

Au carrefour des sanctions civiles et pénales : l'insuffisance d'actif en contrepoint

At the intersection of civil and criminal sanctions: the issue of insufficient assets

Pr. NAJIB ED-DARKAOUI

Maître de conférences habilité-FSJES de Fès-USMBA

Laboratoire Études juridiques et Transformation Numérique

Résumé : à travers la réforme du droit des entreprises en difficulté en 2018, dite de sauvegarde, le législateur marocain a certes confirmé sa politique de dépénalisation de la vie des affaires. En principe, les procédures de traitement des difficultés ne constituent pas une sanction au détriment des entreprises, mais une solution en leur faveur. Toutefois, ce n'est pas toujours le cas pour les dirigeants, qui sont assujettis à des sanctions civiles et pénales, notamment en cas de faute de gestion conduisant à une insuffisance d'actif (articles 585, 738, 739 et 740 du C.com.). Dans ce cas, en plus du comblement total ou partiel du passif de l'entreprise en difficulté, la déchéance commerciale, des amendes et des peines privatives de liberté, seront prononcées, et ce dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ouverte à leur encontre à titre personnel. C'est dans ce cadre que l'on peut se demander si la procédure prévue aux articles 739 et 740 du C.com constitue en elle-même une sanction ?

Mots-clés : entreprises en difficulté, dirigeant, procédure, ouverture, extension, insuffisance d'actif, comblement du passif, faute de gestion, sanction

Abstract : There is no doubt that the Moroccan legislature has reaffirmed its policy of not criminalising businesses facing difficulties through the amendment of Book V of the Commercial Code of 1996, and in particular through the introduction of the rescue procedure into this legislation in 2018. In principle, procedures for addressing difficulties are not considered a penalty against businesses, but rather a means of assisting them. However, this is not always the case for directors, who are subject to civil and criminal penalties, particularly where a management error leads to a shortfall in assets (Articles 585, 738, 739 and 740 of the Commercial Code). In this context, a director may be sentenced, in addition to being held wholly or partially liable for the company's debts in difficulty, to the forfeiture of his commercial capacity, financial penalties, and custodial sentences, through the extension or initiation of settlement or judicial liquidation proceedings against him in a personal capacity. In this context, we ask whether the procedures for dealing with business difficulties constitute a penalty in themselves under the provisions of Articles 739 and 740 of the Commercial Code?

Keywords: business difficulties, manager, proceedings, initiation, extension, creditors, assets, mismanagement, penalty.

Introduction

Peu de matières en Droit des affaires sont à ce point le produit d'une histoire et le résultat de constructions polies par le temps. Le droit de la faillite s'est tissé à travers les âges au gré du législateur et de l'air du temps »³¹¹⁹. F-X Lucas

1. En droit contemporain des affaires, la main du législateur 'tremble'³¹²⁰ chaque fois qu'il tente d'équilibrer les couples '*responsabilité-pouvoir*'³¹²¹ et '*intérêts de l'entreprise- intérêts de ses partenaires*'. Ce frémissement apparaît nettement dans *le droit marocain des entreprises en difficulté*, régi principalement par les dispositions du *livre 5 du C.com*³¹²², surtout au niveau des sanctions du '*comblement du passif*' ou de la '*responsabilité pour insuffisance d'actif*'³¹²³, terrain où se manifeste clairement l'aspiration du législateur à concilier le sauvetage de l'entreprise et la lutte contre la fraude des dirigeants.

2. Or, [même si le sort de l'entreprise ne dépend plus du comportement malhonnête, des erreurs de gestion ou même de l'incurie de son dirigeant [...], « le changement des priorités de ce droit, qui a aujourd'hui une finalité économique, ne signifie pas pour autant qu'il a perdu toute *fonction répressive* »³¹²⁴. Celle-ci *demeure nécessaire pour garantir une certaine morale des affaires*. Selon l'expression de Robert Badinter, la législation française de 1985 a cherché une '*humanisation*' du droit des procédures collectives, notamment par le jeu d'une '*dépénalisation*' des sanctions (par exemple, la réduction des cas de *banqueroute*³¹²⁵) et par un retour en force des règles de *responsabilité civile*, notamment en cas d'insuffisance d'actif³¹²⁶.

3. Certes, si la continuation de l'exploitation de l'entreprise et le maintien de l'emploi constituent les maîtres mots de l'actuel droit des entreprises en difficulté, les sanctions y conservent cependant une place prépondérante.

3119 François-Xavier Lucas, « la réforme à la lumière de l'histoire du droit des procédures collectives », in Colloque de la Deauville 3 / 4 avril 2004 : « *entreprises en difficulté : nouvel essai moins de liquidations par plus de prévention. Mythe ou réalité ?* », *RJC Hors-série* 2004, p :9.

3120 Philippe Roussel GALLE, « faut-il réformer le droit des entreprises en difficulté... ou le droit des entreprises ? », *Revue des procédures collectives* n° 4, Juillet 2013, repère 4

3121 Hydin Didace Amboulou, *Le Droit des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA*, Harmattan, Paris 2015, P :197.

3122 La loi n°15-95 formant C.com qui ont été abrogées et remplacées en vertu de l'article premier du dahir n° 1-18-26 du 19 avril 2018 portant promulgation de la loi n°73-17 ; B.O. N° 6732 du 6-12-2018, p.1879.

3123 Précisément les articles : 585 et 736 à 743 du C.com.

3124 À ce titre, Jean Astier ajoute que : « le droit des faillites, trop souvent droit de vengeance, de rancœur et d'échecs puisse devenir un droit rude, mais juste et efficace, cité par : Bernard DUREUIL, « l'indomptable » in *27^{ème} Congrès de L'IFPPC*, : « *IFPPC : 25 ans d'action 25 propositions d'amélioration du Livre VI C. Com.* », Montpellier 1/10/ 2010, p : 7.

3125 Au Maroc, cette infraction est prévue par les articles 754 et S. du C. com et 556 à 559 du C. pénal

3126 En France, avant la réforme de 14 février 2022, seuls les dirigeants d'une personne morale en liquidation judiciaire étaient susceptibles d'être l'objet d'une action pour insuffisance d'actif. S'agissant du débiteur personne physique (autrement dit l'entrepreneur individuel), toute action en insuffisance d'actif contre lui était exclue en raison même du principe d'unité du patrimoine selon lequel tous les biens (professionnels ou non) de l'entrepreneur individuel étaient de plein droit saisis par la procédure collective et répondaient tous ainsi automatiquement du paiement des dettes professionnelles, [...] l'entrepreneur individuel se trouve aujourd'hui dans une situation proche de celle du dirigeant d'une société puisque désormais ce n'est pas tout le patrimoine de l'entrepreneur individuel qui répond de l'exécution de ses dettes professionnelles mais exclusivement les biens et droits composant l'actif de son patrimoine dit professionnel.

Dans les deux cas, l'action en insuffisance d'actif a pour « vertu » de permettre de restaurer l'unité patrimoniale en " obligeant " le patrimoine personnel à contribuer à la restauration de l'actif du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel.

Marie-Laure Coquelet, *entreprises en difficulté*, hyper cours, 8eme édition, octobre 2025, PP: 477 à 479

Pourtant, « l'emploi du pluriel est largement trompeur parce que le nombre des sanctions patrimoniales s'est considérablement érodé au fil des réformes »³¹²⁷. En d'autres termes, si la fonction répressive demeure, elle s'est notablement adoucie au fil du temps³¹²⁸. C'est précisément le cas de "l'extension ou de l'ouverture"³¹²⁹ de la procédure à l'encontre des dirigeants de l'entreprise en difficulté, lorsque leur responsabilité est recherchée et que leur *patrimoine personnel* peut être mis en cause au-delà de « l'écran de la personne morale » ou de la composition du patrimoine affecté à l'activité professionnelle³¹³⁰.

4. Ainsi, selon l'article 736 du C.com., situé dans le titre 7 relatif aux sanctions, celles-ci sont applicables aux dirigeants de l'entreprise individuelle ou à forme sociale ayant fait l'objet d'une procédure, qu'ils soient de droit ou de fait, rémunérés ou non. À rappeler dans ce cadre que d'après l'article 546 al 2 du C.com, dirigeant peut être lui-même le chef de l'entreprise³¹³¹. Toutefois, dans la clarté de désignation des différents organes sociaux s'incruste l'opacité de la notion de dirigeant de fait, dont la qualification fera l'objet de l'appréciation des tribunaux³¹³².

5. Quant à l'extension des procédures aux dirigeants, en l'absence d'une définition légale, on ne peut que se référer au champ d'application de cette sanction qui « ne s'applique pas à l'insuffisance d'actif issu de l'échec de la sauvegarde et du redressement judiciaire »³¹³³. S'agissant de l'entreprise, l'article 585 du C.com. marocain prévoit que « la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres entreprises par suite de confusion de

3127 Avec le temps, le droit des procédures collectives a perdu le caractère strictement répressif qui était à l'origine le sien. Il a désormais avant tout une finalité économique : trouver une solution à la défaillance du débiteur afin de sauvegarder l'entreprise et les emplois qui y sont attachés. M-L Coquelet, IBID.

3128 Najib ED-DARKAOU, *contribution au droit de la prévention des difficultés de l'entreprise*, thèse Tanger 2016, p :32.

3129 Articles 585, 738, 739 et 740 du C.Com.

- Article 585 : « La procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres entreprises...3
- Article 738 : « Lorsque la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire 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 ».
- Article 739 : « 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 ne s'acquittent pas de cette dette ».
- Article 740 : « En cas de redressement ou de liquidation judiciaire d'une société, le tribunal doit ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant contre lequel peut être relevé un des faits ci-après :... ». Voir plus infra. Spéc. Nos N° 46 ; II-B-2 : caractère original de l'ouverture prévue par l'article 740 C.com.

3130 Ces derniers tendent souvent à percevoir la personnalité morale de la société comme un écran protecteur, voire un bouclier juridique, les mettant à l'abri des conséquences de leur mauvaise gestion. Voir plus dans : Naciri-Bennani, « engager la responsabilité du dirigeant de société commerciale » : *Fiche pratique, Lexis MA, 2020 (accessible via le site : https://www.lexisma-com.ressources.imist.ma)*

3131 Les dirigeants visés : « la règle ne s'appliquait, à l'origine, qu'aux dirigeants de personnes morales : elle n'avait pas d'intérêt pour les exploitants individuels, qui répondaient de leur passif professionnel sur l'ensemble de leur patrimoine. Aujourd'hui, les textes ont été adaptés pour s'appliquer également à l'entrepreneur individuel fautif, responsable de l'insuffisance d'actif de son patrimoine professionnel. Désormais, une condamnation peut être prononcée contre lui, et s'imputera sur son patrimoine personnel (v. spéc. C. com., art. L. 651-2, al. 3) ». Philippe Pétel, *procédures collectives*, 11^e édition, 2023, P 260. Pour plus voir infra I - B- le dirigeant, Nos N°18 et S.

