



HAL
open science

La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit comparé franco-marocain

Saida Bachlouch

► **To cite this version:**

Saida Bachlouch. La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit comparé franco-marocain. Droit. Université Paris-Est, 2012. Français. NNT : 2012PEST0037 . tel-00846693

HAL Id: tel-00846693

<https://theses.hal.science/tel-00846693>

Submitted on 19 Jul 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Faculté de droit

LA PREVENTION ET LE REGLEMENT AMIABLE DES DIFFICULTES DES
ENTREPRISES EN DROIT COMPARE FRANCO-MAROCAIN

THÈSE

Pour obtenir le grade de docteur en Droit de l'Université Paris-Est Créteil

Soutenue publiquement le 1^{er} octobre 2012

Par

SAIDA BACHLOUCH

Sous la direction de

M. Bertrand FAGES

Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Jury

M. Bertrand FAGES, Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

M. Farid EL BACHA, Professeur à l'université des sciences juridiques et économiques
Mohammed V Rabat

M. Fabrice GREAU, Professeur à l'Université du Maine

M. Stéphane PIEDELIEVRE, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

*L'université Paris-Est Créteil Val de Marne (UPEC)
n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans cette thèse, ces opinions devant
être considérées comme propres à leurs auteurs.*

REMERCIEMENTS

Je tiens d'abord à remercier Monsieur Bertrand FAGES, mon Directeur pour tout le temps qu'il a consacré à diriger mon travail. Je lui suis reconnaissante pour ses conseils et ses réflexions pertinentes, son soutien et son encouragement.

Mes remerciements s'adressent aussi aux membres de mon jury, Monsieur le Professeur Farid EL BACHA, qui a accepté de se déplacer à Paris et faire partie des membres du jury, Messieurs les Professeurs Fabrice GREAU et Stéphane PIEDELIEVRE, qui ont aimablement accepté de consacrer leur temps à la lecture de ma thèse.

Ma reconnaissance va aussi vers toute l'équipe du PEB de la bibliothèque de l'UPEC et celle de la bibliothèque Cujas: grâce à eux j'ai pu constituer une bonne part de ma bibliographie en commandant des ouvrages en provenance des bibliothèques de la France entière. Merci pour leur accueil bienveillant et leur service efficace.

J'exprime aussi ma gratitude à tous mes amis et aussi à ceux qui ont contribué de près ou de loin à la réalisation de ce travail.

Enfin, j'ai accompli ce travail en pensant à ma famille. Leur présence à mes côtés a toujours été un puissant stimulant pour moi. Leur compréhension et réconfort, leur indéfectible soutien m'ont insufflé la force d'aller jusqu'au bout. Ce travail leur est dédié.

A mon époux Hakim

*A mes enfants
Chahine et Sarah*

RESUME

Les difficultés rencontrées par les entreprises peuvent prendre des proportions importantes et les conduire vers une cessation d'activité si elles ne sont pas traitées suffisamment tôt.

Le législateur marocain, conscient de la nécessité de la sauvegarde des entreprises, s'est inspiré de la loi française du 1^{er} mars 1984, afin de mettre en place un dispositif légal organisant des procédures de prévention et du règlement amiable.

Le principe de la prévention repose en premier lieu sur l'alerte interne et externe, permettant ainsi une détection précoce des difficultés. Le but étant de favoriser un dialogue entre les organes de contrôle et les dirigeants pour mettre en œuvre une action concertée.

Le règlement amiable, mécanisme contractuel et confidentiel, permet aux dirigeants des entreprises de demander la désignation d'un conciliateur afin de négocier avec leurs créanciers un accord amiable en vue d'optimiser le redressement de leurs entreprises.

Néanmoins, les enquêtes réalisées au Maroc ont montré la méconnaissance et le faible usage de ces mécanismes préventifs par les dirigeants d'entreprises, car ils sont inadaptés à leur contexte économique, social et culturel. A l'exemple des réformes des procédures collectives entreprises par le législateur français entre 1994 et 2008, une réforme approfondie de la loi marocaine relative à la prévention et au règlement amiable est nécessaire afin de les rendre plus efficaces et accessibles.

Mots clefs :

Difficultés des entreprises- prévention- alerte - règlement amiable- sauvegarde.

Abstract

The difficulties faced by the companies can lead to important consequences and a potential discontinuance of business if not considered at an early stage.

The Moroccan legislator, considering that the saving of the companies is of the essence, has drawn his inspiration from the French Law enacted on March 1st 1984 in order to set up in 1996 prevention and amicable settlement procedures.

The prevention principle first of all relies on internal and external warnings, allowing difficulties prediction at an early stage. The purpose is to establish a dialogue between supervisory committees and corporate management in order to agree on a concerted step.

The amicable settlement, which is a contractual and confidential mechanism, grants the right to corporate managers to appoint a conciliatory to negotiate an amicable settlement with the creditors in order to optimize the company recovery.

Nevertheless, investigations in Morocco have demonstrated that this prevention mechanism is either unrecognized or weakly used by corporate managers, mainly because this mechanism is not in line with the economical, social and cultural context. Between 1994 and 2008, the French legislator has amended the bankruptcy proceedings which can be considered as an example. An in-depth reform of Moroccan laws relating to prevention and amicable settlement procedure is necessary as well for further efficiency and accessibility.

Key Words

Companies difficulties – prevention – warning – amicable settlement - saving

Sommaire

Introduction	1
Première partie. Analyse des procédures de prévention et du règlement amiable organisées en droits marocain et français	18
Titre 1. Esprit et contenu de la prévention en droits marocain et français.....	20
Chapitre 1. La prévention interne : rapidité et confidentialité.....	33
Section 1. Le commissaire aux comptes dans la prévention interne: intervenant principal... ..	34
Section 2 : Les associés dans la prévention interne : seconds intervenants.....	62
Section 3. La prévention interne par le comité d'entreprise.....	73
Chapitre 2. La prévention externe : Continuation du processus préventif interne.....	69
Section 1. La prévention externe par le président du tribunal.....	69
Section 2. Les autres intervenants dans la prévention externe en droits marocain et français.....	94
Titre 2. Le règlement amiable en droit marocain et la conciliation en droit français: dernière tentative préventive.....	103
Chapitre 1. Modalités d'ouverture et déroulement des procédures du règlement amiable et de la conciliation.....	116
Section 1. Les conditions tenant à l'ouverture des procédures de règlement amiable et de la conciliation.....	116
Section 2. Les moyens facilitant le déroulement de la procédure du règlement amiable et de la conciliation.....	132
0	
Chapitre 2. L'issue de la procédure du règlement amiable et de la conciliation.....	145
Section 1. La conclusion d'un accord.....	145
Section 2. L'échec de la procédure du règlement amiable et de la conciliation.....	168
Deuxième partie. Bilan de la pratique des procédures de la prévention et du règlement amiable résultant des droits marocains et français et leurs perspectives d'évolution.....	172
Titre 1. Bilan de la pratique des procédures de la prévention et du règlement amiable	172
Chapitre 1. Résultats de la pratique des procédures de prévention et du règlement amiable résultant de la loi marocaine n°15-96 du 1 ^{er} août 1996.....	187
Section 1 :La pratique de la prévention interne.....	187
Section 2. La pratique de la prévention externe.....	199

Section 3. La pratique du règlement amiable.....	209
Chapitre 2. Bilan des pratiques anciennes de la prévention et du règlement amiable sous l'empire de la loi française n°84-148 du 1 ^{er} mars 1984 modifiée par la loi n°94- 475 du 10 juin 1994.....	222
Section 1. Résultat d'application des mécanismes préventifs	223
Section 2 :Résultats de la pratique des procédures amiables.....	239
Titre 2. Retour sur les grands traits caractérisant les réformes des procédures collectives en droit français et leurs perspectives d'évolution en droit marocain.....	238
Chapitre 1. Les grands traits caractérisant les réformes apportées par la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 et par l'ordonnance n°2008-1345 du 28 décembre 2008.....	253
Section 1. Amélioration des procédures préventives	253
Section 2. Simplification et précision des procédures amiables	252
Chapitre 2. Présentation du projet de loi visant la réforme des procédures de prévention et du règlement amiable en droit marocain et réflexions pour son efficacité et son adaptation à la réalité des entreprises.....	284
Section 1. Le projet de loi visant la réforme des procédures de prévention et du règlement amiable.....	285
Section 2. Réflexions pour une meilleure efficacité des procédures de prévention et du règlement amiable	289
Conclusion générale.....	300

Liste des principales abréviations et acronymes

Act : Actualités
Actes. Coll : Actes du colloque
AFFIC : Association française en faveur de l'institution consulaire
AJ : Actualités jurisprudentielles
Anc : Ancien
Art : Article
Art.préc : Article précité
Ban et Dr : Banque et droit
Bull.civ : Bulletin civil
Bull. joly : Bulletin joly
Bull. Jol. Soc : bulletin joly sociétés
Bull.nat. commissaires aux comptes : Bulletin national des commissaires aux comptes
CA : Cour d'appel
Cass : Cassation
Cass.com : Cassation commerciale
Cass.soc : Cassation sociale
Cie. Reg, .Com. Comptes : Compagnie régionale des commissaires aux comptes
CEJJ : Centre d'études juridiques et judiciaire
CGI : Code général des impôts
C .Sec.Soc : Code de la sécurité sociale
C.douanes : Code de la douane
C.com : Code de commerce
C.civ : Code civil
CPC : Code de procédure civile
C.Trav : Code du travail
C.Rur : Code rural
CGEM : Confédération générale des entreprises marocaines
CNCC : Compagnie nationale des commissaires aux comptes
Chron : Chronique
DOC : Dahir des obligations et des contrats
Dr.soc : Droit des sociétés
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
D : Recueil Dalloz
Dict.perm. diff. entre : Dictionnaire permanent des difficultés des entreprises
Dr et patrim : Droit et patrimoine
Ed : Edition

Etc : *et caetera*

JO : Journal officiel

JO.Ass.Nat : Journal officiel de l'Assemblée nationale

J.C.P. E : Semaine juridique, édition entreprise

J.CP.G : Semaine juridique, édition générale

Gaz.Pal : Gazette du palais

Gaz.proc.coll : Gazette des procédures collectives

GIE : Groupement d'intérêt économique

Obs : Observation

Ord : Ordonnance

Ord.exper.comp : Ordre des experts comptables

Op.cit : *Opere citato*- dans l'ouvrage cité

Lamy.Soc.Com : Lamy sociétés commerciales

LPA : Les petites affiches

L.G.D.J : Librairie générale de Droit et de jurisprudence

LOCF

Mod : Modifié

Préci : Précité

PUF : Presse universitaire de France

R.J.D.A: Revue de jurisprudence de droit des affaires

Rapp : Rapport

Rapp.préc : Rapport précité

Rev Dr Soc : Revue du droit social

Rev.Dr.Bancaire : Revue du droit bancaire

Rev.Dr.Ban.Fin : Revue du droit bancaire et financier

Rev.lamy. dr. aff : Revue lamy droit des affaires

R.TD.com : Revue trimestrielle du droit commercial

Rev.juris.com : Revue de jurisprudence commerciale

Rev.proc.coll : Revue des procédures collectives

Rev. mar. fina.pub. écon : Revue marocaine des finances publiques et économiques

Rev.soc : Revue société

RTD.civ : Revue trimestrielle de droit civil

R.M.D.E.D : Revue marocaine de l'économie et du développement

Spéc : Spécial

SARL : Société à responsabilité limitée

Sem.jurid : Semaine juridique

Supra : Cité ci- dessus

Somm : Sommaire

TGI : Tribunal de grande instance

V. Voir

USAID : United state agency for international development (Agence américaine pour le développement international)

Introduction

1. Les entreprises, durant leur cycle d'exploitation, sont confrontées à des difficultés de toute nature. Celles-ci peuvent prendre des proportions importantes les conduisant rapidement vers une liquidation judiciaire.

Les premières à être touchées par ces difficultés sont les petites et moyennes entreprises, car elles sont en général sous capitalisées et n'ont pas les compétences nécessaires pour les affronter. De même, la défaillance d'une entreprise d'une certaine taille, peut avoir des conséquences graves, non seulement sur l'emploi, mais aussi sur l'activité économique de son marché.

Dans le souci de les maintenir viables, les législateurs français et marocains proposent tout un arsenal juridique, ayant pour objectif de sauvegarder leur équilibre économique, de protéger les créanciers et de conserver l'outil de travail des salariés¹. Car les difficultés des entreprises sont généralement prévisibles et peuvent être évitées par la prévention et le règlement amiable.

2. La prévention passe en premier lieu par une détection précoce des difficultés, avec notamment une gestion prévisionnelle des comptes, afin de déceler leurs premiers signes. Cette mesure a été apportée par la loi française du 1^{er} mars 1984 ayant prévu l'obligation de l'établissement des documents comptables prévisionnels à l'encontre de certaines entreprises. Cette obligation a pour rôle aussi la sensibilisation et la responsabilisation des dirigeants d'entreprises. Elle se caractérise surtout par sa transparence, permettant ainsi aux personnes intéressées par la survie de l'entreprise de s'informer sur sa situation future. C'est ce qui justifie sa confirmation au fil des réformes².

En second lieu, elle repose sur le mécanisme de l'alerte en interne et en externe. La première est déclenchée par des organes de contrôle, notamment les commissaires aux comptes, les représentants des salariés et les associés; la seconde est initiée par le président du tribunal ou encore par les groupements de prévention agréés. Le but de cette alerte est de créer un

¹En effet, «l'objectif de la sauvegarde des entreprises est crucial », comme cela a été énoncé dans l'exposé des motifs de la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005, n°1596, p.3.

² Notamment par l'obligation de l'établissement des documents comptables prévisionnels apportée par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 et maintenue par la réforme de la loi n°94- 457 du 10 juin 1994 et celle de la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 ayant élargi la diffusion de l'information de l'analyse des documents prévisionnels, particulièrement à l'égard des personnes morales de droit privé : l'article L. 612-2 du Code de commerce prévoit que «les personnes morales de droit privé non commerçante exerçant une activité économique employant plus de 300 salariés ou disposant de ressources ou d'un chiffre d'affaires dépassant 18 millions d'euros ».

dialogue entre les organes de contrôle et les dirigeants, et de permettre une action concertée alors qu'il est encore possible d'intervenir.

Le règlement amiable intervient en dernière phase, lorsque la situation de dégradation de l'entreprise se confirme³. C'est un mécanisme contractuel et confidentiel, applicable aux entreprises qui ne sont pas encore en cessation des paiements⁴ ou qui le sont depuis moins de quarante cinq jours⁵, et qui éprouvent des difficultés juridiques, économiques et financières. Il permet aux dirigeants de ces dernières de demander la désignation d'un conciliateur afin de négocier avec leurs créanciers un accord portant sur des délais de paiement ou des remises de dettes, en vue d'optimiser le redressement de leurs entreprises.

L'important est d'agir rapidement et efficacement, avant cette phase extrême qui contraint le débiteur à déposer son bilan et le tribunal à prononcer l'ouverture d'une procédure judiciaire.

3. En France, la prévention des difficultés des entreprises a connu une évolution remarquable, dont il convient ici d'en rappeler les différentes étapes.

En revanche au Maroc son institution est récente et n'a pas encore connue de réforme.

§1. L'apparition des premières démarches préventives

4. La prévention des difficultés des entreprises trouve son origine dans les premières ordonnances royales édictées au moment de la renaissance⁶, avec l'ordonnance de Colbert de 1673 dont les titres IX, X et XI, étaient consacrés aux « défenses et lettres de répit », aux « cessions de biens » et aux « faillites et banqueroutes »⁷. Cette ordonnance réglementait et organisait le droit des faillites, principalement les conditions d'ouverture de la faillite et l'impossibilité matérielle de payer, ainsi que les sanctions dont la contrainte par corps et la possibilité de juger le commerçant. Il faut cependant ajouter que le débiteur pouvait obtenir du Roi une lettre de répit, de l'ordre de six mois, lorsque la cessation des paiements n'était pas causée par sa faute.

5. Une autre tentative a trouvé son fondement dans le concordat amiable fut institué en 1848. Il consistait en un accord conclu entre le débiteur et certains de ses créanciers dans le but d'obtenir des délais de paiement et éventuellement des remises de dettes. Il fut supprimé

³ Exposé des motifs du projet de loi n°1389 du 6 avril 1983.

⁴ Notamment en droit marocain, C.com.,art. 550.

⁵ Selon le droit français, C.com., art .L.611-4.

⁶ G.DUPPOUY, *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, 1960, cité par P.M.LE CORRE et E.LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires- Droit des entreprises en difficulté.*, SIREY, 2^{ème} éd., 2006.*op.cit.*, n°1.p.1.

⁷ C.SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2009, n°11, p.7.

en 1870, car il était suspecté de permettre des arrangements particuliers avec certains créanciers afin de les avantager au détriment des autres⁸.

6. Fut ensuite créée la loi du 2 juillet 1919, relative au « règlement transactionnel entre les commerçants et leur créanciers », qui avait pour but de protéger en priorité les commerçants anciens combattants, mais elle fut finalement appliquée à tous les commerçants. Le concordat, voté à la majorité, accordait un sursis de paiement provisoire au débiteur, placé sous le contrôle d'un administrateur. Cette procédure a eu une existence brève car elle donnait lieu à des abus et fut même qualifiée « d'escroquerie légale ».

7. Le décret du 25 août 1937 instituant « le règlement amiable homologué » au profit des débiteurs commerçants et artisans, « malheureux et de bonne foi », apporta une nouvelle approche dans l'appréhension des difficultés des entreprises. En effet, il a été constaté que ces difficultés provenaient aussi de l'incompétence du dirigeant ou de son inadaptation au marché, et non plus seulement à sa mauvaise foi⁹. Cependant, son insuffisance fut rapidement constatée de part son inopposabilité aux créanciers hypothécaires, privilégiés ou gagistes car cette procédure ne s'intéressait qu'aux créanciers chirographaires. En outre, les négociations se déroulaient en dehors de la présence du juge, ouvrant ainsi la voie à des fraudes. Les magistrats n'ayant pas les moyens de faire des investigations, le concordat était rarement homologué, ce qui remettait en cause l'exécution des engagements¹⁰. La procédure de règlement amiable homologué prit fin en 1939.

8. A la suite de ces tentatives préventives sans résultats satisfaisants, intervient alors le décret du 20 mai 1955, relatif aux faillites et aux règlements judiciaires. Celui-ci eut le mérite de distinguer de manière précise la faillite et le règlement judiciaire. Le débiteur pouvait bénéficier d'un concordat pour le paiement de ses dettes. Cependant, s'il n'y parvenait pas, il était placé sous le régime de la liquidation judiciaire¹¹. Mais ce système s'est à son tour révélé insatisfaisant car il associait le sort du débiteur au sort de l'entreprise qu'il dirigeait. Le principe de la faillite était posé sur la base de la faute. Si le débiteur était fautif, le tribunal pouvait prononcer l'ouverture de la faillite; dans le cas contraire, il ordonnait le règlement judiciaire. Or, ce choix allait à l'encontre du développement de l'économie¹².

⁸ G.ANDREO et H.AZARIAN, « Règlement amiable et concordat », juris-classeur commercial, procédures collectives, Fasc.2030 ; D.DESURVIRE, « Banqueroute et faillite- de l'antiquité à la France contemporaine », *L.P.A.*, 30 août 1991, n°104, p.12 ; F.DERRIDA, *Concordat préventif et droit français*, Etudes Hamel, 1961, p.489 et s.

⁹ C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°16, p.10.

¹⁰ M.LABBE, « Le règlement amiable de la loi du 1^{er} mars 1984 », Thèse, Paris 1987, p.8.

¹¹ A.HONORAT, *Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlement judiciaire*, 1959.

¹² C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°22, p.14.

9. Il fallut attendre l'ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967, pour voir de nouveau une autre intervention législative relative à l'entreprise qui n'est pas encore en cessation des paiements. Celle-ci a organisé la suspension provisoire des poursuites, applicable à certaines entreprises « *en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise* ». Etant considéré comme une procédure préventive, ce texte a été conçu dans le but de permettre aux entreprises dont la disparition est susceptible de causer à l'économie nationale ou régionale un trouble grave, de trouver des solutions de redressement¹³.

Il fallait d'une part inciter les dirigeants à une prévision anticipée afin d'éviter la cessation des paiements, et d'autre part, assurer une préparation et une exécution des mesures propres à éviter la liquidation judiciaire. Le débiteur disposait d'un délai de trois mois éventuellement prorogeable d'un mois, avec l'assistance d'un curateur, pour élaborer un plan de redressement et bénéficier d'une suspension provisoire des poursuites qui s'imposait à tous les créanciers. Une fois le plan établi, il était soumis au tribunal, qui l'homologuait s'il le jugeait sérieux.

Cependant, cette ordonnance a été critiquée car elle n'était applicable qu'aux entreprises d'une certaine importance¹⁴ et sa solution débouchait souvent sur l'établissement d'un plan d'apurement de passif et de redressement judiciaire en négligeant le concordat amiable voté par la majorité des créanciers¹⁵. En effet, elle comportait un caractère curatif et non préventif. L'ordonnance du 23 septembre 1967, a tout de même permis, notamment aux grandes entreprises, de prendre le temps d'élaborer des solutions de redressement, mais elle n'a pas pu éviter son application aux entreprises se trouvant déjà en cessation des paiements¹⁶.

Cette ordonnance fut en fait très peu appliquée; en quinze ans, seuls 40 plans furent poursuivis jusqu'à leur terme. Cet échec est dû à plusieurs raisons :

- le déclenchement tardif de la procédure alors que l'entreprise ne disposait plus de trésorerie afin de poursuivre son activité,
- l'absence de régime simplifié de licenciement et la prise en charge par les ASSEDIC ne s'appliquait pas à ce type de procédure,
- les créanciers ayant accepté de traiter avec le débiteur ne disposaient d'aucun privilège en cas d'ouverture de procédure judiciaire,
- le débiteur se trouvait dans l'impossibilité d'effacer intégralement son passif dans le

¹³ J.Ph.HAEHL, *Les techniques de renflouement des entreprises en difficultés*, Litec, éd 1981; p.365 et s.; V. En ce sens A.M.BAUDRON, *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, L.G.D.J., 1972.

¹⁴ Ord. n°67-820 du 23 septembre 1967, art. 1.

¹⁵ C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°38, p.22; M. LABBE, *op.cit.*, p.8.

¹⁶ P.LE CANNU, *Entreprises en difficulté : Prévention, redressement et liquidation judiciaire*, Bull. joly éd.1988, n°2, p.24.

délai de trois mois,

- la publicité à laquelle était soumise la procédure ne permettait pas à l'entreprise de se préserver d'une mauvaise image.

L'échec de l'ordonnance du 23 septembre 1967 et le changement politique intervenu en 1981, ont alors favorisé une nouvelle approche de la prévention des difficultés des entreprises.

§2. Une nouvelle approche de la prévention des difficultés des entreprises et son échec

A. Une nouvelle approche de la prévention des difficultés des entreprises

1. En France

10. L'idée de la prévention fut développée dans le rapport SUDREAU en 1979, qui a constaté « *l'absence de dispositifs cohérents permettant de prendre conscience progressivement des difficultés de l'entreprise.* »¹⁷

11. Le gouvernement de M. Raymond BARRE présenta en 1979, le projet de loi n°974 « *tendant à instituer des mesures de prévention des difficultés des entreprises* ».

12. En 1983, Robert BADINTER, Ministre de la justice et Garde des sceaux, exposa les motifs de son projet de loi le 4 juillet. Il insista sur l'absence d'outils de prévention dans la loi du 13 juillet 1967 et de l'ordonnance du 23 septembre 1967. Selon lui : « *aucun mécanisme d'avertissement, aucune règle destinée à faire acquérir aux dirigeants le réflexe souhaité de la prévision n'a pénétré le droit positif.* » Et pour la mise en œuvre des procédures de redressement, il ajouta : « *si la prévention échoue, alors est mis en œuvre le traitement judiciaire de l'entreprise en difficulté. La réforme est axée sur une procédure unique et rapide à finalité économique. D'abord un diagnostic destiné à déterminer quelles entreprises ou quelles branches de l'entreprise peuvent demeurer en activité et à quelles conditions.*»¹⁸

Les résultats des travaux législatifs ayant commencé dès le début de 1983, ont donné lieu à la naissance de la loi du 1^{er} mars 1984. La discussion publique a commencé le 26 mai 1983 pour se terminer le 11 février 1984. La loi a été déclarée conforme à la constitution le 28 février 1984 et promulguée le 1^{er} mars 1984. Le décret d'application n°85-295 est alors entré en vigueur le 1^{er} mars 1985.

¹⁷ La réforme de l'entreprise, rapport du comité présenté par M. Pierre SUDREAU. éd. 10-18, 1975.

¹⁸ R.BADINTER, J O., Ass.nat. 1^{ère} séance du 4 juillet 1983 p.3468 et 3469.

La loi du 1^{er} mars 1984 et son décret d'application du 1^{er} mars 1985 ont institué tout un système préventif couvrant la situation en amont de la cessation des paiements, la situation en aval étant garantie par la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire. Ce processus démontrait la volonté du législateur de mettre en place un dispositif complet et progressif.

Cette loi instaurait trois types de mécanismes préventifs :

- La prévention par l'information comptable et financière, mesure permettant de détecter les difficultés des entreprises dès qu'elles apparaissent et d'organiser une véritable information afin d'appréhender ces difficultés financières. Elle consiste en l'établissement de documents prévisionnels permettant de responsabiliser les dirigeants et de les amener à prendre en charge leur avenir¹⁹. Comme le précisent certains auteurs, « *prévenir c'est prévoir et prévoir c'est aussi prévenir, car la connaissance des difficultés qui menacent les entreprises incitera les dirigeants à les éviter* »²⁰

- Les procédures d'alerte interne et externe ; la première étant confiée aux commissaires aux comptes, aux comités d'entreprise et aux associés ; la seconde étant à la charge du président du tribunal et des groupements de préventions agréées. Ces procédures sont destinées à attirer l'attention des dirigeants d'entreprises sur les difficultés menaçant leur exploitation. Ces mesures sont relativement discrètes et non coercitives.

- Le règlement amiable, procédure située en amont de la cessation des paiements, est un mécanisme contractuel et confidentiel. Il permet au débiteur de demander, au président du tribunal, la nomination d'un conciliateur afin de négocier avec ses créanciers des délais des paiements ou des remises de dettes, et de parvenir à signer un accord amiable. Si cette procédure n'est pas obligatoire, elle nécessite l'encadrement du président du tribunal.

2. Au Maroc

13. Ce n'est qu'en 1996 que les premières règles relatives au traitement des difficultés des entreprises furent instituées au Maroc. Nous sommes donc passés d'un droit de la sanction à un droit beaucoup plus souple. L'accent est désormais mis sur la nécessité de sauvegarder l'entreprise en tant qu'entité viable et génératrice d'emplois. L'appréciation n'est alors plus portée sur l'attitude du débiteur mais aussi sur les perspectives économiques de l'entreprise.

¹⁹ J.PAILLUSSEAU et G.PETITEAU, *Les difficultés des entreprises, prévention et règlement amiable*, Armoand Collin, éd, 1985, p.7 et 8.

²⁰ Y. GUYON, *Droit des affaires-Entreprises en difficulté- Redressement judiciaire- Faillites*. Economica, T2, éd. 1999, n°1034, p.42.

En effet, il est primordial d'anticiper suffisamment tôt les difficultés des entreprises par leur prévention, afin d'éviter qu'elles ne s'aggravent et qu'elles ne permettent plus d'échapper au traitement judiciaire.

Guidé par cette ambition, le législateur marocain a engagé une révolution contre l'ancien système. Avec la loi n°15-95 promulguée par le dahir n°1-96-83 du 15 Rabii I 1417 du 1^{er} août 1996, formant le Code de commerce, le droit marocain a enregistré une avancée significative par rapport à l'ancien système de faillite. Il a eu, en effet, le mérite d'introduire pour la première fois certaines dispositions nouvelles, notamment avec l'instauration des procédures de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, devenue, dans la législation marocaine, une catégorie à part entière. Cette loi a été mise en application le 3 octobre 1997.

Ainsi, le législateur marocain, conscient de la nécessité de préserver les entreprises en difficulté, a mis en place des procédures d'alerte interne et externe, susceptibles de prévenir les difficultés des entreprises, puis une procédure de règlement amiable permettant le redressement de celles qui sont temporairement défailtantes.

La prévention et le règlement amiable occupent quinze articles parmi les dispositions adoptées par la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996, intégrés dans le livre V du Code de commerce. Les dispositions de ces articles couvrent la situation de l'entreprise en amont de la cessation des paiements.

Deux orientations marquent l'esprit de la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996, formant le Code de commerce, organisant le traitement des difficultés des entreprises :

- Permettre à des organes d'alerte internes (commissaires aux comptes, associés) et externes (président du tribunal) de déclencher une procédure d'alerte, en informant les dirigeants des entreprises sur la nécessité de prendre des mesures de gestion rapides, dès l'apparition des premiers signes de difficultés.
- Permettre au débiteur d'organiser contractuellement avec ses créanciers les moyens de sauvetage de l'entreprise, à l'aide d'un conciliateur et sous l'égide du président du tribunal, sans pouvoir juridictionnel.

Au regard de la législation marocaine des affaires, les notions de prévention et de traitement amiable des difficultés des entreprises sont très récentes. Cette législation, à travers les motivations économiques qui justifient son adoption, tente d'appréhender les difficultés des entreprises lorsque celles-ci cessent de fonctionner de manière harmonieuse et sans qu'une rupture dans la continuité de leur exploitation ne se produise.

Notons toutefois que pour mener à bien cette réforme, le législateur marocain, à l'instar de l'institution du droit des faillites, s'est largement inspiré de la loi française n°84-148 du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, ainsi que de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires, modifiées par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994.

B. Echec de l'approche de la prévention des difficultés des entreprises

1. En France

14. La loi française du 1^{er} mars 1984, mais également la loi du 25 janvier 1985 ayant servi de modèle d'inspiration au législateur marocain, n'ont malheureusement pas connu le succès attendu par leurs fondateurs. Le nombre annuel de défaillances n'a pas cessé d'augmenter constamment²¹. Il est passé de 25 000 en 1984 à 68 111 en 1993²², ayant ainsi progressé de 150% en dix ans. Les tribunaux de commerce étaient très peu sollicités pour la mise en œuvre de cette loi, pour les raisons suivantes :

- la loi était mal connue des entreprises et de leurs conseils,
- la saisine du tribunal se faisait trop tardivement alors que l'entreprise était déjà en cessation des paiements,
- les débiteurs préféraient le confort des procédures collectives, qui une fois initiées suspendaient ou interdisaient toute action contre l'entreprise, et permettaient également d'imposer un délai de paiement plus long que celui qui aurait pu être négocié dans le cadre du règlement amiable²³.

²¹ A.COURET, J.LARRIEU, F.MACORIG-VENIER, *La réforme du droit des entreprises en difficulté- commentaire de la loi n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises et son décret d'application n°94-910 du 21 octobre 1999*, éd. Montchrestien EJA, 1995, n°1, p.5.

²² Statistiques données par l'INSEE.

²³ P.FOURNIE, « Le traitement non judiciaire des difficultés », Act. Coll, Université des sciences sociales de Toulouse sur le thème « une solution a la crise : La réforme de l'entreprise », Montchrestien éd., 1995, p. 63.

2. Au Maroc

15. Bien que le Maroc ait emprunté au modèle français les outils de prévention et du traitement amiable des difficultés des entreprises, avec l'ambition d'éviter autant que possible leurs défaillances, l'utilisation de ces procédures par les personnes concernées (chefs d'entreprises, commissaires aux comptes, tribunaux de commerce) reste globalement faible. Leur application s'est souvent soldée par un échec. Le nombre annuel de disparition d'entreprises n'a pas diminué depuis la mise en application de la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996. Plus de 95% des procédures collectives sont conclues par une liquidation judiciaire chaque année. L'objectif que s'était donné le législateur marocain en 1996 n'a donc pas été atteint.

§3. Les réformes des procédures de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises en France

1. La loi n°94-457 du 10 juin 1994

16. Afin de remédier à ces défaillances d'entreprises, le législateur intervient donc à nouveau avec la loi n°94-457 du 10 juin 1994. Cette loi, de par son décret d'application du 21 octobre 1994 s'est concentrée sur quatre axes principaux :

- Renforcer le dispositif de prévention des difficultés des entreprises;
- Renforcer le rôle du commissaire aux comptes ;
- Confirmer le mandat *ad hoc*;
- Améliorer la procédure de règlement amiable.

Notons cependant que, malgré ces réformes, la sauvegarde des entreprises en difficulté ne s'est pas améliorée, et que le nombre de défaillances n'a cessé d'augmenter.

2. La loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005

17. Le législateur français a continué à travailler sur les améliorations qui pourraient être apportées au droit des entreprises en difficulté et de multiples projets ont été préparés. Ce n'est qu'en 2004 qu'un projet de loi a été présenté en conseil des ministres et déposé à l'Assemblée Nationale. Celui-ci visait à modifier le régime français des procédures collectives, et prévoyait notamment l'introduction d'une nouvelle procédure : « la sauvegarde ».

La loi de sauvegarde a finalement été adoptée le 26 juillet 2005 et son décret d'application le 28 décembre 2005; elle a été mise en application le 1^{er} janvier 2006.

Cette loi, avec les orientations qui la caractérisent, a apporté un nouveau souffle à l'environnement des entreprises.

Ainsi, poursuivant la volonté affichée avec la loi du 10 juin 1994, la loi de sauvegarde des entreprises n°2005-845 du 26 juillet 2005 et son décret d'application n° 2005 du 28 décembre 2005²⁴, à travers des mesures diverses, mettent l'accent sur le traitement préventif des difficultés des entreprises et leur résolution amiable.

Les modifications résultant de la réforme de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 tendent à une meilleure détection des difficultés, et contribuent à éviter l'ouverture des procédures collectives, ou dans le cas extrême, la liquidation judiciaire²⁵. C'est pour cela que cette loi insiste sur l'importance de l'information comptable et financière qui constitue un mode de détection des difficultés. Dans cet esprit, lorsque les dirigeants d'entreprises ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels, le président du tribunal peut leur adresser une injonction de le faire à bref délai sous astreinte²⁶. L'accent étant mis sur la sensibilisation et la responsabilité des dirigeants d'entreprises.

La loi de sauvegarde a privilégié également l'amélioration des moyens d'information au sein des greffes des tribunaux de commerce. Dans ce sens, elle précise l'obligation à l'encontre des organismes sociaux, du trésor public et de la douane, de publier leurs créances au greffe du tribunal sous peine de perdre leur privilèges²⁷. Cette mesure a pour finalité de les responsabiliser et de les impliquer d'avantage dans la prévention des difficultés des entreprises.

La loi de sauvegarde a également apporté d'importantes réformes à la procédure d'alerte, déclenchée par les commissaires aux comptes, les comités d'entreprises et les associés. Le but étant d'accélérer la procédure, en mettant en place trois idées maîtresses:

- l'information précoce du président du tribunal, des difficultés rencontrées par les entreprises;
- la convocation d'une assemblée générale si nécessaire, sans attendre la prochaine réunion en cas de difficultés persistantes,

²⁴ V. en ce sens, S.PIEDELIVRE, « La loi de sauvegarde des entreprises » *JCP N.2005*, n°39, p.1397 ; Ph. PETEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JCP E .2005*, n°42, 1509.

²⁵ P.M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, éd. 2010-2011, n°120-09, p.141.

²⁶ Loi n°2005-845 du 26 juill. 2005, art.4.

²⁷ Loi n°2005-845 du 26 juill. 2005, art. 175, I.

- l'information des représentants du personnel, du déroulement de la procédure d'alerte²⁸.

De plus les pouvoirs de convocation du président du tribunal, dans le cadre de la procédure d'alerte externe, ont également été renforcés.

Mieux encore, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a amélioré les procédures mises à la disposition des dirigeants d'entreprises, leur permettant ainsi de trouver celle qui est la mieux adaptée à leur situation.

Le mandat *ad hoc*, procédure amiable prise à l'initiative du débiteur, a été clarifié, lui permettant ainsi de demander la désignation d'un mandataire *ad hoc* afin de lui faciliter les négociations avec ses créanciers, tout en respectant le principe de confidentialité.

Notons toutefois que la réforme la plus significative en matière de prévention est l'instauration d'une nouvelle procédure dite de conciliation, autrefois appelée règlement amiable, qui est une procédure amiable comme le mandat *ad hoc*. Cette procédure permet au débiteur de trouver un moyen d'arrangement avec ses créanciers, notamment la possibilité d'obtenir des délais de paiement ou des remises de dettes dans l'objectif de signer un accord de conciliation. Cette procédure se caractérise par la possibilité, pour le débiteur, de l'initier alors qu'il est déjà en cessation des paiements depuis moins de quarante cinq jours. Elle a également pour objet de maintenir l'équilibre des intérêts du débiteur et de ses créanciers.

Le législateur français de 2005 a également précisé le statut du mandataire *ad hoc* et celui du conciliateur en vue de préserver le maximum de transparence à ces procédures amiables²⁹.

Enfin, toujours dans le but d'améliorer la procédure de conciliation, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 propose aux parties deux formules leur permettant de concrétiser et de sécuriser l'aboutissement de leurs négociations : la constatation ou l'homologation de l'accord de conciliation.

Par ailleurs, une nouvelle procédure dite de sauvegarde a été instituée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Il s'agit d'un redressement judiciaire anticipé, emprunté au modèle du chapitre XI du droit fédéral américain, permettant au débiteur au bord de la cessation des paiements de se mettre à l'abri des poursuites, le temps de réorganiser son entreprise et de restructurer la dette au moyen d'un plan de sauvegarde accepté par les créanciers, réunis au sein de comités catégoriels. Cette procédure de redressement judiciaire « light », comme la désigne le professeur François-Xavier LUCAS, déjà appliquée par un grand nombre de pays

²⁸J.P.LE GROS, « Les mesures de prévention du nouveau titre I du livre VI du code de commerce », *Rev. Dr.Soc.*, Lexis Nexis, juris-classeur, oct. 2005, p.9 et s.

²⁹C.com. art. L.611-13 (texte commun au mandataire *ad hoc* et au conciliateur).

européen est « destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »³⁰, elle s'inscrit en outre dans le processus d'européanisation du droit de la faillite, dont la première pierre est constituée par la procédure d'insolvabilité (insolvency proceeding) instituée par le droit communautaire, et applicable depuis le 31 mai 2002.

Cette procédure de sauvegarde, contrairement à celle de redressement judiciaire ne dessaisit pas le chef d'entreprise de la direction de celle-ci : celui-ci poursuit en effet la gestion de son entreprise avec l'aide de l'administrateur judiciaire et du mandataire.

Si l'entreprise n'est pas en cessation des paiements, le débiteur ne court pas le risque de sanction à titre personnel tels que la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer, ou encore une condamnation sur ses biens personnels en comblement pour insuffisance d'actif. Cependant, en cas de fraude de gestion, il est susceptible d'être poursuivi sur ses biens personnels.

3. L'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008

18. Dans la même perspective d'améliorer les mécanismes de sauvegarde des entreprises en difficulté, et après seulement trois années d'application de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, avec son décret d'application n°2009-160 du 12 février 2009, portant réforme du droit des entreprises en difficulté, est venue corriger quelques imprécisions d'ordre pratique.

En trois ans d'application de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, seules 1916 sauvegardes ont été ouvertes, 509 en 2006, 513 en 2007 et 694 en 2008³¹.

Cette ordonnance apporte des modifications intéressant principalement, le mandat *ad hoc*, la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde.

Concernant le mandat *ad hoc*, la modification la concernant consiste à permettre au débiteur de proposer le nom d'un mandataire dont il souhaite la désignation. Cette mesure a pour finalité de préserver au débiteur la liberté de conduire la procédure du mandat *ad hoc*.

Quant à la procédure de conciliation, l'ordonnance insiste sur la clarification de certaines difficultés nées sous l'ancienne législation, susceptibles d'entraver son déroulement. A cet effet, l'ordonnance du 18 décembre 2008 prévoit, dans les termes de l'article 3, la possibilité de prolongation de la durée de la procédure de conciliation, notamment dans le cas où une

³⁰ F.X.LUCAS, « L'ouverture de la procédure collective », *L.P.A.*, 10 juin 2004, n°116.

³¹ Th. MONTERON, « Crise financière et défaillances des entreprises », *Gaz.Proc.Coll.* 2009, s. spéc. n°19,p.15.

demande d'homologation de l'accord de conciliation a été formée. De ce fait, la mission du conciliateur et la procédure de conciliation peuvent être prolongés jusqu'à la décision du tribunal³².

L'ordonnance précise également la fréquence des conciliations afin d'éviter l'enchaînement immédiat de deux procédures. De ce fait, une nouvelle conciliation ne peut être ouverte dans les trois mois qui suivent³³.

Elle étend également le bénéfice de la conciliation aux personnes coobligés ou ayant consenti une sûreté personnelle ou affecté ou cédé un bien en garantie, y compris dans le cas d'un accord simplement constaté³⁴.

En ce qui concerne la sauvegarde, il est à noter que l'ordonnance du 18 décembre 2008 s'est fixée pour but de la rendre plus accessible, avec notamment la suppression de toute référence au caractère inévitable de la survenance de la cessation des paiements³⁵, le but étant de permettre aux chefs d'entreprises de se placer sous la procédure de sauvegarde, plutôt que de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

19. L'objectif du législateur français, par la succession des réformes du droit des entreprises en difficulté depuis 1994, est de permettre aux entreprises d'évoluer dans un environnement économique sécurisé, sans craindre la survenue d'une faillite réduisant à néant tous les efforts développés pendant des années. Il s'efforce également de protéger les intérêts des créanciers et de maintenir l'emploi.

Il est aujourd'hui reconnu que le législateur français a réussi le pari qu'il s'était fixé. Selon les études réalisées de 2005 à 2009, le taux de défaillances des entreprises a nettement baissé, même en temps de crise. De 1500 à 2000 mandats *ad hoc* et conciliations ont été ouverts, deux procédures sur trois aboutissent à la conclusion d'un accord³⁶. Quant à la sauvegarde des entreprises, 708 sauvegardes ont été enregistrées en 2008, 1422 en 2009, et 1234 en 2010³⁷. Remarquons également que la réactivité des juridictions dans l'interprétation des nouvelles règles a joué un rôle important. La mentalité des chefs d'entreprises a évolué dans le bon sens et la culture d'anticipation des difficultés est en train de s'installer³⁸.

³² C.com., art. L.611-6.

³³ Ord n°2008-1345 du 18 déc.2008, art. 3.

³⁴ Ord n°2008-1345 du 18 déc.2008, art.7.

³⁵ P.M. LE CORRE, *La réforme du droit des entreprises en difficulté- commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009*, Dalloz, éd., 2009, n°05.01, p.28.

³⁶ Lettre observatoire consulaire des entreprises en difficulté, www.oced.ccip.fr, n°10, fév. 2011.

³⁷ Lettre observatoire consulaire des entreprises en difficulté, www.oced.ccip.fr, n°10, fév. 2011.

³⁸ A.LIENHARD, *Procédures collectives-Prévention et conciliation- sauvegarde financière accélérée – Redressement judiciaire- Liquidation judiciaire- Sanctions-Procédures*, 4^{ème} éd. 2011, p.5.

§4. Les perspectives d'évolution des procédures de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises en droit marocain

20. Un projet visant la réforme de la loi n°15-95 instituant le livre V du Code de commerce, consacré au traitement des difficultés des entreprises est en cours de finalisation. Le processus est enclenché depuis 2003, à l'initiative du ministère de la justice en collaboration avec l'agence américaine pour le développement (USAID). Un groupe de travail, composé des départements du ministère de la justice, initiateur de la réforme, du ministère de l'industrie et du commerce, du ministère des affaires économiques et générales, de la confédération générale des entreprises marocaines (CGEM), de la fédération des chambres de commerce, de l'ordre des experts comptables, et enfin de l'agence marocaine de l'investissement, a été chargé en décembre 2009 de travailler sur les pistes d'amélioration des mécanismes de traitement des difficultés des entreprises en vue d'améliorer le climat des affaires au Maroc.

21. Les rédacteurs du projet de réforme de la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996 ont en effet précisé que la réflexion conduite dans le cadre de la mission de réforme n'a pas pour objectif de remettre en cause les grands équilibres du livre V du Code de commerce, mais seulement d'apporter des modifications pratiques afin de faciliter l'application des procédures, collectives. Selon eux, il est difficilement envisageable de procéder à une réforme globale après seulement une décennie d'application de la loi. L'objet de cette réforme vise donc à résoudre seulement certaines difficultés d'ordre pratique. De ce fait, il a été procédé à une réforme partielle du texte en vigueur, conservant le régime d'ensemble de la loi du 1^{er} août 1996. Au total, 28 amendements sont aujourd'hui proposés pour la réforme du livre V du Code de commerce. 4 seulement concernant la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises. Ces amendements portent sur des détails procéduraux et techniques qui posent problème dans le texte actuel. Car, comme s'accordent à le dire les représentants du secteur privé et certains magistrats, le problème essentiel que pose le livre V du Code de commerce est son manque de clarté, ayant comme conséquence de retarder les procédures du fait des interprétations des uns et des autres, ou encore du fait que les juges n'ont pas toujours de solutions légales ou jurisprudentielles dans certaines situations.

§5. Problématique

22. Comme nous l'avons déjà soulevé, l'application de la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996 régissant la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises a connu un échec. Les acteurs économiques n'ont pas été en mesure d'utiliser ces dispositifs préventifs, destinés à leur permettre de trouver des solutions à leurs difficultés. Faut-il pour autant abandonner cette loi et les ambitions du législateur, à savoir la sauvegarde des entreprises et le maintien de l'emploi ? Et si la prévention n'était qu'un mythe, loin de la réalité des entreprises marocaines ?

Ainsi, le besoin d'une réforme se fait ressentir³⁹, en particulier dans les milieux des affaires qui exigent plus de transparence et de sécurité juridique. Il est en effet urgent de pouvoir répondre aux nécessités des dirigeants d'entreprises qui rencontrent des difficultés dans le cadre de leur activité. La loi constitue un facteur important; elle est appelée à jouer un rôle essentiel avec la mise en place d'un processus préventif efficace, garantissant le respect des droits et des libertés d'entreprendre, ainsi que le maintien de l'entreprise, entité économique et génératrice d'emplois.

