶ revient au juge du fond d'exercer son pouvoir souverain d'appréciation à défaut de définition précise.

¹⁷⁴ La présomption de faute qui existait entraînait un renversement de la charge de la preuve par rapport aux principes de la responsabilité du droit commun, il n'incombait pas au demandeur de prouver la gestion fautive, ni son lien avec l'insuffisance d'actif, c'était donc au dirigeant de prouver qu'il avait apporté à la gestion de la société toute l'activité et la diligence nécessaire.

¹⁷⁵ M. JEANTIN, Paul LE CANNU : droit commercial entreprise en difficulté, Dalloz, 6.7^{ème} édition 2006, P : 788.

¹⁷⁶ Com. 19 jan 1993, RJDA 7/1993, n° 660-com. 8 octobre 2003, RJDA 2004, n° 203. P : 70.

b-Position du législateur marocain

La condamnation suppose ensuite la preuve d'une faute de gestion, le droit marocain a bénéficié à cet égard de l'évolution qui a rythmé le droit français, dans la mesure où il a fait de la faute de gestion une faute dont la preuve doit être apportée.

Les éléments de preuve de la faute de gestion peuvent être puisés dans le rapport d'un expert-comptable, dès lors que ce rapport a été versé aux débats et soumis à un débat contradictoire. La faute peut exister dès la création de la personne morale, par exemple pour cause d'insuffisance des financements réunis par rapports aux investissements à réaliser ou de fixation d'une rémunération disproportionnée par rapport aux résultats prévisionnels, ou encore de défaut de libération intégrale du capital dès la première année alors même que la loi n'en fait pas obligation.

Elle est également constatée, le plus souvent, en cours d'exploitation par exemple : pour cause de poursuite d'une exploitation déficitaire sans prendre les mesures nécessaires, même si la société n'est pas déjà en état de cessation des paiements et alors que sa situation était déjà compromise lorsque le dirigeant a pris ses fonctions, ou encore pour cause d'octroi, irrégulier, par le dirigeant lui-même d'une rémunération (auto-rémunération) et alors que la société était dans une situation difficile¹⁷⁷.

Paragraphe III - Le lien de causalité

Au-delà de l'exigence de la contribution de la faute à l'insuffisance d'actif « L'exigence d'un lien de cause à effet » est nécessaire (1) notre intérêt, va porter sur une problématique importante, à savoir, le degré de participation de chacun des dirigeants fautifs à la production du dommage (2) en cas de leur pluralité.

¹⁷⁷ André JACQUEMONT, droit des entreprises difficulté, op.cit. P : 600.

1- L'exigence d'un lien de cause à effet

a-La contribution à l'insuffisance d'actif

L'article 738 du code de commerce précise que la faute de gestion doit avoir contribué à l'insuffisance d'actif. Il s'agit ici d'une adaptation de la règle de droit commun de l'article 5 du code civil, qui prévoit un lien de causalité entre la faute et le préjudice subi. Bien que le législateur n'évoque pas explicitement le lien de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif, le terme « contribuer » fait évidemment penser à ce lien. Selon Françoise PEROCHAN le terme contribuer correspond à une conception lâche du lien de causalité¹⁷⁸. On pourrait penser que l'objectif du législateur était d'éviter la condamnation systématique du dirigeant à la moindre inobservation de la loi. En effet il est possible de condamner un dirigeant, même si sa faute de gestion n'est que l'une des causes d'insuffisance d'actif¹⁷⁹

En fait, selon Pierre Michel LE CORRE par l'expression « contribuer », le législateur distend le lien de causalité, en permettant d'écarter le problème des causes plures du dommage. Il n'est pas besoin que la faute soit à l'origine exclusive du dommage. Pour cette raison, la juridiction qui condamne le dirigeant n'a pas à déterminer la part de l'insuffisance d'actif imputable à la faute de gestion. Il suffit que le fait reproché au dirigeant soit l'une des fautes ayant contribué à la réalisation du dommage, peu important qu'elle soit la cause principale ou unique il en résulte que la faute d'un dirigeant ne permettra pas d'exonérer un autre dirigeant fautif, il en résulte aussi que le fait que les difficultés de la société soient principalement dues à l'attitude de tiers, par exemple les pouvoirs publics, ne peuvent suffire à exonérer le dirigeant des fautes qu'il aurait commises la demande de condamnation ne peut donc être rejetée sans l'examen des fautes invoquées

¹⁷⁸ F. PEROCHAN, Régime Bonhomme, op.cit. P : 464.

¹⁷⁹ Com. 17 février 1998, n° 95-18.510, Bull.ci. IV, n° 78 – com 21 juin 2005, n° 04-12.087, Bull.ci IV n° 134

contre le dirigeant. Mais, l'attitude des pouvoirs publics, par exemple, celle d'une commune dans la gestion d'une association sportive, peut conduire à ne prononcer qu'une condamnation minime contre le dirigeant de droit, la commune étant, quant à elle, plus lourdement condamnée, spécialement pour avoir fait des promesses financières non tenues.¹⁸⁰

b-Le recours à la théorie de l'équivalence des conditions

La lettre du texte de l'article 738 du code de commerce énonce que le tribunal peut, en cas de faute de gestion, ayant contribué à cette insuffisance d'actif déclarer le dirigeant responsable et exercer cette action en comblement. Ce qui laisse entendre que le législateur a voulu une interprétation large de cette notion. En renvoyant à la théorie de l'équivalence des conditions¹⁸¹ il suffit que la faute ait contribué à l'insuffisance d'actif pour qu'elle soit retenue par les juges, peu importe qu'elle ait été légère ou lourde. Il n'y a pas lieu de démontrer qu'elle a été la cause unique ou principale¹⁸².

En fait l'exigence d'une simple contribution permet au tribunal de décider que le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable, même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif et qu'il peut être condamné à supporter la totalité des dettes sociales, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles¹⁸³. Il suffit, par conséquent, qu'elle soit l'un des éléments intervenus dans la création d'actif.

D'ailleurs, il est souvent difficile d'affirmer que telle faute a été la cause principale de l'insuffisance d'actif en raison de la complexité de la gestion des

¹⁸⁰ P.M. LE CORRE, op ; cité. P : 2477.

¹⁸¹ M. ESSARSAR, la responsabilité des dirigeants d'entreprise dans la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise, sans année, Ed, P :663

¹⁸² On adoptant la théorie de l'équivalence plutôt que celle de la causalité adéquate , le texte admet que tous les événements qui ont conditionnés le dommage sont équivalents, en ce sens que tous en sont au même titre la cause.

¹⁸³ A. JACQUEMONT, droit des entreprises en difficulté, op.cité. P : 601.

entreprises : dans la majorité des cas, plusieurs facteurs contribuent à la création de cette situation. Il est par exemple difficile de prouver que la convocation tardive d'une assemblée (qui peut pourtant constituer une faute de gestion) a contribué à l'insuffisance d'actif. En définitive, pour retenir un lien de causalité il n'est pas besoin que la faute soit à l'origine exclusive du dommage.

2- La pluralité des dirigeants condamnés et la théorie de l'équivalence des conditions

Selon l'article 738 du code de commerce¹⁴⁰, le tribunal peut en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, décider que cette dernière, sera supportée, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous ces dirigeants ou seulement certains d'entre eux. Le pouvoir souverain d'appréciation offert au juge a pour conséquence directe, la possibilité de condamner un ou plusieurs dirigeants, en cas de contribution de plusieurs d'entre eux à la réalisation du dommage.

La juridiction pourra ainsi apprécier le degré de participation de chacun des dirigeants à la production du dommage, sans en avoir cependant l'obligation. Le tribunal peut décider que la condamnation de plusieurs dirigeants soit solidaire. De la sorte, chacun sera tenu dans la limite de sa condamnation à la totalité des dettes mises à charge des autres.

Il s'agit d'une certaine manière de la concrétisation de la faute ayant contribué à l'insuffisance d'actif et par conséquent une manifestation du recours à la théorie de l'équivalence des conditions et le rejet de la notion de la faute ayant causé le préjudice qui nécessite de la part du tribunal une décision motivée d'une manière que la participation de chaque dirigeant à la faute doit être établie avec précision.

Enfin, comme le souligne Thierry MONTERAIN la précision selon laquelle les dirigeants doivent avoir « contribué à la faute de gestion », faute qui a elle-

même contribué à l'insuffisance d'actif améliore le sort des dirigeants dont le tribunal devra relever à leur encontre la contribution de chacun à la faute ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Le lien de causalité est ici renforcé car applicable à chaque dirigeant »¹⁸⁴.

Paragraphe IV : Réalité des pratiques actuelles face à l'action en comblement

La pratique actuelle est menée par la jurisprudence avec une grande faculté

(1) d'où il ressort en fin de compte un bilan contrasté qui appelle quelques observations (2).

1-Réalité de la pratique jurisprudentielle

Après avoir mené une analyse statistique en la matière au niveau du tribunal de commerce de Casablanca ,¹⁴⁴ à l'exception de quelques très rares jugements¹⁸⁵, on peut conclure, qu'il n'y a pratiquement pas d'utilisation de la procédure prévue par l'article 738 du code de commerce¹⁸⁶. Ce que nous regrettons c'est de voir que l'ensemble des tribunaux de commerce n'ont pas tendance à effectuer des poursuites en comblement de passif malgré l'existence de fautes lourdes de gestion.

Alors, pourquoi actuellement ce semi échec ? On est en présence d'une action qui est à la fois répressive et sanctionnatrice, de plus le législateur nous a donné un article qui est l'article 738, qui reste d'une application ridicule par rapport aux autres sanctions personnelles. Quant au tribunal de commerce de Casablanca, il a prononcé en 2015, trois actions en extension, en 2011, cinq actions en extension, en 2010 dix actions en extension, en 2005, 16 actions en extension ¹⁸⁷ pourtant aucune application de l'action en comblement n'a eu lieu.

¹⁸⁴ François PEROCHAN, op ; cité. P : 826.

¹⁸⁵ Jug. Tri com de Rabat n° 108 Dossier n° 116/ 18 / 2009 du 29/09/2010 non publié.

¹⁸⁶ Loi n° 15-95 formant C.com.

¹⁸⁷ On a effectué même une recherche dans les registres du tribunal

وضعية فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاوله أمام المحكمة التجارية بالدار البيضاء
منذ إحداثها إلى غاية 15 دجنبر من سنة 2016

مساطر موازية	فسخ مخطط الاستمرارية	عدم الاختصاص	عدم القبول	الرفض	تمديد التصفية إلى المسير	قفل التصفية	قفل التسوية	حصر مخطط الاستمرارية	فتح التسوية	فتح التصفية	السنة
04	00	00	00	00	00	00	00	00	15	13	1998
130	00	00	00	00	00	00	00	00	43	17	1999
139	02	00	37	15	02	04	00	24	78	21	2000
56	04	01	64	26	04	05	01	24	85	07	2001
91	10	02	114	50	04	27	03	46	57	16	2002
81	09	01	83	68	05	12	01	32	52	07	2003
83	08	00	119	66	05	02	02	20	30	07	2004
111	18	01	109	36	16	05	02	09	14	20	2005
120	16	01	38	43	07	09	02	23	09	25	2006
118	15	00	69	35	12	11	04	18	03	16	2007
129	22	00	37	22	20	24	05	06	02	30	2008
108	18	00	38	22	03	18	07	01	01	18	2009
158	08	01	17	28	10	27	07	02	01	14	2010
74	09	01	30	28	05	17	04	01	02	01	2011
72	11	00	34	23	01	23	07	00	01	04	2012
59	07	00	36	24	00	16	05	04	04	05	2013
20	01	00	20	26	00	13	01	01	00	02	2014
31	06	01	31	41	03	24	09	02	07	03	2015
59	03	00	29	18	00	18	02	03	10	19	2016

188

Ces chiffres sont éloquentes pour comprendre l'inapplicabilité de l'action en comblement.

2-Bilan contrasté

Le juge est investi d'un large pouvoir concernant la condamnation du dirigeant défaillant, en fait l'article 738 emploie la formule suivante « le tribunal peut » ce qui revient à dire que le tribunal de commerce n'est pas tenu de prononcer une condamnation même si les conditions de la responsabilité du dirigeants sont réunies, ce pouvoir reconnu au tribunal serait inadmissible s'il

¹⁸⁸ Statistique émanant du tribunal de commerce de Casablanca.

s'agissait du régime commun de la responsabilité civile, à notre sens ce large pouvoir confié au juge, peut avoir comme conséquence majeure la non application de cette action en responsabilité même si tous les éléments de la responsabilité sont réunies, alors face à l'augmentation des défaillances d'entreprises, avec des insuffisances d'actif de plus en plus élevées, les magistrats se montrent très vigilants face aux dirigeants fautifs.

Sous-section II : Les résultats de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif

Le large pouvoir d'appréciation laissé aux tribunaux quant à la condamnation du dirigeant fautif, a pour effet à notre avis d'atténuer la portée du titre V du livre V du code commerce¹⁸⁹.

D'autant que l'action en comblement du passif à vocation à s'appliquer dès qu'il y a ouverture d'une procédure collective, peu importe qu'elle aboutisse à une liquidation ou à un plan de continuation, il convient alors de préciser les résultats de l'action, d'une part à l'égard des dirigeants (P. I) d'autre part à l'égard des créanciers (P. II).

Paragraphe I : En ce qui concerne les dirigeants

On étudiant le régime de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif qui se veut excessif, on peut être dans un premier temps surpris, puis par la suite compréhensif, de la grande liberté qui a été laissée aux tribunaux, chose qui est susceptible de contrebalancer des textes qui se veulent répressifs, alors qu'ils sont inatteignables tant en ce qui concerne les dirigeants condamnés (1) qu'en ce qui concerne les créanciers (2).

¹⁸⁹ Loi n° 15-95 formant C.com. tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P :14.

1-La condamnation des dirigeants

a-La détermination des dirigeants condamnés

Tout d'abord, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la sanction à l'égard de ou des dirigeants quand bien même seraient remplies les conditions de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, il n'est pas tenu de prononcer la sanction à la différence du droit commun, la loi confère au juge une faculté mais ne lui crée pas d'obligation de condamner. Même en présence d'un retard pour déclarer la cessation ayant pu contribuer à l'insuffisance d'actif les juges du fond peuvent au motif de leurs pouvoirs d'appréciation, considérer que cette faute ne suffit pas à justifier la condamnation du dirigeant¹⁹⁰.

En revanche, le dirigeant peut être déclaré responsable sur le fondement de l'article 738 du code de commerce, alors même que sa faute de gestion ne constitue qu'une des causes de l'insuffisance d'actif, et être condamné à supporter entièrement ou partiellement les dettes sociales, cette faute n'étant à l'origine que d'une partie d'entre elle¹⁹¹. En cas de pluralité des dirigeants l'article 738 dispose que le tribunal peut décider que l'insuffisance d'actif sera supportée en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou seulement certains d'entre eux¹⁹².

La juridiction qui constate la contribution de plusieurs dirigeants à la réalisation du dommage peut décider d'en condamner un ou plusieurs. Le pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la condamnation ouvert au juge du fond a pour corollaire cette possibilité, la juridiction pourra ainsi apprécier le degré de participation de chacun des dirigeants à la production du dommage, sans en avoir

¹⁹⁰ D. GIBINILA op. cité. P : 665.

¹⁹¹ A notre sens l'originalité de cette action par rapport au droit commun de la responsabilité civile c'est le pouvoir d'appréciation inhabituel dont dispose le tribunal.

¹⁹² Article 738 du code de commerce.

cependant l'obligation.¹⁹³ La condamnation de plusieurs dirigeants pourra être gradée afin de tenir compte de la plus au moins grande implication dans la réalisation du dommage ou encore de la plus ou moindre grande expérience des affaires des dirigeants condamnés. Il s'agit à notre avis d'éviter de condamner solidairement des dirigeants n'ayant plus le même degré d'implication dans la faute. C'est d'une certaine manière remplacer, pour une condamnation solidaire, la notion de faute ayant contribué à l'insuffisance d'actifs par celle de faute ayant causé le préjudice, chacune des fautes commises par chacun des dirigeants étant alors pour partie éventuellement variable, la cause du dommage. Le législateur Français, dans la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005¹⁹⁴, à la suite d'un amendement présenté par la commission des lois du Sénat, a prévu qu'en cas de condamnation solidaire, le tribunal devait statuer par décision motivée. Il a été expliqué que, la participation de chaque dirigeant à la faute pourrait être établie avec certitude¹⁹⁵ il s'agit à notre avis d'éviter de condamner solidairement des dirigeants n'ayant plus le même degré d'implication dans la faute.

C'est d'une certaine manière, remplacer, pour une condamnation solidaire, la notion de faute ayant contribué à l'insuffisance d'actif par celle de faute ayant causé le préjudice, chacune des fautes commises par chacun des dirigeants étant alors pour partie éventuellement variable, la cause du dommage. Le législateur français a posé dans la loi de sauvegarde des entreprises en difficultés¹⁹⁶ une condition selon laquelle, il faut que les dirigeants aient affectivement contribué à la faute de gestion, ce qui implique de mettre en évidence le rôle de chacun des protagonistes sans se borner à constater une faute collective¹⁹⁷.

¹⁹³ N. ALBAKOURI, « la responsabilité des dirigeants d'entreprise en difficulté » *AL MANAR*, n°3, 2013, P : 15.

¹⁹⁴ La loi n° 2005-845, de sauvegarde des entreprises. *op.cité*.

¹⁹⁵ En fait de ce dernier n'est pas tenu condamner le dirigeant lorsque les conditions de cette condamnation sont réunies et peut donc prendre en considération la gravité de la faute reprochée au dirigeant.

¹⁹⁶ D. GIBRILA, *op.cit.* P : 666.

¹⁹⁷ P. Roussel GALLE, *op.cit.* P : 762.

Le large pouvoir d'appréciation dont disposent les juges dans ce cadre a fait l'objet de diverses interprétations. Certains auteurs ont considéré que cette liberté d'appréciation présentait de nombreux avantages car elle autorise une appréciation subtile tenant compte de la gravité des fautes en présence, et d'incidence plus ou moins directe sur l'insuffisance d'actif, mais aussi de l'importance absolue ou relative de celle-ci.

En revanche, pour le professeur Mascala, cette liberté peut paraître contraire au principe de proportionnalité de la sanction à la faute. En effet, il affirme que la méconnaissance du principe de proportionnalité par les juges du fond, caractérisée par la différence entre la gravité de la faute de gestion et le montant de la sanction mise à la charge des dirigeants pourrait fonder un recours devant la cour européenne des droits de l'homme¹⁹⁸. Pour sa part le professeur Sortais évoque un risque d'arbitraire¹⁹⁹. Mais pour d'autres auteurs, si le législateur a accordé cette liberté aux juges, c'est dans le but d'éviter de responsabiliser les administrateurs minoritaires, en laissant au juge toute la faculté d'apprécier les efforts des uns et des autres pour s'opposer à une erreur de gestion.

b- Le montant de la condamnation

Le tribunal dispose également d'une grande latitude dans la détermination du montant de la condamnation en tenant compte implicitement et contrairement aux principes de la responsabilité civile, de la gravité des fautes.

Ce pouvoir souverain d'appréciation en opportunité du montant de la condamnation affirme le caractère répressif plus que réparateur de l'action²⁰⁰. En fait s'il prononce la sanction, le tribunal fixe le montant de la réparation due par

¹⁹⁸ J PEROCHON, BONHOMMER, entreprise en difficulté, instruments de crédit et de paiement. Lextenso édition. P : 660.

¹⁹⁹ Sortais, 2002. P : 321.

²⁰⁰ A. JACQUEMONT, droit des entreprises 8^{ème} édition lexis Nexis. P : 615.

les dirigeants fautifs. Il décide que les dettes de la personne morale sont entièrement ou partiellement supportées, conjointement ou par décision motivée avec solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux seulement²⁰¹ il établit enfin la part de responsabilité de chacun d'eux et la somme mise à leur charge, selon la gravité de leurs fautes, la proportion dans laquelle les fautes ont contribué à l'insuffisance d'actif, leur situation personnelle, voire familiale, et leurs facultés contributives. L'un des dirigeants fautifs peut être tenu solidairement d'une partie de la dette avec l'autre, alors que ce dernier peut être tenu pour le tout²⁰².

La pratique montre que les tribunaux sont peu enclins à une condamnation systématique à la totalité de l'insuffisance d'actif. Tout dépendra s'il y a faute, incompétence poursuite abusive.

Le comportement du ou des dirigeants, de droit ou de fait, sera le point de mire de l'attitude du juge dans le prononcé de la condamnation²⁰³. Se singularise encore en ce qui concerne le sort des condamnations puisque celle-ci ne sont pas directement versées du dirigeant responsable au créancier mais intègre le patrimoine de l'entreprise.

2-Affectation des sommes

En application de l'art 738 du code de commerce, les sommes auxquelles les dirigeants peuvent être condamnés « entrent dans le patrimoine du débiteur »

²⁰¹ Art 738 : 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.

²⁰² Com. 9 mai 2018, n° 16 26.674, D. 2018, actu 1005
- com 8 mars 2017, n° 15 – 16. 005 ; D. 2017 actu 566.

²⁰³ D. GIBIRLA, op.cit. P : 667.

A notre sens, face à ce pouvoir d'appréciation conféré aux juges, le risque est grand d'un arbitraire judiciaire, mais on peut se demander si les tribunaux n'ont pas leurs propres barèmes de référence ..., chose qui nous semble souhaitable.

et sont réparties au Marc le franc entre tous les créanciers²⁰⁴ c'est-à-dire au prorata de leurs créances, abstraction faite de tout droit de préférence, et donc en particulier du rang prioritaire des créances super privilèges. Cette réparation égalitaire et universelle est dénuée de tout fondement juridique²⁰⁵. Le professeur Martin-Serf écrit très justement que « si les sommes entrent dans le patrimoine du débiteur, elles devraient être partagées en tenant compte des causes de préférence ... ».²⁰⁶

L'article 738 prévoit deux issues possibles pour les sommes payés par les dirigeants après leur condamnation.

On distingue deux situations, soit un plan de cession ou de liquidation est adopté soit un plan de continuation est retenu.

Paragraphe II - En ce qui concerne les créanciers

Afin de dépasser les controverses qu'étaient apparues sur le sort à réserver aux sommes versées par le dirigeant la loi 15-95 formant code de commerce a tranché dans l'article 738 le sort des sommes versées par le dirigeant condamné (1) Aussi elle a prévu la sanction qui pourra être infligée au dit dirigeant en cas de la non-exécution de sa condamnation (2).

1-Sort des sommes versées

a-En cas de continuation

En cas de continuation de l'entreprise, les sommes sont affectées selon les modalités d'apurement du passif. En principe l'intervention d'un plan de continuation suppose le règlement des créanciers. Il est donc logique que le

²⁰⁴ A notre sens, cette action en responsabilité se singularise aussi en ce qui concerne le sort des condamnations, puisque celles-ci ne sont pas directement versées du dirigeant responsable au créancier mais intègre le patrimoine de la société débitrice.

²⁰⁵ F. PEROCHAN, Op,cité. P : 829.

²⁰⁶ M. SERF, l'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse Mél. Honorat, 2000. P : 155.

législateur n'ait plus prévu des droits aux créanciers sur les sommes versées.

Il faut noter que dans le cadre d'un plan de continuation, les sommes sont versées par d'anciens dirigeants, car en principe il se peut y avoir d'action en comblement quand les dirigeants conservent leurs fonctions au sein de l'entreprise. Les sommes versées doivent être utilisées aux fins d'aider au redressement de l'entreprise, ce qui semble exclure les créanciers postérieurs qui ne sont pas concernés par le plan. Cette issue n'est pourtant pas concevable en l'absence de dispositions claires et précises visant à écarter cette priorité des paiements, du fait que ces sommes entrent dans le patrimoine du débiteur. En effet, puisqu'elles intègrent le patrimoine du débiteur on ne voit pas pourquoi elles n'entraient pas dans l'assiette des priorités des créanciers postérieurs²⁰⁷.

Pour Y. GUYON l'issue de cette condamnation, en cas de continuation reste mystérieuse et insensée²⁰⁸. En effet celui-ci relève une véritable incohérence. Car selon lui, s'il y a un plan de continuation c'est que tout le passif a été payé. Or, si celui-ci a été payé il n'y a pas d'insuffisance d'actif alors l'une des conditions de l'article 738 n'est pas remplie.

b-En cas de cession ou de liquidation

L'article 738²⁰⁹ stipule que les sommes versées doivent être réparties entre tous les créanciers au « Marc le franc » solution équitable qui tend à vouloir donner aux créanciers chirographaires¹⁶⁹ une chance de ne pas tout perdre mais qui n'a aucun fondement juridique. Car, le principe est que les sommes entrent dans le patrimoine du débiteur, donc dans le gage général des créanciers, ce qui suppose que l'on tienne compte des privilèges. Or, au mépris de cette règle les créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure se trouvent au même point que les créanciers postérieurs sensés bénéficier de la période accordée²¹⁰. Alors quel sort

²⁰⁷ M. ESSARSAR, op ; cité. P : 660.

²⁰⁸ Y. GUYON, traité de droit commercial, op ; cité. P : 1382.

²⁰⁹ De la loi 73-17 Op, cité. P : 14.

²¹⁰ Le créanciers chirographaires est un créancier simple, c'est-à-dire ne disposant d'aucune

donner aux créanciers de l'article 738 du code de commerce ?

Il semble difficile que l'on puisse sacrifier des créanciers qui sont appelés à assurer la survie de l'entreprise, et de nombreux auteurs sont pour le maintien du rang prioritaire des créanciers de l'article 738. D'autant que cet article dispose qu'en cas de liquidation, ces créances seront payées avant toute autre.²¹¹ A notre avis l'article se doit prioritaire car le but ici est d'assurer la continuation de l'entreprise, même s'il est vrai que l'article 738 postule clairement une égalité sans pour autant distinguer entre créanciers chirographaires antérieurs et créanciers postérieurs.

D'où la nécessité d'une modification de l'article et donc d'un classement entre créanciers antérieurs et postérieurs.

2-La sanction de la non-exécution de la condamnation

Il se peut que le dirigeant soit dans l'impossibilité de payer les sommes dont il est redevable en vertu du jugement ordonnant le comblement de passif, malgré que ces dits jugements soient exécutoires de plein droit. En réaction à une telle situation, le législateur a prévu trois sortes les sanctions qui sont applicables aux dirigeants qui ne s'acquittent pas de la dette mise à leur charge par l'action en comblement de passif.

Ils sont tout d'abord exposés à une extension de procédure de redressement ou de liquidation de bien en application de l'art 739 du code de commerce²¹². Cependant, une question se pose, est-ce bien adopté de mettre en redressement ou en liquidation judiciaire un dirigeant qui n'a pas exécuté sa condamnation en comblement de passif ? Cela nous semble inutile, car par hypothèse si la personne

garantie particulière privilège, nantissement, hypothèque lui permettant d'être payé avant les autres créanciers sur le prix de vente des biens de son débiteur. Il dispose seulement comme garantie du paiement de sa créance, de l'ensemble des biens actuels et à venir de son débiteur.

²¹¹ M. EL ESSAROR, op.cit. P: 660.

²¹² L'art 739 : tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P96 formant C.com. -La loi n° 15

n'a pas payé, c'est qu'elle n'a pas d'argent ou tout au moins d'argent apparent.

Le tribunal doit ensuite prononcer la déchéance commerciale, en vertu de l'art 748²¹³ du code de commerce qui emporte interdiction de diriger, gérer administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale et toute société ayant une activité économique.

Ils sont enfin punissables pénalement des peines de banqueroute. Cette mesure se justifie par le fait que le dirigeant peut organiser son non-paiement en confluant tout ou partie de son patrimoine c'est pourquoi il peut être condamné aux peines de banqueroute, cet article vise alors à condamner les dirigeants qui de mauvaise foi, détournent ou dissimulent ou tentent de dissimuler, tout ou partie de leurs biens, en vue de les soustraire aux poursuites de la personne morale en état de redressement judiciaire.

Paragraphe III- la nature juridique de l'action

Plusieurs caractéristiques font de l'action en comblement une action toute particulière, alors nous allons la distinguer d'une part de l'action en responsabilité de droit commun (1) et d'autre part, de la responsabilité personnelle d'un tiers pris individuellement (2).

1- Distinction avec la responsabilité de droit commun

a-Les points de divergences

Les textes sur la responsabilité de droit commun et la responsabilité des dirigeants sociaux, sont apparus rapidement insuffisants pour sanctionner et prévenir les comportements fautifs des dirigeants, notamment avec la multiplication des sociétés à risques limités. Les engagements de caution souscrits par ces dirigeants, qui ont souvent été la seule garantie mise en œuvre par les liquidateurs ont montré leurs limites.

²¹³ L'art 748, tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

Parce qu'il s'agit de faire supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif personnellement au dirigeant dont la faute de gestion a contribué à cette insuffisance, l'action dirigée contre lui a une fonction réparatrice. Mais elle vise en même temps à le sanctionner, puisque le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation à la fois sur le principe de la condamnation et sur son montant : de là une nature juridique ambivalente et en tout cas exorbitante de la responsabilité civile de droit commun ²¹⁴.

Ces menaces reflètent, elles aussi, son caractère répressif. Malgré cet aspect de sanction que revêt l'action en comblement de l'insuffisance d'actif, la doctrine dominante la qualifie d'action en responsabilité civile.

b-La position du législateur Français

L'action en comblement de passif est une action en responsabilité civile, délictuelle, à caractère non répressif, solution déjà posée sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, mais exclusivement indemnitaire, ayant pour objet la réparation du préjudice subi par la collectivité des créanciers. La solution permet d'écarter le jeu de l'article 4 du protocole n° 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²¹⁵ qui interdit de punir deux fois pour les mêmes faits.

Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967²¹⁶, l'action en comblement de

²¹⁴ A. JACQUEMONT : droit des entreprises en difficulté LITEC 7^{ème} édition 2011. P : 589. Voir en ce sens : J.J DAIGRE, de l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire, Rev sociétés 1988. P: 199.

²¹⁵ Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat.

Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès conformément à la loi et à la procédure pénale de l'Etat concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.

²¹⁶ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les liquidations.

passif présentait, par rapport à l'action en responsabilité civile, une particularité évidente, le demandeur à l'action était dispensé de prouver la faute et le lien de causalité entre la faute et le préjudice, deux des trois éléments classiques de la trilogie constructive d'une action en responsabilité étaient ainsi présumés.

L'action en comblement du passif de la loi de 1967 était une action spécifique venant doubler l'action du droit commun par des conditions plus favorables pour le demandeur, mais ne l'excluant pas. Aussi la jurisprudence avait-elle admis que le syndic puisse agir contre les dirigeants fautifs soit sur le fondement des actions du droit commun ou du droit des sociétés, et que les tiers victimes des agissements des dirigeants pouvaient également agir sur le fondement des actions en responsabilité civile du droit commun et du droit des sociétés ²¹⁷.

Cette absence d'assimilation entre l'action en responsabilité civile contre les dirigeants de sociétés, et l'action en comblement de passif emportait des conséquences. Le syndic en tant que représentant de la masse des créanciers, avait le choix d'engager une action en comblement de passif contre les dirigeants sociaux ou une action en responsabilité de droit commun des sociétés sur le fondement des articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966 – 1382 et 1383 du code civil. Cette dualité d'action autorisait les créanciers, invoquant un préjudice personnel, à agir contre les dirigeants sociaux, et. En outre, pour obtenir réparation de leur fraction individuelle de préjudice collectif ils pouvaient agir si le syndic n'agissait pas.

La loi du 26 juillet 2005 retraduit la nature juridique de l'action en comblement de passif en la traitant dans un chapitre intitulé « de la responsabilité pour insuffisance d'actif ». La nature d'action en responsabilité est donc affirmée²¹⁸.

²¹⁷ Com 22 mai 1957 RTD com 1957 1015, obs R Houin com 16 avr 1991, Bull joly 1991 7. P : 705.

²¹⁸ P. M. LE CORRE *op.cité.* P : 2456.

2- Distinction avec la responsabilité personnelle à l'égard d'un tiers pris individuellement : la faute détachable des fonctions.

A l'égard des tiers la responsabilité personnelle des dirigeants peut être engagée, s'ils ont commis une faute détachable ou séparable de leurs fonctions.

En fait en principe, un tiers pourra obtenir une réparation de son préjudice en agissant en responsabilité contre la société. Toutefois, dans certaines hypothèses et notamment lorsque le dirigeant commet une faute séparable de ses fonctions et qui lui est personnellement imputable, ce dernier pourrait voir sa responsabilité civile mais aussi pénale engagée lorsqu'il commet une faute causant un préjudice à la société ou au tiers, ex : l'article 67 de la loi n° 5-96 sur la société à responsabilité limitée²¹⁹ prévoit en effet 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 leurs gestions », ²²⁰ un arrêt a subordonné la réalisation de faute séparable des fonctions à 3 critères, une faute intentionnelle, dans la mesure où le dirigeant doit avoir conscience qu'il cause aux tiers un dommage. La faute doit présenter les caractéristiques de la faute dolosive. Une faute d'une particulière gravité, en fait pour que le comportement du dirigeant puisse être sanctionné, la faute doit être d'une particulière gravité, les fautes d'imprudence ou de négligence ne devraient en conséquence pas permettre d'engager la responsabilité du dirigeant et enfin la faute doit être incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.²²¹

Cette action reste possible alors même en cours de la procédure collective ouverte contre la société. Mais elle n'est recevable de la part d'un créancier pris

²¹⁹ La loi n° 1996-05, op.cité.

²²⁰ Cass.com 23 mai 2003 cité en www.Leseco.ma vu le 15/05/2017, à 14h.

²²¹ www.Mascrehyguy.com

individuellement que s'il justifie d'un préjudice personnel distinct des autres créanciers de la procédure collective²²².

3-Le cumul de l'action en responsabilité civile avec l'action en comblement

Le législateur en alignant le régime de l'action en comblement des passif sur le droit commun de la responsabilité civile (en exigeant la preuve d'une faute est d'un bien de causalité) avait conduit la doctrine à proposer d'écarter le cumul des actions au profit de la seule action en comblement du passif²²³.

Sous l'empire de la loi de 1967, le législateur français avait admis le cumul de l'action en responsabilité civile de droit commun contre les dirigeants avec l'action en comblement du passif, était une action spécifique, venant doubles l'action du droit commun par des conditions plus favorables pour le demandeur, mais ne l'excluant pas. Aussi la jurisprudence avait-elle admis que le syndic puisse agir contre les dirigeants faitifs soit sur le fondement des actions du droit commun ou du droit des sociétés, et que les tiers victimes des agissements des dirigeants pouvaient également agir sur le fondement des actions en responsabilité.

Civile du droit commun et du droit des sociétés ²²⁴ ce n'est qu'avec la loi de 1985 que le cumul des actions est écarté ²²⁵ il reste une dernière question. Cette du maintien du mon cumul au-delà de la clôture de la procédure collective les actions du droit de la responsabilité t'elles leur empire lorsque cesse la procédure collective, c'est-à-dire désormais à la clôture de la liquidation judiciaire la réponse est délicate de prime abord. A notre a sens, une constatant que la prééminence de l'action du comblement du passif est liée à l'existence d'une

²²² A. JACQUEMONT, op.cité . P : 591.

²²³ J.J DAIGRE : de l'inapplicabilité de la responsabilité de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire Rev. Société 1988, p : 199.

²²⁴ Com.22 mai 1957, RTD com, 1015 dans R Houin – com 16 avril 1991, Bull Joly, 1991. P 705.

²²⁵ J.J Daigre. Op.cit. P : 199.

procédure collective en cours, la disparition de cette dernière devrait faire renaître les actions de droit commun et du droit des sociétés.

Section II : L'action en extension de la procédure « spécificités insuffisances et perspectives d'amélioration »

L'action en comblement du passif n'affecte le plus souvent le patrimoine du dirigeant qu'en partie, et n'entraîne aucune autre conséquence à son égard, notamment, celui-ci demeure à la tête de ces affaires personnelles. Mais les choses peuvent changer si celui-ci s'expose à une action en extension de la procédure, dans ce cas il fera lui-même objet du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire²²⁶. Cette action, se concrétise par la commission de l'un des faits énumérés limitativement par les articles 739 et 740 du code de commerce²²⁷.

L'extension de la procédure au dirigeant social trouvait sa trace dans l'ancien code de commerce spécialement dans l'article 197, cet article qui a été modifié par un dahir du 10 février 1951, qui disposait dans son paragraphe 4 ce qui suit « en cas de faillite d'une société, la faillite peut être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, fait, dans son intérêt personnel, des actes de commerce et dispose en fait des capitaux de la société comme des siens propres ». L'introduction de la faillite commune en 1951 n'a malheureusement pas produit, les effets escomptés, d'abord la rédaction du paragraphe 4 de l'article 197 est trop vague et imprécise, ensuite la doctrine a jugé qu'aucune application sérieuse n'a été constatée, cette mesure était tout simplement délaissée aussi bien de la part des créanciers, que de la part du syndic.

Le législateur Marocain a connu cette action pour la première fois dans

²²⁶ M. JAOUHAR, op ; cité. P : 39.

²²⁷ C.com tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

l'ancien code de commerce du 12 Aout 1913, dans un cadre à la fois général et restreint. Général, dans la mesure où l'action touchait toutes les personnes disposant des biens de la société comme des siens propres, et ceux qui exercent des activités commerciales au nom de la société pour leur propre compte. Limitée dans la mesure où elle ne peut être exercée que dans la limite des deux cas visés par le texte²²⁸.

Nous verrons dans un premier lieu, l'extension de l'article 739 qualifiée d'extension légale (Sous-section I) avant de traiter l'extension jurisprudentielle ou véritable (Sous-section II).

Sous-section I : L'extension d'origine légale

Mis à part le cas du dirigeant qui condamné en comblement de passif n'exécute pas sa sanction²²⁹ l'extension des procédures collectives peut être prononcée contre les dirigeants, si ceux-ci sont rendus coupables de l'un des comportements fautifs décrits par l'article 739 du code de commerce. Pour l'essentiel, ce sont des comportements ayant consisté à vider la société de ses ressources au profit du dirigeant, et par conséquent, auraient été soit à l'origine de la cessation des paiements de la société, ou de son aggravation.

Pour trouver le fondement de l'extension des procédures collectives aux dirigeants, il faut d'abord chercher les situations susceptibles de se voir appliquer cette mesure (PI) avant de tracer ses fondements (P. II) ainsi que ses modalités et effets.

²²⁸ A. CHOKRI SEBAI, op ; cité. P : 388.

²²⁹ L'art 739 du c.com tel que complété et modifié par la loi 73-17 ; op ; cité. P : 14 : le tribunal doit ouvrir une procédure à l'égard des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une société et qui s'acquittent pas de cette dette.

Paragraphe I : les cas d'ouverture

Le législateur prévoit dans l'article 739 du code de commerce sept cas d'ouverture pour déclarer personnellement en état de redressement judiciaire, le dirigeant. Nous nous devons de les étudier et de voir leurs particularités.

1- Avoir disposé des biens de la société comme des siens propres

C'est l'un des points visés par l'article 740. La demande consiste ici à démontrer que le dirigeant a disposé des biens sociaux comme des siens propres²³⁰. Dans ce cas il y aura méconnaissance de l'intérêt social, mais l'intérêt personnel du dirigeant est présent.

Il s'agit de sanctionner le dirigeant qui fait passer son intérêt avant celui de la personne morale qu'il dirige comme si cette dernière était « sa chose »²³¹.

Cette disposition prend des formes variées, telle que l'utilisation du matériel de la personne morale²³².

Le fait d'effectuer des retraits dans un intérêt personnel, dans la caisse de la personne morale, par exemple pour effectuer des remboursements indus de frais de voyage, payer des dépenses personnelles du dirigeant, effectuer des réparations de biens appartenant aux dirigeants avec l'argent de la personne morale.

Il pourra être question pour le dirigeant d'acquérir avec l'argent de la personne morale des biens personnels, le fait pour le dirigeant d'avoir un compte courant débiteur dans la société et également constitutif de disposition des biens sociaux comme des siens propres.

²³⁰ L'art 739 du c.com. tel que complété et modifié par la loi 73-17 ;op ;cité.P :14

²³¹ P. PETEL : procédure collective, Dalloz 1996, P : 210.

²³² Arrêt de la cour d'appel de Casablanca n° 2007/3187 du 08/06/ 2007 non publié.

Le fait de disposer de la clientèle de la société au profit de son activité personnelle constitue un cas de disposition des biens sociaux comme des siens propres. La disposition pourra résulter aussi de la signature d'un contrat de ce commandât²³³.

2- Le fait pour un dirigeant d'avoir sous Le couvert de la société masquant ces agissements ; fait des actes de commerce dans un intérêt personnel

De façon générale, ce cas est établi si le dirigeant social se comporte en maître de l'affaire, sans solliciter l'avis des assemblées de personnes morales, en dirigeant la personne morale comme s'il s'agissait d'une entreprise personnelle.²³⁴

La mesure suppose par de dirigeant et dans son intérêt, l'accomplissement de plusieurs actes de commerce et on peut dire qu'on n'est pas loin de la fictivité de la personne morale, dans la mesure où l'intéressé agit en véritable maître de l'affaire, comme s'il n'y avait pas de personne morale, c'est-à-dire en présence d'une société, sans être animé d'un quelconque affectio societatis.