3132 T. com. Casablanca, n° 41, 11 févr. 2008, dossier n° 197/10/200, cité par Naciri-Bennani, *op.cit.*

3133 La limitation du champ d'application de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est justifiée. Le succès d'un redressement de l'entreprise doit en effet faire échapper les dirigeants à toute responsabilité patrimoniale. En quelque sorte, il convient de les « absoudre » de leurs fautes de gestion (ou du moins de ne pas leur en tenir rigueur), même si celles-ci ont conduit à la cessation des paiements. Car, ce qui importe, c'est que l'entreprise soit sauvegardée, et, les emplois qui y sont attachés soient maintenus. M-L Coquelet, *op.cit.*, p : 478

leur patrimoine avec celui de l'entreprise soumise à la procédure ou lorsqu'il s'agit d'une personne morale fictive ». Or, il convient de souligner que les articles 738, 739 et 740 du même code ajoutent d'autres cas de responsabilité des dirigeants³¹³⁴.

6. À ce niveau, nous ne cachons pas notre sidération devant le fait que les juridictions marocaines, qu'il s'agisse des juridictions de fond ou de la Cour de cassation, n'emploient pas seulement les deux termes – d'ouverture et d'extension- comme des synonymes, mais ne prêtent surtout pas attention aux dispositions de l'article 741³¹³⁵, lequel prévoit pourtant des mesures spécifiques pour les cas énumérés à l'article 740³¹³⁶, considérés d'ailleurs comme une preuve de l'escroquerie³¹³⁷.

7. Quelle qu'en soit la situation, le législateur semble s'inspirer de Voltaire, qui estimait que lorsqu'il est question d'argent, tout le monde est de la même religion. C'est pourquoi il a instauré un châtement pécuniaire, plus adapté à la mauvaise foi des dirigeants et aussi à leur gestion fautive : " *le comblement du passif à travers une ouverture ou une extension de la procédure collective*", qui est, de notre point de vue, une sanction supplémentaire à leur détriment. Par conséquent, ces deux mesures permettront d'atteindre deux objectifs : renflouer les caisses, d'une part, et assurer un effet dissuasif sur les dirigeants, d'autre part.

8. De surcroît, contrairement à l'action en comblement du passif en droit français et OHADA³¹³⁸, où le dirigeant n'est généralement condamné à payer qu'une partie de l'insuffisance d'actif, l'extension-ouverture de la procédure permet d'ajouter à la partie de l'actif de nouveaux patrimoines : celui du dirigeant fautif et aussi de son garant

3134 Ces cas sont traités en Droit OHADA dans les articles 180 à 193 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Voir infra : II-B- extension aux dirigeants, NOS 35 et 5.

3135 Article 741 : « en cas 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 ».

3136 *Jusqu'à la date de rédaction de cet article, on n'a pas trouvé une seule décision qui ouvre la procédure, de redressement ou de liquidation judiciaire, à l'encontre des dirigeants et leur exigeant de présenter une liste de leurs créanciers personnels, ni que ces derniers ont déclaré les montants de leurs créances. Mieux encore, seuls les créanciers de la société sont avisés par le syndic et la nouvelle déclaration de créance concerne seulement les sommes restant impayées dans la procédure initialement ouverte contre la société.*

3137 V. dans ce sens les arrêts de la : C.Cass. marocaine. N° 505-1 du 26-07-2022, dossier N° 708-3-1-2021 et surtout l'arrêt de C.A. de commerce de Fès N°119 du 15-11-2023 dossier N°8321-2020-10 (inédictes).

3138 Article 183 AUOPC -OHADA : « lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic, du ministère public ou de deux contrôleurs dans les conditions de l'article 72 alinéa 2 ci-dessus, ou même d'office, que les dettes de la personne morale sont supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux ».

(caution)³¹³⁹ afin de désintéresser les créanciers, « otages des longues procédures collectives »³¹⁴⁰. Néanmoins, cela donne l'impression que la procédure collective devient elle-même une sanction, étant donné qu'elle est ouverte-étendue sans que le dirigeant ne soit en cessation de paiements. De plus, le dirigeant n'est pas toujours commerçant, ce qui nous semble exceptionnel et non conforme aux conditions d'ouverture des procédures telles que prévues par les articles 575³¹⁴¹ et S. du C.com.

9. Ceci étant dit, reste à savoir dans quels cas on doit étendre ou ouvrir les procédures de traitement des difficultés aux dirigeants et à d'autres entreprises ?

10. De la lecture des textes et de la jurisprudence, on déduit que le prononcé de cette sanction sera subordonné à deux critères : la situation financière de l'entreprise et l'imputabilité de cette situation à la gestion du chef d'entreprise³¹⁴². C'est la raison pour laquelle on ne peut pas traiter les motifs de l'extension de la procédure (II) avant de déterminer les personnes concernées par ces articles (I).

I – les personnes concernées par l'extension ou l'ouverture

11. Ici, une nuance est constatée quant aux personnes concernées par cette sanction : tantôt elle vise l'entreprise (A), tantôt les dirigeants (B).

A – l'entreprise

Avant d'énumérer les différents types de l'entreprise (2) on tentera de la définir (1).

1- Définitions

Que ce soit au niveau juridique (b) ou économique (a), l'entreprise n'a pas de définition unique.

a – La diversité des définitions au niveau économique

12. Il est communément admis dans la littérature économique que l'entreprise est considérée comme « la plus petite combinaison d'unités légales qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes »³¹⁴³.

3139 Art 174 AUOPC-OHADA : « Sous réserve de l'application du dernier alinéa de l'article 170, ci-dessus, la décision de clôture pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, sauf si la créance résulte d'une condamnation pénale du débiteur ou de droits attachés à la personne du créancier. Le garant de la dette d'autrui ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur recouvre l'exercice de ses droits de poursuite contre ce dernier. Par exception, tous les créanciers admis ou non, recouvrent leurs droits de poursuite individuelle : en cas de prononcé de la faillite personnelle du débiteur ; en cas de condamnation du débiteur en banqueroute ; si la juridiction compétente constate une fraude du débiteur à l'égard d'un ou plusieurs créanciers ; si le débiteur ou la personne morale dont il a été le dirigeant a été soumis à une procédure de liquidation des biens clôturée pour insuffisance d'actif moins de cinq (05) ans avant l'ouverture de celle à laquelle il est soumis ; si la procédure est une liquidation des biens prononcée à l'encontre du dirigeant condamné en comblement de passif ; si la procédure collective a été ouverte par application de l'article 189 ».

3140 Abdelali El Hourri, « les créanciers otages de longues procédures de sauvetages des entreprises en difficulté », publié sur MEDIA24 le 16 AVRIL 2021 (consulté le 19/11/2025). <https://medias24.com/?p=1052273>

3141 Article 575 : « la procédure de redressement judiciaire s'applique à toute entreprise commerciale en cessation de paiement ; La cessation de paiement est établie dès lors que l'entreprise est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, y compris les créances résultant des engagements pris dans le cadre de l'accord amiable prévu à l'article 556 du C.Com. ».

3142 M-L Coquelet, *op.cit.*, p : 478

3143 ED-DARKAOUI NAJIB, « contribution au droit de la prévention des difficultés des entreprises », *op.cit.*, p : 18

Or, celle-ci « est oubliée par le droit », disait J-P. Robé³¹⁴⁴. Elle ne l'est plus maintenant, lui répond le législateur contemporain.

13. En effet, si autrefois aucun corpus juridique n'a donné de définition à l'entreprise. Cette dernière était jusqu'à une date récente définie à travers les contrats qu'elle conclut et les activités qui lui servent toujours de support juridique. C'est « un nœud de contrats, internes et externes ». Ainsi, comme le note FERATON, « l'analyse de l'entreprise moderne exige de solliciter plusieurs branches du droit et, au total, on est en présence d'un ensemble impressionnant de règles qui relèvent de plusieurs matières : droit civil, droit des sociétés, droit commercial, droit boursier, etc. ». Dans ce cadre, B. SEGRESTIN et A. HATCHUE, proposent une nouvelle conception de l'entreprise, mieux adaptée au XXIe siècle³¹⁴⁵.

b – La pluralité d'approches au niveau juridique

14. Quant aux législateurs marocain et français, actuellement plusieurs textes définissent l'entreprise. À titre d'exemple :

Au Maroc, à côté de l'article 546, l'alinéa 2 de l'article 1 de la loi N° 88-17 définit l'entreprise comme « toute personne physique ou morale qui exerce une activité commerciale au sens du C.com ». En France, « l'entreprise était de fait associée à sa personnalité juridique ou à « l'unité légale » qui exerce une fonction de production que ce soit sous forme individuelle ou sociétaire. La L.M.E. de 2008 et son décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 ont donné pour la première fois une définition économique de l'entreprise, en reprenant les termes du R.E. N° 696/93 du Conseil des communautés européennes adopté en 1993 »³¹⁴⁶.

15. À ce titre, « le juge est désormais tenu de considérer l'entreprise non seulement comme un sujet de droit, ou comme une zone d'intérêts divergents entre lesquels il est tenu d'arbitrer, mais aussi comme un repère de développement et un noyau dont dépend le progrès et la prospérité économique, un moyen d'attraction des investissements et de sauvegarde de la paix sociale »³¹⁴⁷.

2- Les types de l'entreprises

Qu'il s'agisse d'une structure collective ou individuelle, l'entreprise peut, selon le cas, être une personne morale (b) ou une personne physique (a).

a- L'entreprise sans personnalité morale : les structures individuelles du commerce

16. Selon l'article 1 de la loi N°88-17, l'entreprise est « le commerçant » lui-même.

3144 Jean-Philippe Robé, « l'entreprise oubliée par le droit », séminaire : *vie des affaires*, 1 octobre 2001, <http://www.ecole.org>, cité par : ED-DARKAOUI NAJIB, IBID

3145 Blanche Segrestin et Armand Hatchuel, *Refonder l'entreprise*, Coédition Seuil-La République des idées, 02/02/2012, pp. : 7 et 11

3146 Jean-Marc Béguin et Vincent Hécquet, « avec la définition économique de l'entreprise, une meilleure vision du tissu productif », in , *rapport de l'INSEE* 2015, p : 27, [INSEE - Les entreprises en France - Insee références - édition 2015 | PDF](https://www.insee.fr/fr/statistiques/1511114?geo=FRANCE) (consulté le 30/11/2025).

3147 Ed-Darkaoui Najib, op.cit. p: 18.

Désormais l'entreprise est représentée par le commerçant et n'est pas seulement une partie de ses biens. Autrement dit, cette entreprise n'est plus une notion strictement patrimoniale ce qui illustre le triomphe du capitalisme moderne.

En général, ce commerçant peut être soumis soit à un régime de droit commun soit à un autre spécifique, celui de « l'auto entrepreneur ».

a-1 - Le commerçant

16.1. Selon le C.com, la qualité de commerçant s'acquiert par l'exercice habituel ou professionnel des activités mentionnées dans les articles 6 à 10 de ce Code³¹⁴⁸. À noter cependant qu'en vertu de l'article 11 du même code, elle est réputée commerçante « toute personne qui, en dépit d'une interdiction, d'une déchéance ou d'une incompatibilité, exerce habituellement une activité commerciale.