En outre, compte tenu de l'évolution de l'économie marocaine et de la mondialisation, une réforme est absolument nécessaire. Le rôle de la loi est déterminant dans la création d'un cadre favorable à l'investissement, à la croissance et à l'amélioration du climat des affaires au Maroc. Les solutions légales marocaines doivent s'accorder avec les législations internationales, au regard de la multiplication des échanges internationaux. En effet, les solutions appelées à être appliquées aux entreprises étrangères, doivent être en adéquation avec les solutions posées dans les différents pays. Aujourd'hui, la réalisation d'un tel défi nécessite en effet une forte volonté politique.

23. Si le législateur français a pris de l'avance en matière de prévention des difficultés des entreprises, qu'en est-il du droit marocain ? Pouvons-nous espérer une évolution similaire en droit marocain ? Le projet de réforme de la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996, instituant le Code de commerce, particulièrement son livre V, régissant le traitement des difficultés des entreprises, annoncé par ses rédacteurs saurait-il répondre au souci d'appréhender les difficultés des

³⁹ A.EL HAJJAMI, Faut t-il réformer le livre V du Code de commerce ?; Mélanges en hommage au professeur Mohammed JALAL ESSAID, Travaux de la rencontre nationale sur la réforme du Droit et le développement humain, Rabat, les 30 juin et 1^{er} juillet 2005, T. 2, éd. 2006, p. 177, V.A. ABBAD, Le rôle de la justice dans le traitement des difficultés de l'entreprise, Thèse (en arabe) 2004, (en arabe).

entreprises ? Se pose alors la question fondamentale sur la démarche à adopter. Doit-on emprunter au modèle français comme par le passé, ses nouvelles dispositions préventives ? Doit-on s'inspirer directement du modèle américain, comme l'ont fait le législateur français et les autres législateurs européens ? Doit-on alors modifier le dispositif légal actuel et le perfectionner afin de l'adapter à la réalité des entreprises marocaines ?

C'est dans le but de pouvoir répondre à ces interrogations qu'une analyse comparative des dispositifs préventifs français et marocain devient essentielle. Celle-ci permettrait de faire le point sur les ressemblances et les divergences des deux systèmes législatifs marocain et français, en matière de prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, mais également de nous éclairer sur l'évolution du droit français au fil des réformes. Elle nous permettrait en outre d'observer les lacunes de l'ancien dispositif français qui se reproduisent de manière similaire au Maroc. Par conséquent, cette démarche est susceptible de nous aider à réfléchir sur les pistes d'amélioration du droit marocain.

§6. Annonce du plan.

24. Cette étude comprendra deux parties:

La première sera consacrée à l'analyse et à la comparaison des procédures de prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, organisées par les droits marocain et français. L'accent sera mis sur l'analyse de la loi marocaine du 1^{er} août 1996 et de la loi française de sauvegarde du 26 juillet 2005 modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008. La seconde dressera le bilan de la pratique actuelle des procédures préventives résultant de la loi marocaine du 1^{er} août 1996. A cet effet, nous nous appuierons sur une enquête que nous avons menée auprès des tribunaux, ainsi qu'auprès d'acteurs concernés par la prévention, à savoir les chefs d'entreprises, les commissaires aux comptes, amenés à déclencher la procédure d'alerte au sein des entreprises dans lesquelles ils exercent leur mission. Nous avons également interrogé les présidents de certains tribunaux de commerce, en vue de recueillir leurs avis sur l'application de ces mesures préventives, sur les difficultés rencontrées lors de leur mise en œuvre et aussi sur les perspectives de leur évolution.

Afin de compléter l'analyse, nous avons jugé utile de présenter le bilan des pratiques résultant de l'ancienne loi française du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable, ayant servi de modèle au législateur marocain.

Ensuite, nous avons estimé qu'il était nécessaire de revenir sur les grands traits caractérisant les réformes adoptées par le législateur français, opérées avec la loi de sauvegarde du 26

juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008, car ces dernières commencent à démontrer leur efficacité en France.

Enfin, nous présenterons le contenu du projet de loi relatif à la réforme de la prévention et au règlement amiable, afin d'analyser la démarche choisie par le législateur marocain afin d'appréhender les difficultés des entreprises. Nous terminerons par une réflexion visant une meilleure efficacité de la prévention et du règlement amiable.

Première partie.

Analyse des procédures de prévention et du règlement
amiable des difficultés des entreprises organisées en
droits marocain et français

25. La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises sont des mécanismes destinés à sauvegarder l'équilibre économique, protéger les créanciers et maintenir l'emploi. ils visent uniquement les entreprises qui ne se trouvent pas en état de cessation des paiements.

A l'exemple de la législation française, le législateur marocain, en matière de prévention des difficultés des entreprises, s'est basé sur un principe des plus simples : « prévenir les difficultés des entreprises, afin de mieux les maîtriser ». Néanmoins, contrairement au législateur français, il a omis d'organiser la prévention par l'information prévisionnelle. En effet, cette dernière a été organisée par la loi du 1^{er} mars 1984 et maintenue par les textes actuels, et imposée à certaines entreprises⁴⁰. Elle a pour objectif d'organiser une gestion prévisionnelle, notamment grâce à l'établissement des documents prévisionnels, à savoir, une situation de l'actif réalisable et disponible, valeur d'exploitation exclues et du passif exigible, un compte de résultat prévisionnel, un tableau de financement prévisionnel et un plan de financement. Cette gestion prévisionnelle permet aux entreprises de mieux cerner la trésorerie et le risque de cessation des paiements⁴¹.

Le dispositif légal marocain s'est contenté donc d'organiser la prévention des difficultés des entreprises, autour d'un processus de prévention interne et confidentielle, diligentée par le commissaire aux comptes et les associés, et d'une prévention externe initiée par le président du tribunal (**titre 1**).

Le législateur marocain a prévu également une dernière mesure préventive : le règlement amiable. Ainsi, le chef d'entreprise peut recourir au président du tribunal pour demander l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, lorsque son entreprise connaît des difficultés juridiques, économiques ou financière. L'objectif de cette mesure est de permettre au chef d'entreprise en difficulté de conclure un accord amiable avec ses créanciers, afin de redresser la situation de son entreprise, à condition qu'elle ne soit pas déjà en cessation des paiements (**titre 2**).

⁴⁰C.com., art. L 612-2 et art. L.234-2.

⁴¹ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficultés*, éd. 2007, n°46, p. 28, V. aussi Y.GUYON, « L'information prévisionnelle », *JCP*, 1985, éd. E, I, 14608, n°5.

TITRE I. Esprit et contenu des procédures de prévention en droits marocain et français

26. L'approche du législateur marocain résultant de la loi n° 15-95 du 1^{er} août 1996, formant Code de commerce, a pour but la réalisation d'une prévention par le processus d'alerte. Cette dernière doit d'abord passer par l'information et la sensibilisation des dirigeants d'entreprises sur l'importance des difficultés soulevées, car la situation financière de l'entreprise risque de se dégrader rapidement.

Dans cet esprit, et afin de faire réagir les dirigeants d'entreprises le plus vite possible, le législateur marocain, à l'instar du législateur français, prévoit dans le livre V du Code de commerce deux mesures préventives :

- La prévention interne, tournée essentiellement vers les dirigeants des entreprises, leur permettant une prise de conscience rapide des premiers signes des difficultés, avec l'intervention du commissaire aux comptes et des associés (**chapitre 1^{er}**) ;
- La prévention externe, considérée comme une continuation de la prévention interne, est mobilisée principalement par le président du tribunal, qui peut, s'il le juge utile, nommer un mandataire spécial pour assister le chef d'entreprise à trouver des solutions de redressement possible (**Chapitre 2**).

Chapitre premier. La prévention interne : rapidité et confidentialité

27. Selon le législateur marocain, les premiers signes des difficultés doivent être dissimulés afin de protéger d'avantage les intérêts de l'entreprise. En effet, dans ce processus préventif ambitieux, il a préféré conserver à la prévention un caractère interne et maintenir une confidentialité de principe. L'objectif est aussi de préserver entières les chances de redressement de la situation de l'entreprise et d'éviter d'éveiller la méfiance de ses partenaires (fournisseurs, clients, banques, etc.)

La prévention interne a également pour but de créer un dialogue entre les organes de contrôle et les dirigeants, et de permettre une action concertée, alors qu'il est encore possible d'intervenir⁴².

Rappelons tout d'abord, que dans cette démarche préventive, le législateur marocain, à l'instar du législateur français, adopte une prévention interne tournée essentiellement vers le chef d'entreprise. Car, c'est ce dernier qui doit prendre les décisions nécessaires afin de redresser la situation de l'entreprise. En effet, comme le précisent les termes de l'article 545 du Code de commerce, « *l'entreprise est tenue par elle-même, à travers la prévention interne des difficultés, au redressement permettant la continuité de l'exploitation* ».

Toutefois, pour que le chef d'entreprise ne soit pas isolé dans cette situation, le législateur marocain a accordé aux commissaires aux comptes un rôle préventif important, en raison de la mission permanente d'investigation et de contrôle et de leur triple compétence financière, comptable et juridique (**Section 1**).

Néanmoins, pour ne pas limiter la prévention interne aux seules sociétés ayant un commissaire aux comptes, le législateur marocain a prévu l'intégration des associés dans ce processus préventif (**Section 2**).

28. Cependant, à la différence du législateur français, le législateur marocain n'a pas souhaité intégrer les représentants du personnel (le comité d'entreprise et les délégués du personnel) dans la procédure interne, malgré la place qu'ils occupent dans la gestion des conflits sociaux, et leurs intérêts pour la sauvegarde de l'entreprise. Sans doute, le but étant d'éviter les conflits entre les dirigeants et les représentants du personnel. L'intervention de ces derniers pourrait susciter des avis contradictoires, qui pourraient retarder la mise en route d'une prévention efficace⁴³.

⁴² A.CHOUKRI-SBAAI, *L'intermédiaire dans les procédures de prévention des difficultés des entreprises*, T.1, 2^{ème} éd (en arabe) 2000, p. 154.

⁴³ A.EL HAMMOUMI., *Droit des difficultés des entreprises. La prévention des difficultés, le redressement judiciaire, la liquidation judiciaire*, 3^{ème} éd., 2008, p. 27.

Toutefois, il nous semble intéressant d'analyser le rôle des représentants du personnel dans la prévention interne, prévu par le droit français (**section 3**).

Section 1. Le commissaire aux comptes dans la prévention interne : intervenant principal

29. En plus des fonctions reconnues aux commissaires aux comptes par la loi n°17-95 du 30 août 1996 régissant les sociétés anonymes⁴⁴ et la loi n°5-96 du 13 février 1997 régissant les autres sociétés commerciales⁴⁵, le législateur marocain, à l'exemple du législateur français leur a ajouté une mission supplémentaire, consistant à déclencher l'alerte au sein des sociétés où ils exercent leur mandat⁴⁶. C'est parce que les commissaires aux comptes sont bien placés pour relever les premiers signes de dégradation de la situation de l'entreprise. Leur alerte peut être bien efficace, car elle est déclenchée par un professionnel qui suit de manière permanente l'évolution de la société et peut agir dès l'apparition des premiers signes de difficultés⁴⁷.

En outre, le commissaire aux comptes agit dans l'intérêt des dirigeants et associés et aussi dans l'intérêt de toutes les personnes et institutions intéressées par le fonctionnement de l'entreprise. Car les missions de contrôle et de certification des comptes, permettent aux intéressés de mieux connaître l'état de santé de l'entreprise et d'apprécier son degré d'évolution ou de vulnérabilité⁴⁸.

30. Toutefois, l'importance du rôle attribué aux commissaires aux comptes a divisé les rédacteurs du projet de loi marocaine n°15-95 du 1^{er} août 1996 relatif au traitement des difficultés des entreprises. Ces derniers formulaient une inquiétude quant à l'alourdissement de la mission classique des commissaires aux comptes, ajoutée aux larges pouvoirs attribués

⁴⁴ Loi n° 17-95 du 30 août 1996, art. 166 : « *Le commissaire aux comptes exerce une mission permanente, de vérification et de contrôle au sein de la société, il doit vérifier les valeurs et les livres, les documents comptables de la société, vérifier également la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur. Il vérifie la sincérité et la concordance, avec les états de synthèse, les informations données dans le rapport de gestion des dirigeants* ».

⁴⁵ Loi n° 5-96 du 13 février 1997, art. 12, al, 1, et art. 80.

⁴⁶ C.com., art. 546 ; et C.com., art. L. 225-228 ; C.com., art. L.223-35 ; C.com., art. L. 612-1 ; C.com., art L.612-4.

⁴⁷ Y.CHAPUT., *Prévention et règlement amiable des entreprises en difficulté*, éd. 1986, n° 41, p.55 ; Lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficultés : « L'alerte par le commissaire aux comptes, mode d'emploi », www.oced.ccip.fr, mars 1996, n°5, p. 25 ; B.SOINNE, « La procédure d'alerte instituée par la loi du 1^{er} mars 1984 et la mission du commissaire aux comptes » *J.C.P.* Ed E II 1985, n°14563, p. 537 ; E.DUPONTAVICE, « Le nouveau rôle du commissaire aux comptes et l'alerte du tribunal de commerce » in n° spéc. *RJ Com.* 1986, n°2, p. 53 ; A.ELHAJJAMI., « Regard sur les nouvelles missions du commissaire aux comptes. » *R.M.D.E.D.*, n°36,1996, p.153 ; L.BENKHIR, « Le rôle du commissaire aux comptes dans la prévention des difficultés des entreprises », (en arabe), Act. Coll, 21 et 22 juill. 2007 sur « Les difficultés des entreprises et le domaine du règlement judiciaire à travers la jurisprudence de la Cour suprême » Rabat, éd. association des juges de la Cour suprême, 2007, p. 53.

⁴⁸ Y. GUYON., « Le rôle de prévention du commissaire aux comptes » *JCP*, Ed. E, n°48, 1987 n°150 66, p. 622.

par les lois sur les sociétés commerciales, en particulier la loi n°17-95 du 30 août 1996 relative aux sociétés anonymes⁴⁹.

31. En France, quelques inquiétudes ont été également relevées, notamment dans les milieux professionnels, quant à la multiplication des missions des commissaires aux comptes⁵⁰.

Pourtant, les commissaires aux comptes de leur côté, notamment en France, se sont réellement investis dans cette nouvelle mission. Pour exprimer d'avantage leur engagement, ils ont signés solennellement, lors des X^{ème} Assises nationales le 9 décembre 1993, une charte pour la prévention des difficultés des entreprises⁵¹.

Ceci dit, puisque le commissaire aux comptes est obligé de déclencher la procédure d'alerte, quel est donc son domaine d'intervention (§1) ? Et comment se déroule cette procédure (§2) ? Si le commissaire aux comptes ne déclenche pas l'alerte, ou la déclenche tardivement, pourrait-il en être sanctionné (§3) ?

§ 1. Le domaine d'intervention du commissaire aux comptes

32. La procédure d'alerte du commissaire aux comptes s'applique dans quelques entreprises seulement (A), lorsque les critères justifiant son déclenchement sont bien déterminés (B).

A. Les entreprises concernées par la procédure d'alerte

33. L'alerte ne concerne bien évidemment que les entreprises dotées d'un commissaire aux comptes. Or, la désignation de ce dernier, peut être obligatoire ou volontaire. Elle peut être exceptionnellement imposée par un juge à la demande d'un associé⁵².

Il est donc utile de distinguer, parmi les sociétés, celles qui ont l'obligation (1) et celles qui ont la faculté de désigner un commissaire aux comptes (2), afin d'expliquer le déroulement de la procédure d'alerte.

1°. La désignation obligatoire d'un commissaire aux comptes

34. En droit marocain, la nomination d'un commissaire aux comptes est obligatoire dans

⁴⁹ Rapp. Commission commerciale et économique, 1993-1999, 3^{ème} session Avril.1996, p.238(non publié).

⁵⁰ P.PEYRAMAURE et P.SARDET, *L'entreprise en difficulté : Prévention- Restructuration- Redressement.*, 4^{ème} éd, 2006, p.20.

⁵¹ J.F.BARBIERI, « L'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte : Le rôle des commissaires aux comptes », *L.P.A.* 14 sept. 1994, n°110, p.40.

⁵² Loi n° 5-96 du 13 fév.1997, art. 12 al. 2; art. 21 et art. 80.

les sociétés anonymes et dans les sociétés en commandite par action, quelle que soit leur taille. C'est une obligation prévue par la loi n°17-95 du 1^{er} août 1996 relative aux sociétés anonymes⁵³ et la loi n°5-96 du 13 février 1997 régissant les sociétés en commandite par action⁵⁴. Toutefois, les sociétés faisant appel public à l'épargne sont tenues de désigner au moins deux commissaires aux comptes⁵⁵.

En revanche, dans les autres formes de sociétés, notamment, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, la désignation d'un commissaire aux comptes est facultative. Elle devient en revanche obligatoire, lorsqu'à la clôture de l'exercice social, la société enregistre un chiffre d'affaires qui dépasse cinquante millions de dirhams hors taxes⁵⁶.

Les groupements d'intérêt économique sont tenus également de nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes, lorsqu'ils émettent des obligations non convertibles au profit de leurs membres⁵⁷.

35. Le droit français prévoit également l'obligation de nomination d'un commissaire aux comptes dans ces sociétés et groupements, mais, elle est plus étendue. En effet, la nomination d'un commissaire aux comptes est obligatoire dans les sociétés anonymes⁵⁸, dans les sociétés anonymes cotées en bourse et dans les sociétés par actions simplifiée⁵⁹.

Elle est également impérative dans toutes les sociétés commerciales⁶⁰, notamment, les sociétés en nom collectif⁶¹, les sociétés à responsabilité limitée⁶² et les sociétés en commandite simple⁶³, lorsqu'elles dépassent deux des trois seuils suivants :

Un total de bilan d'au moins 1 550 000 euros;

Chiffre d'affaires hors taxes 3 100 000 euros;

Effectif de 50 salariés.

Les groupements d'intérêt économique sont également tenus de désigner un commissaire aux comptes lorsqu'ils émettent des obligations ou lorsqu'ils comptent cent salariés ou plus à la clôture d'un exercice⁶⁴. Et les groupements européens d'intérêt économique⁶⁵.

⁵³ Loi n°17-95 du 30 août 1996, art.159, al, 1.

⁵⁴ Loi n° 5-96 du 13 fév. 1997, art. 31 prévoit que, « les dispositions de la loi n°17-95 du 30 août 1996, relatives à la nomination du commissaire aux comptes leur sont applicables, dans la mesure où elles sont compatibles avec ses dispositions ».

⁵⁵ Loi n°17-95 du 30 août 1996, art.159, al, 2.

⁵⁶ Loi n°5-96 du 13 février 1997, art. 12 al, 2; art. 21 al, 2 et art 80.

⁵⁷ Loi n°13-97 du 1^{er} avril 1999, art . 39, al.2.

⁵⁸ C.com., art. L.234-1, mod par la loi 26 juill. 2005, C.com., art. R.234-1 à R.234-4.

⁵⁹ C.com., art. L. 225-228, al. 3.

⁶⁰ C.com., art. L. 234-2, mod par la loi n°2005-845 du 26 juill. 2005, C.com., art. R.234-5 à R.234-7.

⁶¹ C.com., art. L. 221-9, et décr n°67-236 du 23 mars 1967, art.12.

⁶² C.com., art. L.223-35, al, 2 et décr n°67-236 du 23 mars 1967, art.34.

⁶³ C.com., art. L.222-2 et décr n°67-236 du 23 mars 1967, art.12.

Les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique sont tenues également de désigner au moins un commissaire aux comptes et un suppléant lorsqu'elles dépassent, à la fin de l'année civile ou à la clôture de l'exercice, les chiffres ci-dessous fixés pour deux des trois critères suivants:

- Cinquante pour le nombre de salariés;
- 3 100.000 € euros pour le montant hors taxes du chiffre d'affaires ou des ressources;
- 1 550 000 € pour le total du bilan⁶⁶.

La désignation d'un commissaire aux comptes et d'un suppléant est également obligatoire dans les associations ayant reçue annuellement des autorités administratives, ou des établissements publics à caractère industriel et commercial, une ou plusieurs subventions dont le montant est de 153.000 euros⁶⁷.

Certaines entreprises publiques (établissements publics de l'Etat ayant une activité industrielle ou commerciale et entreprises nationales) sont également obligées de désigner un commissaire aux comptes et un suppléant⁶⁸.

Une fois ces seuils atteints et qu'un commissaire aux comptes est désigné, ces sociétés, ces personnes morales et groupements sont concernés par la procédure d'alerte.

36. Remarquons toutefois, que le droit français multiplie les critères relatifs à la désignation d'un commissaire aux comptes et élargit le cercle des personnes pouvant le désigner, par rapport au droit marocain qui limite cette obligation aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique. On s'interroge sur les raisons ayant motivé le législateur marocain à limiter l'obligation de nomination du commissaire aux comptes. La présence de ce dernier dans toutes les sociétés et groupements n'est-elle pas vraiment nécessaire ?

La raison de cette limitation pourrait trouver sa justification dans le coût très élevé de la mission du commissaire aux comptes, qui n'est pas toujours à la portée des petites et moyennes entreprises.

Cependant, que ce soit au Maroc ou en France, l'absence d'un commissaire aux comptes dans ces sociétés et groupements pourrait constituer sans doute un frein à l'application de la prévention des difficultés des entreprises. Toutefois, pour y remédier il a été jugé nécessaire de prévoir une nomination facultative du commissaire aux comptes au cas où les associés le décident.

⁶⁴ C. com. , art. L. 251-12, al 3.

⁶⁵ C.com., art. L.252-7.

⁶⁶ C. com , art.L.612-1, mod par décr. n° 2005-1677, 28 déc 2005, art. 44, devenu art. R.612-1 C.com.

⁶⁷ C.com., art.L.612-4 ; art. D.612-4 C.com, et décr.n°2006-335 du 21 mars 2006, art. 1^{er}.

⁶⁸ V.Loi n°.84-148 du 1^{er} mars 1984, art.30 (réda. L.2003-706 du 1^{er} août 2003) en vigueur.

2°. La désignation facultative du commissaire aux comptes

37. N'ayant pas l'obligation de nommer un commissaire aux comptes, les autres sociétés commerciales peuvent si les associés le décident en désigner un, même si les seuils fixés par la loi ne sont pas atteints.

En droit marocain, dans les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, la nomination d'un commissaire aux comptes peut être demandée par les associés au président du tribunal, statuant en référé⁶⁹. Cette demande se fait sans aucune condition.

En revanche, dans les sociétés à responsabilité limitée, la demande de nomination d'un commissaire aux comptes se fait également par les associés au président du tribunal statuant en référé, mais, à condition que ces derniers représentent au moins le quart du capital social⁷⁰. Les groupements d'intérêt économiques peuvent également désigner un commissaire aux comptes si leurs membres le décident⁷¹.

38. En droit français, la désignation facultative d'un commissaire aux comptes est également prévue dans les sociétés de personnes (sociétés en nom collectif et dans les sociétés à responsabilité limitée) par un ou plusieurs associés, alors même que les seuils prévus par la loi ne seraient pas atteints⁷². La même faculté est prévue pour les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique⁷³.

La faculté de désignation d'un commissaire aux comptes, prévue par le droit marocain et français, nous semble intéressante, car ces sociétés, ces personnes morales et groupements, en grande majorité, atteindront difficilement les seuils fixés par la loi pour nommer un commissaire aux comptes et par conséquent ne pourront pas bénéficier de la procédure d'alerte.

Remarquons toutefois que l'institution du commissariat aux comptes a connu dans la législation récente, notamment en France, une expansion remarquable, alors que pendant longtemps, les commissaires aux comptes n'ont eu une place que dans les sociétés par actions⁷⁴.

Peu importe le mode de désignation d'un commissaire aux comptes, ce qui importe c'est que, la procédure d'alerte doit être applicable à ces sociétés et à ces groupements. Le commissaire

⁶⁹ Loi n° 5-96 du 13 févr. 1997, art.12, al 2.

⁷⁰ Loi n° 5-96 du 13 févr. 1997, art. 80, al 3.

⁷¹ Loi n°13-97 du 1^{er} avr. 1999, art 39.

⁷² C.com., art. L. 221-9, al, 3 et art. L. 223-35, al. 3.

⁷³ C. com., art. L. 612-1, al, 5.

⁷⁴ J.P.SORTAIS, *Entreprises en difficulté- les mécanismes d'alerte et de conciliation*, L.G.D.J, éd. 2010, n°5, p.18.

aux comptes déclenche la procédure d’alerte sur la base de certains critères, mais, lorsque ces derniers sont clairement identifiés.

B. Les critères de déclenchement de l’alerte du commissaire aux comptes

39. Pour toutes les entreprises ayant un commissaire aux comptes, c’est le même critère qui a été retenu pour le déclenchement de la procédure d’alerte. Des dispositions de l’article 546 du Code de commerce, il ressort que : « *Le commissaire aux comptes, (...) informe le chef d’entreprise des faits de nature à compromettre la continuité de l’exploitation de l’entreprise* ».

On s’interroge sur la nature de ces faits (1) et sur la manière dont ils peuvent nuire à l’exploitation de l’entreprise (2).

1°. Les faits de nature à compromettre la continuité de l’exploitation de l’entreprise

40. Les faits de nature à compromettre la continuité de l’exploitation de l’entreprise, dont parle le texte ne sont pas définis. Le législateur marocain, ayant emprunté cette formule à la loi française du 1^{er} mars 1984, a renoncé à dresser une liste des faits «alarmants». D’où la difficulté d’en préciser la portée et l’importance.

Certains auteurs pensent qu’avec cette formule « vague », le législateur souhaite laisser aux commissaires aux comptes la liberté d’apprécier les faits et de juger si la situation nécessite réellement le déclenchement d’alerte⁷⁵.

Toutefois, la raison de l’imprécision de cette formule a été justifiée par le législateur français. En effet : « *une formule synthétique a été préférée à une liste de critères. Elle reprend une expression retenue, dans le langage anglo-saxon, par les normes comptables internationales- c’est le going concern de l’international Accountant Standard Committee, et consacré par la loi comptable du 30 avril 1983 modifiant l’article 14 du Code de commerce* »⁷⁶.

Afin d’avoir une interprétation plus large de la nature de ces faits, on s’est référé aux définitions avancées par la doctrine. Certains auteurs pensent que les faits pouvant compromettre la continuité de l’exploitation de l’entreprise sont généralement constitutifs

⁷⁵ A. CHOUKRI-SBAAL, *op.cit.*, p. 185; L.BENKHIR , *op.cit.*, p.54; Y.GUYON, *Entreprises en difficultés : Redressement judiciaire -Faillite*, Economica, T2, 7^{ème} éd, 1999, n°1052, p.58 ; A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°49, p.30.

⁷⁶ P.REY, *op.cit.*, p.100; A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°49, p.30 ; C.SANT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°146, p.78.

d'un ensemble d'événements dans la vie d'une entreprise ayant un caractère, suffisamment préoccupants, pour attirer l'attention du commissaire aux comptes⁷⁷.

Peuvent donc être retenus, les faits liés à l'exploitation de l'entreprise et fondés sur la situation financière de l'entreprise. Comme par exemple, la situation nette négative, le report renouvelé d'échéance⁷⁸, le non paiement des cotisations salariales et fiscales, des successions d'exercices déficitaires la détérioration du fonds de roulement,⁷⁹ la défaillance d'un client principal, la rupture d'un contrat indispensable au maintien de l'activité (contrat d'exclusivité, de sous-traitance, bail commercial, franchise⁸⁰, concession d'activité).

On peut également évoquer des problèmes dus à l'incapacité d'autofinancement de l'entreprise, notamment les difficultés d'obtention de prêt auprès des établissements financiers. Ou tout simplement un redressement fiscal important⁸¹.

Il est vrai que le plus souvent, le fait caractéristique aura une origine financière et comptable. Si toutefois, l'on se base uniquement sur le critère financier, la prévision de ces faits serait possible et pourra être prise en compte à temps⁸². Cependant, ces faits peuvent avoir d'autres origines qui ne sont pas nécessairement de nature financière et comptable. Il peut s'agir d'événements sociaux, telle que des grèves répétitives des salariés, ou encore un conflit entre les associés. Ces événements s'ils ne sont pas traités à temps peuvent conduire l'entreprise à la cessation d'activité, notamment lorsqu'ils sont suffisamment graves⁸³.

Par ailleurs, le professeur Paul LE CANNU soulève l'importance de la distinction entre les faits actuels et les faits qui pourront intervenir dans le futur, tel que le départ des dirigeants à la retraite et l'absence de successeur⁸⁴.

41. Par ailleurs, nous remarquons à la lecture des textes, marocain⁸⁵ et français⁸⁶, que le mot « faits » est conjugué au pluriel. Cela veut-il dire que l'information du ou des dirigeants,

⁷⁷ A.CHOUKRI-SBAALI., *op.cit.*, p.186; A. BARJANI., « Le rôle du président dans la prévention de la cessation des paiements » (en arabe), Acte du 4^{ème} congrès des travaux juridiques et bancaires, 2004, p.76.

⁷⁸Y.GUYON, *op.cit.*, n°1052, p.59.

⁷⁹L'insuffisance du fonds de roulement est assez fréquente, notamment dans les petites et moyennes entreprises.

⁸⁰ Au Maroc, les contrats de franchise et de concession se sont beaucoup développés ces dernières années et participent d'avantage à l'évolution de l'économie nationale et à l'emploi.

⁸¹ A.BARJANI., *op.cit.*, p.76.

⁸² Avec l'obligation d'établissement des documents prévisionnels, apportée par la loi française du 1^{er} mars 1984, il est possible de prévoir la survenance de tels faits.

⁸³ A. CHOUKRI SBAALI., *op.cit.*, p.184 ; A.BERRADA, « Détection des difficultés des entreprises et évaluation de l'entreprise » (en arabe), *Rev. Mar. Fin .Pub. Econ*, 1987-1988 p. 23.

⁸⁴P. LE CANNU., *Entreprises en difficulté :Prévention, redressement et liquidation judiciaire*, Bull. joly éd.1988, n° 96, p.84.

⁸⁵ C.com., art 546 : « le commissaire aux comptes s'il en existe dans la société,(...) informe le chef d'entreprise des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation... »

⁸⁶ C.com. art.L. 612-3 : « Lorsque le commissaire aux comptes d'une personne morale,(....) à l'occasion de l'exercice de sa mission découvre des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il en informe les dirigeants de la personne morales ».

devient obligatoire seulement à partir d'un certain nombre de faits ? Un seul fait ne doit-il pas susciter l'alerte s'il est suffisamment grave ? Si le commissaire aux comptes se conforme à la lettre du texte et attend la survenance d'un certain nombre de faits, ne sera-t-il pas déjà trop tard pour agir ?

La réponse est variable, car un seul fait, à lui seul, peut être source de graves difficultés. En réalité, il ne faut pas prêter importance à la formulation des mots contenus dans le texte (« faits », ou « fait »). Le commissaire aux comptes doit pouvoir agir dès qu'un fait est susceptible de compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise.

Mais que signifie donc cette notion de continuité d'exploitation de l'entreprise ?

2°. La notion de continuité d'exploitation de l'entreprise

42. La notion de continuité d'exploitation de l'entreprise est utilisée, par les textes marocain et français, afin de qualifier les événements présentant des éventuels risques sur la vie de l'entreprise⁸⁷. Mais, aucun des deux textes ne lui a donné une définition juridique précise. La raison en est que cette notion est d'origine comptable et trouve sa place parmi les principes posés par le manuel comptable marocain⁸⁸. En effet, la continuité d'exploitation de l'entreprise est l'un des principes identifiés par la norme comptable, comme nécessaire à l'équilibre et à la pertinence du système comptable. Ce qui signifie que, l'entreprise est présumée établir ses documents comptables dans la perspective d'une poursuite normale de ses activités⁸⁹. Il en résulte que les comptes annuels sont établis « en comptabilité d'exploitation », c'est-à-dire avec l'hypothèse, que l'entreprise continue son exploitation et que les comptes sont établis en conformité avec la vérification de cette hypothèse⁹⁰. En revanche, dans le cas de cessation d'activité totale ou partielle, l'hypothèse de continuité de l'exploitation doit être abandonnée au profit de l'hypothèse de liquidation ou de cession⁹¹.

En droit français, avant même que n'interviennent les premières mesures législatives de détection des difficultés de l'entreprise avec la loi du 1^{er} mars 1984, la vérification de l'hypothèse de continuité d'exploitation, comme principe comptable fondamental, existait

⁸⁷ C.com., art 546 ; C.com., art.L.612-3.

⁸⁸ V. manuel comptable marocain, section 530.

⁸⁹ Manuel des normes comptables marocaines ; Audit légal et contractuel, ordre des experts comptables ; norme 1 , « Publicité des méthodes comptables » IASC et normes de l'IFAC relatives à la continuité d'exploitation in « Le commissaire aux comptes et la continuité d'exploitation », CNCC, n°8, décembre 1998.

⁹⁰ Pour prévenir ce risque, le manuel comptable marocain prévoit, à l'attention des commissaires aux comptes, un certain nombre de critères pouvant les aider dans l'appréciation de la situation financière de l'entreprise. V. Section 530, manuel comptable marocain.

⁹¹ V. manuel comptable marocain, section 530.

déjà. Elle trouve son origine dans la loi comptable du 30 avril 1983. L'article 14 du Code de commerce, rédigé par cette loi consacre le principe de continuité d'exploitation de l'entreprise : pour l'établissement des comptes annuels, le commerçant personne physique ou personne morale, est « présumé poursuivre ses activités »⁹². Avec cette loi, ce critère devient opérationnel pour l'application des mécanismes juridiques. De ce point de vue, la détection des difficultés se fera en identifiant les événements qui pourraient amener l'entreprise à ne pas continuer son exploitation.

43. La notion de continuité d'exploitation a fait l'objet d'une analyse juridique, doctrinale importante, en France, et au Maroc.

En France, selon le professeur Yves CHAPUT, la notion de continuité d'exploitation signifie que l'entreprise n'envisage pas une réduction de ses activités, encore moins sa liquidation⁹³.

Le professeur André JACQUEMONT confirme cette assertion en avançant que « *la notion de continuité d'exploitation peut être menacée ou compromise lorsque le dirigeant de l'entreprise a décidé une liquidation amiable, ou a provoqué une réduction sensible, volontaire ou involontaire, de l'activité de l'entreprise* »⁹⁴.

Au Maroc, le professeur Abdelilah BARJANI, s'accorde avec la doctrine française et confirme que l'entreprise, à défaut d'une information contraire mentionnée dans l'annexe, les comptes sociaux sont établis dans la perspective de continuité de l'exploitation⁹⁵.

L'on pense toutefois que, le commissaire aux comptes avant de déclencher une procédure d'alerte doit d'abord identifier le lien de cause à effet entre les difficultés détectées et la continuité d'exploitation de l'entreprise, qui pourrait susciter une action d'alerte rapide.

§ 2. Le déroulement de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes

44. Le déroulement de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes est prévu par l'article 546 du Code de commerce et suivants. Cependant, cette procédure est organisée seulement pour les sociétés anonymes (A). En revanche, pour les autres formes de sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économiques, la procédure d'alerte du commissaire aux comptes n'est pas précisée expressément par l'article 546 du Code de commerce, mais l'on pense qu'elle sera simplifiée, en raison de l'absence d'un organe collégial, dont la prise de décision, peut retarder la procédure (B).

⁹² P.LE CANNU, *op.cit.*, n°95, p.88.

⁹³ Y.CHAPUT., *op.cit.*, p.64.

⁹⁴ A.JACQUEMONT., *Droit des entreprises en difficulté-la procédure de conciliation-Les procédures collectives de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire.*, 5^{ème} éd, 2007, n°50, p. 30.

⁹⁵ A.BARJANI, *op.cit.*, p.68.

A. La procédure d'alerte dans les sociétés anonymes

45. En droit marocain, la procédure d'alerte du commissaire aux comptes, dans les sociétés anonymes, comprend trois phases successives destinées à trois personnes : les dirigeants de l'entreprise (président du conseil d'administration ou le directoire, selon le cas), les actionnaires et le président du tribunal⁹⁶.

Or, en droit français, la procédure d'alerte du commissaire aux comptes dans ces sociétés est destinée également aux mêmes personnes, mais elle est plus étendue, car elle se déroule en quatre phases. Cependant, sur le principe même de l'alerte, les deux législations se rapprochent nettement. Il s'agit d'informer les personnes les plus concernées par la vie de l'entreprise des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise, et leur faire prendre conscience de la dégradation de sa situation.

Le commissaire aux comptes commence donc par l'information des dirigeants de l'entreprise des faits qu'il a relevés (1). Lorsque ces derniers n'arrivent pas à trouver une solution positive, le commissaire aux comptes est dans l'obligation d'élargir le cercle d'information aux actionnaires (2). Si malgré la consultation de ces derniers la situation de l'entreprise demeure compromise, il doit en informer le président du tribunal de commerce le plus tôt possible (3).

1°. L'information des dirigeants

46. Le commissaire aux comptes informe le chef d'entreprise sur le caractère préoccupant des faits qu'il a détecté. Cette information est adressée aux organes dirigeants, à savoir le président du conseil d'administration ou le directoire selon le cas. Quelle est donc la portée de cette information? Et quelle suite, doivent-ils lui donner ?

a. La portée de l'information des dirigeants

47. L'information dont parle le texte est tout simplement une technique d'alerte. Le terme alerte est ici bien choisi, car la situation de la société n'est pas dégradée. L'entreprise n'est pas encore en cessation des paiements. Il ne s'agit que de prévenir les dirigeants des difficultés prévisibles, qui peuvent conduire l'entreprise à la cessation d'activité. L'information des dirigeants de l'entreprise est aussi une demande d'explication, qui est limitée dans le temps et doit respecter un certain formalisme. Selon l'article 546 du Code de commerce marocain,

⁹⁶ C.com., art. 546.

cette information doit être faite dans un délai de huit jours et envoyée par lettre recommandée avec accusée de réception.

En droit français, en revanche, le commissaire aux comptes n'est pas tenu par un délai pour informer les dirigeants de ces faits⁹⁷. Il peut le faire dès que les éléments nécessaires de l'alerte sont réunis, c'est-à-dire, dès qu'il a la certitude que les faits détectés sont réellement dangereux et doivent être traités rapidement. En outre, ni la loi, ni le décret n'imposent une forme particulière pour que cette information soit portée à la connaissance du dirigeant, cependant, pour preuve de sa diligence, le commissaire aux comptes sera bien obligée de recourir à l'écrit⁹⁸.

Par ailleurs, en dehors de ces considérations formelles, l'information des dirigeants peut avoir un double objectif. Elle permet, d'une part d'attirer leur attention sur les signes révélateurs des premières difficultés, et d'autre part, elle permet au commissaire aux comptes de corriger leurs négligences et les assister dans la recherche de solutions⁹⁹.

Remarquons toutefois, que cette information repose essentiellement sur la volonté de mettre les dirigeants devant leurs responsabilités et les pousser à trouver par eux même des solutions rapides et positives¹⁰⁰.

Certains auteurs pensent que l'information du commissaire aux comptes pourrait constituer une véritable mise en demeure¹⁰¹.

Nous ne partageons pas cet avis, car l'alerte du commissaire aux comptes ne devrait pas être une source de conflits. Pour arriver à une solution satisfaisante, l'information, ou la demande d'explication, ne doit pas être un moyen de pression et d'intimidation de la part du commissaire aux comptes. Cette attitude pourrait avoir des conséquences négatives, car les dirigeants pourraient rejeter toutes formes de collaborations, ce qui conduirait à la dégradation de la situation de l'entreprise.

Par ailleurs, même si les textes marocain et français, ne le précisent pas, l'information du commissaire aux comptes doit exposer les faits relevés et préciser les raisons pour lesquelles ceux-ci compromettraient la continuité de l'exploitation de l'entreprise. Cette information doit s'apprécier quant à ses effets sur l'exercice en cours et sur l'exercice suivant.

Toutefois, les dirigeants sont obligés de répondre à la demande du commissaire aux comptes dès la réception de la lettre recommandée.

⁹⁷ Décr, n°67-236 du 23 mars 1967, art. 251, devenu art. R. 234-1 C.com.

⁹⁸ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°13, p.26.

⁹⁹ M. DRISSI-ALAMI-MACHICHI., *Droit commercial fondamental au Maroc.*, éd. 2006, p. 529.

¹⁰⁰ A. JACQUEMONT , *op.cit.*, n°51, p. 31, A.CHOUKRI-SBAAI, *op.cit.*, p. 154.

¹⁰¹ M. DRISSI-ALAMI-MACHICHI, *op.cit.*, p.530.

b. La portée de la réponse des dirigeants

48. La réponse des dirigeants n'est donc pas une faculté qui leur est offerte, ces derniers sont obligés de trouver des solutions rapidement. En effet, l'article 546 du Code de commerce, à l'instar de l'article R.234-1, alinéa 2 du Code de commerce français, prévoit un délai de quinze jours pour faire réagir les dirigeants de l'entreprise. Ces derniers doivent analyser les faits et trouver des solutions adéquates.

Quant à la forme de la réponse, il faut signaler qu'aucune précision n'a été énoncée par le texte marocain, malgré son importance¹⁰². Cette lacune est susceptible de soulever des difficultés relatives à la preuve que doit apporter le commissaire aux comptes, si sa responsabilité est mise en cause.

Le législateur français, en revanche, nous paraît plus prudent, car il a apporté quelques précisions quand à la forme de la réponse. Les dirigeants doivent fournir au commissaire aux comptes, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, les explications demandées et les mesures envisagées¹⁰³.

Concernant le contenu de la réponse, les dirigeants doivent donner au commissaire aux comptes, une réponse positive et satisfaisante, si l'on tient compte des termes du texte marocain. Afin de répondre à ce critère, les dirigeants doivent, après une analyse spécifique de la situation, présenter les mesures, envisagées ou à prendre, susceptibles d'y remédier¹⁰⁴. Mais, généralement ils ne donnent de réponse et ne présentent des moyens de redressement que si, selon eux, il est possible de s'en sortir. Si non ils préfèrent ne rien avancer sur la situation¹⁰⁵.

Si la réponse des dirigeants est considérée comme satisfaisante ou rassurante par le commissaire aux comptes, l'alerte restera interne, donc confidentielle. Une décision rapide doit être prise au sein du conseil d'administration pour l'exécuter¹⁰⁶.

Cependant, il arrive parfois que les dirigeants ne donnent pas suite à la demande d'explication du commissaire aux comptes. A notre avis, l'absence de réponse remet en cause la finalité de la prévention interne, car elle empêche le dialogue entre les dirigeants de l'entreprise et le

¹⁰² V.C.com., art. 546.

¹⁰³ C.com., art. L. 251-1, D.23 mars 1967 modifié par le décret du 21 octobre 1994 pris en application de la loi du 10 juin 1994, devenu art. R. 234-1, al.2.

¹⁰⁴ C.SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 5ème éd 2006, n°149, p. 80; B. SOINNE., « La procédure d'alerte instituée par la loi du 1^{er} mars 1994 et la mission du commissaire aux comptes », *JCP*, 1985, 14563, p. 538.

¹⁰⁵ P. LE CANNU., *op.cit.*, n°100, p. 93.

¹⁰⁶ G.BLANC., « La situation du commissaire aux comptes après la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 », *J.C.P.* 1984, éd. E; II,14304, n°43.

commissaire aux comptes. Dans cette situation, on doit signaler qu'en droit marocain comme en droit français, il n'existe aucune sanction relative à cette obligation de réponse¹⁰⁷.

49. L'absence de réponse des dirigeants ne laisse aucun pouvoir d'appréciation au commissaire aux comptes, il doit passer à l'étape suivante de la procédure. A ce propos, il nous paraît important de mentionner une différence avec le droit marocain, qui marque une fois de plus l'esprit novateur du législateur français. En effet, l'article L.234-1 du Code de commerce prévoit que si le commissaire aux comptes ne reçoit pas une réponse de la part des dirigeants ou bien il reçoit une réponse ne permettant pas d'être assuré sur la continuité de l'exploitation, il doit inviter par écrit, dont copie est adressée au président du tribunal, le président du conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés.

Une séance spéciale du conseil d'administration ou du conseil de surveillance devra être prévue à laquelle le commissaire aux comptes doit être convoqué. Cette invitation est formée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans un délai de huit jours et la séance doit se tenir dans les quinze jours qui suivent la réception de la lettre du commissaire aux comptes l'invitant à provoquer la délibération¹⁰⁸. La délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est communiquée au président du tribunal de commerce et au comité d'entreprise ou, à défaut aux délégués du personnel.

Cependant, si les mesures prises permettent d'être assuré sur la continuité de l'exploitation, la procédure d'alerte du commissaire aux comptes prend fin.

Remarquons toutefois que, la possibilité d'inviter les dirigeants à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés, n'est pas prévue par le texte marocain. L'article 546, alinéa 2 du Code de commerce dispose simplement que : « *faute d'exécution par le chef d'entreprise dans un délais de quinze jours de la réception ou s'il n'arrive pas personnellement ou après délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance selon le cas, à un résultat positif, il est tenu de faire délibérer la prochaine assemblée* ».

La raison de cette réticence est peut être liée au maintien du principe de non immixtion dans la gestion de la société, auquel s'attachent les chefs d'entreprises marocains.

Il est possible aussi que, le législateur marocain ne souhaite pas ajouter une charge supplémentaire aux commissaires aux comptes, estimant que la réunion de ces organes doit se faire automatiquement, pour le fonctionnement et la gestion de la société, conformément à la

¹⁰⁷ A.CHOUKRI-SBAAL, *op.cit.*, p.201 ; P.LE CANNU, *op.cit.*, n°101,p. 93.

¹⁰⁸ C.com., art. R.234-2, al.2.

loi n°17-95 du 30 août 1996, en particulier dans des circonstances difficiles. Néanmoins, s'il y a urgence, le commissaire aux comptes peut convoquer lui-même le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, selon le cas pour délibérer sur le sujet¹⁰⁹.

50. Cependant, mentionnons que la principale différence avec le droit français, à ce stade de la procédure, est relative à l'obligation du commissaire aux comptes d'informer le président du tribunal¹¹⁰. Ce dernier doit informer le président du tribunal de commerce ou de grande instance dès la deuxième phase d'alerte, c'est-à-dire à partir du moment où il invite l'organe collégial, à délibérer sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise. Cette information a pour objet de le tenir au-courant de ses démarches, le président du tribunal, qui peut s'il l'estime nécessaire, convoquer le dirigeant d'entreprise pour un entretien¹¹¹.