Le dirigeant doit avoir accompli des actes de commerce, selon la définition du code de commerce, par exemple la signature d'aval. Des actes civils ne suffiront pas pour prononcer l'extension.

Seule la répétition donnera lieu à l'application du texte du fait du pluriel utilisé dans l'expression « actes de commerce ».

Les actes doivent être accomplis dans l'intérêt personnel du dirigeant et non dans l'intérêt de la personne morale²³⁵.

Une partie de la doctrine ne cache pas son étonnement du fait que le

²³³ Pierre Michel LE CORRE, op ; cité. P : 2499

²³⁴ Com. 5 mars 2002 n° 9817497 NPT act proc. Coll 2002 n° 119 cité par P. M. LE CORRE, P : 2496.

²³⁵ B. SOINNE : traité théorique et pratique des procédures collectives, Litec, 1978, P : 1126.

législateur vise uniquement les actes de commerce et non pas tous les actes, ce qui laisse la porte ouverte aux abus, de sorte que la commission d'acte civiles dans un intérêt personnel n'expose pas le dirigeant à la même sanction²³⁶.

Il nous semble qu'il ne s'agit pas d'une imprudence du législateur, dans la mesure où celui-ci vise des actes faits sous couvert de la société. Ceux-ci, du seul fait qu'ils soient commis sous cette couverture, ne peuvent être qualifiés que d'actes de commerce, puisque la société a qualité de commerçant.

3- 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 était intéressé directement ou indirectement

Il s'agit ici d'une adaptation au droit des procédures collectives d'une infraction pénale réprimée par les articles relatifs à l'abus des biens et du crédit²³⁷ d'une personne morale. En effet, l'article 739 n'exige pas la mauvaise foi comme les articles cités où nous trouvons certaines expressions qui démontèrent le comportement intentionnel des dirigeants tels que « de mauvaise foi » ou l'usage de qu'ils « savaient contraire ». Les faits qui entrent sous cette définition sont nombreux et variés et illustrent ainsi l'usage abusif des dirigeants d'une société d'avoir accordé des avances sans contrepartie à d'autres sociétés où ils avaient des intérêts personnels, le fait d'avoir fait acquérir des terrains par la société à un prix excessif pour favoriser la société venderesse dans laquelle le dirigeant avait des intérêts personnels²³⁸.

Le paiement des dettes personnelles, ou les dettes d'une autre structure avec le compte social²³⁹ ou à utiliser le personnel de la personne morale pour faire des travaux personnels, par exemple ceux relatifs à son habitation. Il pourra

²³⁶ A. CHOUKRI SBAI, op ; cité. P : 390.

²³⁷ L'art 384 de la loi 17- 95 relative aux sociétés anonymes.

²³⁸ A. FALLI : procédure de traitement des difficultés de l'entreprise, Dar Salam 2012. P : 370 voir dans ce sens : Jug Tr com casa n° 220/25/2005 du 17 décembre 2007 cité par A. FALLI, op, cité page 371.

²³⁹ Cour 11 juillet 1995 n° 93 – 15 cité par P. M. LE CORRE, op ; cité. P : 398.

encore s'agir de payer prioritairement les dettes conditionnées par le dirigeant social, alors que les dettes courantes ne le sont pas, ou de payer une dette contractée envers une société dans laquelle le dirigeant est intéressé ²⁴⁰ la jurisprudence française a donné lieu, a une multitude d'exemple en la matière qu'on trouve impossible de les énumérer de façon exhaustive, et ceci par opposition à la jurisprudence marocaine dont les exemples restent timides.

La mauvaise foi du dirigeant n'est pas exigée. Mais il faut caractériser que les biens ou le crédit de la personne morale ont été utilisés par le dirigeant à des fins personnelles.

L'hypothèse type est ici de conclure des contrats manifestement déséquilibrés en qualité de dirigeant social, le contractant étant l'entreprise personnelle du dirigeant ou une autre entreprise dans laquelle il a des intérêts.

Il peut encore être question de présenter des lettres de change non causées tirées sur des tiers non avertis, ces faits exposant la société et son dirigeant au risque anormales de poursuites pénales et fiscales et pouvant porter atteinte au crédit et à la réputation de la société. Il y a bien usage du crédit de la société contraire à ses intérêts, alors même que les faits étaient présentés comme destinés à assurer une trésorerie à l'entreprise²⁴¹.

Il pourra également s'agir du fait de faire effectuer des travaux par la personne morale débitrice, qui doivent profiter à une autre structure, dans laquelle le dirigeant est intéressé, ou qui lui profite directement, ces faits révéleront souvent une confusion des patrimoines.

Dans le même ordre d'idées, pourra être sanctionnée l'utilisation gratuite par une société du personnel d'une autre.

²⁴⁰ Com 27 octobre 1998, n° 96 – 15- 218 cité par P. M. LE CORRE, *op* ; cité. P : 398.

²⁴¹ Com 21 juin 2005 n° 04- 12-281 Bull civ IV n° 35 noté par Roussel Galle, *Rev proc*, Coll 2006, n° 12, P. 82. Publié sur le site : intranet.cour-de-cassation.intranet.justice.fr consulté le : 01/11/2022. A 22h20.

4- Le fait pour un dirigeant d'avoir poursuivi abusivement dans un intérêt personnel, une activité déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société

Ce dernier cas permet de sanctionner l'absence de prise en compte de l'intérêt de la personne morale pour des raisons guidées par l'intérêt personnel du dirigeant.

Il s'agit de la poursuite abusive, dans un intérêt personnel, d'une exploitation déficitaire ne pouvant conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

La poursuite d'une activité déficitaire durant une longue période, à défaut pour le dirigeant de prendre des mesures propre à rétablir la situation financière de la société débitrice soit en appelant de la trésorerie supplémentaire soit en cessant immédiatement l'activité afin d'éviter d'accroître le passif, est constitutive d'une faute de gestion²⁴²

L'exploitation déficitaire consiste pour l'entreprise à ne plus faire de bénéfices et au contraire à développer des pertes. La cessation des paiements ne sera pas nécessairement caractérisée à l'époque du début des pertes, mais la situation d'exploitation prolongée aura pour conséquence une dégradation de la situation de la personne morale débitrice par rapport à la date de la cessation des paiements. Le tribunal doit donc constater que, malgré les pertes enregistrées, l'exploitation a été continuée. Dans ce sens, il a été décidé que le lien de causalité entre la faute de gestion (défaut de déclaration de cessation des paiements malgré l'aggravation des pertes) et la diminution d'actif, consiste dans le fait, que cette diminution ne serait pas réalisée, s'elle a été procédé au redressement de la situation en temps opportun et que la continuation de l'exploitation de manière abusive, malgré la persistance du déficit, a contribué, à l'aggravation du passif de manière à dépasser la valeur des actifs²⁴³.

²⁴² Com 17 juin 2020, pouvoir n° 18 – 24.100 com 20 septembre 2017, pouvoir n° 16- 13. 566.

²⁴³ Arrêt de la cour d'appel de Marrakech, arrêt n° 08/2002 du 06/ 02/2002, cité par A. EL

Le plus souvent, la preuve est d'autant plus facilement rapportée que la date de cessation des paiements est antérieure à la poursuite constatée, cependant que la date de cessation des paiements de la personne morale débitrice n'a pas à être remontée pour le prononcé de la mesure. Mais il est possible d'observer que la poursuite d'activité déficitaire présuppose d'abord une poursuite de l'activité avant cessation des paiements, et prolongée au-delà de l'apparition de cette dernière. De la sorte, peut être approuvée la décision qui retient le cas, en relevant que la poursuite d'activité déficitaire est intervenue pendant la période suspecte²⁴⁴ le plus souvent, l'intérêt personnel résulte de la perception d'une rémunération. Il pourra s'agir de la continuation de la perception d'un salaire par le dirigeant, ou par des proches (enfant, conjoint) peu importe que celle-ci ne soit pas excessive, la caractérisation de l'intérêt personnel étant évidemment encore plus nette si le salaire est sans rapport avec l'activité déployée.

5- Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif

Le détournement consiste à priver les créanciers d'une partie de leur gage général, par exemple, il peut s'agir d'actes positifs de détournement constitués par la cession ou la donation à des tiers de certains éléments qui composent l'actif social²⁴⁵ le détournement portera généralement sur un matériel et plus souvent encore sur des véhicules. Il pourra aussi porter sur des créances, telle la créance issue d'un marché que le dirigeant avait cédé à une société dirigée par un membre de sa famille, deux jours après avoir déclaré l'état de cessation de paiements de la société débitrice. Il y aura également détournement d'actif lorsque le dirigeant reprend, à la faveur d'une clause d'actualisation du montant nominal de ses apports, en numéraire, autre chose que ce qu'il a apporté²⁴⁶. La dissimulation

HAMMOUMI, op ; cité. P : 177.

²⁴⁴ P. M. LA CORRE, op ; cité. P : 24.

²⁴⁵ Jug. Trib de Marrakech dossier n° 15/99 du 06 /09/2002 cité par A. FALLI. P : 373.

²⁴⁶ Com 15 juill 2005 n° 2 10. 233 Bull civ IV n° 149, D, 2006 Aj 229 Rev Proc, coll 2006n°

correspond à la soustraction de certains éléments de l'actif de la connaissance des créanciers de la personne morale. Ainsi ils auront une image minorée de leur gage général.

6- Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière²⁴⁷

Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales : ce dernier cas d'ouverture où le législateur montre sa volonté d'imposer aux dirigeants la tenue d'une comptabilité régulière, le manquement à une obligation comptable ferait présumer le détournement des biens sociaux par les dirigeants, et par là le législateur a voulu sanctionner le dirigeant qui tient une comptabilité mais sans respecter totalement les règles légales, dans un arrêt de la cour d'appel de commerce de Fès, l'extension de la procédure au dirigeant avait pour fondement la dissimulation de la situation de l'entreprise pour bénéficier des crédits alloués par la banque, et ce, à l'aide de la présentation et la tenue d'une comptabilité irrégulière et qui ne respecte pas les règles légales ²⁴⁸.

7- Avoir tenu une comptabilité ou fait disparaître des documents comptables de la société ou s'être obtenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales

On pourrait cependant relever un manque de netteté dans la dernière forme employée. En visant le fait de s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales, le législateur paraît vouloir frapper le dirigeant qui s'est purement et simplement abstenu de tenir une comptabilité, seule donc l'absence de comptabilité déclencherait le jeu du texte. Mais, comme une telle absence de comptabilité est manifestement contraire aux exigences légales, le visa de cette contrariété pourrait au contraire, faire incliner à penser que c'est plus généralement

15 p : 18 notes Barret.

²⁴⁷ On portant ainsi atteinte aux dispositions de la loi 9- 88 relative aux obligations comptables des commerçants, voire dans ce sens A. CHOKRI SABAI, op ; cité. P : 392.

²⁴⁸ Arrêt de la cour d'appel de Fès n° 62 du 15/ 11 / 2016 dossier n° 34, 2004. Non publié.

la tenue d'une comptabilité irrégulière que le législateur avait entendu frapper. Il suffit que les erreurs comptables soient de nature à offrir une vision non-conforme à la réalité du patrimoine social et donc à tromper les tiers pour que cette disposition soit appliquée, que ces erreurs soient intentionnelles ou non.

Un jugement du tribunal de commerce de Casablanca a retenu la responsabilité du dirigeant pour avoir dissimilé les documents comptables qui reflètent l'image financière réelle de la société, en considérant que cette dissimulation traduit l'existence de malversations et des irrégularités dans les documents comptables, le dirigeant fera l'objet de l'application de l'article 739 dès lors qu'ils ne disposant pas d'une comptabilité conforme aux normes légales.²⁴⁹

D'autant plus qu'une mauvaise tenue de la comptabilité ou sa non légalité ou le fait d'avoir deux comptabilités différentes de la même année ou la différence entre les factures et les écritures comptables constituaient également une justification du prononcé de l'action en extension de la procédure cependant le défaut de mise à jour de la comptabilité, ne constitue pas une absence de comptabilité la cour de cassation précise que la charge de la preuve d'avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales incombait à l'autorité judiciaire²⁵⁰.

Paragraphe II : Les fondements

Il serait tentant à priori, de rattacher les manquements reprochés au dirigeant, au droit de la responsabilité civile délictuelle, et au droit commun des sociétés. Le rattachement au premier, à cause de sa vocation à agir comme droit commun de la responsabilité civile et au second, parce qu'il détermine les pouvoirs du dirigeant social, et les différentes actions en responsabilité contre ce

²⁴⁹ Jug tr com de Casablanca n° 329 / 2002 du 29 / 07 / 2002 dossier n° 279 / 2002 / 10

²⁵⁰ Cass com 23 nov 2004, droit des sociétés revue mensuelle Lexis Nexis jurisplasseur, mai 2005. P : 18 note J.P.L

dernier. Cependant, force est de constater que ni, le droit commun de la responsabilité civile délictuelle (1) ni le droit commun des sociétés (2) n'arrive à donner un fondement à cette sanction (3), un certain rattachement peut être fait à l'idée de conflit d'intérêt (3).

1- Le détachement du manquement du dirigeant social du droit commun de la responsabilité civile

L'extension des procédures collectives peut être justifiée par la faute dont la société en difficulté aurait été la première victime, mais, cette tendance ne semble pas avoir été le choix du législateur à l'article 740. Le texte n'exige même pas un lien de cause à effet entre la cessation des paiements et les agissements du dirigeant. Plutôt, le législateur envisage des faits caractérisés, dont il faudrait, apporter des preuves matérielles. En fait, en analysant les principes régissant l'action en responsabilité civile, que le rattachement du manquement du dirigeant social au droit commun de la responsabilité civile délictuelle, peut être largement apprécié.

D'abord s'agissant du principe de la condamnation du dirigeant, il convient de rappeler, qu'en droit commun de la responsabilité civile, il est de règle que la preuve de la faute du dommage et du lien de causalité entre de faute et le dommage entraîne la condamnation de l'auteur du dommage. Le juge ne peut exonérer ou limiter la responsabilité de ce dernier, que s'il peut se prévaloir d'une cause d'exonération parmi celles prévues par la loi, ou admises par la jurisprudence. Lorsqu'il s'agit de l'action en extension des procédures collectives la situation est toute autre.

Aussi, il est à noter que le propos de la responsabilité civile consiste à rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et replace la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable

n'avait pas eu lieu.²⁵¹ Autrement dit, en droit commun, l'auteur du fait dommageable est condamné à réparer l'intégralité du préjudice subi par la victime et rien que le préjudice, en mettant à la charge du dirigeant fautif « le passif de la personne morale, on peut penser que ce dernier supportera non seulement le passif antérieur mais aussi le passif postérieur à l'ouverture de la procédure collective contre la société. Or, seul le passif antérieur à la procédure collective sociale est le fait du dirigeant fautif. En l'absence d'un lien de causalité entre le passif postérieur et le comportement fautif du dirigeant. On peut conclure que le dirigeant supportera plus que le préjudice causé, loin d'être une réparation, il s'agirait plutôt d'une véritable peine de droit privé.

2- Le possible rattachement du manquement du dirigeant à l'idée de conflit d'intérêt

La notion de conflit d'intérêt n'est pas nouvelle mais était jusqu'alors plus symptomatique des rapports de droit privé et se trouvait représentée par l'exercice de la situation de l'avocat qui accepte de défendre plusieurs parties qui ont des intérêts opposés. Le conflit d'intérêt a été récemment étendu à la situation des personnes dues, fonctionnaires, dirigeants des secteurs publics et privés, qui ont des intérêts personnels contraires aux intérêts collectifs qui leur sont confiés²⁵². Le conflit d'intérêt peut potentiellement remettre en cause la neutralité et l'impartialité avec lesquelles la personne va accomplir sa mission du fait de ses intérêts personnels ²⁰⁹. Le conflit d'intérêt résulte d'une opposition entre un intérêt supérieur et un intérêt personnel.

Reste donc l'idée fondamentale selon laquelle les titulaires d'une fonction, ou ceux dont l'activité implique qu'ils veillent aux intérêts d'autrui, doivent éviter

²⁵¹ C. CINTEZ « la sanction préventive en droit de la responsabilité civile « contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes », université Montréal, faculté des sciences supérieures 2009. P : 17.

²⁵² F. SIBIRIL – définition de la notion d'intérêt en droit administratif français, thèses de doctorat en droit - université de Bretagne Brest 2 – Français 2012. P : 5.

le conflit entre leur intérêt personnel et les devoirs imposés à leur charge.

L'article 739 du code de commerce énumère les cas d'ouverture de l'action en extension de la procédure collective aux dirigeants. Une lecture de ces cas montre que ce sont des situations où le dirigeant, fort de ses prérogatives de gestionnaire a détourné le patrimoine social, et la structure sociétaire de leurs fonctions respectives, pour les mettre au service de ses intérêts personnels²⁵³ au fond, il s'agit de véritables hypothèses de conflit d'intérêt, hypothèses dans les quelques, le demandeur à l'action devrait prouver qu'au travers des dits agissements, le dirigeant a sacrifié son devoir, ou plutôt l'intérêt supérieur qui est l'intérêt social, au profit de son intérêt personnel.

L'extension des procédures collectives serait donc la sanction du dirigeant qui, crée une situation de conflit entre l'intérêt personnel et l'intérêt social, et aurait de ce fait engendré ou aggravé la cessation des paiements de la société.

Plus précisément, ce n'est pas l'existence du conflit d'intérêt qui est sanctionnée, mais le fait de sacrifier l'intérêt social au profit de l'intérêt personnel, du fait du conflit d'intérêt, et d'engendrer ou d'aggraver la cessation des paiements de la société, la notion de conflit d'intérêt, appliquée ici comme fondement de l'action en extension, a pour origine un devoir moral de loyauté. La loyauté exige de ni nuire, ni mentir, ou tromper.

Fondamentalement, elle exclut la duplicité c'est à dire l'attitude double. Or c'est précisément un tel comportement qui est révélé dans une situation de conflit d'intérêt, puisqu'une personne ne peut agir à la fois, au titre d'un intérêt supérieur (l'intérêt social dans le cas du dirigeant), et pour son propre intérêt. La loyauté implique une unité de comportement, que le conflit d'intérêt remet en cause.

²⁵³ Voir dans ce sens Gervais IA : quelques observations sur la distinction des droits et des intérêts, Dalloz, sans année d'édition, P : 241.

Paragraphe III : Modalités et effets

Une question primordiale domine la mise en œuvre de l'extension de la procédure collective d'une société à son dirigeant, est celle de savoir s'il y a unité, entre la procédure ouverte à l'encontre de la société et celle ouverte contre le dirigeant ? (1) l'action produit plusieurs effets, qu'il convient de les préciser dans un deuxième point (2).

1- Modalités

La loi 73-17 assure l'autonomie des procédures et par là même la traditionnelle dissociation entre l'homme et l'entreprise (a) cependant ce principe souffre de quelques exceptions(b).

a- La dualité des procédures

• Le principe

Il n'a jamais été contesté que l'ouverture d'une procédure collective contre la personne morale et d'une procédure contre les dirigeants concerne deux procédures distinctes²⁵⁴, il s'agit en fait de distinguer les mesures applicables à la société des sanctions frappant les dirigeants, permettant ainsi la survie de l'entreprise, en écartant les dirigeants qui se révéleraient incapables. L'entreprise selon ces possibilités sera soit placée en redressement judiciaire, soit liquidée. Cependant le sort du dirigeant sera réglé indépendamment de l'entreprise en tenant compte du comportement de ce dernier. Selon Yves GUYON il y a dualité de la procédure dans la mesure où la société, peut bénéficier d'un plan de redressement qui sera refusé au dirigeant, l'action en extension de l'article 739 distingue le dirigeant de la personne morale de telle sorte que deux redressements judiciaires vont être prononcés.

²⁵⁴ N. AL BAKOURI, op.cité. P : 25.

Le tribunal appliquera au dirigeant tel ou tel régime (plan de continuation de cession ou de liquidation par exemple sans se préoccuper de celui qui sera appliqué à la personne morale.

La solution qu'il rendra sera propre au dirigeant, elle ne sera pas liée par celle concernant la personne morale.

Les conséquences sont plus graves que pour l'action en comblement de passif, car le dirigeant est soumis à un redressement judiciaire et doit supporter tout ce qui en découle, y compris les restrictions de ses pouvoirs que fait naître l'ouverture de la procédure.

Enfin, le tribunal peut toujours décider de prononcer à son égard la déchéance commerciale²⁵⁵ il y a donc une totale liberté pour les juges qui peuvent parfaitement aboutir à des solutions différentes selon les circonstances.

b-Les limites « une dualité apparente »

Selon Yves GUYON²⁵⁶, l'extension découlant de la faute du dirigeant est une extension limitée²⁵⁷. En fait, la procédure ouverte contre le dirigeant est la conséquence de la cessation des paiements de la personne morale, le tribunal compétent pour prononcer l'extension est celui qui connaît du redressement judiciaire de la personne morale. De même la date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement prononçant le redressement judiciaire de la personne morale. Enfin, le passif de la procédure ouverte contre le dirigeant comprend, outre son passif personnel, celui de la personne morale, les créanciers admis au passif

²⁵⁵ Ju. Tr. Com de Rabat, n° 101, dossier 2009/22/98 du 29/04/2009 non publié.

- Voir dans le même sens Jug.Tr.com de Rabat n° 108, dossier n°116/18/2009 du 29/09/2010. non publié, Ju. Tr.com de rabat n°4, dossier : 91/32 2011 du 170/01/2013.

²⁵⁶ Y. GUY ON, op ;cité . P : 41.

²⁵⁷ A cela il faut ajouter qu'il ne faut pas confondre l'extension découlant de la faute du dirigeant et l'extension complète fondée sur la fictivité de la société en cessation des paiements ou de confusion des patrimoines, la distinction entre les deux est parfois d'une mise en œuvre difficile. En effet, le législateur vise le dirigeant qui fait des actes de commerce

de la personne morale n'ont donc pas besoin de déclarer à nouveau leur créance. Par conséquent le terme utilisé ici n'est plus adéquat, et l'extension sera complète en cas de fictivité de la société.

c-L 'unicité de la date de cessation des paiements

En cas d'extension fondée sur l'un des cas de l'article 739 du code de commerce, le tribunal est dispensé de rechercher la date de cessation des paiements du dirigeant, celle-ci est la même que celle fixée par le jugement d'ouverture du redressement judiciaire de la personne morale en quelque sorte, il se réalise une sorte d'emprunt de la cessation des paiements de la personne morale²⁵⁸. Il en résulte qu'il y a coïncidence entre la cessation des paiements de la personne morale et celle du dirigeant. Cependant, cette coïncidence n'existe pas dans un cas particulier la cessation des paiements du dirigeant est antérieure à celle de la personne morale, si le dirigeant se trouvait déjà en redressement judiciaire en raison de son activité personnelle à la date de la cessation des paiements de la personne morale. Cela pourrait aboutir au dépassement du délai légal de la période suspecte fixée à 18 mois par le législateur. C'est le cas lorsque la date de cessation des paiements dépasse les 18 mois à partir du jugement personnel du dirigeant. Il faut signaler, enfin, une fois que l'action en extension légale est exercée que plusieurs effets peuvent en résulter.

2- Les effets :

L'action de l'article 739 du Code de commerce produit des effets à la fois à l'égard des dirigeants (a) et à l'égard des créanciers(b).

²⁵⁸ J.M CALENDINI, l'action en redressement judiciaire contre les dirigeants, P.A.5 février 1986, n° 6. P : 12.

a- L'effet principal ; la mise à la charge du dirigeant de la totalité du passif social

En cas d'extension, le dirigeant a commis par définition une faute plus grave qu'une simple faute de gestion, par conséquent, il aura à supporter la totalité du passif de la personne morale. En sus de son passif personnel c'est ce qui ressort de l'article 739 du code de commerce.

Le passif personnel du dirigeant est celui qui est né de ses activités personnelles. Il est constitué de l'ensemble des dettes personnelles du dirigeant, en dehors du passif social né de la procédure collective.

Si le dirigeant est une personne morale, son passif sera constitué de l'ensemble des créances détenues par ses créanciers sociaux. S'il est au contraire une personne physique, son passif personnel sera constitué, de tous ceux qui détiennent une créance contre lui.

Le passif personnel du dirigeant peut être garanti, le plus souvent, le dirigeant aura affecté un ou plusieurs de ses biens, ou une caution, à la garantie de sa dette, au-delà de ces garanties, il faut souligner que, le patrimoine personnel du dirigeant est le gage commun ²¹⁶ de ses créanciers personnels. La mise à la charge du dirigeant fautif de son passif personnel, dans le cadre de la procédure d'extension produit un double effet. D'abord, c'est d'inclusion des créanciers personnels du dirigeant dans la procédure collective ouverte contre le dirigeant débiteur. En effet, il est faite obligation aux créanciers personnels du dirigeant, de produire leurs créances dans la procédure ouverte contre le dirigeant à peine de forclusion, dès le jugement prononçant l'extension.

Le second effet de la procédure d'extension est de rendre exigible le passif personnel du dirigeant, au-delà du passif personnel il est mis à la charge du dirigeant le passif social.

b- L'incertitude quant à l'étendue du passif social mis à la charge du dirigeant social

En décidant de faire supporter par le dirigeant fautif « le passif de la personne morale », le législateur sème le doute. L'on ne sait, s'il s'agit de tout le passif de la société, c'est-à-dire du passif antérieur et du passif postérieur à la procédure collective, ou s'il ne s'agit que du passif antérieur de la société non apurée ? Le passif de la société est constitué du passif antérieur au jugement d'ouverture de la procédure collective contre la société, et du passif postérieur à l'ouverture de la procédure. Les créanciers postérieurs, en principe priment tous les créanciers dans la masse et ils ont la priorité de paiement.

Une lecture de l'article 739 laisse penser que le dirigeant devrait s'acquitter non seulement du passif antérieur au jugement d'ouverture de la procédure collective de la société, mais aussi on peut supposer que les créanciers postérieurs seront transposés dans la procédure du dirigeant, munies du même droit de paiement prioritaire²⁵⁹.

La mise à la charge du dirigeant fautif du passif antérieur est compréhensible, dans la mesure où il y a une présomption que ce passif ait été créé par le comportement fautif du dirigeant cependant, la mise à la charge du dirigeant fautif du passif postérieur de la société pose problème. A y voir de près, ce passif, n'est pas créé par le dirigeant fautif.

En effet, c'est le syndic qui juge la continuation ou pas de certains contrats²⁶⁰ après l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société. En vertu du principe de la relativité des conventions, il revient donc au syndic et non au

²⁵⁹ D. GIBIRILA, *op* ; cité. P : 665.

²⁶⁰ E. SAINT ALARY-HOUIN, *guide de l'entreprise en difficulté*, Dalloz, *op* ; cité. P : 235.
- OB BNJIRA « les procédures de traitement et de liquidation judiciaire entre le syndic et le juge commissaire au compte » AC MEIAR, Décembre 2004, n° 32. P : 69.
M. ABOUDI « le rôle du syndic dans la procédure de conciliation judiciaire » REMADAE, 2003, n° 3. P : 38.

dirigeant de supporter ce passif. Il n'y a donc pas un lien de causalité entre le passif postérieur et le comportement fautif du dirigeant. Bien plus, ce serait injuste de faire supporter au dirigeant un passif dont il n'aurait pas été l'auteur fut-il pour le sanctionner.

c-L 'effet incident :

Non seulement le dirigeant doit payer personnellement tout le passif, mais il est soumis à toutes les conséquences du redressement ou de la liquidation judiciaire, y compris les restrictions que l'ouverture de cette procédure apporte à ses pouvoirs en matière de patrimoine²⁶¹. En outre il peut se voir frappé de la déchéance commerciale.

L'action d'extension de la procédure produit des effets, sur le dirigeant à titre personnel, comme elle peut avoir des répercussions sur les ayants droit et les ayants causes du dirigeant.

Sur un autre plan, tout dirigeant qui n'est pas en mesure d'exécuter des condamnations qui lui sont infligées en vertu de l'action en extension de la procédure, risque de voir sa responsabilité aggravée. Ainsi les conséquences sont plus graves que s'il y avait seulement obligation de supporter le passif²²¹.

En effet, comme c'est le cas pour le comblement de passif, les seules atteintes au patrimoine personnel du dirigeant peuvent se révéler insuffisantes ou limitées. C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu la possibilité de sanctions professionnels qui consiste à réprimer les agissements fautifs les plus graves, et qui ont des conséquences redoutables dans la mesure où elles évincent le dirigeant de la vie des affaires. Dans le même ordre d'idée le volet pénal est prévu également, puisque le dirigeant est passible de sanction de banqueroute²²² qui vise à sanctionner pénalement tout dirigeant ayant commis des faits de gravité

²⁶¹ Yves GURON : droit des affaires entreprise en difficultés, redressement judiciaire faillite tome 2 Economica 8^{ème} édition 2001. P : 452.

importante.

Sur un autre plan, le conjoint et les descendants du dirigeant sont également affectés par l'action d'extension de procédure en vertu de l'art 678 du C. com qui dispose que « le syndic, peut en prouvant par tous les moyens que les biens appartenant au conjoint du débiteur ou à ces enfants mineurs ont été acquis avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif ».

L'instauration de cette procédure profite en conséquence aux créanciers sociaux, considérés comme la pièce maitresse de l'action en extension de la procédure.

Paragraphe 4 : Appréciation de la jurisprudence commerciale face à l'action en extension de la procédure

L'examen de la production jurisprudentielle, permet d'avoir une idée plus au moins précise sur la tendance de la justice marocaine, en ce qui concerne la mise en œuvre de cette action.

La jurisprudence consultée, face à des faits prévus par l'article 739 du code de commerce, applique automatiquement l'extension de la procédure aux dirigeants poursuivis pour agissements frauduleux.

Toutefois dans la majorité des cas, les tribunaux marocains ont le plus souvent recours à étendre la procédure aux dirigeants pour la non tenue d'une comptabilité, son irrégularité ou sa fictivité²⁶² et ceci par opposition aux autres

²⁶² Jug. tr de com de Casablanca n° 144 dossier n° 10/25/2005 du 27 -10- 2014 – (non publié) -selon ce jugement la comptabilité constitue l'image réelle de la situation économique et financière de l'entreprise, alors elle doit être conforme aux disposition de la loin° 9-88

- relative aux obligations comptables des commerçants, alors les irrégularités relevées par l'expert, entre autres « l'absence du livre journal et la différence entre le grand livre et les dispositions finales », Justifient l'extension de la procédure au dirigeant.

- Jug trib com de Casablanca n° 76 / 2001 dossier n° 117/25/2010 du 16/05/2011, (non publié)

- : « La violation par la société des règles relatives à la comptabilité de manière à ce que les

cas visés par l'article 739²⁴ ceci s'explique à notre sens par le fait que le syndic, lorsqu'il est expert-comptable, est tout à fait habilité à établir les éléments de l'irrégularité ou de la défectuosité de la comptabilité.

Le recours par le syndic au déclenchement de l'action pour les faits visés par l'article 740 (exception faite des alinéas 5 et 7) du même article est rarissime, cela se justifie par le fait que ce dernier doit procéder d'abord à un travail de qualification juridique des faits commis par les dirigeants. Cette tâche ne correspond pas, il faut le reconnaître, ni à son statut, ni à sa formation. Prenons l'exemple du fait de disposer des biens de la société comme des siens propres, le syndic qui choisit de saisir le tribunal au chef de cette qualification, doit faire ressortir les éléments juridiques de celle-ci, c'est à dire procéder à l'analyse et à l'interprétation des mots cités dans le texte juridique. La demande de l'application de l'extension de la procédure constitue un acte dont les conséquences peuvent être dangereuses non seulement pour le dirigeant, mais aussi pour l'entreprise en difficulté, si par exemple, le syndic requiert l'application de cette sanction à l'encontre d'un dirigeant d'une entreprise soumise à une procédure de redressement judiciaire en l'absence des conditions imposées par la loi, il mettra certainement en danger la réputation de ce dirigeant, et par voie de conséquence celle de l'entreprise elle-même. C'est pourquoi le syndic est tenu de comprendre parfaitement les composantes de chaque qualification juridique avant tout recours

états de synthèse ne donneront pas une image réelle sur la situation de l'entreprise (son actif et son passif). Non publié.

-Ju tr. Com de Casablanca n° 6/2014/ dossier r n° 127 / 25/2012 du 13/01/2014 (non publié) : la non tenue de certains documents comptables prévues à par la loi 9-88 par ex le livre journal le grand livre le carnet d'inventaire, les états des informations complémentaires et les documents justifiant les opérations d'achats et de vente, constituent des fautes de gestion au sens de l'article 739 du code de commerce. Non publié.

-Ju.tr. com de Casa n° 107 /2009, dossier n° 203/25/200 du 18/05 / 2009 « les dirigeants d'entreprise de tienne comptabilité fictive de se justifie par le fait que la comptabilité de l'entreprise liquidée ne reflète pas la réalité dans la mesure où ses écritures ne reflètent la situation monétaire réelle de l'entreprise.

au tribunal de commerce. Ainsi, il doit savoir exactement ce que le texte entend dire par « disposer des biens de la société ».

Cette qualification juridique se concrétise en fait par la commission de deux actes : D'abord le dirigeant doit disposer des biens meubles ou immeuble composant le patrimoine de la société. Ensuite, le dirigeant doit se comporter en maître ou en propriétaire de la chose alors qu'en réalité il s'agit d'un bien faisant partie du patrimoine de la société. Le texte n'exige pas que l'acte cité ait été accompli dans l'intérêt du dirigeant, ce qui importe c'est l'irrégularité de l'acte de disposition.

La mise en relief de ces éléments dépasse de loin les fonctions habituelles du syndic en tant qu'expert-comptable ou greffier cette tâche relève des fonctions des praticiens de droit que sont les magistrats et les avocats.

S'agissant de l'extension de la procédure par le fait pour le dirigeant de faire des actes de commerce dans un intérêt personnel sous le couvert de la société ; le syndic doit alors dans ce cas, rapporter la preuve de l'existence de trois éléments différents. En premier lieu, il doit démontrer que le dirigeant de la société se dissimule derrière la société. En deuxième lieu, il doit établir la preuve que le dirigeant ait accompli des actes de commerce. Enfin, le syndic est tenu d'établir l'intérêt personnel du dirigeant poursuivi, cet intérêt peut être direct ou indirect par l'intermédiaire d'une personne morale. Nous constatons là aussi la complexité de la tâche à laquelle le syndic doit apporter sa diligence et son savoir juridique.

Une autre hypothèse se matérialise lorsque le dirigeant 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, la première observation à formuler à propos de cette qualification juridique et qu'elle ressemble au délit d'abus de biens sociaux tel qu'il est réglementé par le droit des sociétés, en effet, selon l'article 384 de la loi 17-95

relative aux sociétés anonymes²⁶³, les administrateurs encourent une peine d'emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 100.000 à 1000000 dirhams ou l'une de ces deux peines seulement, lorsqu'ils auront fait, de mauvaise foi, 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.

La seule distinction entre les deux qualifications juridiques consiste dans l'existence ou non de la mauvaise foi. En fait celle-ci marque la frontière entre la poursuite pénale et la poursuite civile, il est difficile alors pour le syndic, expert-comptable ou greffier de mettre en relief les éléments d'un acte aussi complexe que le délit de biens sociaux²⁶⁴. Tous ces exemples démontrent le nombre limité des jugements d'extension pour les cas visés par l'article 740.

Sous-section II : l'extension jurisprudentielle

A partir du moment où il devient impossible de dissocier l'activité et le patrimoine de la société de ceux des dirigeants (en dehors des hypothèses légales d'extension des procédures collectives), lorsque cette activité s'exerce au travers d'une société fictive ou de pure façade, il n'est plus nécessaire de rechercher des actes positifs à l'encontre des dirigeants. Le constat de la confusion des patrimoines, ou de la fictivité d'une personne morale, supplie donc à la mise en œuvre de l'extension légale. La jurisprudence ²⁶⁵ admet donc la possibilité d'étendre la procédure collective ouverte à l'encontre de la société, soit au dirigeant qui aurait confondu son patrimoine avec celui de la société soit au

²⁶³ La loi n° 1995 -17 relative aux sociétés anonymes, op ; cité.

²⁶⁴ M. EL BAAJ, le rôle du ministère public dans les procédures de prévention et de traitement des difficultés des entreprises thèses pour l'obtention du doctorat national en droit ; université sidi Mohamed ben Abdellah 2006-2007. P: 14.

²⁶⁵ La cour de cassation distingue clairement les deux causes d'extension que sont la confusion des patrimoines et la fictivité voir com octobre 1992, D. 1992, IR. 265, com 13 avril 1999, actualité des procédures collectives 11 juin 1999.

dirigeant qui aurait profité de la fictivité de la société. Dans un premier lieu nous allons traiter les modalités de l'extension jurisprudentielle (P.I) avant d'analyser quelques applications jurisprudentielles en la matière (P. II).

Paragraphe I : les modalités

L'extension jurisprudentielle ou véritable, peut avoir deux causes différentes :

- la fictivité (1), l'effet de la fictivité d'une société, serait de lever l'écran de la pseudo personnalité morale derrière laquelle le dirigeant se cachait et de rétablir la vérité économique : la responsabilité du véritable maître de l'affaire qui bénéficiait en réalité de l'écran de la personnalité morale et qui se trouve dans la même situation qu'un commerçant exploitant à titre individuel.

- la confusion des patrimoines (2). La confusion de patrimoine, peut exister soit entre une personne physique et personne morale, soit entre deux personnes morales, notamment les groupes des sociétés.

1- L'extension pour fictivité de la personne morale

Par définition la fictivité ne peut s'appliquer qu'aux personnes physiques, elle ne touche pas les personnes morales qui ne sont alors qu'apparentes et inexistantes²⁶⁶. L'écran de la personnalité morale de la société ne bénéficie plus au dirigeant qui se trouve dans la même situation qu'un commerçant exploitant à titre individuel. « La fictivité est l'utilisation de la personne morale dans l'intérêt d'une autre personne morale ».

Ainsi la jurisprudence se reconnaît le droit de mettre directement et personnellement en redressement ou en liquidation judiciaire le dirigeant de droit

²⁶⁶ Par exemple quand la société n'a pas de comptabilité propre, lorsqu'elle n'a pas d'activité distincte de celle du dirigeant, quand les associés n'ont pas d'affectio societatis ou lorsque les assemblées d'actionnaires ne réunissent pas.

ou de fait de la société fictive « La structure juridique sera alors mise en conformité avec la réalité économique »²⁶⁷.

Dans la plupart des cas, la fictivité n'est pas distinguée en jurisprudence, de la confusion. En effet la fictivité pour une société couvre une situation différente bien que les effets soient identiques. Dans ce cas, il y a une personne qui a un patrimoine et qui va fictivement créer une autre personne juridique de manière le plus souvent à apporter à cette personne des actifs de son patrimoine qu'elle va ainsi isoler de ses créanciers.

Dans la confusion il y a une réunion de deux patrimoine, ici il ya une scission un seul patrimoine est fictivement écarté.

Quand une personne crée fictivement une autre personne, la loi permet à toute personne ayant intérêt de démontrer la fictivité de cette mission patrimoniale pour aller chercher derrière la nouvelle personne juridique le maitre de l'affaire à qui appartiennent tous les biens fictivement scindés.

2- L'extension pour confusion des patrimoines

a-Notion

Traditionnellement, en considérant que cette notion (la confusion des patrimoines) peut avoir deux origines : une confusion des éléments d'actif et de passif ou encore des relations financières amORALES²⁶⁸ aussi, elle se justifie au moins pour deux raisons tout d'abord la technique de la personnalité morale implique l'existence d'un patrimoine de la société indépendant de celui des membres qui la constituent. C'est sur ce patrimoine que va reposer l'importance du crédit qu'elle peut demander aux établissements bancaires et sur lequel sa

²⁶⁷ A. HOUÏ : confusion des patrimoines et fictivité, mélange M. JEANTIN, sans année d'édition. P : 256.

²⁶⁸ S. TISSOT : électivité des droits des créanciers et protection du patrimoine familial, Thèse pour le doctorat en droit privé, Aix Marseille université, 12 décembre 2015. P : 185.

responsabilité va être engagée. La confusion des patrimoines porte atteinte à cette notion de personnalité morale puisqu'elle empêche l'existence de son corollaire automatique, le patrimoine. Ensuite, en cas de confusion des patrimoines entre une société et un dirigeant ou entre deux sociétés, il devient dans la plupart des cas impossible de dissocier les deux patrimoines. L'extension pour confusion des patrimoines doit être alors distinguée de l'extension fondée sur une base l'égalité²⁶⁹ et de elle pour fictivité de la personne morale, en fait l'extension légale ne se fait que d'une personne morale initialement mise en redressement judiciaire à un dirigeant de droit ou de fait (personne physique ou morale). L'extension pour confusion des patrimoines permet au contraire inverser cet ordre en partant d'une personne physique vers une personne morale.

b-Les conditions de la confusion des patrimoines

La confusion des patrimoines ne peut être retenue sur la base de simples liens étroits entre deux sociétés, elle est plutôt décelable à partir d'une imbrication des actifs et des passifs de sociétés en cause, qui rend difficile voire impossible de distinguer entre les différentes sociétés et que les tribunaux arrivent à repérer, à travers une analyse des rapports financiers et comptables.