À ce niveau, la commercialité se fonde sur une double approche : « objective et subjective »³¹⁴⁹.

a-2 - L'auto-entrepreneur

16.2. Créé par la loi N°114-13, de ce nouveau statut vise à développer l'esprit entrepreneurial, en permettant aux personnes physiques exerçant leurs activités en dehors de tout cadre légal de sortir du secteur informel, et en leur facilitant l'accès au marché du travail. Ce statut devrait ainsi permettre à beaucoup de bénéficier désormais d'un régime simplifié, que ce soit d'un point de vue juridique, fiscal ou social, en leur offrant la possibilité d'exercer facilement une activité professionnelle indépendante, et ce, à des coûts minimes.

Or, même si plusieurs personnes sont exclues de ce régime³¹⁵⁰, ce dernier vise, selon l'article 1 de la loi n° 114-13, toute personne physique exerçant à titre individuel :

- une activité industrielle, commerciale ou artisanale, si le chiffre d'affaires 3151 annuel encaissé ne dépasse pas 500 000 dirhams ;
- ou une activité de prestations de services, à condition que le chiffre d'affaires annuel encaissé demeure inférieur à 200 000 dirhams.

b- l'entreprise personne morale : les structures sociétaires

³¹⁴⁸ À distinguer toutefois entre activités, qui exige répétition et professionnalisme, et actes de commerce qui est pris isolément.

³¹⁴⁹ Dans sa vision **objective**, le droit commercial régit les activités et les actes de commerce, lesquels ne sont pas réservés à l'usage des seuls commerçants. Ainsi, la signature d'une lettre de change est un acte de commerce, quelle que soit la qualité (civile ou commerciale) de ceux qui interviennent.

Du point de vue juridique, le commerçant n'est pas seulement celui qui fait le négoce, c'est à dire, qui accomplit une activité commerciale proprement dite. Distribution, achats et revente, l'industriel appartient également à la catégorie de commerçant. On le trouve donc dans le secteur de la production ; on le trouve encore dans celui des services : transporteur, assureur, banquier. En vérité, l'homme d'affaires est la figure centrale du droit commercial. En revanche, même si économiquement parfois, leur statut est proche, les professions libérales et agricoles échappent par tradition à l'emprise du droit commercial. Hassania Cherkaoui, *droit commercial*, Imprimerie Najah Al Jadida, 2001, pour plus Voir. n° 54 et s.).

³¹⁵⁰ Voir plus dans, Najib Ed-Darkaoui, « droit de l'entreprise », *Cours 2025*, p : 28.

³¹⁵¹ Le chiffre d'affaires encaissé ne doit pas dépasser, pendant deux années consécutives, les limites énoncées ci-dessus. À défaut, il est impossible de continuer à bénéficier du régime de l'auto-entrepreneur. Il convient cependant de noter qu'une tolérance existe dans le cas où l'auto-entrepreneur excède, au cours d'une année, les plafonds fixés par la loi.

17. Au niveau de la structure³¹⁵², l'entreprise prend la forme d'une société commerciale. Elle peut être constituée soit sous une forme collective (a), soit sous une forme individuelle (b).

b-1 – les structures collectives

17.1. Entre autres, on se limite aux structures régies par les lois N°17-95³¹⁵³ et N°5-96³¹⁵⁴. Dans ce cadre, on recense : la société anonyme, la société en nom collectif, (art 3 à 18 L. N°5-96), la société par action simplifiée³¹⁵⁵ (art 43-1 à 43-15 L. N°5-96), la société en commandite par actions (art 31 à 43), la société en commandite simple (art 20 à 30) et la société à responsabilité limitée (art 44 à 87 L. N°5-96. À souligner que la société en participation n'a pas de personnalité morale (art 88 à 91 L. N°5-96).

b-2- les structures unipersonnelles

17.2. Ces deux structures sont prévues par la loi N°5-96. À côté de la S.A.R.L.U. (art 44), la loi N° 19-20 a ajouté la S.A.S.U. (art 43-1). Ces deux formes constituent une dérogation à la définition prévue par l'article 982 du D.O.C³¹⁵⁶.

B- le dirigeant

18. D'après les articles 374 de la loi n° 17-95 et 100 de la loi n° 5-96, le dirigeant peut être de droit ou de fait. De même, au sens de l'article 736 du code de commerce, les sanctions relatives aux difficultés de l'entreprise sont « applicables aux dirigeants de l'entreprise individuelle ou à forme sociale ayant fait l'objet d'une procédure qu'ils soient de droit ou de fait, rémunérés ou non ».

1 - dirigeant de droit

18.1. Selon l'article 1 de la loi N°53-00 formant charte des PME : « ...l'entreprise est administrée et gérée par des personnes physiques qui en sont les propriétaires, copropriétaires ou actionnaires ... ». De surcroît, l'art 374 de la loi N°17-95 et 100 de la loi n° 5-96, il s'agit de « toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion de sociétés anonymes sous le couvert ou aux lieux et places de leurs représentants légaux ». Ces dispositions visent « les dirigeants personnes physiques comme les dirigeants personnes morales, ainsi que les représentants permanents de dirigeants personnes morales »³¹⁵⁷.

18.1.1. À titre d'exemple : « les collectivités publiques, qui s'immiscent souvent, et avec plus ou moins de bonheur, dans la vie économique, sont également concernées. Elles peuvent être condamnées par une juridiction consulaire

3152 A rappeler ici qu'il existe plusieurs textes qui régissent des structures spécifiques (bourse, banque, assurance, etc).

3153 Dahir n° 1-96-124 portant promulgation de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes, Bulletin Officiel n° 4422 17 octobre 1996, p. 661. Modifiée et complétée plusieurs fois. La dernière modification date de 2023 (dahir n° 1.23.15 du 10 février 2023, B.O. N° 7173 du 27 février 2023, p : 2244)

3154 Dahir n° 1-97-49 portant promulgation de la loi n° 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation (B.O. 1/05/1997). Modifié et complété plusieurs fois, les derniers amendements date de 22/08/2024 (lois n° 44-24 et 45-24)

3155 Titre III bis de la loi N°5-96, introduite par la loi N°19-20 (B.O. arabe N°7006 du 22 juillet 2021 ; B.O. en français N° 7014 du 19 aout 2021).

3156 L'article 982 du D.O.C définit la société comme : « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs biens ou leur travail ou tous les deux à la fois en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ».

3157 Art. L. 651-1. C. com. Français.

en qualité de dirigeants de droit. Toutefois, le litige relève du droit public et des juridictions administratives si la personne morale en redressement judiciaire exerce une mission de service public administratif »³¹⁵⁸.

18.1.2. Néanmoins, « lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants qui ne sont pas, en outre, associés ou membres indéfiniment responsables du passif de la personne morale ne répondent pas de ce passif : il en est ainsi, par exemple, du président, du directeur général et des administrateurs de société anonyme, ou du gérant de SARL. La loi a toujours permis au tribunal de déroger à cette règle ordinaire, dans le double souci de sanctionner les dirigeants fautifs et de réparer le préjudice subi par les créanciers impayés de la personne morale »³¹⁵⁹.

2 - dirigeant de fait

18.2. Prévu à l'art 374 de la loi N°17-95 et 100 de la loi n° 5-96, le dirigeant de fait est « toute personne qui se comporte comme étant le dirigeant de droit de la société sans avoir été nommée comme tel. Ainsi, en présence d'une définition imprécise et incomplète de la notion de dirigeant de fait, la doctrine et la jurisprudence se sont efforcées de construire des critères de définition de dirigeant de fait³¹⁶⁰.

18.2.1. Selon l'expression du professeur Corinne Saint-Alary-Houin, la direction de fait est une immixtion dans la gestion de droit, [...] elle permet d'agir contre toute personne (physique ou morale) qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité de gestion au sein d'une personne morale à la place de ses dirigeants légaux³¹⁶¹.

18.2.3. À ce titre, le professeur I. FAÏK ajoute que³¹⁶² : « les dirigeants de fait sont les personnes qui, directement ou par personne interposée, exercent une activité positive et indépendante de direction à la place des dirigeants de droit : il s'agit souvent d'un associé important, voire d'une société-mère, n'exerçant aucun mandat de dirigeant de droit ; cette qualification peut aussi être attribuée à une banque, à un fournisseur exclusif ou à un professionnel du conseil extérieur à l'entreprise »³¹⁶³.

18.2.4. Quant à la jurisprudence, la qualité de dirigeant de fait est établie par un faisceau d'indices, tels que : « la détention des documents comptables, sociaux et bancaires nécessaires à la gestion de la société, l'existence d'une procuration sur son compte bancaire, ou le contrôle de l'embauche du personnel...etc. En général, souvent la

3158 P. Pétel, *op cit*, p : 261

3159 P. Pétel, *op cit*, p : 258

3160 Idriss FAÏK, « La responsabilité patrimoniale des dirigeants au cours de la procédure collective », in, *entreprises en difficultés et changement organisationnel*, Dir. Elabjani, Abdelaziz, L'Harmattan Année de Publication: 2016, p : 156

3161 Cité par M-L Coquelet, *op.cit.* p : 481

3162 Idriss FAÏK, *op.cit.*, p : 156.

3163 Pour plus voir : M-L Coquelet, *op.cit.*, p : 481 : « Com. 13 févr. 2007, D. 2007. AJ 731, obs. A. Lienhard ; Com. 27 juin 2006, Rev. sociétés 2006. 900, note D. Poracchia ; D. 2007. Pan. 1696, obs. A. Ballot-Léna). Tel sera le cas d'une société mère (Paris, 7 févr. 1997, Bull. Joly 1997. 480, note J.Daigre), d'un associé (Com. 12 juin 2001, no 98-15.362, RJDA 2001, no 971), d'un directeur salarié (Com. 24 juin 2008, Dr. sociétés 2009, comm. 14, obs. J.-P. Legros) du frère du dirigeant (Com. 17 sept. 2002, no 99-15.857, RJDA 2002, no 1307) ou bien encore de l'avocat qui ne s'est pas limité à son rôle de rédacteur d'actes et de conseil Com. 15 févr. 2011, no 10-11.781 : BJS 2011. 583, note B. Saintourens).

direction de fait s'exerce souvent par l'intermédiaire de dirigeants de droit placés sous influence, par exemple des salariés du dirigeant de fait nommés à titre personnel au conseil d'administration de la société débitrice »³¹⁶⁴.
À noter en fin que la preuve de la qualité de dirigeant de fait est libre et laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

II – les motifs de l'extension ou de l'ouverture de la procédure

19. Afin de combler l'insuffisance d'actif constatée dans le cadre d'une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise, le législateur a obligé le tribunal de prononcer l'ouverture ou l'extension de cette procédure au dirigeant de celle-ci ou à

d'autres entreprises.

20. Sans se pencher sur les conditions d'ouverture des procédures qui ne relèvent pas de notre propos, on se limite aux cas permettant l'ouverture ou l'extension d'une procédure déjà ouverte à l'encontre du dirigeant fautif ou à une autre entreprise même si ces dernier(e)s ne sont pas forcément en cessation des paiements ou se trouvent dans une situation irrémédiablement compromise.

La spécificité de l'article 585 du C.com Marocain (A), exige de l'aborder d'une manière autonome par rapport aux cas prévus aux articles 738 et S (B).