Une autre différence entre les deux législations marocaines et française, concerne l'information du délégué du personnel en l'absence du comité d'entreprise. En effet, un extrait des délibérations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas, est transmis au comité d'entreprise, ou, à défaut aux délégués du personnel, dans les huit jours qui suivent la réunion¹¹².

On s'interroge sur l'information précoce du président du tribunal et du comité d'entreprise, ou du délégué du personnel en son absence. A-t-on consacré le principe de confidentialité caractérisant la prévention interne ? Que pourrait faire le président du tribunal à ce stade de la procédure ?

Certes, son information à ce stade de la procédure peut être utile, dans le sens où il est informé des difficultés relevées le plutôt possible. Il peut ainsi, pour gagner du temps et éviter le risque d'une cessation de paiement, convoquer les dirigeants de la société et examiner avec eux les différentes possibilités de redressement prévues par la loi¹¹³. Il pourrait collaborer efficacement avec le commissaire aux comptes, notamment dans le cadre d'une charte de la prévention¹¹⁴.

Il est probable, que le législateur marocain n'ait pas prévu l'information précoce du président du tribunal afin de préserver la confidentialité la prévention interne. En effet, les dirigeants

¹⁰⁹ Loi n°17-95, art. 73 al.2.

¹¹⁰ Loi n°2005-845 du 26 juill .2005, art .62, C.com., art. R. 234-1.

¹¹¹ Conformément à l'article L.611-2 du Code de commerce prévoyant que le président peut convoquer les dirigeants d'entreprises lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale,(...), connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

¹¹² Décr. 23 mars 1967, art.251-1, devenu art. R.234-1, al. C.com.

¹¹³ Rapport J.J HYEST, Evaluation de la législation n°120 (2001-2002), 5 déc. 2005, p. 530.

¹¹⁴ J. F. BARRIERI, « L'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte : le rôle des commissaires aux comptes », *L.P.A.*, 14 sept 1994, n° 110, p.43.

des entreprises craignent en général la diffusion de l'information, notamment au sein des tribunaux.

Par ailleurs, si le conseil d'administration ou le conseil de surveillance n'a pas délibéré, ou si en dépit des décisions prises, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation de l'entreprise demeure compromise, il doit sans trop tarder, rédiger un rapport spécial qu'il présentera à l'assemblée générale des actionnaires pour statuer sur le sujet.

2°. L'information des actionnaires

51. L'information des actionnaires intervient juste après celle des dirigeants. Il s'agit tout simplement d'un deuxième dispositif d'alerte qui doit être utilisée en cas d'inobservation de la phase précédente, ou si, même en dépit des décisions prises, la situation de l'entreprise demeure compromise. Dans ce cas, le commissaire aux comptes doit rédiger un rapport spécial **(a)** qu'il présentera à la prochaine assemblée générale des actionnaires **(b)**.

a. Le rapport spécial du commissaire aux comptes

52. La deuxième phase de la procédure d'alerte doit être précédée par la rédaction d'un rapport spécial par le commissaire aux comptes, destiné aux actionnaires de la société. Cependant, nous remarquons qu'aucune précision n'est formulée dans l'article 546 du Code de commerce, à propos du contenu et du délai de ce rapport. Certes, cette carence législative laisse toute l'autonomie aux commissaires aux comptes pour conduire l'alerte, et prendre les décisions en fonction de la situation de l'entreprise.

En France, il est prévu également que si le commissaire aux comptes constate qu'en dépit des décisions prises, la continuité de l'exploitation demeure compromise, ce dernier doit préparer un rapport spécial qu'il présentera aux actionnaires¹¹⁵. Cependant, une précision du contenu de ce rapport a été fournie, notamment par l'ordre des experts comptables. En effet, les travaux préparatoires des assises nationales du commissariat aux comptes en 1984, avaient précisés que le rapport spécial du commissaire aux comptes, devrait en principe être consacré à relater les diverses phases de la procédure d'alerte et les décisions prises, ainsi que les éléments constatés de la non amélioration ou l'aggravation de la situation de l'entreprise¹¹⁶.

¹¹⁵ C.com., art. R.234-1, al.3, reprenant l'article 251 du décret du 23 mars 1967.

¹¹⁶ V. Assise nationales du commissariat aux comptes tenues à Versailles le 21 et 22 septembre 1984, document de travail du C.N.C.C; Francis Lefebvre, *Mémento pratique comptable*, 1986, n°20.

Par ailleurs, le rapport spécial du commissaire aux comptes n'est pas présumé confidentiel par la loi, notamment en France. En effet, le législateur français a étendu sa communication. Tout d'abord aux intéressés, le président du conseil d'administration ou le directoire, dans un délai de quinze jours suivant la délibération du conseil d'administration ou le conseil de surveillance. Ensuite, ce rapport spécial doit être remis au comité d'entreprise, dans les quinze jours de sa réception. A défaut du comité d'entreprise, le rapport spécial doit être transmis aux délégués du personnel¹¹⁷.

Même si l'article 546 du Code de commerce marocain ne le précise pas expressément, le rapport spécial du commissaire aux comptes doit être transmis d'abord aux dirigeants de l'entreprise. Ensuite, il doit être mis à la disposition des actionnaires, ou leur être adressé, dans les quinze jours qui précèdent la date de la tenue de l'assemblée générale annuelle, conformément aux dispositions de la loi n°17-95 du 30 août 1996 relatives aux sociétés anonymes¹¹⁸.

En ce qui concerne la transmission du rapport spécial du commissaire aux comptes au comité d'entreprise, il faut préciser qu'elle n'est pas prévue par le Code de commerce marocain. Nous pensons que le législateur marocain est très attaché à la confidentialité de la prévention interne, surtout à ce stade de la procédure. Néanmoins, le comité d'entreprise doit être consulté lorsque des mesures de redressement de la situation de l'entreprise sont envisagées¹¹⁹.

Ceci dit, une fois le rapport spécial établi, les actionnaires doivent se réunir pour délibérer sur le sujet.

b. La convocation de l'assemblée générale

53. Les dispositions de l'article 546 du Code de commerce, prévoient que : « *le chef d'entreprise est tenu de faire délibérer la prochaine assemblée générale pour statuer sur rapport du commissaire aux comptes à ce sujet* ». Ces dispositions ne montrent pas le caractère d'urgence qui doit susciter l'alerte. Cependant, si cette réunion n'a pas eu lieu, alors que le caractère d'urgence est bien déterminé, le commissaire aux comptes doit poursuivre la procédure. Il peut convoquer lui-même une assemblée générale pour délibérer sur le sujet,

¹¹⁷ Décr n° 2005- 1677, 28 déc. 2005, art 352, al.7.

¹¹⁸ Loi n° 17-95 du 30 août 1996, art. 140 et 141, al.6.

¹¹⁹ C.Trav, promulgué par le dahir n°1-03-194 du 11septembre 2003, art. 466.

conformément aux dispositions de la loi n°17-95 du 30 août 1996 régissant les sociétés anonymes¹²⁰.

Cette option nous paraît plus raisonnable. Il y a une urgence et il ne peut plus attendre, compte tenu de la durée qu'a nécessitée la phase précédente. Mais, il ne peut convoquer une assemblée générale qu'après avoir vainement requis sa convocation par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance¹²¹.

Dans le nouveau dispositif français, cette lacune a heureusement été corrigée par la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005. En effet, si malgré les décisions prises en conseil d'administration ou en conseil de surveillance, la continuité de l'exploitation demeure compromise, une assemblée générale doit être convoquée : c'est au conseil d'administration ou au directoire qu'il incombe de procéder à cette convocation et ce dans un délai de huit jours de l'invitation qui lui en est faite par le commissaire aux comptes. La réunion de l'assemblée générale doit intervenir au plus tard dans le mois suivant la notification du commissaire aux comptes¹²². Le but étant d'accélérer le déroulement de la procédure d'alerte. Cependant, en cas de carence du conseil d'administration ou du directoire, le commissaire aux comptes procède lui-même à la convocation de l'assemblée générale dans un délai de huit jours à compter de l'expiration du délai imparti au conseil d'administration ou au directoire et en fixe l'ordre du jour¹²³.

La procédure d'alerte se trouve ainsi accélérée en droit français par rapport au droit marocain, ce qui permettrait nécessairement d'augmenter ses chances de réussite.

La tenue de l'assemblée générale doit être spécialement convoquée pour que le rapport du commissaire aux comptes soit discuté avec l'ensemble des actionnaires. Dès lors la révélation des faits s'étend aux actionnaires. Ils pourront ainsi décider des mesures à prendre. Ils peuvent révoquer les dirigeants ou encore exercer toute autre action envisageable selon le droit commun.

Ce moyen de concertation avec l'ensemble des actionnaires est important, car il leur permet de discuter de la situation de leur entreprise et prendre des décisions collectives. Comme le confirme certains auteurs : « *Il faut donc louer cette amélioration du droit à l'information et ce renforcement des prérogatives de l'assemblée* »¹²⁴.

¹²⁰ Loi n° 17-95, du 30 août 1996, art. 116.

¹²¹ Loi n° 17-95, du 30 août 1996, art. 116, al, 5.

¹²² C.com., art R.234-3.

¹²³ C.com., art.R.234-3

¹²⁴ J.F.BARRIERI, « L'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte : le rôle des commissaires aux comptes », *L.P.A.*, 14 sept .1994, n°110, p.43.

Cependant, remarquons que l'information des actionnaires n'est pas sans inconvénient. Elle peut porter atteinte à la confidentialité de la prévention interne. Son utilisation nécessite donc une certaine prudence afin de ne pas affecter l'image de la société.

Dans l'urgence qui caractérise l'alerte, si à l'issue de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les résolutions adoptées ne permettent pas d'assurer la continuation de l'exploitation de l'entreprise, il en informe le président du tribunal de commerce dans les plus brefs délais.

3°. L'information du président du tribunal

54. L'information du président du tribunal est la dernière étape dans la procédure d'alerte. En effet, si à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité d'exploitation de l'entreprise, il informe de ses démarches le président du tribunal et lui en communique les résultats¹²⁵. Toutefois, même si l'article 547 du Code de commerce ne le précise pas expressément, le commissaire aux comptes doit joindre à sa lettre recommandée tous les documents utiles à l'information du président du tribunal, à savoir le rapport spécial, exposant les raisons qui l'ont conduit à constater l'insuffisance des décisions prises, ainsi que toute la correspondance avec les dirigeants depuis le début de la procédure¹²⁶. Cette information doit être faite sans délai.

En France, la loi prévoit également l'information du président du tribunal, mais d'une manière plus précise. En effet, le commissaire aux comptes doit aviser « sans délai » le président du tribunal de commerce de ses démarches, lui adresser copie de tous les documents utiles à son information et lui exposer les raisons qui le conduisent à constater l'insuffisance des décisions prises¹²⁷.

55. Remarquons toutefois que, contrairement au droit français, l'information du président du tribunal prévue par le droit marocain, intervient à la fin du processus d'alerte du commissaire aux comptes. De ce fait, elle marque la fin de la prévention interne et le début de la prévention externe. Elle traduit sans doute l'échec de la procédure d'alerte entamée par le commissaire aux comptes, en collaboration avec les organes de direction et les actionnaires. En revanche, en France, l'information du président du tribunal de commerce semble être primordiale, car elle se fait en deux temps. Dans un premier temps, cette information se fait dès le moment où le commissaire aux comptes invite le conseil d'administration ou le conseil

¹²⁵ C.com., art. 547.

¹²⁶ A.BARJANI, *op.cit.*, p. 50; A.CHOUKRI-SBAAI, *op.cit.*, p. 210.

¹²⁷ C.com., art.R.234-3 C.com.

de surveillance à délibérer sur les faits préoccupants¹²⁸. Elle est destinée à attirer l'attention du président sur l'existence de difficultés auxquelles aucune solution satisfaisante n'a été encore trouvée, en laissant au président le soin d'apprécier les moyens d'un traitement adéquat¹²⁹. Ensuite dans un deuxième temps, l'information du président du tribunal intervient après la consultation des actionnaires. Cette dernière information est, comme le précisent certains auteurs est une « *invitation faite au tribunal d'ouvrir sans trop tarder une procédure collective afin que la situation des partenaires de l'entreprise ne s'aggrave pas* »¹³⁰.

L'on pense que cette information permet au président de suivre l'évolution de la procédure afin de prendre les décisions appropriées.

Par ailleurs, nous constatons que le législateur marocain, contrairement au législateur français, n'a pas défini les étapes de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes dans les autres sociétés et groupements d'intérêt économique. Cependant, il nous paraît opportun de l'aligner à celle prévue pour les sociétés anonymes, afin de la comparer à celle organisée par le droit français.

B. La procédure d'alerte du commissaire aux comptes dans les autres sociétés commerciales, dans les groupements d'intérêt économique et dans les personnes morales de droit privé

56. Même si le texte marocain ne le prévoit pas expressément, le commissaire aux comptes doit aussi intervenir dans les autres sociétés commerciales (SNC, SCS, SARL) et les groupements d'intérêt économiques, après avoir détecté les premiers signes de difficultés et déclencher au plus vite une procédure d'alerte. Cependant, cette alerte ne peut avoir lieu que si ces sociétés¹³¹ et ces groupements¹³² sont dotés d'un commissaire aux comptes. Toutefois, devant le silence du Code de commerce marocain, il nous paraît tout à fait possible de transposer les étapes de la procédure d'alerte à ces sociétés commerciales et aux GIE, telle qu'elle a été conçue pour les sociétés anonymes.

¹²⁸ C.com, art.R.234-3.

¹²⁹ J.P. SORTAIS, *op.cit.*, n°15, p. 28.

¹³⁰ J.F. BARBIERI., *art.préc.*, n°110, p. 44.

¹³¹ Seulement lorsqu'elles remplissent les conditions imposées par la loi n°5-96 du 13 février 1997, à savoir, lorsque le chiffre d'affaires de ces sociétés atteint 50 millions de dirhams à la clôture de l'exercice social, ou bien lorsque les associés ont fait le choix de nommer un commissaire aux comptes.

¹³² Pour les groupements d'intérêt économiques, la loi du 1^{er} avril 1999 les régissant ne prévoit pas une procédure spécifique à l'alerte, mais à notre sens, dès qu'ils nomment un commissaire aux comptes, la procédure d'alerte, telle qu'elle a été conçue pour les sociétés anonymes, peut leur être appliquée.

Le législateur français, en revanche, a pris le soin de préciser les étapes de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes dans les autres sociétés commerciales (1), dans les groupements d'intérêt économique (2), dans les personnes morales de droit privé, et dans les associations ayant reçu des subventions Etatiques (3).

1°. La procédure d'alerte dans les autres sociétés commerciales

57. La procédure d'alerte dans ces sociétés serait relativement simplifiée, étant donné que le gérant de la société exerce à la fois les fonctions de dirigeant et celle du conseil d'administration ou du directoire dans les sociétés anonymes.

Comme c'est le cas dans les sociétés anonymes¹³³, l'information du commissaire aux comptes est adressée au gérant de la société. Elle a pour objet de dénoncer tout « *faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ». Elle permet également d'instaurer un dialogue avec le ou (les) gérants de la société pour connaître l'origine de ces faits (difficultés) et d'essayer surtout de le pousser à trouver des solutions rapides.

Le commissaire aux comptes doit alors exposer au gérant, les faits relevés et démontrer les raisons pour les quelles, ceux-ci peuvent compromettre la continuation de l'exploitation de l'entreprise¹³⁴.

L'information du ou (des) gérant de la société doit être formée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à partir de la découverte de ces faits.

A priori, la procédure d'alerte dans les autres sociétés commerciales en droit marocain est identique à celle prévue par le droit français, à l'exception de quelques différences qui tiennent aux formalités liées à la procédure, notamment le délai d'information imposé par le Code de commerce marocain¹³⁵, qui est limité à huit jours, alors que l'article L.234-2 du Code de commerce français ne prévoit aucun délai. Nous pensons que cette liberté d'action qu'offre le droit français au commissaire aux comptes lui permet, sans doute, de bien examiner les faits et prendre le temps nécessaire avant de déclencher une procédure d'alerte qui se révélerait par la suite inopportune.

58. Concernant la réponse du gérant, si on se conforme à la lettre de l'article 546 du Code de commerce, on constate que, comme pour les sociétés anonymes, le gérant doit donner une réponse précise et rassurante, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les quinze jours qui suivent la réception de l'information. Dans sa réponse, le gérant doit

¹³³ V. C.com., art. 546.

¹³⁴ C.com., art. 546, al. 2.

¹³⁵ C.com., art. 546, al. 1.

donner une analyse de la situation préoccupante de l'entreprise et préciser les mesures envisagées pour la redresser.

En outre, la réponse du gérant doit être adressée uniquement au commissaire aux comptes. De ce fait, la procédure d'alerte resterait confidentielle si le dirigeant trouve une solution immédiate. Les associés ne seront donc informés que dans le cas où le gérant ne répond pas, ou dans le cas où la situation de l'entreprise demeure compromise.

En France, la réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes dans un délai de quinze jours. Copie de cette réponse doit être aussi communiquée au comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel ainsi que, le cas échéant, au conseil de surveillance¹³⁶. Ici encore, le commissaire aux comptes informe le président du tribunal de commerce de l'existence de la procédure d'alerte, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception¹³⁷.

59. Toutefois, si le gérant de la société ne répond pas aux demandes formulées, ou si malgré sa réponse, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial, conformément aux dispositions de l'article 546 du Code de commerce marocain, en vue de le présenter à la prochaine assemblée générale des associés.

Comme dans le cas des sociétés anonymes, devant le silence de la loi, le commissaire aux comptes, ne peut pas inviter le gérant de la société à faire délibérer l'assemblée générale. Néanmoins, s'il l'estime utile, il peut demander la communication de son rapport spécial aux associés par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le gérant est alors tenu de procéder à cette communication dès la réception de la demande. De ce fait, les associés seront très rapidement informés des difficultés rencontrées par la société. Et pourront demander la tenue de l'assemblée générale des associés le plus tôt possible, pour délibérer sur « *les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ».

Si malgré l'insistance des associés, le gérant n'a pas procédé à la convocation de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes peut éventuellement la convoquer¹³⁸ afin de les faire délibérer sur l'état de la situation de l'entreprise.

¹³⁶ Décr n° 67- 236 du 23 mars 1967, art. 251- 2, al, 2, devenu art. R.234-5 à R.234-7 C.com.

¹³⁷ C.com., art. R.234-5.

¹³⁸ Loi n° 5-96 du 13 février 1997, art.13, prévoyant que les dispositions de la loi n° 17-95 du 30 août 1996 relatives aux sociétés anonymes concernant les pouvoirs du commissaire aux comptes dans les sociétés anonymes, sont applicables dans les autres sociétés commerciales, donc le commissaire aux comptes peut appliquer la même procédure aux termes de l'article 116, al 1 de la loi n° 17-95, SA: « *L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance; à défaut, elle peut être également convoquée par le commissaire aux comptes.* » et al, 5 « *Le ou les commissaires aux comptes ne peuvent*

En France, la procédure se déroule comme dans les sociétés anonymes, en cas d'inobservation des dispositions légales ou si malgré les décisions prises, la continuité de l'exploitation de l'entreprise demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial destiné à être soumis aux associés lors d'une assemblée générale. Il invite par écrit, le dirigeant à faire délibérer sur les faits relevés une assemblée générale, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans le délai de quinze jours qui suivent la réception de la réponse du dirigeant ou la date d'expiration du délai imparti pour celle-ci. Cette invitation est accompagnée du rapport spécial du commissaire aux comptes. Une copie de cette invitation est adressée sans délai au président du tribunal de commerce par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dans les huit jours qui suivent leur réception, le dirigeant communique l'invitation et le rapport du commissaire aux comptes au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et procède à la convocation de l'assemblée générale. Celle-ci doit en tout état de cause, être réunie au plus tard dans le mois suivant la date de l'invitation faite par le commissaire aux comptes.

En cas de carence du dirigeant, le commissaire aux comptes convoque l'assemblée générale dans un délai de huit jours à compter de l'expiration du délai imparti au dirigeant. Il fixe l'ordre du jour de l'assemblée générale¹³⁹.

La réunion des associés doit être l'occasion de trouver des solutions rapides pour redresser la situation de l'entreprise, notamment par, l'augmentation du capital social, la réduction des frais d'exploitation, la transformation de la société. Ils peuvent même, s'ils estiment légitime, révoquer le gérant de la société.

60. Enfin, comme c'est le cas dans les sociétés anonymes, l'information du président du tribunal reste la dernière phase d'alerte du commissaire aux comptes. En effet, si à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation de l'entreprise, il informe de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communique les résultats¹⁴⁰. Cette information doit être faite immédiatement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Elle doit comporter la copie de tous les documents utiles à l'information du président du tribunal, ainsi que l'exposé des raisons qui l'ont conduit à constater l'insuffisance des décisions prises. Cette information, comme dans le cas des sociétés

convoquer l'assemblée des actionnaires qu'après avoir vainement requis sa convocation par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance ».

¹³⁹ C.com., art. R.234-6.

¹⁴⁰ C.com., art.546, al.2.

anonymes, permettra au président du tribunal de procéder à l'étape suivante, qui est l'alerte externe, si la société n'est pas encore en cessation des paiements.

La loi française prévoit également que si après la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il en informe de ses démarches le président du tribunal, sans délai, et lui en communique les résultats¹⁴¹.

L'alerte du commissaire aux comptes dans les autres sociétés commerciales est relativement la même que celle prévue pour les sociétés anonymes. A l'exception de quelques différences liées à l'organisation et au fonctionnement de ces sociétés, qui feront que le caractère confidentiel de la prévention interne, serait vite remis en cause. Car dans ces sociétés en majorité familiale, le secret d'une telle procédure ne sera pas tenu longtemps.

2°. La procédure d'alerte dans les groupements d'intérêt économique

61. La loi n° 15-95 du 1^{er} août 1996 organisant les procédures de prévention des difficultés des entreprises n'a pas intégré les groupements d'intérêt économiques (GIE) dans la prévention interne. Cette lacune juridique a fait l'objet d'un débat doctrinal assez controversé, autour de la qualité et de l'objet que peut avoir le groupement d'intérêt économique, lui permettant d'être soumis aux procédures du traitement des difficultés des entreprises¹⁴².

Le professeur Abdeljalil EL HAMMOUMI pense que, pour que le GIE puisse être soumis aux procédures du traitement des difficultés des entreprises, il doit avoir la qualité de commerçant et pour cela il doit avoir un objet commercial¹⁴³.

Le professeur Ahmed CHOUKRI-SBAAI, soutient que le GIE ne peut être soumis aux procédures collectives, tant qu'il n'a pas pris la forme d'une société commerciale¹⁴⁴.

Le professeur Hassania CHERKAOUI estime que la procédure d'alerte ne peut être mise en œuvre au sein du GIE que s'il existe un commissaire aux comptes¹⁴⁵. Or, le groupement

¹⁴¹ C.com., art. R.234-7.

¹⁴² A.ELHAMMOUMI, *op.cit.*, p.13; A.CHOUKRI-SBAAI, *op.cit.*, p.162 ; H.CHERKAOUI., *Droit commercial et activités commerciales, fond de commerce, entreprises commerciales, concurrence, redressement judiciaire*, 2^{ème} éd, p. 251.

¹⁴³ A.ELHAMMOUMI, *op.cit.*, p.12.

¹⁴⁴ A.CHOUKRI SBAAI, *op.cit.*, p. 73.

¹⁴⁵ H. CHERKAOUI., *op.cit.*, p. 251.

d'intérêt économique n'est tenu de nommer un commissaire aux comptes que lorsqu'il émet des obligations¹⁴⁶.

En effet, il nous paraît évident, et ce même si l'objet du GIE n'est pas commercial, que la présence d'un commissaire aux comptes au sein d'un GIE doit donner lieu à l'application de la procédure d'alerte, même si aucun texte ne le prévoit expressément, dans la mesure où le groupement n'est pas déjà en cessation des paiements.

Le commissaire aux comptes, dans le cadre de sa mission de contrôle et de certification des comptes, pourrait détecter des signes de difficultés, il serait donc amené à déclencher la procédure d'alerte, sans être lié, en cela, par une quelconque disposition légale.

En effet, la procédure d'alerte du commissaire aux comptes au sein des groupements d'intérêt économique peut être globalement la même que celle prévue dans les sociétés anonymes. Cependant, elle doit être adaptée à la structure du groupement dans la mesure où l'alerte du commissaire aux comptes est adressée aux administrateurs des sociétés.

62. Le commissaire aux comptes informe, dans un délai de huit jours par lettre recommandée, les administrateurs du GIE, lorsqu'il constate des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de ce groupement. Ces derniers doivent répondre dans les mêmes conditions et modalités prévues par l'article 546 du Code de commerce, à savoir dans un délai de quinze jours.

Si les administrateurs du groupement ne répondent pas, où même s'ils répondent et que leur réponse ne permet pas de rassurer le commissaire aux comptes, ce dernier doit préparer un rapport spécial qui sera présenté aux membres du groupement, lors de la prochaine assemblée générale. Si les décisions prises lors de l'assemblée ne permettent pas de redresser la situation du groupement, le commissaire aux comptes informe le président du tribunal de commerce sans trop tarder.

63. En droit français, le déroulement de la procédure d'alerte du commissaire est prévu dans les groupements d'intérêt économique conformément aux dispositions de l'article L.251-15 du Code de commerce. Le commissaire aux comptes, lorsqu'il relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation du groupement, il en informe les administrateurs. Ces derniers doivent répondre par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les quinze jours qui suivent la réception de l'information.

¹⁴⁶ Loi n° 13-97 du 1^{er} avril 1999, art. 39.

La réponse est communiquée au comité d'entreprise dans les mêmes formes et délais, le cas échéant, les mesures proposées. Comme c'est le cas dans les sociétés anonymes, le commissaire aux comptes informe le président du tribunal¹⁴⁷. Cependant, sur cette question, une précision mérite d'être soulevée, car la compétence du président diffère selon l'objet du GIE. Il s'agira du président de la juridiction consulaire si le GIE a un caractère commercial, du tribunal de grande instance si le GIE a un caractère civil¹⁴⁸.

En cas d'inobservation de ces dispositions ou si en dépit des décisions prises, la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial et invite par écrit les administrateurs à faire délibérer la prochaine assemblée générale sur les faits relevés. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise dans les quinze jours qui suivent la réception de la réponse des administrateurs¹⁴⁹.

Si, à l'issue de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne sont pas rassurantes, il informe de ses démarches le président du tribunal, compétent selon la forme du groupement, et lui en communique les résultats¹⁵⁰.

Cette information comporte la copie de tous les documents utiles à l'information du président du tribunal ainsi que l'exposé des raisons qui l'ont conduit à constater l'insuffisance des décisions prises¹⁵¹.

3. La procédure d'alerte dans les personnes morales de droit privé non commerçantes et dans les associations

64. La procédure d'alerte dans les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique est prévue uniquement par le droit français. Le mécanisme de cette alerte est relié à l'obligation faite à ces personnes morales de désigner un commissaire aux comptes¹⁵².

Cette procédure d'alerte est organisée par les dispositions des articles L.612-3 et R.612-4 du Code de commerce. En outre, le législateur prévoit que la procédure d'alerte dans les personnes morales de droit privé soit calquée sur celle prévue dans les sociétés anonymes. En effet, l'article R.612-4 du Code de commerce renvoi aux dispositions des articles R.234-1 et

¹⁴⁷ C.com, art. R. 251-3.

¹⁴⁸ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°18, p.30.

¹⁴⁹ C. com., art. R.251-3.

¹⁵⁰ C.com., art. L.251-15, al.3.

¹⁵¹ C. com., art. R.251-3, der.al.

¹⁵² C.com. art. L.612-1, al.2, et art. L.612-4, al.2.

suivants, si la personne morale a un organe collégial chargé de l'administration distinct de la personne chargée de la direction, soit des articles R.234-5 et suivants dans les autres cas.

La procédure se déroule en quatre phases. Si le commissaire aux comptes constate à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il en informe les dirigeants de la personne morale.

A défaut de réponse dans un délai de quinze jours ou si celle-ci ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes invite par écrit, dont copie est transmise au président du tribunal de grande instance, les dirigeants à faire délibérer l'organe collégial de la personne morale sur les faits relevés, avec demande d'avis de réception dans les huit jours qui suivent la réponse de l'organe dirigeant¹⁵³. Le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance. La délibération de l'organe collégial est communiquée au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel et au président du tribunal de grande instance.

En cas d'inobservation de ces dispositions, ou si le commissaire aux comptes constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, une assemblée générale doit être convoquée; le commissaire aux comptes établit un rapport spécial devant être soumis à cette assemblée et communiqué au comité d'entreprise ou, à défaut aux délégués du personnel¹⁵⁴.

Enfin, si à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation de la personne morale, il informe de ses démarches le président du tribunal et lui en communique les résultats.

65. La procédure d'alerte dans les associations subventionnées est devenue obligatoire depuis la réforme du 26 juillet 2005¹⁵⁵. De ce fait, la procédure d'alerte peut être déclenchée par le commissaire aux comptes dès qu'il constate des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'association. Cette procédure d'alerte se déroule de la même manière que dans les personnes morales de droit privé ayant une activité économique, conformément aux dispositions de l'article L.612-3 du Code de commerce.

66. Au vu de tout ce qui précède, l'intervention du commissaire aux comptes dans les sociétés anonymes, dans les autres sociétés commerciales et dans les groupements d'intérêt économique, malgré quelques différences liées à la structure de chaque forme juridique est

¹⁵³ C.com, art. R.234-2.

¹⁵⁴ C.com., art. L.612-3, al. 3.

¹⁵⁵ Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, art.11, III.

importante et a la même finalité. Il s'agit d'informer les organes de directions et de trouver avec eux des solutions de redressement possibles à leurs difficultés, avant qu'il ne soit trop tard. Mais que se passe t-il si le commissaire aux comptes ne remplit pas ce devoir d'alerte ? Et s'il se trompe sur la qualification des faits qui motivent son action ? Sa responsabilité peut-elle être engagée ?

§3. Responsabilités du commissaire aux comptes

67. L'article 546 du Code de commerce marocain ne prévoit aucune disposition relative à l'éventuel engagement de la responsabilité du commissaire aux comptes, dans le cadre de la procédure d'alerte. Néanmoins, la loi n°17-95 du 1^{er} août 1996, régissant les sociétés anonymes précise le cas dans lequel la responsabilité du commissaire aux comptes peut être engagée, pendant l'exercice de sa mission de vérification et de contrôle des comptes. En effet, selon les dispositions de l'article 180 de cette même loi, le ou les commissaires aux comptes sont responsables, tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers, des conséquences dommageables des fautes ou négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions. Toutefois, notons que dans le cadre de la procédure d'alerte, la responsabilité du commissaire aux comptes pourrait être engagée dans deux cas:

Dans le premier, le commissaire aux comptes ne remplit pas son devoir d'alerter les dirigeants, malgré l'existence de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Dans ce cas, il peut être poursuivi pour faute ou négligence, et peut être interrogé sur les difficultés qu'il a relevées lors de sa mission de vérification et de contrôle des comptes, ainsi que sur la négligence d'une question qui semble importante aux yeux des dirigeants¹⁵⁶.

Dans le deuxième, le commissaire aux comptes au contraire peut déclencher une alerte, alors que les faits relevés ne nécessitaient pas cette action. Ce qui est susceptible de porter préjudice à l'entreprise¹⁵⁷.

Ce deuxième cas de figure suscite un intérêt particulier à notre sens, car on se demande si cette alerte prématurée peut réellement causer un préjudice à la société et dans quelle mesure peut-on engager la responsabilité du commissaire aux comptes ?

A cet égard, la loi marocaine ne prévoit aucune sanction. Le droit français, ne prévoit pas non plus une sanction spécifique à l'encontre du commissaire aux comptes qui se trompe sur la

¹⁵⁶ E. DU PONTAVICE, « Les conséquences pratiques de la loi du 1^{er} mars 1984 », *Cie reg .com. comptes*, Versailles 1985;Y.GUYON., « Le rôle de prévention du commissaire aux comptes » *JCP*, Ed. E, n°48, 1987 n°150 66, p. 623 ; A.LIENHARD, « La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte », *Rev, proc, coll*, 1996.p.1.

¹⁵⁷ C.SAINT-ALARY-HOUIN., *op.cit.*, n°159, p. 86.

qualification des faits de nature à compromettre la continuité d'exploitation de l'entreprise, néanmoins, contrairement au législateur marocain, afin d'encourager l'exercice de la mission d'alerte des commissaires aux comptes, il a choisi d'alléger les risques qu'ils peuvent encourir dans cette mission, en instaurant une disposition législative permettant de les protéger d'avantage. En effet, l'article L.225-241 du Code de commerce prévoit que la responsabilité des commissaires aux comptes « *ne peut pas être engagée pour des informations ou divulgations des faits auxquels ils procèdent en exécution de leurs missions définies aux articles L. 234 -1et L.234- 2* ».

La Cour de cassation française confirme cette assertion et a jugé à propos de la révocation d'un commissaire aux comptes ayant déclenché une alerte prématurément¹⁵⁸. Elle a écarté la responsabilité d'un commissaire aux comptes dont la mauvaise foi n'était pas établie lors d'une alerte inopportune.

En effet, le commissaire aux comptes, sauf faute lourde de sa part, bénéficie d'une immunité dans le déclenchement de l'alerte¹⁵⁹.

En outre, certains auteurs soutiennent qu'il : « *vaut mieux une alerte prématurée, plutôt qu'un dépôt de bilan* »¹⁶⁰.

Or, cela ne signifie probablement pas que le commissaire aux comptes n'engage aucunement sa responsabilité dans le cadre d'une procédure d'alerte. Au contraire, si le commissaire aux comptes déclenche la procédure d'alerte dans le but de nuire à l'entreprise, tout en sachant que l'exploitation de cette dernière ne court aucun risque, ou s'il déclare l'alerte dans son intérêt personnel¹⁶¹, sa responsabilité pourrait être engagée, car il aurait commis une faute lourde pouvant être qualifiée de dol¹⁶².

En revanche, ceux qui agissent en responsabilité contre lui devront faire la preuve de la faute, du préjudice et du lien de causalité entre la faute commise et le préjudice. Ils doivent démontrer que le dommage s'est produit du fait de l'absence d'information et de contrôle qui incombe au commissaire aux comptes.¹⁶³

¹⁵⁸ Cass. Com., 3 déc. 1991, n°90-14592, *Bull.civ.* IV, n°376, p. 259; *Bull.joly* .1992, p. 171, n°48, obs. J.F. BARRIERI; Dr. Soc, 1992, n°24, note Th. BONNEAU.

¹⁵⁹ C.SAINT-ALARY-HOUIN., *op.cit.*, n°159, p.87 ; Y.GUYON., *art. précité*, n°.10, p.624 ; A.LIENHARD., « La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte », *Rev.Pro. Coll.* 1996, p.1 ; comp J.-CL.Com., D.VIDAL, fasc.2055, « Prévention des difficultés » éd.2006, n°79 à 83.

¹⁶⁰ Y.GUYON., *art.précit.*, n°15, p.625.

¹⁶¹ P.M. LECORRE, « *Droit et pratique des procédures collectives* », éd. Dalloz, 2008-2009, p.135.

¹⁶² T.G.I Toulouse, 29 juin 2000, *Bull.nat. Commissaires comptes*, 2002, n°125, p.76, obs. Ph. Merle, jugement confirmé par CA Toulouse, 15 oct. 2001.; Y. CHAPUT., *op.cit.*, n°56, p. 72.; P.M. LE CORRE, *op.cit.*, p. 135.

¹⁶³ P. LE CANNU., *op.cit.*, n°116, p. 101.

Toutefois, le commissaire aux comptes est tenu de préserver la confidentialité de la procédure de prévention interne, sous peine de sanction civile conformément à l'article L. 225-241 du Code de commerce. Il peut également engager sa responsabilité pénale dans les conditions du droit commun, lorsqu'il divulgue des informations mensongères. Il doit toutefois se montrer prudent car le lien entre la révélation des faits et l'action du commissaire aux comptes pourrait être contesté¹⁶⁴.

On pense que, l'essentiel reste que le commissaire aux comptes agisse en se conformant à l'esprit du texte tel qu'il est disposé et d'essayer de l'adapter en fonction des situations qui se présentent. De ce fait, il doit s'assurer que les faits allégués sont réellement de nature à nuire à la continuité de l'exploitation. Toutefois, l'absence de précisions suffisantes lui impose de se référer à sa conscience, à son expérience, ou tout simplement à son intuition pour la mise en œuvre de la procédure d'alerte. Cependant, le fait que le commissaire aux comptes soit désigné volontairement ne réduit pas la portée de l'obligation d'alerte mise à sa charge¹⁶⁵.

Par ailleurs, bien que, le rôle principal dans la prévention interne est accordé au commissaire aux comptes, ce dernier peut parfois être partagé, notamment avec les associés. On s'interroge donc sur l'effectivité de leur intervention dans la procédure d'alerte interne.

Section 2 : Les associés dans la prévention interne : seconds intervenants

68. Le législateur marocain, à la différence du législateur français, accorde aux associés un rôle très important en matière de prévention des difficultés des entreprises¹⁶⁶. En effet, selon les dispositions de l'article 546 du Code de commerce, tout associé dans la société peut déclencher une procédure d'alerte au même titre que le commissaire aux comptes.

Certes, cette démarche est à double tranchant, car elle vise en premier lieu d'assurer une protection supplémentaire de l'entreprise en cas d'éventuelles difficultés, en l'absence d'un commissaire aux comptes, et en deuxième lieu permet de limiter son intervention lorsque ce derniers est nommé au sein de la société.

Néanmoins, au delà de ces considérations, on estime que les associés sont les premiers à être concernés par la survie de l'entreprise. En outre, laisser le commissaire aux comptes, seul garant de la pérennité de l'entreprise, risque de retarder la procédure si ce dernier n'est pas encore nommé¹⁶⁷.

¹⁶⁴ En ce sens, v .Y.CHAPUT., *op.cit.*, p. 81.

¹⁶⁵ A.ELHAMMOUMI., *op.cit.*, p. 23 ; A.CHOUKRI-SBAAL., *op.cit.*, p.185.

¹⁶⁶ C.com. art.546.

¹⁶⁷ Rapport de la chambre économique, industrielle et sociale, de la commission législative 1993-1999, Session Avril 1996, p.238.

En France, l'intégration des associés dans la procédure de prévention interne n'a pas été retenue par SUDREAU¹⁶⁸ au même titre que le commissaire aux comptes. Toutefois, la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, a accordé aux associés et actionnaires un droit d'alerte, mais pas dans les mêmes termes que celui des associés en droit marocain. Quel est donc le domaine d'intervention des associés dans la procédure d'alerte? (§1) Et comment se déroule t-elle ? (§2)

§ 1. Le domaine d'intervention des associés

69. Bien entendu les associés sont préoccupés par l'avenir de leur société, c'est pour cette raison que les législateurs marocain et français prévoient à leur égard un droit d'alerte. Mais avant d'aborder la question relative aux critères retenus pour le déclenchement de la procédure d'alerte par les associés (**B**), il est important d'identifier ceux qui sont concernés par l'exercice de ce droit d'alerte (**A**).

A. Les associés bénéficiant du droit d'alerte

70. Les dispositions de l'article 546 du Code de commerce visent « *tout associé* » dans la société. L'on pense qu'il s'agit particulièrement, des associés dans les sociétés à responsabilité limitée, dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés en commandite simple. Cette limitation se justifie, à notre sens, par l'absence d'un commissaire aux comptes dans ces sociétés de personnes, notamment lorsqu'elles ne remplissent pas les conditions imposées par la loi¹⁶⁹.

Les actionnaires des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions ne sont pas visés par le texte. En effet, l'on pense que le législateur ne voit pas l'intérêt d'intégrer ces actionnaires dans la mesure où la désignation d'un commissaire aux comptes est obligatoire dans ces sociétés. Néanmoins, ces actionnaires ne seront pas privés de leur droit d'alerte, car ils pourront, dans le cadre de leur droit d'information prévu par la loi n°17-95 du 30 août 1996 les régissant, poser des questions écrites aux dirigeants de la sociétés deux fois par exercices sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise¹⁷⁰.

¹⁶⁸ A. BRUNET et M. GERMAIN, «L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes », *Rev. Soc.*, 1985, n°55, p.35.

¹⁶⁹ V. *Supra*, n°37, p.26.

¹⁷⁰ Loi n° 17-95 du 30 août 1996, art. 157.

En revanche, les associés des sociétés civiles et ceux des sociétés publiques ne sont pas concernés par la procédure d'alerte, puisque ces sociétés ne sont pas régies par les procédures collectives.

71. En droit français, le droit d'alerte institué par la loi du 1^{er} mars 1984 et maintenu par les lois en vigueur, concerne les associés des sociétés à responsabilité limitée¹⁷¹ et les actionnaires des sociétés anonymes détenant au moins 5% du capital social¹⁷². En effet, pour les premiers, l'article L. 223-36 du Code de commerce prévoit que : « *tout associé non gérant a le droit de poser, deux fois par exercice, au gérant des questions écrites sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise* ».

Pour les seconds, l'article L.225-232 du Code de commerce dispose que « *un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5% du capital (...) peuvent deux fois par exercice, poser par écrit des questions au président du conseil d'administration ou au directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise* ».

Les associés des autres sociétés peuvent également interroger par écrit le ou les gérants sur la gestion sociale, à savoir dans les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple¹⁷³ et les sociétés civiles¹⁷⁴.

Certes, cette prérogative a été élargie par la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984, ainsi que par la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001. Cependant, l'on remarque que le droit d'alerte des associés et actionnaires en France est limité à l'importance de leurs participation dans le capital social, notamment à l'égard des actionnaires dans les sociétés anonymes, qui doivent représenter 5% du capital social, afin de pouvoir exercer leur droit d'alerte.

En revanche, en droit marocain, l'on constate qu'aucune condition n'est attachée à la place que détient l'associé dans la société, lui accordant ainsi la possibilité de déclencher une procédure d'alerte. Le texte vise expressément « *tout associé* », abstraction faite du nombre de parts qu'il détient dans la société. Qu'il soit minoritaire ou majoritaire, cela ne change en rien l'obligation d'alerte qui pèse sur lui.

72. Par ailleurs, le texte marocain ne précise pas si l'associé ou actionnaire peut agir seul ou en association avec les autres. Ce vide juridique n'est pas sans intérêt, car il laisse aux associés et actionnaires la possibilité d'agir collectivement, surtout s'ils s'accordent sur la

¹⁷¹ C., com, art. L. 223-36.

¹⁷² C., com, art.L.225-232.

¹⁷³ C.com., art.L.221-8.

¹⁷⁴ C.civ., art. 1855.

gravité des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise et sur l'urgence à déclencher l'alerte.

Le législateur français, au contraire, a pris le soin de préciser cette option, à condition que les associés répondent aux conditions fixées par l'article L.225-120 du Code de commerce, notamment dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. En effet, selon cet article, les actionnaires justifiant d'une inscription nominative depuis au moins deux ans et détenant ensemble au moins 5% des droits de vote peuvent se regrouper en associations destinées à représenter leurs intérêts au sein de la société.

Observons par ailleurs, que le droit français précise que seuls les associés non gérants ont la possibilité de poser des questions écrites sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise, notamment dans les sociétés à responsabilité limitée¹⁷⁵, alors que le législateur marocain n'a pas prévu cette éventualité.

Certes, la qualité d'associé est importante pour exercer le droit d'alerte, mais le moment de leur intervention est aussi déterminant.

B. les critères permettant le déclenchement de la procédure d'alerte

73. Pour le déclenchement de la procédure d'alerte, tout associé, comme le commissaire aux comptes, informe le chef d'entreprise dès qu'il découvre des faits de nature à compromettre la continuité d'exploitation de l'entreprise. C'est ce qui ressort de la lecture de l'article 546 du Code de commerce marocain et des articles L.223-36 et L.225-232 du Code de commerce français. Les deux textes, marocain et français, s'accordent sur les critères de déclenchement de la procédure d'alerte par les associés.

En effet, il s'agit « *de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise* ». On se demande si cette notion doit donner lieu à une interprétation large ou restrictive. Le législateur marocain, à l'exemple du législateur français, n'a pas donné une réponse à cette question. Cependant, on constate que les faits qui doivent interpellier les associés sont de la même nature que ceux prévus pour le commissaire aux comptes. Cela se justifie par le fait que les commissaires aux comptes et les associés ont les mêmes intérêts dans la société, qui sont principalement d'ordre financier. Le commissaire aux comptes a pour mission de contrôler tout fait qui peut troubler la situation financière de l'entreprise, car cela relève de sa mission de vérification et de contrôle. Quant aux associés, ils sont interpellés par

¹⁷⁵ C. com., art. L.223-36.

ces faits parce qu'ils doivent protéger les intérêts de leur entreprise, à savoir les capitaux qu'ils ont apportés au moment de la constitution de la société¹⁷⁶.

Si l'intérêt des commissaires aux comptes et des associés dans la protection et la survie de l'entreprise semble être identique, notons toutefois que la différence qui existe entre ces organes d'alerte réside dans la qualification de leur nature et leur interprétation par eux¹⁷⁷.

Les faits qui peuvent être soulevés par les commissaires aux comptes peuvent être relatifs à la situation financière de l'entreprise (fond de roulement dégradé, capitaux propres négatifs, dégradation de la trésorerie,..., etc.), ou bien relatifs à la situation économique et sociale de l'entreprise (retard dans le paiement des charges sociales, report d'échéances, conflits sociaux graves,..., etc.)¹⁷⁸.

En revanche, les faits soulevés par les associés peuvent avoir pour origine une opération de gestion suspecte. Entrent, par exemple, dans cette catégorie les opérations de distribution d'acompte sur dividendes, les cessions d'actions, absorption des pertes, augmentation du capital social,..., etc. Or, pour qu'elles soient prises en considération, ces opérations de gestion doivent avoir un caractère suspect, une apparence irrégulière ou de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise. En plus, ces opérations doivent avoir un lien direct avec les difficultés qui peuvent compromettre la continuité de l'entreprise¹⁷⁹.