L'imbrication doit être telle qu'on ne peut distinguer ; les actifs et les passifs ont été volontairement mélangés par un abus de biens sociaux ou par l'absence de comptabilité distincte, ou encore par des relations financières anormales (sans contrepartie pour les sociétés concernées) existant entre les sociétés apparentées. Donc, il y a une société débitrice initiale contre laquelle une procédure est déjà ouverte, et une deuxième société à laquelle cette procédure va être étendue.

La confusion des patrimoines n'est admise qu'en réunissant certaines

²⁶⁹ F. GISSEROT, « la confusion des patrimoines est telle une source autonome d'extension de faillite ? », Rev. Trim dr. Com, 1979. P : 49.

conditions bien rigoureuses entre autres on peut noter :

- L'indissociabilité des comptes.

- L'état des comptes est en principe clair, il y a enchevêtrement tel dans les comptes qu'il devient impossible de dissocier

- L'existence de relations financières anormales : l'existence de relations financières anormales entre plusieurs personnes peut également caractériser la confusion des patrimoines, cause d'extension de procédure²⁷⁰.

Paragraphe II : Applications jurisprudentielles :

Il est souvent difficile de distinguer entre les deux causes d'extension de la procédure et ce d'autant plus que les effets sont les mêmes. Cependant la confusion des patrimoines s'affirme en jurisprudence étrangère (2) notamment française, aussi elle s'est affirmée ces dernières années, même en jurisprudence marocaine (1).

1- Tendances de la jurisprudence marocaine en la matière

Dans un jugement du tribunal de commerce de Casablanca²⁷¹ une demande du syndic vise à étendre la procédure de la liquidation judiciaire, déjà ouverte à l'égard de la société de transport Araha aux sociétés transport al amane, transport assalame et transport al Hanae, ainsi qu'à leurs dirigeants, le dit jugement considère que la confusion des patrimoines qui justifie l'extension de la procédure suppose l'existence de relations financières anormales entre les sociétés, qui dépassent le cadre légal permis.

Le dit jugement a considéré que le fait de disposer des mêmes actionnaires, du même dirigeant de la même activité sociale, est un facteur subsidiaire, favorisant la confusion des patrimoines des dites sociétés. De même la conclusion

²⁷⁰ M. OUASSIMI SAHLI, « la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales », thèse pour l'obtention du titre de Docteur université Paris DAUPHINE, 2014, P : 149.

²⁷¹ Jug. Tri.com de Casablanca n° 285, dossier n° 220/25/2005 du 17/12/2017 ; non publié.

d'un contrat de location de bus entre ces sociétés (transport Araha) et les autres sociétés (transport Al Amane, transport al Hanae) sans recevoir aucun loyer, est considérée comme de relations financières d'une certaine importance entre les sociétés débitrices et la société faisant l'objet de la liquidation, justifiant l'extension.

Le tribunal a prononcé l'extension de la procédure et a étendu la procédure de liquidation aux sociétés Transport al Amane et transport Araha ainsi qu'à leurs dirigeants, en application des dispositions de l'article 570 et 739 du code de commerce et en se basant sur les attendus précédemment cités.

Il semble que la jurisprudence marocaine adopte un certain nombre de critères pour caractériser cette confusion de patrimoine. On peut en dénombrer trois d'inégale importance.

- Relations financières anormales ou flux financiers anormaux
- Le fait de disposer des mêmes dirigeants et d'actionnaires
- La volonté systématique des parties

Intéressons-nous au jugement du tribunal de commerce de Casablanca du 06-06-2016 ²³⁴ dans le dit jugement le tribunal n'a pas donné suite à la demande du syndic d'étendre la procédure de liquidation judiciaire dont fait l'objet la société CIEA à une autre société CIEA SERVICE SARL, en affirmant que l'extension de la procédure pour confusion de patrimoine, nécessite l'existence de confusion entre un ou plusieurs patrimoines comme s'il s'agit d'un seul, cette confusion peut résulter d'une imbrication entre les éléments d'actif et de passif des deux patrimoines. La Seule constatation que les deux sociétés disposent du même siège social, des mêmes numéros de téléphone ne peut justifier en elle seule, l'extension de la procédure pour confusion de patrimoine au sens de l'article 570 ²⁷² du code de commerce.

²⁷² Art 585 du C.com, tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 11. s'il se révèle que la procédure doit être étendue à une ou plusieurs autres entreprises par suite d'une confusion

2- Jurisprudence comparée

La jurisprudence Française retient dans la majorité des cas, des relations financières anormales (et il est indifférent qu'elles aient a Pauvré l'entreprise²⁷³ dans des contextes de fait très particuliers. Il y aurait un critère principal. Confusion des patrimoines ou flux financiers anormaux, et c'est évidemment essentiellement le premier critère qui se rencontre, et on peut penser à la trésorerie mise en commun, les paiements faits indifféremment par l'un ou l'autre sans égard pour le véritable débiteur, avec dirigeant commun, activités identiques ou dépendantes l'une de l'autre , éventuellement dans des locaux partagés de manière plus ou moins définie, l'absence de comptabilité séparée, des relations financière ou mouvement d'actifs qui ne se rattachent à aucune contrepartie ni aucune logique contractuelle, des mouvements de fonds inexplicés, la prise en charge par l'un de frais ou travaux relevant de l'autre ²⁷⁴ qui retient la même activité, le même dirigeant, le même expert-comptable, le même commissaire aux comptes, qui l'a contrôlé, ... ces éléments devant au contraire conduire à une convergence des écritures comptable ... la négociation globale d'un accord... qui a conduit à la signature d'un protocole transactionnel unique avec leur créancier commun un ensemble concordant d'indices caractérisant l'existence de relations financières anormales constitutives d'une confusion des patrimoines.

L'absence de définition légale²⁷⁵ et le fait que les actions relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond sur laquelle la cour de cassation n'a pas de contrôle rendent particulièrement difficile une tentative de définition il y a des décisions en sens radicalement opposés, et les mêmes faits peuvent donner lieu à confusion devant une juridiction et être écartés par une autre.

de leurs patrimoines, le tribunal initialement saisi reste compétent.

²⁷³ Cass. com 2 novembre 2016 n° 15- 13006 publié en www.legavox.fr. consulté le 15/04/2019.

²⁷⁴ Cass. com 2 novembre 2016 n° 15 – 1077 cité en www.avocat-tigzin.fr. consulté le 20/04/2019.

²⁷⁵ Cass com 2 novembre 2016 n° A15 – 13006 publié en www.legavox.fr.le 21/04/2019.

Sous-section III : Les entraves à l'efficacité de l'action et perspectives d'amélioration

A travers l'analyse effectuée dans le chapitre précédent nous avons pu nous apercevoir que l'action en extension de la procédure souffre de quelques insuffisances (P. I) qui empêchent d'agir à l'égard des dirigeants nuisibles, d'où la nécessité d'avancer quelques perspectives 'd'amélioration de l'action (P. III) on se référant à certaines législations comparées (P. II).

Paragraphe I : les entraves du régime de l'action en extension

Il convient de mettre en lumière les insuffisances touchant la rédaction des textes (1) dans un premier lieu, avant de se pencher sur l'impact négatif de l'action (2) ce dernier point qui a pour conséquence de mettre en péril l'efficacité de cette dernière.

1- La rédaction des textes

Le législateur a opté en matière de sanction du dirigeant de l'entreprise en procédure collective au système d'incriminations nombreuses et précises, en ce qui concerne l'action en extension de la procédure. Il a établi un grand nombre de faits rédigés en des termes précis de telle sorte que face à de tels textes, l'efficacité de la répression opérée par les juges est toute relative²⁷⁶.

En effet, des actes dans ce système pourront être malhonnêtes sans être sanctionnables. Si le juge ne constate pas que dans un cas d'espèce tous les éléments constitutifs de l'incrimination sont constitués, il ne pourra sanctionner.

En fait en vertu de la rédaction de l'article 740, le juge qui constate la poursuite abusive d'une activité déficitaire ne pourront conduire qu' à la cessation des paiements, sans la recherche de la part du dirigeant d'un intérêt personnel ne pourra le sanctionner au titre de l'extension de procédure, bien qu'un tel

²⁷⁶ O.DECIMA, L.S.LAGUIOMIE « l'articulation des sanctions pénales et civiles en matière d'entreprise en difficulté » colloque organisé le 14 septembre 2012 par l'observatoire de la délinquance et de la justice d'affaire, Cujas, 2013. P : 120.

comportement qu'il soit ou non réalisé dans un intérêt personnel aura les mêmes conséquences néfastes sur l'économie.

De plus la multiplicité des cas de faute dans le cadre de l'action en extension de la procédure au dirigeant fautif aura pour effet dans ce « magma » d'incriminations diverses variées et pas trop précise d'échapper à la répression, il est bien difficile de cerner le comportement que doit adopter le bon dirigeant d'entreprise » en voulant envisager toutes les éventualités dans la définition des comportements frauduleux, le législateur à multiplier les cas de fraudes sujettes à sanction pour celui qui les a commises, de telle sorte que l'on est arrivé au résultat inverse, complication illisibilité et failles entre les incriminations permettant la réalisation de fraudes sans sanction.

2-l'hypertrophie de la sanction civile

L'attrait du législateur pour la sanction civile parait parfois regrettable car elle le conduit à ne pas respecter la fonction naturelle de cette sanction. En effet, dans le contexte d'une procédure collective, la sanction civile doit classiquement permettre d'engager la responsabilité du dirigeant fautif. Ici comme ailleurs, la sanction civile est aussi instrumentalisée pour servir des intérêts jugés supérieurs. Là où la responsabilité civile de droit commun est mise au service des victimes dont on recherche avant tout l'indemnisation, vu que la faute à l'origine du préjudice, le droit des entreprises en difficulté met la sanction civile au service de la procédure collective, elle permet de recouvrer des actifs qui serviront en priorité au sauvetage de l'entreprise, et à défaut, au paiement des créanciers bon nombre des cas de responsabilité entrent dans ce schéma ex l'action en extension de procédure collective²⁷⁷.

²⁷⁷ O. DECIMA, L.S LAGUIANIE, « l'articulation des sanctions civiles et pénales en matière d'entreprise en difficulté », colloque organisé le 14 septembre 2012 par l'observatoire de la délinquance et la justice d'affaire, Op.cité.

3 –L’impact de l’action

a-La disproportionnalité des effets de l’action

La disproportionnalité des effets de l’action apparaît si l’on considère qu’il existe un lien de causalité entre la cessation des paiements de la société et la responsabilité du dirigeant.

Mettre à la charge du dirigeant social tout le passif antérieur de la société y compris le passif postérieur non apuré, laisse penser que le dirigeant serait entièrement à l’origine de la cessation des paiements de la société.

Or, tel ne semble pas être toujours le cas. La société évoluant dans un environnement économique fluctuant, on s’accorde à penser que dans la cessation des paiements d’une société, il entre toujours plusieurs causes, au fait qu’en aucun autre domaine, les causalités sont enchevêtrées, donc les responsabilités doivent être partagées.

D’autre part, cette solution s’avère disproportionnelle lorsqu’on considère l’absence de lien de causalité entre la création du passif social antérieur, et le comportement fautif du dirigeant.

b-L’incertitude des droits des créanciers

L’incertitude des droits des créanciers sociaux provient de l’indisponibilité de certains biens du dirigeant, toute chose qui amenuise l’assiette de la garantie des créanciers sociaux.

Cette indispensabilité des biens du dirigeant provient d’une double concurrence que les créanciers sociaux subiront sur le patrimoine du dirigeant. D’une part, du fait des créanciers sociaux postérieurs, d’autre part de la possible affectation des biens du dirigeant à la garantie de ses dettes personnelles.

Si l’on admet que le passif mis à la charge du dirigeant fautif est constitué du passif non apuré postérieurement à l’ouverture de la procédure collective de la

société, on pourrait conclure que les créanciers postérieurs, seront transposés dans la procédure du dirigeant munis du même droit de paiement prioritaire et primeront ainsi dans l'ordre de paiement, ceux que le texte vise à protéger, c'est-à-dire les créanciers sociaux antérieurs.

En outre, il peut arriver que les principaux biens du dirigeant soient affectés à la garantie des obligations personnelles du dirigeant envers ses créanciers personnels. Dans ce cas, le gage ou l'hypothèque conventionnel bénéficieront prioritairement aux créanciers personnels qui en sont les titulaires. Les créanciers personnels du dirigeant bénéficiaires d'une sureté ou d'une hypothèse devanceront donc les créanciers sociaux sur la somme issue de la réalisation les biens affectés à la garantie.

Par ailleurs, le dirigeant se porte souvent caution des engagements tenus par la société qu'il dirige. Or, l'ouverture d'une procédure collective personnelle, va faire perdre au cautionnement donné par le dirigeant tout intérêt pour le créancier qui en est bénéficiaire.

c- L'insécurité juridique des créanciers²⁷⁸

L'incertitude des droits des créanciers personnels quant à elle et plus évidente et se double d'une insécurité juridique de ces créanciers, surtout lorsqu'ils n'ont pas garanti leur créance par une sureté

En effet, le patrimoine personnel du dirigeant qui Jadis, constituait le gage exclusif de ces créanciers personnels ne l'est plus. Du fait de l'action en extension, les créanciers sociaux deviennent automatiquement et de plein droit, créanciers du dirigeant, désormais, ils concurrencent les créanciers personnels du dirigeant sur le patrimoine personnel du dirigeant. L'incertitude de leurs droits paraît

²⁷⁸ La sécurité juridique est un impératif de protection des citoyens et par conséquent (des créanciers) contre l'insécurité juridique. Il s'agit des risques résultant des difficultés d'accès au droit, de défaut de clarté et de lisibilité du droit, de ces incohérences et complexités.

d'autant plus évidente, que les créanciers sociaux arrivent dans la procédure collective personnelles munis des privilèges généraux qu'ils détenaient dans la procédure collective sociale. La situation des créanciers personnels du dirigeant est plus inconfortable, dans la mesure où il leur est fait obligation de produire leurs créances dans la procédure collective personnelle du dirigeant, dès la publication du jugement d'extension. Ils encourent donc le risque d'être forclos, et de ne pouvoir se prévaloir de leurs créances, lorsqu'ils n'auront pas produit celle-ci dans les délais.

Cette solution s'avère difficile pour les créanciers personnels du dirigeant, dans la mesure où ils se trouvent soumis contre leur gré à la discipline de la procédure collective.

Paragraphe II : les perspectives d'amélioration

La législation française a passé en matière de l'action en extension par une évolution remarquable dont il convient de la tracer (1) à fin d'en tirer quelques conséquences (2).

1- La position du législateur français

Avant de tracer les dispositions de la nouvelle législation (b) en la matière nous trouvons utile de passer par les premières réformes (a) en la matière.

a-Anciennes dispositions

Au-delà de l'action en comblement de passif, le tribunal de commerce pouvait, dans certaines hypothèses, en application des dispositions de l'ancien article L 624 – 5 du code de commerce français, ouvrir parallèlement à celle dont fait l'objet la société, une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre des dirigeants, alors même qu'ils n'étaient pas eux-mêmes en état de cessation de leurs paiements, de façon à mettre à leur passif personnel, celui

de la personne morale.

Si les termes utilisés par le code de commerce étaient ceux de la mise en redressement ou en liquidation judiciaire du dirigeant fautif, la pratique considérait généralement qu'il avait extension de la procédure ouverte contre une société à son dirigeant.²⁴³ présentée lors des débats parlementaires comme une action en comblement de passif aggravée, cette action n'en est pas moins proche de l'ancienne action en extension de la procédure collective. L'énoncé des fautes justifiant le recours à la procédure a été repris, à l'exception de celles relatives aux irrégularités comptables graves sanctionnées cette fois-ci par la faillite personnelle²⁷⁹.

b-La suppression de l'obligation aux dettes sociales 2009

Néanmoins, la nouvelle sanction était assez proche de la responsabilité pour insuffisance d'actif puisqu'il n'agissait encore de faire supporter du dirigeant fautif (mais pour certaines fautes graves déterminées)²⁸⁰

Malgré la limitation de sa responsabilité, la charge du passif de l'entreprise. De nombreux commentaires, ont fait constater que la nouvelle sanction de l'obligation.

L'expression n'était certes pas rigoureuse car il y avait bien juridiquement, deux procédures collectives ouvertes parallèlement. Toutefois, elle reflète bien l'esprit de la sanction puisqu'il s'agissait de mettre au passif personnel du dirigeant, celui de la société. Il y avait donc bien, en quelques sorte, extension de la procédure collective.

Cette sanction avait pour effet de rendre le dirigeant personnellement redevable de l'ensemble des dettes de la société, au préjudice du reste, de ses

²⁷⁹ F. FABRICE, E. DE FRONDEVILLE, Ambroise MARLANGE op, cité . P : 319.

²⁸⁰ Michel Jeantien, Peul le Cannu, droit commercial entreprise en difficulté Dalloz 6^{ème} édition 2012. P : 474.

propres créanciers qui allaient, par son effet, être placés en concurrence avec les créanciers de l'entreprise ²⁸¹.

c-De l'extension sanction à l'obligation aux dettes sociales (2006-2009)

L'obligation des dirigeants aux dettes sociales a remplacé pendant quatre ans la fautive extension sanction de l'ancien article L 624 . 5 du code de commerce.

Cette transformation de la sanction correspondait à une réalité, comment soumettre un dirigeant qui n'est pas entrepreneur à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire de l'entreprise ? la cour de cassation avait même décidé qu'avant de la mettre en liquidation judiciaire, il fallait vérifier si un redressement n'était pas envisageable.

Pourtant, ce n'était pas aux dettes sociales faisant double emploi avec la responsabilité pour insuffisance d'actif, dont les conditions sont beaucoup plus simples à démontrer.

Les fautes sont définies par une liste où l'on reconnaît cinq des sept causes d'extension de l'ancien article. Michel Jeanyin note que le deuxième cas reste défini d'une manière qui convient mal à l'élargissement du domaine des procédures collectives (avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel)²⁸². Le dirigeant qui a commis l'un des faits du présent article est nécessairement fautif. Or, le lien de causalité existe dans les deux cas.

En outre certaines différences qui existaient dans le projet avaient été supprimées dans la loi. Notamment, tout comme pour la responsabilité pour insuffisance d'actif, l'obligation aux dettes ne pouvait être prononcée qu'en cas

²⁸¹ F. FABRICE, Elvire, DE FRONDEVILLE, Ambroise Marbenge, dirigeant de société statut juridique social et fiscal, Delmas, 3^{ème} édition 2015.P :318.

²⁸² M. JEANTIN, P. LE CANNU, droit commercial entreprise en difficulté, Dalloz 7^{ème} édition 2006 . P : 790.

de liquidation judiciaire de la société. Enfin le tribunal pouvait moduler le montant des dettes à régler, restait donc une seule différence. Les créanciers conservaient leurs suretés sur les sommes versées alors qu'ils les perdent sur celles qui résultent du comblement du passif. le législateur a tiré les conséquences de les constatations et pour ne pas compliquer encore d'avantage la situation des dirigeants, a pris la bonne décision d'abroger le texte²⁸³. Ainsi l'ordonnance du 19 décembre 2008 a abrogé les articles L652 – 1 et L652 -5 du code de commerce, l'action en paiement des dettes sociales ne pourra, dès lors, plus être mise en œuvre dans le cadre des procédures collectives ouvertes à compter du 15 février 2009. Fabrne François a considère que cette action faisait double emploi avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Les dispositions abrogées du code de commerce relatives à l'action en paiement des dettes sociales restent néanmoins applicables aux procédures ouvertes entre le 1^{er} janvier 2006 et le 154 février 2009²⁸⁴

2- Les réformes souhaitables : une définition globale de la faute dans un but de simplification et d'efficacité

Ce système d'incrimination multiple et précise montre rapidement ses limites puisqu'elles peuvent se contourner et constituent des entraves à l'action des juges qui ne peuvent sanctionner que si la totalité des éléments constitutifs du fait reproché sont avérés.

La solution à ces problèmes semble résider dans l'adoption du concept de la faute de gestion, ce concept est une notion large, globale. Il appartient en la matière aux juges de l'adopter à chaque cas d'espèce.²⁸⁵

Cette notion du faute de gestion a beaucoup d'avantages : elle est

²⁸³ J. VALLANSAN _ P. CAQUALI difficultés des entreprises commentaires article par articles du livre IV, Danger 6^{ème} édition 2012, P : 475

²⁸⁴ F. FRANÇOIS, E. DE FRANDVILLE, A. MARLANGE, op.cité, P : 319

²⁸⁵ Il faudrait prévoir une définition du dirigeant fautif comme étant celui qui a commis une faute de gestion ayant contribué à la cessation des paiements de l'entreprise.

générale(a), souple (b) et évolutive (c).

a-La notion de faute de gestion englobe les cas visé par l'article 740

La doctrine dans le cadre d'études précises a réussi à distinguer des catégories de comportements fautifs qualifiées de faute de gestion, ces comportements, correspondent aux faits définis dans les cas d'extension de procédure au dirigeant fautif.

La poursuite d'une exploitation déficitaire : la poursuite d'une exploitation déficitaire est reconnue comme étant une faute de gestion²⁸⁶, ce dernier cas peut comprendre nombre de situations différentes, la poursuite de l'exploitation déficitaire peut avoir été faite dans l'intérêt personnel du dirigeant, par les biais d'une rémunération importante malgré les difficultés de l'entreprise ou par le fait d'avantages une entreprise dans laquelle le dirigeant fautif est intéressé. La poursuite de l'exploitation déficitaire sera d'autant plus fautive qu'elle s'inscrira dans le temps (par ex : maintien d'un très grand déficit pendant 4ans).

b- Les atteintes aux intérêts financiers de l'entreprise

La faute de gestion est toujours par essence une atteinte aux intérêts financiers de l'entreprise. Donc cette notion englobe tous les comportements, tels que la dissimulation.

c-La faute de gestion est une notion souple donc évolutive

Le concept de faute de gestion va permettre une répression efficace des dirigeants incorrects, puisque le juge grâce à ce concept pourra sanctionner une attitude sans devoir vérifier que tous les éléments constitutifs d'une incrimination

²⁸⁶ Voire dans ce sens : P.M LECORR, droit et pratique des procédures collectives, Op ; cité. P:922et suivant.

- D. GIBIRILA, droit des entreprises en difficulté, op ; cit.P :664.

- A. JACQUEMENT, droit des entreprises en difficulté, op.cité, P :610.

précise sont réunis en l'espèce.²⁸⁷

La souplesse de la notion de faute de gestion va permettre au juge d'être en relation étroite avec la vie des affaires, il pourra s'adapter aux cas d'espèce et rendre une justice au contact s'adapter directe de la réalité économique.

Cette notion est évolutive, en effet elle pourra évoluer dans le temps au grès de la jurisprudence qui pourra s'adapter aux situations nouvelles qui se présenteront à elle.

Ainsi, la loi n'aura plus de retard par rapport aux pratiques des délinquants, et la répression ne pourra qu'y gagner en efficacité.

d- La faute de gestion est une notion large

Ce concept de faute de gestion²⁵² permet de sanctionner des comportements n'entrant pas dans le cadre des définitions précises des faits constitutifs des cas de faillite personnelle ou d'extension de procédure collective au dirigeant.

La notion de faute de gestion permet une répression des auteurs de comportements n'entrant pas dans les cas incriminés précisément par la loi mais qui font preuve tout de même d'inconséquence, d'incompétence, voire de malhonnêteté de la part des dirigeants d'entreprise les ayant commis. Ainsi seront considérées des fautes de gestion, des actes divers considérés comme tel par les juges au grè des cas d'espèce.

Ces comportements peuvent relever l'ignorance ou la méconnaissance des règles concernant la moralité, l'honorabilité dans le droit des affaires. De même que l'incompétence de dirigeants relativement à des prises de décision relative à la vie de l'entreprise sera le trait caractéristique de l'existence de faute de gestion (par ex mauvais calcul du coût des marchés, réalisation de l'actif à vil prix par le moyen de rabais importants).

²⁸⁷ com 26 février 2020, pouvoir n° 18-24.188.

La faute de gestion est une notion générale qui se caractérise par son champ d'application large mais aussi par sa souplesse, facteur d'adaptabilité de la pratique des tribunaux par rapport à l'évolution rapide de la vie du monde des affaires.

Conclusion partie I :

Malgré le temps et les efforts consentis, la réforme du livre V du code de commerce donne l'impression d'avoir été bouclé à la hâte. Ne Nombre de points méritaient d'être rectifiés, notamment en ce qui concerne les actions responsabilisant les dirigeants de l'entreprise en difficulté :

- Le déficit de l'implication du syndic.

La mise en œuvre des actions responsabilisant le dirigeant de l'entreprise en difficulté par le syndic nous paraît inadaptée. Ni le statut ni les qualifications professionnelles ne le permet pour assurer cette mission.

En outre la spécificité de ces actions, exige une certaine collaboration entre le syndic et le service de l'exécution des jugements. Or le statut du syndic, lorsqu'il est désigné parmi les experts comptables, ne facilite pas cette collaboration.

Le syndic, en plus de l'inadéquation de son statut et ses qualifications professionnelles, ne dispose pas de moyens juridiques pour mettre en œuvre ces actions. Il aurait été souhaitable que le législateur marocain ait confié le déclenchement de ces actions à d'autres parties, notamment le créancier, les contrôleurs, ainsi que le ministère public.

Partie II : La responsabilité pénale et quasi pénale du dirigeant d'entreprise en difficulté : un régime vers plus de fiabilité

La responsabilité juridique étant fondée sur l'obligation de répondre de son comportement, devant la justice et dont assumer les conséquences²⁸⁸, cette responsabilité est organisée est codifiée par le système juridique prévalant dans la société à une époque donnée. A l'origine, la distinction de la réparation et de la répression est demeurée incertaine en raison de la prééminence de la vengeance privée et lorsque l'autorité Etatique s'est affirmée ... une nette distinction des responsabilités s'est opérée :

Dans le plan de la responsabilité pénale, l'Etat inflige des peines corporelles ou pécuniaires (amendes), dans le plan de la responsabilité civile, la victime peut obtenir en nature ou en argent la réparation du dommage subi. Aujourd'hui la séparation de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile, est nettement affirmée quant à leur domaine, leur fonction, leurs démarches et leurs sanctions, ainsi quant à la gravité de la faute. Certaines fautes considérées comme particulièrement graves, engagent la responsabilité quasi pénale de leur auteur.

Le droit des procédures collectives ne déroge pas à cette règle générale, ainsi, la loi 73-17 formant code de commerce²⁸⁹ maintient avec quelques modifications, l'incrimination de la banqueroute et des infractions attachées à la banqueroute, d'où la responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise en difficulté (chapitre II), sur un autre plan le dirigeant d'entreprise en difficulté est susceptible d'encourir une responsabilité quasi pénale pour déchéance commerciale.

²⁸⁸ Voir dans ce sens :

- Vocabulaire juridique, édition PUF, sans année d'édition. P : 703.

²⁸⁹ tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

Une partie de la doctrine²⁹⁰ ont qualifié la déchéance commerciale et les interdictions qui s'y rattachent de sanctions civiles quasi pénale. Entraînant des conséquences graves sur la vie des affaires du dirigeant et donnant lieu à une responsabilité quasi pénale (chapitreI).

²⁹⁰ Voir dans ce sens : Tomasin : les sanctions civiles et professionnelles applicables aux dirigeants sociaux Annale des universités de Toulouse, cité par D. GODE et SORTAIS. P : 449, cité par M. Aiddam Chaoui, op ; cité. P : 19.

Chapitre I : La responsabilité quasi pénale du dirigeant d'entreprise en difficulté (la déchéance commerciale)

La déchéance commerciale engageant une responsabilité alourdie du dirigeant d'entreprise en difficulté, dans la mesure où son but est d'exclure certaines personnes physiques du monde des affaires, en raison de leur inaptitude ou de leur indécatesse relevée pendant le redressement ou la liquidation judiciaire. Le législateur les considère même comme un germe pathologique pour l'économie. Dès lors leur exclusion de la vie des affaires paraît la solution la plus équitable. Dans ce cadre nous allons étudier les manifestations de la responsabilité dans notre législation (section I), ainsi que dans la législation française (section II).

Section I : La déchéance commerciale « vers une responsabilité alourdie du dirigeant de l'entreprise en difficulté »

Une partie de la doctrine s'accorde que la déchéance commerciale et les interactions qui l'accompagnent, ne sont pas des sanctions mais des mesures d'intérêt public. Cette innovation est louable car elle ampute aux procédures collectives un peu de leur aspect répressif jugé sévère ²⁹¹

D'ailleurs, on peut remarquer que l'éviction du dirigeant peut avoir lieu en dehors de toute élimination de la vie des affaires, surtout au moment où le syndic prépare la solution (article 754 du code de commerce). Cette éviction temporaire et limitée n'est pas une sanction attachée à la violation du devoir de diligence des dirigeants, mais c'est seulement une mesure qui sert d'instrument d'une politique de magistrature économique.

²⁹¹ E. SCHOLASTIQUE : le devoir de diligence des administrateurs des sociétés en droit français et en droit anglais. LGDJ, 1998. P : 98.

A vrai dire, prétendre que la déchéance commerciale et les interdictions qui s'y rattachent ne sont pas des sanctions est un paradoxe, et une bonne partie de la doctrine soutient que ces mesures ont un caractère répressif²⁹² de ce fait et dans un souci de bien préciser la nature de la mesure il convient de préciser son régime juridique (Sous-section I) et de faire une étude comparative avec la législation française (Sous-section II) afin d'en tirer profit.

Sous-section I: Le régime juridique de la déchéance commerciale

Concernant la déchéance commerciale, il convient de souligner que le législateur a établi une distinction selon qu'il s'agisse d'un commerçant personne physique ou d'un dirigeant personne morale (PI) à chacun il a réservé des conditions spécifiques de responsabilité, la mise en œuvre de cette mesure est aussi dotée de règles procédurales spécifiques (PII) d'où la nécessité de préciser sa nature juridique (P III).

Paragraphe I : Les cas de la déchéance commerciale

Les commerçants personne physique encourent la déchéance commerciale s'ils ont : poursuivi une exploitation déficitaire, Violé les règles comptables, Violé ou dissimulé l'actif ou ont augmenté frauduleusement le passif (A) . Concernant les dirigeants de personne morales ils seront déchus de la capacité commerciale s'ils ont commis l'un des faits entraînant l'extension de redressement ou de liquidation judiciaire prévus dans l'article 740²⁹³ en plus des stipulations des articles et 748²⁹⁴ pour celui qui n'a pas acquitté les dettes résultant d'une condamnation pour insuffisance d'actif(B) aussi le tribunal doit se saisir en vue de prononcer la déchéance de tout dirigeant d'entreprise contre lequel a été relevé l'un des faits

²⁹² F. DAEMS, la responsabilité des dirigeants des entreprises en difficulté mémoire DESA , université Litec 1997. P :29

²⁹³ Art 746 du c. com. tel que complété et modifié par la loi n°73.17 op.cit. P : 14..

²⁹⁴ Art 715 du c.com. tel que complété et modifié par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

prévues par l'article 747.

1-Faits donnant lieu à la déchéance commerciale des commerçants personnes physiques.

L'expression « personne physique commerçante » utilisée par le législateur²⁹⁵ ne vise pas seulement, les personnes physiques exerçant à titre professionnel une activité commerciale, mais elle englobe également, tous les associés commandités dans une société en commandite simple ou par action, ainsi que l'associé en non collectif. Par référence à l'article 745 du code de commerce ces personnes peuvent faire l'objet d'une déchéance commerciale, à tout moment de la procédure et le tribunal est dans l'obligation de se saisir en vue de prononcer ses sanctions si l'un des faits édictés par la loi est révélé, il s'agit en fait des actes suivants :

a-Avoir poursuivi abusivement, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements :

Cette formule vise le dirigeant qui, à l'aide de moyens de financements artificiels, maintient à flot une entreprise vouée à la ruine dans le but de continuer à percevoir sa rémunération, de réduire une avance en compte courant faite à la personne morale, de rembourser les dettes sociales qu'il garantit en qualité de caution ou encore de favoriser une autre entreprise à laquelle il est lié²⁹⁶.

Dans ce sens un jugement du tribunal de commerce de Casablanca a considéré que la continuation abusive de l'exploitation de la part du dirigeant malgré le prononcé de la liquidation de l'entreprise, donne lieu à la déchéance commerciale à son égard ²⁹⁷ dans le même sens, un autre jugement a prononcé la déchéance commerciale des dirigeants de la société pour avoir continué d'exploiter

²⁹⁵ L'art 712 du c. com. tel que complété et modifié par la loi n°73.17 op.cit. P : 14

²⁹⁶ P. Petel : procédures collectives, Dalloz ; 8^{ème} édition 2014. P : 238.

²⁹⁷ Jug.Tri.com de Casablanca n° 2012 du 18/09/2006 dossier n° 258 / 10 /2003 non publié.

une société déficitaire d'une manière abusive qui a par conséquent conduit la société à une cessation des paiements et par ricochet à une liquidation judiciaire.

b-Avoir omis de tenir une comptabilité conformément aux dispositions légales ou fait disparaître tout ou partie des documents comptables, seule la non tenue d'une comptabilité conforme ou le fait de faire disparaître la comptabilité est source de déchéance. La tenue d'une comptabilité irrégulière ou incomplète n'est pas un cas de déchéance personnelle la non remise de la comptabilité a cependant été analysée comme valant présomption de non tenue de comptabilité régulière, justifiant le prononcé de la sanction, la solution s'impose spécialement si, en dépit d'une mise en demeure, voire de plusieurs mises en demeure, la comptabilité n'a pas été remise au mandataire qui en a fait la demande²⁹⁸. Il en ira de même du simple fait, pour l'intéressé, de ne pas contester la non remise de pièces comptables au mandataire.

c-Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif

Le détournement suppose un acte positif, il s'agit donc d'acte positif de disposition, d'utilisation ou de cession de biens, de tout ou partie de l'actif de l'entreprise.

Bien souvent le dirigeant va procéder soit à des ponctions sur la trésorerie de la personne morale pour financer des affaires personnelles, soit il utilisera à son profit les biens de la société dans une totale, illégalité. Peuvent constituer un détournement d'actifs, l'encaissement par le gérant de commissions injustifiées et l'utilisation de véhicules de la société pour son usage personnel, l'inscription au compte courant du dirigeant de sommes revenant à la société, le transfert des marchandises et des matériels de la société à une autre société pour que cette dernière procède elle-même à leur vente.²⁹⁹

²⁹⁸ Com. 3 décembre 2003 n° 00 18916 NP cité par P. M. LE CORRE, op ; cité. P : 912.

²⁹⁹ Com. 20 octobre 2021, pouvoir n° 2015.736.

La dissimulation suppose le fait de cacher ou omettre tout ou partie de l'actif à la connaissance des tiers, et donc à la soustraction des créanciers. La dissimulation peut très bien accompagner un acte de détournement, les deux éléments fusionnant à ce moment-là en une seule qualification.

2-Faits donnant lieu à déchéance commerciale de l'article 746 du code de commerce

D'après l'article 746 du code de commerce, le tribunal est tenu, à tout moment de la procédure, de se saisir dans le but de prononcer s'il y a lieu de prononcer la déchéance commerciale à celui qui a commis l'un des actes justifiant l'extension de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire il s'agit des actes précités dans la première partie³⁰⁰. Le tribunal de commerce de Casablanca a prononcé la déchéance commerciale du dirigeant d'une société à l'encontre duquel ont été constatés, entre autres, les faits suivants :

1- Confusion entre la comptabilité de la société et la comptabilité personnelle du dirigeant, 2- l'utilisation du siège social de la société par le dirigeant comme cabinet personnel, 3- l'utilisation des fonds de la société pour des besoins personnels, 4-le défaut d'inscription des recettes réalisées par la société dans ses registres comptables³⁰¹. Dans un autre cas, un jugement du tribunal de commerce de Casablanca, a prononcé la déchéance commerciale contre un dirigeant qui s'est abstenu de tenir une comptabilité et qui a fait disparaître les documents comptables, fait qui entraine dans le cadre de l'article 739 et qui autorisait au tribunal le prononcé d'une telle sanction³⁰² ainsi que d'avoir fait une poursuite abusive, dans un intérêt personnel d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société²⁶⁸ ainsi que l'usage du siège social par le dirigeant comme un lieu d'habitation.

³⁰⁰ Cas visés par l'article 740 du C. com.

³⁰¹ Jug.Tri.com de Casablanca du 03/07/200 dossier n° 9176/99/10. non publié.

³⁰² Jug.Tr. com de Casablanca n°442/2002 du 11/11/2002 dossier n° 53 /2002/10. non publié.

3- Faits donnant lieu à déchéance commerciale des dirigeants des entreprises

L'article 747 du code de commerce détermine une multitude de causes, permettant au tribunal de se saisir à tout moment de la procédure pour prononcer la déchéance commerciale contre les dirigeants d'entreprise, ces différentes causes sont au nombre de cinq :

a- 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

La formule est suffisamment large pour englober les interdictions destinées à l'assainissement des professions commerciales comme la prohibition de certaines activités contraires à l'ordre public, les incompatibilités attachées à certaines professions réglementées³⁰³.

Selon Pierre Michel le Corre, ses agissements se distinguent du fait de servir en prête nom dans la direction de la personne morale, il s'agit d'enfreindre une interdiction d'exercice, nécessairement prévue par un texte, même de nature réglementaire, mais pouvant être prononcé par une juridiction dès lors qu'elle intervient en vertu d'un texte. Il peut encore s'agir de la violation d'une interdiction de gérer précédemment prononcée par une juridiction³⁰⁴.

b- 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 :

Cette formule vise notamment la pratique des effets de complaisance³⁰⁵, ce cas suppose un élément intentionnel précis, l'intéressé, par ses agissements,

³⁰³ Ph. PETEL : procédures collectives, Dalloz, 8^{ème} édition. P : 238.

³⁰⁴ P.M. LE CORRE, op ; cité. P : 912.

³⁰⁵ Ph. PETEL, op ; cité. P : 238.

avoir voulu retarder ou empêcher la constatation judiciaire de son état de cessation des paiements l'élément matériel résulte de deux séries d'agissements ; le premier tient au fait d'acheter pour revendre au-dessous du cours. Il est ici prise en compte l'intention. Il ne pourra être reproché à l'intéressé une revente à perte qui résulte des circonstances, non de son intention. Est ensuite visé l'emploi de moyen ruineux pour se procurer des fonds, ce cas sera constitué, s'il est constaté un recours massif à des établissements de crédit ou à des prêteurs privés.

c- 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 :

Cette formule vise par exemple l'hypothèse où le dirigeant aura accordé un cautionnement non justifié par l'intérêt de l'entreprise.

d- Avoir omis de faire dans le délai de quinze jours, la déclaration de l'état de cessation de paiements :

Selon les dispositions du code de commerce, le dirigeant d'une entreprise en difficulté a pour obligation de se présenter au greffe du tribunal de commerce, du siège de son entreprise pour y effectuer sa déclaration. L'omission de faire cette déclaration dans le délai exigé par le texte est susceptible d'exposer le dirigeant à la déchéance commerciale.

e- Avoir procédé de mauvaise foi au paiement d'un créancier au détriment des autres créanciers pendant la période suspecte.

Tout acte effectué par une société en état de cessation des paiements pendant la période dite suspecte. Son point de départ se situe entre la date de cessation des paiements et la date du jugement qui ouvre la procédure collective. Durant cette période l'activité s'est poursuivie alors que sa situation était irrémédiablement compromise au regard d'un faisceau d'indices, apprécié par les

tribunaux, ce qui suppose une poursuite d'exploitation devenue irrévocablement impossible.

Cette période existe pour éviter une dissimulation d'une partie du patrimoine, une organisation d'insolvabilité, ou le favoritisme d'un créancier avantagé au détriment des autres. La protection sous cette période se fera dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice afin de remettre en cause des actes d'appauvrissement ainsi que le favoritisme d'un créancier³⁰⁶. Pour ces raisons le législateur a fait de l'omission de faire dans le délai de quinze jours une déclaration de l'état de cessation de paiement, un cas pouvant provoquer la déchéance commerciale de son auteur.

Paragraphe II : Le contenu de la déchéance commerciale

L'absence d'infraction n'empêche pas le prononcé de la déchéance commerciale, le concept de cette mesure prend ici un autre visage. Tel est le cas pour la déchéance prononcée en tant que peine autonome. Dans un souci de clarification, nous allons préciser sa nature (1) sa cause (2) et son contenu (3).

1- Les objectifs de la déchéance commerciale

Le but de la déchéance commerciale est d'exclure certaines personnes physiques du monde des affaires en raison de leur inaptitude ou de leur indécatesse, relevées pendant le redressement ou la liquidation judiciaire. La déchéance commerciale n'est cependant pas définie dans le code de commerce, elle se situe dans le livre V du code de commerce, titre V des sanctions à l'encontre du dirigeant d'entreprises. L'article 750³⁰⁷ emporte interdiction de diriger, gérer administrer ou contrôler directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, et toute société commerciale ayant une activité économique. Que cette mesure soit une mesure d'assainissement, d'élimination

³⁰⁶ www.Legarox.Fr. vue le 04/05/2017.