A – l'extension à l'entreprise (art 585 du C.com)

21. Cette sanction purement patrimoniale est prévue au Maroc par l'article 585³¹⁶⁵, l'article L 621-2, al. 2 du C.com. français³¹⁶⁶, et vise à « atteindre ceux dont le sort est lié à l'entreprise et qui ont méconnu ou violé les principes généraux du droit relatifs à l'abus de la personnalité morale »³¹⁶⁷.

22. Toutefois, si en droit marocain les dirigeants ne sont pas concernés par cet article, les commerçants, entreprises physiques, le sont. D'ailleurs, c'est ce qui est confirmé par un arrêt de la Cour de cassation française qui a décidé « qu'il est possible d'étendre la procédure collective d'une personne physique à une autre personne physique »³¹⁶⁸.

3164 Françoise Guégot, « la modification de la proposition de loi (N° 4400) relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet », *rapport à l'assemblée nationale N°4411*, 28-03-2012, p: 17 .
www2.assemblee-nationale.fr (consulté le 23/10/2025).

3165 Ancien art 570 du C.Com. : « s'il se révèle que la procédure doit être étendue à une ou plusieurs autres entreprises par suite d'une confusion de leurs patrimoines, le tribunal initialement saisi reste compétent ». Il figure dans le cadre des conditions d'ouverture du redressement judiciaire, selon cet article « la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres entreprises par suite de confusion de leur patrimoine avec celui de l'entreprise soumise à la procédure ou lorsqu'il s'agit d'une personne morale fictive ». Aussi, l'article 651 al 2, relatif à l'ouverture de la liquidation judiciaire, renvoi à l'article 585.

3166 Dans La rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le législateur consacre la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation laquelle, poursuivant son œuvre créatrice engagée sous l'empire de la loi de 1967. Voir par exemple Cass. com. 9-11-1971 n° 69-14.482 : Bull. civ. IV n° 272 ; Cass. com. 22-1-1979 n° 77-12.880 : Bull. civ. IV n° 27, cité par : Philippe Delmotte, « les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation - Panorama de jurisprudence 1998 - 2006 », *RJDA* N°6- 2006, page 540.

3167 Alain Lienhard, *procédures collectives*, 9^e édition -Delmas 2020-2021, Chapitre 064 - Extension de la procédure Nos 064-11

3168 Cass. com. 15-3-2005 n° 415 F-D, Giraudeau c/ Grossetti ès qual Cass. com. 10-7-2001 n° 1355 : RJDA 10/01 n° 989 ; de même, Cass. com. 3-12-2003 n° 1741 D, Lesbarrères c/ Jun ès qual. ; cité par Philippe Delmotte, *op.cit.*, page 540.

En définitive, l'article 585 du C.com prévoit deux cas d'extension de la procédure à d'autres entreprises et non pas aux dirigeants : la confusion des patrimoines (1) et la fictivité de la personne morale (2) .

1 - La confusion des patrimoines

23. Étant l'un des aspects des problèmes juridiques soulevés par le "groupe d'entreprise" et la "gestion de fait"³¹⁶⁹, cette notion (a) qui concerne "l'entreprise", personne morale et personne physique, est identifiée sur le plan jurisprudentiel par des critères précis (b).

a- la notion de confusion des patrimoines

24. Selon la Cour d'appel de commerce de Marrakech, « l'imbrication des patrimoines, qui entraîne la responsabilité de la personne morale, est la relation anormale entre deux sociétés indépendantes sur les plans financier et administratif, et dont l'objectif est d'appauvrir le patrimoine de l'une au profit de l'autre, sans aucune contrepartie ni intérêt apparent »³¹⁷⁰.

25. En général, cette notion recouvre une variété de situations : elle peut concerner des personnes commerçantes ou non commerçantes. Ainsi, dans une affaire la procédure a été étendue à des médecins³¹⁷¹. Aussi, « elle peut affecter les relations entre deux personnes morales comme les relations entre une personne morale et une personne physique, mais peut aussi s'appliquer à deux personnes physiques »³¹⁷².

26. Ainsi, à l'affirmation avancée par une Cour d'appel selon laquelle « l'extension d'une procédure collective qui repose sur la confusion du patrimoine d'une personne morale avec celui d'une autre personne morale ou avec celui d'une personne physique ne peut jamais concerner deux personnes physiques dont les patrimoines ne peuvent pas juridiquement se confondre », la chambre commerciale a répliqué avec force que la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires ouverte à l'égard d'une personne physique doit être étendue à une autre personne physique qui a confondu son patrimoine avec celui de la première³¹⁷³.

b – les critères jurisprudentielle de l'identification de la confusion des patrimoines

27. Certes, le champ d'application de l'extension pour confusion de patrimoines est large, car il couvre plusieurs situations de fait et de droit, et « exige la réunion d'un certain nombre de conditions »³¹⁷⁴, ce qui complique la tâche des juges, qui se voient forcer de disséquer les liens entre les sociétés impliquées. Autrement dit, pour établir la confusion des patrimoines, les juges du fond doivent soit « constater l'existence d'une confusion des comptes »³¹⁷⁵,

3169 Pour plus sur le dirigeant de fait, voir : Caroline Houin-Bressand, Marie-Hélène Monsérié-Bon, Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ 14e édition, 24/09/2024, p : 992.

3170 Arrêt de la Cour d'appel de commerce de Marrakech, N°1106, du 23-06-2021, dossier N°2019-8305-1132

3171 Arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, n°1646 du 24/12/2008, dossier N°2005/2/3/812

3172 Cass. com. 15-3-2005 n° 415 F-D, Giraudeau c/ Grossetti ès qual Cass. com. 10-7-2001 n° 1355 : RJDA 10/01 n° 989 ; de même, Cass. com. 3-12-2003 n° 1741 D, Lesbarrères c/ Jun ès qual. ; cité par Philippe Delmotte, *op.cit.*, page 540

3173 Philippe Delmotte, *op.cit.*, IBID.

3174 Arrêt de la Cour d'appel de commerce de Marrakech, N°1106, du 23-06-2021, dossier N°2019-8305-1132

3175 Jugement du T.P.I. Com de Fès N° 38 du 04-06-2025 , dossier N° 2024-8321-86

c'est-à-dire un désordre généralisé des comptes ou « un état d'imbrication inextricable des éléments d'actif et de passif des personnes considérées, soit établir l'existence de relations financières anormales »³¹⁷⁶.

Les plus importants critères retenus par la jurisprudence sont :

b-1- l'existence de mouvements de fonds suspects

entre les deux sociétés :

27.1. Le Tribunal de commerce de Marrakech³¹⁷⁷ rappelle que « selon une jurisprudence constante, l'extension d'une procédure collective repose sur l'établissement d'une confusion des patrimoines caractérisée par des « relations financières anormales »³¹⁷⁸ entre des personnes juridiquement distinctes. Constitue notamment un indice de cette confusion l'exploitation d'actifs d'une société par une autre sans contrepartie ou encore, l'imbrication des dettes et créances des entités concernées, rendant impossible la détermination de leur situation financière respective. En l'espèce, l'expert ayant mis en évidence une telle confusion des patrimoines, le Tribunal a retenu l'existence d'un enchevêtrement comptable empêchant toute identification distincte des actifs et passifs des sociétés en cause, des traitements préférentiels et des comptes interdépendants »³¹⁷⁹.

27.1.2 Pourtant, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt qui avait retenu que l'existence d'un seul flux financier, fût-il anormal, ne caractérisait pas, en tout état de cause, la confusion des patrimoines³¹⁸⁰.

27.1.3. Aussi, il a été jugé que « l'assistance technique ne peut être qualifiée de confusion des patrimoines, d'autant plus que les montants versés par la filiale à la société mère correspondaient à des services réels fournis par cette dernière pour permettre à la filiale d'exercer son activité efficacement à travers la qualification des employés qui ne disposaient pas de l'expérience ni de la formation suffisante dans le domaine du marketing, contrairement à ceux de la société mère »³¹⁸¹.

27.1.4. Paradoxalement, dans un autre arrêt, la CA Orléans ch. com., 3 octobre 2024, n° 23/01150 a décidé que : « sont constitutives de relations financières anormales : un loyer excessivement élevé au détriment de la SARL X et une avance de fonds de cette dernière, discutable au regard de sa situation financière, au profit de la SCI Y »³¹⁸².

b-2- le fait qu'une société bénéficie, de manière irrégulière, des fonds, actifs ou biens mobiliers d'une autre société :

³¹⁷⁶ Philippe Delmotte, IBID.

³¹⁷⁷ Jugement T.C Com. Marrakech 2020, N°12, du 11/02/2020, dossier N° 92/8310/2019, /www.jurisprudence.ma

³¹⁷⁸ En France, l'expression de « relations financières anormales », prévu aux C. com., art. L. 621-2, al. 2, a remplacé celle de « flux financier anormal », précisément pour intégrer dans la caractérisation de la confusion des patrimoines des situations tenant leur anormalité de ce qu'il n'y a précisément pas eu de flux là où il y aurait dû en avoir : D. Tricot, « Droit patrimonial de la famille et entreprises en difficulté », LPA 24 avr. 2003, p. 16, cité par, Florence Reille, « classique caractérisation de la confusion des patrimoines entre une SCI et une société d'exploitation », *Gaz. Pal.* Du 27 juin 2017, p. 44

³¹⁷⁹ Extrait du site du cabinet Bassamat : /www.jurisprudence.ma

³¹⁸⁰ Cass. com. 19-11-2003 n° 1494 D, GFA de la Motte c/ Devos-Bot ès qual. ; voir encore Cass. com. 8-7-2003 n° 1202 F-D, Denis ès qual. c/ Cie Financière Immobilière, cité par Philippe Delmotte, *op.cit.* page 540

³¹⁸¹ La société mère était celle qui injectait des fonds dans sa filiale, laquelle faisait l'objet de la procédure judiciaire. Même si la même personne dirige les deux sociétés et que leur activité est similaire (ce qui pourrait laisser supposer le caractère fictif de la filiale), les sommes versées étaient nécessaires pour assurer la continuité de l'entreprise. Arrêt de la Cour d'appel de commerce de Marrakech, N°1106, du 23-06-2021, dossier N°2019-8305-1132

³¹⁸² Thierry Favario, « confusion de patrimoine : de l'art de disséquer des relations financières anormales », *Gaz. Pal.* du 18 mars 2025 n°10 - page 49

27.2 Il a notamment été constaté qu'une société bénéficiait d'un traitement privilégié

en sa qualité de fournisseur principal d'une autre, obtenant des avances de trésorerie excédant ses créances commerciales. Une autre entité, issue d'une cession d'actifs opérée par la société initialement placée en redressement judiciaire, n'avait jamais réglé le prix de cette transaction, traduisant ainsi une dissociation artificielle des patrimoines³¹⁸³.