Le professeur Paul LE CANNU pense que : « *l'associé n'est pas limité par les faits qu'il aurait constaté, il peut ouvrir son cœur sur tout ce qui menace la continuité de l'exploitation, quelque soit la source de son information* »¹⁸⁰.

Nous ne partageons pas cet avis, car la possibilité de demander des explications aux dirigeants sur n'importe quelle opération suspecte, sur n'importe quel fait, peut être source de conflits entre les associés et les dirigeants, notamment lorsque les fait en question ne présentent pas un réel danger pour la continuité de l'exploitation de l'entreprise. Cette liberté peut poser d'autres problèmes, notamment, dans certaines sociétés ou le nombre d'associés est assez élevé. Il ne serait pas réaliste de permettre à chacun d'eux de s'adresser aux dirigeants pour

¹⁷⁶ A. SAID KARMAN, *Droit des associés et leurs parts dans la SARL.*, DAR NAHDA ARABIA, éd.,1995, p.34; C. SAWADOGO., « La prévention des difficultés dans les Etats d'Afrique francophone », Thèse, Paris.1 2006, p. 126.

¹⁷⁷ Y.CHAPUT, *op.cit.*, n°77, p. 94.

¹⁷⁸ B.BOUQUET, « Le droit d'alerte des associés minoritaires », Actes du colloque organisé par la faculté de droit et des sciences politiques d'Aix- Marseille 25-26 mars 2004, éd. Presse universitaire d'Aix en Provence 2004, p.86.

¹⁷⁹ A.ALAMI. MACHICHI. *op.cit.*, p.530.

¹⁸⁰ P.LE CANNU, *op.cit.*, n° 119, p.104.

demander des explications sur des faits suspects. Ces derniers ne seraient pas en mesure de répondre à chaque associé individuellement.

74. Aussi peut-il être nécessaire que les associés bénéficient d'une information spécifique et complète sur la nature de ces faits. Ce qui nous amène à nous interroger sur les moyens dont ils disposent pour détecter ces faits.

Il est important de préciser que les associés n'exercent pas une fonction particulière dans la gestion de la société¹⁸¹, ce qui rend la tâche de détection des faits difficile. Néanmoins, cela n'exclut pas que ces derniers peuvent avoir des sources d'informations importantes, notamment par les relations qu'ils peuvent nouer avec les partenaires de l'entreprise (fournisseurs, clients, banques,..., etc.). Mais, il est à craindre que ces informations ne venant pas d'une source fiable, puissent provoquer une réaction inappropriée de leur part.

L'on doit rappeler également que, les associés jouissent d'un droit d'information sur la gestion de la société. En effet, ils peuvent demander la consultation des documents comptables de la société mis à leur disposition au siège social deux fois par exercice. Ils peuvent notamment, prendre connaissance des livres, de l'inventaire, des états de synthèse, du rapport du ou des commissaires aux comptes et des procès verbaux des assemblées¹⁸².

75. Peu importe la source d'information que les associés aient exploitée pour relever ces faits, cependant, la grande difficulté se pose au niveau de leur appréciation, surtout que ces derniers ont généralement une origine financière. Ce qui nous amène à nous interroger sur la capacité des associés à qualifier ces faits de dangereux et de pouvoir les apprécier de manière objective. En effet, il est vrai que certains événements, ou actes de gestion entrepris par les dirigeants peuvent inquiéter les associés et accentuer leurs craintes, alors qu'ils seraient amplement justifiés par le commissaire aux comptes¹⁸³.

Certes, il n'est pas exclu que les associés puissent faire appel à un conseiller pour l'examen des documents comptables¹⁸⁴. Ce dernier peut être un expert en matière de gestion, un commissaire aux comptes, ou tout simplement une personne ayant les capacités d'apprécier les faits d'une manière objective pour éclairer les associés sur les décisions à prendre. Cette démarche si elle est prise à temps peut de ce fait constituer, à côté de l'alerte, une mesure supplémentaire de détection des difficultés des entreprises. Toutefois, ce droit accordé aux associés doit être demandé lorsque son utilité est justifiée. L'objet de l'alerte des associés est

¹⁸¹ Sauf s'ils sont liés à la société par un contrat de travail.

¹⁸² Loi n° 5-96 du 13 février 1997, art.11.

¹⁸³ A.CHOUKRI-SBAAL, *op.cit.*, p.202 ; Y.CHAPUT, *op.cit.*, n°77, p. 95.

¹⁸⁴ Loi n° 5-96 du 13 février 1997, art. 11, 26 et 81.

en effet la « *recherche de l'intérêt social* ». Cependant, il arrive parfois que l'intérêt social puisse être en relation avec les intérêts propres du ou des associés¹⁸⁵.

Cependant la possibilité de faire appel à un expert en gestion pour analyser les faits et apprécier leur gravité n'est pas sans inconvénient. Elle peut remettre en cause le principe de confidentialité caractérisant la prévention interne.

§ 2. Le déroulement de la procédure

76. Le déroulement de la procédure d'alerte des associés résultant des dispositions de l'article 546 du Code de commerce n'est pas précisé par le texte marocain. Toutefois, nous pensons qu'elle peut se dérouler en deux phases seulement, alors que celle du commissaire aux comptes doit passer par trois phases. L'associé informe le gérant de la société sur l'existence des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise (**A**). Ensuite, si ce dernier ne répond pas dans un délai de quinze jours, l'associé peut informer les autres associés (**B**).

A. L'information du gérant de la société

77. Selon les termes de l'article 546 du Code de commerce « *tout associé dans la société informe le chef d'entreprise des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise, et ce, dans un délai de huit jours de la découverte de ces faits, l'invitant à redresser la situation,...* ».

La lecture de l'article 546 du Code de commerce montre clairement que l'intervention des associés dans la procédure de prévention interne est obligatoire. Le législateur marocain met à leur charge une véritable obligation d'alerte. En effet, ils doivent exercer cette mission d'alerte au même titre que le commissaire aux comptes. Cette obligation nous paraît justifiée puisque la nomination d'un commissaire aux comptes est facultative tant que la société ne remplit pas les conditions obligatoires imposées par la loi.

De ce fait, les associés disposent ainsi d'un droit de contrôle sur les dirigeants, ce qui montre que la législation marocaine favorise l'équilibre entre les associés et les dirigeants¹⁸⁶.

Observons que le droit français, sur ce point, se différencie nettement du droit marocain. En effet, l'intervention des associés dans la prévention interne revêt un caractère facultatif¹⁸⁷. Des

¹⁸⁵ Ph.MERLE, « *Droit commercial, sociétés commerciales* », Dalloz, 3^{ème} éd 1992, p.440.

¹⁸⁶ A. CHOUKRI-SABAAL, *op.cit.*, p. 179.

dispositions des articles L.225-232 et L. 223-36 du Code de commerce français, il ressort que « *les actionnaires et associés peuvent, deux fois par exercice, poser par écrit des questions aux dirigeants sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ».

Comme on peut le constater, les actionnaires dans les SA et les associés dans les SARL ont simplement la faculté et non le devoir de déclencher l'alerte. Cette faculté se traduit clairement par l'utilisation dans ces articles du verbe « pouvoir » et non « devoir ».

C'est dire que les actionnaires et les associés, selon le droit français, ne se préoccupent véritablement de la situation de la société que lorsqu'ils sentiront leurs intérêts véritablement menacés, ou alors dans le cas où il n'existe pas de commissaires aux comptes.

78. Le caractère obligatoire de l'alerte prévue par le droit marocain se traduit par le formalisme lié à cette procédure. En effet, selon les termes de l'article 546 du Code de commerce, l'associé informe le chef d'entreprise par une lettre recommandée avec accusé de réception dans un délai de huit jours. Même si le texte ne le prévoit pas, dans cette lettre d'information, l'associé doit faire figurer, sa qualité d'associé et le nombre de parts qu'il détient dans la société.

L'information destinée au gérant de la société doit également comporter une description détaillée sur la nature des faits soulevés et préciser dans quelle mesure ces faits, s'ils ne sont pas pris à temps, peuvent compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise.

Comme dans le cadre de l'alerte par le commissaire aux comptes, on peut qualifier cette information de demande d'explication, car l'associé qui découvre des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise, cherche avant tout à avoir une explication rassurante. De ce fait, l'information du gérant de la société pourrait se limiter en réalité à un dialogue, étant donné que, dans la majorité des cas, ce dernier a déjà une connaissance des faits relevés par les associés.

79. Selon les termes de l'article 546 du Code de commerce, le gérant de la société doit répondre dans un délai de quinze jours, à compter de la réception de la lettre d'information. Mais, ces termes ne précisent pas la forme de la réponse. A notre avis, celle-ci doit être envoyée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, afin de préserver la preuve de l'envoi en cas de conflit.

Remarquons toutefois que, l'article 546 du Code de commerce parle d'une réponse positive. Or, la réponse peut être considérée comme telle si l'associé maîtrise bien l'importance des difficultés soulevées, pour pouvoir apprécier les solutions proposées.

¹⁸⁷ D.GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté.*, éd. 2009, n°87, p.75; P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°122-50, p.158.

L'on pense que la réponse doit porter sur l'explication des faits relevés par l'associé et sur les conséquences qu'ils ont sur la continuité de l'exploitation de l'entreprise. Si le danger est considéré comme réel, le gérant de la société doit trouver des mesures d'urgence pour redresser la situation de l'entreprise¹⁸⁸. En fonction des difficultés soulevées par l'associé, les mesures proposées par le gérant doivent avoir l'objectif de remédier aux éventuelles difficultés qui peuvent conduire à l'arrêt de l'exploitation de l'entreprise. Elles peuvent alors porter sur la modification du capital social, la transformation de la forme juridique de la société, la réduction de l'effectif, la recherche de nouveaux partenaires, ..., etc.

Cependant, quelque soit le contenu de la réponse, l'essentiel est bien évidemment sa communication.

Précisons toutefois que, le gérant a l'obligation de répondre à la question de l'associé, ce qui permettrait à notre avis, de le rassurer et par la même occasion calmer les rumeurs. Comme le précise le professeur Paul LE CANNU : « *l'une des utilités les plus précieuses de l'alerte des associés peut être l'occasion qu'elle offre aux dirigeants de rassurer les associés inquiets sur les intérêts de l'entreprise. Les dirigeants doivent donc considérer l'action d'alerte déclenchée par les associés* »¹⁸⁹. Or, le gérant qui ne répond pas aux questions des associés engagerait sa responsabilité¹⁹⁰, sauf bien entendu si les questions présentent un caractère abusif.

Par ailleurs, l'article 546 du code de commerce ne précise pas, si la réponse doit être adressée personnellement à l'associé qui a posé la question. Il ne précise pas non plus, si la réponse doit être adressée à l'associé individuellement ou si elle doit être affichée ou déposée au siège de la société.

Or, le retard ou l'absence de réponse du gérant, ne ferait que confirmer les doutes sur le danger qui menace la continuité de l'exploitation.

80. En revanche, en droit français, on peut dire que cette question a été clarifiée. La réponse du dirigeant par écrit doit être adressée aux associés dans un délai d'un mois¹⁹¹. Dans le même délai, le gérant transmet une copie au commissaire aux comptes¹⁹².

Par ailleurs, si l'associé est convaincu de la réponse du gérant, proposant des mesures visant à redresser la situation de l'entreprise, son action d'alerte devrait s'arrêter à une seule étape de la procédure. Au contraire, s'il estime que les décisions prises ne permettent pas de redresser

¹⁸⁸ A.CHOUKRI-SBAAI, *op.cit.*, p.202; D.GIBIRILA, *op.cit.*, n°90, p.77.

¹⁸⁹ P. LE CANNU., *op.cit.*, n° 119.

¹⁹⁰ P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°122-50, p.158.

¹⁹¹ C. com., art. L. 225-232 et art. L. 223-36.

¹⁹² C. com., art.R.223-229.

la situation de l'entreprise, il peut poursuivre la procédure d'alerte en informant les autres associés.

B. L'information des autres associés

81. Si on interprète à la lettre les termes de l'article 546 du Code de commerce marocain, disposant que : « *faute d'exécution par le chef d'entreprise dans un délai de quinze jours, de la réception de la lettre, ou s'il n'arrive pas personnellement ou après délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas à un résultat positif, il est tenu de faire délibérer la prochaine assemblée générale pour statuer sur rapport du commissaire aux comptes, à ce sujet* », il en ressortirait que le rôle de l'associé dans la prévention interne s'arrête à l'information du dirigeant des faits de natures à compromettre la continuité de l'exploitation. Et si le chef d'entreprise ne convoque pas l'assemblée générale, que ferait l'associé ayant déclenché l'alerte?

L'associé peut inviter le gérant à convoquer une assemblée générale, pour délibérer sur les difficultés soulevées, sur la base de l'article 71 de la loi n°5-96 du 13 février 1997, si les conditions prévues par le texte sont réunies, notamment, lorsque ce dernier détient des parts représentant au moins le quart des parts sociales. Toutefois, si le gérant ne convoque pas une assemblée générale, cet associé après avoir vainement demandé au gérant la tenue d'une assemblée générale, peut demander au président du tribunal, statuant en référé, la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale et de fixer son ordre du jour¹⁹³.

La convocation d'une assemblée générale, est l'occasion d'informer les autres associés sur les difficultés soulevée, et le cas échéant sur les solutions proposées. Pour cela, il doit exposer les faits soulevés, et expliquer quelles sont les conséquences qu'ils peuvent entraîner si aucune solution n'est trouvée. L'objectif étant de décider en collectivité des mesures ou décisions à prendre (augmentation du capital, recherche de moyens de financement pour l'investissement, ou tout simplement la révocation du gérant,...., etc.).

Toutefois, si malgré les décisions prises en assemblée, aucune solution n'est envisageable et que la situation de l'entreprise demeure compromise, l'associé n'a plus aucune autre alternative. Car, contrairement aux commissaires aux comptes, il ne pourra pas informer le président du tribunal de commerce, même si la situation de l'entreprise demeure compromise. Cette option n'est pas prévue par l'article 547 du Code de commerce. Cet article vise

¹⁹³ Loi n°5-96 du 13 février 1997, art. 71, al. 4.

seulement le commissaire aux comptes et le chef d'entreprise, qui lorsque la situation de l'entreprise demeure compromise, ces derniers doivent informer le président du tribunal, sans délai.

Selon le droit français, la suite de la procédure d'alerte déclenchée par les associés n'est pas prévue par le texte, mais les dirigeants qui ne répondraient pas aux questions adressées par les associés engageraient leur responsabilité civile¹⁹⁴.

C. Responsabilité des associés

82. Bien entendu, les associés peuvent utiliser leur droit d'alerte, mais ils ne doivent pas l'exercer de manière abusive. Mentionnons qu'une simple présomption ou une mauvaise appréciation des faits peut porter préjudice à l'image de la société. Dans ce cas, il est important de préciser que l'associé qui abuse de son droit d'alerte peut engager sa responsabilité civile, sur la base d'une faute ayant causé un dommage et qu'un lien de causalité est retenu. En effet, si l'on se base sur le sens du Code des obligations et des contrats marocain¹⁹⁵, on peut relever la faute par omission¹⁹⁶ de ne pas faire, qui peut causer un préjudice lié directement à l'intérêt et à la continuité de l'exploitation de l'entreprise¹⁹⁶. En effet, la non information du chef d'entreprise des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise, pourrait être considérée comme une faute ayant causé un préjudice à l'intérêt de la société.

L'associé peut également déclencher une alerte inappropriée. S'il fait une appréciation inexacte des risques qu'emportent les faits constatés, ou s'il déclenche l'alerte sans motif réel. Or, il convient de préciser que la majorité des faits restent sujet à une appréciation subjective. D'où le risque qui pèse sur les associés mal informés.

En outre, il faut rappeler que malgré l'identité du caractère d'alerte des associés et du commissaire aux comptes, les associés ne sont pas tenus par une obligation de confidentialité¹⁹⁷.

83. En somme, le législateur marocain, contrairement au législateur français, a voulu renforcer le rôle de contrôle des associés, en leur accordant une obligation d'alerte. Mais, il n'a pas bien précisé leur rôle. Nous avons constaté que malgré la ressemblance du critère permettant le déclenchement de l'alerte des associés et celui de l'alerte du commissaire aux

¹⁹⁴ C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°18-, p.97.

¹⁹⁵ D.O.C. art. 78.

¹⁹⁶ M. KAZBORI, *Conception des obligations.*, éd. 2000, p. 374.

¹⁹⁷ Y.CHAPUT. *op.cit.*, n°80; D.GIBIRILA, *op.cit.*, n° 89, p.76.

comptes, leurs prérogatives sont différentes. En effet, l'alerte par les associés se limite à l'information du ou (des gérants) des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise. Alors que l'alerte du commissaire aux comptes se prolonge jusqu'à la prévention externe, notamment par l'information du président du tribunal.

Par ailleurs, à la différence du législateur français, le législateur marocain n'a pas souhaité intégrer les représentants des salariés dans la prévention interne. Le législateur français, en revanche, adopte une démarche préventive plus élargie. La prévention interne doit intégrer tous les acteurs concernés par la survie de l'entreprise. C'est ce qui explique qu'il accorde une place importante au comité d'entreprise et aux délégués du personnel, en son absence, pour déclencher la procédure d'alerte.

Section 3. La prévention interne par le comité d'entreprise

84. Les difficultés des entreprises auront certainement des conséquences sur la situation des salariés, notamment dans le cas où une éventuelle suppression d'emplois est envisagée. Cette situation a été considérée par la loi du 1^{er} mars 1984 ayant institué pour la première fois les mesures de prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises¹⁹⁸. C'est pour cette raison que les représentants des salariés ont été intégrés parmi les organes pouvant déclencher une procédure d'alerte¹⁹⁹.

Par ailleurs, la mise en œuvre de la procédure d'alerte suppose que l'entreprise soit dans une situation économique préoccupante²⁰⁰ (§1) et que le comité d'entreprise ou les délégués du personnel en son absence, procède à son déclenchement suivant une procédure spécifique (§2).

§1. Le déroulement de la procédure l'alerte par le comité d'entreprise

85. Selon les articles L. 23 23-78 à L.2323-82 du Code du travail, le comité d'entreprise peut déclencher l'alerte lorsqu'il a connaissance des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise.

A ce propos l'on doit remarquer que ce critère tel qu'il résulte du Code du travail a un caractère étendu. Voyons tout d'abord quel est son domaine d'intervention (A) ensuite les critères de l'alerte (B).

¹⁹⁸ Loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984, art. 43.

¹⁹⁹ P.M. LE CORRE., *op.cit.*, n°122-41, p. 139; D.GIBIRILA., *op.cit.*, n°75, p. 68.

²⁰⁰ C.trav., art L.2322-1.

A. Le domaine d'intervention

86. L'article L.2323-78 du Code de travail attribue le droit d'alerte au comité d'entreprise dès lors que ce dernier se trouve dans une entreprise. Peu important que le comité ait été créé de manière obligatoire ou par voie d'un accord collectif²⁰¹. Peuvent être visés par l'alerte du comité d'entreprise, les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique²⁰², les associations ou caisses d'assurance maladie²⁰³.

Seules en sont donc exclues, les entreprises individuelles. Cette exclusion se justifie, car en réalité rares sont les entreprises individuelles qui disposent d'un comité d'entreprise²⁰⁴.

Dans les entreprises divisées en établissements, cette prérogative d'alerte appartient au seul comité central d'entreprise et non au comité d'établissement²⁰⁵.

Les délégués du personnel, élus dans toutes les entreprises occupant au moins onze salariés, peuvent également déclencher une procédure d'alerte, mais cette possibilité ne peut avoir lieu que dans les entreprises employant moins de cinquante salariés, seuil retenu pour la constitution d'un comité d'entreprise et dans le cas où aucun comité d'entreprise n'a été créé²⁰⁶. Ils peuvent également déclencher une alerte dans le cas où, il existe un comité d'entreprise, mais qui dans les faits, n'est pas en fonction²⁰⁷.

Cependant, dès que le comité d'entreprise existe dans la société, il peut déclencher une procédure d'alerte, notamment lorsque les signes préoccupants sont identifiés²⁰⁸.

B. Les critères d'alerte du comité d'entreprise

87. L'alerte du comité d'entreprise, ou en son absence, les délégués du personnel, telle qu'elle résulte de l'article L.2323-78 du Code du travail, est prévue dans une société lorsque le comité d'entreprise constate « *des faits de nature à affecter de manière préoccupante, la situation économique de l'entreprise* ».

²⁰¹ P. LE CANNU et M.JEANTIN, *op.cit.*, n°42, p.32, C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°162, p. 93.

²⁰² C.com., art. L.234-3 et art. L 251-16.

²⁰³ C.SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté.*, 6^{ème} éd 2009, n°162, p. 93, v. en ce sens Cass.soc., 19 févr.2002, *Bull.Civ*, n°62, *Rev.proc.coll.*2002, p.104, n°2, F.TAQUET, Semaine sociale Lamy, 18 mars 2002, n°1067, p.14.

²⁰⁴ J.PAILLUSSEAU et G.PETITEAU., *op.cit.*, n°450, p.152.

²⁰⁵ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°7, p.20; C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°162, p. 93, P.M. LE CORRE, *op.cit.*, 122.41, p. 155, V. en ce sens, cass.com.12. oct. 2005, n°04-15.794, *Bull. Civ. IV*, n°287 ; Defrénois 2006 /11, p. 923, chron.38407, n°1, note D.GIBIRILA; *Bull.Joly* 2006 /3, §67, p. 321, note .G.AUZERC.

²⁰⁶ C.trav., art L.2322-1.

²⁰⁷ Y.CHAPUT, *op.cit.*, n°64, Y.GUYON, *Entreprises en difficultés : Redressement judiciaire-Faillite*, Economica, T2, 7^{ème} éd, 1999, n°1055, p.63 ; F.PEROCHON et R.BONHOMME, *op.cit.*, n°38, P.LE CANNU, *Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7^{ème} éd, n°43; C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°163, p.94.

²⁰⁸ P .M. LE CORRE., *op.cit.*, n°122-41, p.155.

Le critère retenu pour le déclenchement de l'alerte par le comité d'entreprise n'est pas identique à l'alerte par le commissaire aux comptes. Cette remarque a été formulée par la majorité de la doctrine, estimant d'ailleurs que le critère d'alerte du comité d'entreprise est large²⁰⁹, car il peut avoir trait non seulement à un risque actuel de rupture de continuité d'exploitation, mais aussi à un risque futur. Etant donné que le comité d'entreprise peut avoir connaissance de l'avenir de l'entreprise, notamment si cette dernière est dans une perspective d'un arrêt d'activité à court ou à moyen terme²¹⁰. Ce critère lui ouvre donc un large domaine d'intervention dans la mesure où le caractère préoccupant des faits est laissé à son appréciation²¹¹.

En outre, ce critère établit en réalité, la situation préoccupante et la traduction sociale du concept comptable de continuité d'exploitation, prévue pour le commissaire aux comptes²¹².

D'autres auteurs, confirment le caractère large de l'intervention du comité d'entreprise pensant que, les faits préoccupants peuvent ne pas relever de la seule société concernée, mais d'une décision prise en amont par une société de groupe, par exemple²¹³.

L'on pense que, d'une manière générale, le comité d'entreprise peut s'appuyer sur des faits comptables ou sociaux pour déclencher l'alerte, dans la mesure où la finalité de l'alerte serait double : il s'agit d'alerter les dirigeants sur la base des faits pouvant affecter la continuité d'exploitation et sur des faits qui auraient des répercussions sur la stabilité de la situation économique et le maintien de l'emploi au sein de l'entreprise²¹⁴.

Nous pensons que la formule prévue par l'article L.2332-78 du Code de travail est générale et permet de prendre en considération, toutes sortes d'indices de nature à susciter une inquiétude. Il peut s'agir par exemple de la perte d'un marché important, d'un endettement excessif, d'une inadaptation des produits de l'entreprise au marché, d'une baisse importante et durable des commandes²¹⁵, etc. Il est possible aussi que la nature des faits soit liée tout simplement à un problème de gestion interne. Prenons le cas par exemple d'un changement d'horaires du travail, qui a été soulevé par le professeur Paul LE CANNU, qui ne semble

²⁰⁹ A.JACQUEMONT., *op.cit.*, n°56, p. 33; C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°163, p.94; P .M. LE CORRE., *op.cit.*, n°122-41, p.155.

²¹⁰ A.JACQUEMONT., *op.cit.*, n°56, p. 33 ; V. en ce sens, A.BRUNET et M.GERMAIN, *L'information des actionnaires et du comité d'entreprises dans les sociétés anonymes*, *Rev. Soc.* 1985, p. 1 et s.

²¹¹ Lamy, *Soc.Com*, éd. 2006, n° 2249.

²¹² P.LE CANNU., *op.cit.*, n°44, p. 34; F. PEROCHON et R.BONHOMME, *op.cit.*, n°33 ; C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°163, p.94.

²¹³ J. L. CHAUVE., « Droit d'alerte par le comité d'entreprise », *Act. Coll*, faculté de Marseille 25-26 mars 2004, p. 93.

²¹⁴ C.SAINT-ALARY-HOUIN., *op.cit.* n°164, p. 94; N.PIERRE, « Appréciation et pouvoir du comité d'entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d'alerte », *R.T.D com*, avril 2006, p.733 et s, sp. p. 752, n°41 ; P.M. LE CORRE., *op.cit.*, n°122-41, p. 156; D.GIBIRILA., *op.cit.*, n°77, p. 68.

²¹⁵ D.GIBIRILA., *op.cit.*, n°77, p. 68.

présenter aucun caractère préoccupant sur le plan économique, mais qui peut être le résultat d'une mauvaise gestion de temps ayant pour conséquences des difficultés financières importantes²¹⁶.

Cependant, le comité d'entreprise ne peut décider de déclencher l'alerte que si la situation de l'entreprise le nécessite réellement. Ce qui veut dire que les faits motivant son action d'alerte doivent revêtir une certaine gravité. Autrement dit, les faits en question doivent menacer les intérêts de l'entreprise ou ceux des salariés²¹⁷. Il a ainsi été jugé que justifiait le déclenchement de l'alerte par le comité d'entreprise un projet de fermeture d'unité de production et par conséquent la suppression d'emploi²¹⁸.

Toutefois, afin de déclencher une alerte optimum, le comité d'entreprise demande généralement l'avis de l'expert-comptable qui peut l'assister pour éviter d'abuser de ses prérogatives²¹⁹.

Notons enfin que le déclenchement de la procédure d'alerte par le comité d'entreprise n'est pas obligatoire, ce dernier ne pouvant encourir de responsabilité en cas de non déclenchement de cette procédure²²⁰.

Par ailleurs, le refus de la direction de répondre à des faits qualifiés de préoccupants par le comité d'entreprise, même s'ils ne concernent pas l'ensemble de l'entreprise, ne peut l'empêcher d'engager une procédure d'alerte. Un arrêt de la cour de cassation du 8 mars 1995 semble juger que le comité d'entreprise a toute liberté pour apprécier les faits graves de ceux qui le sont moins²²¹.

§2. Les étapes de la procédure d'alerte

88. Le comité d'entreprise, dans ce processus d'alerte, doit respecter les étapes prévues par les articles L.2323-78 à L.2323-82 du Code de travail. Il doit demander des explications aux dirigeants (**A**) et rédiger ensuite un rapport (**B**).

²¹⁶ P.LE CANNU., *op.cit.*, n°66, p.71.

²¹⁷ R.VATINET, « Les droits des salariés face aux difficultés économiques de l'entreprise, un exemple d'interprétation du droit commercial et du droit du travail », *JCP E* 1985, II, 14546, n° 21, p. 468, C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°164, p.95.

²¹⁸ Cass.soc. 19 févr. 2002, n°0014. 776, *Bull.Civ. V*, n°70, *RTD.com*, n°2002; 720, n°1, obs. F.MACORIG-VENIER.

²¹⁹ V. Cass.soc., 30 juin 1993 : *JCP E* 1993, pan, 1118, qui n'a pas admis qu'un projet de restructuration pouvait justifier cette alerte, citée par A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°56, p.33.

²²⁰ A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°51, 34.

²²¹ Cass.soc., 8 mars. 1995, *Bull.civ. V*, n°81, *Rev.Proc.Coll.*1995, p.500, n°8, Obs F.TAQUET.

A. Demande d'explication et réponse de la direction

89. Dans la première phase de la procédure d'alerte, le comité d'entreprise, lorsqu'il estime que la situation de l'entreprise est préoccupante, peut demander des explications au ou (aux) dirigeant de l'entreprise²²². Cette démarche a la même finalité que celle retenue pour le commissaire aux comptes. Il s'agit d'instaurer un dialogue interne dans un cadre strictement confidentiel, dans le seul but de connaître la réalité des faits. Le comité d'entreprise expose les faits qui suscitent ses inquiétudes et le (ou) les dirigeant les apprécient et se préparent pour donner des explications et des solutions, si possible.

Les questions posées sont adressées à l'employeur directement. Ce sont les représentants légaux qui sont concernés, notamment, le président du conseil d'administration ou le directoire dans le cas d'une société anonyme, et le gérant dans le cas des autres sociétés commerciales²²³.

Ces questions résultent normalement d'un vote qui a eu lieu lors de la réunion du comité d'entreprise, et qui a été accepté par la majorité de ses membres. Le dirigeant de l'entreprise est évidemment exclu du vote de cette résolution, qui entre dans le domaine d'explication du comité d'entreprise²²⁴.

Les questions sont expliquées dans le procès verbal de la réunion du comité d'entreprise. Elles doivent être, à notre sens, argumentées. Les faits concernés et leur nature préoccupante doivent apparaître clairement au dirigeant, de telle sorte qu'il ne puisse pas les contester.

Le ou les dirigeants doivent répondre à cette demande. Un refus pouvant être assimilé à un délit d'entrave dans le cadre général de l'information du comité d'entreprise prévu par l'article L. 2328-1 du Code de travail²²⁵.

La loi n'indique aucun délai concernant la réponse du dirigeant de l'entreprise, mais elle précise toutefois qu'elle soit écrite et précise. La réponse doit être également satisfaisante et doit convaincre le comité d'entreprise. En ce qu'elle doit démontrer que les faits préoccupants ne le sont pas réellement, ou des dispositions seront prises rapidement afin de les écarter.

Si toutefois, le comité d'entreprise estime que la réponse n'est pas satisfaisante, il demeure libre dans la prise de décision. Mais, s'il le souhaite, il peut prévoir l'assistance d'un expert

²²² C.Trav., art. L. 2323-78.

²²³ P. LE CANNU, *op. cit.*, n°76; C.SAINT-ALARY-HOUIN., *op.cit.*, n°164, p.95.

²²⁴ M.JEANTIN, et P. LE CANNU, *op.cit.*, n°45, p.35.

²²⁵ F.PEROCHON et R.BONHOMME, *op.cit.*, n°51, Y.GUYON, *op.cit.*, n° 057, C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°169, p.97; D.GIBIRILA, *op.cit.*, n°83, p.72.

comptable pour une bonne analyse économique²²⁶, ce qui lui permettra d'apprécier avec objectivité le degré de gravité de la situation de l'entreprise²²⁷.

Si toutefois, le comité d'entreprise estime que la situation de l'entreprise nécessite une prise en charge collective, il peut éventuellement poursuivre la procédure.

B. Rédaction d'un rapport

90. La procédure d'alerte du comité d'entreprise se poursuit donc par la rédaction d'un rapport analysant les différents aspects du problème et des réponses apportées ou non. Il peut se faire assisté par son expert comptable. Le comité d'entreprise peut également demander la consultation de deux salariés de l'entreprise, non membres du comité d'entreprise. Ces derniers peuvent refuser cette mission. Néanmoins s'ils l'acceptent, ils n'accèdent pas au statut de salariés protégés²²⁸.

Lorsque l'entreprise a plus de mille salariés, le rapport est établi par la commission économique du comité. Le rapport doit conclure en émettant un avis sur l'opportunité de saisir ou de ne pas saisir les organes de direction²²⁹.

Ce rapport est présenté à une deuxième réunion du comité d'entreprise, l'expert comptable nommé étant présent. Le comité d'entreprise peut convoquer le commissaire aux comptes de l'entreprise, s'il en existe un dans la société, ce qui permettra de procéder à des échanges d'informations entre les deux principaux acteurs de la procédure d'alerte²³⁰.

Au vu du rapport présenté à la majorité de ses membres, le chef d'entreprise exclu, le comité d'entreprise décide de saisir le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, notamment dans les sociétés anonymes²³¹.

Si la décision est prise, l'organe de direction, conseil d'administration ou conseil de surveillance selon le cas, devra délibérer sur les conclusions du rapport du comité d'entreprise tout en respectant un délai de quinze jours²³².

Le conseil saisi doit alors donner une réponse au comité d'entreprise, dans un délai d'un mois suivant la date de la réunion. L'envoi de la réponse revêt la forme de la communication d'un

²²⁶ C.Trav., art. L.2335-35.

²²⁷ V.B.TEYSSIE., « L'expert-comptable du comité d'entreprise », *JCP*, E, 2003, comm, 1745, p. 1998; P.LE CANNU, *op.cit.*, n° 81.

²²⁸ C.SAINT-ALARY-HOUIN., *op.cit.* n°170, p.97.

²²⁹ C.Trav., art. L.2325-23, al.1.

²³⁰ C.SAINT-ALARY-HOUIN., *op.cit.* n°171, p.98.

²³¹ C.Trav., art. L.2313-14, al.1.

²³² C.Trav., art. L.2323-81, al.1.

extrait du procès verbal, et elle est communiquée également au commissaire aux comptes²³³. Si toutefois, le conseil saisi ne s'est pas réuni pour délibérer sur la question, le comité d'entreprise ne détient aucun pouvoir pour convoquer les associés de l'entreprise à une assemblée générale, et ses membres sont tenus à une obligation de discrétion²³⁴. En revanche, ce droit est attribué au commissaire aux comptes qui, s'il l'estime nécessaire, peut convoquer les associés pour la réunion d'une assemblée générale.

Par ailleurs, dans les autres structures, notamment les autres sociétés commerciales, les personnes morales de droit privé, et les groupements d'intérêt économiques, il ne s'agit pas d'un droit de saisine, mais plutôt d'une information du gérant dans les sociétés commerciales et des administrateurs dans les groupements d'intérêt économique, dans les huit jours de la délibération du comité d'entreprise.

Le gérant ou les administrateurs du GIE ont l'obligation de transmettre l'information aux associés et aux membres du groupement²³⁵.

91. Par ailleurs, dans le cadre de la procédure d'alerte suivie par les délégués du personnel, le législateur prévoit une démarche plus simplifiée. En effet, le Code du travail précise que la question posée par les délégués du personnel doit être inscrite à l'ordre du jour de la prochaine réunion entre les délégués du personnel et le chef d'entreprise. La procédure de déroule de la même manière que celle du comité d'entreprise²³⁶.

Observons toutefois que, la mise en œuvre de la procédure d'alerte du comité d'entreprise est différente de celle retenue pour le commissaire aux comptes, laquelle est plus étendue, car ce dernier peut saisir les associés pour les faire délibérer sur les faits constatés, tandis que l'alerte du comité d'entreprise est limitée à l'information des dirigeants.

En outre, l'alerte par le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, n'est qu'une faculté à leur égard, contrairement aux commissaires aux comptes, car si le comité d'entreprise ne la déclenche pas il n'engage pas sa responsabilité. En outre, s'il se trompe sur la portée des faits, en principe il n'engage pas sa responsabilité, mais il n'obtiendra pas de réponse de la part des dirigeants²³⁷.

Notons toutefois que, la procédure d'alerte par le comité d'entreprise peut aboutir à un résultat positif, à condition que ce dernier suive les étapes de la procédure telles qu'elles étaient issues

²³³ C.trav., art.L.2323-18, al.2.

²³⁴ P.M. LE CORRE., *op.cit.*, n°122-43, p. 141 ; M.JEANTIN et P.LE CANNU, *op.cit.*, n°45, p.36.

²³⁵ C.Trav., art L.2323-81, R.2323-19 et R.2313-2.

²³⁶ C.Trav., art L.23.13-14.

²³⁷ P.LE CANNU, *op.cit.*, n°66, C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.* n°165, p.95.

de la loi du 1^{er} mars 1984. Certains auteurs craignent que le processus d'alerte utilisé par eux se transforme à une technique de négociations collectives²³⁸.

92. Remarquons à la fin que les législateurs marocain et français se rejoignent sur le principe interne et confidentiel de la prévention. Or, cette dernière ayant pour objectif de permettre aux dirigeants de prendre des mesures rapides et efficaces ne restera interne à l'entreprise que dans la première phase, que ce soit dans le cadre de l'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes ou celle déclenchée par les associés ou le comité d'entreprise, prévu par le droit français. Car, l'assemblée générale doit être convoquée le plus tôt possible pour que les actionnaires trouvent les solutions adéquates.

Notons à la fin que la prévention interne est une phase préparatoire de la prévention externe, car, si la menace continue de peser sur la continuité de l'exploitation de l'entreprise, le commissaire aux comptes et le chef d'entreprise, doivent informer le président du tribunal de commerce.

²³⁸ M.JEANTIN et P.LE CANNU, *op.cit.*, n°49. p.37.

Chapitre 2. La prévention externe: Continuation du processus préventif interne

93. Les dispositions prévues par le droit marocain, à l'exemple du droit français, en matière de prévention externe constituent une véritable prise de conscience ayant pour but la sensibilisation des tribunaux de commerce à la prise d'initiative en matière d'alerte. Néanmoins, la prévention par le président du tribunal reste le seul moyen externe, permettant de redresser la situation des entreprises en difficulté, prévu par la loi marocaine (**Section 1**), en revanche en France, la prévention externe est pratiquée par plusieurs organes (**Section 2**).

Section 1. La prévention externe par le président du tribunal

94. Le législateur marocain a institué une procédure de prévention externe à l'égard du président du tribunal²³⁹. Toutefois, même si le texte ne le précise pas, c'est le tribunal de commerce qui est compétent en la matière²⁴⁰, dans le ressort duquel l'entreprise a son siège social.

Avec cette nouvelle mission d'alerte, le droit marocain, à l'exemple du droit français²⁴¹ attribue au président du tribunal une obligation de veille sur l'état de santé des entreprises. A cet effet, le législateur précise la nature et le domaine de son intervention (§1). En plus, afin de mener à bien cette mission préventive, le président du tribunal dispose de différents moyens d'intervention lui permettant d'agir plus tôt (§2), ainsi que des moyens d'action. En effet, si l'intervention d'un tiers s'avère nécessaire pour le redressement de la situation de l'entreprise, le président du tribunal peut nommer un mandataire spécial (§3).

§ 1. La nature et le domaine d'intervention du président du tribunal

95. Le président du tribunal dispose de larges pouvoirs pour prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les entreprises de son ressort, mais avant de les examiner, il nous semble important de préciser d'abord la nature de son intervention (A), et ensuite les entreprises concernées par la prévention externe (B).

²³⁹ C.com., art. 548 et s.

²⁴⁰ Cette imprécision peut être justifiée par le fait que le Code de commerce marocain a été instauré avant la création des tribunaux de commerce.

²⁴¹ C.com., art .L. 611-2.

A. La nature de l'intervention du président du tribunal

96. Le droit d'alerte accordé au président du tribunal n'a en rien les caractéristiques d'une Intervention judiciaire. Ce dernier n'intervient pas en tant qu'organe judiciaire, mais plutôt en tant que professionnel de la vie des affaires²⁴². Il a un simple rôle d'assistance préventive²⁴³.

En France, la double compétence du président du tribunal (judiciaire et économique) a permis aux juridictions consulaires d'exercer une sorte de vigilance tutélaire sur les entreprises en difficulté²⁴⁴. En effet, le juge chargé de prévenir les difficultés des entreprises, complète en quelque sorte son action judiciaire par son rôle économique, grâce aux compétences acquises durant ses fonctions de juge au tribunal²⁴⁵. D'ailleurs, le critère du déclenchement de l'alerte par le président du tribunal est basé sur des indices « économiques ».

Néanmoins, le plus important dans cette intervention est l'objectif que déterminera le président du tribunal. Ce dernier doit comprendre avant tout la situation de l'entreprise pour être en mesure de l'analyser et d'assister le dirigeant à trouver des solutions afin de préserver la continuité de son entreprise.

Cette intervention est certes bénéfique au chef d'entreprise. On s'accorde à reconnaître, qu'il est nécessaire pour ce dernier de pouvoir sortir de son isolement en cherchant à établir un dialogue avec des tiers extérieurs à l'entreprise. Le président du tribunal peut éventuellement jouer ce rôle d'interlocuteur pour l'aider à traiter le plus précocement possible les difficultés de son entreprise avec un formalisme réduit à l'essentiel, en agissant avec discrétion et rapidité²⁴⁶.

Le professeur Paul LE CANNU pense que : « *l'intervention du président du tribunal a une utilité psychologique, plus que de faire planer une menace qui plus nette sur ceux qui ne réagissent pas assez vigoureusement aux difficultés, sans toutefois les contraindre immédiatement* »²⁴⁷.

²⁴² J.Ph. HAEHL., « La consécration du droit d'alerte du président du tribunal : commentaires de la l'article 34 de la loi du 1^{er} mars 1984, modifié par la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprise. », *LPA*, 30 sep, 1994, n°117, p. 16 ; Y.GUYON, *Droit des affaires, entreprises en difficulté- redressement judiciaire, faillite*, éd Economica, t.2, 1999, n°1061, p.66 ; A.EL HAMMOUMI, *op.cit.*, p. 32.

²⁴³ M.JEANTIN et P.LE CANNU, *op.cit.*, n°56, p.42.

²⁴⁴ R. PERROT, « *Du bon usage du Tribunal de commerce* », Rapport de synthèse au Forum de l'AFFIC du 11 avr 1991, p.46.

²⁴⁵ J.Ph.HAEHL., *op.cit.*, n°115, p. 16; Kh. BENKIRANE, « Le rôle du président du tribunal dans le règlement amiable » (en arabe) Act. coll, juil. 21 et 22 juill.2007, éd. Association des juges de la cour suprême, Rabat 2007, p. 73.

²⁴⁶ F.X. LUCAS et H. LECUYER, « La loi de sauvegarde des entreprises en difficulté : article par article », *LPA*, 8 fév. 2006, n°28, p.4.

²⁴⁷ P. LE CANNU., *op.cit.*, n°155, p.126.

Par ailleurs, pour permettre au président du tribunal d'effectuer une alerte efficace, le législateur marocain, comme le législateur français, précise son domaine d'intervention.

B. Les entreprises concernées par la prévention externe

97. Au regard des dispositions de l'article 548 du Code de commerce marocain, le président du tribunal convoque le chef d'entreprise, lorsqu'il résulte de tout acte, document ou une procédure qu'une société commerciale, ou une entreprise individuelle commerciale ou artisanale, connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, pour que soit envisagées les mesures propres à redresser la situation.

L'on remarque à la première lecture du texte marocain, que l'intervention du président du tribunal ne peut avoir lieu que dans les sociétés commerciales et dans les entreprises individuelles commerciales ou artisanales.

Ne sont pas concernées par la procédure d'alerte du président du tribunal de commerce, les personnes morales de droit privé, les entreprises individuelles civiles et les professions libérales. Cette exclusion n'est pas justifiée à notre sens, car c'est précisément dans ces petites structures que les contrôles de gestion font défaut, notamment par l'absence d'un commissaire aux comptes.

Les groupements d'intérêt économiques ne sont pas également visés par l'article 548 du Code de commerce. Néanmoins, il est possible de les intégrer, car les GIE sont considérés comme des groupements ayant une personnalité morale et pouvant également avoir un objet commercial²⁴⁸.

En droit français, l'article L.611-2 du Code de commerce français précise les entreprises pouvant bénéficier de la prévention externe, comme le droit marocain, mais pas exactement dans les mêmes termes. En effet, sont visées par ce texte toute société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale qui connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

L'on constate que le domaine d'application de la procédure d'alerte externe par le président du tribunal, en droit français est plus large, car il englobe les groupements d'intérêt économique²⁴⁹. Néanmoins, remarquons que, malgré les réformes apportées par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, le domaine d'alerte du président du tribunal peut paraître limité, car il ne concerne pas les entreprises individuelles civiles, les personnes physiques

²⁴⁸ Loi n°13-97 du 1^{er} avril 1999, art. 4, al 2.

²⁴⁹ C.com., art.L.611-2, al, 1.

(dont les membres des professions libérales), et les personnes morales de droit privé non commerçantes²⁵⁰.

Cette restriction peut être justifiée, comme le confirment certains auteurs²⁵¹, par le fait que l'alerte du président du tribunal est considérée comme une phase préparatoire à la procédure de conciliation. En outre, l'exclusion de ces groupements a donc une faible portée pratique dans la mesure où le président du tribunal de grande instance dispose des mêmes pouvoirs d'information que le président du tribunal de commerce.

Peu importe le type d'entreprises concernées par l'alerte du président du tribunal, le plus important est que son intervention et les moyens dont il dispose puissent lui permettre d'effectuer une alerte efficace et à temps.

§2. Les moyens d'intervention du président du tribunal

98. Le président du tribunal dispose de différentes sources d'informations lui permettant d'avoir connaissance sur la situation financière précise des entreprises dans son ressort. Il dispose alors de sources d'information directes (A) et indirectes (B).

A°. Les sources d'informations directes

99. Le président du tribunal peut obtenir des informations sur la situation de difficulté d'une entreprise soit par le commissaire aux comptes ou par le chef d'entreprise.

1. L'information du président par le commissaire aux comptes

100. L'obligation d'information qui pèse sur le commissaire aux comptes est importante. Elle peut être considérée comme un processus de continuation de la procédure d'alerte interne²⁵². En effet, le commissaire aux comptes informe le président du tribunal, dans le cadre de la procédure d'alerte interne, lorsque la situation de l'entreprise demeure compromise, malgré les décisions qui ont été prises par les actionnaires en assemblée générale.

Toutefois, on s'interroge sur les conditions de saisine du président du tribunal par le commissaire aux comptes. Doit-il le faire dès constatation de l'échec de la dernière phase de la procédure d'alerte, ou doit-il tout d'abord requérir la saisine du président du tribunal par le chef d'entreprise, en cas d'inertie de ce dernier ?

²⁵⁰ P.M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, éd 2008-2009, p.112; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté.*, 5^{ème} éd., 2006, n°193, p.100.

²⁵¹ A. JACQUEMONT, *op.cit.*, n°60, p. 35.

²⁵² C.com., art. 546, dernier al.