³⁰⁷ L'art 711 du c.com tel que complété et modifié par la loi n°73.17 op.cit. P : 14

à la fois protectrice pour le milieu des affaires et sanctionnatrice à l'égard de l'intéressé. Elle n'est en aucune manière en l'espèce, une sanction de nature pénale, le législateur considère toutefois que ces personnes représentent un danger pour le monde des affaires. Finalement, c'est dans le cadre même de l'entreprise en difficulté que la faute professionnelle des dirigeants laisse apparaître leur incapacité aux affaires. La déchéance commerciale, vient là encore sanctionner la faute de gestion et non pas l'infraction qui peut déjà être sanctionnée par une peine principale et de l'interdiction, la déchéance incapacité ou retrait de droit prononcé à titre de peine accessoire.

2- La nature de la déchéance commerciale

La déchéance est une sanction comportant entre autres, interdiction de diriger, de gérer, d'administrer ou de contrôler directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, et toute société commerciale ayant une activité économique³⁰⁸. La déchéance interdiction d'exercer et incapacité d'exercer une fonction publique élective. Cette sanction reste toutefois liée à une situation particulière à savoir l'entreprise en difficulté. Dans ce contexte, l'article 752 du code de commerce, prévoit que le jugement de clôture de la procédure pour extinction du passif rétablit le chef d'entreprise ou les dirigeants de la société dans tous leurs droits, il les dispense de cette relève de la déchéance commerciale et de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. L'article 753 du même code rajoute que dans tous les cas, l'intéressé peut demander au tribunal de la relever en tout ou partie, de la déchéance commerciale et de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective s'il a apporté une contribution suffisante au paiement de l'insuffisance d'actif, lorsqu'il y a relèvement total de la déchéance commerciale et de l'incapacité élective, la décision du tribunal emporte

³⁰⁸ L'art 756 du c.com : tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14. Les personnes coupables des infractions prévues à la présente section, encourent également, à titre de peine accessoire, la déchéance commerciale prévue au chapitre II du présent titre.

réhabilitation. Cet article est riche d'enseignement. D'abord on observe que ce sont bien les droits de la personne physique qui sont concernées par la sanction. Ensuite, le prononcé d'une déchéance commerciale entraîne bien des interdictions d'une part et le prononcé d'une incapacité d'exercer une fonction publique d'autre part.

Enfin, le relèvement est conditionné par la preuve de l'aptitude à diriger ou peut finalement résulter automatiquement de la clôture du redressement ou de la liquidation par un jugement constatant l'extinction du passif. Or, le fait de payer les créanciers ne répare pas les fautes qui ont pu être commises à l'égard de l'entreprise. C'est donc bien la capacité de l'agent dans sa profession qui est au cœur de cette sanction professionnelle³⁰⁹.

3- La cause de la déchéance : l'incombance ou l'indignité

L'incombance est définie généralement comme la charge, le devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir. Madame Fany Luxembourg définit, quant à elle, l'incombance comme une exigence de diligence ou de probité requise pour conserver le bénéfice d'un droit, l'incombance fait donc référence à l'observation d'un certain comportement de la part de l'intéressé pour conserver son droit. On pourrait penser que la loi pénale ou civile le requiert déjà par elle-même, une exigence de comportement, toutefois, toutes les lois n'imposent pas de la même manière le respect de l'incombance, le respect de la loi indépendamment de tout exercice d'un droit ne constitue pas une incombance, l'incombance suppose en revanche une conduite déterminée pour garder son droit.

Par la suite, il ressort de l'analyse de madame Fany Luxembourg³¹⁰ une

³⁰⁹ C. SAINT ALARY-HOUIN, droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 2016. P : 881.

³¹⁰ F. LUXEMBOURG, la déchéance des droites contributions à l'étude de sanctions civiles,

distinction entre les déchéances probité et les déchéances diligence. Alors que les déchéances probité relèvent d'un comportement, intentionnel, les déchéances diligence relèvent elles d'un comportement non intentionnel.

Pour Monsieur Olivier Sautel³¹¹, celui qui n'a pas ou qui n'a plus le comportement du bon père de famille au regard de la cause de son droit. Peu importe le caractère fautif ou non du manquement, car la reconnaissance de la déchéance suppose toujours un détour sur les motifs justifiant la prérogative, la sanction est donc objective même lorsqu'elle répond à la commission d'une faute. La sanction professionnelle qui est l'incapacité ou l'interdiction correspond bien à cette analyse. Cette première sanction d'interdiction ou d'incapacité, va permettre d'installer la situation qui altère la cause du droit du bon père de famille. En ce sens, la déchéance participe de la sanction de l'éthique objective, c'est le comportement sanctionné qui emporte la déchéance. Ainsi, bien que la déchéance sanctionne le non-respect d'une indignité, c'est le comportement sanctionné qui permet de la relever. En droit des affaires, l'indignité peut donc être relevé par la condamnation, que celle-ci soit civile, commerciale ou pénale. Dans ce cas, la déchéance apparaît logiquement comme une sanction tantôt de devoir, tantôt du pouvoir et ôte à l'intéressé les attributs de mise en œuvre effective de son droit. « la déchéance serait donc le constat objectif de la disparition ou de l'altération de la cause de l'avantage suite à un comportement circonstancié.

Ainsi, l'une des caractéristiques de la déchéance est de retirer l'avantage à proportion du manquement. Il s'établit entre la mesure et le manquement un rapport de stricte proportionnalité. Selon monsieur Olivier Santel : « il est bien caractéristique de la déchéance de ne priver ni en de ça, ni au-delà de ce que la

LGDJ. P:380.

³¹¹ O. SAUTEL, la déchéance en droit privé contribution à la théorie de la permanence de la cause, Dalloz, 1991. P : 487.

cause impose. Cette juste proportionnalité pourrait justifier son automaticité. Cette caractéristique de la déchéance va entraîner certaines conséquences. En effet, la déchéance ne privant ni au de la ni en déçu de ce que la cause impose et étant, pour reprendre cet exemple de situation, subordonnée au prononcé d'une interdiction, la déchéance va faire partie de ces sanctions.

4- Le contenu de la déchéance : le pouvoir

La déchéance est un mode d'extinction d'un droit qui ne suffit pas à la caractériser et la distinguer des autres institutions qui privent de certaines prérogatives, comme l'interdiction. Certains auteurs³¹² ont d'abord suggéré comme une interdiction si l'on juge que le fait d'être privé du pouvoir de mettre en œuvre un droit implique l'interdiction de mener l'activité correspondante. On comprend cette analyse par le fait notamment que l'interdiction « comporte », par elle-même, la déchéance. En effet, par l'interdiction, l'intéressé se voit privé de la faculté d'exercer son droit, laquelle peut s'analyser en une permission, la déchéance va venir compléter l'effectivité de l'interdiction en ôtant les instruments qui rendent possible l'exercice du droit. Toutefois, l'interdiction et la déchéance ne privent pas respectivement des mêmes prérogatives composant le droit subjectif. L'interdiction prive de la faculté, la déchéance du pouvoir, des avantages. Aussi, ces termes n'ont-ils pas le même objectif.

Lorsque la déchéance est attachée à l'interdiction et c'est le cas de la déchéance prévue par l'article 750³¹³, elle protège le devoir lorsqu'elle est associée à une incapacité de jouissance, en ôtant les instruments d'exercice du pouvoir, l'interdiction ne sanctionne, quant à elle que l'abus de pouvoir par le retrait de la permission d'exercice du pouvoir. L'interdiction ne sanctionne, quant à elle, que l'abus de pouvoir par le retrait de la permission d'exercer. Il importe selon Madame

³¹² B. THULLIER, l'interdiction bancaire, déchéance et mesures de sureté, Dalloz, 1999. P : 353.

³¹³ Art 750 du c.com : tel que complété et modifié par la loi n°73.17 op.cit. P : 14 la déchéance commerciale importe interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler ...

Fanny Luxembourg, de bien distinguer ces termes. Celle-ci considère que la déchéance sanctionne la méconnaissance d'une condition d'exercice d'un droit contrairement à l'interdiction. Cet auteur rapproche que la déchéance vient sanctionner la méconnaissance d'une condition d'exercice d'un droit alors que l'interdiction est une sanction qui intéresse la survenance d'événements illicites à l'occasion de l'exercice du droit.

Si l'on retrouve l'objectif répressif sous-jacent à l'interdiction, cette distinction reste incomplète.

Il découle de ce qui précède que la déchéance est bien la sanction d'une indignité, c'est-à-dire la sanction d'un manquement à une exigence se rapportant au devoir ou un abus de pouvoir. Alors la déchéance vient sanctionner l'exercice du droit en ôtant au titulaire du droit acquis les instruments qui le composent et en permettant d'user de manière effective, l'interdiction, elle, vient sanctionner l'exercice du droit en enlevant à son titulaire la possibilité d'en disposer, et ce, dans une optique répressive. La déchéance est définie comme

« la charge, le devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir. L'interdiction est quant à elle, la sanction privative ou restrictive de droit, premier élément de cette condamnation³¹⁴.

Paragraphe III : les spécificités procédurales

Certaines règles procédurales doivent être respectées pour prononcer la déchéance commerciale elles concernent précisément, les modalités du jugement (1) et les voies de recours(2).

³¹⁴ O. BALDES, « la sanction professionnelle en droit pénal des affaires », thèse de doctorat en droit privé, université Ex Marseille, faculté de droit et de sciences politiques d'Ex Marseille, 2012. P : 268.

1- Les modalités du jugement

a-La saisine

C'est le tribunal de commerce devant lequel est ouverte la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire qui est compétent pour prononcer la déchéance commerciale, reste à signaler qu'en plus du tribunal et du syndic le code de commerce, permet la saisine également au procureur du droit³¹⁵. Cette liste limitative exclue toujours l'action individuelle des créanciers ou celle des représentants des salariés.

b-La durée de la mesure

Selon les dispositions de l'article 752, le tribunal en prononçant la déchéance commerciale, est tenu de fixer la durée de la mesure qui ne peut cependant être inférieure à 5 ans.

En déterminant seulement la durée minimale, le législateur permet au tribunal de prononcer selon son intime conviction des durées plus longues³¹⁶.

L'article 752 susmentionné a exclu de la règle selon laquelle, la durée de la déchéance commerciale ne peut être inférieure à 5 ans, le cas où le tribunal prononce l'incapacité d'exercer une fonction publique élective, résultant du jugement de liquidation judiciaire, la durée de la déchéance commerciale pour ce dernier cas est fixée à 5ans.

c-Les modalités de notification et de publicité

En application des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 751 qui renvoie à l'article 710, le jugement prononçant la déchéance commerciale est mentionné aux parties par le secrétaire greffier du tribunal de commerce, d'autant plus, il doit

³¹⁵ L'article 749 du c. com tel que complété et modifié par la loi n°73.17 op.cit. P : 14

³¹⁶ A. FALLI, procédure de traitement des difficultés de l'entreprise, Dar Assalam, Rabat, 2012. P : 371.

être mentionné au registre de commerce publié par extrait dans un journal d'annonces l'égales et au bulletin officiel et affiché au panneaux réservés à cet effet au tribunal³¹⁷.

d-Le relèvement

Etant donné la gravité des sanctions encourues, le législateur commercialiste prévoit deux possibilités de relèvement.

En premier lieu celle qui est automatique et suppose que la procédure applicable à l'entreprise ait été clôturée par un jugement constatant l'extinction du passif, la déchéance commerciale et l'incapacité élective qu'en résulte cessent de plein droit au terme fixé, sans qu'il ait lieu au prononcé d'un jugement c'est ce qui résulte de la lecture de l'article 752 du code de commerce.

En second lieu le relèvement facultatif mis à la disposition du dirigeant intéressé par l'article 753 du code de commerce qui peut demander au tribunal de le relever, en tout ou partie de la déchéance commerciale et de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective s'il a apporté une contribution suffisante au paiement d'actif, le texte donne ici au tribunal un très large pouvoir d'appréciation dans la mesure où il ne définit aucunement ce qui est une contribution suffisante.

2- Les voies de recours

Le jugement prononçant la déchéance commerciale est soumis aux voies de recours selon les modalités et délais prévus par les articles 763 à 766 du code de commerce.

Selon l'article 729 l'opposition et la tierce opposition sont formées contre

³¹⁷ Le deuxième alinéa de l'article 718, du C.com, tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14. en prévoyant que le jugement prononçant la déchéance commerciale est publié au bulletin officiel, répète les dispositions de l'article 744 du même code, précision qui est à notre sens inutile et qui nous pousse à penser que cet deuxième alinéa doit être supprimée

les décisions rendues en matière de déchéance commerciale par déclaration au greffe du tribunal dans le délai de 15 jours à compter du prononcé de la décision ou de sa publication au bulletin officiel si cette publication est prescrite³¹⁸ concernant l'appel, il est formé par déclaration au greffe du tribunal dans le délai de dix jours à compter de la notification de la décision³¹⁹ le pouvoir en cassation est formé dans le délai de dix jours à compter de la notification de l'arrêt .

Sous-section II : Les effets de la déchéance commerciale

Un effort considérable a été fourni par le législateur du code de commerce pour réglementer la déchéance commerciale et cela contrairement à la démarche du code de 1913 qui s'est intéressé beaucoup plus à la réglementation de la réhabilitation en lui réservant dix articles³²⁰.

Le code de commerce actuel traite la déchéance commerciale avec plus de clarté et de cohérence, on distinguant entre ces effets principaux (PI) et ces effets secondaires (PII) reste juste le point de savoir l'application de cette mesure par nos tribunaux (P III) pour pouvoir pleinement déterminer quelques limites à son fonctionnement (PIII).

Paragraphe I : Les effets principaux à l'égard du dirigeant de l'entreprise

Les effets principaux de la déchéance commerciale concernent à la fois la fonction de direction et de contrôle (1) ainsi que la fonction publique élective (2).

1-L'élimination de toute fonction de direction ou de contrôle

En application de l'article 750, du code de commerce marocain, la déchéance commerciale emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou

³¹⁸ L'art sus mentionné (763 du code de commerce) concerne, aussi les décisions rendues en matière de redressement et de liquidation judiciaire

³¹⁹ Art 764 du C. com.

³²⁰ De l'art 380 à l'art 389 du c.com de 1913.

contrôler, directement ou indirectement toute entreprise commerciale ou artisanale, et toute société commerciale ayant une activité économique. C'est là l'effet principal de cette mesure, qui doit permettre si elle est respectée, de purger, pour un temps, le milieu considéré d'un indésirable.

Il devrait en résulter que l'intéressé n'a pas qualité pour agir au nom d'une société, d'où la nullité des actes de direction ou de gestion qu'il effectuerait, mais la solution véritable « boîte de pandore » selon l'expression du professeur Petel est incertaine³²¹ alors le dirigeant condamné est totalement exclu de la vie des affaires pour une durée fixée par le tribunal, mais qui ne peut en aucun cas être inférieure à 5ans³²².

2-L'élimination de toute fonction publique élective

En outre, en application des dispositions de l'article 752 du code de commerce, le tribunal peut prononcer l'interdiction d'exercer une fonction publique élective pour une durée qui ne peut être inférieure à 5 ans. Cette incapacité prive à vrai dire le dirigeant déchu non seulement du droit de représenter ses pairs dans les chambres professionnelles, mais également du droit de briguer aucun mandat représentatif dans les conseils communaux ou dans les chambres du parlement sans se confondre avec les peins accessoires du code pénal, cette sanction est assimilable dans son effet avec celle résultant du paragraphe 2 de l'article 26 du code pénal traitant la dégradation civique par « privation du droit d'être électeur ou éligible et en général de tous les droits civiques et politiques et du droit de porter toute décoration.

La déchéance commerciale à des effets plus limités que ceux résultant du paragraphe 2 de l'article 26 du code pénal, car elle se limite à priver le dirigeant déchu du droit d'être éligible quel que soit le mandat public, et à le priver du droit

³²¹ F. PEROCHON, op ; cité. P : 845.

³²² C. SAINT ALLARY- HOUIN, guide de l'entreprise en difficulté Dalloz 1997. P : 237.

d'être électeur uniquement dans les chambres, professionnelles puisqu'il a été déchu de sa qualité de commerçant. Mais, ce même commerçant déchu, ou dirigeant déchu ne pourrait être privé de ses autres droits civiques et politiques et notamment du droit de choisir des représentants au conseil communal ou au parlement.

Paragraphe II : Les effets secondaires : « Le dirigeant est frappé dans les prérogatives d'associé »

Le dirigeant social frappé de la déchéance commerciale est déchu de son droit de vote dans les assemblées de la société. Le droit de vote sera exercé par un mandataire désigné par le tribunal à cet effet, à la requête du syndic. Il est clair que cette mesure tend à éliminer l'influence des dirigeants sociaux qui pourraient être majoritaires dans les assemblées générales de ces sociétés soumises aux procédures de traitement, mais qui ne sont pas éliminées.

Le tribunal a aussi la possibilité d'ordonner au dirigeant déchu la cession forcée de ces actions ou parts, dans la société soumise au traitement.

Selon Yves Guyon cette mesure a un double but, elle est un moyen de faciliter le recouvrement de la part des dettes sociales éventuellement mises à la charge des dirigeants.

L'obligation de vendre les parts tend aussi à assurer la séparation de l'homme et de l'entreprise. Elle permet d'éliminer complètement et définitivement le dirigeant en tant que détenteur éventuel du pouvoir attaché à la propriété des droits sociaux. L'obligation de vendre les droits serait selon le même auteur une sorte d'expulsion destinée à éviter que le dirigeant ne profite d'un éventuel retour à meilleure fortune de la société ³²³ le tribunal a également

³²³ Y. GUYON, droit des affaires, tome 2 entreprise en difficultés redressement judiciaire, faillite, 8^{ème} édition, 2011, Economica. P : 463.

la possibilité d'ordonner la cession forcée des titres à la requête du syndic la aussi, ce qui implique leur mise en vente aux enchères, un problème peut surgir cependant , dans la mesure où cette technique peut entraîner l'attribution des titres plus offrant, cela dérangera au plus haut niveau les autres associés.

Si la société est constituée sur la base de l'intuitu personae, et aboutira à la modification des pouvoirs au sein des sociétés par action.

Si l'objectif d'une injonction de cession libre ou de cession forcée des titres est justifié notamment par l'exécution d'une éventuelle condamnation patrimoniale en comblement du passif. Cette mesure semble illusoire étant donné que le redressement judiciaire entraîne le plus souvent l'effondrement de la valeur des titres détenus par les dirigeants, l'objectif peut être plus poussé s'il vise l'élimination totale du dirigeant de la société, qui serait tenté de revenir à la direction, s'il a par la suite meilleure fortune.

Paragraphe III : Appréciation de la jurisprudence à l'égard des effets de la déchéance commerciale

L'analyse des décisions jurisprudentielles relatives à la déchéance commerciale, démontre un recours timide des tribunaux à cette mesure en tant que sanction principale, exception faite de quelques jugements condamnant les dirigeants à la déchéance commerciale en tant que sanction principale.

Cependant on constate un recours quasi systématique à la déchéance commerciale en tant que sanction complémentaire²⁹⁰.

Les effets secondaires de la déchéance commerciale n'ont jamais été invoqués, on fait ici allusion aux possibilités offertes au tribunal de prononcer :

- La suspension du droit de vote des dirigeants
- L'injonction de céder les titres
- L'ordonnance de cession forcée des titres

Ces différentes techniques prévues par l'art 718 du code de commerce,

restent tout simplement méconnus de la part de la justice commerciale marocaine³²⁴.

Une autre remarque concerne la durée de la déchéance commerciale, l'art 752 précise que la durée de la déchéance commerciale ne peut être inférieure à 5 ans ce qui laisse dire qu'elle peut dépasser 5 ans, malgré la faculté offerte par le texte et qui donne au tribunal un large pouvoir d'appréciation concernant la durée de la déchéance commerciale, les magistrats ont tendance à s'en tenir à une sanction standard, tarifée à 5ans.

Paragraphe IV : Les insuffisances du régime

L'édifice juridique organisant la déchéance commerciale souffre de quelques insuffisances à la fois en ce qui concerne les règles de forme (1) et de fonds (2).

1- Les règles de forme

a-Le nombre limité des personnes habilitées à agir

L'article 742³²⁵ nous enseigne que les personnes habilitées pour saisir le tribunal de commerce pour l'application de la déchéance commerciale sont limitativement énumérées. Il s'agit en l'occurrence du syndic et du ministère public.

Les salariés, les associés les actionnaires et les créanciers sont exclus de l'exercice de ce droit.

En pratique, si ces personnes détiennent une information indiquant qu'un commerçant, personne physique ou dirigeant d'une société commerciale, a commis des faits pouvant donner lieu à l'application de la déchéance commerciale, elles ne peuvent pas s'adresser directement au tribunal pour dénoncer les faits sus mentionnés étant dépourvues de la qualité requise par la

³²⁴ M. JAOUHAR, op ; cité. P : 55.

³²⁵ Art 742 du C.com. tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

loi. Elles doivent ainsi s'adresser à l'un des deux organes imposés par la loi que sont le syndic ou le ministère public.

S'agissant du syndic, bien qu'il soit investi par la loi du pouvoir de saisir le tribunal, il n'est pas habilité, en tant qu'autorité publique pour recevoir des plaintes.

b-Le déficit du ministère public

Le législateur commercialiste a reconnu au ministère public le droit de demander l'application de la déchéance commerciale, cette reconnaissance reste en elle-même insuffisante dans la mesure où le ministère public doit disposer d'informations nécessaires sur la conduite des dirigeants d'entreprise soumises à la procédure de redressement judiciaire et posséder de documents, susceptibles, de servir, le cas échéant, comme moyen de preuve pour établir l'imputabilité des faits aux personnes poursuivies.

Le législateur marocain n'a pas prévu, des moyens d'information du ministère public en matière de procédure collective. Toutefois, dans le cadre de l'application de la déchéance commerciale, le ministère public peut recevoir des plaintes de la part des salariés, des actionnaires, des associés, et de toute personne intéressée. Il peut également être informé par le ministère public près du tribunal de première instance et par le parquet général, des faits commis par les dirigeants d'entreprises, peut aussi fournir au ministère public des renseignements sur la conduite des dirigeants des sociétés commerciales. Enfin le syndic, peut au lieu de demander, lui-même l'application de la déchéance commerciale, solliciter du ministère public de le faire à sa place.

c-Le déficit du syndic

Le syndic bien qu'il est investi du pouvoir de saisir le tribunal pour l'application de la déchéance commerciale, il ne dispose pas des moyens juridiques pour exercer ce pouvoir entant qu'expert-comptable ou greffier, il n'est pas formé

pour élaborer les requêtes pour saisir le tribunal, et réunir les preuves pour établir l'existence des faits imputables aux dirigeants des entreprises en difficulté.

2-Les règles de fond

Le législateur marocain a fixé à travers, l'article 752³²⁶ la durée minimale de la déchéance commerciale à 5 ans, sans pour autant se soucier de fixer son plafond, laissant ainsi au tribunal un large pouvoir d'appréciation dans la détermination de cette durée, sans être inférieure à cinq ans, cette attitude du législateur de fixer le délai minimum sans pour autant fixer le plafond de la sanction affiche un aspect affamant et très dangereux de la déchéance commerciale par opposition au législateur marocain, le législateur français a fixé le plafond des sanctions à 15 ans sans déterminer leur minimum, attitude qui est à notre sens raisonnable³²⁷.

Section II : Aspect comparatif avec la législation française

La faillite personnelle dans la législation française entraîne des privations Sous-section (I) et des interdictions Sous-section (II) dont la violation est sanctionnée civilement et pénalement.

Sous-section I : Les privations comme sanction alternative à la déchéance commerciale en droit marocain

Paragraphe I : Quant au droit de vote

Le droit de vote des dirigeants atteints par la faillite personnelle est exercé dans les assemblées des personnes morales soumises à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire par un mandataire désigné par le tribunal à la requête de l'administrateur, du liquidateur ou du commissaire à l'exécution du plan. Celui-ci peut même ordonner la cession forcée de leurs actions ou parts

³²⁶ Art 752 du c.com de 1996, tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

³²⁷ Voir dans ce sens D. Gibirila, op ; cité. P : 701

sociales par l'intermédiaire d'un mandataire de justice, après éventuellement une expertise. Le produit de la vente est affecté au paiement des dettes sociales, si elles ont été mises à la charge des dirigeants. Les actes accomplis par le failli demeurent tout de même valides.

Les créanciers du débiteur personne physique tirent profit de cette mesure car la faillite personnelle empêche ce dernier d'invoquer les dispositions de l'article L 643-11, 1 du Code de commerce relatif à l'apurement du passif non payé en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif.

Paragraphe II : Quant au port de décorations

L'indignité qui frappe le failli le prive du droit de porter des décorations, telles que la légion d'honneur ou la médaille militaire. L'intéressé peut être exclu de l'ordre du mérite commercial et de celui de la santé publique³²⁸.

Sous-section II : Les interdictions

Paragraphe I : L'interdiction de diriger

Il existe deux cas d'interdiction de diriger

L'interdiction est en premier lieu une sanction accessoire à la faillite personnelle. Celle-ci en effet emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute personne morale ayant une activité économique ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante.

L'interdiction est en second lieu une sanction principale qui peut être prononcée en substitution à la faillite personnelle, dans les cas prévus par les articles L.653-3 à L653-6 du code de commerce, sans que la durée de la sanction fixée par le tribunal puisse excéder quinze ans. Il s'agit soit du dirigeant qui, condamné au paiement des dettes sociales, ne s'est pas acquitté de cette obligation,

³²⁸ D.Gibirila, op.cité. P : 700.

soit du dirigeant contre lequel a été relevé un des faits énoncés par l'article L 653-3 du code de commerce. Dans cette hypothèse, l'interdiction prononcée à la place de la faillite personnelle s'applique à la même entreprise ou exploitation que celle précédemment énoncée, mais aussi à toute personne morale et pas seulement celle ayant une activité économique, ou seulement une ou plusieurs d'entre elles³²⁹.

Paragraphe II : La portée de l'interdiction de diriger

1-La portée générale

La portée de cette interdiction varie selon qu'elle constitue une sanction principale ou accessoire de la faillite personnelle. Dans la première hypothèse l'interdiction est générale car elle porte sur toute entreprise individuelle et toute personne morale ; dans la seconde, elle peut être limitée à une ou plusieurs catégories d'entreprises.

Le tribunal est investi d'un large pouvoir d'appréciation pour adapter l'interdiction à la situation particulière des dirigeants mis en cause, ainsi, va-t-il prononcer soit une interdiction générale, soit une interdiction limitée à certaines catégories d'entreprises, ou simplement à la direction ou encore au contrôle de telle ou telle société. S'il opte sans aucune précision pour une interdiction générale, il faut comprendre que la mesure à une portée large et ne se limite pas aux entreprises dotées d'une activité économique. Elle touche la direction, la gestion, l'administration non seulement de toute entreprise commerciale ou artisanale, mais également de toute personne morale. L'interdit ne pourrait donc même pas diriger ou gérer une association, un syndicat professionnel ou une copropriété, ou simplement intervenir au nom d'une société. Le tribunal peut également déterminer la durée de l'interdiction au regard du comportement personnel du dirigeant condamné.

³²⁹ D.Gibirila, op.cité. P : 699

1- La portée particulière

L'interdiction de diriger ne crée pas d'incapacité aux dépens de la personne qui en est frappée. Ainsi, elle n'emporte pas d'incapacité élective d'ailleurs facultativement attachées à la faillite personnelle. Cependant, tout comme celle-ci le dirigeant interdit peut perdre son droit de vote dans les assemblées des personnes morales soumises à une procédure collective et dont l'exercice sera assuré par un mandataire désigné en justice à la requête de l'administrateur, du liquidateur ou du commissaire à l'exécution du plan. Le tribunal a également la possibilité de l'enjoindre de céder ses actions ou parts sociales, ou d'ordonner leur cession forcée par les soins d'un mandataire en justice, le cas échéant après expertise. Mais, l'obligation de céder ses droits sociaux ne peut concerner les titres détenus dans d'autres personnes morales. L'intéressé s'expose pareillement à des peines de prison de deux ans et d'amende de 375 mille euros en cas de violation des différentes interdictions. L'intéressé peut ici également³³⁰ être rétabli dans ses droits ou réhabilité dans les mêmes conditions qu'en cas de faillite personnelle.

³³⁰ D. Gibirila, op.cité.P : 703.

Chapitre II : L'évolution de la politique pénale en matière de la responsabilité pénale du dirigeant de l'entreprise en difficulté

Nul ne peut nier que l'activité de l'entreprise peut être compromise par l'intervention du risque pénal du au comportement malveillant du dirigeant social provoquant une difficulté financière de l'entreprise, une difficulté due à la cessation des paiements, origine de l'ouverture des procédures collectives et suscitant en parallèle la responsabilité pénale du commerçant.

En fait, la cessation du paiement des dettes par l'entreprise ne constitue pas en soi un délit susceptible d'être sanctionné pénalement mais c'est l'accomplissement d'un certain nombre d'actes ayant aggravé la situation financière de l'entreprise et ayant menacé les droits de ses créanciers, qui est sanctionnable. Ces agissements constituent selon les dispositions du code pénal l'infraction de banqueroute³³¹.

Il s'agit d'une vieille expression employée dès le moyen âge dans des foires italiennes « *bancorotto ou banca rota* ». Il traduit l'usage qui consistait autrefois à briser le banc ou le comptoir que le commerçant failli occupait sur le marché ou à la bourse. Le dictionnaire le Robert définit la banqueroute comme une faillite accompagnée d'actes délictueux. Cette conception a été modifiée par l'introduction du droit des entreprises en difficulté. Désormais, il s'agit de prévenir et de redresser la situation financière de l'entreprise avant de liquider. Le domaine de la banqueroute est sans doute, un domaine où la délinquance financière cachée prend de plus en plus de l'ampleur³³².

³³¹ Mounia Rhomri Mounir, « la politique pénale en vertu du livre V du code de commerce ». P : 167 op.cit. P : 7.

³³² O. El AJOUZ, la banqueroute en droit comparé français et libanais, thèse de doctorat en droit privé, université Jean Moulin Lyon III, 1947. P : 5.

Le code de commerce de 1996 a rarifié le nombre des cas pour ne retenir que les plus graves qui correspondaient autrefois à la banqueroute frauduleuse³³³.

Il convient alors d'analyser le régime juridique de la banqueroute (section I) Ainsi que celui des autres infractions attachées à la banqueroute et prévues par la législation dans l'article 724 du code de commerce (section II).

Section I : Le régime juridique de la banqueroute

Le délit de la banqueroute est prévu par la loi 05-96 formant code de commerce aux articles 754 à 756, les dits articles figurent au chapitre III du titre V du livre V de cette loi intitulé les difficultés de l'entreprise.

Ces articles font partie, du dispositif régissant la responsabilité des dirigeants de l'entreprise en difficulté prévue par le dit titre V. En effet l'article 736 dispose que les dispositions du présent titre s'appliquant 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.

En cas d'ouverture d'une procédure de traitement sont coupables de banqueroute et par conséquent sont pénalement responsables, les personnes mentionnées à l'article 736, contre lesquelles a été relevé l'un des faits limitativement mentionnés par le dit article, alors il convient de préciser le régime juridique de la banqueroute (section I). Avant de se pencher sur ces règles procédurales (Sous-section II) dont la nature originale échappe à celle des normes de droit commun.

³³³ Voir dans ce sens : A. CHOUKRI SABAI, le médiateur en procédure de prévention des difficultés, de l'entreprise « étude approfondie en droit commercial marocain et comparé » Al MAARIFA Tome 3, sans année d'édition. P : 445 et suivant.

Sous-section I : Eléments et conditions de la banqueroute

D'une certaine manière, on peut dire que la banqueroute est l'infraction des chefs d'entreprise qui ne savent pas mettre fin à temps à leur activité. Les conséquences de poursuite pour ce délit sont importantes car le tribunal peut non seulement infliger des peines d'emprisonnement et d'amende, mais aussi prononcer une interdiction de diriger, de gérer et d'administrer³³⁴ dans un contexte économique où les entreprises sont fragiles, et susceptibles de faire facilement l'objet d'un redressement judiciaire, les dirigeants d'entreprises doivent porter une attention particulière sur cette infraction.

La condamnation pour banqueroute n'est possible que sous des conditions particulières (P. II) aussi l'infraction doit réunir certains éléments (PI). Dans un besoin de simplification et de clarification, le législateur du code de commerce actuel a rarifié le nombre des faits constituant le délit, chose qui va nous pousser à faire une lecture dans les dispositions de l'ancienne législation relative à la banqueroute (PIII) avant de tracer les particularités du régime procédural et répressif et leurs particularités par rapport aux règles de droit commun P (VI).

Paragraphe I : Les éléments de la banqueroute

La loi 05-96 formant code de commerce a apporté des simplifications en supprimant toute distinction entre banqueroute frauduleuse et simple, et parmi les cas de banqueroute simple, entre la banqueroute facultative et celle obligatoire.

De telle sorte l'article 754³³⁵ du code de commerce prévoit quatre cas de

³³⁴ Voire dans ce sens :

- M. LE CORRE, op ; cité. P392.

- A. CHOUKRI SABAI, le médiateur en procédure de prévention des difficultés de l'entreprise, op ; cité. P : 435.

³³⁵ Tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

L'art 754 du C.com, tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

banqueroute, ce sont les plus graves qui ont été retenus par le législateur, les autres ayant été ramenés au rang de délit civil ou supprimés, il convient alors d'étudier les éléments de la banqueroute tels que prévus par la législation actuelle notamment la conduite matérielle (1) et morale (2).

1-La conduite matérielle

a-L'emploi de moyen ruineux

**** Solution***

L'article 754 incrimine le fait d'avoir dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de traitement, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds.

C'est un cas de banqueroute simple qui n'a pas été dépenalisé³³⁶ en raison de sa gravité et de son intérêt pratique, car il concerne des opérations visant à prolonger artificiellement l'activité de l'entreprise en difficulté.

En pratique, cette hypothèse correspond au cas dans lequel l'individu accroît son passif exigible alors qu'il était déjà dans l'impossibilité d'y faire face avec son actif disponible ce qui correspond à la définition de l'état de cessation des paiements, ce cas de banqueroute a incontestablement pour objectif de protéger les créanciers en évitant que leur gage se diminue. Dans cet alinéa, le législateur a en réalité, distingué deux hypothèses :

- Les achats en vue d'une revente minorée

- L'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, mais que recouvrent ces deux propositions. En ce qui concerne la première hypothèse. Elle consiste pour se procurer des liquidités à vendre des biens très en dessous de leur

³³⁶ A.FALLI, procédures de traitement des difficultés de l'entreprise, op ; cité. P : 407.

prix réel, notamment au-dessus du cours³³⁷, la revente est considérée comme fautive lorsque le prix est au-dessous du prix d'achat effectif, ce dernier étant présumé être le prix porté sur la facture d'achat majorée des taxes sur les chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et le cas échéant du prix de transport, s'agissant d'une présomption il revient au dirigeant de prouver que le prix d'achat effectif de ce qui a été revendu est bien inférieur au prix présumé tel qu'indiqué sur les factures³³⁸.

- La deuxième hypothèse (l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds), elle consiste, notamment dans le recours au crédit bancaire afin de faire survivre l'entreprise de manière artificielle ou dans la circulation d'effets de complaisance.

Il est cependant nécessaire, que les tribunaux vérifient le caractère ruineux du crédit bancaire.

La difficulté consiste à se demander ce que l'on doit entendre précisément par le terme ruineux.

Les auteurs ont proposé de distinguer les moyens ruineux en eux-même (crédit à un taux très élevé) et ceux qui sont ruineux par rapport à la situation de l'entreprise (crédit très important ne pouvant être supporté par l'entreprise). La jurisprudence quant à elle, considère que constituent des moyens ruineux les emprunts à des taux très élevés. Pour illustrer cette question, nous pouvons citer quelques exemples de jurisprudence française.

La cour de cassation Française a considéré qu'il y avait emploi de moyens ruineux lorsque le découvert autorisé entraînait des agios trop importants par

³³⁷ G. DANJAUME : abus de biens sociaux – banqueroute L'HERMES, 1^{er} édition 1999. P : 78.

³³⁸ Y. GUYOU, droit des affaires, entreprises en difficulté redressement judiciaires , faillite T2, 7^{ème} édition economica Paris 1999. P : 463 .

rapport au chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise³³⁹.

De même lorsque l'escompte de fausse facture aggravait la situation financière de l'entreprise³⁴⁰. En tout état de cause, les juges du fond doivent préciser les éléments qui leur permettent de retenir le moyen ruineux en démontrant que celui-ci était destiné à retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, finalement le cas visé par l'article 72, suppose la réunion de deux conditions : d'abord il faut que la revente soit précédée d'un achat, lui-même effectuée en vue de la revente³⁴¹. Car la vente en dessous du cours n'est pas à elle seule suffisante, ainsi la vente en dessous du cours des fruits abimés ne peut être réprimée³⁴². En suite la deuxième condition tient dans les achats qui doivent avoir été effectués dans la seule intention d'être revendus à perte, des lors, on ne peut pas condamner un dirigeant lorsqu'il effectue une simple vente à perte de marchandise là aussi il faut prouver que la vente a été réalisée dans l'intention de retarder l'ouverture d'une procédure collective, pour qu'il y est infraction au titre d'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds³⁴³ le juge correctionnel doit construire son dossier avec une extrême précision dans la caractérisation et la qualification de l'acte incriminé. On ne pourra engager la responsabilité pénale du dirigeant qu'à la seule condition qu'on ait pu réunir un certain nombre d'indications sur la nature, la qualité, les quantités de marchandises qui sont achetées en vue d'une revente, si ces indications ne sont pas relevés, au même titre que les factures les conditions d'achats et de ventes, les cours des marchandises, l'évolution de la marge brute d'exploitation, on ne pourra pas parler de délit de banqueroute et la personne n'est pas pour suivie.

³³⁹ Crim 18 mai 1976 D 1976, 578, note Gavaldà crim 3 janvier 1985 Bull crim n°2 cité par : F.DANJAUME ; op ; cité. P : 79.

³⁴⁰ Crim 6 Décembre 1993 1994 IR 50 note G. DANJAUNE.

³⁴¹ F. PASCAL DENIS « Banqueroute », Dalloz mars 1996. P : 6.

³⁴² La loi n °6-99 sur la liberté des prix et de la concurrence.

³⁴³ G. YVES , op ; cité. P : 463.

- **Indifférence de la licéité du moyen**

À aucun moment la loi n'exige le recours à un moyen illicite, tel un crédit présentant un taux usuraire. Cependant, le recours à un crédit de façon totalement licite, mais qui s'avérerait ruineux pour l'entreprise en raison d'un taux d'intérêt simplement élevé, suffit pour caractériser le délit de banqueroute. L'élément essentiel est donc bien le caractère ruineux.

- **Acte positif**

La notion d'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds suppose un acte positif permettant d'obtenir ou de faire rentrer des fonds la notion "d'emploi de moyens ruineux" implique en effet, nécessairement un acte de commission³⁴⁴.

En conséquence, une simple abstention de payer une dette légitimement préexistente ne permettra pas de caractériser ce cas.

Ont été qualifiés de moyens ruineux :

- L'escompte d'effets de complaisance et de fausses factures.
- L'autorisation d'un découvert trop important entraînant des intérêts hors de proportion avec le chiffre d'affaire de l'entreprise.
- La souscription d'un emprunt à un taux d'intérêt élevé
- Une convention d'affacturage qui générerait des frais financiers importants dès lors que la société utilisait ce procédé pour un pourcentage important de factures.

Ainsi pour résumer, peut être qualifiée de ruineux, toute opération permettant à un commerçant, à une société d'obtenir un soutien, d'un établissement de crédit, alors que la mise à disposition des fonds, entraîne des

³⁴⁴ P. MICHEL LE CORRE, droit et pratique des procédures collectives, Dalloz, 5^{ème} édition 2009. P : 2254.

frais financiers conséquents, ne pouvant pas être couverts par les recettes prévisibles³⁴⁵.

b-Le détournement ou la dissimulation d'actif

- **Notion**

La dissimulation consiste dans la soustraction volontaire d'un élément d'actif du patrimoine du débiteur. Il suffit que cet élément d'actif cité été volontairement caché, de manière qu'il ne soit appréhendé au profit des créanciers. De ce fait, la dissimulation peut être entendu comme une omission de certains biens de l'actif de l'entreprise en difficulté afin de les cacher aux yeux des tiers³⁴⁶ et donc à leurs éventuelles poursuites.

La dissimulation d'actif, peut intervenir soit de manière positive (se faire remettre un chèque ne comportant pas le nom du bénéficiaire et le déposer à son propre compte), soit au contraire par abstention (ne pas déclarer une partie de l'actif) ; le détournement suppose un acte positif du dirigeant. Les cas de détournement sont fréquents : par exemple, constituent un détournement d'actif les retraits effectués, de la trésorerie d'une société, en état de cessation des paiements par ses mandataires de droit ou de fait, sans justification comptable ou documentaire. La qualification de détournement d'actif est plus souvent utilisée pour caractériser un usage abusif de fonds sociaux au profit d'un dirigeant de société, usage qui est un véritable acte de disposition des biens de la société, mais aussi une de disposition de biens sociaux au profit d'un tiers. L'intention coupable du dirigeant responsable du détournement ou de la dissimulation est essentielle à la constitution de l'infraction. Elle résulte de la connaissance par le

³⁴⁵ J. Lasserre Capdeville, abus des biens sociaux et banqueroute édition Jolly, 2010. P : 156.