27.2.1. Ainsi, selon les Cours de cassation marocaine et française, caractérisent des relations financières anormales constitutives de confusion patrimoniale, le fait pour une société, sans justification établie, « de ne pas chercher à recouvrer auprès de sa locataire un montant important de loyers, lesquels constituent pourtant ses seules ressources »³¹⁸⁴. Aussi, « sont constitutives de relations financières anormales : un loyer excessivement élevé au détriment de la SARL et une avance de fonds de cette dernière, discutable au regard de sa situation financière, au profit de la SCI »³¹⁸⁵.

b-3- nuire à l'une des sociétés et affaiblir sa situation financière afin de porter atteinte aux droits de la société et des tiers qui disposent d'un gage commun sur son patrimoine :

27.3. « La gestion de la société initialement soumise à la procédure collective a permis d'identifier des actes de gestion irréguliers engageant la responsabilité de son dirigeant. Ce dernier avait notamment souscrit des engagements financiers par l'émission d'effets de commerce venant à échéance avant la date de la déclaration de cessation des paiements, en pleine connaissance de l'état d'insolvabilité de la société. Il avait, en outre, procédé à des recrutements injustifiés en période de contraction du chiffre d'affaires, contribuant ainsi à l'aggravation des difficultés économiques. Ces agissements caractérisent les conditions de l'article 740 du Code de commerce »³¹⁸⁶.

27.3.1. Dans le même sens la Cour de cassation a cassé et annulé un arrêt de la C. A. de Saint-Denis de La Réunion (Arrêt rendu par la chambre commerciale le 7 septembre 2022) qui, « pour rejeter la demande de la société [P] tendant à l'extension à M. [V] de la liquidation judiciaire de la société [...], retient que la gabegie comptable, l'absence de remise des relevés bancaires et l'opacité de gestion, l'anarchie du compte courant d'associé de M. [V] révélant des flux financiers pour plus de 1,3 million d'euros, les retraits d'espèces réalisés par M. [V] à hauteur de 916 199 euros sur trois exercices, l'octroi de rémunération de gérance non autorisées, les écritures comptables inexpliquées au crédit du compte caisse et du compte courant d'associé et l'évaporation du compte client ne suffisent pas, pris isolément, à caractériser une confusion des patrimoines entre la société Aluminium PVC Océan indien et son dirigeant associé M. [V]. « En se déterminant ainsi, sans rechercher si ces faits ne constituaient pas un ensemble d'indices concordants caractérisant l'existence de relations financières anormales constitutives d'une

3183 Jugement T.C Com. Marrakech 2020, N°12, du 11/02/2020, dossier N° 92/8310/2019

3184 Arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, n°1646 du 24/12/2008, dossier N°2005/2/3/812

3185 Cass. com., 22 mars 2017, no 15-17557, cité par Thierry Favario, *op.cit.*, page 49

3186 Jugement T.C Com. Marrakech 2020, N°12, du 11/02/2020, dossier N° 92/8310/2019

confusion des patrimoines entre la société Aluminium PVC Océan indien et M. [V], la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »³¹⁸⁷

2 - La fictivité de la personne morale

28. Au sens courant, est fictif, un personnage, une chose ou une institution qui n'existe qu'en apparence et n'a pas de réalité ou qui en dissimule une autre³¹⁸⁸. En droit, cette notion est appréhendée par plusieurs textes sous différentes dénominations. Entre autres on cite : la simulation³¹⁸⁹, l'apparence³¹⁹⁰, coquille vide³¹⁹¹, « société écran ou société de façade³¹⁹² ».

29. Dans tous ces situations la société concernée n'a aucune activité ; « on y recourt soit pour éluder l'impôt soit pour échapper à ses créanciers. En bref, ce n'est qu'un voile que les techniques du droit commun permettent de lever »³¹⁹³.

a- Distinction entre fictif et frauduleux

30. En effet, « la confusion entre l'*artificialité* juridique, liée au recours au concept de personne morale et la *fictivité* des sociétés qui lui donne naissance constitue une bévue assez couramment commise dans les prétoires comme dans les copies, voire dans les amphes, de même que celle qui consiste à confondre le fictif et le frauduleux »³¹⁹⁴.

31. Aussi, il convient de distinguer entre la fictivité, qui existe dès la création de la société et suppose l'absence de l'un des éléments constitutifs du contrat de société, et « l'**abus de la personnalité morale** »³¹⁹⁵ qui peut survenir après la création de celle-ci pour des fins frauduleuses »³¹⁹⁶.

32. Ainsi, dans un arrêt du 2 octobre 2024, la Cour de cassation française aborde un domaine où l'action en extension peut être exercée contre une société fictive établie à l'étranger, sans activité et qui a la forme d'une simple boîte aux lettres, lorsqu'elle a été constituée dans le seul but d'acquérir les actifs de valeur de la société débitrice (en l'espèce des marques) qui restaient exploités en France, portant ainsi un préjudice à ses créanciers³¹⁹⁷.

3187 Cour de cassation - Chambre commerciale — 23 mai 2024 - n° 22-24.035

3188 Jean-Brice TAP, *société fictive*, répertoire société DALLOZ, octobre 2022, Nos 4

3189 Art 181 du CGI. Aussi Art 192 du CGI traite expressément les cas de « **dissimulation de tout ou partie de l'actif de la société ou de l'augmentation frauduleuse du passif en vue d'organiser l'insolvabilité** »

3190 Art 183-III du CGI

3191 K. LUCIANO, le droit à l'épreuve des mécanismes offshore, préf. M. Menjucq, 2011, LGDJ, cité par, Jean-Brice TAP, *op.cit.* nos 2

3192 G. Cornu, *Vocabulaire*, PUF, 2020, 13^e éd., v° Fictivité, spéc. p. 454 : « se dit d'une société qui n'existe qu'en apparence, sur le papier, en ce qu'elle ne correspond, dans la réalité, à aucune activité sociale propre », in, Benoît Lecourt, Utilisation abusive de sociétés fictives à des fins fiscales : vers un texte européen Revue des sociétés, *Rev. sociétés* N° 5 du 07/05/2022, p: 318

3193 Nicolas Mathey, Société fictive : rappel et mise en oeuvre des critères. Note sous Cour de cassation (com.) 9 juin 2009, Troth c/ Clark Vve Burgess, *Revue des sociétés*, 2009 p.781

3194 C. Champaud et D. Danet, Groupe de sociétés, sociétés fictives, Patrimoines distincts, N° 04 du 16/12/1996, p: 686

3195 ALAIN LIENHARD, *procédures collectives*, Chapitre 064 - Extension de la procédure. Section 3 - Société fictive 064.31. Définition, *op.cit.*

3196 Pour un exemple de la fraude et de la fictivité, voir : Abderahman Mazour, commentaire de l'arrêt de la C.Cass. ch com, n°1646 du 24/12/2008, dossier N°2005/2/3/812, publié sur le site du conseil supérieur du pouvoir judiciaire. <https://juriscassation.cspj.ma/> المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض , p : 435

3197 Jean-Luc Vallens, l'extension de procédure, un outil de lutte contre les sociétés fictives, *RTD Com.* N° 01 du 15/04/ 2025 p.243

b -les critères de la fictivité

33. Il n'existe pas de critère unique et décisif. La jurisprudence recourt traditionnellement à une série d'indices pour caractériser la fictivité. À titre d'exemples :

- **33.1. Le défaut d'activité de la société est couramment retenu, de même que l'absence de fonctionnement régulier de celle-ci.** Ainsi, il a été jugé « qu'est fictive une société dépourvue de toute vie sociale, et dont les associés ne sont pas animés par l'intention de constituer une véritable société, mais par celle de permettre à un exploitant individuel de continuer à exercer son activité, par le truchement d'une personne morale, dans les mêmes lieux et selon les mêmes conditions qu'auparavant ; qu'il ressortait des propres constatations de la Cour d'appel que la SCI n'avait tenu ni comptabilité ni réuni la moindre assemblée générale depuis sa création en 2010 et que les actes de gestion des biens immobiliers acquis étaient des plus limités ; qu'en rejetant dès lors la demande du mandataire judiciaire d'extension de la procédure au motif

inopérant que cette absence de vie sociale »³¹⁹⁸.

33.1.1. Or, une société passive n'est pas forcément une société fictive. Dans ce sens, la Cour de cassation française a décidé que : « l'absence de vie sociale, qui s'explique par la santé de la gérante, ne suffit pas à caractériser la fictivité d'une société régulièrement constituée, identifiée et immatriculée et dont l'objet statutaire avait été réalisé et les taxes fidèlement payées »³¹⁹⁹. De sa part, la C.A.C. de Marrakech a jugé que : « l'existence d'une activité similaire et la gestion de l'entreprise par la même personne ne signifie pas que la filiale est une société fictive »³²⁰⁰.

33.1.2. Aussi, « doit être rejeté le pourvoi contre l'arrêt qui, pour confirmer un jugement ayant décidé que quatre sociétés feraient l'objet d'une procédure collective unique, retient, relevant non la confusion des patrimoines des quatre sociétés en cause mais leur fictivité, que le gérant commun aux dites sociétés avait, sous le couvert de celles-ci, poursuivi, en se servant de cadres juridiques différents et fictifs, une même activité commerciale »³²⁰¹.

33.1.3. Dans un autre arrêt, il a été décidé que : « ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'art. 7, al. 1^{er}, de la loi n° 85-98 du 25 janv. 1985 la Cour d'appel qui, pour confirmer la mise en redressement judiciaire de deux sociétés et arrêter un plan commun de cession des deux entreprises, retient la fictivité de la deuxième société en relevant que, outre la similitude des sigles et l'identité des dirigeants et des sièges des deux sociétés, la deuxième

³¹⁹⁸ Jean-Luc Vallens, l'extension de procédure, un outil de lutte contre les sociétés fictives , op.cit. p : 243

³¹⁹⁹ Néanmoins, la fictivité apparaît rarement dans les décisions publiées et, lorsqu'elle est mise en œuvre, elle concerne d'abord la société débitrice, considérée comme une apparence, une entité juridique dépourvue d'affectio societatis et d'autonomie : l'action en extension permet d'atteindre le maître de l'affaire, une fois démontrée l'absence de réalité de la personne morale constituée. La fictivité s'applique moins souvent à la société cible après l'ouverture de la procédure collective contre la société de façade. Jean-Jacques Daigre, une société passive n'est pas forcément une société fictive, Note sous Cour de cassation (com.), 15 novembre 2017, n° 16-20.193 (F-D) *Revue des sociétés* N° 04 du 09/04/2018 p.233

³²⁰⁰ Arrêt de la Cour d'appel de commerce de Marrakech, N°1106, du 23-06-2021, dossier N°2019-8305-1132

³²⁰¹ Adrienne Honorat, « L'application d'une procédure unique à des sociétés fictives, Cour de cassation (Com.). 8 février 1994. Cancel ès qualités c/ Brenac et Vianon », *Rev. sociétés*, N°1 du 10 avril 1995 p.100

société a pour activité le holding d'entreprise de la première société, jouant un rôle exclusivement financier qu'elle a été incapable d'assumer, et ne présentant aucune utilité pour celle-ci dont elle dépendait totalement, motifs impropres à caractériser la fictivité de la société holding »³²⁰².