Il faut observer à ce niveau, qu'aucune précision n'est donnée par l'article 548 du Code de commerce Marocain. Aucun délai n'est imposé non plus, concernant l'obligation d'information du président du tribunal par le commissaire aux comptes.

A notre avis, compte tenu de l'urgence, le commissaire aux comptes devrait en informer le président très rapidement.

En droit français, l'information du président du tribunal sur les difficultés que rencontre une entreprise, par le commissaire aux comptes est mieux clarifiée, depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Cette démarche volontariste se justifie par l'urgence et le risque de dégradation rapide de la situation de l'entreprise.

De surcroît, le législateur français associe davantage le président du tribunal à la procédure d'alerte déclenchée par les commissaires aux comptes : il exige, d'une part, que le président du tribunal soit mis en copie des lettres adressées aux organes sociaux par le commissaire aux comptes, dès la fin du premier stade de l'alerte et, d'autre part, qu'il soit informé des démarches et des résultats de la procédure, notamment lorsque les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation²⁵³.

En outre, dans le but de renforcer le rôle du président du tribunal en matière de prévention, le commissaire aux comptes est délié du secret professionnel à son égard²⁵⁴.

2. L'information du président du tribunal par le chef d'entreprise

101. L'obligation d'information du président du tribunal qui pèse sur le chef d'entreprise²⁵⁵, résultant de l'article 547 du Code de commerce a essentiellement pour but de lui faire prendre conscience des difficultés que connaît son entreprise et l'amener à trouver des solutions susceptibles de redresser sa situation et de lui montrer qu'il n'est pas seul pour les régler²⁵⁶. En effet, le chef d'entreprise se trouve dans une situation difficile, il a en général besoin d'aide externe, tout en préservant la confidentialité de la situation de son entreprise.

Toutefois, il faut rappeler que cette information doit parvenir au plus vite au président du tribunal, dès la tenue de l'assemblée générale marquant l'échec de la prévention interne. Cela permettra au président du tribunal de prendre rapidement les décisions adéquates (nommer un

²⁵³ C., com, art. L.612-1. ; C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°152, p. 82.

²⁵⁴ Loi .n°2005-845 du 26 juill. 2005, art. 162, V. mod. C.com., art. L. 822-15 ; G. A. LAFONT DE SETENAC, « Rôle du commissaire aux comptes et de l'expert comptable dans la détermination du passif du débiteur en conciliation ou en sauvegarde », *Bull. Jol. soc.*, 01 août 2006, n°8, p. 1083.

²⁵⁵ C.com., art. 547.

²⁵⁶ A. CHOUKRI-SBAAI, *op. cit.*, p. 233.

mandataire spécial, ouvrir une procédure de règlement amiable ou de redressement judiciaire, notamment si la société est en cessation des paiements,...., etc.).

Cependant, si le chef d'entreprise n'a pas informé le président du tribunal de la situation difficile de son entreprise, aucune sanction n'est prévue par le droit marocain.

En France, l'obligation d'information du président du tribunal par le chef d'entreprise n'est pas prévue par le texte. Mais, rien n'interdit au chef d'entreprise de solliciter un entretien avec un magistrat chargé de la prévention.

L'information du président peut parvenir également d'autres personnes concernées par la survie de la société. C'est, le cas notamment, des salariés de la société, des fournisseurs, des associés, et de toute personne liée à l'entreprise directement ou indirectement.

En France, les juges sont parfois contactés par les salariés. Il en est ainsi quand, par exemple leurs salaires ne sont pas payés ou le sont par des chèques sans provision²⁵⁷.

L'information du président du tribunal est une étape importante permettant aux dirigeants des entreprises de trouver rapidement des mesures de redressement possibles.

Cependant, le président du tribunal ne doit pas se contenter de l'information des organes de la société, ou des tiers. L'efficacité de son intervention dépend également de sa capacité à organiser son réseau d'information pour identifier les difficultés des entreprises, suffisamment en amont. Toutefois, l'essentiel des informations que le président du tribunal peut obtenir sur la situation financière d'une entreprise, vient principalement du greffe du tribunal de commerce.

B°. Les sources d'informations indirectes

102. Le greffe du tribunal de commerce joue un rôle très important dans la détection des difficultés des entreprises. En effet, l'accès aux sources d'information sur la situation économique et financière des entreprises est facilité par la tenue du registre de commerce et des sociétés et grâce à l'informatisation des données. A l'aide de critères de sélections précis, les greffiers arrivent à déterminer les entreprises qui présentent des signes de difficultés²⁵⁸. Certes, ce ne sont pas les grandes entreprises qui sont visées ici, car ces dernières ont à leur disposition les outils et les compétences nécessaires pour analyser leurs situations financières (commissaires aux comptes, conseil financier, ou avocats)²⁵⁹. Il s'agit particulièrement des

²⁵⁷ J. PETITEAU et G.PAILLUSSEAU, *op.cit.*, p.166.

²⁵⁸ B.MOTEMPS., « La prévention des difficultés des entreprises : Le rôle du greffier » Acte .Coll, faculté d'Aix Marseille, 25-26 mars 2004, p.47.

²⁵⁹ A. CHOUKRI-SBAAL., *op.cit.*, 236.

petites structures, dans lesquelles bien souvent le dirigeant est seul pour assurer une bonne gestion de son entreprise. L'arrivée d'une difficulté *a priori* considérée comme passagère est souvent sous estimée²⁶⁰.

Ces informations, une fois collectées peuvent être transmises automatiquement au président du tribunal. Ce dernier peut également demander au greffier de lui communiquer régulièrement la liste des entreprises sélectionnées sur la base de certains critères de difficultés identifiées comme sérieuses.

En France, certains tribunaux de commerce ont organisé un réel service de prévention des difficultés des entreprises. Au total, il y a eu entre 20 et 30 tribunaux de commerce qui appliquaient d'une manière dynamique la loi sur la prévention des difficultés²⁶¹.

Au tribunal de commerce de Marseille, depuis le 29 mars 1982, un service de prévention des difficultés des entreprises y a été institué. A partir de l'exploitation des documents reçus par le greffe du tribunal et l'établissement du diagnostic, les chefs d'entreprises dont les entreprises apparaissent en difficultés sont alertés automatiquement par le service de prévention, l'exploitation des documents étant fait dans le secret le plus absolu. Des juges spécialisés reçoivent les chefs d'entreprises qui le souhaitent et étudient avec eux leurs problèmes. L'expérience semble avoir donné des résultats intéressants en France. Il se pose même la question de savoir s'il ne faut pas ériger les greffes en de véritable « gestionnaires du système d'alerte »²⁶².

103. Par ailleurs, les difficultés des entreprises peuvent être identifiées par le président du tribunal de commerce à partir de certains critères. Ces derniers, tel qu'ils sont prévus par l'article 548 du Code de commerce marocain et l'article L.611-2 du Code de commerce français, peuvent résulter de tout acte, document, ou procédure, laissant apparaître qu'une entreprise connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Ces critères peuvent être rapprochés de ceux permettant au commissaire aux comptes de déclencher la procédure d'alerte. Selon l'expression des deux textes, marocain et français, l'intervention du président du tribunal supposerait que la continuité d'exploitation de l'entreprise soit menacée. Le critère est donc précis. Néanmoins, la difficulté réside dans les moyens permettant au président du tribunal de relever ces critères.

Les signes permettant d'identifier ces difficultés seraient donc:

²⁶⁰ C'est le cas notamment de beaucoup d'entreprises marocaines, essentiellement des PME, PMI, qui sont gérées par des personnes à faible niveau d'instruction.

²⁶¹ G. Costes, « La prévention des défaillances des entreprises- le juge ou le marché », Acte .Coll, 2 avril 2003 p. 8 et S.

²⁶² A.M ROMANI «Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises », in Mél. Honorat, éd Frison-Roche, 2000, spéc, p.178.

1. Le défaut du dépôt des comptes annuels

104. En droit marocain, la loi n°17-95 du 30 août 1996 régissant les sociétés anonymes, prévoit que deux exemplaires des états de synthèse accompagnés du rapport du ou des commissaires aux comptes, doivent être déposés par les sociétés anonymes et les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, à chaque fin d'exercice, ainsi que par les autres sociétés commerciales. Ces documents doivent être déposés au greffe du tribunal de commerce dans les 30 jours à compter de la date de leur approbation par l'assemblée générale annuelle²⁶³. A défaut, tout intéressé peut demander au président du tribunal, statuant en référé, d'ordonner à la société sous astreinte, de procéder au dit dépôt²⁶⁴. La loi n° 5-96 du 13 février 1997 régissant les autres sociétés commerciales, prévoit la même obligation à l'égard des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple et des sociétés à responsabilité limitée. En effet, selon l'alinéa 2 de l'article 95 de cette même loi, ces sociétés sont tenues de déposer au greffe du tribunal de commerce, dans les trente jours de l'approbation des comptes par l'assemblée générale, deux exemplaires des états de synthèse accompagnés d'une copie du rapport du ou des commissaires aux comptes, le cas échéant.

En France, les sociétés commerciales, sont également assujetties à cette obligation. Ces dernières doivent déposer en double exemplaire au greffe du tribunal de commerce les comptes sociaux. Les documents sociaux visés par la loi sont (le bilan, le compte de résultat et l'annexe), accompagnés du rapport de gestion du dirigeant et du rapport du commissaire aux comptes. Cette obligation s'applique aux sociétés anonymes, aux sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, aux sociétés en nom collectif²⁶⁵, aux sociétés par action,²⁶⁶ aux sociétés à responsabilité limitée²⁶⁷.

Dans ce même esprit, l'ordonnance n°2010-15-17 du 9 décembre 2010 prévoit également l'application de cette obligation de dépôt des comptes annuels à tout entrepreneur individuel à responsabilité limitée exerçant une activité commerciale ou artisanale, à l'exclusion des activités libérales²⁶⁸.

Ces documents peuvent être considérés comme un outil précieux, car ils donnent des renseignements, essentiellement financiers, sur les activités de l'entreprise et révèlent, par conséquent, la situation financière de celle-ci. Ainsi, le dépôt des documents comptables au

²⁶³ Loi n°15- 97, art. 158, et loi n°24-10 du 2 juin 2011, art. 95.

²⁶⁴ Dahir n°1- 08- 18 du 23 mai 2008.

²⁶⁵ C. com., art. L. 232-21, modifié par la loi n°2008-776 du 4 août 2008, art. 59.

²⁶⁶ C. com., art. L. 232-23, modifié par la loi n°2008-776 du 4 août 2008, art. 59.

²⁶⁷ C. com., art. L. 232-22, modifié par la loi n°2008-776 du 4 août 2008, art. 59.

²⁶⁸ Ord. n° 2010-15-21 du 9 déc. 2010, art. 2, C.com., art. L. 526-14.

greffe du tribunal contribue principalement à l'information du président du tribunal sur l'état de santé des entreprises de son ressort.

105. Mais, le président du tribunal dispose-t-il ainsi d'une information fiable, lui permettant d'avoir une idée précise sur la situation financière réelle de l'entreprise ?

Certes, pour les sociétés anonymes, disposant d'un commissaire aux comptes ayant certifiés les comptes annuels, les informations sont nécessairement justes, mais pour les autres sociétés commerciales, le président du tribunal devrait compléter ses informations, par d'autres sources. Le président du tribunal peut être aussi informé par les salariés non payés, suite à la dénonciation d'un concurrent²⁶⁹.

Certes les documents sociaux permettent de préparer la prévention externe avec anticipation mais à condition que cette formalité de dépôt soit respectée par les dirigeants des sociétés.

Le non respect de cette obligation peut être considéré en lui-même comme un signe de difficulté, qui doit retenir l'attention du président du tribunal. Il y a probablement des raisons liées à cette renonciation : soit l'entreprise veut dissimuler ses résultats à la concurrence, soit il s'agit d'une simple négligence de la part des dirigeants sociaux.

C'est pour cette raison que la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a apporté de réelles contraintes à l'encontre des dirigeants, qui ne respectent pas cette formalité de dépôt²⁷⁰. Ainsi, lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président du tribunal peut leur adresser une injonction de le faire à bref délais sous astreinte ». Cette injonction donne lieu à une ordonnance insusceptible de recours. Dans cette ordonnance, le président du tribunal fixe le taux de l'astreinte et mentionne le lieu, jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée, et si cette injonction n'est pas suivie d'effet dans le délai d'un mois, le président du tribunal peut recourir aux moyens d'investigation prévus par l'article L.611-2, alinéa 2 du Code de commerce²⁷¹.

La Cour de cassation est venue apporter une précision procédurale pratique : l'ordonnance qui liquide l'astreinte doit, à peine de nullité, comporter l'indication du nom de la signature d'un greffier, par application des articles 456 et 458 du Code de procédure civile²⁷².

Cependant, afin de surmonter cet obstacle du défaut de dépôt des comptes annuels, il a même été suggéré, de permettre au président du tribunal, l'accès aux liasses fiscales, mais cette proposition n'a pas été prise en considération²⁷³.

²⁶⁹ Propos de S. SKALI, juge au tribunal de commerce de Casablanca.

²⁷⁰ C. com., art. L. 611-2, al.2.

²⁷¹ C. com., art. R. 611-13.

²⁷² Com., 29 sept.2009, n°08-14.146, *Bull.civ.IV*, n°116 ; D.2009, AJ 2422, obs. A.LIENHARD.

Le dépôt des comptes annuels au greffe du tribunal de commerce, reste donc le moyen d'information principal qui permet au président du tribunal de commerce de vérifier l'état de santé des entreprises. Néanmoins, d'autres critères peuvent être utilisés pour le déclenchement de la prévention externe du président du tribunal.

2. Les pertes constatées dans les comptes annuels

106. Les pertes constatées dans les comptes annuels d'une entreprise est un des signes susceptible d'attirer l'attention du président du tribunal et l'amener par la suite à convoquer le chef d'entreprise.

Le législateur marocain retient ce critère comme un signe de difficulté, notamment dans le droit des sociétés. En effet, les lois n°17-95 du 30 août 1996 et n°5-96 du 13 février 1997 relatives aux sociétés commerciales prévoient cette situation de difficulté financière et imposent les mesures à mettre en œuvre, afin d'éviter la disparition de l'entreprise. Lorsqu'il y a des pertes constatées dans les états de synthèse, et que la situation nette de la société devient inférieure au quart du capital social, le ou (les) dirigeant (s) est tenu, dans les trois mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, de convoquer une assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider s'il y a lieu, une dissolution anticipée de la société²⁷⁴.

Le législateur Français prévoit les mêmes obligations à l'égard des sociétés commerciales, mais dans des termes différents. L'article L.223-42 du Code commerce français, prévoit que : « *Si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, les associés décident, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société* ».

On remarque que le texte marocain retient comme critère de difficulté financière, la perte des trois quart des capitaux propres, alors que le texte français n'en retient que la moitié.

Les comptes annuels représentent donc une information fiable sur l'état de santé financière de l'entreprise. Si l'entreprise a enregistré des pertes, une détection systématique peut être faite au greffe du tribunal de commerce au moment du dépôt du procès verbal de l'assemblée générale constatant la perte.

²⁷³ A. JACQUEMONT, *opt.cit*, p. 25.

²⁷⁴ Loi n° 17-95, art 356, 357, al, 3 ; Loi n°5-96 du 13 févr 1997, art. 86.

3. Les demandes de report de la date de l'assemblée générale

107. L'assemblée générale ordinaire relative à l'approbation des comptes annuels doit intervenir dans les six mois de la clôture de l'exercice social²⁷⁵. Mais il arrive que cette dernière ne puisse pas être réunie dans ce délai. Dans ce cas, les dirigeants de la société demandent une prolongation de ce délai. Cette possibilité est offerte aux sociétés anonymes une seule fois et pour une durée de six mois, par ordonnance du président du tribunal statuant en référé, à la demande du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

Cette possibilité de reporter la date de l'assemblée générale annuelle est prévue également par le droit français, aux sociétés anonymes. En effet, l'article R.225-64 du Code de commerce prévoit que « *le délai de six mois prévu pour la réunion de l'assemblée générale ordinaire par l'article L.225-100 peut être prolongé à la demande du conseil d'administration ou du directoire selon le cas par ordonnance du président du tribunal de commerce statuant sur requête.* »

Remarquons que, cette mesure peut être considérée comme un signe préoccupant pour le président du tribunal. En effet, ce report signifie probablement qu'il y a des problèmes dans la société. Soit le dirigeant n'arrive pas à établir les comptes annuels dans les délais légaux, suite à un empêchement (impossibilité de réunir tous les actionnaires, refus de l'approbation des comptes par la majorité des actionnaires, etc.) soit le commissaire aux comptes refuse de certifier les comptes annuels. Les sociétés ayant fait une demande de prorogation sont affichées au greffe du tribunal de commerce et leur dossier est transmis par le greffier au président du tribunal qui sélectionne celles qui seront convoquées.

Cependant, passé ce délai, le législateur marocain prévoit une sanction à l'égard des dirigeants des sociétés, qui n'auront pas réuni l'assemblée générale dans les six mois de la clôture de l'exercice social ou pendant la période de sa prorogation²⁷⁶.

4. La publicité des créances impayées

108. La publicité des créances impayées, notamment fiscales et sociales, devant être réalisée par le trésor public et les organismes sociaux, est un moyen efficace permettant la détection des difficultés des entreprises par le tribunal de commerce, car le retard de paiements de ces dettes est révélateur des difficultés que peuvent rencontrer les entreprises.

²⁷⁵ Loi n°17-95 du 30 août 1996, art.115.

²⁷⁶ Loi n°17-95, du 30 août 1996, art. 388: « seront punis d'une amende de 60.000 à 600.000 dirhams, les membres d'une société anonymes qui n'auront pas réunis l'assemblée générale ».

Il est souvent vrai que le débiteur préfère d'abord assurer le paiement de ses fournisseurs afin de poursuivre son activité au détriment des dettes des organismes sociaux et publics²⁷⁷. C'est ce qui explique les améliorations apportées par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 à l'obligation de la publicité des dettes impayées à ces organismes²⁷⁸, ayant pour but de renforcer leur régularité et inciter ces organismes à participer à la prévention des difficultés des entreprises.

109. En droit marocain, les inscriptions des créances privilégiées du trésor public et des organismes sociaux sont requises par le greffe du tribunal de commerce, mais ne parviendront au président du tribunal que lorsque l'entreprise demande l'ouverture d'une procédure collective (redressement ou liquidation judiciaire)²⁷⁹. Le trésor public fait obligation aux entreprises de l'informer sur leur situation financière, en faisant une déclaration auprès du service de l'assiette du lieu de son imposition, avant la demande d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire²⁸⁰. Mais, il n'y a aucune obligation de publier ces créances impayées avant l'ouverture des procédures collectives. Ce qui limite l'information du président du tribunal au préalable, sur la situation financière des entreprises, la possibilité d'anticipation de ses difficultés par la prévention externe.

Concernant les dettes sociales, remarquons qu'en droit marocain, la loi ne prévoit aucune publicité des créances impayées des organismes sociaux (CNSS, CIMR) au greffe du tribunal de commerce. Comme pour le trésor public, l'information du président du tribunal sur l'état de la situation financière des entreprises ne parvient qu'au moment de la demande d'ouverture des procédures collectives, soit par le dirigeant lui-même soit par le tribunal d'office²⁸¹.

110. En revanche, en France, la publicité des créances impayées, fiscales, sociales et douanières est obligatoire, sous peine de perdre des privilèges attachés à ces créances. De ce fait, tout retard des paiements parvient au président du tribunal le plus rapidement possible, afin d'examiner la situation de l'entreprise.

En ce qui concerne les créances fiscales, avant la loi du 26 juillet 2005, l'article 1929 quater du Code général des impôts rendait cette publicité obligatoire lorsque les sommes restées impayées dépassaient 12.200 € pour un trimestre. Mais, les rédacteurs de la loi du 26 juillet 2005 avaient estimé que le seuil d'impayé relatif aux créances du trésor public, était très élevé

²⁷⁷ A.JACQUEMONT., *op.cit.*, n°40, p. 25 ; P.M.LE CORRE, *op.cit.*, n°121-12, p. 95 ; A.LIENHARD, *op.cit.*, n°13.19, p.32.

²⁷⁸ P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°122-21, p. 132.

²⁷⁹ C.G.I., art. 154, al.3.

²⁸⁰ En effet, parce que le défaut de souscription de cette déclaration précitée, rend inopposable à l'administration fiscale la forclusion des droits se rattachant à la période antérieure à l'ouverture de redressement ou de liquidation judiciaire, selon l'article 154, al, 3 du Code général des impôts marocain.

²⁸¹ C.com, art. 563.

pour une petite entreprise²⁸². L'obligation de la publicité des créances a été maintenue et devait être inscrite dans un délai de six mois, mais sans fixation de seuil²⁸³.

La loi de finance rectificative pour 2008 du 30 décembre en vue d'assouplir cette mesure a porté le délai de six mois à neuf mois²⁸⁴. Elle a également prévu l'exclusion de la publicité lorsque le débiteur respecte un plan d'apurement échelonné de sa dette ainsi que ses obligations fiscales courantes. Cependant, si le plan n'est pas respecté, la publication de ces créances doit être effectuée dans les deux mois qui suivent²⁸⁵.

Le décret du 18 février 2009 est intervenu à nouveau et un seuil unique des sommes dues par un même redevable a été fixé à 15 000 euros²⁸⁶.

En outre, le législateur français s'est intéressé également à la radiation de ces inscriptions, afin d'éviter que la situation de l'entreprise ne soit affectée par la présence d'inscription ne révélant plus sa situation économique ou financière réelle²⁸⁷.

Quant à l'obligation de publicité des créances sociales, dues par un commerçant ou une personne morale de droit privé même non commerçante, cette dernière est effectuée au registre public tenu au greffe du tribunal de commerce ou de grande instance, dans le délai de neuf mois, suivant leur date limite de paiement²⁸⁸.

Comme pour les créances fiscales, la loi de finance de 2008 exclut l'inscription totale ou partielle à la diligence de l'organisme social, dès lors que le débiteur s'est acquitté de sa dette²⁸⁹.

En outre, en France, la mise en place d'une obligation de publicité des créances douanières impayées, est une nouveauté apportée par la loi du 26 juillet 2005. Désormais, l'article 379 bis du Code de douanes, prévoit la publicité des créances impayées par les commerçants et personnes morales de droit privé; elle est effectuée à la diligence de l'administration chargée du recouvrement, et ne peut être requise qu'à partir de la date à laquelle un titre exécutoire a été émis. Cette publicité concerne les créances relatives aux droits de douanes, à la TVA à l'importation, à la taxe générale sur les activités polluantes, aux taxes intérieures sur les

²⁸² Rapp.J-J. HYEST, n°335 de t.1, p.550.

²⁸³ CGI, art 1929 quater.

²⁸⁴ Loi n°2008-1443 du 30 déc.2008, art.58, I, JO 31 déc.

²⁸⁵ Loi n°2008-1443, 30 déc.2008, art.58, I, JO 31 déc.

²⁸⁶ Décr., n°2009-195 du 18 févr.2009, JO 20 févr.

²⁸⁷ Loi n°2005-845 du 26 juill 2005, art. 175, I et II.

²⁸⁸ Délai porté de six à neuf mois par la loi de finance rectificative pour 2008, loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008, art. 58.

²⁸⁹ C .Sec.Soc, art. L.243-5, al. 5, modifié par la loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008, art. 58.

produits pétroliers, au droit annuel sur les navires, à la taxe à l'essieu²⁹⁰. Les modalités d'application ont été fixées par un décret du 17 avril 2007²⁹¹.

111. Si l'intervention du président du tribunal en droit marocain est relativement renforcée par les dispositions du Code de commerce, il nous semble regrettable que le trésor public et les organismes sociaux, qui peuvent constater des difficultés des entreprises, n'aient pas été astreints à le signaler au président du tribunal, avant l'ouverture de la procédure de redressement, ou de liquidation judiciaire.

D'une manière générale, les critères permettant au président du tribunal de déclencher l'alerte sont multiples et le greffier a pour mission de lui transmettre régulièrement et rapidement toutes les informations dont le contenu risque de conduire l'entreprise à la cessation de son exploitation (ex. résiliation d'un bail commercial ou d'un contrat de franchise ou de concession, saisie conservatoire des comptes bancaires,..., etc.). Après examens de chaque dossier, le président du tribunal pourra, à partir de ces éléments, sélectionner les entreprises dont les dirigeants doivent être convoqués.

§ 3. Les moyens d'action du président du tribunal

112. Lorsque l'entreprise est en réelle difficulté, le président du tribunal selon le droit marocain et français, déclenche la procédure d'alerte externe. Pour sa mise en œuvre, il a le pouvoir de convoquer le chef d'entreprise pour que ce dernier lui indique les solutions de redressement de son entreprise (A) ; ensuite si la situation de l'entreprise peut être rétablie par l'intervention d'un tiers, le président du tribunal nomme un mandataire spécial, notamment en droit marocain (B).

A. La convocation du chef d'entreprise

113. Selon le droit marocain, le président du tribunal, conformément aux dispositions de l'article 548 du Code de commerce, convoque le chef d'entreprise, lorsqu'il résulte de tous acte, document ou procédure, qu'une société commerciale, ou une entreprise individuelle commerciale ou artisanale, connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, afin de vérifier les mesures propres à redresser la situation de l'entreprise, qui doivent être proposées par le dirigeant.

²⁹⁰ C.douanes, art. 379, bis, issu de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, art. 175, III, JO, n°173 du 27 juill, p. 12187, puis par la loi n°2008-1443 du 30 déc 2008, art.58, II, JO n° 0304 31 déc.2008, p. 20518.

²⁹¹ Décr. n°2007-568, 17 avr.2007, JO n°92 du 19 avr.p. 6995.

Le président peut convoquer le chef d'entreprise dès que la difficulté de l'entreprise est confirmée, puisque ce dernier est informé soit par le commissaire aux comptes ou le chef d'entreprise, soit par le greffe du tribunal de commerce.

Sur la forme, remarquons que l'article 548 du Code de commerce marocain ne précise pas le mode de convocation du chef d'entreprise. Toutefois, nous pensons que cette dernière peut se faire par le greffier conformément à l'article 37 et suivant du Code de procédure civile.

114. Selon le droit français, pour garder un maximum de confidentialité à l'intervention du président du tribunal, les modes de convocation ont évolué au fil des réformes. Avec la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et son décret d'application du 28 décembre 2005, les modalités de convocation des dirigeants se sont mieux précisées²⁹². Le président du tribunal fait convoquer par le greffier le représentant légal de la personne morale débitrice ou le débiteur personne physique par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La convocation est adressée un mois à l'avance, disposition qui respecte le principe de contradictoire²⁹³. Le président du tribunal joint une lettre explicative à la convocation, expliquant les faits qui l'ont motivé à convoquer le dirigeant de l'entreprise²⁹⁴. Dans la pratique, il est même précisé les documents comptables que le dirigeant doit apporter à l'entretien. Par exemple au tribunal de commerce de Paris, le dirigeant doit apporter le dernier bilan, un état de synthèse des créances et des dettes, ainsi qu'une situation prévisionnelle de l'exploitation et de trésorerie²⁹⁵.

La lettre de convocation doit également fixer la date et l'heure de l'entretien, car elle permet l'établissement d'un procès verbal de carence au cas où le dirigeant ne se présente pas à l'entretien²⁹⁶.

Par ailleurs, des précautions doivent être prises pour que cette convocation ait un caractère confidentiel et que l'entretien se déroule dans un climat de confiance. Dans ce sens, le nom de l'affaire n'est pas indiqué sur le dossier, seulement un numéro de greffe peut servir de référence. L'entreprise reçoit un numéro de convocation qui apparaît sur les affiches ou les écrans du tribunal, de manière discrète. Ni la dénomination sociale, ni le nom du dirigeant ou du chef d'entreprise ne doivent être divulgués²⁹⁷.

²⁹² Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, art. 4 et décr. n°2005-1677 du 28 déc.2005, art 3.

²⁹³ C.SAINT ALARY-HOUIN., *op.cit.*, n°199, p.103.

²⁹⁴ C.com art R.611-10, décr. n°2005-1677 du 28 déc.2005, art 3 anc.

²⁹⁵ I.ROHART-MESAGER, « La prévention- détection par les présidents des tribunaux de commerce », *Gaz.Pal.*, 8-9 janv.2010, p.spéc.p.7.

²⁹⁶ F.MAGORIG-VENIER, « Entreprises en difficulté : prévention et règlement amiable », *R.T.D .com.*, janv/mar 2006, p.190 ; A-S.TEXIER , « Réforme du droit des entreprises en difficultés : présentation du décret d'application » *Rev. Lamy. Dr .Aff.* Janv.2006, p.21 spéc.p.22, 1^{er} col.

²⁹⁷ La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, www.oced.ccip.fr, n°30, juill. 2007.

L'on pense que cette démarche confidentielle constitue une innovation importante en droit français, car elle permettra, sans doute, aux dirigeants de prendre conscience de la situation de leur difficulté et précisera les intentions du président du tribunal dans cette démarche préventive.

115. Certes, la forme de la convocation est importante, mais le résultat de son aboutissement l'est encore plus. Et si les dirigeants d'entreprises ne se présentent pas après la convocation, y a-t-il des sanctions à leur égard?

Les dispositions du texte marocain ne donnent pas de réponse à cette question.

Le législateur français, en revanche, affiche une certaine rigueur à l'encontre des dirigeants insouciants, sur cette question. En effet, si le dirigeant ne se présente pas à l'entretien, un procès-verbal de carence est dressé le jour même par le greffier, afin que le président du tribunal puisse mettre en œuvre le droit d'information sur la situation économique et financière de l'entreprise, qui lui est reconnu par l'article L.611-2, alinéa 2 du Code de commerce. A ce procès-verbal doit être joint l'avis de réception de la convocation. Copie de ce procès-verbal est immédiatement notifiée par le greffier à la personne convoquée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception reproduisant les termes de l'alinéa 2 de l'article L.611-2 du même Code²⁹⁸. Le procès-verbal est déposé au greffe²⁹⁹.

Remarquons toutefois que, les dirigeants d'entreprises n'encourent pas de sanction à ne pas se rendre à la convocation, néanmoins, l'image de ces derniers par le tribunal sera ternie et ce dernier pourrait en conserver la mémoire, dans une procédure collective ultérieure, à l'heure de la recherche de responsabilités pécuniaires des dirigeants³⁰⁰.

Cependant, quelque soit la finalité de cette formalité, le plus important est l'entretien qui est réservée à la convocation du chef d'entreprise.

116. L'entretien avec le chef d'entreprise est destiné à faire le point sur la situation de l'entreprise. Le législateur marocain n'a prévu aucun formalisme à cet entretien, il revient au président du tribunal d'en préciser les modalités.

En France, les dernières réformes apportées par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 et le décret n°2009-160 du 12 février 2009, affichent une grande volonté de rassurer le chef d'entreprise dans le cadre de la prévention externe. La confidentialité de l'entretien avec le président du tribunal est bien préservée³⁰¹. En effet, cet entretien est assuré par le président

²⁹⁸ C.com., art. R.611-11, al.2.

²⁹⁹ V. C.com., art. R.611-11, al.3, décr n°2005-1677 du 28 déc.2005, art.4.

³⁰⁰ P.M.LE CORRE, *op.cit.*, n°122-21, p.133 ; C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°200, p.103.

³⁰¹ F.MAGORIG-VENIER., « Entreprises en difficulté : prévention et règlement amiable » *R.T.D com.* Avr /juin 2009, n°2, p. 437.

du tribunal et sans la présence d'un greffier³⁰². Le président du tribunal après avoir rappelé au dirigeant les motifs de sa convocation, écoute la réponse de ce dernier qui confirme ou conteste ces faits, et qui peut éventuellement proposer des solutions de redressement³⁰³.

Toutefois, il est important de rappeler que l'entretien a pour objectif principal d'aider le chef d'entreprise à prendre réellement conscience de la situation dans laquelle il se trouve, des risques qu'il court (financier, juridique, le cas échéant pénal), et de le préparer psychologiquement à prendre les décisions adéquates³⁰⁴. En effet, le président du tribunal doit éviter de proposer des résolutions, lesquelles par la suite, pourraient se révéler inefficaces ou inopportunes. Il ne doit en aucun cas faire un diagnostic de la gestion de l'entreprise, encore moins formuler des remarques sur la qualité de gestion. Le dirigeant dans ce cas, est généralement sensible aux remarques. Les difficultés de l'entreprise peuvent être ressenties comme un échec personnel. Le dirigeant peut être aussi réticent à s'expliquer sur sa situation, préférant ainsi une procédure collective, plutôt que préventive³⁰⁵.

Rappelons aussi que, le président du tribunal ne dispose d'aucun pouvoir de contraindre le dirigeant à lui donner des solutions immédiates pour redresser la situation de l'entreprise. Il agit en dehors de toute autorité judiciaire³⁰⁶.

Quant à la durée de l'entretien, il est, là encore, difficile de généraliser, cela peut être relatif³⁰⁷.

Par ailleurs, même si l'article 548 du Code de commerce marocain ne le mentionne pas, afin de donner un caractère formel à cet entretien, nous pensons que l'établissement d'un procès verbal, s'avère nécessaire, notamment afin de garder les traces des entreprises ayant connu des difficultés et suivre leur évolution.

En France, l'établissement du procès verbal est obligatoire. Toutefois, par souci de confidentialité, il ne doit mentionner que la date et le lieu où s'est déroulé l'entretien, ainsi que l'identité des personnes présentes. Ce procès-verbal est signé par ces dernières et par le président du tribunal³⁰⁸. Le procès-verbal de l'entretien est déposé au greffe. Il ne peut

³⁰²Décret n° 2009-160 du 12 fév. 2009, art. 2, modifiant l'article L. 611-11 du Code de commerce et devenu aujourd'hui, art. R.611-11, C.com.

³⁰³ A.LIENHARD, *op.cit.*, n°14.29, p.14.

³⁰⁴ P. LE CANNU., *op.cit.*, 7^{ème} éd n°58 ; J.J DAIGRE, Le rôle du tribunal de commerce, bilan d'une enquête, J.C.P 1987, II, 15066, p.625 ; J.Ph. HAEHL, « La consécration du droit d'alerte du président du tribunal », *L.P.A.*, 30 sept, 1994, p.13 .

³⁰⁵ M.ROUGER « La prévention des difficultés des entreprises au tribunal de commerce de Paris » *Gaz.Pal.*, 24,25, mars 1995, p. 5.

³⁰⁶ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *op.cit.*, n°56, p.42; P.REY, «La prévention, plus d'information pour une meilleure détection », *Rev. Juris.Com.*, 2006, p.49 et s.

³⁰⁷ S.SKALLI, juge commercial, tribunal de commerce de Casablanca.

³⁰⁸ C.com., art. R.611-11, et décret n° 2009-160 du 12 fév. 2009, art 3.

cependant être communiqué qu'aux autorités judiciaires ou aux organismes que le président du tribunal peut ensuite interroger.

117. Si le président du tribunal n'arrive pas à conclure lors de l'entretien, il peut aussi fixer au chef d'entreprise un autre entretien, et dans l'intervalle peut effectuer une enquête sur la situation économique et financière de l'entreprise, grâce aux pouvoirs d'investigation que la loi lui confère³⁰⁹.

A cet égard, l'article 548 , alinéa 2 du Code de commerce marocain, prévoit que le président du tribunal, peut, nonobstant toute disposition législative contraire, obtenir communication, par le commissaire aux comptes, les administrateurs, les organismes publics ou les représentants du personnel ou par toute autre personne, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

Notons toutefois, que le président du tribunal peut solliciter tous les organismes susceptibles de lui fournir des informations sur la situation économique et financière du débiteur, sauf les institutions de crédit et les organismes financiers, notamment les banques partenaires essentiels de l'entreprise. Curieusement, ces derniers ne sont pas cités par le texte marocain. On se demande si le président du tribunal pourra leur demander des informations sur la situation financière de l'entreprise ? Bénéficiera-t-il de la levée du secret bancaire ? Cette possibilité n'est pas prévue par le texte marocain. Elle n'est pas abordée par la doctrine non plus.

En droit français, le président du tribunal, conformément aux dispositions de l'article L.611-2, alinéa 2 du Code de commerce, dispose des mêmes pouvoirs d'investigations, mais ils sont plus étendus. En effet, ce dernier peut, nonobstant toute dispositions législative ou réglementaire contraires, obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

Remarquons que le texte français ne prévoit pas non plus si le président du tribunal peut demander la levée du secret bancaire. L'article R.611-12 du Code de commerce se contente de préciser la procédure, en prévoyant dans son alinéa 2 que : « *Si la demande a été présentée*

³⁰⁹ C.com., art.548.

dans les formes et délais prescrits au premier alinéa ³¹⁰ les personnes et organismes communiquent les renseignements réclamés dans le délai d'un mois à compter de la notification. Dans le cas contraire, ils ne sont pas tenus d'y répondre ».

Sur cette question, les opinions sont partagées par la doctrine. Certains auteurs pensent que les banques et les institutions financières ne doivent pas opposer le secret professionnel au président du tribunal dans le cadre d'une procédure préventive³¹¹. D'autres en revanche, s'y opposent estimant que le président du tribunal, malgré ses larges pouvoirs d'investigation, ne pourra pas obtenir d'informations des établissements bancaires en relation avec l'entreprise³¹². Certains auteurs nous diront que : « *Le président du tribunal, n'a guère l'usage de ces informations après l'entretien sauf à convoquer le chef d'entreprise en vue d'un nouvel entretien; rien n'interdit au demeurant de telles alertes « à répétition », et ce suivi des dossiers assez courant* »³¹³.

Il est vrai que le pouvoir d'information du président du tribunal est intéressant, car il lui permet d'avoir accès à des sources d'information sur la situation réelle de l'entreprise. Cependant, si des solutions immédiates de redressement peuvent être envisagées et mises en place (augmentation du capital, la recherche de partenaires économiques nouveaux,...., etc.), le président du tribunal décidera donc de classer le dossier³¹⁴. En revanche, si le redressement de la situation de l'entreprise nécessite l'aide d'un tiers, le président du tribunal peut nommer un mandataire spécial pour une mission déterminée.

B. Nomination d'un mandataire

118. Le président du tribunal, s'il juge nécessaire l'intervention d'un tiers, peut nommer un mandataire spécial. Notons toutefois que, cette possibilité est prévue uniquement par le droit marocain³¹⁵.

Toutefois, la désignation d'un mandataire spécial, peut être assimilée à la pratique du mandat *ad hoc*, notamment sur le principe même de l'intervention d'un mandataire³¹⁶. Néanmoins,

³¹⁰ L'article 5 du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, prévoit dans le premier alinéa que : « la demande de renseignement prévue au deuxième alinéa de l'article L.611-2 du Code de commerce est adressée dans le délai d'un mois à compter de la date de l'entretien ou du procès verbal de carence. »

³¹¹ F.X.LUCAS et H.LECUYER, *art. préc.*, n°28, p.4 ; C.SAINT-ALARY-HOUIN., *op.cit.*, n°201, p. 104.

³¹² J. CREDOT., « Les grandes lignes de la réforme du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 14 sept.1994, n°110, p.13.

³¹³ F. PEROCHON, R BONHOMME, *op.cit.*, p. 35.

³¹⁴ A.CHOUKRI-SBAAI, *op.cit.*, p. 225.

³¹⁵ C.com., art. 549.

³¹⁶ C.com., art. L. 611-3 : « *Le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance peut, à la demande du représentant de l'entreprise, désigner un mandataire ad hoc, dont il détermine la mission.* »

quelques différences existent entre les deux mesures et méritent d'être soulevées, car elles peuvent prêter à confusion.

119. Le mandat *ad hoc* prévu par le droit français est considéré comme une procédure amiable de nature contractuelle qui relève de la seule volonté des parties. Cette pratique a été inventée par le tribunal de Carcassonne en 1981³¹⁷ et a véritablement été utilisée par le tribunal de commerce de Paris suite à la crise immobilière de 1990.

Avant la loi du 10 juin 1994, cette pratique reposait sur la seule initiative du président du tribunal et se trouvait dépourvue de tout fondement législatif³¹⁸. Depuis la loi du 10 juin 1994, le mandat *ad hoc* a été légalisé³¹⁹. Ayant connu un réel succès auprès des praticiens, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 l'a confirmé³²⁰. Trois objectifs ont donc été fixés pour améliorer cette pratique préventive, à savoir :

- assurer l'indépendance du mandataire *ad hoc* à l'égard du débiteur;
- éviter les abus des conditions de sa rémunération;
- l'ordonnance qui désigne un mandataire *ad hoc* doit être faite au plus tard dans le mois, et ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité et n'est même pas communiquée au ministère public³²¹.

Le législateur français a continué à améliorer cette institution, tant appréciée par les praticiens. En effet, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et le décret n°2009-160 du 12 février 2009 y ont apportés une touche finale, et ce dans le souci de clarifier son utilisation par les entreprises³²².

Par ailleurs, afin de mettre en évidence l'importance de l'intervention d'un mandataire dans la prévention des difficultés des entreprises, en droits marocaine et français, précisons en premier lieu, le mode de désignation du mandataire spécial prévu par le droit marocain, et du mandataire *ad hoc* prévu par le droit français (1) ensuite leur mission respectives (2).

1°. La désignation du mandataire spécial au Maroc et du mandataire ad hoc en France

120. Concernant la désignation d'un mandataire, il est important de souligner une grande différence entre le droit marocain et le droit français.

³¹⁷ C.SCHMITT, « La conciliation- Aspects pratiques » *Rev. Proc .coll.* 2006 /2.p. 178s, spéc.p.179.

³¹⁸ G.GUREY., *Prévention et traitement des difficultés des entreprises*, éd, DUNOD, Paris 1995, p. 18.

³¹⁹ Le mandat *ad hoc* a été légalisé par l'ancien article 95 de la loi du 10 juin 1994.

³²⁰ C.Com , art L. 611-3.

³²¹ Décr n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, art 11.

³²² C.Com., art. L. 611-3, nouv.

En droit marocain, la désignation d'un mandataire spécial vient de la seule volonté du président du tribunal. Cette désignation peut être considérée comme un prolongement naturel de la prévention externe diligentée par le président du tribunal.

C'est la situation de l'entreprise qui déterminera la décision du président du tribunal à désigner un mandataire spécial³²³. En effet, s'il lui apparaît que les difficultés de l'entreprise sont susceptibles d'être aplanies grâce à l'intervention d'un tiers, le président du tribunal le désigne en qualité de mandataire spécial. Le dirigeant n'a donc pas la possibilité de demander la désignation d'un mandataire spécial, même s'il estime que son intervention est de nature à redresser la situation de son entreprise. L'on remarque encore une fois que cette procédure est largement encadrée par le tribunal de commerce.

En revanche, en droit français, il s'agit d'une pratique totalement détachée de l'alerte du président du tribunal. La désignation d'un mandataire *ad hoc* est d'inspiration contractuelle et ne peut avoir lieu que suite à une demande formelle du débiteur³²⁴. Le président du tribunal peut, à la demande du représentant de l'entreprise, désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission. De ce fait, le président du tribunal ne peut procéder à cette nomination d'office³²⁵.

La désignation d'un mandataire *ad hoc* doit prendre la forme d'une demande présentée par écrit et remise ou adressée au président du tribunal par le représentant légal de la personne morale ou par le débiteur personne physique, et déposée au greffe³²⁶.

Depuis la réforme apportée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, le débiteur peut même proposer au président du tribunal, le nom d'un mandataire *ad hoc* qu'il souhaite avoir³²⁷. Il suffit juste de préciser dans sa requête certains éléments relatifs au mandataire *ad hoc*, notamment, l'identité et l'adresse de la personne choisie³²⁸.

La demande d'ouverture du mandat *ad hoc* doit exposer les raisons qui la motivent. Aucune condition ni aucun délai ne sont posés. L'article R.611-19, alinéa 1 du Code de commerce prévoit que, le président du tribunal dès réception de la demande fait convoquer par le greffier le représentant légal de l'entreprise pour recueillir ses observations.

La décision qui statue sur la désignation du mandataire *ad hoc* est notifiée au demandeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception³²⁹. Le mandataire désigné devra

³²³ C.com., art.549.

³²⁴ C.com., art.L.611-3.

³²⁵ Rapport, X. DE ROUX, n°2095, p.127.

³²⁶ C.com., art. R..611-18.

³²⁷ C.com., art. L.611-3, modifié par l'article 2 de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 déc. 2008.

³²⁸ C.com., art. R. 611-18, complété par l'article 3 du décret n°2009-160 du 12 févr. 2009 .

³²⁹ C.com., art. R.611-20, al.2.

attester sur l'honneur, lors de l'acceptation de son mandat, qu'il ne rentre pas dans l'une des interdictions visées par le texte³³⁰.

Par ailleurs, si le président du tribunal refuse de désigner le mandataire *ad hoc* choisi par le débiteur, un recours contre cette décision est désormais prévu. Selon l'article R.611-20 du Code de commerce modifié par le décret n°2009-160 du 12 février 2009, le débiteur a la possibilité de former l'appel par déclaration faite ou adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le débiteur est dispensé du ministère de l'avocat ou de l'avoué. Par ailleurs, la désignation d'un mandataire spécial ou mandataire *ad hoc* ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité. L'on pense que ceci se justifie aisément par le principe de confidentialité qui marque la pratique de la prévention externe et le mandat *ad hoc*³³¹.

121. Quand au statut du mandataire spécial au Maroc, l'article 549 du Code de commerce n'y fait aucune référence. La doctrine marocaine, peu étendue sur ce sujet, y apporte quelques précisions. Le mandataire spécial peut donc être un conseiller juridique, un commissaire aux comptes, un homme d'affaire expérimenté ayant l'habitude de collaborer avec les banques et les fournisseurs. Il doit avant tout avoir les compétences nécessaires pour permettre à l'entreprise de régler des difficultés ponctuelles avec ses partenaires habituels³³².

Le législateur français en revanche a bien clarifié le statut du mandataire *ad hoc*, avec la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005³³³. En effet, sa mission ne peut être confiée à une personne qui « ayant au cours des vingt-quatre mois précédent, perçu, à quelques titres que ce soit, directement ou indirectement une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au sens de l'article L.233-16 ».

En outre la mission du mandataire *ad hoc* ne peut être confiée à un juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq an. Le mandataire *ad hoc* doit se trouver en totale indépendance. Il doit donc faire une attestation sur l'honneur qu'il se conforme à ces interdictions, au cas où il accepterait la mission qui lui est confiée³³⁴.