³⁴⁶ A. EL IDRIS : « droit pénal des affaires : Réflexion sur la banqueroute par déroulement ou dissimulation d'actif » Revue RMDAE, n° 16 mai 2009. P : 19.

dirigeant de sa situation et de sa volonté de soustraire à ses créanciers une partie de son patrimoine pour échapper à leurs poursuites.

Le détournement d'actif se rapproche par son élément matériel de l'abus de confiance.

En revanche, il en diffère car la condition préalable d'un cadre contractuel n'est pas requise. Le détournement d'actif se rapproche aussi de l'abus de biens sociaux car tous deux supposent un usage contraire à l'intérêt de la société. Cependant, le détournement d'actif diffère de l'infraction d'abus de biens sociaux en ce que l'abus de biens sociaux ne suppose pas un usage contraire à l'objet social.

De plus, il diffère aussi de l'abus de biens sociaux en ce qu'il ne permet pas d'invoquer pour se justifier la notion d'intérêt du groupe³⁴⁷.

A partir de ces exemples, nous avons déterminé les conditions requises pour que le détournement d'actif soit constitué :

- Un usage des biens contraire à l'intérêt social
- Un usage des biens contraire à l'objet social

Pourtant en pratique, les tribunaux se contentent de relever qu'il y a ou non détournement d'actif sans en dégager les deux éléments. Ainsi une jurisprudence Française a estimé que le détournement d'actif était constitué lorsque le président du conseil d'administration d'une société avait prélevé sans autorisation des fonds de sa société pour les prêter à des sociétés dans lesquelles il était associé³⁴⁸.

Pour la jurisprudence, le détournement d'actif peut être postérieur ou antérieur à la date de cessation des paiements³⁴⁹, cependant, il est nécessaire de

³⁴⁷ J. Lasserre Capdeville, op ; cité. P : 157

³⁴⁸ Crim 6 juin 1988, jurss – Data n° 25686, crim 7 décembre 1112, Rev, jurisp d raff. 1993 n° 67 note G. DANJAUNE. P : 83.

³⁴⁹ Crim 5 octobre 1992 bull ..crim n° 301 citer par G. DANJAUNE. P : 83.

signaler une décision de jurisprudence qui semble faire une distinction plus subtile, selon cet arrêt³⁵⁰ il y a banqueroute si les faits ont été réalisés après la date du jugement d'ouverture de la procédure. En revanche, il y a abus de biens sociaux lorsque l'on se situe avant cette date.

•Objet du détournement

L'objet du détournement doit être un bien corporel ou incorporel entrant dans le patrimoine du débiteur, l'infraction ne peut être retenue, en présence d'un détournement de clientèle par le locataire gérant d'un fond de commerce, dans la mesure où le fond n'était pas la propriété de la société en cessation des paiements et ne figurait pas dans son actif.

La jurisprudence française s'est cependant écartée de cette solution dans un arrêt en date du 20 octobre 2004³⁵¹. En l'espèce, la chambre criminelle a approuvé une condamnation pour détournement d'actif prononcée contre les gérants d'une société qui avaient cédé, au-dessous de leur valeur, plusieurs dizaines de véhicules ayant pourtant fait l'objet d'une clause de réserve de propriété au motif que, selon les règles fiscales et comptables, de telles marchandises doivent figurer sur une ligne distincte de l'actif du bilan d'activité, de sorte que ces véhicules avaient été intégrés dans l'actif de la société à la date de leur livraison. Dans cet arrêt, la notion d'actif est appréciée.

Dans un sens comptable plusieurs auteurs s'interrogent³⁵² sur le concept du principe d'interprétation stricte de la loi pénale³⁵³ par les magistrats dans cette décision.

³⁵⁰ Crim 10 février 1986 Bull crim n° 52 citer par G. FANJAUNE. P : 83.

³⁵¹ Cass. Crim 20 octobre 2004, ; n° 03-85 233, Bull crim 2004 n° 249 D, 2004 cité par ; J. LASSERRE CAPDEVILLE ; abus des biens sociaux et banqueroute, op ; cité. P : 163.

³⁵² J. LASSERRE CAPDEVILLE, abus des biens sociaux et banqueroute, op ; cité. P : 161.

³⁵³ C.Masala, le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle , en droit pénal des affaires, 2004. P : 3050.

- **Exemples de détournement**

La banqueroute par détournement d'actif peut être caractérisée dans plusieurs hypothèses, l'infraction est constituée en cas de dissimulation du prix d'un actif cédé après cessation des paiements, même si la cession est intervenue à un prix normal, il en sera de même si la réalisation d'un actif social a été faite sans contrepartie ou à un prix très inférieur à sa valeur, l'explication étant trouvée dans l'intérêt du dirigeant dans la société acquéreur.

Il en est de même du dirigeant se remboursant des sommes versées à la société au titre d'une augmentation de capital, qui n'avait pas eu lieu, sans démontrer l'existence d'une créance certaine liquide et exigible détenue sur la société. La solution sera encore identique pour le dirigeant, qui a signé des ordres de virement pour que soient remboursés les comptes courants détenus par des associés membres de sa famille. Le délit est très net lorsque le dirigeant social détourne des règlements émanant de clients soit directement à son profit, soit au profit d'une société nouvelle qu'il dirige³⁵⁴ il en est de même pour le règlement d'importantes dépenses personnelles.

c-L'augmentation frauduleuse du passif du débiteur

L'article 754 du code de commerce marocain réprime le fait d'avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur.

Contrairement à l'hypothèse précédente que nous avons abordé, il ne s'agit pas ici de diminuer l'actif mais, au contraire, de majorer le passif par exemple en se reconnaissant débiteur de sommes qui ne sont pas dues au profit d'un complice.

³⁵⁴ P. MICHEL LE CORRE, droit et pratiques des procédures collectives, op ; cité. P : 2256. 322

F. FRANÇOIS / E. DE GRANDVILLE / A. MARLANGE, dirigeant de société, statut juridique social et fiscale, op ; cité. P : 329

Voir dans le même sens J. LASSERRE COPDEVILLE, abus de biens sociaux et banqueroute, op ; cité. P : 163.

Cet acte qui concerne notamment la reconnaissance des dettes fictives, suppose la réunion de deux éléments :

- Un faux en écriture qui aboutit souvent à un cumul avec le détournement d'actif, lorsque le dirigeant prend conscience que la situation est difficile et qu'il ne peut plus faire face à ces engagements.

- Une entente frauduleuse avec des tiers qui produisent une créance simulée.

Afin de se réserver pour l'avenir des ressources.

Il doit donc y avoir conscience chez le dirigeant de porter atteinte aux intérêts des créanciers et à la survie de l'entreprise.

Ce cas de banqueroute peut avoir pour objet de sanctionner une pratique qui consiste à faire apparaître des créanciers fictifs, qui recevront une part du produit de la réalisation de l'actif.

Le dirigeant peut aussi majorer arbitrairement le passif, il réduit ainsi la part revenant aux véritables créanciers sociaux dans la réalisation de l'actif et leur cause préjudice³⁵⁵.

d- Les délits relatifs à la comptabilité

•Présentation générale

Ce cas de banqueroute est fixé par la 4^{ème} alinéa de l'article 754 du code de commerce.

Aux termes de cet alinéa sont coupables de banqueroute, ceux qui ont tenu une comptabilité fictive ou font disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la société ou se sont abstenus de tenir toute comptabilité lorsque la loi en fait l'obligation.

³⁵⁵ B. LAUREL : droit pénal des affaires, Economica 8^{ème} édition 2012. P : 462.

Ces différents cas s'expliquent par le fait que, dans le cadre de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, il est nécessaire de pouvoir connaître précisément la situation financière de l'entreprise or, tel ne sera pas le cas si la comptabilité du débiteur ne reflète pas la réalité³⁵⁶

L'alinéa précédent regroupe plusieurs cas de banqueroute. En pratique, on peut distinguer à partir de cet alinéa, trois comportements distincts :

- **Les cas visés**

- **La Tenue d'une comptabilité fictive**

Face à ce premier comportement, la difficulté qui se pose est de parvenir à déterminer ce qui l'on doit entendre par comptabilité fictive.

La comptabilité fictive se compose en quelque sorte de « mensonges comptables » destinées à égarer sur la réalité de l'activité commerciale de l'entreprise et à masquer certaines opérations effectuées.

On reprend dans ce cadre la définition donnée par monsieur Jean Deveze qui assimile la comptabilité fictive à une double comptabilité soigneusement tenue, l'une officielle, destinée à être produite, l'autre véritable destinée à l'information du seul délinquant³⁵⁷.

L'omission d'indication d'une opération dans la comptabilité peut être un indice de mauvaise foi de la part du dirigeant consistant à cadrer certaines ressources de la société à son profit ou à effectuer certaines dépenses pour monter que la société n'est pas endettée. Quoiqu'il en soit, la comptabilité dans ce sens est fictive. Puisqu'elle ne correspond pas à la réalité³⁵⁸.

Pour illustrer cette définition, nous pouvons citer quelques exemples dans lesquels la notion de comptabilité fictive a été retenue : la manipulation de chiffres

³⁵⁶ J.DEVEZ, comptabilité fictive Rev. Proc. Coll 1990. P :174

³⁵⁷ J. DEVEZ, « comptabilité fictive » rev. Proc. Coll, op.cité.

³⁵⁸ E. ECHEL, point de vue sur la notion de comptabilité fictive GAZ Pal, 1987. P : 481

ayant pour effet de fausser l'examen des comptes annuels, l'existence d'une comptabilité occulte distincte de la comptabilité apparente³⁵⁹.

Ainsi pour une partie de la doctrine, le fait pour un dirigeant de donner personnellement des directives pour l'établissement de traites fictives constitue le délit de banqueroute pour tenue de comptabilité fictive, plus généralement la fictivité d'une comptabilité dépend du nombre et de la gravité des omissions qui l'entachent de telle sorte que la réalité économique de la société soit impossible à déterminer. Ainsi, le fait d'enregistrer des créances clients pour un montant dix fois supérieur à la réalité constitue la tenue de comptabilité fictive.³⁶⁰

-Avoir fait disparaître des documents comptables

Les documents comptables revêtent une importance considérable pour les organes de la procédure, en ce sens qu'ils leur permettent de connaître la situation réelle de l'entreprise et d'apprécier la gestion des dirigeants³⁶¹.

Face à la disparition des documents, la jurisprudence considère qu'il n'est pas nécessaire que tous les documents comptables aient disparu.

Pour la jurisprudence, l'infraction de banqueroute est constituée dès lors que les livres ou les documents comptables permettant de révéler la situation du prévenu ont disparu³⁶². En revanche, pour la jurisprudence la simple falsification des documents comptables n'est pas assimilée à leur disparition. Aussi l'absence de tenue de comptabilité est caractérisée dès lors que fait défaut l'un et non pas nécessairement l'ensemble des documents comptables exigés par le code de commerce³⁶³. La non représentation des comptes ne peut être assimilée à la

³⁵⁹ G. DAN JAUME, *op.cit.* P : 86

³⁶⁰ E. EICHEL, point de vue sur la notion de comptabilité fictive, *Gaz. Pal* 1987. P : 48.

³⁶¹ Cette disparition est particulièrement grave, car on élimine toutes les preuves permettant de connaître la situation véritable de la société.

³⁶² *Crim* 10 octobre 1973, *bull crim* n° 349 note Garaldine Danjaune, p : 87.

³⁶³ André Jacquemont, *droit des entreprises en difficulté Litec* 7^{ème}.

disparition il faut qu'elle soit accompagnée d'un refus volontaire et conscient,³⁶⁴ le législateur usant d'une expression indiquant une action de la part du prévenu « faire disparaître » une simple obtention ne saurait, permettre la caractérisation de l'infraction.

Les modalités de cette disparition sont variées : destruction, dissimulation dans un endroit caché, ou simplement refus ou présentation tardive des documents aux organes de la procédure collective, ainsi, le refus de remettre une comptabilité a pu être assimilé à la disparition de la comptabilité et constituer le délit de banqueroute : c'est le cas lorsqu'on ne sait pas où est la comptabilité ou que le refus est prolongé et qu'il démontre l'intention de retarder le plus possible la remise au liquidateur des documents comptables indispensables pour lui permettre d'apprécier la situation de l'entreprise au moment des opérations de liquidation³⁶⁵

-Ne pas avoir tenu de comptabilité

Dans ce cas, il est nécessaire, qu'il n'y ait pas de comptabilité du tout.

La jurisprudence a retenu l'absence de comptabilité dans le cas où le prévenu n'avait pas établi l'inventaire périodique des éléments d'actif et du passif³⁶⁶.

En revanche l'infraction ne semble pas pouvoir être retenue lorsqu'une comptabilité inadaptée a été tenue. Dès lors qu'il ne s'agissait pas d'une comptabilité fictive. En effet, la loi pénale devant nécessairement être d'interprétation stricte, il n'est pas possible d'assimiler une comptabilité insuffisante à une absence de comptabilité³⁶⁷.

³⁶⁴ Cass. crim 11 juin 1998 Dr. Pénal 9810) 155 note B. LAURET, droit pénal des affaires Economica 8^{ème} édition 2012. P : 463 .

³⁶⁵ Crim 19 janvier 2000, n° 99-82.749 Bull. crim n° 29 – rev sociétés 2000. P : 574.

³⁶⁶ Crim 6 octobre 1993, Bull crim n° cité par G. BANJAUNE, op ; cité. P : 87.

³⁶⁷ G. BANJAUNE, op.cite. P : 88.

e-Proposition de limitation des cas

Pour Denis, Pascal,³⁶⁸ la responsabilité du prévenu ne devrait être retenue que s'il existe une certaine fréquence, une systématisation, pour rendre les comptes fictifs. Selon ce courant doctrinal, si l'on parle de sanctions pénales, «C'est qu'il y a une certaine gravité et dans la comptabilité fictive, on ne va poursuivre que des personnes qui recourent à ce procédé pour combler des déficits, importants de la personne morale ». Une limitation à l'application des cas est alors suggérée.³⁶⁹ Pour d'autre, en droit pénal, le juge n'a pas à distinguer là où la loi ne distingue pas, en conséquence, les petits délinquants à l'encontre desquels les éléments constitutifs du délit de banqueroute par tenue de comptabilité fictive peuvent être caractérisés et notamment l'élément moral (dol général et dol spécial) doivent encourir également selon cet auteur, les sanctions du délit.

f-Les traits communs avec l'abus des biens sociaux

Le délit de banqueroute présente avec certaines infractions notamment l'abus des biens sociaux, un certain nombre de traits communs, tout d'abord il s'agit, dans les deux cas, d'incriminations portant sur certains détournements et appropriations jugés, frauduleux par le législateur. Au plus il s'agit de délits présentant un champ d'application, en certaines occasions, très proches³⁷⁰ en fait, les abus de biens sociaux et la banqueroute ne peuvent être commis à un même moment, néanmoins, il arrive, fréquemment que ces deux infractions se réalisent successivement dans le temps dans le cadre d'une même société ou dans le cadre d'une même sociétés d'un même groupe, la banqueroute est alors consécutive à un abus de biens sociaux ce qui nous pousse à étudier la structure matérielle de l'abus des biens sociaux.³⁷¹

³⁶⁸ D. PASCAL, Banqueroute Dalloz 2006. P : 102.

³⁶⁹ J. LASSERRE CAPDEVILLE, abus des biens sociaux et banqueroute, op ; cité. P : 360.

³⁷⁰ Jérôme Cassere Capdeville, abus des biens sociaux et banqueroute, jug édition 2010. P : 9.

³⁷¹ Géraldine Danjume, Abus des biens sociaux / banqueroute 1^{ère} édition 1996. P : 7.

L'élément matériel des infractions d'abus des biens ou du crédit de la société consiste dans un usage qui doit être contraire à l'intérêt social.

Tout d'abord, le terme usage premier fondement de l'élément matériel de l'abus des biens sociaux peut être retenu lorsque le dirigeant a eu la volonté de s'approprier un bien appartenant à la société.

Ensuite, en retient aussi l'usage lorsque le dirigeant a fait payer à la société des dépenses personnelles.

L'usage dont il est question au titre de l'abus des biens, du crédit de la société, des pouvoirs ou des voix présentent deux caractères, l'usage doit porter sur les biens, le crédit de la société, les pouvoirs ou les voix et cet usage doit être contraire à l'intérêt social.

Le terme de « bien » est issu du Droit civil. En cette matière, les biens peuvent être définis comme des objets matériels que l'on possède.

En effet, les biens peuvent consister dans des éléments mobiliers ou immobiliers appartenant au patrimoine de la société.

Ainsi, entrent dans le cadre des biens de la société son mobilier, son matériel, les marchandises qu'elle détient en stock, les créances dont elles disposent, les brevets ainsi que les appartements ou immeubles appartenant à la société. De même, la jurisprudence a considéré que l'utilisation d'employés de la société dans le but de réaliser des travaux au domicile personnel du dirigeant était constitutive d'un usage des biens de la société. Il en est de même lorsque les dirigeants ont fait rémunérer par la société les avocats qu'ils avaient employés à des fins personnelles.

La notion de crédit de la société est elle aussi définie de manière large, par crédit de la société, on entend sa réparation mais aussi sa surface financière ou sa capacité à emprunter.

En effet, l'usage du crédit est constitué dès lors que le dirigeant a fait courir

un risque anormal à sa société.

Peu importe, cependant, que ce risque soit ou non réalisé. Peu importe aussi que le risque ait été bénéfique à la société.

De surcroît, la ratification ultérieure par la société des opérations en cause ne supprime pas le caractère infractionnel du comportement.

On entend aujourd'hui par « pouvoirs » l'ensemble des droits que les dirigeants de sociétés possèdent en vertu de leur mandat, c'est-à-dire les pouvoirs qu'ils tiennent de la loi ou des statuts.

Ainsi, l'infraction n'est pas constituée lorsque les administrateurs et le président Directeur Général d'une société acquièrent à titre personnel les actions d'une autre société en vertu de leurs droits propres et Non en vertu de pouvoirs de la société qu'ils gèrent.

La notion de voix a posé moins de difficultés les voix visées par le texte, consistent essentiellement en des procurations que les actionnaires adressent aux dirigeants pour qu'ils les représentent lors des assemblées générales.

2-La conduite morale

En pratique, l'élément moral de l'infraction de banqueroute n'est pas uniforme.

Il convient donc de l'analyser en fonction des différents cas de banqueroute retenus par le législateur.

En pratique, il semble au travers de la banqueroute que l'on puisse distinguer trois degrés dans l'élément moral.

a- L'exigence d'un dol général

Le dol général³⁷² est la volonté de commettre une infraction, en ayant conscience qu'il s'agit d'une infraction pénale. Cette conscience et cette volonté sont ainsi, au minimum, exigés pour pouvoir reconnaître coupable un individu d'une infraction intentionnelle, c'est-à-dire comme pour la grande majorité des délits, la banqueroute n'échappe pas à cette solution³⁷³. La volonté de commettre l'infraction est expressément exigée, en fait, il apparait à l'évidence que le détournement, la dissimulation de l'actif du débiteur, ainsi que les délits relatifs à la comptabilité ne peuvent se concevoir en dehors de l'intention, du dol général. Le dol général est donc finalement exigé au titre des quatre cas de banqueroute.

b-L 'exigence d'un dol spécial :

Dans un certain nombre de cas, l'infraction intentionnelle exige, pour être retenue, un élément intentionnel plus précis que la simple volonté de commettre un comportement déterminé en ayant, conscience de son interdiction. Est ainsi requis un dol spécial, c'est-à-dire l'intention de parvenir à un certain résultat interdit par la loi pénale. Or, la banqueroute est concernée par ce dol spécial. Cependant, et c'est la particularité de cette infraction il ne joue pas dans tous les cas constitutifs du délit de l'article 754 du code de commerce retient la banqueroute lorsque l'on a dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente.. ».

Ce cas de banqueroute mentionne un but précis, éviter ou retarder l'ouverture de la procédure. Vient donc ici se rajouter au dol général, l'exigence d'un dol spécial, c'est à dire une volonté tendue vers un but précis.

³⁷² Le dol général doit se concevoir de façon abstraite loin de varier à travers les espèces, il est identique pour toutes les infractions, c'est la forme minimale de l'intention ordinairement requise par la loi d'où l'expression dol général, alors le dol général est basé sur la coexistence de la conscience et de la volonté.

³⁷³ P. ROUSSEL GALLE, op ; cité. P: 802.

Paragraphe II : Les conditions de la banqueroute

Deux conditions sont préalables à l'existence de l'infraction de banqueroute notamment, la qualité de la personne poursuivie (2) et la nécessité de l'ouverture d'une procédure de traitement (1).

1-La nécessité d'ouverture d'une procédure de traitement

a- L'interprétation large de l'article 736

Les dispositions de l'article 736³⁷⁴ laisse penser que les poursuites pour banqueroute peuvent être recherchées lors de n'importe quelle procédure prévue par le livre V du code de commerce relatif aux difficultés de l'entreprise, ce titre distingue trois grandes catégories de procédures concernant les entreprises en difficulté.

Alors une interprétation large de l'article 736, laisse entendre que le tribunal est compétent pour poursuivre tout fait constitutif de la banqueroute relevé à l'encontre d'un dirigeant d'une entreprise aussi bien au cours des procédures non judiciaires de traitement des difficultés qu'au cours des procédures de traitement judiciaire.

Aux termes de l'article 736, la banqueroute fait partie des infractions destinées à sanctionner la responsabilité pénale des dirigeants des entreprises en difficulté c'est-à-dire celles ayant fait l'objet d'une procédure, ce qui laisse penser que les poursuites pour banqueroute peuvent être déclenchées lors de n'importe quelle procédure prévue par le livre V du code de commerce relatif aux difficultés de l'entreprise. Ce titre distingue trois grandes catégories de procédure concernant les entreprises en difficulté.

- La procédure de sauvegarde : il s'agit d'un dispositif légal pouvant être activé sans que l'entreprise soit en état de cessation de paiement, la seule

³⁷⁴ L'art 736 du c.com de 1996, op.cité, tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

condition pour déclencher cette mesure : le chef de l'entreprise doit prendre lui-même cette initiative, en présentant un plan complet de sauvegarde. De plus, une fois cette procédure en route, le chef de l'entreprise est habilitée à prendre les décisions adéquates d'une manière volontaire sans avoir recours au syndic.³⁷⁵

- Les procédures de prévention des difficultés : Les procédures de préventions des difficultés que sont la prévention interne d'une part et la prévention externe par le biais du règlement amiable d'autre part, la prévention a un domaine d'application qui ne dépend pas uniquement de la situation financière de l'entreprise, elle concerne les entreprises qui sont encore saines puisque toute entreprise rentable est potentiellement une entreprise en difficulté. les mesures de prévention doivent pour assurer leur efficacité respecter des impératifs:

Le premier impératif est la rapidité, la situation financière d'une entreprise qui présente des signes révélateurs de difficultés risque de se dégrader très vite. La loi doit instaurer des mécanismes susceptibles d'être mises en œuvre par toute personne y ayant intérêt.

Le second impératif est la discrétion. La révélation d'une difficulté temporaire ou mineure risque de porter atteinte au crédit de l'entreprise et d'entraîner sa cessation de payement que l'on voulait éviter³⁷⁶.

- La procédure de redressement judiciaire : qui est ouverte par un jugement prononcé par le tribunal s'il apparaît que la situation de l'entreprise n'est pas irrémédiablement compromise³⁷⁷ même si l'entreprise n'est pas en mesure de payer à l'échéance ses dettes exigibles, le redressement judiciaire de l'entreprise intervient à travers un plan de continuation ou un plan de cession.

Le redressement judiciaire a été instauré par le législateur pour maintenir

³⁷⁵ Art 560 du C.com , tel que modifié et complété par la loi 73.17, op ; cité. P :14.

³⁷⁶ Voire dans ce sens :

- D. R Martin, droit commercial et bancaire marocain, 1999. P :320.

³⁷⁷ Alinéa 1 de l'art 568.

si possible la continuité de l'exploitation de l'entreprise. En raison de la prédominance des considérations économiques et sociales sur les facteurs juridiques, une importance est attachée à la recherche d'une solution d'avenir. Cette procédure tend avant tout à sauver l'entreprise, en permettant à celle-ci la poursuite de son exploitation. A n'importe quelle étape de cette procédure, le débiteur n'est pas systématiquement dessaisi et sa gestion est soumise à un contrôle au contenu variable. Un ensemble de mesures concourt au maintien de l'intégrité de son patrimoine et différentes techniques sont décidées par le tribunal : soit la continuation de l'entreprise, le tribunal peut interdire dans ce cas l'aliénation de certains éléments d'actif sans son autorisation, soit la cession totale ou partielle de l'entreprise, il peut dans ce cas décider la transmission au cessionnaire de certains contrats nécessaires au maintien de l'activité, voire imposer aux cocontractants des délais de paiement³⁷⁸.

La procédure de liquidation judiciaire qui est ouverte lorsque la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise. En fait à tout moment le tribunal peut ordonner la liquidation judiciaire, à la demande du syndic, d'un contrôleur ou d'office si aucun plan de redressement n'apparaît possible. La liquidation judiciaire peut aussi sanctionner l'échec du plan arrêté par le tribunal et proposé par le syndic. D'après l'article 602³⁷⁹, si le débiteur n'exécute pas ses engagements fixés par le plan, le tribunal prononce la résolution du plan et ouvre la procédure de redressement judiciaire qui ne peut tendre qu'à la cession ou à la liquidation judiciaire³⁸⁰. Le tribunal dans tous les cas peut être saisi par le syndic ou par un créancier, mais il peut aussi se saisir d'office. L'article 572 prévoit que le tribunal statue après avoir entendu le rapport du juge commissaire.

Ce rapport doit permettre au tribunal d'apprécier exactement l'impossibilité où se trouve le débiteur de présenter un plan de redressement.

³⁷⁸ H. Cherkaoui, droit commercial, 2^{ème} édition. P : 62.

³⁷⁹ Art 602 du c.com

³⁸⁰ Art 613 al 2 du C. com, op.cité.

Ainsi donc une interprétation très large de l'article 736 laisse entendre que le tribunal est compétent pour poursuivre tout fait constitutif de banqueroute relevé à l'encontre d'un dirigeant d'une entreprise aussi bien au cours des procédures non judiciaires de traitement des difficultés (procédures de préventions interne et externe) qu'aux cours des procédures de traitement judiciaire (procédure dite « Collective » de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire).

b-L 'interprétation fondée sur l'article 754 du code de commerce.

Une interprétation, fondée sur l'article 754³⁸¹ susvisé, ne permettrait la poursuite qu'au cours des procédures de traitement judiciaires (redressement judiciaire et liquidation judiciaire) excluant donc les procédures de traitement non judiciaire.

Une troisième interprétation conduirait à n'envisager la poursuite qu'en cas de redressement judiciaire car « le traitement » au sens de l'article 754, est défini ainsi qu'il suit par l'article 545 (2^{ème} alinéa) : « le traitement de l'entreprise intervient à travers le redressement judiciaire, par la mise en place d'un plan de continuation ou d'un plan de cession».

En d'autres termes, une interprétation très large autoriserait le juge à engager les poursuites pour banqueroute même au cours des procédures où les entreprises en sont pas en cessation de paiement (procédure de prévention, procédure de règlement amiable). Par contre les interprétations plus restrictives limiteraient le pouvoir de poursuite pour délit de banqueroute, aux procédures ouvertes en cas de cessation de paiement, à savoir le redressement judiciaire ou / et, selon le cas, la liquidation judiciaire.

Le juge marocain sera certainement interpellé par l'imprécision et les

³⁸¹ Art 754 du C.com : en cas d'ouverture d'une procédure de traitement, sont coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article 736.

contradictions entre les différentes dispositions ci-dessus rappelées. Nous pensons que face à ces différentes positions, celle qui préconise une interprétation large nous semble celle qu'il devra retenir.

En effet, il faut noter que l'article 754³⁸² ne fait plus référence à la cessation de paiement comme condition de déclenchement des poursuites au titre de cette infraction, condition qui figurait dans les anciennes dispositions des articles 556 à 569 du code pénal marocain relatif à la Banqueroute. La suppression de cette référence peut sans doute être interprétée comme ouvrant au juge la possibilité de poursuivre les faits constitutifs de banqueroute lorsqu'ils sont relevés au cours des procédures de traitement non judiciaire des difficultés et en l'absence de cessation des paiements. Malgré la sévérité de cette solution, elle aurait au moins, du point de vue de la politique pénale, un effet dissuasif sur le dirigeant malhonnête qui serait tenté de couvrir des faits de nature frauduleuse ayant conduit à des difficultés, par la demande d'ouverture d'une procédure de prévention dans le but de se qui aurait pour effet de le soustraire à une éventuelle poursuite pour des faits relevant de cette infraction.

Il convient de souligner que le législateur français n'a laissé aucune ambiguïté sur le domaine d'application de la banqueroute : l'article L. 654-2 du code de commerce français « exige, pour engager des poursuites sur le fondement de la banqueroute, qu'il y ait eu ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires³⁸³. Cela signifie que le juge pénal ne peut être saisi de faits de banqueroute tant qu'il n'y a pas eu de jugement du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance s'ouvrant une procédure. Il faut souligner que les poursuites ne sont pas recevables dans le « tenu par l'existence du jugement d'ouverture qui est une condition préalable à l'exercice de l'action publique, ...

³⁸² Art 754 du C.com, tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

³⁸³ Voir dans ce sens : Y Guyon, droit des affaires, entreprise en difficulté, redressement judiciaire, faillite» tome 2, 4^{ème} édition

en revanche il n'est pas soumis à son contenu »³⁸⁴: la Chambre criminelle de la Cour de Cassation confère toujours de larges pouvoirs au juge pénal, considérant qu'il demeure libre de retenir une date de cessation des paiements autre que celle fixée par le tribunal de commerce : « le juge répressif, pour déclarer constitué le délit de banqueroute, a le pouvoir de retenir, en tenant compte des éléments soumis à sa appréciation, une date de cessation des paiements autre que celle déjà fixée « par juridiction qui a ouvert la procédure collective³⁸⁵.

2-La position du législateur français

a- Nécessite de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire

L'article L 654-2 du code de commerce français pose un principe clair³⁵³:

La répression de la banqueroute est subordonnée à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire autrement dit il faut un état de cessation de paiement, constaté par une procédure collective ouverte contre le débiteur. Cette solution découle directement de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985³⁸⁶, qui souhaitait par le rajout de cette exigence, mettre un terme aux cas de faillite virtuelle » qui se rencontraient alors.

Sous l'empire des lois antérieures à celle du 25 janvier 1985, le délit de banqueroute pouvait être retenu dans des cas où le débiteur n'était pas encore en état de cessation des paiements. En effet, la jurisprudence prenait en considération, ce que l'on appelait la faillite , virtuelle » ou « de fait » afin de pouvoir

³⁸⁴ Voir dans ce sens :

- P. Roussel Galle, entreprise en difficulté, op ; cité. P :793

- A. Jacquemont, droit des entreprises en difficulté, op ; cité. P :627.

³⁸⁵ P. ROUSSEL GALLE, entreprise en difficulté, op.cité. P : 793.

³⁸⁶ La loi n° 85 – 98 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

sanctionner les actes malhonnêtes accomplis avant même que soit constatée la cessation des paiements. la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967³⁸⁷ avait d'ailleurs permis au juge pénal, par son article 139, de condamner un individu pour banqueroute, même si l'état de cessation des paiements n'avait pas été constaté par une juridiction commerciale³⁸⁸.

b-L'incidence de la condition de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire : mettre fin à la faillite virtuelle

A la suite de la réforme du 25 janvier 1985, exigeant l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidations judiciaire, des prévenus, qui avaient été condamnés par les juges du fond en application de la loi ancienne, et sans ouverture d'une procédure collective, avait fait valoir que leur condamnation ne pouvait être maintenue, au motif que cette loi exigeait une nouvelle condition de fond. Or, ce texte constituant une loi plus douce il devait être immédiatement appliqué aux faits non encore définitivement jugés comme le prévoit l'article 112-1 alinéa 3 du code pénal³⁸⁹

La cour de cassation, soucieuse semble-t-il d'éviter de censurer des décisions de condamnations déjà intervenues, a écarté ce moyen. Selon elle, en effet, la condition d'ouverture d'une procédure collective est « une condition préalable à l'exercice de l'action publique, constitutive d'une règle de procédure, qui ne saurait avoir d'effet sur les poursuites régulièrement engagées avant son entrée en vigueur.

Dès lors, les condamnations prononcées par les juridictions du fond ont pu

³⁸⁷ La loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

³⁸⁸ Y. Guyon, droit des affaires « entreprise en difficultés, redressement judiciaire –faillite, op.cité, P : 470.

³⁸⁹ P. ROUSSEL GALLE, entreprise en difficulté, op.cité, P : 793.

être maintenues.

Le principe mis en place par le législateur Français est excessivement simple : le délit de banqueroute ne peut se concevoir que si une personne physique ou morale est en état de cessation des paiements, cessation constatée par un jugement d'ouverture de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

L'un des buts de ce principe, était, cela a été dit, de mettre fin à la faillite virtuelle.

En conséquence il aurait été logique que le juge pénal perde tout pouvoir d'appréciation de la réalisation de la condition de cessation des paiements la jurisprudence Française, s'est pourtant écartée de cette solution. En effet pour deux arrêts du 18 novembre 1991 ³⁹⁰ la chambre criminelle est venue déclarer que « le juge répressif à le pouvoir de retenir, en tenant compte des éléments soumis à son appréciation, une date, autre que celle fixée par la juridiction consulaire ». Elle a également précisé par d'autres décisions que la date retenue par le juge pénal pouvait être antérieure à la date fixée par la juridiction commerciale³⁹¹ la jurisprudence précitée à été critiquée par un courant doctrinal qui y a vu une survivance de la faillite virtuelle.

Cependant cette solution n'est cependant pas soutenue par tous les auteurs, certains la jugeant excessive³⁹². Il est vrai que plusieurs éléments nous poussent à ne pas trop critiquer à l'encontre de cette jurisprudence.

Tout d'abord, il faut noter que les cessations des paiements ainsi admises par les juges répressifs étaient conformes à la définition donnée à cette notion.

De plus il convient de rappeler que le souci des différents magistrats (civil,

³⁹⁰ Cass.crim 18 nov. 1991 n° 90-755 et n°91-81. 646 Bull crim 1991 n° 415 cité par : A. JACQUEMONT, op ; cité. P : 628.

³⁹¹ Cass crim n° 92-84-526 Bull crim 1993, n°217 cité en rev sociétés 1998. P : 596.

³⁹² M. P LUCAS DE LEYSSAC et A MIHMAN, droit pénal des affaires, Economica, 2009. P: 33

commercial et pénal) n'est pas le même.

En effet, si le juge civil peut souhaiter éviter l'annulation des certains actes passés pendant la période suspecte, le juge pénal, lui, doit rechercher si les faits qui lui sont soumis permettent de caractériser le délit de banqueroute³⁹³.

3-Personnes susceptibles d'être poursuivies

a-L 'auteur principal

Le délit de banqueroute est un délit de fonction en effet seuls les dirigeants peuvent être sanctionnés, comme auteurs principaux, les personnes expressément visées par l'article 754 du code de commerce, c'est à dire les dirigeants de l'entreprise individuelle ou a forme sociale ayant fait l'objet d'une procédure, qu'ils soient de droit ou de fait, rémunérés ou non.

b-Les complices

L'article 755 du code de commerce punit les complices de banqueroute même s'ils n'ont pas la qualité de dirigeant d'entreprise³⁹⁴ c'est-à-dire même s'ils ne peuvent être coupables de banqueroute en qualité d'auteur principal de l'infraction.

Selon les termes du droit commun, la complicité suppose un acte matériel d'aide, d'assistance ou de fourniture de moyens accompli en connaissance de cause, c'est-à-dire avec la volonté ou la conscience de s'associer à la commission de l'infraction par exemple, tenue d'une comptabilité fictive au nom du commerçant³⁹⁵.

³⁹³ J. LASSERRE CAPDEVILLE, Abus des biens sociaux et banqueroute, op ; cité. P : 150.

³⁹⁴ Art 755 du C.cm : la banqueroute est punie d'un an à 5 ans d'emprisonnements et d'une amende de 10.000 à 100.000dirhams ou d'une de ces deux peines seulement. Encourent les mêmes peines, les complices de banqueroute mène s'ils n'ont pas la qualité de dirigeants d'entreprise.

³⁹⁵ M. VERON, droit pénal des affaires, op ; cité. P : 192.

Parmi toutes les formes possibles de complicité, c'est surtout le cas du banquier dispensateur du crédit qui semble avoir éveillé l'attention de la jurisprudence et de la doctrine.

Le banquier dispensateur de crédit, qui maintient artificiellement une entreprise en situation désespérée risque de tomber sous le coup de complicité de l'article 754 du code de commerce pour « avoir dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure, employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds».

Faut-il le rappeler, pour condamner les banques pour complicité, les tribunaux correctionnels, doivent faire application de l'article 130 du code pénal.

Mais aussi de l'article 128 du code pénal qui prend soin de définir la notion de complice en se basant sur les modalités de sa participation.

Il s'agit dans notre cas de l'utilisation de moyens ruineux pour se procurer des fonds expressément prévus par la loi 15-95³⁹⁶.

Le législateur s'est satisfait d'énoncer cette condition parmi les autres, a omis d'apporter une définition à cette notion assez fuyante voir générique, même pour l'auteur principal du délit, et à fortiori pour le banquier complice.

Cependant, doctrine et jurisprudence soutiennent une analyse permettant de déduire principalement deux critères de ces moyens ruineux.

D'une part, certains crédits sont objectivement ruineux, d'autre part, ils ne le sont ainsi, qu'en fonction de la situation financière de l'entreprise créditée³⁹⁷.

Les moyens ruineux concernent surtout la pratique des effets de commerce à finalité ruineuse. Cependant, il arrive aussi à l'entreprise de se livrer avec l'aide de son banquier dispensateur de prêts ou découverts en compte courant à taux

³⁹⁶ Art 745 du C.Com, tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

³⁹⁷ Voir dans ce sens : Vidandier, la composante, éd, NNP 1981. P : 384.

excessif à défaut d'être usuraire, ou garantis de suretés excessives, à dégager des profits et des réserves capitalisables. Les exemples où il en a bien été ainsi, sont plus fréquents qu'en pourrait croire de prime abord.

Il en va de même également pour l'utilisation de la Cavalerie de chèques, étant certifiés uniquement dans le but de se procurer des fonds³⁹⁸.

Ainsi, les moyens ruineux concernant surtout la pratique des effets de commerce à finalité ruineuse. Cependant, il arrive aussi à l'entreprise aux abois de se livrer avec l'aide de son banquier dispensateur de prêts ou découverts en compte courant à taux excessif à défaut d'être usuraire, ou garantis de suretés excessives ; à dégager des profits et « des réserves capitalisables », les exemples où il en a bien été ainsi, sont plus fréquents qu'on pourrait croire de prime abord.

En effet, plusieurs fois a été retenu dans les liens de la prévention le directeur d'agence qui avait permis à son client de constituer un découvert anormal, en dissimulant à sa direction générale la réalité de la situation.

Assez récemment, la cour d'appel de Paris, avait mis en cause la responsabilité pénale d'un banquier ayant fourni des moyens financiers ruineux, car destinés « à endormir la méfiance des fournisseurs et à retarder le dépôt de bilan d'une entreprise cliente ».

S'agissant du 2^{ème} cas, (c'est-à-dire les moyens financiers qualifiés de ruineux du fait de la situation du client) les professeurs Gavlda et Stoufflet en approuvant un arrêt de la cour de cassation rendu en 1976³⁹⁹, préconisent que la notion de moyens ruineux est un élément subjectif nécessairement lié à la situation financière de l'entreprise et non objectif. C'est-à-dire se suffisant à lui-même et indépendamment du prêteur et de l'emprunteur. Pourtant, sera qualifié de

³⁹⁸ Cass.Crim 8 Novembre 1982, Cass. Crim 3 octobre 1988, cités par Likkilimba Préc. P : 174.

³⁹⁹ Cass.Crim 18 Mail 1976, arrêt préc. Obs. Gavalde et Stoufflet, i chron, Dr Banc, IC.P 1978, I 2902, 12.

ruineux, le crédit octroyé à un montant inadéquat par rapport à la surface financière de l'entreprise défaillante. On déduit alors qu'il n'est plus nécessaire que le prix du crédit soit prohibitif.

« Il faut, mais il suffit que ledit crédit soit disproportionné à la surface de l'emprunteur ». D'ailleurs, la cour de cassation a admis qu'à partir du moment où les découverts en compte courant tolérés par le banquier étaient disproportionnés au point d'atteindre les deux tiers du chiffre d'affaire du bénéficiaire du crédit, l'utilisation de celle-ci ne pouvait que mener « L'entreprise à sa ruine bien que le taux d'intérêt soit conforme à celui du marché »⁴⁰⁰.

Le délit de banqueroute peut être constitué également par le fait pour le banquier de se reconnaître frauduleusement débiteur de sommes que l'on ne doit pas dans le but de majorer le passif⁴⁰¹ au profit le plus souvent d'un complice.

D'autre part, l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds ou encore la conclusion d'un ou plusieurs contrats après l'ouverture d'une procédure collective, accordant au banquier des avantages particuliers au détriment des autres créanciers⁴⁰², demeurent sans doute, deux pratiques les plus fréquentes.