- **33.2. L'absence de volonté de s'associer, dite « affectio societatis »**³²⁰³, est traditionnellement prise en compte pour caractériser la société fictive³²⁰⁴. Dans une décision du 11 mars 2008³²⁰⁵, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que l'absence d'activité sociale, **le déséquilibre des apports comme les limitations statutaires apportées au pouvoir du gérant** sont impropres à établir que les associés n'ont pas eu l'intention de se considérer comme associés. Ces affaires devraient conduire à s'interroger sur la pertinence de ce critère.

33.2.1. Aussi, dans une autre affaire, la Cour a déclaré qu'une société est fictive lorsque les personnes qui se présentent comme des associés ne sont que des prête-noms ou les comparses du véritable maître de l'affaire. [...]

- **33.3.** Bien évidemment, **le défaut d'autonomie patrimoniale** est également souvent invoqué, notamment à l'occasion d'une demande d'extension de la procédure collective. Dans ce cas la société n'est qu'une façade masquant les agissements de celui qui se dissimule derrière elle, avec une intention frauduleuse. Elle joue le rôle de personne interposée afin de soustraire des actifs au gage des créanciers. [...] ³²⁰⁶.

Comment sanctionner la pratique de la société fictive ?

c- La sanction de la fictivité

34. En principe "une société fictive est une société nulle et non inexistante"³²⁰⁷.

34.1. La nullité³²⁰⁸. Si l'inexistence a pu être retenue pendant un temps par la jurisprudence, la nullité est aujourd'hui préférée en jurisprudence. Aussi, les tiers sont protégés contre les effets de la nullité qui est en principe inopposable aux tiers de bonne foi. Cette protection rétablit celle que l'option ouverte aux tiers vise à assurer en matière de simulation. En cas d'annulation, aucune option n'est prévue, mais la protection offerte est équivalente, qui profite aux tiers de bonne foi.

³²⁰² Cour de cassation, com. 27-10-1998 n° 96-13.277, l'arrêt cassé, CA Paris, 16 janv. 1996, D. 1996, IR p. 76, in, Définition de la société fictive : rôle exclusivement financier d'une société holding – Cour de cassation, com. 27 octobre 1998, *Receuil Dalloz*, N°43 du 03/12/ 1998, p: 260

³²⁰³ En effet, le critère de l' *affectio societatis* reste très difficile à manier. Outre le caractère contestable de la notion elle-même et son imprécision, sa mise en œuvre est parfois difficile. La jurisprudence et la doctrine n'ont peut-être encore pas assez mesuré la portée de la banalisation des sociétés unipersonnelles sur la notion de société et sur l'appréciation de la fictivité. La résurgence de la formule latine cache peut-être le malaise que suscite la notion

³²⁰⁴ Nicolas Mathey, société fictive : rappel et mise en œuvre des critères, *op.cit.*, p.781

³²⁰⁵ Com. 11 mars 2008, n° 06-19.968 et n° 06-20.081, Dr. sociétés 2008, Comm. 116, cité par : M.-L. Coquelet

³²⁰⁶ ALAIN LIENHARD, *procédures collectives*, *op.cit.* Chapitre 064

³²⁰⁷ Yves Reinhard, une société fictive est une société nulle et non inexistante, *Revue des sociétés* N° 04 du 15/12/1999, p : 824. Aussi Voir : note A. Constantin, D. 2000.234, obs. J.-C. Hallouin et 389, obs. S. Piedelièvre, D. affaires 1999. 1336, M. B. ; Petites affiches, 22 juill. 1999, p. 7, P. M. ; Bull. Joly 1999. 978, A. Couret ; Lyon, 3e ch., 12 févr. 1999, inédit) *RTD Com.* N° 04 du 15/12/1999, p : 903. V. aussi arrêt rendu par Cour de cassation, com. 16-06-1992 n° 90-17.237, Recueil Dalloz N° 35 du 14-10-1993 p.508

³²⁰⁸ Yves Reinhard, une société fictive est une société nulle et non inexistante, *op.cit.*, p : 824.

34.2. La déclaration de simulation³²⁰⁹. La déclaration de simulation serait toutefois envisageable dès lors que l'on admet que la fictivité est une application de la théorie de la simulation, ce point restant discuté. Les auteurs sont partagés sur ce point. Selon une partie de la doctrine, la fictivité n'est pas une application de la théorie de la simulation. Il est vrai notamment que la fictivité peut survenir en cours de fonctionnement et ne vicie pas nécessairement la constitution de la personne morale.

En réalité, le caractère fictif de la société sera établi par des faits postérieurs à sa création. L'option entre la réalité et l'apparence, caractéristique de la théorie de la simulation, pose également quelques problèmes lorsqu'on l'applique aux personnes morales. Selon une partie importante de la doctrine, dans les conflits entre tiers, l'apparence devrait primer afin d'assurer la sécurité juridique.

34.3. Il serait dès lors préférable de se placer sur le terrain de la simulation et non plus de la nullité pour combattre la pratique des sociétés fictives. **Autrement dit, elle serait une société de fait devant être liquidée**³²¹⁰.

B – l'extension ou l'ouverture à l'encontre des dirigeants

35. Selon les articles 585, 738, 739 et 740 du Com., C.com, le tribunal est tenu d'étendre ou d'ouvrir une procédure (nouveau jugement) à l'encontre des personnes concernées³²¹¹. Cette mesure est justifiée par la crainte d'encourager la carence des dirigeants et leur inertie face aux difficultés³²¹². La sanction en cas de négligence ou de faute intentionnelle provoquant la dégradation de l'entreprise justifie les sanctions à leur encontre.

36. Cependant, on se demande légitimement à ce niveau si l'obligation d'ouverture ou d'extension d'une nouvelle procédure à l'encontre des entreprises et des dirigeants, tel que prévu par les articles susmentionnés supra, constitue en elle-même une sanction ?

37. On ne peut que de répondre par l'affirmative. Dans ces cas, la procédure constitue en elle-même une sanction à l'encontre des dirigeants et aussi une solution pour sauver l'entreprise contre laquelle ou au profit de laquelle a été ouverte la procédure initiale de redressement ou de liquidation judiciaire. Ce qui nous semble paradoxal, étant donné que le nouveau droit des entreprises en difficultés a rompu avec l'esprit de répressif de l'ancien droit de la faillite.

38. Aussi, qu'il s'agisse de l'extension ou de l'ouverture, la procédure étendue ou ouverte peut, selon le cas, se limiter à des sanctions civiles-patrimoniales ou donner lieu à des sanctions pénales. De ce qui précède, il convient de distinguer le caractère subsidiaire et exceptionnel de l'ouverture prévue par l'article 739 du C.com (1), qui se limite aux fautes civiles, et le trait particulier et original de l'article 740, qui concerne les mêmes faits de l'infraction de banqueroute (2).

1 – le caractère exceptionnel de l'extension de la procédure aux dirigeants pour faute civile

³²⁰⁹ Yves Reinhard, une société fictive est une société nulle et non inexistante, *IBID*

³²¹⁰ Yves Reinhard, *op.cit.* p : 903

³²¹¹ Voir infra 2- caractère pénal : la version en arabe emploi « tout responsable » et non pas tout dirigeant.

³²¹² Abderahman Mazour, commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, n°1646 du 24/12/2008, dossier N°2005/2/3/812, OP.Cit.

39. Dans ce cadre, on va traiter les conditions d'ouverture ou de l'extension (a) avant d'examiner la qualification que la doctrine et la jurisprudence attribuent aux mécanismes prévus par les articles 738 et 739 du C.com (b).

a - les conditions de l'ouverture prévue à l'article 739 du C.com

40. En effet, selon l'article 739 du C.com : « le tribunal **doit ouvrir** une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une société et qui ne s'acquittent pas de cette dette ».

41. Effectivement, ici, l'ouverture ne devient obligatoire que dans le cas où le dirigeant n'exécute pas le jugement ou l'arrêt le condamnant au paiement en vertu de l'article 738 C.com qui dispose que : « lorsque la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire concernant une société commerciale fait **apparaître une insuffisance d'actif**, le **tribunal peut**, en cas de **faute de gestion**³²¹³ **ayant contribué à cette insuffisance d'actif**³²¹⁴, 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 ». Ici, on remarque que l'article n'exige pas d'étendre ou d'ouvrir la procédure aux dirigeants. Ces derniers sont simplement tenus d'assumer la responsabilité de leur gestion fautive en payant les montants nécessaires pour la bonne marche de la procédure concernée.

42. Donc, la finalité de cette sanction, selon l'alinéa 3 du même article, est de reconstituer l'actif de la société afin d'exécuter le plan de redressement ou de payer les créanciers en cas de cession ou liquidation judiciaire³²¹⁵. D'où le caractère subsidiaire de l'extension prévu par l'article 739 du C.com, qui ne vise qu'à contraindre les dirigeants récalcitrants à réparer le dommage qu'ils ont causé.

Alors quelle est la nature juridique de ce mécanisme ?

b – la nature juridique de l'ouverture prévue par l'article 739 du C.com

43. Quel qu'en soit le cas, « on est en présence d'une action en responsabilité civile spécifique des dirigeants des entreprises en difficulté. Cette responsabilité patrimoniale, a pour objet de réparer les dommages causés à l'entreprise et à ses partenaires, via un mécanisme de réparation, différent de celui prévu par le droit commun de

³²¹³ Pour plus sur cette notion voir : Jean-Brice Tap, La faute de gestion dans tous ses états, op.cit. p.241. Quant à la jurisprudence, voir : arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, n° 1/113 du 1er mars 2023, dossier n° 22021/1/3/285. En droit français, arrêt Cass. com., 11 mars 2020, no 18-24052, F-D, cité dans l'article de Maud Laroche, Faute de gestion n'est pas confusion de patrimoine, *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n°04 du 1-07-2020, page 35. Dans cet arrêt la Cour a décidé que : « il n'est rien d'anormal à ce qu'un gérant soit rémunéré pour son mandat, la rémunération étant nécessairement prélevée dans le patrimoine de la société dirigée. Il est, en revanche, fautif que cette rémunération soit disproportionnée par rapport à la situation de la société (Cass. com., 31 mai 2016, n° 14-24779 : BJE sept. 2016, n° 113r1, p. 340, Favario T. ; BJS nov. 2016, n° 115s4, p. 677, Mouial-Bassilana E.) et que ses cotisations personnelles soient assumées par la société. Si ce second point pourrait laisser penser à un flux financier anormal, en ce qu'un paiement n'est pas réalisé par son débiteur naturel, sans doute s'agit-il davantage d'un détournement des fonds de l'entreprise dirigée, autrement dit d'une faute de gestion. C'est alors une action en comblement de l'insuffisance d'actif qui devait être engagée contre le gérant lorsque la société dirigée est soumise à une liquidation judiciaire ».

³²¹⁴ Avant l'ordonnance française de 2008, cette situation était régie sous l'intitulé « d'obligations aux dettes sociales ».

³²¹⁵ Art 738 al 3 : « les sommes versées par les dirigeants en application de l'alinéa premier entrent dans le patrimoine de l'entreprise et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues par le plan de continuation. En cas de cession ou de liquidation, ces sommes sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc ».

responsabilité »³²¹⁶, visant à mettre à la charge des dirigeants fautifs tout ou partie du passif, ou, le cas échéant, à les obliger à supporter « l'intégralité de la dette sociale »³²¹⁷.