³³⁰ C.com. art.R. 611-20,al.3.

³³¹ A.EL HAMMOUMI., *op.cit.*, p.23.

³³² A.CHOUKRI-SBAAL., *op.cit.*, p. 239 ; A. ZERKTI, « Le rôle du mandataire spécial dans la procédure de règlement amiable », (en arabe) Act. coll 22 juill.2007, p.109 ; A. BARJANNI, *op.cit.*, p.97 ; A.ALAMI-MACHICHI, *op.cit.*, p.535.

³³³ C.com., art.L.611-13 et s, L. 26 juill. 2005, art. 10.

³³⁴ C.com., art.R.611-20.

En posant ces incompatibilités, le but du législateur étant de limiter les conflits d'intérêt³³⁵, et d'éviter la dépendance économique du mandataire *ad hoc* vis-à-vis du débiteur ou des créanciers.

122. Ensuite, en ce qui concerne la rémunération du mandataire spécial, remarquons que l'article 549 du Code de commerce marocain ne dit pas un mot sur cette question, malgré son importance.

En France, l'accord du débiteur et du président du tribunal sur la rémunération du mandataire *ad hoc* est indispensable pour éviter les abus³³⁶. A cet égard, l'article R.611-47 du Code de commerce prévoit que « *les conditions de rémunération du mandataire ad hoc comprennent les critères sur la base desquels elle sera arrêtée, son montant maximal et le montant des provisions* » et l'article 41 du décret du 28 décembre 2005 précise que, l'accord du débiteur sur ces conditions de rémunération doit être « *consigné par écrit préalablement à la désignation* ». Cet écrit étant annexé à l'ordonnance de désignation. Cet accord est important au cas où le mandataire *ad hoc* viendrait à estimer que le montant de sa mission, initialement fixé est insuffisant; il en informe le président du tribunal lequel fixe les nouvelles conditions de la rémunération en accord avec le débiteur »³³⁷ étant précisé qu' « *à défaut d'accord, il est mis fin à la mission* ».

L'ordonnance arrêtant la rémunération du mandataire est notifiée par le greffe aux intéressés; elle peut être frappée de recours tant par le débiteur que par le mandataire *ad hoc*. Ce recours est porté devant le premier président de la Cour d'appel et est soumis au régime applicable aux ordonnances rendues en matière de taxes³³⁸.

Précisons enfin que la rémunération du mandataire *ad hoc* est à la charge du débiteur³³⁹.

Bien qu'il existe quelques différences entre le droit marocain et le droit français sur la désignation et le statut du mandataire, l'objectif est le même. Il s'agit de faire appel à un tiers neutre qui aura pour rôle d'assurer au débiteur les conditions propices aux négociations avec ses créanciers sans aucun délai contraignant et en toute confidentialité.

2. La mission du mandataire spécial au Maroc et du mandataire ad hoc en France

³³⁵ J.P.LEGROS., « Les mesures de prévention du nouveau titre du livre VI du Code de commerce (1ère partie) » *Dr.Soc.* 8 oct, 2005, p. 12 ; J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°36, p.52 ; M.JEANTIN et P.LE CANNU, *op.cit.*, n°79, p.57.

³³⁶ C.com., art. L.611-14.

³³⁷ Décr 2005-1677 du 28 déc 2005, art. 42, al. 2 e t 3.

³³⁸ C.P.C, art. 714 à 718 auxquels renvoi l'article 43, al. 3 du décret du 28 décembre 2005, C.com., art. R 611-50 al 3.

³³⁹ V. en ce sens, B.SOINNE, « La rémunération des mandataires de justice » *Rev.proc.coll.*, 2008/4, p. 10, spéc., p.11, 12, n°2 à 4 en ce qui concerne les mandataire ad hoc et le conciliateur.

123. Avant de définir la mission du mandataire spécial ou du mandataire *ad hoc*, il faut tout d'abord préciser leur domaine d'intervention.

En droit marocain, le domaine d'intervention du mandataire spécial n'est pas précisé par l'article 549 ayant évoqué sa désignation. Néanmoins, puisque la mission du mandataire spécial est nécessairement liée à l'intervention du président du tribunal, nous pensons que son intervention aura lieu dans les mêmes entreprises concernées par l'alerte du président du tribunal. Il pourra donc être désigné dans les sociétés commerciales et dans les entreprises individuelles commerciales ou artisanales conformément aux dispositions de l'article 547 du Code de commerce.

En droit français, l'article L. 611-3 du Code de commerce ne précise pas non plus le domaine d'intervention du mandataire *ad hoc*. Mais il précise la compétence du tribunal. A cet égard, une modification a été ajoutée, par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008³⁴⁰ et le décret n°2009-160 du 12 février 2009 à l'article 611-3, afin de clarifier son domaine d'attribution. En effet, l'alinéa 4 de cet même article précise que la compétence du président du tribunal de commerce est maintenue lorsque le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale, en revanche, pour les autres cas (entreprises non commerciales, ou autres) c'est le président du tribunal de grande instance qui intervient pour désigner un mandataire *ad hoc*. De ce fait le mandataire *ad hoc* peut être nommé dans les sociétés commerciales, dans un groupement d'intérêt économique, ou dans une entreprise individuelle ou artisanale, en application de l'article L.611-3 du Code de commerce.

En outre, il faut signaler qu'en France, il n'y a pas de conditions relatives à la situation de l'entreprise pour demander la désignation d'un mandataire *ad hoc*. Elle ne nécessite aucune condition de forme, si ce n'est une saisine du président du tribunal, soit par le débiteur soit par requête conjointe du débiteur et de son ou ses créanciers³⁴¹.

124. En ce qui concerne la mission du mandataire *ad hoc*, il faut noter qu'elle est identique à celle prévue pour le mandataire spécial au Maroc. C'est au président du tribunal que revient la charge de déterminer la mission du mandataire *ad hoc* comme celle du mandataire spécial. Pour l'essentiel, son rôle est d'apporter l'aide et l'assistance au chef d'entreprise dans la recherche de compromis avec les créanciers³⁴².

³⁴⁰ Ord.n°2008-1345 du 18 décembre 2008, art.3.

³⁴¹ C.com., art .L. 611-3.

³⁴² J.P. SORTAIS, *op.cit.*, n°39, p.54.

L'intervention du mandataire spécial ou ad hoc, permet avant tout de faciliter l'instauration d'un dialogue entre le chef d'entreprise et ses créanciers, dans la mesure où cette mission ne relève pas des compétences du président du tribunal.

Il est chargé d'assister le chef d'entreprise, sans pour autant intervenir dans la gestion interne de l'entreprise³⁴³. Autrement dit, il n'a pas pour mission de remplacer le chef d'entreprise.

Sa mission consiste également à régler des conflits tant en interne qu'en externe (voter des assemblées générales, négocier avec les principaux créanciers, ..., etc.).

Le président du tribunal détermine sa mission en fonction de la difficulté que connaît l'entreprise³⁴⁴. Si l'entreprise connaît des difficultés sociales, son intervention sera dirigée vers les négociations avec les partenaires sociaux afin de faire cesser une grève des salariés prolongée, si il s'agit de difficultés financières, il sera amené à trouver un compromis avec les banques pour obtenir des délais de paiement, ..., etc.

Son intervention permet également de porter une assistance ponctuelle aux entreprises qui ont besoin de redresser une situation urgente. Cette souplesse convient parfaitement à la majorité des chefs d'entreprises, c'est ce qui explique le succès de cette pratique, notamment en France avec la crise immobilière connues au milieu des années 1990. Beaucoup d'entreprises du secteur immobilier avaient trouvé rapidement des solutions à leurs difficultés grâce au mandat *ad hoc*³⁴⁵. Cette pratique à un double avantage : une très grande souplesse et de la confidentialité.

Bien que le mandataire spécial ait la même mission que le mandataire *ad hoc*, cette mesure souffre de quelques limites en droit marocain, car l'intervention du mandataire spécial est largement encadrée par l'intervention du président du tribunal, c'est ce qui lui confère un caractère purement judiciaire.

Le mandat *ad hoc* en revanche est considéré comme une pratique contractuelle. Cette procédure permet de remédier à une situation de difficulté passagère, sans l'intervention judiciaire, ce qui permet généralement le dénouement des affaires.

Certes, la prévention externe exercée par le président du tribunal de commerce, selon le droit marocain, peut jouer un rôle important pour l'appréhension des difficultés des entreprises, toutefois, nous avons constaté qu'elle comporte des imprécisions et des limites.

³⁴³ M.JEANTIN et P. LE CANNU, *op.cit.*, n°80, p.58.

³⁴⁴ C.com., art 549, al. 2.

³⁴⁵ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°39. p.55.

En France, le législateur a pris conscience des limites que pouvait connaître l'alerte par le président du tribunal. C'est pour cela, il a prévu d'autres mesures permettant la mise en œuvre de la prévention externe.

Section 2. Les autres intervenants dans la prévention externe en droits marocain et français

125. En droit marocain, la prévention externe est menée essentiellement par le président du tribunal de commerce, conformément aux dispositions des articles 547 et 548 du Code de commerce. Certes, il existe une association ayant pour objet la prévention des difficultés des entreprises, cependant sa mission est limitée (§1). En droit français, en plus de l'intervention du président du tribunal de commerce dans la prévention externe, la loi du 1^{er} mars 1984 a mis en place une mesure préventive supplémentaire qui dote l'entreprise de moyens de prévention externes assez diversifiés, notamment pour les petites et moyennes entreprises. Ces dernières ont la possibilité d'adhérer à des groupements de prévention agréés, ayant pour but de leur fournir une analyse de leurs informations comptables et financières, une détection rapide de leur difficulté et une assistance technique pour les résoudre (§2).

§1. La prévention externe par l'association marocaine pour le soutien des entreprises en difficulté

126. La prévention des difficultés des entreprises au Maroc est effectuée aussi par l'association marocaine pour le soutien des entreprises en difficulté (AMSED). Cette association a été constituée par un groupe d'hommes d'affaires à Casablanca en 2003. L'association compte aujourd'hui plus de 50 adhérents. Elle exerce une mission préventive, ayant les mêmes objectifs que ceux prévus par la loi du 1^{er} août 1996 à l'égard du président du tribunal (A), mais ne dispose pas des mêmes moyens d'action (B).

A. La missions de l'association marocaine pour le soutien des entreprises en difficulté dans la prévention des difficultés des entreprises

127. L'association marocaine pour le soutien des entreprises en difficulté (AMSED) a été constituée pour apporter un soutien aux entreprises, notamment aux petites et moyennes entreprises, connaissant des difficultés notamment, financières et celles principalement dépourvues d'organes de contrôle et de conseil en interne. Les entreprises pouvant adhérer à cette association sont, particulièrement celles représentant un peu plus du tiers du tissu industriel national actuel.

L'AMSED poursuit les mêmes objectifs que ceux déterminés par la loi n°5-95 du 1^{er} août 1996, à savoir la prévention des difficultés des entreprises qui ne sont pas encore en cessation des paiements.

La mission de l'AMSED est d'assister les chefs des petites et moyennes entreprises, notamment en matière de gestion financière et comptable, la gestion du personnel, la gestion sociale, ainsi que leur accompagnement dans la réalisation de leurs projets.

Cette association se propose surtout de sensibiliser et d'orienter les entrepreneurs adhérents, pour leur permettre de surmonter les difficultés, dont la nature n'est pas toujours prévisible (conflits sociaux, la perte d'un contrat important, exclusivité, franchise,..., etc.), notamment en proposant un plan d'action commerciale, parfois une formation du personnel.

Les chefs d'entreprises sont également conseillés et assistés sur les plans juridique et bancaire, rédaction de contrats, préparation d'un projet d'investissement, demande de financement et d'investissement,..., etc.

L'objectif de cette association est de sauver des entreprises viables, mais aussi les emplois qui s'y attachent³⁴⁶.

En outre, l'AMSED apporte également une aide aux chefs d'entreprises qui sont en négociation avec leurs partenaires, notamment, les fournisseurs et les banques, avant l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

L'AMSED a également pour rôle de défendre et de se constituer partie civile au profit de toute entreprise adhérente judiciairement lésée, nommer un avocat et auxiliaires de justice, agir judiciairement en demande comme en défense pour défendre leurs intérêts.

B. Les moyens d'action de l'AMSED

128. Certes, toute activité préventive nécessite des moyens financiers et humains importants, afin de réaliser ses objectifs. L'AMSED dispose de moyens financiers grâce à la contribution de ses adhérents, lui permettant d'agir rapidement dans le cadre de la prévention. Cette association dispose également du personnel ayant pour mission d'assurer l'accompagnement et le suivi des chefs d'entreprises en difficulté. L'AMSED compte également sur les séminaires et les journées d'études organisés par ses membres dans le but de faire connaître cette association et d'y attirer d'autres adhérents.

Néanmoins, la mission de l'AMSED connaît quelques limites. En effet, elle n'a pas toujours la facilité d'obtenir des informations sur la situation économiques et financière des

³⁴⁶ Cet objectif est affirmé par son président M. Amer Chkili, lors d'un entretien accordé au journal l'Economiste le 22 octobre 2003.

entreprises, notamment auprès de leurs partenaires externes. Ces derniers opposent le secret professionnel, ce qui pourrait affecter gravement tout le tissu productif national appelé déjà à souffrir des différents démantèlements.

Les adhérents de l'AMSED souhaitent vivement la collaboration des principaux partenaires externes des entreprises, notamment les banques, car l'objectif principal de leurs démarches visent à limiter le recours aux tribunaux.

Rappelons toutefois que, cette association ne peut pas, à elle seule, traiter les problèmes des difficultés des entreprises au Maroc. La sauvegarde des entreprises en difficultés concerne tous les partenaires de l'entreprise, dont le trésor public et les banques qui restent les plus réticents.

Le président de l'AMSED assure en outre, qu' « *aucun effort ne sera ménagé pour éviter à de nombreuses entreprises d'aller droit vers la faillite. Ce serait criminel que de laisser pourrir des situations quand elles peuvent être arrangées* »³⁴⁷.

C'est pourquoi l'AMSED, va parmi ses actions, établir des études et des recherches en vue de la réforme de certaines procédures susceptibles d'entraver le fonctionnement normale d'actions d'accompagnement, de les soumettre aux instances concernées, notamment les départements et ministères de tutelle et les instances législatives.

L'AMSED, afin de réussir ses missions, doit être bien encadrée et assistée par l'Etat marocain, comme c'est le cas des groupements de prévention agréées, en France.

§2. La prévention externe par les groupements de prévention agréées organisés en France (GPA)

129. La loi du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, paraît plus protectrice à l'égard des petites et moyennes entreprises qui ne sont pas tenues de nommer un commissaire aux comptes, ni d'établir des comptes prévisionnels. Elle a prévu une autre mesure de prévention externe, notamment par l'institution des groupements de prévention agréés³⁴⁸. Le législateur français est intervenu à nouveau, avec la loi du 1^{er} août 2003, pour élargir leurs possibilités d'intervention³⁴⁹. Actuellement ils sont régis par l'article L.611-1 du Code de commerce.

³⁴⁷ J.E.HARRADI, « Une ONG à la rescousse des entreprises en difficulté », *Journal l'économiste*, 22 oct 2003.

³⁴⁸ C.com., art. L.611-1, anc, art. 33 de la loi du 1^{er} mars 1984.

³⁴⁹ Loi du 1^{er} août 2003, art. 10, pour l'initiative économique ayant complété l'article L. 611-1 du Code de commerce.

Les groupements de prévention agréés sont librement constitués sous une forme juridique qui leur confère une personnalité morale de droit privé (société, GIE ou association)³⁵⁰. Ils sont titulaires d'un agrément délivré par l'Etat (préfet de la région). La durée de l'agrément est fixée à trois ans maximum, éventuellement renouvelable, dans les mêmes conditions que la demande initiale.

Participent au fonctionnement de ces groupements, le Trésor public et les organismes de sécurité sociale.

Quelles sont donc les entreprises pouvant adhérer aux groupements de prévention agréés (A)? Et quelle est la mission de ces groupements dans la prévention des difficultés des entreprises (B) ?

A . Les entreprises pouvant adhérer aux groupements de prévention agréés

122. Il est vrai que dans les petites structures, ne pouvant pas désigner un commissaire aux comptes, le dirigeant a souvent besoin d'un conseil externe, particulièrement en matière de gestion financière et économique de l'entreprise. C'est pourquoi les groupements de prévention agréés ont été créés. Le souci du législateur est d'offrir aux entreprises un moyen de détection de leurs difficultés, notamment lorsqu'elles ne sont pas soumises au dépôt obligatoire de leurs comptes au greffe du tribunal de commerce³⁵¹.

Peuvent donc adhérer à ces groupements de prévention agréés, essentiellement les petites et moyennes entreprises, bien qu'aucune limite de taille n'existe dans la loi³⁵². Il s'agit principalement de toute personne immatriculée au registre de commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, ainsi que toute personne morale de droit privé (les sociétés commerciales (y compris les EURL), les GIE, les associations, les sociétés civiles et les fondations)³⁵³. Les entreprises individuelles non commerciales peuvent également adhérer à ces groupements, alors qu'initialement leur intégration n'était pas prévue³⁵⁴.

En outre, afin d'encourager l'adhésion à ces groupements, il a été prévu que les entreprises adhérentes bénéficient d'un avantage fiscal, notamment de l'impôt sur les sociétés. Ces

³⁵⁰ Décr n° 85-910 du 27 août 1985, art. 1 à 9.

³⁵¹ *Rapp. préci.*, J.-J. HYEST, n°335, p. 91.

³⁵² C.com.art. L. 611-1.

³⁵³ C.com., art.L.611-1, al.1.

³⁵⁴ A.JACQUEMONT., *op.cit.*, n°66, p. 39 ; P.M. LE CORRE., *op.cit.*, n°122-61, p. 158.

entreprises bénéficient d'un crédit d'impôt de 25 % des dépenses engagées durant les deux premières années d'adhésion limité à 1 500€ par an³⁵⁵.

B. La mission des groupements de prévention agréés

123. Les groupements de prévention agréés ont pour mission de fournir à leurs adhérents, de façon confidentielle, une analyse comptable, financière et économique. Certes, le texte ne précise pas ce qu'il faut entendre par indice, mais le groupement peut s'appuyer sur les documents comptables en sa possession pour relever les signes de difficultés. L'analyse de ces documents présente nécessairement un diagnostic qui peut relever des signes de difficultés. Il s'agirait notamment de la perte de marchés importants, ou de tous signes relatifs à la dégradation de la situation financière ou économique de l'entreprise. Dans ce cas, ils sont tenus d'informer le dirigeant de l'entreprise. Cette analyse peut être transmise aux personnes concernées par la vie de l'entreprise, notamment les associés ou le comité d'entreprise, s'il en existe. Ce qui leur permet d'exercer leur devoir d'alerte³⁵⁶.

Lorsque la situation de l'entreprise le nécessite, le groupement de prévention agréé peut lui proposer l'intervention d'un expert chargé de faire le diagnostic sur les difficultés de l'entreprise³⁵⁷. Néanmoins, l'adhérent reste libre d'accepter l'aide de l'expert.

Les groupements de prévention agréés peuvent jouer également un rôle d'assistance juridique, lorsque le chef d'entreprise est convoqué par le président du tribunal, pour un entretien dans le cadre d'une procédure de prévention externe³⁵⁸. Les groupements de prévention agréés peuvent aider les chefs d'entreprises lors des demandes d'aides publics³⁵⁹.

Ils peuvent être également appelés à conclure des conventions pour le compte de leurs adhérents avec les établissements de crédit et les entreprises d'assurance³⁶⁰.

D'une manière générale, la mission de prévention de ces groupements a pour objectif principal la surveillance des difficultés de l'entreprise, sans s'immiscer dans leur gestion interne. En effet, les groupements de prévention agréés doivent prendre l'engagement :

- D'exiger le respect du secret professionnel de la part de ses collaborateurs;
- de souscrire un contrat d'assurance garantissant sa responsabilité civile;
- de ne faire aucune publicité ;

³⁵⁵ C.SAINT- ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°191, p.99. P.M. LE CORRE., *op.cit.*, n°122-61, p.159.

³⁵⁶ A.JACQUEMONT., *op.cit.*, n°66, p. 39, M.JEANTIN, « La loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de entreprises », *Dr. social* 1984, 599, spéc. n°41.

³⁵⁷ C.com., art.L.611-1, al,3.

³⁵⁸ C.SAINT- ALARY- HOUIN, *op.cit.*, n°188, p.98.

³⁵⁹ P.M. LE CORRE., *op.cit.*, n°122-61, p.159.

³⁶⁰ C.com.L. 611-1 al, 4, anc, art 33 de la loi du 1^{er} mars 1984, al, 5.

- d'indiquer que le groupement est titulaire d'un agrément dans tous les documents qu'il émet;
- de notifier au préfet toutes les modifications apportées à ses statuts ou à ses dirigeants ;
- d'informer ses adhérents du retrait de l'agrément³⁶¹

De leur côté, les adhérents sont tenus de leur fournir les informations nécessaires de façon régulière pour leur faciliter la détection des éventuelles difficultés³⁶². Enfin, si ceux-ci ne respectent pas les obligations auxquelles ils ont souscrit, (l'information sincère et régulière,) des procédures internes de suspensions ou d'exclusions peuvent être engagées à leur rencontre³⁶³.

Le groupement de prévention agréé peut engager sa responsabilité notamment dans le cas de violation de l'obligation de confidentialité³⁶⁴.

Afin d'encourager la mission des groupements de prévention agréés, ces derniers peuvent bénéficier de subventions (lorsqu'ils sont constitués sous forme d'association). Leur financement est aussi assuré par les cotisations des adhérents.

Les groupements de prévention agréés reçoivent également des aides des collectivités territoriales³⁶⁵.

En outre, afin de faciliter leur fonctionnement, le législateur prévoit que leur action peut être renforcée par l'accès aux services de la Banque de France, afin d'obtenir un avis sur les éléments détenus par le groupement sur les entreprises adhérentes. Les administrations (fiscales et sociales principalement) peuvent assister les groupements dans l'analyse de la situation d'un adhérent, sur décision du préfet de la région³⁶⁶.

Cependant, malgré l'encouragement de l'activité préventive des groupements de prévention agréés, leur succès n'était pas concluant à la fin de l'année 2002³⁶⁷.

124. Retenons enfin que la prévention externe organisée en droits marocain et français n'est que la continuation du processus préventif interne. Néanmoins, afin d'aboutir à un résultat positif, elle nécessite l'intervention d'organes externes, notamment lorsque les difficultés des entreprises persistent et deviennent apparentes.

³⁶¹ D.VIDAL, *Droit des procédures collectives : prévention, conciliation, sauvegarde, redressement, liquidation*, éd. 2006, n° 87, p. 62.

³⁶² C.com., art.L.611-1, al, 2.

³⁶³ P. LECANNU., *op.cit.*, n°150 p. 124.

³⁶⁴ J-CL.COM., D.VIDAL, fasc.2025, « La prévention des difficultés des entreprises » éd. 2006, n°36.

³⁶⁵ La loi du 26 juillet 2005 a conforté cette collaboration en précisant le Code général des collectivités territoriales lequel a supprimé la notion d'aides directes ou indirecte.

³⁶⁶ C.,com., art. L.611-1, al.4.

³⁶⁷ Rapport, X.DE ROUX, n°2095, p. 121.

125. Le législateur marocain à la différence du législateur français, en matière de prévention interne, met l'accent sur l'alerte de deux organes seulement, le commissaire aux comptes ou l'associé en son absence dans la société. Les représentants du personnel ne sont pas intégrés dans ce processus d'alerte interne. Leur absence marque incontestablement les limites de la démarche préventive du législateur marocain.

Le législateur français, en revanche, introduit le comité d'entreprise et les délégués du personnel dans la prévention interne d'une manière approfondie. En effet, ces derniers peuvent déclencher une procédure d'alerte si la situation de l'entreprise le nécessite, le cas échéant, ils sont tenus informés de son déroulement lorsqu'elle est déclenchée par le commissaire aux comptes. Sans doute, le législateur français a pris conscience de l'importance et l'influence de ces derniers sur les rapports entre les salariés de l'entreprise et l'employeur. C'est parce qu'ils sont aussi intéressés par la survie de l'entreprise au même niveau que les associés ou les dirigeants des entreprises.

En ce qui concerne le domaine d'application de la prévention interne organisée au Maroc, nous remarquons que la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes est limitée aux seules sociétés commerciales, notamment, les plus importantes économiquement, à savoir les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par action, car seules ces dernières sont obligées de désigner un commissaire aux comptes. Cela exclut automatiquement certaines entreprises et groupements de l'application de la prévention interne à leur égard. Alors qu'en réalité, les difficultés des entreprises touchent en majorité les petites et moyennes entreprises.

En revanche, dans la législation française, le domaine de la prévention interne est plus élargi, car cette prévention s'applique aux sociétés commerciales, aux personnes morales de droit privé ayant une activité économique, aux groupements d'intérêt économiques, aux associations ayant reçu des subventions étatiques, et à certaines entreprises publiques.

Quant au déroulement de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes, nous avons remarqué qu'elle se limite à trois phases seulement en droit marocain, alors qu'en droit français, cette procédure est plus détaillée et se déroule en quatre phases.

L'alerte en droit français est aussi accélérée, parce qu'elle doit répondre au principe de la rapidité favorisant son efficacité. Elle se caractérise également par l'élargissement du cercle d'information des personnes concernées par la survie de l'entreprise, notamment le comité d'entreprise et les délégués du personnel, en son absence, et principalement le président du

tribunal. Ce dernier est informé de manière précoce sur le déroulement de la procédure, afin d'intervenir plus en amont de la cessation des paiements.

126. Quand à la procédure de prévention externe, nous avons remarqué qu'en droit marocain, cette procédure est concentrée entre les mains du président du tribunal. En revanche, le législateur français prévoit l'intervention de deux organes externes à l'entreprise: le président du tribunal et les groupements de prévention agréés.

127. Quant à sa mise en œuvre, nous avons constaté que le législateur marocain accorde au président du tribunal une grande liberté afin de mener cette prévention externe. Ce dernier a la faculté de la déclencher s'il estime que les difficultés soulevées sont de nature à conduire l'entreprise à la cessation des paiements. En outre, le président du tribunal dispose d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne, la convocation des dirigeants d'entreprises, le déroulement de l'entretien, le pouvoir d'investigation, et la désignation d'un mandataire spécial.

Le législateur français au contraire, avec les réformes apportées par la loi de sauvegarde n°2005-1677 du 26 juillet 2005 et l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, encadre le déroulement de la prévention externe par le président du tribunal de manière détaillée afin de renforcer son intervention. En effet, le président du tribunal dispose d'un pouvoir de contrainte en cas de non respect de la formalité du dépôt des comptes par les dirigeants d'entreprises.

En outre, les modalités de convocation des dirigeants sont également précisées afin de les encourager à se présenter à l'entretien, si toutefois ces derniers ne s'y présentent pas, le président du tribunal peut établir un procès verbal de carence.

Le législateur français a précisé également le rôle des organismes sociaux et du trésor public dans la prévention des difficultés des entreprises, notamment avec l'obligation de publication des créances, permettant ainsi aux entreprises dépourvues d'aides et d'assistance interne, une surveillance régulière et confidentielle.

128. Finalement, les procédures de prévention interne et externe, organisées par les législateurs marocain et français, peuvent aboutir à un résultat positif si les moyens nécessaires sont mis en place et en adéquation avec la situation de l'entreprise. Toutefois, à défaut de fonctionnement de ces mécanismes, le droit marocain à l'instar du droit français, accorde une dernière chance aux entreprises en difficulté, lorsque leur situation le permet. En effet, les dirigeants des entreprises en difficulté peuvent recourir à la procédure du règlement amiable, ayant pour but de redresser la situation de leurs entreprises, notamment lorsque cette dernière n'est pas encore en cessation des paiements, par la signature d'un accord amiable

entre le débiteur et ses créanciers, sous l'égide du président du tribunal et avec l'aide d'un conciliateur.

Titre 2. Le règlement amiable en droit marocain et la conciliation en droit français - la dernière tentative préventive

129. Le règlement amiable comme la conciliation est une mesure préventive permettant aux dirigeants d'entreprises en difficulté de trouver des solutions amiables simples, rapides et confidentielles, pour le redressement de la situation de leurs entreprises. Cette mesure est prévue par les deux législations marocaine et française, comme étant l'ultime phase avant l'ouverture des procédures collectives. Le chef de l'entreprise en difficulté doit chercher à obtenir, de la part de ses créanciers, des aménagements de leurs droits afin d'éviter la faillite, ou tout au moins, de la retarder, grâce à la signature d'un accord amiable, et ce tout en préservant la confidentialité de cette convention.

En droit marocain, le règlement amiable est régi par les articles 549 à 559 du Code de commerce. Rappelons encore une fois que, le législateur marocain, pour l'élaboration de la procédure du règlement amiable, s'est largement inspiré de la loi française du 1^{er} mars 1984 modifiée par la loi du 10 juin 1994.

Cependant, ce mécanisme préventif tel qu'il a été conçu par le législateur français de 1984, et malgré les modifications apportées par la loi du 10 juin 1994, contenait des imperfections et des ambiguïtés que le législateur de 2005 a pu supprimer. Le règlement amiable a donc disparu de la législation française et a été remplacé par une nouvelle procédure dite de conciliation. Cette procédure n'est pas nouvelle, le législateur n'a fait que modifier quelques éléments de l'ancien règlement amiable, notamment en renforçant considérablement la sécurité entourant cette procédure amiable, en vue d'assurer une réelle efficacité au traitement des difficultés des entreprises. Par cette mesure préventive, le législateur français a voulu appréhender les difficultés des entreprises en la plaçant parmi les mécanismes de détection³⁶⁸.

130. Ainsi, nous allons, à la lumière de la loi marocaine n°15-95 du 1^{er} août 1996, analyser le règlement amiable applicable au Maroc, afin d'observer s'il existe des points de ressemblances ou de divergences avec la nouvelle conciliation apportée par la loi française n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. De cette perspective, nous allons tout d'abord analyser les modalités d'ouverture et du déroulement de la procédure du règlement amiable et celui de la conciliation prévus par les droits marocain et français (**chapitre 1**); ensuite, nous exposerons les résultats auxquels elles peuvent aboutir (**chapitre 2**).

³⁶⁸P.M LE CORRE., *op.cit.*, éd. 2010-2011, n°140- 09, p.181; M.JEANTIN et P.LE CANNU., *op.cit.*, n°84, p.62; A.JACQUEMONT., *op.cit.*, éd 2011, n°85, p.54; Ph. ROUSSEL GALLE., *op.cit.*, n°134, p.75.

Chapitre 1. Modalités d'ouverture et déroulement des procédures de règlement amiable et de la conciliation

131. Le législateur marocain, comme le législateur français, a précisé la mise en œuvre de la procédure amiable. Il l'a entourée de conditions de fond et de forme inhérentes à l'ouverture de la procédure de règlement amiable (**section 1**). Cependant, afin d'augmenter les chances de réussite de cette procédure, comme son homologue français, il accorde au chef d'entreprise des moyens facilitant la réalisation et le déroulement de cette procédure (**section 2**).

Section 1. Les conditions tenant à l'ouverture des procédures de règlement amiable et de la conciliation

132. La lecture de l'article 550 du Code de commerce marocain et de l'article L.611-4 du Code de commerce français met en exergue les critères indispensables pour qu'une entreprise puisse bénéficier de la procédure de règlement amiable et de la conciliation. Ces deux procédures sont ouvertes sous des conditions de fond (§1) et des conditions de forme (§2).

§1. Les conditions de fond permettant l'ouverture des procédures de règlement amiable et de la conciliation

133. Les conditions d'ouverture de la procédure de règlement amiable diffèrent de celles prévues pour la conciliation, notamment au niveau du domaine d'application (**A**) et ensuite sur les critères financiers retenus par les deux législations (**B**).

A. Domaine d'application des procédures de règlement amiable et de la conciliation

134. En droit marocain, le règlement amiable est une mesure préventive qui s'applique aux entreprises commerciales ou artisanales³⁶⁹. Parmi les entreprises commerciales, figurent toutes les sociétés commerciales apparaissant sous les formes suivantes : SA, SARL, SNC, SCA, SCS³⁷⁰. Peu importe que leur objet soit civil ou commercial, dès lors que leur situation le nécessite, ces sociétés peuvent être soumises à la procédure de règlement amiable.

En ce qui concerne les entreprises artisanales, le texte vise celles qui exercent des activités manuelles ou industrielles traditionnelles, ayant un objet commercial au sens des articles 6 et 7 du Code de commerce, abstraction faite de leur caractère individuel ou collectif.

³⁶⁹ C.com., art. 550.

³⁷⁰ Loi n° 5-96 du 13 février 1997, art. 2, loi n°17-95 du 30 août 1996, art. 1.

Toutefois, même si l'article 550 du Code de commerce marocain ne vise pas les groupements d'intérêt économiques, ceux-ci peuvent être concernés par la procédure du règlement amiable dès lors que l'objet de leur constitution est commercial, au sens de la loi du 1^{er} avril 1999 les régissant³⁷¹.

En revanche, les personnes morales de droit privé non commerçantes, les associations, les sociétés civiles, ainsi que les coopératives ne sont pas soumises à l'application de la procédure du règlement amiable³⁷². Il en va de même pour les entreprises agricoles, car elles sont considérées comme des sociétés civiles. Cependant, rien n'empêche, à notre avis, ces sociétés agricoles d'être soumises à une procédure de règlement amiable, si elles deviennent des sociétés commerciales sous la forme par exemple d'une SARL, d'une SA, SNC, ..., etc.

135. En droit français, le domaine d'application de la procédure de conciliation a été élargi par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005³⁷³. Les articles L.611-4 et L.611-5 du Code de commerce distinguent deux catégories d'entreprises. Le premier prévoit que cette procédure est applicable aux personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale. Le second étend l'application de la conciliation aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé.

Remarquons que le législateur français a tenu compte du particularisme de l'exercice d'une profession libérale, en permettant aux personnes physiques exerçant une profession libérale à titre indépendant, comme par exemple les médecins, les architectes, ..., etc., de bénéficier de la procédure de conciliation³⁷⁴.

Dans ce cas, la procédure de conciliation lui sera applicable du moment que les conditions nécessaires sont réunies.

La procédure de conciliation est également applicable aux professions civiles, auxquelles ont été étendues les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire³⁷⁵.

De la même façon, elle est applicable aux associations³⁷⁶, et même au comité d'entreprise, au comité d'établissement et au comité de groupe³⁷⁷.

L'ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010 étend l'application de la procédure de conciliation à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée³⁷⁸.

³⁷¹ Loi n°13-97 du 1^{er} avril 1999 régissant les GIE, art.5, al.1.

³⁷² Kh. BENKIRANE, « Le rôle du tribunal de commerce dans la procédure du règlement amiable », Act. coll. Tanger, 21 et 22 juill.2007, éd. Association des juges de la cour suprême, Rabat, 2007(en arabe), p.79.

³⁷³ Loi n° 2005-845 du 26 juil. 2005, art.5.

³⁷⁴ F.X.LUCAS et H. LECUYER, *art.préci.*, p. 8.

³⁷⁵ V. C.com., art. L. 620-2, art.L.632-2et art. L. 640-2.

³⁷⁶ C.com., art L. 611-5, al.1.

³⁷⁷ M.JEANTIN et P.LE CANNU., *op.cit.*, n°88, p.64.

En revanche, la procédure de conciliation n'est pas applicable aux agriculteurs qui bénéficient de la procédure prévue par le Code rural, à l'exception des sociétés ayant choisi la forme de sociétés commerciales, notamment la SARL, la SA³⁷⁹.

Certains auteurs s'interrogent sur la possibilité de soumettre les artisans ou les commerçants de fait à la procédure de conciliation, étant donné qu'ils sont considérés comme des professionnels indépendants³⁸⁰.

136. Concernant la compétence du tribunal, mentionnons qu'en droit marocain, le président du tribunal de commerce est le seul à être compétent pour l'ouverture de la procédure de règlement amiable³⁸¹.

En droit français, le président du tribunal de commerce est compétent pour ouvrir une procédure de conciliation pour les entreprises commerciales ou artisanales. Pour les personnes morales de droit privé non commerçantes et les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, c'est le président du tribunal de grande instance qui est compétent pour ouvrir la procédure de conciliation, au même titre que le président du tribunal de commerce³⁸².

Notons enfin que le champ d'application du règlement amiable, en droit marocain, est assez restreint si on le compare avec celui réservé à la procédure de conciliation prévue par la législation française. L'on peut supposer que le législateur marocain n'a pas souhaité ouvrir cette procédure aux personnes morales de droit privé non commerçantes ni aux personnes physiques exerçant une activité libérale, par crainte d'envahir les tribunaux de commerce dont le nombre est limité³⁸³.

Si la qualité juridique de l'entreprise est déterminante en droits marocain et français pour l'ouverture d'une procédure amiable, la situation financière l'est d'avantage.

B. La situation financière de l'entreprise

137. La situation financière de l'entreprise doit présenter certaines difficultés afin de permettre l'ouverture de la procédure de règlement amiable et de la conciliation. Ainsi, selon la législation marocaine, pour bénéficier de l'ouverture de procédure de règlement amiable, l'entreprise ne doit pas se trouver dans une situation économique et financière sans issue. Le

³⁷⁸ Ord n°2010-1512 du 9 décembre 2010, JO n°0286 du 10 déc.2010, p.21617.

³⁷⁹ C.rur., art. L. 351-1 et suivants.

³⁸⁰ P.M.LE CORRE et E.LE CORRE-BROLY, *op.cit.*, n° 21, p.24.

³⁸¹ Loi n° 53-95 du 12 février 1997, art. 11.

³⁸² C.com., art.L.611-5, al.1.

³⁸³ Il existe seulement sept tribunaux de commerce au Maroc.

renvoi de l'article 550 du Code de commerce à des difficultés économiques ou financières est important et se situe dans la même perspective que la législation française, laquelle a également pris en compte le critère économique, afin de permettre l'ouverture de la procédure de conciliation³⁸⁴. Néanmoins, quelques différences subsistent entre les deux législations, notamment pour ce qui concerne les critères retenus pour l'ouverture de la procédure et la nature des difficultés qui la justifie.

A la lecture des deux textes marocain et français, nous remarquons que le législateur marocain est plus exigeant que le législateur français et multiplie les critères d'ouverture de la procédure du règlement amiable. Observons que les difficultés que peuvent rencontrer les entreprises soumises à la procédure du règlement amiable se situent sur un éventail extrêmement large. Dans ce sens, la procédure du règlement amiable est ouverte à toute entreprise commerciale ou artisanale, qui, n'est pas en cessation des paiements (1), mais qui éprouve une difficulté juridique, économique ou financière (2), ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise. L'ouverture d'une procédure de conciliation suppose les mêmes critères, mais ces derniers doivent être avérées ou prévisionnels (3).

1°. Absence de cessation des paiements

132. En droit marocain, la prévention des difficultés des entreprises est centrée autour de la notion de cessation des paiements, car elle signale la fin de la procédure de prévention et le point de départ de la procédure de redressement judiciaire. En effet, il est bien précisé, par les termes de l'article 550 du Code de commerce, que l'entreprise ne doit pas être en cessation des paiements. A travers ce critère important, le législateur marocain a voulu maîtriser les difficultés de l'entreprise en mettant la cessation des paiements au centre de deux phases : l'une amiable et l'autre judiciaire. C'est avant la cessation des paiements qu'un règlement amiable peut être mis en œuvre et qu'il peut également être efficace. Si la cessation des paiements est déjà déclarée, le redressement judiciaire doit être immédiatement mis en place, conformément aux dispositions de l'article 560 du Code de commerce³⁸⁵.

En droit français, la notion de cessation des paiements n'a pas été écartée ; elle a surtout été clarifiée. Avec la réforme de la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005, la notion de

³⁸⁴ Cette orientation a été modifiée mais surtout renforcée par la loi n°2005-845 de sauvegarde du 26 juillet 2005; C.com., art. L.611-4.

³⁸⁵ L'article 560 du Code de commerce marocain stipule que : « *Les procédures de traitement des difficultés des entreprises sont applicables à tout commerçant, à tout artisan et à toute société commerciale, qui n'est pas en mesure de payer ses dettes exigibles, y compris celles qui sont nées des engagements conclus dans le cadre de l'accord amiable* ».

cessation des paiements ne constitue plus le critère unique de distinction entre le traitement amiable et le traitement judiciaire. Il résulte de l'article L.611-5 du Code de commerce que le débiteur peut demander l'ouverture de la procédure de conciliation même s'il est en état de cessation de paiement, mais sans dépasser un délai de quarante-cinq jours.

Nous nous interrogeons sur la finalité de cette souplesse qui marque le droit français. L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ne serait-elle pas mieux adaptée à une entreprise déjà en cessation des paiements ?

La réponse, telle qu'elle a été exprimée par la majorité de la doctrine, s'avère intéressante et met en évidence la démarche volontariste du législateur français.

En effet, certains auteurs, pensent que cette souplesse a pour but d'accorder au débiteur qui est déjà en cessation des paiements, le choix, soit d'opter pour une procédure souple et confidentielle, telle que la conciliation, soit de choisir directement la procédure de sauvegarde³⁸⁶.

Certes, ces deux options ont le mérite de laisser un choix au débiteur, selon la situation de l'entreprise. S'il choisit la conciliation, cette mesure préventive peut lui assurer une chance de redressement avec la possibilité d'obtenir, de la part des créanciers, des délais des paiements et des remises de dettes, tout en préservant la confidentialité de la situation de l'entreprise³⁸⁷.

Par contre, si le débiteur opte pour une procédure de sauvegarde, cette dernière lui permet d'avoir un temps de répit, puisqu'il peut bénéficier de l'arrêt des poursuites individuelles, notamment si l'entreprise connaît des difficultés structurelles, s'étalant généralement sur une longue durée³⁸⁸.

Certes, la possibilité de choisir entre la conciliation et la sauvegarde, encouragerait les débiteurs se trouvant en cessation des paiements. Ils pourraient alors solliciter le président du tribunal pour une procédure de conciliation ou une procédure de sauvegarde, à condition cependant de respecter le délai de quarante-cinq jours³⁸⁹. Cette mesure permet à l'entreprise d'échapper à l'ouverture d'une procédure collective jusqu'à la conclusion d'une procédure de conciliation et au maximum, pendant un délai de six mois et demi après la cessation des paiements³⁹⁰.

³⁸⁶ F.X.LUCAS, « La conciliation : réalité ou poudre aux yeux ? » Act, coll du 24 fév. 2006, Litec, éd., 2006, n°7, p. 19 ; N. VIGNAL., « Appréciation de la notion de cessation des paiements » Act. Coll, Aix-Marseille, mar/avr. 2004, p. 107; P.M. LE CORRE et E.LE CORRE-BROLY., *op.cit.*, n°21, p.25 ; Ph. ROUSSEL GALLE, *op.cit.*, n°148, p. 80.

³⁸⁷ P.M. LE CORRE et E.LE CORRE –BROLY., *op.cit.*, n°24, p. 26.

³⁸⁸ P.M. LE CORRE., *op.cit.*, n° 141.21, p.183 ; F.VINCKEL, « L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté : analyse des risques », *L.P.A.*, 12 jui. 2006, p.7.

³⁸⁹ F.X.LUCAS., *op.cit.*, n°3 p. 18.

³⁹⁰ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°41, p.57; A.LIENHARD, *op.cit.* n°21.15, p.46.

Cette souplesse peut également comporter d'autres avantages, notamment la possibilité d'écarter le doute sur la détermination de la date de cessation des paiements, qui existait sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1984³⁹¹.

En effet, la cour de cassation avait eu l'occasion de prendre position, concernant la détermination de la date de cessation des paiements, dans un arrêt du 14 mai 2002³⁹². Elle avait considéré que « ni l'ordonnance ouvrant le règlement amiable, ni l'ordonnance suspendant les poursuites, ni l'ordonnance homologuant l'accord n'ont autorité de la chose jugée quant à la date de cessation des paiements ».

En outre, cette souplesse permettra aussi d'écarter la responsabilité du débiteur dans le cadre de la procédure collective, en considérant comme une faute de gestion, la demande tardive d'ouverture de la procédure collective³⁹³.

Pour remédier à ces difficultés, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 prévoit un délai de quarante-cinq jours pour déclarer la cessation des paiements. Mais pourquoi cette durée de quarante-cinq jours? Les raisons sont multiples. D'une part, ce délai correspond au délai moyen pour le paiement des fournisseurs, et tient compte du délai d'usage pratiqué par les banques afin de réduire ou supprimer les concours financiers à durée indéterminée consentis à une entreprise³⁹⁴. D'autre part, il est aussi possible que ce délai coïncide avec la durée au terme de laquelle le débiteur doit obligatoirement établir une déclaration de cessation des paiements, comme indiqué à l'article L.631-4 du Code de commerce, ayant pour conséquences l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire³⁹⁵.

A notre avis, ce délai permet également au débiteur de prendre le temps nécessaire pour décider du sort de son entreprise, déjà en cessation des paiements, tout en étant dans une situation confortable. Si toutefois la cessation des paiements est largement avérée et s'il n'y a plus aucun espoir, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou en cas extrême, la liquidation judiciaire, serait mieux adaptée à cette situation.

³⁹¹ N.VIGNAL., *op.cit.*, p.106; A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°72, p.44; V.MARTINAU-BOURGNINAUD., « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », D. 2005, chron. p.1356.

³⁹² Cass.Com., 14 mai 2002, n°98-22.446, *Bull.civ .IV.* n°87 D. 2002, AJ 1837, obs. A.LIENHARD ; *Rev dr bancaire*, 2002, 261, obs F.X LUCAS ; *RJ com.*, 2002, 413, note F.VINCKEL; D. 2003, Jur.615, note V. MARTINEAU-BOURGNINAUD.

³⁹³ P.M.LE CORRE., *Droit et pratiques des procédures collectives*, éd.2003 / 2004, n°131.12, p. 158.

³⁹⁴ F.X. LUCAS et H.LECUYER., *art.précit.*, n°28, p. 4 ; A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°72, p.43.

³⁹⁵ L'article 631-4 du Code de commerce dispose que : « *L'ouverture de cette procédure doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements s'il n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation. En cas d'échec de la procédure de conciliation, lorsqu'il ressort du rapport du conciliateur que le débiteur est en cessation des paiements, le tribunal, d'office, se saisit afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire* ».