La première est une composante du délit de banqueroute, la seconde est punie de la même peine que ce délit, mais prévue par le législateur du nouveau code de commerce, dans une section consacrant d'autres infractions⁴⁰³.

L'appréciation de l'élément matériel de la complicité du banquier ne suffit pas, il faut encore que soit établie à son encontre l'existence d'un élément

⁴⁰⁰ Crim 19 janvier 2000 ; Rev Soc, 2000, 574 , note B. Bouloc. Cité par Didi Laila, « droit et pratique de la responsabilité de banquier en matière de difficulté de l'entreprise », thèse de doctorat en droit privé », université sidi Mohamed Ben Abdellah.P. 373 .

⁴⁰¹ Art 821-3 C.com.

⁴⁰² Cette pratique est très ancienne, et les juges suprêmes ont retenu depuis longtemps la responsabilité pénale d'un créancier ayant passé la convention avec un membre de la famille du débiteur V, cass. Crim 22 juin. 1877 D.P 77, 1. 407.

⁴⁰³ Art 721 – 3 C.com

psychologique⁴⁰⁴.

Paragraphe III : Aperçu comparatif avec l'ancien régime : une dépenalisation injustifiée

1- Aperçu sur l'ancien régime répressif de la banqueroute

Parmi les grandes innovations du code de commerce de 1996 figure la révision du régime répressif de la banqueroute. La réglementation de celle-ci découlait à la fois de l'ancien code de commerce de 1913 et du code pénal de 1962. La révision s'est faite essentiellement dans le sens de la simplification et de la dépenalisation.

Afin de mesurer les apports du nouveau code de commerce, un petit aperçu sur le régime répressif de la banqueroute dans l'ancienne réglementation s'impose à notre étude.

La faillite n'a jamais constitué en soi un délit pénal ; mais lorsque les circonstances de cette faillite révélaient l'incurie ou la fraude de la part du failli, c'est-à-dire des comportements graves et hautement nuisibles aux créanciers, cela pouvait donner lieu à des poursuites pénales pour délit de banqueroute (qualifié en arabe de Tafalous).

L'ancienne réglementation reposant à la fois sur le code de commerce de 1913 et sur le code pénal de 1962 se caractérisait essentiellement par une grande complexité et par de multiples contradictions entre les deux codes.

a-La banqueroute dans le code de commerce de 1913

L'ancien code de commerce de 1913⁴⁰⁵ réserve dix huit articles à la

⁴⁰⁴ Didi Laila, op ; cité. P : 373 .

⁴⁰⁵ Dahir du 12/09/1913 (12 septembre 1913) formant code de commerce, abrogé par le dahir n° 1-96-83 du 1^{er} aout 1996 (15 rabii 1417) portant promulgation de la loi n° 15-95 formant code de commerce.

banqueroute (de l'art 362 à l'art 379) ; en prévoyant différents cas de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse, ainsi que des délits pouvant être commis par des personnes autres que les faillis.

Parmi les curiosités de l'ancien code de commerce, le fait de se limiter aux simples incriminations des différents cas, et de renvoyer pour les sanctions au code pénal. En 1913, le code pénal marocain n'existait pas encore, alors les renvois se faisaient au code pénal napoléonien de 1810, cette situation a perduré jusqu'à 1997, date de l'entrée en vigueur du nouveau code de commerce.

En outre, l'ancien code de commerce n'incriminait que les agissements des commerçants personnes physiques à l'exclusion des dirigeants sociaux ! Cette situation se justifiait apparemment par les raisons suivantes :

L'ancien code de commerce de 1913 ne faisait que transposer le code pénal napoléon ; celui-ci ne réglementait que la situation des commerçants personnes physiques, qui étaient les acteurs économiques principaux de l'époque à l'exclusion des dirigeants sociaux des sociétés de capitaux. Dans les sociétés de personnes, les associés sont considérés comme commerçants, et peuvent être mis

– personnellement – en faillite, même s'ils sont gérants, ce qui n'est pas le cas pour les sociétés de capitaux et la S.A.R.L

Sous l'empire de la loi du 24 juillet, les dirigeants des S.A et les gérants des S.A.R.L étaient hors portée d'atteinte des sanctions pour délit de banqueroute ; et ce malgré toutes les irrégularités de gestion qui peuvent être commises par eux mais cette situation d'irresponsabilité et d'impunité était appelée à disparaître, en droit français de manière progressive.

L'incrimination de la banqueroute par les lois françaises de 1967⁴⁰⁶ et 1985⁴⁰⁷. Quant au droit marocain, il les a transposé dans le code pénal de 1962.

⁴⁰⁶ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

⁴⁰⁷ Loi n° 85 – 98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

L'ancien code de commerce contenait dans deux de ses articles les traces d'une responsabilité pénale.

Le premier étant l'art 214 qui disposait :

« si le failli ne s'est pas conformé aux prescriptions des articles 198 et 199 ci-dessus, le jugement déclaratif de faillite peut ordonner son dépôt dans la maison d'arrêt . Ce dépôt peut être ordonné ultérieurement s'il apparaît que ce failli cherche à entraver, par ses agissements la gestion de la faillite ».

Le deuxième étant l'art 361, qui prévoit la possibilité pour le tribunal de déclarer la faillite, à toute période de liquidation judiciaire⁴⁰⁸.

b-La banqueroute dans le code pénal de 1962

Concernant le régime répressif de la banqueroute dans le code pénal 1962 ; celui-ci comporte quatorze articles (de l'art 556 à l'art 569) domiciliés dans la section 4 du chapitre 9 relatif aux crimes et délits contre les biens.

Le code pénal 1962 reproduisant la quasi-majorité des incriminations prévues par l'ancien code de commerce, et prévoit en outre des incriminations relatives aux dirigeants sociaux, ainsi que des peines rattachées aux différentes incriminations. Ces peines varient entre 33 mois à 3 ans pour la banqueroute simple et deux à cinq ans pour la banqueroute frauduleuse⁴⁰⁹.

Le diagnostic de la banqueroute dans ce code révèle un catalogue qui se caractérise par la complexité et une énumération fastidieuse reposant sur une quadruple distinction :

- La Banqueroute simple, à distinguer de la banqueroute frauduleuse ;
- La banqueroute simple obligatoire, à distinguer de la banqueroute

⁴⁰⁸ M. Jaouhar « les sanctions applicables aux dirigeants dans le cadre des procédures collectives », revue marocaine de droit d'économie et de gestion n° 52, 2006. P : 47.

⁴⁰⁹ Dahir n° 1-59 – 413. N° 26 novembre 1962 portant approbation du texte du code pénal.

simple facultative ;

- La banqueroute des commerçants, à distinguer de la banqueroute des représentants légaux de la personne morale ;

- Et enfin, les infractions commises par les autres personnes

Le double emploi de l'ancien code de commerce et du code pénal entraîne des contradictions et un certain dysfonctionnement dans l'arsenal répressif de la banqueroute. Ainsi à titre d'exemple seulement, concernant la banqueroute simple obligatoire, le code de commerce de 1913 prévoit 4 cas, alors que le code pénal de 1962 prévoit 7 cas.

Dans le même ordre d'idées, on relève que l'ancien code de commerce ne parle de banqueroute qu'à l'égard des commerçants déclarés en faillite, alors que le code pénal permet la poursuite contre des commerçants qui ont cessé leurs paiements, même s'il n'y a pas de jugement de déclaration de la faillite.

Cette construction archaïque ne favorisait nullement l'application de cette responsabilité pénale, chose qui est déjà signalée par le Prof. A, Squalli, dans son ouvrage : Droit et pratique en matière de faillite et de liquidation judiciaire des entreprises.

L'obsolescence des dispositions des deux codes découlant de la pléthore des infractions n'était pas de nature à faciliter leur appréhension et leur application, et ne permettait pas d'avoir une responsabilité pénale claire et efficace au service de l'entreprise et des créanciers. La réforme donc de la banqueroute s'imposait absolument au législateur du nouveau code de commerce⁴¹⁰.

⁴¹⁰ M. Jaouhar, op ; cité. P : 48.

2-Les cas de la banqueroute dans l'ancien régime

a- La banqueroute simple : (cas dépenalisés)

•La banqueroute simple obligatoire

- Les dépenses personnelles

Le législateur punissait à travers l'article 363 de l'ancien code du commerce⁴¹¹

Les dépenses personnelles ou familiales excessives.

Selon si ansisias MAKAROVA, les dépenses personnelles du débiteur, sont des dépenses étrangères au commerce et qui apparaissent normalement dans la comptabilité du commerçant. En revanche sont personnelles les dépenses qui n'ont aucune utilité pour l'entreprise, celles qui sont étrangères au commerce. Il en est ainsi les prélèvements pour la consommation journalière du commerçant, les dépenses ayant une cause commerciale, les dépenses pour l'installation et l'entretien de sa maison, les prélèvements pour subvenir aux besoins et à l'entretien de sa maison, des prélèvements pour subvenir aux besoins et à l'entretien d'une écurie de course etc

Pour qu'ils soient réprimés, le législateur exigeait le caractère excessif. L'appréciation du caractère excessif pouvait également s'appuyer sur des critères : les dépenses par rapport à l'ensemble des revenus aussi bien professionnels que ceux procurés en dehors de l'activité. La considération de l'état de fortune du débiteur semble constituer un élément du premier ordre dans cette analyse et à cet égard la comparaison entre les dépenses et les bénéfices peut être fructueuse. Cette estimation est complétée par l'examen de certains éléments découlant de la situation personnelle du débiteur (sa position sociale, sa situation commerciale, son genre d'activité, du nombre de personnes qui composent sa

⁴¹¹ L'ancien code de commerce

famille et sa maison⁴¹².

Quant à la nature des dépenses, le texte précise clairement qu'elles doivent concerner ou bien la vie personnelle du commerçant en état de cessation des paiements, ou bien sa vie de ménage. Les dépenses personnelles sont celles qui sont faites dans l'intérêt de la personne, tels que le voyage de loisirs, jeux, etc ... par contre, les dépenses de la maison sont celles faites dans l'intérêt de la famille : conjoint, enfants, parents et en général tous ceux qui sont liés à la vie de la maison. Ne tombent pas, par conséquent, sous ce chef les dépenses excessives faites dans l'intérêt de l'entreprise commerciale. Il ne faut pas quand même aller aussi loin dans cette interprétation car, les dépenses excessives non justifiées, même si elles sont faites dans l'intérêt du commerce ne peuvent constituer un chef de banqueroute frauduleuse comme quoi une dissipation de l'actif ; encore faut-il que l'intention frauduleuse soit prouvée.

Quant à la date des dépenses, elle peut être postérieure ou même antérieure à la date de cessation des paiements.⁴¹³

•La consommation de sommes élevées dans les opérations de pur hasard ou des opérations fictives.

Outre les dépenses personnelles excessives, le législateur réprimait la consommation de fortes sommes dans les opérations de pur hasard ou des opérations fictives⁴¹⁴. L'incrimination est également applicable aux dirigeants sociaux qui auront entraîné la société dans de telles pratiques.

⁴¹² T. MAKAROVA, contribution à l'étude de la banqueroute en droit a Africain des Etats francophones. Thèse de doctoral., université catholique de Louvain, Mars 1984. P : 377. Voir dans ce sens : A. CHOUKRI SBAI, le médiateur en droit commercial marocain et comparé, tome 4 la banqueroute, 1991. P : 672.

⁴¹³ Oussama M El Ajouz, la banqueroute en droit comparé Français et Libanais , thèse de doctorat en droit privé, Université Jean Moulin (Lyon III) U.E.R. faculté de droit , 1974. P : 109.

⁴¹⁴ Voir dans ce sens : M.M. EL HASSANI, la faillite 1993. Dar Al Matboat Al Jamiya. P : 277.

Les opérations de pur hasard sont des opérations de pure spéculation dans lesquelles le hasard joue le rôle principal.

Dans la pratique, les opérations de pur hasard même difficiles à être définies en elles-mêmes, sont stigmatisées avec une certaine facilité, le prévenu ne songeant souvent à confier ses affaires au destin qu'à la suite de l'échec de ses propres moyens. Ce qui peut constituer un indice supplémentaire des difficultés de l'entreprise à moins que son ingéniosité ne le pousse dans des opérations fictives qui auront peut-être l'avantage de contribuer à la situer dans le cadre de l'activité commerciale⁴¹⁵.

Comme les opérations de pur hasard, les opérations fictives étaient punies en matière de banqueroute pour leur caractère purement spéculatif.

Dans la mesure où elles engagent sans contrepartie sérieuse les droits des créanciers.

Elles constituent une sorte de fraude à l'égard des créanciers qui contractent sans support, le débiteur ne fournissant pas de provision à ses engagements, mais surtout, elles consomment par la faute du débiteur ou du dirigeant social le gage général des créanciers.

Pour qu'il y ait banqueroute, il faut qu'il y ait eu consommation de sommes élevées (fortes sommes). La consommation évoque l'idée de disparition ; par conséquent les opérations du commerçant doivent avoir contribué à la disparition, à l'engloutissement de ces sommes énormes. Nous remarquerons au passage que les expressions « sommes élevées » et « fortes sommes » sont identiques et ne nécessitent aucun commentaire quant à leur sens.

⁴¹⁵ Voir dans ce sens A. Chokri Sabai, op ; cité. P : 673

- **L'achat pour revendre en dessous du cours et l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, dans l'intention de retarder la faillite.**

S'agissant des faits matériels, l'incrimination visait essentiellement des pratiques malhonnêtes impliquant une chasse aux liquidités à n'importe quel prix.

Ici également il fallait que le recours à de tels moyens ait été fait dans l'intention de retarder la cessation des paiements. L'emploi de tels moyens pouvait constituer, à lui seul, l'état de cessation de paiement sans pour autant constituer un chef d'inculpation pour banqueroute. Mais le fait que ces moyens soient utilisés dans le dessin de se procurer des fonds, régler quelques dettes, souvent partiellement, pour retarder momentanément la cessation des paiements témoigne de la volonté du commerçant d'augmenter son passif et nuire plus à ses créanciers, agissements dangereux pour la vie du commerce.⁴¹⁶

- **Si après cessation de ses paiements, il a payé un créancier au préjudice de la masse:**

Ce paiement doit causer un préjudice à la masse. Or, ce préjudice existe du fait que par ce paiement porte atteinte au principe de l'égalité des créanciers. Le préjudice doit exister car autrement il n'y a pas d'incrimination. Il en résulte que si le paiement est effectué à un créancier muni d'une sureté qui lui assurait le paiement intégral de sa créance, il n'y a pas de banqueroute⁴¹⁷.

b-La banqueroute simple frauduleuse

- ***Le fait de contracter pour le compte d'autrui sans recevoir des valeurs en échange des engagements jugés trop considérables eu égard à sa situation lorsqu'il les a constatés.***

A l'opposé des autres actes de prodigalité où la dilapidation du patrimoine

⁴¹⁶ O. El Ajouz, op ; cité. P :114.

⁴¹⁷ S. Makorova, op ; cité. P :409.

est réalisée sans intermédiaire, par le débiteur lui-même, l'incrimination vise une autre catégorie d'actes : la souscription d'engagements pour le compte d'autrui ayant pour effet d'amenuiser le patrimoine du débiteur, l'opération est ici triangulaire. Il l'est en effet nécessaire que l'engagement du débiteur le soit pour le compte d'autrui, en plus de l'engagement pour le compte d'autrui, il importe de caractériser, l'absence de contrepartie qui singularise l'opération par rapport aux actes ordinaires du commerce et la rend dangereuse pour les créanciers.⁴¹⁸ Des agissements, divers peuvent conduire le débiteur en infraction. Les engagements pour autrui sont fréquemment dans les affaires, les effets de commerce relevant notamment de ce mécanisme. On peut penser au cautionnement, aux avances consenties sans aucune garantie, à l'abandon au remise des fonds, bref aux actes de générosités sans proportion avec les ressources ou la situation du commerçant⁴¹⁹.

Par ailleurs, le texte exige que le débiteur ait contracté pour le compte d'autrui. L'expression « pour le compte d'autrui » ne suscite aucune difficulté en ce sens que l'engagement doit être fait dans l'intérêt d'un tiers, ce qui exclut *ipso facto* les engagements même énormes dans l'intérêt et pour le compte de l'entreprise commerciale. Quant au terme «contracter», il évoque l'idée d'engagement synallagmatique mais il serait excessif d'entendre par ce terme un tel engagement et ce pour deux raisons. D'une part il n'y a pas que les contrats synallagmatiques qui existent, on trouve également les contrats et les engagements unilatéraux. D'autre part le texte lui-même exige que l'engagement ait eu lieu sans recevoir des valeurs en échange. Par conséquent l'engagement peut être à titre onéreux ou à titre gratuit, il va sans dire que l'engagement peut consister en une libéralité, telle qu'une donation.

L'engagement doit être contracté sans recevoir des valeurs en échange.

⁴¹⁸ A. Chokri Sbai, op.cité. P. : 673.

⁴¹⁹ S. MAKOROVA, op.cité. P. 500.

L'en sait que l'engagement unilatéral consiste en un engagement sans contrepartie ; surement le législateur a entendu cet aspect. Mais en autre l'engagement même synallagmatique peut avoir lieu sans contrepartie effective ; c'est le cas d'un engagement simulé. C'est, par exemple, le cas du commerçant qui a cessé ses paiements et qui accepte une lettre de change alors que la provision n'existe pas, et ce pour faire plaisir au tireur ; il est clair qu'une telle traite est faite sans avoir reçu de valeurs en échange. Mais par : le terme « valeurs », il faut entendre non seulement la valeur du contre engagement, mais également une valeur au sens réel du terme. Ce sera, par exemple, le cas du débiteur qui consent un prêt à un tiers sans exiger une sureté telle qu'une hypothèque ou un gage⁴²⁰.

- **Le non-respect des conventions matrimoniales tel que visé par l'article 55 de l'ancien code de commerce⁴²¹.**
- **S'il a déclaré une nouvelle fois sa faillite sans respecter les engagements résultant d'un ancien concordat.**

La condamnation pour banqueroute venait de ce que le débiteur s'est montré imprudent en contractant de nouvelles dettes sans avoir payé les anciennes résultant du concordat – ce qui entraîne son état de faillite et alors que le concordat déjà conclut se trouve dans l'impossibilité d'être exécuté. En effet, la condamnation pour banqueroute ne pouvait être que pour une nouvelle déclaration en faillite résultant du non-paiement de dettes contractées postérieurement au concordat. Ceci résultait suffisamment du texte qui exigeait que la liquidation des biens ou la faillite soit déclarée. Or, en cas d'inexécution d'un concordat ce n'est pas une nouvelle faillite qui est déclarée, mais c'est l'ancienne faillite qui est ouverte de nouveau. Par conséquent, l'incrimination de ce chef de banqueroute simple facultative n'est justifiée que par cette nouvelle

⁴²⁰ O. EL AJOUZ, op.cit. P : 126.

⁴²¹ Voire dans ce sens : A. Choukri Sabai, op ; cité. P : 673

faillite, alors qu'en fait l'ancien concordat n'est pas encore exécuté⁴²².

- **Si le failli était marié selon le régime du dota ou le régime de séparation des patrimoines et n'a pas respecté les dispositions de l'article 55 et suivant de l'ancien code de commerce**, le législateur avait introduit une modification sur cet article, on écartant du champ de son application les marocains musulmans.

- Le non-respect par le failli des procédures prévues au deuxième alinéa de l'article 51 de l'ancien code de commerce, (cet article qui concernait le régime patrimonial du commerçant étranger).

- Le fait pour le failli de ne pas présenter au greffe du tribunal dans un délai de 15 jours de la date de cessation des paiements, la déclaration prévue aux articles 198 et 199 de l'ancien code de commerce.

- Si, sans excuse légitime, il ne fait pas au greffe du tribunal, la déclaration de son état de cessation des paiements, dans le délai exigé.

- La non tenue des livres comptables et d'inventaires, ou la tenue d'une comptabilité incomplète ou irrégulière et qui ne reflète pas la situation réelle du passif et de l'actif du failli.

Il s'agissait de la violation des prescriptions légales en matière de comptabilité, la non tenue de livres et d'inventaire était de reste considérée avec la même gravité que la tenue incomplète irrégulière ou inexacte de la comptabilité.

c-Les délits de banqueroute frauduleuse : (cas non dépénalisés)

Les délits de banqueroute frauduleuse étaient sanctionnés par des peines plus sévères que celles de la banqueroute simple. Ils étaient constitués par des faits plus graves, visés par l'article 369 de l'ancien code de commerce⁴²³. Tous ces

⁴²² Oussama M El Ajouz, op.cit. P : 128.

⁴²³ Même l'article 561 du code pénal a traité la banqueroute frauduleuse en confirmant les mêmes dispositions de l'article 369, avec la seule différence qui tient au fait que l'article 561 a utilisé

faits touchent à la gestion financière de l'entreprise ou à l'exactitude des documents comptables. Pour constituer le délit, les faits incriminés devaient avoir été accompli en toute lucidité, c'est-à-dire en connaissant l'état de cessation des paiements et en ayant conscience de commettre un acte répréhensible⁴²⁴.

2- Une dépenalisation injustifiée

Si la dépenalisation du droit des affaires est un thème récurrent, signalons tout de suite que le droit des procédures collectives fait figure d'îlot de résistance. Ainsi, même le rapport Coulon remis au garde des Sceaux en janvier 2008 ; pourtant relatif à « la dépenalisation de la vie des affaires », laisse le droit des entreprises en difficulté à l'abri de toute proposition de dépenalisation. Le doute quant à la légitimité de la sanction pénale en cette matière existe et vient de certains membres de la doctrine qui s'interrogent sur la pertinence d'un droit pénal spécifique au droit des entreprises en difficulté. Il semble pourtant que ce droit pénal spécifique mérite d'être conservé.

Les infractions punissant les comportements frauduleux du débiteur ou de tiers pendant le déroulement de la procédure collective sont, de toute évidence, utiles car elles ne se confondent par hypothèse avec aucune autre infraction.⁴²⁵

Reste que la banqueroute, objet de deux critiques, la première critique concerne l'efficacité de la mesure en fait l'efficacité d'une infraction pénale ne saurait être fonction du nombre de condamnations, ne serait-ce qu'en raison de sa vertu intimidante. En pratique, un chef d'entreprise craint bien d'avantage la prison que le paiement de dommages et intérêts. La seconde critique, sans doute plus sérieuse, prétend que la banqueroute est inutile car la plupart des comportements incriminés tomberaient sous le coup d'autres infractions, tels

les termes cessation de paiement au lieu du commerçant failli.

⁴²⁴ Jacques Béguin ; Les procédures spéciales aux affaires : collection droit et gestion, sans année d'édition, P : 348

⁴²⁵ O. Decima, L. Santomie Laugiome « l'articulation des sanctions pénales et civiles en matière d'entreprises en difficultés », op ; cité. P : 46.

l'abus de biens sociaux ou l'abus de confiance. En réalité, seule une infraction spécifique permet de réprimer les atteintes aux intérêts en présence. Si l'abus de biens sociaux peut s'appliquer à certains des comportements qui sont punissable au titre de la banqueroute, les intérêts menacés ne sont pas les mêmes : les intérêts lésés par la banqueroute dépassent l'atteinte à l'intérêt social, ce qui justifie des régimes différents.

Il apparaît ainsi qu'une dépénalisation du droit des entreprises en difficulté serait injustifiée et ne saurait légitimer l'hypertrophie de la sanction civile. Il importe donc aujourd'hui de repenser la place de la sanction pénale en cette matière afin de rendre à chaque sanction sa place naturelle.

Sous-section II : Le régime répressif et procédural de la banqueroute

La situation difficile de l'entreprise influence les poursuites, dans leur versant pénal comme civil, ce qui laisse apparaître l'idée d'une procédure pénale spéciale pour les entreprises en difficulté (P. II) aussi les peines prévues, se singularisent par certaines particularités, (P. I)

Paragraphe I : Les peines prévues :

Ce défi fait l'objet de poursuites dont les conséquences sont importantes car le tribunal peut non seulement infliger les peines d'emprisonnement et d'amendes « les peines principales » (1), mais aussi prononcer des peines accessoires (2).

Aussi le droit des entreprises en difficultés a toujours choisi de faire coexister les sanctions civiles et pénales. Reste alors à préciser comment se combinent ces sanctions de nature et de portée distinctes (4). Pour mieux éclaircir ses situations nous allons se référer à la législation française à titre de comparaison. (3).

1- Les peines principales

Le code de commerce de 1996, ayant supprimé l'opposition entre la banqueroute simple et frauduleuse, les peines encourues avaient été considérablement simplifiées. Autrement dit le code de commerce dans sa démarche simplificatrice du régime répressif de la banqueroute a procédé également à l'unification de la sanction⁴²⁶, en prévoyant qu'une seule peine allant de 1 à 5 ans pour tous les coupables, qu'il s'agisse du banqueroutier, des complices ou bien du syndic convaincu de malversations. Ces peines sont portées au double lorsque le banqueroutier est dirigeant de droit ou de fait d'une société dont les sanctions sont cotées à la bourse des valeurs. Les sanctions évoquées si dessus ne peuvent être prononcées qu'en cas de banqueroute consommée, en l'absence d'une disposition spécifique dans la loi prévoyant une telle faculté, la tentative de banqueroute n'est pas incriminée. Une personne ne saurait dès lors, faire l'objet d'une condamnation sur un tel comportement.

La peine principale est une peine qui est prévue par la loi à titre principal, pour sanctionner un comportement déterminé. Elle caractérise à la fois l'existence d'une infraction pénale et la nature criminelle correctionnelle ou contraventionnelle de celle-ci. En effet, le législateur guide ainsi le juge en limitant son choix quant au prononcé de la peine à titre principal. Toutefois, on peut rapidement constater qu'il existe un choix plus large de peines encourues à titre principal pour les personnes morales que pour les personnes physiques. Toute infraction doit nécessairement faire encourir l'une ou l'autre de ces deux peines.

- **La tentative** : les sanctions évoquées ne peuvent être infligées qu'à l'encontre de l'auteur ou du complice d'un délit de banqueroute consommé. En effet, en l'absence d'une disposition spécifique dans la loi prévoyant une telle faculté, la tentative de banqueroute n'est pas incriminée.

⁴²⁶ M. Jaouahar, op.cité. P : 51.

2- Les peines accessoires

a-Présentation générale

Pour mémoire les peines accessoires, sont celles qui sont attachées à certaines peines principales. Elles suivent ainsi ces derniers même ni le juge ne les a pas expressément prononcées⁴²⁷ la juridiction répressive peut condamner définitivement et pour une durée maximale de 10 ans, la personne coupable de banqueroute à la déchéance commerciale (article 755 du code de commerce)⁴²⁸ à moins qu'une juridiction civile ou commerciale ait déjà définitivement prononcé une telle mesure pour des mêmes faits.⁴²⁹ Pareille sanction ne peut concerner que le délit de banqueroute et non des délits différents de recel ou de complicité de banqueroute. Elle ne s'applique qu'aux personnes visées à l'article 736 du code de commerce, c'est-à-dire à l'auteur principal, et non au complice qui n'encourt que les peines de l'article 755 du même code.

b-Caractéristiques : les peines accessoires « mesures automatiques »

Les peines accessoires ne sont pas la conséquence directe de l'infraction commise, l'infraction est déjà sanctionnée par une condamnation pénale et la peine accessoire qui constitue dans ce cadre une sanction professionnelle n'est que la conséquence automatique à la différence de la mesure complémentaire à la condamnation pénale qui, est facultative, du prononcé d'une telle condamnation pénale. Dans cette hypothèse, la condamnation pénale prononcée engendre des conséquences et notamment l'automatisme d'une mesure. Cette mesure se situe donc dans un rapport indirect avec l'infraction mais nécessite sa commission, et surtout le prononcé de la condamnation à cette infraction spécifique choisie par le législateur pour être justifiée et appliquée⁴³⁰ une partie de la doctrine considère les

⁴²⁷ Jerone Lassere capdeville, abus des biens sociaux et banqueroute, op.cité, p : 194

⁴²⁸ Article 755 c.com, tel que complétée et modifiée par la loi n°73.17 op.cit. P : 14.

⁴²⁹ D. GIBIRILA, droit des entreprises en difficulté, op.cité. P 720.

⁴³⁰ Olivia blades : la sanction professionnelle en droit pénal des affaires contribution à la théorie générale de la sanction, thèse de doctorat en droit privé, université D'aix Marseille, faculté de

peines accessoires entant que mesure ayant pur but d'éviter la récidive et leur donne le caractère de mesure de sureté⁴³¹.

3- Aspect comparatif avec la législation française : « les peines complémentaires »

L'article L 654 – 6 du code de commerce Français, dans la rédaction de la loi de sauvegarde des entreprises, envisage la possibilité pour la juridiction pénale de prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer. Précisons que ces mesures ne peuvent être prononcées qu'en cas de recel ou de banqueroute, et non pas en cas de complicité de banqueroute, faute pour les textes de les avoir envisagées.

L'article L 626- 5, devenu l'article L. 654-5, dans la rédaction de la loi de sauvegarde des entreprises, énonce un certain nombre de peines complémentaires, qui ont en commun d'être facultative. Le juge n'a pas à motiver le choix de la peine complémentaire, solution posée à propos de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille. Ces sanctions complémentaires constituent, pour certaines d'entre elles, des peines applicables aux personnes morales pénalement responsables, mais, alors que pour ces derniers, les sanctions pouvaient être prononcées sans limitation de durée. Ici elles sont toujours limitées à cinq années. Il en est ainsi d'abord de l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle d'infraction a été commise. Il en est de même ensuite de l'exclusion des marchés publics ou encore de l'interdiction d'émettre des chèques autre que de retrait certifiés. Il en est ainsi enfin de l'exclusion des marchés publics. Certaines peines complémentaires sont propres aux personnes physiques : interdiction d'exercer une fonction publique, sans que le texte n'opère de distinction entre fonction élective ou non, interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités de l'article 131 – 16 du

droit et des sciences politiques. P : 131

⁴³¹ Olivia Baldes, op.cité. P : 132.

code pénal.

Le prononcé de ces peines complémentaires fait l'objet d'un affichage ou d'une diffusion de la décision, dans les conditions de l'article 131 du code pénal⁴³²

4- L'articulation des sanctions civiles et pénales

a-Position du problème

Le droit des entreprises en difficulté a toujours choisi de faire coexister les sanctions civiles et pénales. Reste alors à préciser comment se combinent ces sanctions de nature et donc de portée distincte. Aux côtés des sanctions civiles classiques apparaissent aussi des sanctions quasi pénales, qui sont pourtant de la compétence du tribunal de la procédure collective, il y a donc un paradoxe en cette branche du droit des affaires : ce n'est pas ici le droit pénal qui pose difficulté et qui justifierait comme dans d'autres droits d'une dépénalisation. C'est plutôt l'hypertrophie de la sanction civile qui jette le trouble. Cet état du droit positif suppose aujourd'hui d'articuler des sanctions civiles ordinaires, qui satisfont les objectifs de la procédure, et spécialement permettent de récupérer de l'actif par les dommages et intérêts alloués, des sanctions pénales là aussi classiques qui répriment les comportements les plus graves mais aussi des sanctions civiles quasi pénales « para pénales »⁴³³ dont la nature hybride soulève des interrogations. Or, ici comme ailleurs, « il existe » des conflits de territoire » la fonction répressive des sanctions civiles du droit des entreprises en difficulté ne fait-elle pas double emploi avec la sanction pénale ? C'est là une question classique que celle de l'articulation des sanctions pénales et quasi pénales. On sait par exemple que la question du cumul des sanctions pénales avec les sanctions administratives,

⁴³² P. Michelle LE Corre droit et pratique des procédures collective, op ; cité. P : 2550.

⁴³³ A. Lepage P. Maître du Chambon, R, Saloman, droit pénal des affaires Litec, 2008. P : 341.

disciplinaires ou fiscales et souvent posée⁴³⁴. Il apparaît alors-de façon générale – que la proximité des sanctions, leur quasi identité, devrait conduire à limiter leur cumul. Dans ce contexte, le chef d’entreprise est en droit de se demander comment s’articulent ces différentes sanctions, et s’il trouve un intérêt à cette combinaison des sanctions civiles et pénales.

b- L’intérêt du chef de l’entreprise est ici duel

C’est tout d’abord l’intérêt du chef de l’entreprise fautif, lequel doit savoir s’il risque aujourd’hui, plus qu’hier, d’engager sa responsabilité civile ou pénale ou les deux pour des faits identiques

C’est ensuite l’intérêt du chef d’entreprise non fautif, lequel, pour sa part, se demande si l’articulation des sanctions contribue au sauvetage des entreprises en difficulté, ce qui lui permet de conserver ses partenaires économiques, et lui assure aussi un assainissement du milieu professionnel par la mise à l’écart des indésirables.

Quel que soit le profil du chef de l’entreprise, l’articulation actuelle des sanctions civiles et pénales n’est pas à même de le satisfaire. L’identité des sanctions civiles et pénales étant brouillée, le droit des entreprises en difficulté perd en cohérence et donc en efficacité.

Les rôles attribués à chacun de sanctions ne servent pas au mieux la politique juridique poursuivie, et le cumul de sanctions civiles et pénales génère un contentieux important.

c-Le cumul écarté en cas de faute légère

Pour exclure le cumul des sanctions, il faut donc délimiter la gravité pénale

⁴³⁴ J. Kluger : « l’élaboration d’une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du conseil constitutionnel et de la cour européenne des droits de l’homme (élément pour une comparaison) RSC 2002. P : 517.

de la faute, c'est-à-dire le seuil au-dessous duquel les sanctions pénales de la banqueroute sont exclues. Quel est le critère?

Il apparaît, en réponse, que le domaine de la banqueroute est réduit aux hypothèses de la situation irrémédiablement compromise du débiteur, la gravité de la faute peut résulter de ses caractères intrinsèques, ou de son contexte. En effet, sont incriminés des actes dont la coloration pénale est manifeste (soustraction, dissimulation, recel, détournement), mais aussi des comportements, qui méconnaissent les règles de la procédure collective, dont l'aspect pénal est moins évident à priori. Néanmoins, l'incrimination se justifie par l'obstacle ainsi mis à la sauvegarde ou au redressement de l'entreprise, de sorte que l'intérêt protégé par la loi pénale est probablement atteint. Idéalement, il faudrait donc d'avantage distinguer la gravité intrinsèque de la faute de sa gravité extrinsèque.

Cela étant précisé (et sous cette importance réserve) l'absence de situation irrémédiablement compromise, entraîne, en matière de banqueroute, l'exclusion des sanctions pénales alors que les sanctions civiles demeurent applicables. ⁴⁰⁴

d-Le cumul admis en cas de faute grave

Lorsque le débiteur commet une faute grave au regard de la situation obérée de l'entreprise, les sanctions pénales de la banqueroute peuvent s'appliquer. Ces derniers n'excluent malheureusement pas les sanctions civiles : le cumul est admis mais, conscient de la sévérité du dit cumul, le droit positif s'est montré hésitant, l'inconstance a été manifeste s'agissant des sanctions personnelles, généralement qui présentent un aspect répressif marqué. Ces derniers possèdent une double nature pénale et civile, elles peuvent être prononcées par les deux types de juridictions. Il apparaît par conséquent, qu'une même sanction peut à priori être prononcée deux fois contre le même débiteur fautif. Au contraire, les sanctions patrimoniales peuvent se cumuler plus aisément avec les sanctions pénales, car

elles ont un aspect indemnitaire. Les sanctions personnelles doivent donc d'avantage préoccuper l'observateur, car elles sont « quasi pénales ». Cette parenté constitue un obstacle au cumul, ou plus exactement, une cause d'hésitation du droit positif. Concernant les peines complémentaires mesure prononcée le législateur français, le juge pénal, n'ayant pas les faveurs du législateur ne peut prononcer la peine complémentaire que dans deux cas : soit la juridiction civile ou commerciale ne l'avait pas retenue, soit qu'elle l'avait prononcée par une décision qui n'était pas définitive. Le législateur français admet donc à nouveau dans ce cadre la possibilité du cumul de sanctions pénales et commerciales à l'occasion d'une même procédure collective, sous réserve de faits distincts.

De telles hésitations montrent que la question des critères de cumul demeure mal réglée que soit dans la législation française ou marocaine. Tout d'abord, le cumul est admis sous conditions de faits distincts. Mais cette dernière condition n'est pas assez exigeante, pas assez stricte de sorte que le cumul demeure trop largement possible.⁴³⁵

Paragraphe II : La poursuite

1-Les auteurs de la poursuite

a-Droit commun des poursuites

Dès lors qu'il s'agit de poursuivre au plan pénal le chef d'entreprise, il convient de se référer aux règles classiques de procédure pénale et de voir dans quelle mesure le contexte particulier de la procédure collective va influencer sur ces règles. Conformément aux principes issus du droit commun de la procédure pénale, la juridiction répressive compétente peut d'abord être saisie par l'action

⁴³⁵ O. Décima, L. Santomie-Languiomie, op ; cité. P :50.

publique exercée par le ministère public, (action dite en application des peines). Cette juridiction peut également être saisie par la victime elle-même, la victime dite partie civile, peut alors agir, soit par voie d'intervention, soit par voie d'action.

Lorsque des poursuites sont déjà en cours à l'initiative du ministère public ou d'une autre personne, la partie civile se constitue par voie d'intervention, soit devant le juge d'instruction ou la chambre d'accusation, soit devant la juridiction de jugement. Si aucune poursuite n'est en cours, c'est précisément la victime qui se trouvera à l'origine des poursuites, qu'elle peut alors déclencher en se constituant par voie d'action. Pour ce faire, il existe deux moyens, à savoir soit la citation directe du prévenu devant la juridiction de jugement, soit la plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction.

Précisément, si l'action publique est fondamentalement une action, l'action civile est avant tout une action en réparation c'est ainsi qu'elle s'est définie par le code de procédure pénale, qui prévoit, « l'action civile en réparation du dommage...

On l'aura compris, même s'elle présente la particularité de pouvoir mettre en mouvement l'action publique et de contraindre l'auteur d'une infraction à répondre sur le terrain pénal des conséquences de ses actes, l'action civile demeure une action en responsabilité civile qui permet aux victimes d'obtenir. Par l'octroi de dommages intérêts, réparation d'un préjudice dont le fait générateur se trouve, par ailleurs, être une infraction pénale. C'est en raison de cette dualité d'objectifs que l'on parle fréquemment du double visage de l'action civile, se caractérisant tant par son aspect répressif que par son but indemnitaire.

Ce double visage de l'action civile est illustré en jurisprudence, dans la mesure où la chambre criminelle admet que les buts indemnitaire et répressif de cette action puissent être dissociés, et, en conséquence, que l'action civile, visant

Alors uniquement à corroborer l'action publique, soit recevable même

lorsque le demandeur ne peut ou ne veut, solliciter l'octroi de dommages et intérêts auprès du juge pénal.

b-Jeu des règles dérogatoires de l'article 759 du code de commerce

Les principes généraux qui viennent d'être énoncés voient leur application adaptée et précisée par le jeu de règles spéciales dès lors qu'il s'agit de poursuivre un chef d'entreprise du chef de l'infraction de banqueroute. Certes, comme en droit commun, la juridiction répressive continue de pouvoir être saisie par l'action publique exercée par le ministère public. Néanmoins, l'article 759 de code de commerce déroge de façon très significative, en matière d'action civile aux principes de l'article 2 du code de procédure civile. En effet seul le syndic est recevable à exercer l'action civile. Alors que le code de procédure pénale prévoit, que l'action civile appartient aux victimes de l'infraction. Le législateur français quant à lui opère une description précise du cercle des demandeurs potentiels qui seraient recevables à exercer l'action civile. Dans cette liste dressée à l'article L654, il est essentiellement fait référence aux organes de la procédure collective c'est-à-dire:

- L'administrateur
- Le mandataire judiciaire
- Le représentant des salariés
- Le commissaire à l'exécution du plan
- La majorité des créanciers nommés contrôleurs.

2-Le rôle du ministère public

a- L'ambiguïté de l'article 759 du code de commerce

L'article 759re d'infractions pénales relatives aux précise qu'en matiè⁴³⁶ procédures collectives, la juridiction répressive peut être saisie par la poursuite

⁴³⁶ L'art 726 du C.com.

du ministère public. Le texte précité ne précise pas le ministère public complet, il en ressort que les deux ministères publics peuvent, en vertu de cet article saisir la juridiction répressive.

Le législateur marocain, en instituant un ministère public autonome près le tribunal de commerce, a omis de lui confier des attributions précises en matière d'application des sanctions à l'encontre des dirigeants des entreprises en difficultés il est en effet, privé de la qualité d'officier supérieur de la police judiciaire, il ne peut pas ordonner des enquêtes préliminaires et il est dénué du pouvoir d'assurer l'exécution forcée des jugements rendus en matière de procédures collectives. La création de cette nouvelle institution ne se fonde sur aucune justification de fait ou de droit.

Nous pensons qu'il est indécidable que le législateur marocain intervienne pour effectuer une réforme dans le sens de soumettre le ministère public près le tribunal de commerce à l'autorité du ministère public près les juridictions de droit commun. Afin de mettre fin à cette ambiguïté engendrée par la dualité de ministère public⁴³⁷.

b- L'effet de la dualité du ministère public

L'application des sanctions ne peut être envisagée indépendamment des procédures de traitement des entreprises en difficulté et de liquidation judiciaire. Qu'il s'agisse de sanctions civiles ou pénales, l'objectif est d'assurer l'intégralité et la transparence de ces procédures. Toutefois, en vertu du statut actuel du ministère public, cet objectif est loin d'être réalisable.