44. Autrement dit, cette action obéit à des règles dérogatoires au droit commun de la responsabilité civile. Elle exclut donc une action en responsabilité ordinaire fondée sur l'article 77 du DOC (1240 du Code civil français) ou les textes de droit des sociétés [...]. Il a été conçu pour renforcer le mécanisme de réparation prévu en droit civil, qui ne permet de condamner les dirigeants fautifs à des dommages-intérêts que dans des conditions difficiles pour le demandeur³²¹⁸.

45. En revanche, « la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant personne physique ou personne morale ne peut être recherchée dès lors qu'il n'a pas la qualité de représentant légal³²¹⁹. En principe, la jurisprudence considère que les dirigeants de droit peuvent être poursuivis et condamnés pour insuffisance d'actif, alors même qu'ils ont cessé leurs fonctions avant le jour de l'ouverture ou du prononcé de la liquidation judiciaire, s'il apparaît que la situation à l'origine de l'insuffisance d'actif a pris naissance alors qu'ils étaient encore en fonction »³²²⁰.

2 – Le caractère original de l'ouverture prévue par l'article 740 C.com

46. À ce titre, on souligne les remarques suivantes :

- Pour que la responsabilité des dirigeants soit engagée dans ce sens, le syndic, doit, sous peine de refus de sa demande, apporter une preuve irréfutable que la faute invoquée relève de l'article 740 et non de l'article 738³²²¹. Or, ce n'est pas le cas si le syndic soulève l'irrégularité de la comptabilité où la charge dans de telle hypothèse incombe au dirigeant. Ainsi, il a été jugé que : « dans le cas où le syndic allègue que le dirigeant a manqué à son devoir de tenir une comptabilité régulière, il incombe à ce dernier de prouver que cette comptabilité a été tenue conformément aux exigences légales »³²²².
- Cité dans le cadre de la responsabilité civile – patrimoniale, on ne trouve pas dans l'article 740³²²³ C.com. de sanction autre que l'ouverture de la procédure à l'encontre du « dirigeant - responsable ». En outre,

³²¹⁶ Idriss FAÏK, *op.cit.*, p : 156

³²¹⁷ Pour un exemple concret, voir Jugement T. com. Casablanca N°234 du 26/12/2022, dossier N°2022-8321-189 (inéдите).

³²¹⁸ Idriss FAÏK, *IBID*.

³²¹⁹ J. Gondolo, note sous C.Com. 20 nov. 2024, no 23-17. 842 : Rev. sociétés 2025, p. 197, Cité par M-L Coquelet, *op.cit.*, p : 480

³²²⁰ Jugement T.com Casablanca, N° 95 du 10/04/2023, dossier N° 2022/8321/195 (inéдите).

³²²¹ Jugement T.com Casablanca, N° 13 du 19/01/2023, dossier N° 2022/8321/55 (inéдите).

³²²² « La comptabilité constitue le moyen le plus fiable pour donner une image fidèle de la situation patrimoniale de l'entreprise, et notamment de son actif, passif et de ses résultats annuels [...] le principe de transparence et de sincérité, qui doit guider la tenue de la comptabilité et les opérations qui y sont liées, a poussé le législateur à établir un nouveau principe imposant la publication des comptes de la société par le dépôt des états financiers consolidés des entreprises ». Jugement T. com. Casablanca N°234 du 26/12/2022, dossier N°2022-8321-189 (inéдите).

³²²³ En cas de redressement ou de liquidation judiciaire d'une société, le tribunal doit ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant contre lequel peut être relevé un des faits ci-après :

- avoir disposé des biens de la société comme des siens propres ;
- sous le couvert de la société masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;
- avoir fait des biens ou du crédit de la société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;

l'aspect civil de cette sanction, consistant à faire supporter au dirigeant les dettes de l'entreprise en plus de ses propres dettes, est prévu dans l'article 741 du C.com.

- Même si la jurisprudence marocaine a confirmé que les faits prévus dans l'article 740 « impliquent l'escroquerie de la part du dirigeant »³²²⁴, les sanctions pénales, quant à elles, ne seront déclarées qu'à l'occasion des poursuites engagées dans le cadre des articles 754³²²⁵ du C.com et 556 à 559 du C. pénal marocain, relatifs à la banqueroute, et conformément aux conditions de l'article 742 du C.com³²²⁶.
- Aussi, il convient de rappeler que ces faits, de l'article 740 du C.com, sont presque les mêmes que ceux figurant dans les articles 384 al 2, 3 et 4 de la loi 17-95, 386 et 406 réglementant les infractions relatives à l'administration et à la direction de la S.A. ;
- L'utilisation du terme société et non pas entreprise indique que l'article ne concerne que les sociétés commerciales et non pas toutes les entreprises qui peut signifier les commerçant personne physique. Mais, les sociétés de fait ou créées de fait sont-elles concernées ?
- L'emploi du terme « tout responsable » dans la version arabe du texte et du dirigeant dans le texte en français, nous permet d'avancer que ce texte concerne aussi les personnes physiques interposées, y compris les représentant personnes physiques des dirigeant personnes morales³²²⁷ ?

- avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société ;
- avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la société ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales ;
- avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la société ;
- avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière.

³²²⁴ V. dans ce sens les arrêts de la : C.Cass. N° 505-1 du 26-07-2022, dossier N° 708-3-1-2021 et surtout l'arrêt de C.A. de commerce de Fès N°119 du 15-11-2023 dossier N°8321-2020-10

³²²⁵ Article 754 du C.Com : « En cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article 736 contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après :

- avoir dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de traitement, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;
- avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur ;
- avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur ;
- avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la société ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque la loi en fait l'obligation

³²²⁶ Dans les cas prévus aux articles 738 à 740, le tribunal se saisit d'office ou est saisi sur demande du ministère public ou du syndic.

³²²⁷ En vertu de l'article 42 de la loi N°17-95 : « ...représentant permanent qui est soumis aux mêmes conditions et obligations et qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son propre nom et ce, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente ».

De sa part, la cour de cassation française a précisé dans un arrêt récent (Cass. com., 20 nov. 2024, no 23-17842, F-B) que : « le responsable de l'insuffisance d'actif est le représentant permanent désigné par la personne morale présidente de SAS ». En l'espèce, « il s'agissait de préciser qui, entre le représentant de droit et le représentant délégué d'une personne morale dirigeante d'une SAS, encourt la responsabilité pour insuffisance d'actif de la SAS. L'arrêt tranche sans aucune ambiguïté : c'est le représentant délégué de manière permanente qui doit assumer cette responsabilité, et le représentant légal s'en trouve par là même déchargé », Pierre-Louis Périn et Julie Molinié, « le responsable de l'insuffisance d'actif est le représentant permanent désigné par la personne morale présidente de SAS », Bulletin joly société 8 janvier 2025, P :29

Mieux encore, en vertu de cet article, la « procédure collective peut être ouverte à l'égard d'un débiteur dirigeant qui n'est pas forcément commerçant, il n'est que le représentant légal du dirigeant-personne morale de l'entreprise débitrice³²²⁸. Dans ces circonstances, la légitimité de l'application du droit des entreprises en difficulté est mise en cause³²²⁹.

- L'article 741³²³⁰ al 1 et 2 vise seulement l'article 740. De surcroît, il prévoit que les dirigeants (responsables) seront considérés en cessation des paiements et, pour la première fois, exige que ces dernières assument tout le passif de la société et ce, en plus de leur passif personnel. Mais rien n'est prévu quant aux cas des articles 738 (fautes civiles) qui, à première vue, laisse penser que la condamnation ne concerne que les montants nécessaires aux plans de redressement, de cession ou de liquidation.
- Enfin, ce qui est regrettable ici, c'est que les créances qui n'ont pu être déclarées ou acceptées contre l'entreprise dans la procédure initialement ouverte ne peuvent être déclarées à nouveau dans le cadre de l'extension ou de l'ouverture de la nouvelle procédure aux dirigeants³²³¹, ce qui est regrettable de notre point de vue.

47. En conclusion de ce titre, on s'interroge sur l'utilité de l'article 740 du C.com. ?

47.1. En d'autres termes, s'il vise à combler le passif de l'entreprise contre laquelle la procédure est ouverte, cette situation est déjà traitée dans les articles 585, 738 et 739 du C.com. S'il vise à réprimer pénalement les faits, le texte de cet article ne contient aucune sanction, si ce n'est l'ouverture d'une procédure à l'encontre du dirigeant³²³².

47.2 Or, par référence au titre du chapitre dans lequel est inséré cet article, on déduit qu'il permet aux créanciers de la société de devenir créanciers du dirigeant à titre de sanction patrimoniale. De notre point de vue, ce mécanisme demeure positif, mais paradoxal au regard des finalités du droit des entreprises en difficulté.

47.3 En outre, toujours dans le cadre des sanctions civiles, c'est l'article 746 du C.com. qui exige au tribunal de prononcer la déchéance commerciale à l'encontre des dirigeants contre lesquels a été relevé l'un des faits prévus à l'article 740. Ce qui nous permet de se demander s'il ne serait pas pertinent de fusionner les articles 740 et 746, en transférant le contenu de l'article 740 vers l'article 746 ?

48. Ne nous pouvons que répondre par l'affirmative. La procédure collective n'est pas une sanction et ne devrait pas l'être, surtout dans le contexte de la concurrence législative internationale.

Conclusion :

³²²⁸« L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif peut être exercée contre les représentants permanentes personnes physiques du dirigeant personne morale », P. Le Cannu et B. Dondero, Note sous C.Com. 8 janv. 2020, no 18-15.027 : D. 2020. 77, cité par Eva MOUIAL BASSILANA, « entreprise en difficulté : responsabilités et sanctions », Répertoire de droit commercial-DALLOZ- octobre 2023

³²²⁹ Marie Vas, « l'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés : réflexion sur une crise de légitimité en droit des entreprises en difficulté », thèse Université de Nanterre - Paris X, 2023, p: 15.

³²³⁰Al 1 : En cas de procédure ouverte en application de l'article précédent, le passif comprend, outre le passif personnel, celui de la société.

AL 2 : La date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement d'ouverture de la procédure de la société.

³²³¹ Arrêt de la C.A. de commerce de Fès N° 56 du 28-09-2021, Dossier N° 46-19-8301

³²³² Pire, selon l'article 579 du C.com, le déclenchement des poursuites pénales à cause de banqueroute n'est permis qu'aux ministère public et au syndic.

49. Étendre ou ouvrir de nouvelles procédures des difficultés de l'entreprise à l'encontre des entreprises et des dirigeants fautifs ? C'est la première question que l'on se pose en lisant les articles 739 et 740 du C. Com. Ainsi que les arrêts et les jugements fondés sur ces textes.

50. En effet, si le texte contient l'expression « **doit ouvrir** », la jurisprudence applique plutôt « doit étendre ». Les juges, en application du principe de l'accessoire suit le principal, emploient les deux termes comme des synonymes. C'est ce qu'on a pu remarquer de la lecture de plusieurs arrêts de la Cour de cassation, des cours d'appel et aussi des jugements des T.P.I. de commerce.