2°. L'entreprise doit connaître des difficultés juridiques, économiques et financières.

133. La demande d'ouverture d'une procédure de règlement amiable, selon les dispositions de l'article 550 du Code de commerce marocain, s'étend à l'entreprise qui éprouve une difficulté juridique, économique ou financière.

L'article L.611-4 du Code de commerce français prévoit les mêmes critères permettant l'ouverture de la procédure de conciliation, mais dans des termes différents. En effet, cette procédure est ouverte aux personnes exerçant une activité économique ou artisanale et éprouvant une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible. Cependant, nous remarquons que les textes marocains et français ne déterminent pas la nature des difficultés pouvant conduire les entreprises à demander l'ouverture d'une procédure de règlement amiable ou de conciliation.

Ces difficultés peuvent être, selon certains auteurs, de tout ordre (rupture d'un contrat d'exclusivité ou de franchise, concurrence, grève répétées, retard dans les rentrées, rupture de crédit,..., etc.)³⁹⁶. L'on peut ajouter des difficultés d'ordre juridiques, telle la mésentente entre les associés, le décès d'un associé ou d'un dirigeant dans les sociétés de personne,..., etc. Dès lors qu'elles risquent de mener l'entreprise à une cessation des paiements, ces difficultés doivent être prises au sérieux L'objectif étant de favoriser le redressement amiable des entreprises avant qu'il ne soit trop tard.

En outre, si l'on tient compte de la lettre des textes marocains et français³⁹⁷, le cumul des difficultés semble obligatoire, car les textes parlent de « difficulté juridique, économique ou financière ». Nous nous demandons alors si cette exigence est volontaire, traduisant ainsi le souci des législateurs marocain et français de limiter le domaine d'application de la procédure. Certains auteurs marocains pensent qu'une lecture stricte du texte impose de refuser l'ouverture du règlement amiable à une entreprise qui connaît seulement des difficultés économiques³⁹⁸. Une telle solution serait regrettable dans la mesure où, très souvent, les difficultés économiques entraînent souvent des difficultés juridiques et financières ou sont susceptibles de les entraîner rapidement³⁹⁹.

³⁹⁶ A.JACQUEMONT. *op.cit.*, n°71, p.43; Ph.ROUSSEL GALLE., *op.cit.*, n°145, p.79 ; A.LIENHARD, *op.cit.*, n°21.17, p.46.

³⁹⁷ C.com. art. 550; C.com., art.L.611-4.

³⁹⁸ A.CHOUKRI-SBAAL., *op.cit.* p. 253; A.BARJANI. *op.cit.*, p.104.

³⁹⁹ A. ALAMI-MACHICHI., *op.cit.*, p. 537.

A notre avis, une interprétation souple de ce critère doit être adoptée. Aussi toute difficulté, quelle que soit son origine, devra-elle aisément justifier l'ouverture d'une procédure de règlement amiable. Néanmoins, une certaine prudence s'impose. Le règlement amiable ne doit pas être appliqué à toutes sortes de difficultés passagères, car l'ouverture facultative d'une procédure amiable peut avoir des conséquences négatives sur l'entreprise⁴⁰⁰.

134. Par ailleurs, même si le texte marocain, comme d'ailleurs le texte français, n'a pas mentionné les difficultés sociales que peut connaître une entreprise, nul ne peut ignorer que les conflits sociaux risquent de conduire l'entreprise à la fermeture, notamment lorsque les grèves des salariés se prolongent et que l'exploitation de l'entreprise se dégrade.

3°. L'entreprise doit avoir des besoins financiers

135. Le législateur marocain, contrairement au législateur français, ajoute une autre condition pour l'ouverture d'une procédure de règlement amiable. En effet, selon l'article 550 du Code de commerce marocain, l'entreprise doit avoir des besoins financiers ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise. Toutefois, les dispositions de cet article ne précisent pas la nature de ces besoins de financement. Faut-il retenir la totalité des besoins financiers liés à la mise en œuvre des mesures de redressement d'une entreprise ? Ou seulement les plus importants ?

Certaines explications ont été avancées par la doctrine concernant cette question. En effet, les besoins financiers sont définis comme étant susceptibles de servir au redressement de l'entreprise, à savoir un financement du cycle d'exploitation, un investissement important pouvant l'aider à dépasser ses difficultés, l'allègement des coûts et charges sociaux importants, l'augmentation des capitaux propres, l'obtention de crédits, par exemple du court terme pour des investissements⁴⁰¹. Certes, tous ces besoins peuvent permettre le développement de l'exploitation d'une entreprise. Mais, à notre sens, ils doivent être déterminants pour le redressement de la situation de l'entreprise, car ils sont susceptibles de provoquer une difficulté à court terme si l'on ne donne pas l'occasion à l'entreprise de les acquérir rapidement.

Observons encore que la formule utilisée par l'article 550, « *des besoins qui ne peuvent être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise* », est tournée vers l'avenir, plutôt que vers le passé. Le chef d'entreprise devra trouver un financement pour éviter les futures difficultés. Il s'agit, selon le professeur Ahmed CHOUKRI-SBAAI, de l'octroi de

⁴⁰⁰ Y.GUYON., *Droit des affaires- Entreprises en difficulté : Redressement judiciaire -Faillite*, 7^{ème} éd.1999, n°1085, p.95.

⁴⁰¹ A.BARJAOUI., *op.cit.*, p. 102; A.CHOUKRI-SBAAI., *op.cit.*, p. 254.

délais des paiements et de remises de dettes ainsi que de nouvelles sources de financement qui pourraient l'aider à surmonter ses difficultés⁴⁰².

Outre cet aspect financier, les besoins de l'entreprise peuvent être de nature juridique ou économique, qui, pris à temps, permettraient d'appréhender les répercussions financières⁴⁰³.

136. En droit français, le critère relatif aux besoins de financements adaptés aux possibilités de l'entreprise a été supprimé par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. En effet, il n'est plus nécessaire de démontrer que les besoins ne peuvent être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise. Cette initiative peut se justifier par le fait que le législateur français estime que cet élément est inclus dans les difficultés juridiques, économiques et financières visées par l'article 611-4 du Code de commerce. En revanche, ce dernier a pris soin d'ajouter une mention, à notre sens, assez significative. Les difficultés juridiques, économiques ou financières de l'entreprise doivent être *avérées ou prévisibles*⁴⁰⁴.

Nous nous interrogeons sur la notion de prévisibilité. Le juge doit-il faire une recherche spécifique pour déterminer avec précision si l'arrivée d'une difficulté est susceptible de conduire l'entreprise à la cessation des paiements ?

Or, si l'on tient compte du sens de cette notion, les difficultés qui ne sont pas encore présentes, seront également prises en charge⁴⁰⁵. De ce point de vue, le débiteur ne doit plus attendre que la difficulté soit réellement avérée pour réagir; il lui suffit seulement d'établir qu'elle est prévisible, notamment en produisant des documents et des justificatifs qui puissent la démontrer : comptes prévisionnels, échanges de courriers, ou tout autre document faisant ressortir les difficultés invoquées à l'appui de sa demande⁴⁰⁶.

L'on pense que cette précision législative n'est pas sans intérêt. Elle a pour but d'encourager les dirigeants à établir des documents comptables prévisionnels, car les difficultés sont appréciées grâce à l'analyse de tels documents.

Toutefois, la présomption des difficultés de l'entreprise peut aussi faire ressortir des éléments tangibles que le président du tribunal saura apprécier en considérant chaque cas, lors de sa décision d'ouvrir la procédure de conciliation.

137. Au demeurant, le recours au règlement amiable en droit marocain et à la conciliation en droit français, suppose une évaluation minutieuse des chances de survie de l'entreprise en relation avec les difficultés qu'elle rencontre. Ces dernières ne doivent pas être mineures ni

⁴⁰² A.CHOUKRI-SBAI *op.cit.*, p. 254.

⁴⁰³ F.PEROCHON et R.BONHOMME, *op.cit.*, n°53, p.42.

⁴⁰⁴ C.com., art. L. 611-4.

⁴⁰⁵ D.GIBIRILA., *op.cit.*, n° 121, p.104.

⁴⁰⁶ Y.GUYON., « Le règlement amiable des difficultés des entreprises et les salariés », *Rev. Dr. Soc.*, 1985, n°1; Lamy soc. com, *op.cit.*, n°2253, p.1020.

provisoires; elles doivent être sérieuses. La cessation des paiements pourrait être prononcée à terme si des mesures appropriées n'étaient pas prises⁴⁰⁷.

Penchons nous à présent sur les démarches à suivre pour l'ouverture de la procédure du règlement amiable et de la conciliation.

§ 2. Les conditions de forme tenant à l'ouverture des procédures de règlement amiable et de la conciliation

138. La demande d'ouverture, de la procédure du règlement amiable comme pour la procédure de conciliation, est soumise à certaines conditions. La réflexion portera donc sur le demandeur, sa qualité et les moyens dont il dispose pour parfaire à sa demande (**A**), ainsi que sur les moyens donnés au président du tribunal lui permettant de prendre sa décision d'ouverture ou de rejet de la procédure (**B**).

A. La demande d'ouverture des procédures de règlement amiable et de la conciliation

139. Tout comme pour la procédure de conciliation prévue par la législation française, la demande d'ouverture de la procédure du règlement amiable en droit marocain, est faite à l'initiative du chef d'entreprise⁴⁰⁸. Dans les sociétés anonymes, cette demande est effectuée par le président du conseil d'administration ou du directoire. Dans les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, cette demande est effectuée par le ou les gérants. Elle émane également du chef d'entreprise (commerçant, artisan, ou de l'associé unique dans la société à responsabilité limitée), du professionnel indépendant, notamment en France.

Remarquons qu'en raison de la volonté contractuelle caractérisant le règlement amiable et la conciliation, la décision de demander l'ouverture de cette procédure appartient aux seuls

⁴⁰⁷J.M.LUCHEUX., *Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable*, Ouvrage collectif, *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, éd. 1995, p.78.

⁴⁰⁸ Une seule différence subsiste et mérite d'être citée. Il s'agit d'une simple différence terminologique. En effet, le législateur français adopte le terme « débiteur » alors que le législateur marocain maintient le statut de « chef d'entreprise ». Cette différence peut être justifiée par le fait que la procédure de conciliation est ouverte, selon l'article L.611-4 du Code de commerce français, à une entreprise même lorsqu'elle se trouve en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours. L'entreprise peut donc être considérée comme débitrice à partir de ce moment-là.

dirigeants de l'entreprise. Elle ne peut pas être ouverte à l'initiative du président du tribunal, du ministère public, ni des créanciers⁴⁰⁹.

En outre, la demande d'ouverture de la procédure ne prend pas la forme d'une assignation, mais plutôt celle d'une requête⁴¹⁰. Et n'est soumise à aucune procédure spéciale.

140. En droit marocain, la demande d'ouverture de la procédure du règlement amiable est présentée au président du tribunal de commerce selon la procédure normale ou la remise en mains propres.

Selon le droit français, la demande d'ouverture d'une procédure de conciliation, formulée par le débiteur d'une activité commerciale ou artisanale, est soumise au président du tribunal de commerce⁴¹¹. Celle émanant des débiteurs des personnes morales de droit privé, des personnes physiques exerçant une activité indépendante est soumise au président du tribunal de grande instance⁴¹².

Néanmoins, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, une limite est posée à la demande d'ouverture de la conciliation. En effet, le débiteur doit respecter un délai de carence entre l'ouverture de deux procédures. Au regard des dispositions de l'article L. 611-6 alinéa.2 du Code de commerce, une nouvelle procédure de conciliation ne peut être ouverte avant un délai de trois mois à compter de l'expiration de la mission du conciliateur. Cette limitation telle qu'elle a été précisée par le décret n°2009-160 du 12 février 2009 a pour objectif d'interdire les conciliations en chaîne, notamment lorsqu'un accord avec les créanciers de l'entreprise n'a pu, faute de temps, être conclu le jour où la mission du conciliateur a légalement pris fin⁴¹³.

Par ailleurs, bien que le texte marocain ne le précise pas expressément, la requête du chef d'entreprise doit être écrite. Elle doit aussi exposer, non seulement la situation économique et financière de l'entreprise, mais également les mesures de sauvegarde envisagées. De plus elle doit être accompagnée d'un certain nombre de documents susceptibles d'éclairer le président du tribunal sur la situation exacte de l'entreprise⁴¹⁴.

Le législateur français, en revanche, a pris soin de préciser les détails de la requête du débiteur.

⁴⁰⁹ F.X.LUCAS, « La conciliation : réalité ou poudre aux yeux ? » Act. Coll du 24 fév. 2006, éd 2006, n°7, p. 20; Lamy Soc.Com, *op.cit.*, n°2253, p.1020; P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°141-32, p. 185.

⁴¹⁰ Aux termes de l'article 550, alinéa 2 du Code de commerce marocain, « *Le président du tribunal est saisi par une requête du chef de l'entreprise, cette requête doit exposer la situation financière, économique et sociale, les besoins de financement ainsi que les moyens d'y faire face* » et de l'article L.611-6, al. 1^{er} du Code de commerce français : « *Le président du tribunal est saisi par une requête du débiteur exposant sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement, ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face* ».

⁴¹¹ C.com., art. L.611-4.

⁴¹² C.com., art. L.611-5.

⁴¹³ M.L.COQUELET., *Entreprises en difficulté- instruments de paiement*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2009, n°53, p.32.

⁴¹⁴ A.CHOUKRI-SBAAL., *op. cit.*, p. 257.

Il a également déterminé les documents devant être déposés en même temps que la requête du débiteur⁴¹⁵. Il s'agit :

- d'un extrait d'immatriculation aux registres et répertoires ou, le cas échéant, le numéro unique d'identification;
- de l'état des créances et des dettes accompagnées d'un échéancier ainsi que la liste des principaux créanciers;
- de l'état de l'actif et du passif des sûretés ainsi que de celui des engagements hors bilan;
- les comptes annuels, du tableau de financement et de la situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible des trois derniers exercices, si ces documents ont été établis.

Le cas échéant, la requête précise la date de cessation des paiements (pour apprécier le délai de quarante-cinq jours). En outre, il est souvent demandé :

- un état des cessions d'actifs immobilisés intervenues au cours des dix huit derniers mois;
- un état des inscriptions des privilèges et des protêts établis au jour de la requête ;
- la répartition du capital social;
- plus généralement toutes pièces utiles à l'appréciation de la situation⁴¹⁶.

Il est également prévu que, lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut réglementaire ou dont le titre est protégé, cette même requête précise l'ordre professionnel ou l'autorité dont il relève⁴¹⁷.

Mentionnons également les innovations relatives aux aspects procéduraux de l'ouverture de la procédure de conciliation. Il s'agit notamment d'une attestation sur l'honneur du débiteur certifiant l'absence de procédure de conciliation durant les trois mois précédant la date de la demande⁴¹⁸.

141. Par ailleurs, les procédures de règlement amiable et de conciliation ne doivent être ouvertes que si le débiteur qui en demande le bénéfice présente des mesures qui prouvent que le redressement de la situation de l'entreprise est possible. Les besoins et les moyens de financement évoqués par les législateurs, marocain et français, répondent, sans aucun doute, à la finalité des procédures amiables, c'est-à-dire obtenir les moyens de financement nécessaires

⁴¹⁵ C.com. art. R.611-22. anct, Décr. n°2005-1677 du 28 déc. 2005, art. 15.

⁴¹⁶ A.LIENHARD, *op.cit.* n°21.23, p.48.

⁴¹⁷ C.com., art. R. 611-22, al.8.

⁴¹⁸ C.com., art. R. 611-22.

pour le redressement de la situation de l'entreprise. Le chef d'entreprise doit persuader le président du tribunal avec des moyens de financement solides, grâce aux documents prévisionnels qui peuvent être présentés à l'appui de sa demande⁴¹⁹ afin d'obtenir la désignation d'un conciliateur et entamer le processus d'élaboration d'un accord de conciliation.

Enfin, une fois la demande formulée le président du tribunal doit décider d'accepter ou de refuser l'ouverture de la procédure.

B. La décision d'ouverture des procédures de règlement amiable et de la conciliation

142. En droit marocain, la décision d'ouverture de la procédure du règlement amiable revient au président du tribunal de commerce⁴²⁰.

En droit français, la loi confère au président du tribunal de commerce la compétence exclusive pour ouvrir une procédure de conciliation, lorsqu'il s'agit d'une entreprise commerciale (à forme sociale ou individuelle) ou artisanale⁴²¹. Lorsque la demande émane d'une personne morale de droit privé ou d'une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, notamment libérale, c'est le président du tribunal de grande instance qui est compétent⁴²². Cependant, que ce soit au Maroc ou en France, avant de rendre une décision finale, le président du tribunal fait convoquer, par le greffier, le chef d'entreprise afin de recueillir ses explications⁴²³. En fonction de cet entretien, il pourra décider de la suite à donner.

En ce sens, afin de permettre au président du tribunal de garantir une réelle efficacité de la procédure du règlement amiable, le législateur marocain lui accorde la possibilité de faire des investigations sur la situation de l'entreprise. A cet égard, le président du tribunal dispose des pouvoirs qui lui sont attribués par l'article 548 du Code de commerce marocain. En effet, ce dernier peut, mais avant l'ouverture de la procédure du règlement amiable, nonobstant toute disposition législative contraire, obtenir communication, par le commissaire aux comptes, les administrateurs, les organismes publics ou le représentant du personnel ou par toute autre personne, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

⁴¹⁹ C.com., art. L.611-3.

⁴²⁰ C.com., art. 551, al.2.

⁴²¹ C.com., art. L.611-4.

⁴²² C.com., art. L.611-5.

⁴²³ C.com. maroc, art. 551; C.com, fran, art. R.611-23.

Remarquons que les pouvoirs du président du tribunal, en droit marocain, sont relativement importants et suffisent pour permettre à ce dernier d'obtenir toutes les informations nécessaires concernant la situation financière et économique de l'entreprise.

Toutefois, nous voulons nous interroger sur sa légitimité concernant l'obtention des informations relatives à la situation financière de l'entreprise. Comment réagirait-il si l'un des organismes cités, refuserait de lui fournir des informations par respect du secret professionnel ? A cette question, le législateur marocain ne répond pas, mais la doctrine marocaine s'accorde sur le fait que le président du tribunal dispose d'un pouvoir absolu, pouvant être justifié par la nécessité de sauvegarder les entreprises menacées de disparition⁴²⁴.

Notons toutefois qu'aucune sanction n'est prévue, en droit marocain, si l'une des personnes ou institutions interrogées refuse de donner une information. En revanche, en droit français, notamment sous l'ancien règlement amiable, il n'était pas exclu que soit engagée la responsabilité civile des personnes qui, étant tenues d'informer le président, ne le font pas, ou par négligence causent un préjudice au débiteur ou à ses créanciers, en compromettant le déroulement normal du règlement amiable et la réalisation d'un accord amiable⁴²⁵.

A notre avis, la réalité sur la situation financière de l'entreprise se trouve dans les actes de gestion interne, que seul le chef d'entreprise peut communiquer. Ce dernier est le seul maître, libre de délivrer les informations qui lui paraissent utiles pour le redressement de son entreprise.

En droit français, le président du tribunal dispose également des mêmes pouvoirs d'investigations qui lui sont attribués par l'article L.611-6, alinéa 6 du Code de commerce, mais après l'ouverture de la procédure de conciliation. En effet, le président du tribunal peut nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur⁴²⁶.

Cet élargissement du pouvoir d'investigation du président du tribunal a été accepté par la doctrine française, particulièrement, Paul LE CANNU et Dominique VIDAL, ayant affirmé que le président du tribunal avait la possibilité de demander la levée du secret bancaire, en considération du caractère de la procédure amiable nécessitant des informations plus détaillées et plus précises⁴²⁷.

⁴²⁴ A.CHOUKRI-SBAALI, *op.cit.*, p.261; A.BARJANI, *op.cit.*, p.107; Kh. BENKIRANE, *op.cit.*, p. 86.

⁴²⁵ Y.CHAPUT. *op.cit.*, n°146.

⁴²⁶ Art 17 du décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005, devenu art. R.611-24 C .com.

⁴²⁷ P.LE CANNU., *op.cit.*, n°185, p.143; D.VIDAL., *op.cit.*, n°156, p.79; J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°44, p.60..

141. Afin de compléter ses informations, le président du tribunal peut également charger un expert afin d'établir un rapport sur la situation économique de l'entreprise⁴²⁸.

L'expert a donc la possibilité d'entendre les personnes qu'il souhaite, notamment les représentants du personnel, si les difficultés sont d'origine sociale⁴²⁹, ou bien les associés de la société si les problèmes sont dus à un conflit interne, ..., etc.

Ainsi, l'expert a une mission d'audit sur la situation économique et financière de l'entreprise, le but étant d'étudier s'il existe un moyen d'établir un plan de redressement. En outre, l'expertise permet au président du tribunal de collecter les informations nécessaires afin de prendre la décision appropriée à la situation de l'entreprise.

Aucun délai n'est prévu par le texte marocain pour l'établissement du rapport de l'expertise; toutefois compte tenu du caractère d'urgence, celui-ci doit être rendu le plus rapidement possible.

Observons toutefois que, la désignation d'un expert chargé d'obtenir toutes ces informations auprès des organismes sociaux et financiers contribue à l'élargissement de l'information relative à l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, ce qui à notre avis, risque de troubler le caractère confidentiel d'une telle procédure.

En droit français, sous l'empire de la législation antérieure, le président du tribunal pouvait désigner un expert avant l'ouverture de la procédure de conciliation, cependant, avec les nouvelles réformes apportées par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, cette possibilité a été écartée⁴³⁰. En effet, selon l'article L.611-6, alinéa 5 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008, le président du tribunal peut, mais seulement après l'ouverture de la procédure de conciliation, charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise.

La décision de procéder aux investigations sur la situation de l'entreprise après l'ouverture de la procédure de conciliation a pour finalité de maintenir la confidentialité qui caractérise cette procédure⁴³¹.

Elle est également argumentée par les débats parlementaires précisant, que d'une part, elle est motivée par la volonté d'accélérer l'instruction de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation et d'accroître son efficacité. En effet, la commission des lois du Sénat insiste sur

⁴²⁸ C.com., art.552.

⁴²⁹ Kh.BENKIRANE., *op.cit.*p. 85; C.SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^{ème} éd., 2006, n°297, p.115.

⁴³⁰ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008, art. 5.

⁴³¹ F. MACORIG-VENIER., *art. préc.*, p.437.

le fait qu'en pratique, un délai trop long de la mission de l'expert ne doit être imposé. La procédure de conciliation devant être ouverte le plus rapidement possible⁴³².

D'autre part, cette décision encourage le débiteur à s'adresser au tribunal, sans qu'il craigne une investigation trop poussée en amont de l'ouverture de toute procédure, ce qui permet de maintenir la confidentialité de la procédure et d'inciter les chefs d'entreprises « à franchir le pas »⁴³³.

C. Publicité et voies de recours

142. La décision d'ouverture d'une procédure de règlement amiable en droit marocain, comme la conciliation en droit français, ne fait pas l'objet d'une publicité. La finalité de cette confidentialité est de préserver l'entreprise en phase de redressement amiable, afin d'augmenter les chances de réussite de cette procédure.

Précisons aussi qu'en droit marocain, la communication du rapport d'expertise sur la situation financière de l'entreprise est restreinte. Seuls, le président du tribunal et le chef d'entreprise possèdent le contenu de ce rapport⁴³⁴.

Par ailleurs, si la demande d'ouverture d'une procédure de règlement amiable est refusée, aucune voie de recours n'est prévue par le texte marocain la régissant. Le but de cette mesure est de préserver la confidentialité de la procédure et par la même les intérêts de l'entreprise, notamment lorsque cette dernière n'est pas encore en état de cessation des paiements.

En droit français, la décision ouvrant la procédure de conciliation est communiquée au ministère public et aux commissaires aux comptes, dans le cas où le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes⁴³⁵. Lorsque le demandeur exerce une profession libérale, elle est également communiquée à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont il relève, le cas échéant.

Par ailleurs, dans le but de ne pas bloquer la procédure, l'ordonnance qui ouvre la conciliation n'est susceptible d'appel que par le ministère public⁴³⁶. L'appel est instruit et jugé selon la procédure sans représentation obligatoire⁴³⁷.

Cependant, si le président du tribunal, en droit marocain comme en droit français, constate une cessation des paiements du débiteur, un jugement d'ouverture de la procédure de

⁴³² V. Rapp J.J.HYEST, n°335, t.1, p.110.

⁴³³ A.LIENHARD, *op.cit*, n°21.27, p.49.

⁴³⁴ C.com., art. 559.

⁴³⁵ C.com. art.L.611-6, al. 4.

⁴³⁶ C.com., art. L.611-6.,al.3.

⁴³⁷ C.com., art. R.611-26,al.1.

redressement judiciaire peut être rendu d'office par le tribunal compétent. En revanche, en l'absence, voire même dans l'ignorance de la cessation des paiements, il ouvre une procédure de règlement amiable, s'il lui paraît que les propositions du chef d'entreprise sont de nature à favoriser le redressement de son entreprise, et met en œuvre tous les moyens possibles afin de la sauvegarder.

Section 2. Les moyens facilitant le déroulement des procédures de règlement amiable et de la conciliation

143. Afin de faciliter le déroulement de la procédure du règlement amiable et de la conciliation, deux moyens sont envisagés par les législateurs marocain et français. Tout d'abord, le président du tribunal, ayant exclu la possibilité d'une cessation des paiements, peut nommer un conciliateur, notamment s'il estime que son intervention peut être utile au redressement de l'entreprise (§1). Ensuite mais, principalement en droit marocain, le président du tribunal peut prononcer la suspension provisoire des poursuites, lorsque l'un des créanciers décide de poursuivre le chef d'entreprise pendant la recherche d'un accord amiable. Cette dernière mesure a été supprimée par le législateur français et remplacée par l'octroi de délais de paiement pour augmenter les chances de redressement de la situation du débiteur pendant la procédure de conciliation (§2).

§1. La nomination d'un conciliateur

144. La décision d'ouverture d'une procédure de règlement amiable ou de conciliation est rendue par ordonnance et suivie de la désignation d'un conciliateur. Toutefois, le mode de désignation (A), le statut (B) et la mission du conciliateur (C), dans les législations marocaine et française, diffèrent.

A. Mode de désignation du conciliateur

145. En droit marocain, le président du tribunal désigne librement un conciliateur pour une période n'excédant pas trois mois, dès lors que la situation de l'entreprise est susceptible d'être rétablie⁴³⁸.

En droit français, le président du tribunal désigne également un conciliateur lorsque la situation de l'entreprise le permet⁴³⁹. Toutefois, contrairement au droit marocain, le débiteur

⁴³⁸ C.com., art. 553.

⁴³⁹ C.com. art. L.611-6, al. 2.

peut proposer un conciliateur de son choix; il peut aussi refuser celui qui lui a été proposé par le président du tribunal⁴⁴⁰. Nous pouvons penser que c'est un moyen de conforter le débiteur, car il est important pour lui de collaborer avec une personne qu'il connaît déjà et en qui il a confiance. Cette démarche augmente les chances de réussite de la procédure de conciliation⁴⁴¹. Néanmoins, le président du tribunal a toujours le choix de refuser le conciliateur désigné par le débiteur et peut en proposer un autre.

Cependant, lorsque le débiteur propose un conciliateur à la désignation du président du tribunal, il précise son identité et son adresse⁴⁴².

L'ordonnance qui désigne le conciliateur définit l'objet de sa mission et fixe les conditions de sa rémunération⁴⁴³. A ce propos, rappelons que les conditions de rémunération du conciliateur sont les mêmes que ceux du mandataire *ad hoc* et appellent les mêmes remarques. En effet, l'accord du débiteur et du président du tribunal sur la rémunération du conciliateur est indispensable pour éviter les abus⁴⁴⁴. A cet égard, l'article R.611-47 du Code de commerce prévoit que « *les conditions de rémunération du (...) conciliateur comprennent les critères sur la base desquels elle sera arrêtée, son montant maximal et le montant des provisions* » et l'article 41 du décret du 28 décembre 2005 précise que, l'accord du débiteur sur ces conditions de rémunération doit être « *consigné par écrit préalablement à la désignation* ». Cet écrit étant annexé à l'ordonnance de désignation. Cet accord est important au cas où le conciliateur viendrait à estimer que le montant de sa mission, initialement fixé est insuffisant; il en informe le président du tribunal lequel fixe les nouvelles conditions de la rémunération en accord avec le débiteur⁴⁴⁵ étant précisé que qu' « *à défaut d'accord, il est mis fin à la mission* ».

L'ordonnance arrêtant la rémunération du conciliateur est notifiée par le greffe aux intéressés; elle peut être frappée de recours tant par le débiteur que par le conciliateur. Ce recours est porté devant le premier président de la cour d'appel et qui est soumis au régime applicable aux ordonnances rendues en matière de taxes⁴⁴⁶. Précisons enfin que la rémunération du conciliateur est à la charge du débiteur⁴⁴⁷.

⁴⁴⁰ C.com. art. L. 611-6, al. 3.

⁴⁴¹ M.JEANTIN et P.LE CANNU, *op.cit.*, n°97, p.72; P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°141-50, p. 189; Ph. ROUSSEL GALLE, *op.cit.*, n° 113.

⁴⁴² C.com., art. R.611-22, al.8.

⁴⁴³ C.com., art. R.611-23, al.2.

⁴⁴⁴ C.com., art. L.611-14.

⁴⁴⁵ Décr 2005-1677 du 28 déc 2005, art. 42, al. 2 e t 3.

⁴⁴⁶ C.P.C, art. 714 à 718 auxquels renvoi l'article 43, al. 3 du décret du 28 décembre 2005, C.com., art. R. 611-50 al 3.

⁴⁴⁷ V. en ce sens, B.SOINNE, « La rémunération des mandataires de justice » *Rev.Proc.coll.*, 2008/4, p. 10, spéc., p.11, 12, n°2 à 4 en ce qui concerne les mandataire *ad hoc* et le conciliateur.

146. Cependant, nous nous interrogeons sur la possibilité de formuler un recours contre la décision du président du tribunal si celui-ci refuse la nomination d'un conciliateur.

En droit marocain, l'article 553 du Code de commerce ne prévoit, au sens précis du terme, aucun recours concernant le rejet de nomination d'un conciliateur.

En droit français, s'il n'est pas fait droit à la demande de désignation d'un conciliateur, le débiteur peut interjeter appel, par une déclaration faite ou adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au greffe du tribunal⁴⁴⁸. Toutefois, le débiteur est dispensé du ministère de l'avocat ou de l'avoué.

Le président du tribunal peut alors, dans un délai de cinq jours à compter de cette déclaration d'appel, modifier ou rétracter sa décision. Dans ce cas, le greffier notifie la décision au débiteur. Dans le cas contraire, le dossier d'appel est transmis au greffe de la cour d'appel⁴⁴⁹.

Le débiteur a également la possibilité de demander la récusation d'un conciliateur. En effet, en application de l'article L.611-6, alinéa 5 du Code de commerce, le débiteur peut demander la récusation du conciliateur si ce dernier se trouve dans l'une des situations suivantes :

1° Il a directement ou indirectement un intérêt personnel à la procédure;

2° Il existe un lien direct, quelle qu'en soit la nature, entre le conciliateur et l'un des créanciers ou l'un des dirigeants ou préposés de celui-ci;

3° Il existe une cause de défiance entre le conciliateur et le débiteur;

4° Il est dans l'une des situations d'incompatibilité visées à l'article L.611-13 du même Code;

5° Il a été définitivement radié ou destitué d'une profession réglementée⁴⁵⁰.

La procédure de récusation du conciliateur est bien définie par les articles R.611-28 à R.611-35 du Code de commerce. Elle se présente comme la seule arme dont dispose le débiteur, afin de conduire au mieux ses négociations.

117. Par ailleurs, en droit français, la décision de nomination d'un conciliateur lui est notifiée; celui-ci doit donner son acceptation ou son refus pour la mission⁴⁵¹. S'il accepte, le conciliateur doit envoyer au président une attestation sur l'honneur indiquant qu'il se conforme aux interdictions posées par l'article L.611-13 du Code de commerce, précisant son statut⁴⁵².

⁴⁴⁸ Décr.n°2009-160 du 12 févr.2009, art.8.

⁴⁴⁹ C.com.R.611-26, al.2.

⁴⁵⁰ C.Com., art. R.611-27 à R. 611-27, al. 4.

⁴⁵¹ C.com., art. R.611-25.

⁴⁵² C.com., art.R.611-25.

B. Le statut du conciliateur

147. Les termes de l'article 553 du Code de commerce marocain ne précisent pas le statut du conciliateur, ni ses compétences particulières.

Toutefois, en vue de combler ce vide juridique, la majorité de la doctrine marocaine s'accorde sur certaines qualités pouvant être attribuées à la personne du conciliateur. En effet, nommé par le président du tribunal, celui-ci peut être un juge en fonction ou en retraite, un avocat, un salarié, un syndicaliste si la nature des difficultés est plutôt sociale, ou encore un expert comptable ; il peut être également administrateur ou expert en diagnostic d'entreprise, c'est à dire un professionnel⁴⁵³. En somme, le conciliateur doit avoir suffisamment d'expériences lui permettant de bien collaborer au redressement de la situation de l'entreprise.

Toutefois, la pratique relative au statut du conciliateur laisse apparaître quelques indices plutôt subjectifs et à caractère général, comme par exemple des compétences dans le domaine économique, juridiques et des aptitudes en matière de gestion, une certaine notoriété, etc.⁴⁵⁴.

En revanche, le législateur français a bien précisé le statut du conciliateur. En effet, la loi du 26 juillet 2005 a fixé son statut d'une manière spécifique, en vue d'écarter toutes les ambiguïtés liées à la personne, car ce dernier joue un rôle primordial pour l'aboutissement et la réussite de la procédure de conciliation. Dans ce sens, le nouvel article L.611-13 du Code de commerce prévoit des incompatibilités, dans le but de moraliser la conciliation et de préserver l'indépendance du conciliateur. Selon ses termes, cette mission ne peut être exercée par une personne ayant reçu, au cours des vingt quatre mois précédant sa nomination, à quelque titre que ce soit, une rémunération directement ou indirectement de la part de l'entreprise, de tout créancier du débiteur ou de toute personne qui en détient le contrôle, ou qui est contrôlée au sens de l'article L.223-16 du Code de commerce, sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue dans le cadre d'un mandat *ad hoc*, d'une mission de règlement amiable ou d'une conciliation réalisée par le même conciliateur. Son paiement est fixé en accord avec le débiteur par le président du tribunal au moment de la désignation et est arrêté à la fin de la mission⁴⁵⁵.

⁴⁵³ A.CHOUKRI-SBAAI, *op.cit.*, p.264 ; M.ALAMI-MACHICHI, *op.cit.*, p. 535 ; A. BARJANI, *op.cit.*, p. 110 ; A.ZERKTI, « Le rôle du conciliateur dans la procédure du règlement amiable » Act.Coll., 21 et 22 juill. Tanger 2007, éd. Association des juges de la Cour suprême, Rabat, 2007, p.112.

⁴⁵⁴ C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n° 300, p.158.

⁴⁵⁵ C.com., art.L.611-14.

Rappelons également que le législateur français interdit au conciliateur d'exercer des fonctions de mandataire judiciaire ou de liquidateur pour le même débiteur, avant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la fin de sa mission⁴⁵⁶.

C. La mission du conciliateur

148. Au vu des dispositions de l'article 554 du Code de commerce marocain, le conciliateur est précisément chargé de favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de permettre la conclusion d'un accord amiable entre le chef d'entreprise et ses créanciers.

L'analyse de cet article soulève une question importante : comment le conciliateur peut-il favoriser le fonctionnement de l'entreprise ?

Cette expression, issue de l'ancienne loi française du 1^{er} mars 1984⁴⁵⁷, signifie que le conciliateur doit tout mettre en œuvre pour aider le débiteur à conclure un accord de conciliation. A notre avis, cette expression n'est pas claire et risque de créer une confusion dans le rôle que doit jouer le conciliateur. Ce dernier ne doit pas intervenir dans la gestion de l'entreprise, encore moins décider pour ou à la place du débiteur, ni même négocier directement les termes de l'accord avec les créanciers. En revanche, le conciliateur peut orienter le débiteur dans le choix de ses décisions. Comme par exemple, l'aider à choisir les créanciers les mieux placés à contacter pour les négociations de l'accord amiable, ou encore lui proposer les possibilités d'obtenir des remises de dettes, ..., etc.

Pour cela, le conciliateur ne dispose que de sa force de conviction, ce qui n'est pas toujours aisé, car il n'a aucune garantie ni aucun avantage réel immédiat à accorder aux créanciers, sinon l'espoir de trouver des mesures favorisant le redressement de l'entreprise par la signature d'un accord.

En France, il n'est plus question pour celui-ci de favoriser le fonctionnement de l'entreprise. Sa mission est d'avantage orientée vers la recherche d'un accord de conciliation destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. En effet, l'article L.611-7 alinéa 1 du Code de commerce dispose que « *le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi* ». Cette mention répond parfaitement aux objectifs de la procédure de conciliation et affirme sans ambiguïté que le débiteur conserve les

⁴⁵⁶ C.com., art. L.812- 8, al.5.

⁴⁵⁷ Loi n°84-848 du 1^{er} mars 1984, art. 34.

pleins pouvoirs et son autonomie afin de gérer son entreprise⁴⁵⁸, ce qui permet au conciliateur de se limiter à présenter les propositions se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi⁴⁵⁹.

Cette dernière consiste, rappelons-le, à parvenir à la signature d'un accord avec les créanciers. Pour réussir cette mission, le conciliateur bénéficie des informations transmises par le président du tribunal et des résultats du rapport de l'expertise, notamment lorsque cette dernière a été ordonnée par le président du tribunal.

Néanmoins, cette mission peut être étendue en fonction des besoins de l'entreprise. Car, rien n'interdit au chef d'entreprise de lui confier des missions complémentaires, d'autant plus que, sur le contenu même de l'accord, la liberté du conciliateur demeure totale. Celui-ci peut obtenir de la part du débiteur, tout renseignement utile lui permettant de mener à bien sa mission⁴⁶⁰.

En outre, le législateur français a bien formalisé et précisé les obligations du conciliateur dans le cadre de sa mission. En effet, le conciliateur rend compte au président du tribunal de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles sur les diligences du débiteur⁴⁶¹, il doit également éclairer le juge compétent lorsque ce dernier est saisi par le débiteur pour une demande des délais de grâce en cas de poursuite d'un créancier⁴⁶². Il est également obligé de rendre compte sans délai au président du tribunal, qui met fin à sa mission, lorsqu'il n'arrive pas à la conclusion d'un accord de conciliation⁴⁶³.

En plus de devoir trouver un compromis entre les créanciers et l'entreprise, le conciliateur est tenu à la confidentialité comme toute personne appelée à la procédure de conciliation ou qui, par ses fonctions, en a connaissance, afin d'éviter d'aggraver la situation de l'entreprise⁴⁶⁴. Sa responsabilité civile peut être éventuellement engagée, notamment s'il commet une faute ou une négligence, ou encore s'il donne des informations inexactes.

149. Concernant la durée de la mission du conciliateur, rappelons qu'en droit marocain elle est fixée pour une période n'excédant pas trois mois, mais elle peut être prorogée d'un mois tout au plus à la demande de ce dernier⁴⁶⁵. Certes, cette durée peut paraître courte, mais elle

⁴⁵⁸ Ph. ROUSSEL GALLE, *op.cit.*, n° 179, p.94; F.X.LUCAS., « La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ? », Act. Coll, Université de Nantes, éd.Litec, 24 fév. 2006, p. 17 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN. *op.cit.*, n°301, p.158.

⁴⁵⁹ C. com., art. L.611-7.

⁴⁶⁰ C.com., art. L.611-7, al.4.

⁴⁶¹ C.com., art. L. 611-7, al.4.

⁴⁶² C.com., art. L. 611-7, al.5.

⁴⁶³ C.com., art. L. 611-7, al.6.

⁴⁶⁴ C.com., art. L. 611-15.

⁴⁶⁵ C.com., art. 553.

peut être justifiée par l'objectif de motiver les parties et d'accélérer le redressement de la situation de l'entreprise avant la cessation des paiements⁴⁶⁶.

En droit français, la durée de la mission du conciliateur est un peu plus longue, puisqu'elle est fixée à quatre mois avec une prorogation possible d'un mois à la demande du débiteur⁴⁶⁷. Néanmoins, si une demande d'homologation de l'accord a été formulée par les parties, avant l'expiration de ce délai, une prolongation automatique de la procédure et de la mission du conciliateur jusqu'à la décision finale du tribunal statuant sur l'homologation est possible. Cette mesure a été apportée par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, afin de laisser aux parties le temps nécessaire de mettre en œuvre les clauses de l'accord de conciliation⁴⁶⁸.

En définitive, compte tenu des dispositions des textes marocain et français, retenons que la mission principale du conciliateur est d'informer et d'éclairer le président du tribunal sur la situation de l'entreprise, et d'aider le débiteur à trouver des solutions pour maintenir l'exploitation de l'entreprise.

Toutefois, selon le droit marocain, si le conciliateur estime qu'une suspension provisoire des poursuites peut favoriser le redressement de la situation de l'entreprise, il en fait la demande au président du tribunal. En revanche, en France, lorsque le débiteur est poursuivi par l'un des créanciers, pendant la recherche d'un accord, il peut demander au président du tribunal l'octroi des délais de paiements.

§2. La suspension provisoire des poursuites et les délais de paiements

150. La suspension provisoire des poursuites est considérée par le législateur marocain comme étant un moyen efficace permettant la réalisation du règlement amiable⁴⁶⁹. Cette mesure provenant de l'ordonnance du 23 septembre 1967 a d'abord été consacrée par la loi de 1988 relative au règlement amiable agricole. Elle a ensuite été intégrée au règlement amiable du droit commun par la loi du 10 juin 1994, pour finalement être supprimée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Aussi allons-nous dès à présent nous interroger sur la finalité et

⁴⁶⁶ D.VIDAL, *Droit des procédures collectives- prévention, conciliation, sauvegarde, redressement, liquidation.*, éd, 2006, n°160, p. 89.

⁴⁶⁷ C.,com., art. L.611-6.

⁴⁶⁸ C.com., art. L.611-6 nouveau : « *si une demande d'homologation a été formée (...) , avant l'expiration de cette période, la mission du conciliateur et la procédure sont prolongées jusqu'à la décision du tribunal* ».

⁴⁶⁹ Article 555 du Code de commerce marocain : « *S'il estime qu'une suspension provisoire des poursuites serait de nature à faciliter la conclusion de l'accord, le conciliateur peut saisir le président du tribunal. Après avoir recueilli l'avis des principaux créanciers, ce dernier peut rendre une ordonnance fixant la suspension pour une durée n'excédant pas le terme de la mission du conciliateur* ».

le domaine d'application de la suspension provisoire des poursuites, toujours en vigueur au Maroc (A), pour ensuite examiner l'approche du législateur français ayant opté pour l'octroi de délais de grâce, pouvant être accordés au débiteur dans le cadre de la procédure de conciliation (B).

A. La suspension provisoire des poursuites

151. La suspension provisoire des poursuites est prévue par l'article 555 du Code de commerce marocain, dans le seul objectif de faciliter le déroulement de la procédure du règlement amiable. Ainsi, le conciliateur et non le débiteur, peut demander au président du tribunal la suspension provisoire des poursuites engagées par les créanciers. Ce qui laisse le temps au débiteur, de préparer un plan de redressement de l'entreprise. Néanmoins, la suspension provisoire des poursuites apparaît comme une mesure facultative, car le conciliateur ne la demande que s'il estime qu'elle est susceptible de contribuer à faciliter la conclusion de l'accord amiable.

La suspension provisoire des poursuites peut également être utilisée comme une arme de dissuasion contre certains créanciers récalcitrants désireux de profiter de la situation difficile de l'entreprise pour engager des poursuites contre le débiteur⁴⁷⁰. A ce propos, rappelons que le président du tribunal ne peut l'ordonner qu'après avoir recueilli l'avis des principaux créanciers.

Certains auteurs s'opposent à l'utilisation de cette mesure pendant les négociations, estimant que la loi ne semble donner aucune autorité juridique à l'avis des principaux créanciers, car dans la pratique, cette mesure peut être imposée par le président du tribunal malgré le refus des créanciers⁴⁷¹.

D'autres en revanche, pensent que la suspension provisoire des poursuites comporte un caractère préventif important, mais elle doit être bien encadrée par la loi⁴⁷².

A notre avis, cette mesure ayant pour effet la restriction des droits des créanciers doit être justifiée. Elle doit également être en mesure de les rassurer, afin de les préparer à collaborer au redressement de l'entreprise.

152. Même si le texte ne le précise pas expressément, la demande de suspension provisoire émanant du conciliateur doit être faite par requête. Elle doit également comporter tous les

⁴⁷⁰ Y.CHAPUT, « Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable », *L.P.A.* 14 sept 1994, n°110, p. 36 ; Ph. ROUSSEL GALLE, *op.cit.*, n°186, p.98.

⁴⁷¹ A.ELHAMMOUMI., *op.cit.*, n°14, p. 37; L.BENKHIR., *op.cit.*, p.90.

⁴⁷² A.CHOUKRI-SBAAL.,*op.cit.*,p.271; A.BARJANI., *op.cit.*, p.114.

éléments nécessaires pouvant éclairer le président du tribunal sur la situation réelle du débiteur, notamment la liste des créanciers du débiteur, le montant de leurs créances exigibles et la réponse et la demande d'avis sur les mesures envisagées⁴⁷³.

Le président du tribunal, après avoir recueilli l'avis des principaux créanciers, notamment du trésor public, des organismes sociaux et des banques, peut ordonner cette suspension pour une durée n'excédant pas le terme de la mission du conciliateur, c'est à dire trois mois, sauf dans le cas d'une prolongation exceptionnelle d'un mois⁴⁷⁴.

Ainsi, selon les dispositions de l'article 555 du Code de commerce, la suspension provisoire des poursuites tendant à la préservation des ressources financières de l'entreprise est nécessaire à son redressement et touche à toutes les poursuites visant essentiellement le paiement par l'entreprise des dettes qu'elle a contractées envers ses créanciers.

L'ordonnance fixant la suspension provisoire des poursuites suspend et interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance est antérieure à la dite décision et tendant à condamner le débiteur à payer une somme d'argent, ainsi qu'à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent⁴⁷⁵.