En fait, il se peut que le ministère public près le tribunal de première instance, sans concertation préalable avec le ministère public près le tribunal de

⁴³⁷ M. el Baaj : le rôle du ministère public dans les procédures de prévention et de traitement des difficultés de l'entreprise, Thèse pour l'obtention du doctorat national en droit, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, de Fès. P : 456.

commerce, engage une poursuite pénale à l'encontre du dirigeant de l'entreprise en difficulté, ce qui est de nature à démolir toute possibilité de redressement de l'entreprise en question.

Section II : Les autres infractions attachées à la banqueroute

La lutte contre le délit de banqueroute comme infraction menaçant l'activité de l'entreprise et les intérêts de ses créanciers ne s'est pas limitée à réprimer seulement le débiteur (le dirigeant de la société) mais aussi des tiers qui ont commis l'une des fautes prévues par l'article 757 de la loi 73.17 qui a modifié les dispositions du livre V du code de commerce. A cet égard, ils encourent les mêmes sanctions prévues à l'encontre des commerçants et des dirigeants, ceci sans la prise en considération de leur qualité de commerçant ou d'artisan, de dirigeant de droit ou de fait, qu'ils soient rémunérés ou non. Ainsi, à soumis aux mêmes sanctions de banqueroute les complices et les co-auteurs, le syndic et les créanciers ayant commis l'un des faits déterminés par l'article 757 de la loi 73.17 modifiant le livre V du code de commerce.

Sous-section I : en droit marocain

L'article 757 du code de commerce dispose qu'ils seront punis des peines de la banqueroute :

1- Ceux qui ont, dans l'intérêt des personnes mentionnées à l'article 736, soustrait, recelé ou dissimulé tout ou partie des biens, meubles ou immeubles de celles-ci.

2- Ceux qui ont frauduleusement déclaré dans la procédure, soit en leur nom, soit par interposition de personne, des créances fictives.

3- Est puni également des mêmes peines tout syndic ayant commis l'un des faits-ci-après ;

- a porté sciemment et de mauvaise foi atteinte aux intérêts des créanciers,

soit en utilisant à des fins personnelles les sommes perçues dans l'accomplissement de sa mission, soit en attribuant à autrui des avantages qu'il savait n'être pas dus ;

- a Fait illégalement des pouvoirs qui lui sont dûment conférés un usage, autre que celui auxquels ils sont destinés et contrairement aux intérêts du débiteur ou des créanciers.

- a abusé des pouvoirs dont il dispose aux fins d'utiliser ou d'acquérir pour son compte des biens du débiteur soit personnellement soit par personne interposée.

Est puni également des mêmes peines le créancier qui, après le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, a passé un ou plusieurs contrats lui accordant des avantages particuliers au détriment des autres créanciers.

Paragraphe 1 : infraction commise par le syndic

1-Généralité sur le syndic

Le syndic est désigné par le tribunal de commerce dans le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. L'article 568 du code de commerce dispose que la fonction du syndic est exercée par un greffier, mais que le tribunal peut, le cas échéant, la confier à un tiers.

La première observation qui s'impose à la lecture de ce texte est que le législateur a principalement confié la mission du syndic au greffier. s'il est difficile pour ce dernier voire impossible, de gérer une entreprise en difficulté et d'élaborer son bilan économique, financier et social en l'absence totale de compétence et de qualification en la matière, en revanche et s'agissant des procédures de liquidation judiciaire qui se résument à la réalisation des actifs de l'entreprise et la répartition du produit de vente de ces actifs, les greffiers ont un avantage sur les syndics tiers

du fait de leur maîtrise des procédures d'exécution des jugements qui représentent le pain quotidien des tribunaux.

La pratique actuelle au sein des juridictions de commerce consiste à confier les procédures de redressement judiciaire aux tiers. S'agissant de ces derniers, le texte ne précise pas de quels tiers il s'agit et n'impose aucune condition de qualification de moralité, d'aptitude, de formation ou autre, quant à leur choix, Aucun statut ou cadre réglementaire ou institutionnel ne leur a été prévu. En pratique, les tribunaux ayant un pouvoir souverain quant aux choix du syndic par rapport à son aptitude à gérer une entreprise en difficulté, désignent celui-ci parmi les experts en comptabilité et en affaires commerciales agréés près les cours d'appel du royaume. Il s'agit dans l'état actuel des choses de la solution la moins mauvaise⁴³⁸.

En réalité, si le législateur n'a fait preuve de souplesse en permettant de désigner cet auxiliaire parmi les experts comptables ou autres, il n'en demeure pas moins qu'au de la relative qualification de ces derniers et devant la complexité des textes régissant les procédures de traitements des difficultés, de l'entreprise et les larges pouvoirs et attributions dont ils bénéficient un seul corps professionnel de syndic organisé, qualifié, performant et du manique. Dans ce contexte, le niveau de compétence des personnes accédant.

Le syndic qu'il soit nommé parmi les tiers ou greffiers et même si sa responsabilité pénale est engagée, garde le statut de fonctionnaire public tel que définit par l'article 224 du code pénal qui dispose que sont réputés fonctionnaires publics, pour l'application de la loi pénale, toutes personnes qui, sous une dénomination et dans une mesure quelconque, sont investies d'une fonction ou d'un mandat même temporaires, rémunérés ou gratuits et concourent à ce titre au

⁴³⁸ Kh. BENJELOUN : « le syndic dans la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise », Revue des tribunaux marocains, n°8-9. P : 23

service de l'Etat, des administrations publiques, des municipalités, des établissements publics ou à un service d'intérêt public.

2-La responsabilisation du syndic

La responsabilité pénale du syndic peut être engagée dans les cas limitativement prévus dans l'article 757 du code de commerce, il s'agit des cas suivants :

Porter sciemment et de mauvaise foi atteinte aux intérêts des créanciers, soit en utilisant à des fins personnelles les normes perçues dans l'accomplissement de sa mission, soit en attribuant à autrui des avantages qu'il savait n'être pas dues.

Fait illégalement des pouvoirs qui lui sont dûment conférés un usage autre que celui auxquels ils sont destinés et contraire aux intérêts du débiteur ou des créanciers abuse des pouvoirs dont il dispose aux fins d'utiliser ou d'acquérir pour son compte des biens du débiteur soit personnellement soit par personne interposée.

La responsabilité civile du syndic est différente selon qu'il est greffier ou nommé parmi les tiers.

Paragraphe II : les infractions commises par le créancier

Dans le souci de préserver l'égalité entre les créanciers de l'entreprise, le législateur a prévu dans l'article 757 du code de commerce que sera puni des mêmes peines le créancier qui après le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, a passé un ou plusieurs contrats lui accordant des avantages particuliers au détriment des autres créanciers, autrement dit le législateur réprime par le biller de cet texte, tout créancier, profitant de la situation économique de l'entreprise pour conclure un ou plusieurs contrats qui lui procurant des intérêts personnels au détriments des autres créanciers.

Pour la réalisation de cette infraction, il est nécessaire qu'il y soit un accord particulier permettant au créancier de bénéficier d'un intérêt particulier sur le patrimoine du débiteur, qui constitue en principe un gage des autres créanciers.

Le législateur français a considéré que tout acte conclus dans ces conditions est nul et de nul effet ⁴³⁹

Le législateur libanais adopte la même position que le législateur français, et considère que la nullité qui touche l'acte conclu par le créancier au détriment des intérêts des autres créanciers, dans les conditions précédemment citées, comme nul une nullité absolue⁴⁴⁰. Pour la réalisation de l'infraction le législateur.

prévoit que l'acte doit être réalisé avant le jugement prononçant l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à défaut l'infraction ne peut être réalisée⁴⁴¹.

Le fait pour le législateur de ne pas déterminer le cadre de la responsabilité quant aux personnes visées par le premier et le deuxième alinéa de l'article 724 du code de commerce est justifié selon une partie de la doctrine⁴⁴², par le fait que l'article 757 dans sa rédaction actuelle emploie une expression large ce qui permet d'englober tous ceux qui sont visés par le texte ancien.

Paragraphe III : les infractions commises par des personnes ayant accomplis des actes au profit du dirigeant

Le premier et le deuxième alinéa de l'article 757 réprime des peines de la banqueroute, tous ceux qui dans l'intérêt des personnes visées à l'article 754 commettent des actes de recel de soustraction ou de dissimulation ou de déclaration de créances fictives ou de dissimulation de l'actif du débiteur soumis à une procédure de liquidation ou de redressement judiciaire. Ces personnes peuvent être

⁴³⁹ A. CHOUKRI SABAI, op ; cité. P : 464.

⁴⁴⁰ I. Nassif, op.cit. P : 662.

⁴⁴¹ Voire dans ce sens les articles de 679 jusqu'au 685.

⁴⁴² A. CHOUKRI SABAI, op..cité. P : 463.

le conjoint le descendant ainsi que les collatéraux ou alliés du débiteur, le code de commerce dans sa rédaction ancienne visait expressément et limitativement les personnes pouvant avoir leur responsabilité engagée suite aux actes précédemment cités, le visa pris par l'ancien texte empêchait le jeu de l'immunité familiale, la quelle est posée par l'article 534 du code pénal⁴⁴³.

Sous-section II : Aperçu comparatif avec la législation française

Paragraphe I : Les infractions commises par le débiteur

1- Dissimulation frauduleuse des biens par un débiteur

Sont concernées par cette infraction les personnes susceptibles d'être auteur de banqueroute, mais également depuis l'ordonnance du 9 décembre 2010 l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, cette ordonnance leur rapproche d'organiser leur insolvabilité soit en détournant, soit en dissimulant tout ou partie des biens de son patrimoine affecté. Dans tous les cas, le débiteur souhaite échapper à ces créanciers.

Le but du détournement ou de la dissipation est précisé par le texte : l'intéressé cherche à soustraire des éléments de son patrimoine aux poursuites de la personne morale, à celle de ses associés ou à celle de ces créanciers. L'intention frauduleuse est requise, le texte évoquant la mauvaise foi de l'intéressé. La répression de ses agissements a pour objectif de rendre affective les condamnations à combler l'insuffisance d'actif de la personne morale débitrice ou à l'obligation aux dettes sociales, en dissuadant les dirigeants d'organiser leur insolvabilité⁴⁴⁴.

⁴⁴³ I. NASSIF, op ; cité. P : 664-665.

⁴⁴⁴ P. MICHEL LE CORRE, op ; cité. P : 930.

2- Déclaration frauduleuse des dettes supposées par un débiteur

Sont punies des mêmes peines les mêmes personnes qui se font frauduleusement reconnaître débiteur de sommes indues⁴⁴⁵ le but de l'acte incriminé est identique : il s'agit de soustraire son patrimoine aux poursuites de la personne morale débitrice, de celle de ses associés ou de ses créanciers. Ici encore, l'intention frauduleuse est requise.

3- Passation par le débiteur d'acte de gestion ou de disposition non autorisé

Sont sanctionnés également les paiements réalisés en violation des modalités de règlement du passif prévues au plan de sauvegarde ou de redressement. Il en va pareillement de toute personne qui, pendant la période d'observation d'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement a, en connaissance de la situation du débiteur, effectué des actes précédemment énoncés ou en a reçu un paiement irrégulier.

La sanction pénale vient relayer la sanction civile de la nullité posée par l'article L 621. 24 du code de commerce. Dès lors, si le paiement est valablement intervenu par compensation, la disposition pénale est sans application. De même, si le paiement a été autorisé par le juge commissaire au titre d'une transaction ou d'un retrait du gage ou d'une chose retenue, la sanction pénale est écartée.

Curieusement, les paiements de créance antérieurs effectués en liquidation judiciaire échappent à la sanction.

La solution est reprise par la loi du 26 juillet 2005, mais elle est étendue. En effet, l'article L . 654-8,1° sanctionne également le paiement de dettes nées après jugement d'ouverture, mais ne bénéficiant pas du régime de faveur applicable aux créanciers postérieures⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ B. LAURET, op ; cité. P : 474.

⁴⁴⁶ P. MICHEL LE CORRE, op.cité. P : 933.

4- Passation par le débiteur d'acte de disposition ou paiement en violation du plan de continuation de l'entreprise

Est passible d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30.000 euros, les mêmes personnes qui ont effectué un paiement en violation des modalités de règlement du passif prévues au plan de continuation ou qui ont fait un acte de disposition sans autorisation il s'agit là de réprimer les agissements frauduleux commis par le débiteur pendant l'exécution du plan de continuation de l'entreprise. L'article L- 654 – 8 2°, dans la rédaction de la loi du 26 juillet 2005, étend la solution au plan de sauvegarde et évoque, au lieu du plan de continuation, le plan de redressement. Le débiteur même s'il en a la possibilité financière, ne peut payer plus rapidement que ce que prévoit le jugement arrêtant ou modifiant le plan. Les faits visés supposent une connaissance par l'intéressé du caractère délictueux de ses agissements ce qui ne sera pas toujours évident. On peut penser en pratique, aux contrats de prêt, qui sont parfois continués. Certes, la solution de principe de l'impossibilité de continuer un contrat de prêt et par voie de conséquence d'obtenir après jugement d'ouverture, paiement d'échéance, ne fait plus difficulté. Cependant les solutions ne sont pas toujours aussi nettes. Que l'on songe ainsi à l'hypothèse d'un contrat de prêt, lorsqu'il y a eu subrogation au profit du prêteur, dans le bénéfice de la clause de réserve de propriété. Si le juriste spécialiste hésite pour savoir si pareil contrat peut ou non être continué et autorisé ou non des paiements après jugement d'ouverture, il apparaît selon Pierre Michel le Corre bien difficile d'établir la culpabilité du débiteur moyen⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ P. MICHEL LE CORRE, op.cité. P : 2554

Paragraphe II : Infractions commises par les parents alliés du débiteur

Ils sont punis des peines de l'abus de confiance, le conjoint, les descendants, les collatéraux ou les alliés qui ont détourné, diverti, recelé, des effets dépendant de l'actif du débiteur soumis à une procédure de redressement judiciaire.

Le législateur Français ne distingue pas selon que l'auteur a agi dans l'intérêt du débiteur ou dans son propre intérêt, seul le résultat est pris en considération

Le concubin n'est pas visé, mais pourra être inquiété par le biais de la complicité de banqueroute.

Les agissements réprimés tiennent en des actes de détournements, divertissements ou recels de l'actif du débiteur soumis à une procédure de redressement judiciaire, la loi du 26 juillet 2005 y ajoute la procédure de sauvegarde, ne sont, en revanche pas visé, à ce titre, les mêmes actes accomplis dans la procédure de liquidation judiciaire.

Ce texte, qui n'avait pas été modifié à l'occasion de la réforme du 10 juin 1994, ne pouvait, au regard du principe d'interdiction stricte de la loi pénale s'appliquer à l'hypothèse d'une liquidation judiciaire, alors que le visa du redressement judiciaire avant 1994 emportant visa de la liquidation judiciaire, puisque cette dernière n'était pas alors une procédure autonome, mais seulement une des issues de la procédure de redressement judiciaire.

Peu importe que les agissements visés profitent à la personne poursuivie ou seulement au débiteur⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ Pierre Michel le Corre, op.cité., P : 2960

Paragraphe III- Infractions commises par les tiers

1- Détournement ou recel par un tiers des biens d'un débiteur en redressement judiciaire

La loi du 26 juillet 2005 punit des peines de la banqueroute deux catégories de personnes :

Il en est d'abord ainsi de celles qui ont, dans l'intérêt des personnes susceptibles d'être condamnées à la banqueroute, soustrait, recelé ou dissimulé tout ou partie des biens de celles-ci. Les détournements ou dissimulations accomplis par le débiteur ou les dirigeants sont passibles de banqueroute. Les actes ici visés doivent avoir été accomplis dans l'intérêt des personnes susceptibles de banqueroute.

2- Production frauduleuse de créances supposées dans un règlement judiciaire

Aussi ils sont punis des peines de la banqueroute, ceux qui ont frauduleusement déclaré dans la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, soit en leur nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées.

3- Passation par un tiers d'acte de gestion ou de disposition illicite avec un débiteur, entreprise en observation ou en continuation

Est passible d'un emprisonnement de deux ans et d'une peine de 30.000 euros

: toute personne qui, pendant la période d'observation ou celle d'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, en connaissance de la situation du débiteur a passé avec celui-ci l'un des actes mentionnés aux 1° et 2° de l'article L 654.8 ou en a reçu un paiement irrégulier c'est-à-dire un paiement non-conforme au mode de règlement du passif prévu sur le plan.

Paragraphe IV-Infractions imputables aux créanciers

Les créanciers qui, après un jugement ouvrant une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, ont passé une convention comportant un avantage particulier à la charge du débiteur, sont punis des peines de l'abus de confiance, les faits antérieurs au jugement, qui étaient autrefois prohibés, échappent depuis 1958 à cette poursuite. Cette solution a été justifiée par l'abandon de la théorie de la faillite de fait, mais elle est selon G. Ripert et R. Roblot, pratiquement regrettable, parce que toutes les conventions passées par des créanciers qui connaissaient la cessation des paiements, avant ou après le jugement déclaratif, sont également critiquables⁴⁴⁹.

L'objet de cette mesure est de réprimer les agissements des créanciers qui tentent d'améliorer leur situation en se faisant accorder des avantages par la voie de conventions particulières avec le débiteur⁴⁵⁰.

Paragraphe V-Les infractions commises par les auxiliaires de justice désignés par les tribunaux

La loi de 1967 avait prévu dans son article 146 des sanctions pénales contre le syndic qui se rendaient coupables de malversations en retirant un profit personnel d'une partie de l'actif du débiteur.

L'article 207 de la loi de 1985 prévoyait les mêmes dispositions à l'encontre des auxiliaires de justice qui commettaient des fautes graves dans l'exercice de leurs obligations professionnelles aujourd'hui c'est l'article L 654-12 du code de commerce Français qui traite la mesure.

L'article de la loi de 1967 ne donnait pas de définition du délit et la jurisprudence avait jugé que par malversation il fallait entendre toute faute

⁴⁴⁹ GR. Pert/R Roblot, op.cité.P : 1225.

⁴⁵⁰ B. LAURET, op ; cité. P : 476.

commise par un syndic dans sa gestion et révélant sa volonté d'enfreindre ses obligations vis-à-vis du débiteur ou de la masse.

Le législateur distingue deux cas de malversations commises par les auxiliaires de justice au préjudice des créanciers et du débiteur.

1- User à leur profit des sommes perçus dans l'accomplissement de leur mission et se faire attribuer des avantages qu'il savait n'être pas dû.

2- Faire dans leur intérêt un usage des pouvoirs dont ils disposaient en sachant que cet usage était contraire aux intérêts des créanciers ou du débiteur.

Le code de commerce prévoit que dans certains cas l'administrateur, le mandataire judiciaire et le liquidateur doivent verser en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations les sommes provenant des procédures auxquelles ils ont été nommés.

Le délit de malversation sera constitué si, par exemple, un administrateur omettait de verser à la caisse des dépôts et consignation des sommes provenant d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et déposées à divers comptes professionnels qu'il s'était fait ouvrir à la même banque, les intérêts de ces sommes ayant été versés à un compte spécial auquel il faisait des retraits en espèces pour lui-même alors que ces intérêts devraient faire partie de l'actif de cette procédure ». ⁴⁵¹

La cour d'appel de Poitiers avait relaxé un syndic poursuivi pour avoir prélevé une somme à titre d'émoluments, sans avoir obtenu la signature de la taxe par le président du Tribunal de Commerce : elle avait considéré que ce fait ne constituait pas « une faute très lourde commise dans une intention frauduleuse ». La Cour de cassation a constitué que soit établie une faute quelconque à la charge du syndic : ainsi la gravité de la faute n'a pas à être prise en considération. La Cour

⁴⁵¹ Crim 20 juillet 1982, B.N° 195 cité par .P : 530.

suprême se fonde sur l'élément matériel de l'infraction, c'est-à-dire les faits constitutifs des fautes commises par le syndic.⁴⁵²

Parmi les actes interdits au mandataire par la loi on peut citer :

- L'utilisation au profit du mandataire de somme perçue dans l'accomplissement de sa mission a été sanctionné l'administrateur judiciaire qui a fait migrer sur des comptes études u des comptes personnels des sommes inscrites au crédit des comptes qu'il gérait⁴⁵³

- Le prélèvement des sommes que le syndic à perçu dans l'accompagnement de sa mission,

- Le fait de créer et accueillir dans ses locaux « des sociétés de façade dissimulant les liens l'unissant à ses subordonnées qui en étaient les gérants de fait, et leur a confié l'exécution d'une partie de son mandat, provoquant l'accroissement des charges de ces entreprises. Cependant, dans un arrêt du 13 mai 1986 (D. 1987, son, com.4, obs. Derrida), la cour d'appel de Versailles à relever que, malgré, ses fautes professionnelles avérées, il n'était pas établi que le syndic ait fait dans son intérêt personnel et sciemment un usage contraire aux intérêts d'un créancier chirographique.

La prescription de ce délit suit les règles étudiées pour l'abus de biens sociaux ne cause un préjudice direct qu'aux seuls personnes pouvant revendiquer les sommes détournées.

-Délit d'acquisition ou d'usage des biens du débiteur

L'acquisition peut être directe ou indirecte. Ainsi un syndic qui voulant acquérir un certain nombre de meubles que le débiteur avait dans ses stocks, les avait fait choisir par sa sœur, livrer au domicile de sa mère et fait établir la facture

⁴⁵² Crim 24 juillet 1985, D. 1986, IR. 175, obs. F Derrida et D. 1986, J. p. 220 note J.P Marchi.

⁴⁵³ Cass .Cril 12 décembre 2007 n° 07-80886 Bull. Crim. 2007 n° 307).

au nom du courtier assermenté qui avait procédé à l'inventaire, et qui avait accepté de servir de prête-nom ; les meubles avaient été retrouvés en grande partie à l'étude du syndic, à son domicile ou à celui de sa mère⁴⁵⁴.

Dans une autre espèce, un syndic avait procédé à l'acquisition indirecte de la clientèle d'un fonds de commerce par l'intermédiaire d'une société dans laquelle il était intéressé⁴⁵⁵.

« Lorsqu'il est démontré que le collaborateur d'un expert financier désigné par le syndic profite de sa participation à l'administration du règlement judiciaire d'une société pour se rendre acquéreur à travers les sociétés qu'il contrôlait en fait, des actifs de la société en règlement judiciaire, l'infraction retenue à son encontre est établie sans qu'il y ait lieu de démontrer que la cession des actifs constituait une spoliation des créanciers».

L'infraction était d'autant plus établie en l'espèce que le prix, de cession apparaissait singulièrement peu élevé⁴⁵⁶

Le point de départ de la prescription court, comme en matière de recel, à la date à laquelle l'intéressé a cessé de détenir le bien et non à la date de l'acquisition⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Crim 30 juillet 1982, B. N° 195, p.590 D.1983 Ir. P.59.

⁴⁵⁵ Crim. 15 nov. 1982, gaz. Pal. 1983. I som 96).

⁴⁵⁶ TGI, paris, 7 Nov1985, Gaz pal. , 12-14 janvier 1986, p 4.

Cass, Crim. 19 juin 1997 JCP 97, éd. E pan. 1061 et Cass. Crim. 30 juin 99 B. N° 175 et RTD comm. 2000, 201 obs. Bouloc.

⁴⁵⁷ Cass. Crim 19 février 2003, n° 01-86-809.

Conclusion partie II :

Pour conclure cette deuxième partie nous avançons que la dépenalisation des infractions punissant les comportements frauduleux du débiteur ou de tiers pendant le déroulement de la procédure collective reste injustifiée. Dans la mesure où la majorité des faits constituant la banqueroute sont des cas frauduleux qui méritent d'être conservés. Ainsi même le rapport Coulon remis au garde des sceaux, pourtant relatif à la dépenalisation de la vie des affaires, laisse le droit des affaires à l'abri de toute proposition de dépenalisation.

La problématique majeure qui concerne les sanctions responsabilisant le dirigeant de l'entreprise en difficulté, c'est l'absence de frontières claires entre les sanctions civiles patrimoniales, les sanctions quasi pénales et les sanctions pénales.

Ce cas de figure, fait que le chef de l'entreprise dont la responsabilité est déclarée se trouve dans l'impossibilité de savoir quel type de responsabilité va engager.

L'articulation actuelle des sanctions civiles et pénales étant brouillée, le droit des entreprises en difficulté perd sa cohérence et donc son efficacité.

Les rôles attribués à chacune des sanctions ne servent pas au mieux la politique juridique poursuivie et le cumul de sanctions civiles et pénales génère un contentieux important. La problématique posée nous pousse à se demander est ce qu'il n'est pas temps de donner à la sanction pénale son rôle naturel et d'attribuer à la sanction civile ces fonctions habituelles, une intervention législative dans ce cadre est à notre sens nécessaire.

Conclusion générale

Le nombre des entreprises défailtantes qui ne cesse d'augmenter nous pousse à se demander quelles sont les causes derrière cette situation, quand on intervient plus en amont et que l'on cherche les causes de ces défailtances, on reste surpris que la conjoncture économique soit ou non favorable, la mortalité des PME est due principalement à des erreurs :

Fautes de gestion, Erreurs d'appréciation de marketing que si elles n'avaient pas été commises, l'entreprise n'aurait jamais été en situation déficitaire.

Inexpérience du chef d'entreprise. A nos yeux cette inexpérience est le point essentiel de nombre de difficulté, les autres raisons ne font que découler ou être le complément de ce manque de formation, aboutissant à des erreurs d'études de marché, à une insuffisance de fonds propres, le tout est dû à une mauvaise gestion, et ce que nous ramène enfin à la notion de faute de gestion.

Par les discussions que l'on peut avoir avec des praticiens des procédures collectives, il y a souvent des anecdotes qui peuvent nous paraître frappantes, mais qui malheureusement correspondent plus à une réalité quotidienne qu'en des cas isolés. Généralement il s'agit de cause principalement structurelles et qui tiennent dans cette incapacité du dirigeant à gérer son entreprise.

Incapacité des dirigeants à gérer l'entreprise et à adapter celle-ci à son environnement, absence totale ou partielle de gestion financière, salaires anormalement élevés des dirigeants eu égard au chiffre d'affaires de l'entreprise et / ou à la rentabilité de celle-ci absence de dialogue social qui conduit à des conflits. Cela est déconcentrant, il y a de quoi s'affoler devant une situation pareille.

Certes, il y a une nécessité urgente pour une refonte de la loi, d'où à notre avis la nécessité d'ajouter un certain nombre de dispositions essentielles à l'efficacité des textes responsabilisant le dirigeant d'entreprise en difficulté, mais cela ne sera certainement pas suffisant, car il ne faut pas être utopiste, le droit n'est pas un médicament miracle et ce n'est pas le juriste qui sauve l'entreprise. Il fait seulement qu'y contribuer.

Pour ce qui est du titre V du livre V du code de commerce, plusieurs modifications doivent être apportées pour redessiner le cadre des sanctions :

- En ce qui concerne les règles de forme ou de procédure L'article 736 limite le nombre de personnes pouvant déclencher les actions en responsabilité des dirigeants d'entreprise en difficulté ce qui constitue à notre sens un verrouillage textuel injustifié et qui peut porter atteinte aux intérêts des créanciers. Il serait souhaitable alors d'élargir le cercle des personnes pouvant déclencher les actions afin de sanctionner le dirigeant d'entreprise en procédure collective si celui-ci a réalisé des actes sanctionnables.

Pour parvenir à cet objectif, il faudrait permettre soit à un des créanciers du débiteur en procédure collective, soit à une majorité de créancier de forcer leur représentant à déclencher les poursuites du dirigeant. Cette proposition est à accueillir favorablement afin de permettre aux créanciers de ne plus être des acteurs oubliés en la matière. Il faut aussi revoir la possibilité déjà offerte au tribunal, de déclencher ces actions et qui va à notre sens au détriment de l'impartialité de la juridiction.

- En ce qui concerne l'action en extension de la procédure au dirigeant fautif : le législateur a opté à travers l'article 740 du code de commerce, pour un système d'incriminations multiples et précises, face à une telle rédaction, face à de tels textes, plusieurs actes pourront être malhonnêtes sans être sanctionnables, échappant ainsi à la répression. Alors nous proposons que les textes soient rédigés en des termes plus larges, pourront ainsi permettre au juge d'utiliser au maximum

les possibilités offertes par le texte.

On remarque, aussi que certains comportements sont sanctionnables à plusieurs titres pouvant ainsi responsabiliser le dirigeant fautifs à plusieurs reprises.

En effet, la dissimulation d'élément d'actif est un cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du dirigeant de personne morale qui a réalisé cette dissimulation ou ce détournement (article 740), une faute de gestion au sens de l'article 738 du code de commerce, c'est un cas de déchéance commerciale au sens de l'article 745 du code de commerce, peut en vertu de cet article entraîner l'interdiction de diriger, gérer administrer ou contrôler, directement ou indirectement toute entreprise commerciale ou artisanale, ou toute société commerciale ayant une activité économique, c'est aussi un cas de banqueroute

Dans cet exemple, on peut voir qu'un même comportement peut entraîner toutes les sanctions possibles en matière de direction frauduleuse, ce qui procure une fois de plus la complexité du système appliqué par le législateur en vue de responsabiliser le dirigeant d'entreprise en difficulté d'où la nécessité de sa simplification dans un besoin d'efficacité.

- En ce qui concerne l'action en comblement de l'insuffisance l'actif : l'utilisation de la procédure prévue par l'article 739 du code de commerce reste très rare. En fait l'ensemble des tribunaux de commerce n'ont pas tendance à effectuer des poursuites en comblement de passif malgré l'existence de fautes lourdes de gestion, chose qui nous pousse à se demander pourquoi ce rejet ? Sachant qu'on y en présence d'une action qui est à la fois répressive et sanctionnatrice, qui reste d'une application ridicule par rapport aux autres sanctions personnelles.

- En ce qui concerne la déchéance commerciale L'édifice juridique organisant la déchéance commerciale souffre de quelques insuffisances notamment :

- Le nombre limité des personnes habilitées pour saisir le tribunal de commerce pour l'application de la déchéance commerciale, il s'agit en l'occurrence du syndic et du ministère public. D'où notre proposition de donner la possibilité aux salariés, aux créanciers ainsi qu'aux actionnaires, d'exercer ce droit.

- Le déficit du ministère public :

Malgré que le législateur commercialiste a reconnu au ministère public, le droit de demander l'application de la déchéance commerciale, cette reconnaissance reste en elle-même insuffisante, dans la mesure où le ministère public ne dispose pas d'informations nécessaires sur la conduite des dirigeants d'entreprise et ne possèdent pas de documents susceptibles de servir, le cas échéant, comme moyen de preuve pour établir l'imputabilité des faits aux personnes poursuivies.

- Le déficit du syndic : le syndic bien qu'il est investi du pouvoir de saisir le tribunal pour l'application de la déchéance commerciale, il ne dispose pas des moyens juridiques pour exercer ce pouvoir entant qu'expert-comptable ou greffier.

- Sur le plan pratique, l'analyse des décisions jurisprudentielles relativement à la déchéance commerciale, démontre un recours timide des tribunaux à cette mesure en tant que sanction principale, cependant on constate un recours quasi systématique à cette mesure en tant que sanction complémentaire.

Les effets secondaires de la déchéance commerciale n'ont jamais été invoqués, on fait ici allusion aux possibilités offertes, au tribunal de prononcer

- ❖ La suspension du droit de vote des dirigeants,
- ❖ L'injonction de céder les titres
- ❖ L'ordonnance de cession forcée des titres.

Ces différentes, techniques prévues par l'article 752 du code de commerce, restent tout simplement méconnues de la part de la justice commerciale marocaine.

Une autre remarque concerne la durée de la déchéance commerciale, l'art 752 précise que la durée de la déchéance commerciale ne peut être inférieure à 5 ans, ce qui laisse dire qu'elle peut dépasser 5 ans malgré la faculté offerte par le texte et qui donne au tribunal un large pouvoir d'appréciation concernant la durée de la déchéance commerciale, les magistrats ont tendance à s'en tenir à une sanction standard, tarifée à 5ans.

- Sur le plan pénal (la banqueroute) Les textes introduisant les sanctions pénales à l'encontre du dirigeant d'entreprise en procédure collective répondent de manière satisfaisante à ce critère et au principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines institué à l'article 1 de la constitution, confirmé à l'article 1 du code pénal et énoncé à l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

En effet, il résulte de l'article premier de la constitution que « la loi fixe les règles concernant les délits ainsi que les peines qui leur sont applicables », il en résulte, l'obligation pour le législateur d'en définir les éléments constitutifs du fait incriminé, en des termes clairs et précis. Les dispositions responsabilisant le dirigeant sur le plan pénal en matière des difficultés d'entreprise, notamment les textes relatifs à la banqueroute, correspondent à ces principes. Néanmoins, on peut souhaiter l'abrogation pure et simple des dispositions de l'article 723 du code de commerce, ces dispositions permettent au juge pénal de prononcer en plus de la banqueroute du dirigeant condamné sa déchéance commerciale, l'abrogation de l'article 723 permettant de tracer une frontière claire entre le domaine des sanctions civiles et celui des sanctions pénales, permettant par la même aux justiciables de mieux se retrouver et de donner plus de rigueur à ce domaine juridique.

Toujours dans le cadre de la banqueroute, repenser la place de la sanction pénale en droit des entreprises en difficulté revient en réalité à exploiter les qualités naturelles de cette forme de sanction, afin de la mettre au service de la politique juridique menée par le législateur en cette matière.

Dans ce cadre, deux propositions peuvent être avancées :

- La première proposition concerne le renforcement de la banqueroute en relevant le montant de l'amende encourue, l'infraction devant s'appliquer aux seuls débiteurs, dont la malhonnêteté ne fait aucun doute, alors qu'il faut appliquer une sanction qui ait à la fois une vertu réellement intimidante et punitive. Or, pour l'heure actuelle, l'amende due en cas de banqueroute est à notre sens modeste face à la gravité des faits incriminés.

- La deuxième proposition passe par la création, d'un autre cas de banqueroute à savoir la déclaration tardive de la cessation des paiements. La sanction pénale peut ici trouver une place, dans la mesure où la déclaration tardive de la cessation des paiements conduit inévitablement à la liquidation judiciaire et sacrifie nombre d'intérêts particuliers jugés supérieurs (salariés, créanciers, partenaires économiques).

• La tentative de la banqueroute, si la nouvelle réforme introduite par la loi 73.17 vise le sauvetage de l'entreprise qui s'opère à tout commerçant, artisan et société commerciale sans être en état de cessation de paiement, le régime de répression doit aussi se conformer à cette politique ceci en réprimant aussi toute tentative d'infraction de banqueroute ou autres infractions qui s'y attachent, ceci dit avant que ces agissements mènent à la cessation des paiements.

Par ailleurs, d'autres défaillances du régime d'incriminations et de sanctions dans ce cadre doivent être surmontées notamment, la double compétence juridictionnelle, puisque l'action publique ne peut être déclenchée par le ministère public auprès du tribunal de première instance qu'après le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire

par le tribunal de commerce, ce qui nécessite, en conséquence d'établir une réforme à ce niveau en dotant les juridictions de commerce d'une compétence exclusive en la matière puisque au sein de ces juridictions siègent des magistrats spécialisés en matière, commerciale contrairement aux juges répressifs siégeant aux sein des tribunaux de première instance qui ne reçoivent pas une formation spécialisée en matière des infractions relevant du droit pénal des affaires y compris les infractions liées au difficultés d'entreprise.

Bibliographie

Bibliographie en langue française

• Ouvrages spéciaux :

- ✓ Abdelaziz Benzakour, le statut du dirigeant d'entreprise au Maroc, al ofok impressions, 1992.
- ✓ Abdeljalil El Hammoumi, droit des difficultés de l'entreprise, librairie Dar
- ✓ Adeline cerah, Gauthier, la société en procédure collective et son associé entre indépendance et influence , presses universitaire d'Aix Marseille, faculté de droit et de sciences politiques, 2012.
- ✓ Agnés Bricard / Elcroix philips/T Legrain/ M.marin/ c. Chevilln / J.Vaoclier, accompagner le chef d'entreprise en difficulté, LITEC,2007.
- ✓ André JACQUEMONT, droit des entreprises difficulté, litec,2011.
- ✓ B. Soine, traité théorique et pratique, des procédures collectives,LITEC 1987.
- ✓ Bianca Lauret ; droit pénal des affaires, economica, 8^{ème} édition,2012.
- ✓ Carole Souweine, droit des entreprises en difficultés, PUG 2^{ème} édition, 2007.
- ✓ Claude Pentrat, procédures collectives, DECF, sans année d'édition.
- ✓ Corine Saint Alory Houin, guide de l'entreprise en difficulté, Dalloz,1997.
- ✓ Corinne Saint Alary Houin, droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 10^{ème}édition2016.
- ✓ Genevieve Giudicelli-Delage, droit pénal des affaires, Dalloz, 5^{ème} édition 2002.
- ✓ Géraldine Danjame, abus de biens sociaux, banqueroute, l'hermes, 1^{ère}édition 1996.
- ✓ Jean Larguier, Phillipe Conte, Le droit pénal des affaires, armano

colin, 1^{ère} édition, 2011.

- ✓ Jerome Lasserre capdeville, abus des biens sociaux banqueroute, Jolly édition,2010
- ✓ Julia Redemius Hoevermann, la responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes endroit allemand, LGDJ, 2010.
- ✓ Marc Domingo ; connaissance aux comptes « missions et responsabilités, economica, 2001
- ✓ Marie Paul Alexis, .P Lucas de Leyssac Mihman, droit pénal des affaires, Economica 2009.
- ✓ Mireille Delams-Marty, droit pénal des affaires, PUF, 2000.
- ✓ Nicolas Pelletier, la responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective, LGDJ,2012.
- ✓ Olivier Sautel, la déchéance en droit privé, contribution à la théorie de la permanence de la cause, Dalloz 1999
- ✓ Philippe Petel: procédure collective, Dalloz 8^{ème} édition,2014
- ✓ Philippe Roussel galle, Entreprise, en difficulté, Lexis Nexis,2012.
- ✓ Philippe Jehasse, la responsabilité civile des dirigeants d'entreprise, édipro, 2007.
- ✓ S. Hadji Artinian, la faute de gestion en droit des sociétés, LITEC,2002.
- ✓ Yves Chaput, droit du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises, PUF , 2^{ème} édition,1990

- **Ouvrages généraux :**

- ✓ Alain Couret et Jean Jacques Barbièri, droit commercial, Sirey éditions, 13^{ème} édition 1996.
- ✓ Daniel FASQUELLE, / Jean Pierre BERTREL / Jacque Delga/ Christophe Collard, droit de l'entreprise, DANGER, 19^{ème} édition, 2008-2009.
- ✓ Deen Gibirila, droit des entreprises en difficulté, lextenso édition ,2009.

- ✓ Denis Pascal, banqueroute, Dalloz,2006
- ✓ Didier R. Martin, droit commercial et bancaire marocain, Al Madariss, 1999
- ✓ Esaid Taib, association et société civile en Algérie, office des publications universitaires 2014.
- ✓ Essaid Taib, Associations et société civile en Algérie, office des publications universitaires,20140
- ✓ Estelle Scholastique , le devoir de diligence des administrateurs des sociétés « droit français et droit anglais », LGDJ,1998.
- ✓ F.Perochom, R. Bohomme, entreprise en difficulté instruments de crédit et de paiement, LGDJ, 7^{ème} édition 2006.
- ✓ Fabienne Ghelfi –Tastevin, droit pénal économique et des affaires Gualino, édition,2001.
- ✓ Fabrice François /Elvire de frond ville /Ambroise Marlange / dirigeant de société, statuts juridique, social et fiscal, éditions Delmas, troisième édition2015.
- ✓ Fanry Luxemburg, la déchéance des droits contribution à l'étude des sanctions civiles. LGDJ,2008.
- ✓ France Guiramand / Alain Héraud, droit des sociétés, DUNNOS,8^{ème} édition.
- ✓ France Guiramand, droit des sociétés , 2^{ème} édition 2000.
- ✓ G. Ripert / R. Roblot, droit commercial, LGDJ, 16^{ème} , sans année d'édition.
- ✓ Hygin Didace amboulou, le droit des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA , l'harmattan,2015.
- ✓ Jack Vezian, la responsabilité du banquier en droit privé français, Litec, 3^{ème} édition 1983.
- ✓ Jacques Beguin, les procédures spéciales aux affaires, collection droit et gestion, 1973 librairie technique, 1973.