51. Or, quel que soit le terme employé, de notre point de vue, il s'agit d'une ouverture par ricochet d'une procédure collective pour intimider les dirigeants ayant commis une faute de gestion grave. Cette sanction exceptionnelle permet l'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire à l'encontre des personnes qui ne se trouvent pas forcément en état de cessation des paiements, ni dans une situation irrémédiablement compromise. Dans ce cadre, on se demande si la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise constitue toujours une sanction ?

52. Toutefois, la lecture des articles 740 et surtout 741 suscite le débat sur la nature de la mesure : civile, pénale ou mixte ? Plus fondamentalement, les articles 739 et 740 sont-ils conformes à l'esprit de la nouvelle législation sur les difficultés des entreprises (la réforme de 2018) ? Cette diversité des sanctions visant le comblement du passif est-elle efficace ?

53. Enfin, ne faut-il pas insérer ces cas dans l'article 575 relatif à l'ouverture du redressement judiciaire, comme c'est d'ailleurs le cas de l'article 651 qui renvoie à l'article 585 ?

54. La réponse à ces questions sera donnée dans notre prochain article.

❖ Références bibliographiques :

I - Codes et Lois

- La loi n°15-95 formant Code de Commerce qui ont été abrogées et remplacées en vertu de l'article premier du dahir n° 1-18-26 du 19 avril 2018 portant promulgation de la loi n°73-17 ; Bulletin Officiel n° 6732 du 6-12-2018, p.1879.
- Dahir n° 1-96-124 portant promulgation de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes, Bulletin Officiel n° 4422 17 octobre 1996, p. 661. Modifiée et complétée plusieurs fois. La dernière modification date de 2023 (dahir n° 1.23.15 du 10 février 2023, B.O. N° 7173 du 27 février 2023, p : 2244)
- Dahir n° 1-97-49 portant promulgation de la loi n° 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation (B.O. 1/05/1997). Modifié et complété plusieurs fois, les derniers amendements date de 22/08/2024 (lois n° 44-24 et 45-24)
- Code général des impôt 2025, institué par l'article 5 de la loi de finances n° 43-06 pour l'année budgétaire 2007, promulgué par le Dahir n° 1-06-232 du 31 décembre 2006, tel que modifié et complété
- Dahir portant code des obligations et des contrats, tel que modifié et complété

II - Jurisprudence

II-1- Inédite :

- Arrêt de la C.Cass. N°505-1 du 26-07-2022, dossier N°708-3-1-2021
- Arrêt de C.A. de commerce de Fès N°119 du 15-11-2023 dossier N° 8321-2020-10
- Arrêt de la C.A. de commerce de Fès N° 56 du 28-09-2021, Dossier N° 46-19-8301
- Jugement du T.P.I. Com de Fès N° 38 du 04-06-2025, dossier N° 2024-8321-86
- Jugement T.P.I. com. Casablanca N°47 du 17-02-2025, dossier N°2024-8321-196
- Jugement T.P.I..com Casablanca, N° 95 du 10-04-2023, dossier N° 2022/8321/195
- Jugement T.P.I..com Casablanca, N° 13 du 19/01/2023, dossier N° 2022/8321/195
- Jugement T.P.I. com. Casablanca N°234 du 26/12/2022, dossier N°2022-8321-189
- Jugement du T.P.I. Com de Oujda N° 79 du 24-07-2020, dossier N° 10-2020-8321
- Jugement du T.P.I. Com de Oujda N° 52 du 11-10-2017, dossier N°2017-8301-46

II-2 - Publiée

- Arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, n°1646 du 24/12/2008, dossier N°2005/2/3/812
- Arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, n° 1/113 du 1 mars 2023, dossier n° 22021/1/3/285
- Arrêt de la Cour de cassation Française- Chambre commerciale du 23 mai 2024 - n° 22-24.035
- Arrêt de la Cour d'appel de commerce de Marrakech, N°1106, du 23-06-2021, dossier N°2019-8305-1132
- Jugement T. com. Casablanca, n° 41, 11 févr. 2008, dossier n° 197/10/200
- Jugement T.C Com. Marrakech 2020, N°12, du 11/02/2020, dossier N° 92/8310/2019

III - Ouvrages et cours

- NAJIB ED-DARKAOUI, *droit de l'entreprise*, cours S3-SC. économiques et gestion, 2025
- Marie-Laure Coquelet, *entreprises en difficulté*, hyper cours, 8^{eme} édition , octobre 2025
- Caroline Houin-Bressand, Marie-Hélène Monsérié-Bon, Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ 14e édition, 24/09/2024
- Philippe Pétel, *procédures collectives*, 11^e édition, 2023
- Eva MOUIAL BASSILANA, *entreprise en difficulté : responsabilités et sanctions*, Répertoire de droit commercial-DALLOZ- octobre 2023
- Jean-Brice TAP, *société fictive*, répertoire société DALLOZ, octobre 2022
- Idriss FAÏK, « la responsabilité patrimoniale des dirigeants au cours de la procédure collective », in, *entreprises en difficultés et changement organisationnel*, Dir. Elabjani, Abdelaziz, L'Harmattan Année de Publication: 2016, p : 156.
- ALAIN LIENHARD, *procédures collectives*, 9e éd -Delmas 2020-2021

- Hydin Didace Amboulou, *le droit des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA*, l'Harmattan, Paris, 2015
- BLANCHE SEGRESTIN Et ARMAND HATCHUEL, *refonder l'entreprise*, Coédition Seuil-La République des idées, 02/02/2012
- Hassania Cherkaoui, *droit commercial*, Imprimerie Najah Al Jadida, 2001

IV - Articles de revues

- ZINEB Naciri-Bennani, « engager la responsabilité du dirigeant de société commerciale » : *Fiche pratique, Lexis MA*, 2020
- Jean-Luc Vallens, « l'extension de procédure, un outil de lutte contre les sociétés fictives » , *RTD Com.* N° 01 du 15/04/ 2025 p.243
- Thierry Favario, « confusion de patrimoine : de l'art de disséquer des relations financières anormales » , *Gaz. Pal.*, du 18 mars 2025 n°10 - page 49
- Pierre-Louis Périn et Julie Molinié, « le responsable de l'insuffisance d'actif est le représentant permanent désigné par la personne morale présidente de SAS » , *Bulletin joly société* 8 janvier 2025, P :29
- Benoît Lecourt, « utilisation abusive de sociétés fictives à des fins fiscales : vers un texte européen » , *Rev. dal sociétés* N° 5 du 07/05/2022, p: 318
- Maud Laroche, « faute de gestion n'est pas confusion de patrimoine, *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n°04 du 1-07-2020, page 35
- Jean-Jacques Daigre, « une société passive n'est pas forcément une société fictive, Note sous Cour de cassation (com.), 15 novembre 2017, n° 16-20.193 (F-D) » , *Revue des sociétés* N° 04 du 09/04/2018 p.233
- Jean-Brice Tap, « la faute de gestion dans tous ses états, note sous Cour d'appel de Paris (ch. 5-8), 10 août 2017, n° 15/17109 » , *Revue des sociétés* 2018 p.241
- Florence Reille, « classique caractérisation de la confusion des patrimoines entre une SCI et une société d'exploitation » , *Gaz. Pal.* Du 27 juin 2017, p. 44
- PHILIPPE ROUSSEL GALLE, « faut-il réformer le droit des entreprises en difficulté... ou le droit des entreprises ? » , *Revue des procédures collectives* n° 4, Juillet 2013, repère 4
- Nicolas Mathey, « société fictive : rappel et mise en oeuvre des critères. Note sous Cour de cassation (com.) 9 juin 2009, Troth c/ Clark Vve Burgess » , *Revue des sociétés* 2009 p.781
- Philippe Delmotte, « les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation - Panorama de jurisprudence 1998 - 2006 » , *Revue de Jurisprudence du Droit des Affaires*, N°6- 2006, page 540.

- Yves Reinhard, « une société fictive est une société nulle et non inexistante », *Revue des sociétés* N° 04 du 15/12/1999, p : 824
- Définition de la société fictive : rôle exclusivement financier d'une société holding – Cour de cassation, com. 27 octobre 1998 – *Recueil Dalloz*, N°43 du 03/12/ 1998, p: 260 (l'auteur n'est pas cité)
- Claude Champaud et Didier Danet, « groupe de sociétés, sociétés fictives, Patrimoines distincts », N° 04 du 16/12/1996, p: 686
- Adrienne Honorat, « l'application d'une procédure unique à des sociétés fictives, Cour de cassation (Com.). 8 février 1994. Cancel ès qualités c/ Brenac et Vianon », *Revue des sociétés*, N°1 du 10 avril 1995 p.100

V - Thèses

- Najib ED-DARKAOUI, contribution au droit de la prévention des difficultés de l'entreprise, thèse Tanger 2016
- MARIE VAS, L'instrumentalisation des procédures collectives par les groupes de sociétés : réflexion sur une crise de légitimité en droit des entreprises en difficulté, thèse Université de Nanterre - Paris X, 2023

VI - Actes des colloques :

- Bernard DUREUIL, « l'indomptable » in, *27^{me} Congrès de L'IFPPC : IFPPC : 25 ans d'action 25 propositions d'amélioration du Livre VI C. Com.*, Montpellier 1/10/ 2010, p : 7.
- François-Xavier Lucas, « la réforme à la lumière de l'histoire du Droit des procédures collectives », in Colloque de la Deauville 3 / 4 avril 2004 : *entreprises en difficulté : nouvel essai moins de liquidations par plus de prévention. Mythe ou réalité ?*, *RJC Hors- série* 2004, p :9.

VII - Webographie

- Abderahman Mazour, commentaire de l'arrêt de la C.Cass. ch com, n°1646 du 24/12/2008, dossier N°2005/2/3/812, publié sur le site du conseil supérieur du pouvoir judiciaire. <https://juriscassation.cspj.ma/> [المنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض](#), p : 434 (consulté le 16/10/2025)
- ABDELALI EL HOURI, « les créanciers otages de longues procédures de sauvetages des entreprises en difficulté », publié sur MEDIA24 le 16 AVRIL 2021 (consulté le 19/11/2025). <https://medias24.com/?p=1052273>
- Extension de la procédure collective – Relations financières anormales entre sociétés Confusion des patrimoines et responsabilité du dirigeant (T.C Com. Marrakech 2020)
- Françoise Guégot, « la modification de la proposition de loi (N° 4400) relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet », *rapport à l'assemblée nationale N°4411*, 28-03-2012, p : 17. www2.assemblee-nationale.fr (23/10/2025)
- Jean-Marc Béguin et Vincent Hécquet, « avec la définition économique de l'entreprise, une meilleure vision du tissu productif », in , rapport de l'INSEE 2015, p : 27, [INSEE - Les entreprises en France - Insee références - édition 2015 | PDF](#) (consulté le 30/11/2025).
- JEAN-PHILIPPE ROBÉ, « l'entreprise oubliée par le droit », séminaire : « vie des affaires 1 octobre 2001, <http://www.ecole.org> (consulté le 12/03/2014)