- ✓ Jean Michel, calendini, l'action en redressement judiciaire, LGD librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.
- ✓ Jean Paul Natoma / Philippe colin / François Lauglart, la responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires, Dalloz 1996.
- ✓ Jean Philippe Robé, le temps du monde de l'entreprise, globalisation et mutation du système juridique, Dalloz,2015.
- ✓ Jean-François bulle, le statut du dirigeant de société, LGDJ,2015.
- ✓ Jérôme Bonard, droit des entreprises en difficulté, hachette, 6^{ème} édition, 2014.
- ✓ Jocelyne Vallansan /Pierre Cagnoli, droit commercial, difficultés des entreprises, Danger, 6^{ème} édition2012.
- ✓ Joël Moneger / Thierry Granier, le commissaire aux comptes ,Dalloz, 1995.
- ✓ Joseph Ayangma Ayangma, le dirigeant de sociétés commerciales tome I, l'harmattan, 2014.
- ✓ Khalifa Kharroubi, droit des sociétés commerciales, édition Latrach, 2016.
- ✓ Laurent Leveneur, situation de fait en droit privé, LGDJ, 1990
- ✓ Martin Serf, l'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible à dieu à la masse, Homorat2000.
- ✓ Maurice cozian /Alain viandier / Florence Debassy, droit des sociétés, lexis Nexis,2012.
- ✓ Maurice Lozian /Alain viandir / Florence Feboissy, droit des sociétés, Lexic nexis, sans année d'édition.
- ✓ Mayoussi SLIMANI , droit des affaires, imprimerie Najah ElJadida Casablanca, 1^{er} édition2000.
- ✓ Michel Jeantin, Paul le cannu : droit commercial entreprise en difficulté, Dalloz, 6.7^{ème} édition2006

- ✓ Michel Lecerf, droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, pricewalerhouse cooper, 1999.
- ✓ Michel Vasseur, la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit banque 1978, édition banque 3^{ème} éd, 1978.
- ✓ Michel Veron, droit pénal des affaires ARMAND COLIN , 3^{ème} édition.
- ✓ Mimoun Charqui, droit bancaire marocain, impr : Beni Sanssen, 2004.
- ✓ Philippe Merle, droit commercial, sociétés commerciales Dalloz 16^{ème} édition 2013.
- ✓ Philippe Petel, procédure collective, Dalloz 9^{ème} édition.
- ✓ Pierre Michel le corre, droit et pratique des procédures collectives, Dalloz 7^{ème} édition 2013-2014.
- ✓ Pierre Michel le corre, La réforme du droit des entreprises en difficulté, Dalloz, 2009.
- ✓ Rachid Lazrak , le nouveau droit pénal des sociétés au Maroc, édition la porte, 1997.
- ✓ Richard Routier : obligations et responsabilités du banquier, Dalloz, 2^{ème} édition 2008.
- ✓ Salahddine Mellouli/Sami Frikha les sociétés commerciales, la maison du livre, 2013.
- ✓ Yves Guyon : droit des affaires entreprise en difficultés, redressement judiciaire faillite tome 2 Economica 8^{ème} édition 2001.

Thèses et mémoires:

• Thèses :

- ✓ Abdelaziz Squalli, droit et pratique en matière de faillite et de liquidation judiciaire des entreprises, Paris 1, Sorbonne janvier 1990.
- ✓ Abdelmajid Ammar, la responsabilité personnelle des dirigeants de personnes morales en cas de procédures collectives ; étude de droit français avec

référence aux droits suisse et Tunisien, Lausanne,1993

- ✓ Cyril cintez, la sanction préventive en droit de la responsabilité civile, contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes, université montéreal, faculté des sciences supérieurs,2009.
- ✓ Didi Laila, droit et pratique de la responsabilité du banquier en matière de difficulté de l'entreprise, université sidi Mohamed Ben Abdellah.
- ✓ Helene Paereles, le dépassement de la personnalité morale, contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé en et en droit fiscal, thèse de doctorat en droit privé. Université de lile,2009.
- ✓ Kati Sibiril, définition de la notion d'intérêt en droit administratif français, université de Bretagne Brest 2 (français) 2012.
- ✓ Kouamé Hubert Koki, les droits fondamentaux des personnes morales, dans les conventions européennes des droits de l'homme, thèse doctorat, 2013.
- ✓ Maxime COTTIGNY, responsabilité civile et procédures collective , thèse de doctorat, université lile 2 ; 2016
- ✓ Meriem Ouassimi Sahli, la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales, université de Paris Dauphine.
- ✓ Messan Agbo fally, le statut des dirigeants sociaux en droit de l'OHADA, université de Montpellier et université de Lomé,2014.
- ✓ Mustapha el Baaj, le role du ministère public dans les procédures de prévention et de traitement des difficultés des entreprises, université sidi Mohammed Ben Abdellah, 2006,2007.
- ✓ Nze Noongdit Mbele Jean Richard, « le dirigeant de fait en droit privé français, Université Nancy 2,2008.
- ✓ Olivia Baldes, la sanction professionnelle en droit pénal des affaires, ex Marseille,2012.
- ✓ Oussama El ajouz, la banqueroute en droit comparé français et libanais, université Jean Moulin Lyon 3,1974.
- ✓ Sallah Eddine Maatouk : la responsabilité pénale des personnes morales en

- droit Marocain : contenu et portée d'un droit pénal spécial, Perpignan, 2004.
- ✓ Stéphanie Tissat, électivité des droits des créanciers et protection du patrimoine familial, Aix Marseille université, 12 décembre 2015.
 - ✓ Trausissais Makarova, contribution à l'étude de la banqueroute en droit africain des Etats francophones, université catholique de Louvain.
 - **Mémoires**
 - ✓ Julie Grandie, les aspects patrimoniaux du droit des entreprises en difficultés, la place du patrimoine du débiteur des procédures collectives, Master II, droit du patrimoine, parcours ingénierie juridique du patrimoine université de la réunion, faculté de droit des sciences politiques, 2016 – 2017
 - ✓ Sarah Donjon, la procédure de sauvegarde accélérée, master en droit des affaires, université de reims champagne – Ardenne, 2014-2015
 - ✓ ZAOUI Ismail, « le recouvrement des créances bancaires », mémoire pour l'obtention du diplôme du Master « juriste d'affaires », F.S.J.E.S-FES, 2014-2015

Articles et communications :

- ✓ « bulletin jolly entreprises en difficulté » n°2 mars, avril 2015.
- ✓ Abdelaziz Squalli, le traitement des difficultés des entreprises journée d'étude organisée par le département de droit privé de la faculté de droit de Meknès, 21 mars 1998.
- ✓ Abdelaziz Squalli, « étude critique de la notion de cessation des paiements en matière de faillite et de liquidation judiciaire », revue de droit et d'économie n°11, 1995.
- ✓ Abdelaziz Squalli, « droit et pratique au Maroc ». « colloque organisé par le département de droit public, faculté de droit de Fès 1994 .
- ✓ Abdelaziz Squalli, « Droit et pratique en matière de faillite des entreprises ou la nécessité d'une réforme immédiate » revue de droit et d'économie », N° spécial, 1994.
- ✓ Abdelaziz Squalli, « droit et pratique en matière de faillite des entreprises »,

communication.

- ✓ Abdelaziz Squalli, « Droit et pratique en matière de faillite et de liquidation judiciaire des entreprises », Edition Info-print, 1995.
- ✓ Abdelaziz Squalli, « l'entreprise en difficulté une nouvelle notion dans le droit marocain des procédures collective, congré de l'UIA et de l'ordre des avocats de Fès : « le droit de la procédure collective ou une loi en difficulté » 11 et 12 juin 2010.
- ✓ Abdelaziz Squalli, « la cessation des paiements en droit marocain », revue de procédure collective (France).
- ✓ Abdelaziz Squalli, « la liberté d'entreprendre à l'épreuve du jeu de la concurrence », revue marocaine de droit et d'économie du développement N°49, 2004.
- ✓ Abdelaziz Squalli, « la prévention des difficultés de l'entreprise dans le nouveau droit des procédures collectives », communication.
- ✓ Abdelaziz Squalli, « le juge et le contrat », table ronde organisée par le département de droit privé de la faculté de droit de Fès.
- ✓ Abdelaziz Squalli, « le traitement des difficultés de l'entreprise », journée d'étude organisée par le département de droit privé de la faculté de droit de Meknes, 21 Mars 1998.
- ✓ Abdelaziz Squalli, « les obstacles au rôle de l'entreprise dans l'édification du maghreb : l'entreprise en difficulté » publication de l'université d'hiver de Marrakech, 1993.
- ✓ Abdelaziz Squalli, « Nouveautés du code de commerce et tribunaux de commerce », colloque organisé par le département de droit privé de la faculté de droit et le barreau de Marrakech le 30 et 31 octobre 1998.
- ✓ Abdelilah Boulaich : « à propos de la responsabilité pénale, vers une responsabilité à réforme » . revue de droit et d'économie, n° 16 ,1999
- ✓ Abdeljalil el hammoumi « de l'extension de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire » revue marocaine de droit des affaires et des

entreprises n° 7 janvier 2005.

- ✓ André Brunel « la prévention des difficultés des entreprises : mode d'emploi » revue marocaine des contentieux », n°10 et 11,2010.
- ✓ Antaime Barret « sanctions civiles », revue des procédures collectives civiles et commerciales n° 5 décembre2000.
- ✓ Antoine barret « sanctions civiles » revue des procédures collectives civiles et commerciales n° 2, 2001.
- ✓ Arlette martin serf « action en comblement de passif », revue des procédures collectives civiles et commerciales n°1, mars2000.
- ✓ BALBOUL Kaoutar, « Réflexions sur les droits des créanciers à la lumière de la loi n° 73-17 sur les entreprises en difficulté », Revue juridique des recherches électroniques R.J.R.E, n° 3, 2019
- ✓ Bernard Bouloc « droit pénal des affaires » revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique n° 1 janvier mars2000.
- ✓ Carrine Mascala « sanctions et responsabilité » revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique n° 1, janvier mars2001.
- ✓ El idrissi abdelaziz « droit pénal des affaires, réflexion sur la banqueroute par détournement ou dissimulation d'actifs » revue marocaine de droit des affaires et des entreprises » n° 16 mai2009
- ✓ Franklin bach « sanctions civiles nécessité de respecter les principes fondamentaux de la procédure civile.
- ✓ Giles de demander « l'influence du jugement d'ouverture et de la déclaration de créance sur le cours de la prescription de l'action en recouvrement d'une créance fiscale » bulletin Jolly 2013.
- ✓ H Gisserot , « la confusion des patrimoines est telle une source autonome d'extension de faillite ? » Rev Tr dr, com1979.
- ✓ Herve Chemouch « les procédures de sanction en cas de procédure de redressement judiciaire ... ». al meian n° 48,2012.
- ✓ J. DEVEZ, « comptabilité fictive » , rev. proc.coll,1990.

- ✓ Jan J.M Van Dikk « sanctions pénales et processus de civilisation » revue internationale de criminologie et de police technique, n°3, juillet septembre 1989.
- ✓ Jean Pierre sortais « location gérance et interaction de fait ? » bulletin julley2015.
- ✓ Jerome lasserre capdeville « précisions sur le délai de prescription de l'action engagée aux fin de voir prononcer une mesure d'interdiction de gérer » bulletin jolly, entreprises en difficulté , n° 2 mars, avril 2015.
- ✓ Jerome lasserre capdeville « un an de droit pénal des affaires » 2 janvier 2012 décembre» collection lamy droit des affaires n° 78 ,2013.
- ✓ Jerone lasserre capdeville « faits à prendre en considération pour prononcer une sanction professionnelle » bulletin joly entreprise en difficulté, janvier février2015.
- ✓ Khadija Benjelloun : « Le syndic dans la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise » Revue des tribunaux marocains, n° 8 et 9 , 2011.
- ✓ Mac singlé « le droit français des procédures collectives et les sanctions des dirigeants sociaux, aspects internationaux et européens » al mecan n° 48, 2012.
- ✓ Mansouri Abdelkader, « pour un véritable commissariat aux comptes au Marc », revue marocaine de droit d'économie du d'enveloppement n° 25 ; 1991.
- ✓ Mohamed Aisam chapui « la responsabilité des dirigeants d fait d'une entreprise en difficulté » REMALD, revue marocaine de droit des affaires et des entreprises, n° 8, 2005.
- ✓ Mohamed Jaouhar , les sanctions applicables aux dirigeants dans le cadre des procédures collectives » revue marocaine de droit d'économie et de gestion n° 52,2006.
- ✓ Mounaim Amaraoui « commissaires aux comptes d'une société anonyme, incompatibilité et indépendance » BIP, n° 10, janvier 2002.

- ✓ Nathalie dedessus/ le moustrier a la responsabilité du dirigeant de fait » revue des sociétés, juillet-septembre1997.
- ✓ Nicolas borga / hierry favario « le dirigeant social entre le plateau et l'enclime » bulletin jolly entreprise en difficulté, n° 1 janvier février2014.
- ✓ Olivier décima, Lamae Santome laguianie « l'articulation des sanctions civiles et pénales en matière d'entreprise en difficulté », colloque organisé par l'observatoire de la délinquance et de la justice d'affaire. Edition Cujas, 14septembre2014
- ✓ Peter hunerfeld, « la perception de la faute dans la responsabilité pénale et la responsabilité civile en droit allemand » PDP, revue de droit pénal et de criminologie n° 3, 1994.
- ✓ Said mohammed Ali lamtni « extension de la faillite d'une société à ses dirigeants n°12 janvier1999.
- ✓ Stéphane benil si « période suspecte responsabilités et sanctions
- ✓ Yahya Kassimi « la responsabilité solidaire du dirigeant de l'entreprise : sureté personnelle au sanction patrimoniale ? approche analytique de l'article 98 de code du recouvrement » REMALD , revue marocaine d'administration locale et du développement, n°62 -63,2005.

Bibliographie en langue en arabe

Ouvrages :

• Ouvrages spéciaux :

- ✓ Abdelhamid Chawarbi, la faillite, al Maarif al iskandariya, sans année d'édition.
- ✓ Abdelhamid Chewarbi, les infractions financières et commerciales, Dar Al Matboat al Jamiya1989.
- ✓ Abderahim Krichi : Les mesures de prévention des difficultés de l'entreprise entre législation et application, dar nachr abi Rakrak 2007.

- ✓ Ahmed chokri Sbai, le régime de la faillite en droit commercial marocain, dar al Kitaba al arabiya,1976.
- ✓ Awadine Ahmed Awad Youssef , la responsabilité de la banque pour l'ouverture d'un compte courant et sa fermeture en droit égyptien 2007.
- ✓ Mahmoud daoud yaakoub, la responsabilité en droit pénale économique, étude comparative entre la législateur arabe et le droit français, manchourat al halabi al hokokiya,2008.
- ✓ Mohamed Anbar, le contrôle de la magistrature sur les actes de l'administration et de la gestion dans les sociétés commerciales, imprimerie al Najah al Jadida, 2011.

- **Ouvrages généraux :**

- ✓ Ahmed Choukri Sbai : la médiateur en droit commerciale et comparé, volume 4 (la faillite) Babil, sans année d'édition.
- ✓ Ahmed choukri Sbai, le médiateur dans les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique, tome1. Dar Nachr al maarif, 2009.
- ✓ Allal Fali : les sociétés commerciales édition Dar Assalam, 2016.
- ✓ Allal Falli, les procédures de traitement des difficultés de l'entreprise, Dar Assalam. 2012.
- ✓ Khlifa Kharroubi, droit des sociétés commerciales, édition Latrach,2016.
- ✓ Mohamed najib hosni, la théorie générale de l'intention criminelle, dar anahda al arabiya .2001
- ✓ Mostapha kamal Taha, morad mounir, le droit commercial, al daral jamia, une année d'édition
- ✓ Rabia Guait : les sociétés commerciales EMALIV, 2^{ème} édition2016.
- ✓ Safwate Bahnassaoui, les contrats commerciaux et la faillite, dar Nahda al Arabiya,2010.
- ✓ Slimani Abderahim : la magistrature commercialiste au Maroc et procédures

de traitement des difficultés, top presse,2008.

- ✓ Younes el Ayachi, la sécurité juridique et judiciaire et leur impact sur le développement économique et social, dar Assalam, novembre2012.
- ✓ Youssef azoujal, l'amélioration du climat des affaires au Maroc, étude comparative à la lumière des dernières nouveautés constitutionnelles dar Assalam,2016.

Articles :

- ✓ Abdelkader Ben Adou, « regard autour de la procédure de sauvegarde, la nouveauté du livre V relatif aux difficultés des entreprises » revue du conseil juridique n° 6, 2019
- ✓ Abdellah Darmich « la responsabilité civile du dirigeant d'entreprise face à la faute de gestion » Al MEIAR, Bareau de Fès, n°48,2012.
- ✓ Abdellatif al abasi « la responsabilité du dirigeant d'entreprise objet d'une procédure collective » al mahakim al maghribia n° 100 ;2006.
- ✓ Al hassan al Kassaid « les procédures répressives dans le cadre des procédures collectives », al Meiar n° 48, décembre2012.
- ✓ Ali rom, « la banqueroute dans le nouveau code de commerce », revue de droit marocain n°6, 2004.
- ✓ Arachid salah eddine « la responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise en difficulté al mantada n°3,2002.
- ✓ Khadija Benjeloun, « le syndic dans la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise, Revue des tribunaux marocain, n°8-9.
- ✓ Lahsen Al Iwad, « la loi 73 – 17 modifiant et complétant le livre V du code de commerce, les aspects de changement », Revue de conseil juridique numéro 6 – mars 2019
- ✓ Mohamed Aboudi « le rôle de syndic dans la direction de l'entreprise soumise à la procédure de conciliation judiciaire » revue marocaine de droit des affaires

et des entreprises, n° 5,2005.

- ✓ Mohamed Ifnji « les procédures répressives dans le cadre des difficultés de l'entreprise », al Meiar, barreau de Fès n ° 48,2012.
- ✓ Mohammed Aissam chaoui, la responsabilité des dirigeants de fait d'une entreprise en difficulté REMADAE, mai2005.
- ✓ Narji, al Bakaoui « l'efficacité des sanctions prises à l'égard du dirigeant d'entreprise » al manara n° 3,2013.
- ✓ Omar Karyouch « les infractions économiques relative aux procédures de traitement des difficultés de l'entreprise – exemple la banqueroute », les infractions économiques à travers les arrêts de la cour suprêmes, la 7^{ème} conférence régionale, dar Ataliba oujda2007.
- ✓ Yassin amaf « la banqueroute comme infraction économique, les conditions et ces effets », revue marocaine du droit des affaires et des entreprises n°6,2004.

Jurisprudence

- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 144, dossier n° 10/25/2013.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 113, dossier n°75/8321/2016.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 202/2010, dossier n°72/25/2010.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 6/2014, dossier n°127/25/2012.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 170/2012, dossier n°130/25/2012.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 81/2009, dossier n°28/25/2009
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 321/2005, dossier239/25//2005.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 217, dossier176/25/2008.
- ✓ Jug.tr.com, n° 39/2010, dossier n°6/25/2010.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 102/2010, dossier n°89/25/2010.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 151/2009, dossier n°116/25/2009.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 83, dossier n°71/8321/2016.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 39/2010. Dossier n°6/25/2010.

- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 33, dossier n°6/22/2011.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 104, dossier n°64/18/2009.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 33, dossier n°6/22/2011.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 65, dossier,51/22/2010.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 91, dossier n°52/19/2011.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 124/18/2010, dossier n° 30/03/2011.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 93, dossier n°60/19/2011.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 26, dossier n°51/32/2011.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 90, dossier n°41/19/2011.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 14/22/2010, dossier n°21/01/2010.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 101, dossier n°98/22/2009.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 4, dossier n°91/32/2011.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 108, dossier n° 116/18/2009.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 96, dossier n°92/32/2012.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca, n° 101, dossier n°98/22/2009.
- ✓ Ju. Tri. Com de Rabat n° 96 dossier n° 92 /32/2012 du 27/12/2012.
- ✓ Jug .trib com de Casablanca n° 93 / 2010 dossier n°+ 73/25 /2010 du 12/04/2010
- ✓ Jug et tr.com de Rabat n° 96 du 27 / 12/2012.
- ✓ Arrêt de la cour d'appel de commerce de Casablanca n° 5886/ 2009 du 04 / 12/2009
- ✓ Jug. Tr.com de Rabat n° 108 Dossier n° 116/ 18 / 2009 du 29/09/2010.
- ✓ Arrêt de la cour d'appel de Fès n° 62 du 15/ 11 / 2016 dossier n° 34, 2004.
- ✓ Jug.tr.com de Casablanca n° 144 dossier n° 10/25/2005 du 27 -10- 2014
- ✓ Jug tr. com de Casablanca n° 76 / 2001 dossier n° 117/25/2010 du 16/05/2011.
- ✓ Ju tr.Com de Casablanca n° 6/2014/ dossier r n° 127 / 25/2012 du 13/01/2014
- ✓ Jug Trib. Com de Casablanca 3 juin 2000, publié en gazette des tribunaux du Maroc n° 80.

- ✓ Jug. Tr.com de Marrakech n° 280, dossier n° 1517 / 2001 du 21/02/2002,
- ✓ Jug. Tr. com de Casablanca n° 257, dossier 199/25/2008 du 24/11/2008
- ✓ Jug. Tr. com de Casablanca 3 juin 2000
- ✓ Jug. Tr. com de Casablanca n° 1014/34 du 23 /202/2010,
- ✓ Arrêt de la cour d'appel de Marrakech n° 08/2002 du 06/02/2002,
- ✓ Jug. Tr de Marrakech dossier n° 15/99 du 06 /09/2002
- ✓ Arrêt de la cour d'appel de Marrakech, arrêt n° 08/2002 du 06/ 02/2002
- ✓ Jug tr. com de Casablanca n° 329 / 2002 du 29 / 07 / 2002
- ✓ Cass. Com 14 octobre 1997, bull civ n° 254
- ✓ Cass.com 12 mai 1992 n° 2016/ 475
- ✓ Com. 28 avr 1998 n° 95-21-969, RTD com 1999, 187.
- ✓ Com 28 mai 1991, n° 89.21 116 Bull ci IV 187
- ✓ Com. 14 décembre 1993, n° 91. 20 839
- ✓ Com 13 nov 2007 n° 06 -13- 2012 NP n° 1239.
- ✓ Com. 18 mai 2016, n0 14-16.895
- ✓ Com 11 juin 1996 n° 94 – 16067 bull civ IV n° 169.
- ✓ Com 14 décembre 1993 n° 91, 20 239. Bull ci Iv n 473 JCP 1994 Iv 480, 62. JCPE 1994,
- ✓ Com. 19 jan 1993, RJDA 7/1993, n° 660-com. 8 octobre 2003,
- ✓ Com. 17 février 1998, n° 95-18.510, Bull.ci. IV, n° 78
- ✓ com 21 juin 2005, n° 04-12.087, Bull.ci IV n° 134
- ✓ Com. 9 mai 2018, n° 16 26.674, D. 2018, actu 1005
- ✓ com 8 mars 2017, n° 15 – 16. 005 ; D. 2017 actu 566.
- ✓ Com 22 mai 1957 RTD com 1957 1015, 16 avr 1991
- ✓ Com. 5 mars 2002 n° 9817497 NPT.
- ✓ Com 27 octobre 1998, n ° 96 – 15- 218
- ✓ Com 21 juin 2005 n° 04- 12-281 Bull civ IV n° 35
- ✓ Com 15 juill 2005 n° 2 10. 233 Bull civ IV n° 149, D, 2006
- ✓ Crim 18 mai 1976 D 1976, 578.

- ✓ Crim 6 Décembre 1993 1994 IR 50
- ✓ Crim 10 octobre 1973, bull crim n° 349
- ✓ Cass. Crim 20 octobre 2004, ; n° 03-85 233
- ✓ Crim 19 janvier 2000, n° 99-82.749 Bull. crim n° 29
- ✓ Crim 10 octobre 1973, bull crim n° 349
- ✓ Crim 19 janvier 2000, n° 99-82.749 Bull. crim n° 29
- ✓ Cass.crim 18 nov. 1991 n° 90-755 et n°91-81. 646 Bull crim 1991 n° 415
- ✓ Cass crim n° 92-84-526 Bull crim 1993, n°217
- ✓ Cass.Crim 8 Novembre 1982, Cass. Crim 3 octobre 1988
- ✓ Com 9. Septembre 2020, pouvoir n° 18.12.444.
- ✓ Com. 5 mai 2021 pouvoir n° 19 – 23- 575.
- ✓ Com. 24 janvier 2018, pouvoir n° 16.23.649 .
- ✓ Com 19 mai 2021 pouvoir n° 192528620.
- ✓ Com 25 mai 2018 pourvoir, n° 17.10.117
- ✓ com 24 janvier 2018, pouvoir n° 15 – 26810. 16-17803 1
- ✓ Com 21 juin 2005 n° 04- 12-281 Bull civ IV n° 35
- ✓ Com. 20 octobre 2021, pouvoir n° 2015.736.

Webographie :

- ✓ <https://www.leconomiste.com/article/1027385-entreprises-en-difficulte-le-nouveau-mecanisme-est-en-place>
- ✓ www.legavox.fr.
- ✓ www.avocat-tigzin.fr.
- ✓ [www. Mascre hyguy.com](http://www.Mascrehyguy.com)
- ✓ www.Leseco.ma
- ✓ www.entreprendre.com

Table des matières

Listes des abréviations :	4
Introduction :	6
Partie I : La responsabilité patrimoniale des dirigeants de l'entreprise en difficulté (Vers une acception large de la notion de responsabilité).....	17
Chapitre I : Les normes communes régissant les actions en responsabilité patrimoniale	19
Section I : La procédure de sauvegarde, le passage d'un droit sanctionnateur à un droit (préventif et curatif)	20
Sous-section I : La procédure de sauvegarde comme nouveau mécanisme préventif des difficultés de l'entreprise.	21
Paragraphe I : Conditions et effets d'ouverture de la procédure de sauvegarde	22
Il y a lieu de distinguer entre les conditions de fond (a) et de forme (b)	22
a-Les conditions de fonds.	22
b- Les conditions de forme.	24
Paragraphe II : Les étapes clefs de la procédure de sauvegarde	29
1-Ouverture de la procédure de sauvegarde	29
2-L'élaboration du plan de sauvegarde	30
3-Établissement et arrêt du plan de sauvegarde de l'entreprise	30
4-Exécution du plan de sauvegarde.....	31
Paragraphe II : les finalités de traitement et actions patrimoniales	34
Section II : Les entités entrant dans le cadre de la responsabilité « un régime vers plus d'accessibilité »	36
Sous-section I : Nature de la personne morale.....	37
Paragraphe I : personnes morales de droit privé	38

1-L'existence de la personne morale	38
a-Naissance de la personne morale	38
b-Nature de la personne morale	39
c-Caractérisation.....	41
d-Distinction entre personne morale de droit privé et de droit public.	42
2- Le caractère de droit privé.....	43
Paragraphe II : La commercialité de la personne morale	44
1- Les sociétés commerciales par la forme	44
a- Les sociétés de personnes.....	44
b- Les sociétés de capitaux ou par action	46
2- Les sociétés à objet commercial	46
Sous-section II : Les conséquences pratiques de la formule (l'exclusion de certain groupement)	46
Paragraphe I : Les personnes morales de droit public :(facteur limitatif de responsabilité)	47
a-Schéma Actuel.....	47
b-Schéma possible.....	48
Paragraphe II : Les groupements sans personnalité morale	48
1- Les sociétés non immatriculées :	48
2- Les sociétés civiles et les professions libérales	49
3- Cas particulier : les associations	49
Section II : les dirigeants visés « un régime catégoriel »	51
Sous-section I : le dirigeant de droit	52
Paragraphe I : Normes générales	52
1- Notions de dirigeant légal	52
a-Notions doctrinales	52
b-Cas concrets	53

c- L'appréciation jurisprudentielle de la notion de dirigeant de droit.....	54
d-Conception large de la notion des dirigeants sociaux	55
e- Conception stricte de la notion des dirigeants sociaux.....	57
2- Exclusion de la notion	57
a-Par subordination hiérarchique.....	58
b-Par la fonction de contrôle	58
Paragraphe II : Normes particulières.....	59
1-Le dirigeant retiré	59
2-Le dirigeant décédé :	61
Sous-section II : les dirigeants de fait	62
Paragraphe I : normes générales.....	63
1-Notions doctrinales de la direction de fait.....	63
2-Les critères de la direction de fait	64
a- L'activité positive de direction	64
b-L'indépendance et la souveraineté dans la gestion	66
c-L'exercice habituel de l'activité de gestion de fait.....	67
d-Absence de présomption de direction de fait.....	68
Paragraphe II : l'application de la théorie de la direction de fait.....	69
Section III : les règles de forme	71
Sous-section I : Les modalités procédurales des actions en responsabilité	71
Paragraphe I : la saisine du tribunal	72
1- Le tribunal compétent	72
2- La qualité pour agir	72
3- Le délai pour agir	74
Paragraphe II : Le déroulement de la procédure	75
1-Les modalités de convocation	75

2-La décision du tribunal	75
Sous-section 2 : Les insuffisances du régime et perspectives d'amélioration	76
Paragraphe I : le verrouillage textuel imposé par le législateur	76
1- Manifestations	76
2-La position du législateur français.....	77
Paragraphe II : Un régime vers plus d'accessibilité.....	78
1-Les créanciers	78
2-Les contrôleurs	78
3-Le tribunal.....	79
Chapitre II : Normes particulières relatives à chacune des actions en responsabilité	80
Section I : Les spécificités de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif.....	80
Sous-section I : les conditions de l'action	81
Paragraphe I : L'insuffisance de l'actif.....	81
1-Définition :.....	82
2-Domaine d'application	83
3-La Détermination de l'insuffisance d'actif.....	84
Paragraphe II : La faute de gestion	85
1-L'absence de définition légale	86
a-La violation de la loi des règlements ou des statuts :	86
b-L 'incurie des dirigeants :.....	87
c-Faute de gestion résultat d'inobservation d'obligations fiscales	88
d-Faute de gestion tenant au fait de vouloir Avantager un créancier :	88
2- L'équivalence quant à la nature de la faute.....	89
a- Position du législateur français : « d'une faute présumée à une faute prouvée ». .	91
b-Position du législateur marocain	92

Paragraphe III - Le lien de causalité.....	92
1-L'exigence d'un lien de cause à effet.....	93
a-La contribution à l'insuffisance d'actif	93
b-Le recours à la théorie de l'équivalence des conditions.....	94
Paragraphe IV : égalité des pratiques actuelles face à l'action en comblement	96
1-Réalité de la pratique jurisprudentielle	96
2-Bilan contrasté	97
Sous-section II : Les résultats de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif ...	98
Paragraphe I : En ce qui concerne les dirigeants	98
1-La condamnation des dirigeants	99
a-La détermination des dirigeants condamnés	99
b- Le montant de la condamnation	101
2-Affectation des sommes.....	102
Paragraphe II - En ce qui concerne les créanciers	103
1-Sort de sommes versées.....	103
a-En cas de continuation	103
b-En cas de cession ou de liquidation.....	104
2-La sanction de la non-exécution de la condamnation	105
Paragraphe III- la nature juridique de l'action.....	106
1-Distinction avec la responsabilité de droit commun.....	106
a-Les points de divergences.....	106
b-La position du législateur Français	107
2-Distinction avec la responsabilité personnelle à l'égard d'un tiers pris individuellement : la faute détachable des fonctions.	109
Section II : L'action en extension de la procédure « spécificités insuffisances et perspectives d'amélioration »	111
Sous-section I : L'extension d'origine légale	112

Paragraphe I : les cas d'ouverture	113
1-Avoir disposé des biens de la société comme des siens propres.....	113
2-Le fait pour un dirigeant d'avoir sous Le couvert de la société masquant ces agissements ; fait des actes de commerce dans un intérêt personnel	114
3-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 était intéressé directement ou indirectement.....	115
4-Le fait pour un dirigeant d'avoir poursuivi abusivement dans un intérêt personnel, une activité déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société.....	117
5-Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif.....	118
6-Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière	119
7-Avoir tenu une comptabilité ou fait disparaître des documents comptables de la société ou s'être obtenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales	119
Paragraphe II : Les fondements.....	120
1-Le détachement du manquement du dirigeant social du droit commun de la responsabilité civile.....	121
2-Le possible rattachement du manquement du dirigeant à l'idée de conflit d'intérêt.....	122
Paragraphe III : Modalités et effets	124
1-Modalités	124
a- La dualité des procédures.....	124
b-Les limites « une dualité apparente »	125
c-L 'unicité de la date de cessation des paiements	126
2-Les effets :.....	126
a-L'effet principal ; la mise à la charge du dirigeant de la totalité du passif social .	127
b-L'incertitude quant à l'étendue du passif social mis à la charge du dirigeant	

social.....	128
c-L 'effet incident :.....	129
Paragraphe 4 : Appréciation de la jurisprudence commerciale face à l'action en extension de la procédure.....	130
Sous-section II : l'extension jurisprudentielle.....	133
Paragraphe I : les modalités	134
1-L'extension pour fictivité de la personne morale	134
2-L'extension pour confusion des patrimoines	135
a-Notion	135
b-Les conditions de la confusion des patrimoines.....	136
Paragraphe II : Applications jurisprudentielles :.....	137
1-Tendance de la jurisprudence marocaine en la matière	137
2-Jurisprudence comparée.....	139
Sous-section III : Les entraves à l'efficacité de l'action et perspectives d'amélioration	140
Paragraphe I : les entraves du régime de l'action en extension	140
1- La rédaction des textes.....	140
2-l'hypertrophie de la sanction civile.....	141
3 –L'impact de l'action.....	142
a-La disproportionnalité des effets de l'action.....	142
b-L'incertitude des droits des créanciers	142
c-L'insécurité juridique des créanciers	143
Paragraphe II : les perspectives d'amélioration	144
1-La position du législateur français.....	144
a-Anciennes dispositions	144
b-La suppression de l'obligation aux dettes sociales 2009	145
c-De l'extension sanction à l'obligation aux dettes sociales (2006-2009).....	146

2-Les réformes souhaitables : une définition globale de la faute dans un but de simplification et d'efficacité	147
a-La notion de faute de gestion englobe les cas visé par l'article 740	148
b- Les atteintes aux intérêts financiers de l'entreprise.....	148
c-La faute de gestion est une notion souple donc évolutive.....	148
d- La faute de gestion est une notion large	149
Conclusion partie I :	151
Partie II : La responsabilité pénale et quasi pénale du dirigeant d'entreprise en difficulté : un régime vers plus de fiabilité	152
Chapitre I : La responsabilité quasi pénale du dirigeant d'entreprise en difficulté (la déchéance commerciale).....	154
Section I : La déchéance commerciale « vers une responsabilité alourdie du dirigeant de l'entreprise en difficulté »	154
Sous-section I: Le régime juridique de la déchéance commerciale	155
Paragraphe I : Les cas de la déchéance commerciale	155
1-Faits donnant lieu à la déchéance commerciale des commerçants personnes physiques.	156
a-Avoir poursuivi abusivement, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements :	156
c-Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif.....	157
2-Faits donnant lieu à déchéance commerciale de l'article 746 du code de commerce.....	158
3-Faits donnant lieu à déchéance commerciale des dirigeants des entreprises.....	159
a-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.....	159
b-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 :	159
c-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:.....	160
d-Avoir omis de faire dans le délai de quinze jours, la déclaration de l'état de cessation de paiements :	160
e-Avoir procédé de mauvaise foi au paiement d'un créancier au détriment des autres créanciers pendant la période suspecte.....	160
Paragraphe II : Le contenu de la déchéance commerciale	161
1-Les objectifs de la déchéance commerciale	161
2-La nature de la déchéance commerciale.....	162
3-La cause de la déchéance : l'incombance ou l'indignité	163
4-Le contenu de la déchéance : le pouvoir	165
Paragraphe III : les spécificités procédurales	166
1-Les modalités du jugement.....	167
a-La saisine	167
b-La durée de la mesure.....	167
c-Les modalités de notification et de publicité	167
d-Le relèvement	168
2-Les voies de recours.....	168
Sous-section II : Les effets de la déchéance commerciale	169
Paragraphe I : Les effets principaux à l'égard du dirigeant de l'entreprise	169
1-L'élimination de toute fonction de direction ou de contrôle	169
2-L'élimination de toute fonction publique élective	170
Paragraphe II : Les effets secondaires : « Le dirigeant est frappé dans ses prérogatives d'associé ».....	171
Paragraphe III : Appréciation de la jurisprudence à l'égard des effets de la déchéance commerciale	172

Paragraphe IV : Les insuffisances du régime	173
1-Les règles de forme.....	173
a-Le nombre limité des personnes habilitées à agir.....	173
b-Le déficit du ministère public.....	174
c-Le déficit du syndic.....	174
2-Les règles de fond	175
Section II : Aspect comparatif avec la législation française	175
Sous-section I : Les privations comme sanction alternative à la déchéance commerciale en droit marocain.....	175
Paragraphe I : Quant au droit de vote.....	175
Paragraphe II : Quant au port de décorations	176
Sous-section II : Les interdictions	176
Paragraphe I : L'interdiction de diriger	176
Paragraphe II : La portée de l'interdiction de diriger	177
1-La portée générale	177
1-La portée particulière	178
Chapitre II : L'évolution de la politique pénale en matière de la responsabilité pénale du dirigeant de l'entreprise en difficulté	179
Section I : Le régime juridique de la banqueroute.....	180
Sous-section I : Eléments et conditions de la banqueroute.....	181
Paragraphe I : Les éléments de la banqueroute	181
1-La conduite matérielle.....	182
a-L'emploi de moyen ruineux.....	182
b-Le détournement ou la dissimulation d'actif	186
c-L'augmentation frauduleuse du passif du débiteur	189
d- Les délits relatifs à la comptabilité	190
e-Proposition de limitation des cas	194

f-Les traits communs avec l'abus des biens sociaux	194
2-La conduite morale.....	196
a- L'exigence d'un dol général	197
b-L 'exigence d'un dol spécial :	197
Paragraphe II : Les conditions de la banqueroute	198
1-La nécessité d'ouverture d'une procédure de traitement.....	198
a- L'interprétation large de l'article 736	198
b-L 'interprétation fondée sur l'article 754 du code de commerce.....	201
2-La position du législateur français.....	203
a-Nécessite de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.....	203
b-L'incidence de la condition de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire : mettre fin à la faillite virtuelle.....	204
3-Personnes susceptibles d'être poursuivies.....	206
a-L 'auteur principal.....	206
b-Les complices	206
Paragraphe III : Aperçu comparatif avec l'ancien régime : une dépenalisation injustifiée	210
1-Aperçu sur l'ancien régime répressif de la banqueroute.....	210
a-La banqueroute dans le code de commerce de 1913	210
b-La banqueroute dans le code pénal de 1962	212
2-Les cas de la banqueroute dans l'ancien régime	214
a-La banqueroute simple : (cas dépenalisés).....	214
b-La banqueroute simple frauduleuse	217
c-Les délits de banqueroute frauduleuse : (cas non dépenalisés).....	220
2-Une dépenalisation injustifiée	221
Sous-section II : Le régime répressif et procédural de la banqueroute.....	222

Paragraphe I : Les peines prévues :	222
1-Les peines principales	223
2-Les peines accessoires	224
a-Présentation générale	224
b-Caractéristiques : les peines accessoires « mesures automatiques »	224
3-Aspect comparatif avec la législation française : « les peines complémentaires »	225
4-L’articulation des sanctions civiles et pénales	226
a-Position du problème	226
b-L’intérêt du chef de l’entreprise est ici duel	227
c-Le cumul écarté en cas de faute légère	227
d-Le cumul admis en cas de faute grave	228
Paragraphe II : La poursuite	229
1-Les auteurs de la poursuite	229
a-Droit commun des poursuites	229
b-Jeu des règles dérogatoires de l’article 759 du code de commerce	231
2-Le rôle du ministère public	231
a-L ’ambiguïté de l’article 759 du code de commerce	231
b-L’effet de la dualité du ministère public	232
Section II : Les autres infractions attachées à la banqueroute	233
Sous-section I : en droit marocain	233
Paragraphe 1 : infraction commise par le syndic	234
1-Généralité sur le syndic	234
2-La responsabilisation du syndic	236
Paragraphe II : les infractions commises par le créancier	236
Paragraphe III : les infractions commise par des personnes ayant accomplis des actes au profit du dirigeant	237

Sous-section II : Aperçu comparatif avec la législation française.....	238
Paragraphe I : Les infractions commises par le débiteur	238
1-Dissimulation frauduleuse des biens par un débiteur	238
2-Déclaration frauduleuse des dettes supposées par un débiteur.....	239
3-Passation par le débiteur d’acte de gestion ou de disposition non autorisé	239
4-Passation par le débiteur d’acte de disposition ou paiement en violation du plan de continuation de l’entreprise	240
Paragraphe II : Infractions commises par les parents alliés du débiteur	241
Paragraphe III- Infractions commises par les tiers.....	242
1-Détournement ou recel par un tiers des biens d’un débiteur en redressement judiciaire.....	242
2-Production frauduleuse de créances supposées dans un règlement judiciaire	242
3-Passation par un tiers d’acte de gestion ou de disposition illicite avec un débiteur, entreprise en observation ou en continuation	242
Paragraphe IV-Infractions imputables aux créanciers.....	243
Paragraphe V-Les infractions commises par les auxiliaires de justice désignés par les tribunaux	243
Conclusion partie II :	247
Conclusion générale.....	248
Bibliographie.....	255

Résumé

Quand une personne morale, particulièrement une entreprise commerciale, fait l'objet d'une procédure collective, la responsabilité personnelle de son dirigeant peut-être engagée.

La présente thèse traite, le régime juridique des actions responsabilisant les dirigeants d'entreprise en difficulté, leurs particularités leurs limites, ainsi que la politique juridico- économiques menée par le législateur en la matière.