Cette mesure arrête et interdit également toute possibilité d'exécution de la part des créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles. Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont, en conséquence, suspendus⁴⁷⁶.

Sont en revanche exclues toutes poursuites tendant à la revendication d'un droit sur un bien détenu par le débiteur (droit de propriété), ou encore celles liées à la nullité d'un acte ou à la reconnaissance d'une créance sur l'entreprise débitrice dès lors que la poursuite se limite à l'admission de la prétention et ne vise pas à obtenir le paiement de la créance⁴⁷⁷. De ce fait, la suspension provisoire des poursuites ne doit pas faire obstacle à la constatation des droits des tiers⁴⁷⁸.

Par ailleurs, la mise en œuvre de cette mesure est complétée par l'interdiction générale prononcée à l'encontre du débiteur. Il lui est effectivement interdit sous peine de nullité, d'acquitter le paiement d'une créance née antérieurement à la décision de la suspension provisoire des poursuites, ou de dissuader les cautions qui acquitteraient des créances

⁴⁷³ P.M.LE CORRE., *Droit et pratique des procédures collectives.*, Dalloz, éd.2003 /2004, n° 133-11, p.163.

⁴⁷⁴ C.com., art. 555.

⁴⁷⁵ C.com., art. 555, al.2.

⁴⁷⁶ C.com., art. 555, al.5.

⁴⁷⁷ M.JEANTIN et P.LE CANNU., *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit- Entreprises en difficultés*, Dalloz, 5^{ème} éd.1999, n°495, p. 324.

⁴⁷⁸ A.ELHAMMOUMI., *op.cit.*, n°15, p.38.

antérieures⁴⁷⁹. De même il se voit dans l'impossibilité de commettre un acte de disposition étranger à la gestion normale de l'entreprise ou de consentir une hypothèque ou un nantissement, sauf lorsque ces créances antérieures à cette décision résultent d'un contrat de travail.⁴⁸⁰ En effet, le législateur marocain privilégie les salariés en leur accordant le droit d'être payés, malgré la situation difficile que connaît l'entreprise.

153. L'ordonnance de la suspension provisoire des poursuites est normalement publiée, même si le texte marocain ne le mentionne pas, compte tenu des restrictions des droits des créanciers qu'elle entraîne et des risques de nullités des actes qu'elle édicte⁴⁸¹.

Certes, la suspension provisoire des poursuites permet de multiplier les chances de redressement de la situation financière de l'entreprise en difficulté, mais elle n'est pas sans effets sur l'équilibre qui doit être maintenu entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers.

En outre, la suspension provisoire des poursuites met le débiteur dans une situation de redressement judiciaire, car elle pose la règle des poursuites individuelles. C'est pour cette raison qu'elle a été supprimée par le législateur français ayant choisi d'autres moyens permettant de faciliter la mise en œuvre de la procédure de conciliation.

B. L'octroi des délais des paiements au débiteur

154. Afin de faciliter l'élaboration de la procédure de conciliation, le législateur français prévoit la possibilité de l'octroi de délais des paiements en faveur du débiteur en application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil⁴⁸². Ce dernier, dans l'éventualité des poursuites exercées par un créancier, peut demander au président du tribunal de lui accorder des délais de paiements des sommes dues, dans la limite d'une durée de vingt-quatre mois⁴⁸³.

Le recours à ces dispositions supposait, selon l'ancien article L.611-6 du Code de commerce, que le débiteur fût réellement poursuivi par un créancier, la seule demande formulée par ce dernier n'étant pas suffisante⁴⁸⁴. Cette mesure a été sensiblement modifiée par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, et est exprimée dans l'article L.611-7, alinéa 5 du Code de commerce, disposant que « *si au cours de la procédure, le débiteur est mis en demeure ou*

⁴⁷⁹ C.com., art.555, al.6.

⁴⁸⁰ C.com., art.555, al.5.

⁴⁸¹ A.CHOUKRI-SBAAL, *op.cit.*, p.274.

⁴⁸² C.com., art.L.611-7, al.4.

⁴⁸³ Cette possibilité était déjà prévue en matière de règlement amiable par (art.36 , al.8 de la loi du 1^{er} mars 1984) à l'égard de créances non incluses dans l'accord, ce qui est aujourd'hui exclu.

⁴⁸⁴ P.M.LE CORRE, *Droit et pratiques des procédures collectives*, Dalloz, éd., 2010-2011., n°142-12, p. 209, J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°49, p.69.

poursuivi par un créancier, le juge qui a ouvert cette procédure peut, à la demande du débiteur et après avoir été éclairé par le conciliateur, faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil ». Désormais, une simple mise en demeure adressée au débiteur suffit pour que ce dernier demande l'octroi de délais de paiement⁴⁸⁵, ce qui est généralement le cas dans la pratique.

Cependant, il importe de mentionner que ces dispositions sont applicables à la demande du débiteur et non à celle du conciliateur. Selon la lettre du texte, le juge sera éclairé par le conciliateur avant d'ordonner ces délais des paiements⁴⁸⁶. En ce sens, l'entente entre le débiteur et le conciliateur sur cette question est importante.

154. Par ailleurs, la Cour d'appel de Versailles a confirmé que le moment des poursuites n'étant pas important⁴⁸⁷. En effet, malgré la lettre du texte, le fait que les poursuites ont été introduites avant l'ordonnance d'ouverture de la conciliation n'a pas influencé la demande de délais de grâce. Ce qui est primordial, c'est que la demande doit intervenir dès l'instant où le débiteur est mis en demeure de payer par l'un des créanciers, sans attendre de faire l'objet de poursuite⁴⁸⁸.

Cependant, si la demande a été présentée au cours de la procédure de conciliation devant le premier juge, les délais de grâce peuvent être accordés au débiteur alors même que la procédure de conciliation aurait débouché sur un accord⁴⁸⁹. Il convient donc de ne pas limiter la compétence du juge aux poursuites engagées après l'ouverture de la conciliation, mais au contraire l'étendre à toutes les poursuites, même si elles ont été engagées avant l'ouverture de la procédure, sous réserve qu'elles n'avaient pas déjà abouti à une condamnation du débiteur⁴⁹⁰.

155. Cependant, afin d'obtenir ces délais, le débiteur doit assigner le créancier poursuivant devant le président du tribunal ayant ouvert la procédure de conciliation. Celui-ci statue sur les délais susceptibles d'être accordés, sous la forme de référé, après avoir recueilli les observations du conciliateur. La demande est portée à la connaissance de la juridiction saisie de la poursuite, qui sursoit à statuer jusqu'à la décision prononcée⁴⁹¹. C'est-à-dire le président

⁴⁸⁵ Ord n° 2008-1345, 18 déc. 2008, art. 4.

⁴⁸⁶ C.com., art.L. 611-7, al. 5.

⁴⁸⁷ C.A Versailles, 13^e ch, 19 oct. 2006, *J.C.P.* 2007, Act. 535; *Rev.Proc. Coll.*2007/1, p. 37, n°33, obs Ph.ROUSSEL GALLE.

⁴⁸⁸ P.M. LE CORRE., *op.cit.*, p. 195.

⁴⁸⁹ V.CA. Paris, 14^{ème} ch.A, 5 sept. 2007, RG n° 07/04894, citée par P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°142-12, p. 195.

⁴⁹⁰ Ph. ROUSSEL GALLE, *op.cit.*, n°,189, p. 100.

⁴⁹¹ C.com., art. R.611-35, al.1.

du tribunal de commerce ou le cas échéant le tribunal de grande instance. Une fois rendue par le président du tribunal, cette dernière est communiquée à la juridiction par le greffier⁴⁹².

Comme nous pouvons le constater, les conditions de l'octroi de délais des paiements sont bien précisées par le texte, le but étant de favoriser le bon déroulement de la procédure de conciliation et d'aboutir à la conclusion d'un accord avec les créanciers. Dans ce sens, le législateur français a eu recours au droit commun, notamment, par la possibilité d'appliquer les dispositions des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil français, afin de maîtriser les poursuites des créanciers.

156. Précisons toutefois que, compte tenu de la situation financière de l'entreprise, le président du tribunal, en application de l'article 1244-1 du Code civil peut reporter ou échelonner le paiement des sommes dues, dans la limite de deux années⁴⁹³. Il peut également indiquer que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements seront d'abord imputés sur le capital. En outre il pourra subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes aptes à faciliter ou à garantir le paiement de la dette⁴⁹⁴.

Cette poursuite concerne généralement les actions en justice visant le paiement d'une somme d'argent, mais elle peut également s'étendre aux mesures d'exécution⁴⁹⁵.

Rappelons toutefois que l'octroi des délais des paiements doit se faire de manière juste et équitable, afin de limiter le recours excessif à cette mesure, notamment par les débiteurs de mauvaise foi⁴⁹⁶. C'est ce qui explique que les mesures ordonnées par le juge, en application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil, obligent à statuer à l'occasion de chacune des poursuites intentées par l'un des créanciers⁴⁹⁷. Signalons donc que, seuls les créanciers participant à l'accord accordent au débiteur une sorte de moratoire pendant cette phase de recherche, tandis que les créanciers non sollicités pour participer à la recherche d'un accord sont payés à l'échéance convenue, afin de préserver le caractère confidentiel de la conciliation⁴⁹⁸.

Notons encore que les dispositions de l'article L.611-7, alinéa 5 du Code de commerce, ne précisent pas la qualité des créanciers, ce qui n'exclut pas les créanciers publics. D'ailleurs

⁴⁹² C.com., art. R.611-35, al.3.

⁴⁹³ C.civ., art .1244-1, 2.

⁴⁹⁴ C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°305, p.160.

⁴⁹⁵ E.DOUHAIRE., « Les aspects pratiques de la conciliation- le rôle du conciliateur dans les négociations », *R.J com.*2008, p.21 et s, p.25.

⁴⁹⁶ P.M. LE CORRE., *op.cit.*, n°142-12, p.195.

⁴⁹⁷ C.SAINT- ALARY- HOUIN, « La procédure de conciliation » *Rev.Proc.coll.* 2006/2, p.169 et s, p.173, n°22.

⁴⁹⁸ Ph.ROUSSEL GALLE, *op.cit.*, n°175, p. 93.

sous le régime antérieur régissant le règlement amiable, ces dispositions de droit commun ont été appliquées à des créances fiscales et sociales. La Cour de cassation avait octroyé une dérogation aux règles habituellement applicables aux créances fiscales⁴⁹⁹. En effet, le juge a pu accorder des délais de paiements au débiteur pour les créances fiscales non incluses dans l'accord, sur le fondement de l'article 1244-1 du code civil, parce que le débiteur était en procédure de règlement amiable et qu'un accord a été conclu avec les principaux créanciers. Ces dérogations ont été appliquées aussi aux créances sociales⁵⁰⁰. En revanche, les dispositions des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil ne peuvent être opposables à des créances salariales⁵⁰¹.

La raison d'être de cette mesure est d'éviter que les poursuites de certains créanciers récalcitrants provoquent l'échec de la procédure de conciliation. L'octroi des délais des paiements ayant pour finalité de permettre l'obtention de l'accord de conciliation est contesté. L'opinion étant partagée par la doctrine.

Les auteurs favorables à cette mesure pensent que ce droit de grâce présente l'avantage de conserver à la procédure son caractère confidentiel, contrairement à l'ancienne mesure de suspension provisoire au sein du règlement amiable, qui faisait l'objet d'une publicité⁵⁰².

Les opposants à l'octroi de délais de grâce pensent que cette mesure se trouve entre les mains du débiteur, même si le juge ne l'accorde qu'après avoir été éclairé par le conciliateur, ce qui n'empêche pas certains débiteurs de mauvaise foi d'en abuser, en vue d'obtenir des délais au détriment des intérêts des créanciers⁵⁰³.

Observons que ces délais de paiement sont également prévus par le droit marocain, mais ils ne sont accordés qu'après l'homologation de l'accord amiable⁵⁰⁴.

⁴⁹⁹ Cass.com., 16 juin. 1998, n°15.525 *Bull. Civ.* IV n° 193. D. 1998, 429, note F. Derrida.

⁵⁰⁰ C.A Douai, 2^{ème} ch., 25 juil.2000 : *Dr. Sociétés*, 2001, n°29, obs Y. CHAPUT ; *R.T.D. com*, 213, obs.F. Macorig-Venier.

⁵⁰¹ V.Soc. 18 nov.1992; *Bull.civ.V*,n°555, obs. GAUTIER, *R.T.D civ.* 1993. p.611.

⁵⁰² F.PEROCHON et R.BONHOMME., *Entreprises en difficultés : instruments de paiement*, 8^{ème} éd 2009, n°86.p.69.

⁵⁰³ Ph.ROUSSEL GALLE., n°191,p.100 ; CA Versailles, 13^{ème} Ch, 19 oct. 2006, n°06/1788, *Rev. Proc. Coll.* 2007/1.p37, n°33, obs Ph. ROUSSEL GALLE ; G.TEBOUL., « Petit bréviaire de la loi de sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique, I, la prévention », *L.P.A* 19 oct. 2005, p. 3.

⁵⁰⁴ C.com., art. 556.

Chapitre 2. L'issue des procédures de règlement amiable et de la conciliation.

157. La procédure du règlement amiable, comme la conciliation, est organisée par le législateur marocain de manière libérale. Elle repose sur l'initiative du débiteur, qui rassemble les créanciers avec qui il souhaite élaborer un accord amiable. En effet, ce sont alors les négociations des parties qui orientent l'évolution de la procédure. Cette dernière peut aboutir à la conclusion d'un accord (**section 1**), mais elle peut aussi échouer, dans ce cas, le tribunal déclare la résolution de l'accord amiable ou bien l'ouverture d'une procédure collective (**section 2**).

Section 1. La conclusion d'un accord

158. La conclusion d'un accord amiable en droit marocain, ou de conciliation en droit français, est l'aboutissement d'une entente entre le chef d'entreprise et ses créanciers sur le principe même de règlement des difficultés des entreprises à l'amiable. Commençons par aborder le contenu de cet accord (§1), puis nous verrons la suite qui peut lui être donnée (§2).

§1. Le contenu de l'accord

159. L'accord amiable ou de conciliation est de nature contractuelle, car il est largement soumis au droit commun, et son contenu est influencé par l'autonomie de la volonté. Comme tout contrat, il obéit aux conditions de formation générale du contrat. Il doit être conclu par la rencontre des consentements libres et éclairés.

Selon les termes de l'article 556 du Code de commerce marocain et ceux de l'article L.611-8 du Code de commerce français, l'accord est obligatoirement constaté par écrit puis déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu de l'entreprise.

Quant au contenu de l'accord, il n'est pas défini par les textes marocain et français à cause du principe de l'autonomie de volonté. Les parties jouissent alors d'une grande liberté pour déterminer son contenu. Ainsi, il leur appartient d'aménager cet accord en fonction des situations qui se présentent, et surtout en tenant compte des possibilités et moyens du chef d'entreprise.

Notons toutefois que l'accord amiable, pour ne pas s'éloigner de son objectif, doit avant tout répondre aux attentes du chef d'entreprise. L'objectif est de permettre à l'entreprise de se redresser, notamment par la possibilité d'acquérir des moyens de financement adaptés à ses futurs besoins, afin de permettre sa continuité et son expansion. De ce fait, le contenu de l'accord ne représente que l'ensemble des concessions acceptées par les parties qui décideront

de son élaboration. C'est au débiteur qu'incombe la tâche de proposer un plan solide en vue de gagner la confiance des créanciers (A), ces derniers devant fournir des efforts afin de collaborer au maintien de l'exploitation de l'entreprise (B).

A. Le plan proposé par le débiteur

160. En suivant l'objectif de redressement de la situation financière de l'entreprise, le chef d'entreprise, en collaboration avec le conciliateur, prépare un plan de redressement économique et financier de l'entreprise. Chaque décision doit alors être mesurée pour augmenter les chances de redresser l'entreprise.

Ainsi, le chef d'entreprise, en fonction des moyens possibles, peut envisager deux plans de redressement : un plan à court terme et un plan à moyen terme.

Dans le premier, le chef d'entreprise doit rechercher des capitaux sous forme de fonds propres ou de crédits. Il a également la possibilité d'envisager la mise en œuvre de nouvelles activités comme la recherche de marchés porteurs, une augmentation du capital social, ..., etc. Dans ce dernier cas, un effort financier est parfois demandé aux associés sous forme d'apport en compte courant afin d'assurer, tout au moins en partie la continuité de la société. Il peut également leur être demandé de sacrifier certains de leurs droits pour la sauvegarde de l'entreprise, notamment le droit préférentiel de souscription, lors d'une opération d'augmentation du capital. Dans ce sens, la jurisprudence française a admis, dans le cas d'une augmentation de capital d'une société qui faisait l'objet d'une procédure de règlement amiable, la suppression du droit préférentiel de souscription des associés⁵⁰⁵.

Dans le plan à moyen terme, le débiteur peut prévoir la restructuration de l'entreprise, ou une fermeture d'établissements. Cependant, le plus souvent, et comme le montre la pratique, le chef d'entreprise se voit dans l'obligation de réduire ses effectifs afin de minimiser les coûts⁵⁰⁶. Cette décision est très difficile à prendre, car elle peut comporter de graves conséquences sur le plan social. En effet, cette décision est incompatible avec les principes directeurs de la loi, car la sauvegarde de l'emploi est la première préoccupation de toutes les législations en matière de traitement des difficultés des entreprises.

⁵⁰⁵ Cass. com., 18 juin 2002, n° 99 11. 999; *Bull.civ.* IV, n°108 ; D .2002 , somm.p. 3264, obs.J.Ch HALLOUIN., *Act. Juris.* p. 2190, obs. A.LIEHNARD.; *J.C.P E* 2002, II, 1556, note A.VIANDIER. V. En ce sens ;*R.T.D com*, 2002, p. 496, obs.J- P.CHAZAL et Y.REINHARD; *Banque et droit* sep-oct. 2002, .39, obs.Q.URBAN; *R.D bancaire et fin* . 2002, n° 207, obs.A. COURET.

⁵⁰⁶ A.ELHAMMOUMI, *op .cit.*, n°16, p.40; A.ALAMI-MACHICHI, *op.cit.*, p.539.

Dans cette optique, nous nous demandons s'il est important d'informer les représentants des salariés de la préparation d'un accord amiable qui envisage la réduction d'effectifs. Sur cette question, le législateur marocain ne se prononce pas, étant donné que les représentants des salariés n'interviennent pas dans la procédure de prévention des difficultés des entreprises. Néanmoins, l'information du comité d'entreprise n'est pas exclue, le chef d'entreprise est tenu de mettre à la disposition de ses membres tous les documents leur permettant de statuer sur les mesures proposées, même si leur avis n'est requis qu'à titre consultatif⁵⁰⁷.

Notons que, l'information des représentants des salariés sur leur avenir dans l'entreprise peut remettre en cause le principe de confidentialité qui marque la procédure du règlement amiable, néanmoins, cette dernière ne doit pas être écartée pour autant. En effet, si la réduction du nombre de salariés est prévue, elle doit être communiquée aux intéressés pour les préparer à trouver des solutions adéquates.

En droit français, la conciliation, adoptée en tant que solution permettant le redressement de la situation de l'entreprise, peut éventuellement avoir des conséquences sur l'avenir des salariés⁵⁰⁸. Pourtant, l'information des représentants des salariés sur l'ouverture d'une procédure de conciliation a été écartée, malgré les propositions formulées à propos de cette question⁵⁰⁹. Dans l'esprit du législateur français, le caractère de confidentialité de la procédure de conciliation doit être conservé jusqu'à l'homologation de l'accord. C'est ce qui résulte des dispositions de l'article L.611-9 du Code de commerce qui prévoient que la participation du comité d'entreprise, et à défaut, des délégués du personnel, ne peut avoir lieu que dans le cas de l'homologation de l'accord. En effet, le tribunal ne statue sur l'homologation qu'après avoir entendu ou dûment appelé en chambre de conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise, ou à défaut, les délégués du personnel, le conciliateur et le ministère public. Les praticiens approuvent l'utilité de cette décision allant dans le sens de la réussite des négociations entre les parties⁵¹⁰.

161. Précisons à la fin que le chef d'entreprise, en droits marocain et français, doit signer l'accord amiable, avec l'obligation de s'engager personnellement à exécuter ses dispositions, dans le but de trouver des solutions adaptées à la situation de son entreprise; il doit même prévoir des délais pour leur réalisation.

⁵⁰⁷ A.ELHAMMOUMI, *op.cit.*, n°8, p. 28.

⁵⁰⁸ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *op.cit.*, n°108, p. 81.

⁵⁰⁹ V.Not.Amend.n°455, *JOAN CR*, 2^{ème} séance du 2 mars 2005, p. 1590 et 1591.

⁵¹⁰ G.TEBOUL, « Le Code du travail : un divorce avec le droit des entreprises en difficulté ? », *L.P.A* 1et 2 janv 2008, n°1et 2, p.7.

B. L'apport des créanciers dans l'accord

162. Avant d'aborder les propositions que peuvent soumettre les créanciers au débiteur dans le cadre d'un accord amiable ou de conciliation, voyons d'abord quels sont les créanciers visés par les législateurs marocain et français, car sur ce point, il existe une différence qui mérite d'être citée.

Les dispositions de l'article 556 du Code de commerce marocain visent l'ensemble des créanciers, ce qui signifie que tous doivent être parties à l'accord. Cette contrainte imposée au débiteur laisse entendre que le critère de sélection est purement quantitatif.

Or, dans la pratique, il est difficile de conclure avec tous les créanciers, par manque de mesures efficaces permettant leur identification d'une manière précise⁵¹¹. En plus, il se trouve que, par mesure de précaution, tous les créanciers ne sont pas informés de la préparation d'un accord. Rappelons qu'en pratique, sont invités à la négociation uniquement les créanciers dont les créances sont les plus élevées, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les créances publiques ou privées⁵¹².

A notre avis, rien n'interdit au débiteur de désigner un seul créancier, pour l'élaboration d'un accord amiable, notamment si sa créance constitue le principal de ses dettes.

En revanche, le législateur français laisse le débiteur choisir les créanciers qu'il souhaite inviter aux négociations pour l'élaboration d'un accord de conciliation, le cas échéant il pourra faire appel au conciliateur. L'article L.611-7 du Code de commerce vise les principaux créanciers. Certes, ceux-ci peuvent soit être nombreux, soit se résumer à une petite minorité ou encore à un seul. Cependant, le choix des créanciers dépend du débiteur, et leur décision de s'associer à un accord amiable est individuelle et personnelle et aucune restriction à leur droit ne leur est imposée.

Dans cet esprit libéral, la cour de cassation a jugé qu'un créancier restait libre de s'engager dans la procédure de règlement amiable, pour une partie seulement de ses créances⁵¹³.

Il faut pourtant reconnaître que les chances de réussir un accord amiable exigent la participation des créanciers dont les créances sont très élevées, principalement le trésor public, les organismes sociaux et les banques. Dans la pratique, notamment en France, les conciliateurs suggèrent au débiteur d'inviter le maximum de créanciers afin d'augmenter les

⁵¹¹ A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°78, p.47 ; A.LIENHARD, *op.cit.*, n°22.11, p.56 ; Rapport, X. DE ROUX, n°2095, p.137 ; interv. X.DEROUX, *JOAN .CR*, 1^{ère} séance du 3 mars 2005, p. 1601.

⁵¹² M.JEANTIN et P. LE CANNU, *op.cit.*, n°107, p. 80.

⁵¹³ Cass.Com., 13 oct.1998, *Bull.Civ.IV*, n°235 ; D. Affaires 1998, 1817, obs. A. LIENHARD; *R.T.D. com.* 1999, p.185,obs. F.MACORIG-VENIER.

chances de réussir la conciliation⁵¹⁴. En outre, si un créancier est informé sur le fait que des négociations sont en cours pour la conclusion d'un accord de conciliation, il ne lui est pas interdit de s'y joindre⁵¹⁵.

Rappelons que les créanciers non appelés aux négociations ignorent le recours à la préparation d'un accord de conciliation. Ils ne subissent aucune restriction de leurs droits. Par hypothèse, le débiteur n'étant pas en état de cessation des paiements, doit donc satisfaire à ses obligations vis-à-vis d'eux.

163. Certes, tout créancier appelé aux négociations, pour la conclusion d'un accord amiable, est conscient du fait que lorsqu'il y a une procédure collective, il ne percevra sans doute aucune somme, ou tout au mieux, il devra partager ses créances avec les autres créanciers⁵¹⁶. C'est pour cela qu'il a tendance à accueillir favorablement une proposition qui lui donne une chance d'être payé, au moins partiellement.

En effet, si le débiteur réussit à convaincre les créanciers, ces derniers doivent être prêts à faire des efforts. Le texte marocain ne précise pas l'apport des créanciers dans le cadre de la procédure de règlement amiable. Nous estimons qu'en fonction de la situation de l'entreprise et au vu du plan de redressement présenté par le débiteur, les créanciers peuvent lui accorder des délais de paiement et des remises de dettes. Ils peuvent également accepter de rentrer dans le capital social par compensation de leurs créances⁵¹⁷.

Ils peuvent même apporter des cautions solidaires pour aider le débiteur à trouver des solutions rapides. Dans ce cas, ils sont amenés à insérer une clause *de retour à meilleure fortune*, dans l'accord, qui obligerait le débiteur à les rembourser une fois sa situation financière améliorée.

En droit français, la situation des parties pendant les négociations est différente depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, dans la mesure où les créanciers sont encouragés pour participer à la conclusion d'un accord. Ils peuvent apporter au débiteur de nouveaux concours financiers (de l'argent frais) ⁵¹⁸, ou bien lui consentir des remises de dettes⁵¹⁹. Cette mesure est apportée dans le but de faciliter le déroulement de la conciliation. En effet, il a souvent été observé que des redressements judiciaires ont échoué à cause de la position intransigeante de certains créanciers, principalement le trésor public et les organismes sociaux, ce qui a créé des

⁵¹⁴ M.JEANTIN et P.LE CANNU, *op.cit.*, n°107, p. 80.

⁵¹⁵ P. LE CANNU, *op.cit.*, n°107.

⁵¹⁶ A.BARJANI, *op.cit.*, p.123 ; Kh.BENKIRANE,*op.cit.*, p.73.

⁵¹⁷ M.JEANTIN et P.LE CANNU, *op.cit.*, n°111, p. 84.

⁵¹⁸ C.com., art. L .611-11, al.1.

⁵¹⁹ C.com., art. L.611-7, al.3.

charges publiques supplémentaires⁵²⁰. Dans ce sens, le domaine d'application des remises de dettes a été encadré par la loi, dans l'intention d'éclaircir les conditions de leur obtention. Selon l'article L.611-7, alinéa 3 du Code de commerce, les créanciers publics, à savoir, les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L.351-3 et suivant du Code du travail et les institutions régies par le livre IX du Code de la sécurité sociale peuvent consentir des remises de dettes à l'entreprise dans les conditions fixées à l'article L.626-6 du Code de commerce. Ce dernier article précise donc que *« les administrations financières,(...) peuvent donc accepter de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur dans des conditions similaires à celles que lui octroierait dans des conditions de marché, un opérateur économique privé dans la même situation »*. En effet, le législateur met l'accent essentiellement sur la nécessité de coordination des efforts des créanciers privés par rapport à ceux des créanciers publics.

Selon l'article D.626-15, premier alinéa du Code de commerce, les efforts des créanciers publics sont coordonnés avec les autres créanciers en vue de faciliter le redressement de la situation de l'entreprise et permettre également le recouvrement des recettes publiques futures.

Il est donc possible d'obtenir des remises, selon les termes de l'article D. 626-10 du Code de commerce *sur « les pénalités, intérêts de retard, intérêts moratoires, amendes fiscales ou douanières, majorations, frais de poursuite, quel que soit l'impôt ou le produit divers du budget de l'Etat auquel ces pénalités ou frais s'appliquent ;*

2° Aux majorations de retard, frais de poursuite, pénalités et amendes attachés aux cotisations et contributions sociales recouvrées par les organismes de sécurité sociale et par les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale et par les institutions régies par le livre VII du code rural et de la pêche maritime ;

3° Aux majorations de retard, frais de poursuite et pénalités attachés aux contributions et cotisations recouvrées par l'institution mentionnée à l'article L. 5312-1 (1) du code du travail pour le compte de l'organisme gestionnaire du régime d'assurance chômage ;

4° Aux cotisations et contributions sociales patronales d'origine légale ou conventionnelle qu'un employeur est tenu de verser au titre de l'emploi de personnel salarié ;

5° Aux droits au principal afférents aux seuls impôts directs perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales ;

⁵²⁰ Interv X. DE ROUX, JOAN CR, 1^{ère} séance du 3 mars 2005, p.1603.

6° Aux créances de l'Etat étrangères à l'impôt et au domaine, aux redevances domaniales, aux redevances pour services rendus et aux autres produits divers du budget de l'Etat.

Les remises de dettes sont consenties par priorité sur les frais de poursuite, les majorations et amendes, puis sur les intérêts de retard et les intérêts moratoires, et enfin sur les droits et les sommes dus au principal. Les dettes dues au principal ne peuvent pas faire l'objet d'une remise totale ».

Peuvent donner lieu à remise, les dettes exigibles à la date de la réception de la demande de remise, lesquelles doivent être présentées- par le débiteur ou le conciliateur- dans un délai de deux mois à compter de la date d'ouverture de la procédure⁵²¹.

L'article D.625-15 du Code de commerce précise à la fin que : « *la remise de dettes n'est pas justifiée lorsque l'entreprise n'est pas viable* » et qu'elle ne doit pas présenter un avantage économique injustifié pour l'entreprise bénéficiaire »⁵²².

Par ailleurs, afin de mieux préciser l'application de ces mesures permettant le déroulement de la procédure de conciliation, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a ajouté une phrase à l'article L.611-7, alinéa 3, du Code de commerce, stipulant que : « *les créanciers peuvent alors consentir des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou encore l'abandon des sûretés* ». Ce qui n'était possible, auparavant, que dans la sauvegarde et le redressement judiciaire⁵²³.

Sont également pris en compte les efforts financiers consentis par les actionnaires et les dirigeants de l'entreprise. Les créanciers publics ne pourront pas à eux seuls faire des sacrifices si les intéressés par la survie de l'entreprise ne réagissent pas, en abandonnant, par exemple, les créances en compte courant ou en injectant de l'argent frais⁵²⁴.

164. Signalons que les remises gracieuses de dettes sont également prévues par le droit marocain, mais elles ne sont admises qu'en matière d'amendes fiscales et concernent uniquement les majorations de retard, quelle que soit la nature de l'impôt⁵²⁵. Autrement dit, le principal de l'impôt régulièrement dû ne peut faire l'objet d'une demande de remise ou de modération de la part du débiteur, excepté dans deux cas :

- celui résultant des dispositions des articles 41 et 42 du dahir de 1935, devenus les articles 126 et 127 du Code de recouvrement des créances publiques, qui prévoient l'admission en non valeurs de créances devenues irrévocables;

⁵²¹ C.com., art. D.626-11 et D.626-12.

⁵²² C.com., art. D.626-15.

⁵²³ F.MACORIG-VENIER, « Entreprises en difficulté : prévention et règlement amiable », *R.T.D.com*, juin – avril. 2009, n°2, p.438.

⁵²⁴ P.M. LE CORRE., *Droit et pratiques des procédures collectives*. Dalloz., éd 2010/2011, n°142-65, p. 222.

⁵²⁵ Article 122 du nouveau Code de recouvrement des créances publiques.

- le cas prévu par l'article 76 du décret royal du 21 avril 1967, portant règlement général de comptabilité publique, qui dispose que « *les remises gracieuses de dettes en principal ou en intérêt, sont prononcées par décret sur proposition du ministre des finance* ». Les autres créances, notamment celles concernant les impositions

indirectes, sont exclues des remises.

En définitive, les moyens prévus par les législations marocaine et française ont la même finalité : il s'agit d'accorder au débiteur tous les moyens nécessaires afin d'aboutir à la conclusion d'un accord amiable. D'ailleurs, comme l'a soulevé le professeur Françoise PEROCHON « *toutes les volontés sont orientées vers un même but, le règlement des difficultés des entreprises, et chacun ne s'engage que parce que les autres s'engagent aussi et en fonction de ce qu'ils acceptent : on peut parler, en ce sens d'un accord si non véritablement collectif, du moins plurilatéral sur un contenu global, indivisible* »⁵²⁶.

Puis, une fois l'accord accepté et signé par les parties, ces derniers peuvent choisir soit l'homologation ou simplement la constatation de l'accord, notamment en droit français.

§2. L'évolution de l'accord

165. L'évolution de l'accord en droit marocain est différente de celle prévue en droit français. En effet, l'accord amiable, selon le droit marocain, peut être homologué par le président du tribunal comme il peut ne pas l'être (A). En revanche, en droit français, le législateur prévoit deux modes d'évolution de l'accord de conciliation : l'homologation ou la constatation (B).

A. En droit marocain

166. L'article 556 du Code de commerce prévoit que, lorsqu'un accord est signé par tous les créanciers, il est homologué par le président du tribunal et déposé au greffe. S'il est signé uniquement par les principaux créanciers, il peut également l'homologuer et accorder au débiteur des délais de paiement prévus par les textes en vigueur pour les créances non incluses dans l'accord.

L'on constate qu'en droit marocain, la loi distingue deux hypothèses : la première est celle où l'accord est conclu avec tous les créanciers, et c'est celui-ci qui peut être homologué par le président du tribunal.

⁵²⁶ F.PEROCHON et R.BONHOMME., *op.cit.*, n°91.

La deuxième hypothèse est celle où l'accord est conclu seulement avec les principaux créanciers, dans ce cas, son homologation est laissée à l'appréciation du président du tribunal. Cette imprécision juridique laisse entendre que l'homologation de l'accord amiable correspond à une simple faculté du président du tribunal. Or, il est difficile pour ce dernier de savoir avec exactitude si tous les créanciers sont partie à l'accord. Dans ce cas, nous devons admettre que le texte vise le nombre des créanciers et non leur importance.

Si toutefois l'homologation est acceptée par le président du tribunal, voyons quelles sont les conditions de sa mise en œuvre(1) et quels sont ses effets (2).

1°. Les conditions d'homologation de l'accord amiable

167. L'article 556 du Code de commerce ne précise pas les conditions tenant au contenu même de l'accord amiable permettant son homologation. Le seul critère retenu par le législateur ne s'attache qu'au nombre des créanciers parties à l'accord. Pourquoi alors cette distinction si le principe de l'homologation est en lui-même une sorte d'appui à l'exécution de l'accord ?

Cette mesure peut être justifiée, selon certains auteurs, par la volonté du législateur marocain d'accorder au président du tribunal un pouvoir d'appréciation relatif à l'homologation de l'accord amiable. Aussi cela lui permet-il d'apprécier avec précision l'opportunité et les chances de réussite de cet accord⁵²⁷.

Cependant, l'homologation de l'accord amiable peut parfois s'avérer obligatoire, car elle est généralement conçue par les parties comme une garantie d'honorabilité lui conférant une autorité morale accrue. En outre, elle donne à l'accord un caractère judiciaire en lui accordant l'autorité de la chose jugée et offre aux parties un « titre » ayant une exécution forcée.

Pour le chef d'entreprise, c'est une façon de montrer sa bonne foi et de se prémunir contre la mise en cause ultérieure de sa responsabilité, et de se protéger également contre les créanciers de mauvaise foi⁵²⁸.

Quant aux créanciers les plus importants, notamment les établissements financiers, lorsqu'ils participent à un accord, ils ont avant tout le souci d'engager leur responsabilité dans le cas d'un soutien abusif⁵²⁹.

D'une manière générale, l'homologation de l'accord rassure les créanciers quelque soit leur créance et leur donne une garantie d'exécution.

168. Quant aux modalités de la procédure d'homologation, signalons que le texte marocain ne prévoit aucune condition relative à la demande d'homologation. En ce sens, le chef d'entreprise, doit faire une demande écrite au président du tribunal, justifiant du nombre réel des créanciers et d'une déclaration sur l'honneur qu'il ne se trouve pas en état de cessation des paiements. En effet, cette dernière condition nous semble importante, mais sa vérification n'est pas aisée.

Par ailleurs, l'article 557 du Code de commerce précise que l'accord entre le débiteur et les créanciers, homologué ou non, est constaté dans un écrit signé par les parties et le

⁵²⁷ A.ELHAMMOUMI, *op.cit.*, n°16, p.41; Kh.BENKIRANE, *op.cit.*, p.96.

⁵²⁸ A.CHOUKRI-SBAAL, *op.cit.*, p.273.

⁵²⁹ A.BARJANI, *op.cit.*, p. 124.

conciliateur, puis déposé au greffe. Cela signifie que le président du tribunal est au courant de l'existence de l'accord amiable. Or, cette simple formalité n'ajoute rien à sa valeur juridique, elle en facilite seulement l'exécution, car sans être homologué il doit tirer sa force obligatoire du droit commun et reste soumis aux principes absolus du consensualisme, de la loi des parties et de la bonne foi, protégés par l'article 230 du dahir des obligations et des contrats. Toutefois, dans le cas où le président refuse d'homologuer un accord amiable, peut-on formuler un recours contre cette décision ?

Le texte marocain ne prévoit aucune possibilité de recours. Toutefois, ce vide juridique est justifié, selon certains auteurs, par le respect de la confidentialité entourant la procédure de règlement amiable⁵³⁰.

2°. Les effets de l'homologation de l'accord amiable

169. Les dispositions de l'article 558 du Code de commerce ne visent pas les conséquences directes de l'homologation de l'accord amiable, étant donné que cette dernière ne saurait affecter la force obligatoire de l'accord amiable, car un accord sans homologation, paraît concevable, mais les créanciers seront peu tentés par cette formule. Ils feront le plus souvent de l'homologation une condition suspensive de leur accord. Dans ce cas, la survenance de l'homologation a pour effet de lever la condition et donc de donner toute sa force au contrat qui devient obligatoire pour tous les signataires et pour eux seuls, car il est sans effet à l'égard des autres.

Néanmoins, les termes de l'article 556 du Code de commerce précisent que, si l'accord est homologué par le président du tribunal, il peut donner lieu à l'octroi des délais des paiements pour les créances non incluses dans l'accord. Or, ce texte ne précise pas les conditions de cet avantage; il mentionne uniquement que ces délais de paiement doivent être appliqués selon les textes en vigueur. A notre avis, l'article 556 du Code de commerce fait très certainement référence à l'article 243 alinéa 2, du dahir formant le Code des obligations et des contrats, qui prévoit que « *les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état* ».

Ces dispositions ne répondent pas aux modalités d'obtention des délais des paiements, néanmoins, elles ont le mérite d'exister pour faciliter l'exécution de l'accord amiable.

⁵³⁰ A.CHOUKRI-SBAAL, *op.cit.*, p.278.

Comme le précise certains auteurs, « l'octroi de délais de paiement suppose la suspension des procédures d'exécution, engagées le cas échéant par les créanciers non signataires de l'accord »⁵³¹.

L'homologation est cependant utile, car elle permet d'imposer aux créanciers réfractaires des délais de paiement, ce qui est intéressant pour les créanciers ayant accepté l'accord, car l'exécution par le débiteur sera facilitée et la rupture d'égalité entre créanciers s'en trouvera diminuée.

Un règlement amiable homologué constitue donc pour les créanciers, un titre exécutoire leur permettant l'exécution forcée, en cas de non respect de l'accord. Pour cela, la formule exécutoire devra être apposée par le greffier du tribunal, ce dont les créanciers qui y sont parties auront dû se préoccuper.

En définitive, que l'accord soit homologué ou non, en dehors de l'autorité judiciaire à qui il peut être communiqué, seules les parties peuvent en prendre copie; le commissaire aux comptes n'en est qu'avisé⁵³². Ensuite, aucune publicité légale n'est autorisée suite à la réalisation de l'accord amiable, jusqu'à la phase finale de la procédure. En revanche, si l'ouverture d'une procédure collective intervient, une publicité modificative doit avoir lieu selon les articles 43 et 46 du Code de commerce applicables aux commerçants personnes physiques ou morales.

Retenons ici que le sort de l'accord du règlement amiable en droit marocain, même s'il est conclu entre le débiteur et les créanciers, relève du seul pouvoir du président du tribunal de commerce.

B. En droit français

170. Dans le prolongement de la liberté contractuelle qui marque la procédure de conciliation, le législateur français accorde un choix aux parties selon l'orientation qu'ils souhaitent donner à leur accord. En effet, ces derniers peuvent choisir soit la constatation (1), soit l'homologation de l'accord de conciliation (2). Chaque formule a des conditions et produit des effets.

⁵³¹ A.ELHAMMOUMI, *op.cit.*, n°16, p.40.

⁵³² C.com., art. 559.

1. La constatation de l'accord

171. La constatation de l'accord de conciliation est prévue par le droit français comme une option, dont les conditions et les effets sont précisés par les textes⁵³³.

a. Conditions et modalités de la constatation

172. Selon les dispositions de l'article L.611-8 alinéa 1 du Code de commerce, la constatation de l'accord amiable est accordée à la demande du débiteur et de ses créanciers par une requête conjointe. Le président du tribunal le constate et lui donne une force exécutoire au vu d'une déclaration certifiée du débiteur, attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin.

Il convient de relever que, pour le constat d'un accord de conciliation, le président du tribunal n'a aucun pouvoir d'appréciation du contenu de l'accord ni de ses effets. Il effectue à cette occasion un contrôle formel avant de procéder à la constatation de l'accord, mais il n'examine pas le contenu⁵³⁴. Néanmoins, si les déclarations des parties se révèlent mensongères, le président peut refuser de constater l'accord de conciliation⁵³⁵.

Mentionnant également que la décision judiciaire constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours.

L'accord constaté et ses annexes sont déposés au greffe du tribunal. Des copies peuvent être délivrées aux parties et aux personnes susceptibles de se prévaloir des dispositions de l'accord. Elles valent titre exécutoire⁵³⁶.

b. Les effets de la constatation

173. L'accord constaté n'entraîne que les effets voulus par les parties. Il y a donc impossibilité de poursuivre le débiteur dans d'autres termes que ceux convenus, sauf en cas d'inexécution de ses engagements.

Le premier effet est l'exécution forcée par simple voie d'huissier, en cas de manquement de l'une des parties à ses obligations. Le but de la constatation, selon le législateur français, est d'apposer sur le contrat une formule exécutoire permettant une exécution forcée. En effet, ces

⁵³³ C.com., art. L.611-8, al .1; Ord, n°2008-1345 du 18 déc. 2008, art.5.

⁵³⁴ Rapport, J.J. HYEST, n°335, p. 123.

⁵³⁵ P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°144.11, p.226 ; A.LIENHARD, *op.cit.*, n°22.18, p.59; F.PEROCHON et R.BONHOMME, *op.cit.*, éd.2009, n°89.

⁵³⁶ C.com., art .R. 611-39, anc Décr du 28 déc 2005, art .32, al. 2.

derniers peuvent demander une exécution forcée étant donné que le titre exécutoire est limité à la créance remise et échelonnée dans le cadre de l'accord⁵³⁷.

En outre, la constatation de l'accord a pour effet de préserver la confidentialité de l'accord intervenu, à laquelle la pratique tient beaucoup⁵³⁸.

Certains effets de l'accord homologué ont été transposés à l'accord constaté. Cette extension a été accordée par l'ordonnance du 18 décembre 2008⁵³⁹. En effet, pendant la durée de son exécution, l'accord constaté interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet⁵⁴⁰. En outre, pendant la même durée, l'accord constaté interrompt les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution de droits afférents aux créances mentionnées par l'accord.

La situation des garants du débiteur, au regard de l'accord simplement constaté, est également précisée par l'article L.611-10-2 du Code de commerce. La solution profitera donc aux garants autonomes et à toute autre personne, physique ou morale, ayant consenti une sûreté personnelle, ou affecté ou cédé un bien en garantie. Ces personnes peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord de conciliation constaté.

La constatation de l'accord profitera également aux personnes ayant signé une promesse de sûreté⁵⁴¹.

Le but étant d'élargir le cercle des personnes pouvant invoquer les dispositions de l'accord constaté, et également de réduire les possibilités de détournement⁵⁴².

Une telle disposition pourrait engager les partenaires du débiteur et encourager le recours à ce type de procédure. La question se posait avant la réforme de savoir « quel serait le sort de ces garants »⁵⁴³.

174. En revanche, l'impossibilité de remonter la date de cessation des paiements antérieurement à la constatation n'est pas autorisée dans le cadre d'un accord simplement constaté. Ce qui laisse croire que, le constat de l'accord de conciliation n'offre aucune

⁵³⁷ Ph.ROUSSEL GALLE., *op.cit.*, n° 224, p. 116.

⁵³⁸ J.P.SORTAIS., *op.cit.*, n°51, p.74

⁵³⁹ Ord, n°2008-1345 du 18 déc. 2008, art. 6.

⁵⁴⁰ C.com., art. L. 611-10, al.1

⁵⁴¹ A.LIENHARD, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 » D.2009, chron. 110 s.sp.111.

⁵⁴² F.MACORIG-VENIER, *op.cit.*, p. 444, P.CROCQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev.proc.coll.* janv 2009, 10, p.75 s., sp.p. 81, n°29.

⁵⁴³ Ph. ROUSSEL GALLE, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté » *LPA*. n°257 du 24 déc.2008, p.3, spéc. n°11, p.5.

sécurité juridique au regard d'une éventuelle remontée de la date de cessation des paiements antérieurement à la date de l'accord, prévue à l'article L.631-8 du Code de commerce⁵⁴⁴.

En outre, les créanciers ayant consenti au débiteur un nouvel apport ou la fourniture d'un service, dans le cadre d'un accord constaté, ne bénéficieront pas du privilège de conciliation, prévu à l'article L.611-11 du Code de commerce. Ces mesures sont prévues seulement dans le cadre d'un accord homologué.

Enfin il importe de reconnaître que la constatation présente des avantages évidents pour la procédure de conciliation, comme par exemple la préservation de sa confidentialité, car celle-ci n'est pas publiée. Elle ne compromet pas le crédit du débiteur et ne révèle pas non plus les efforts consentis par les créanciers⁵⁴⁵.

La constatation a également des inconvénients. En effet, aucune voie de recours n'est possible lorsque les parties optent pour la constatation de l'accord de conciliation⁵⁴⁶. Ils ne pourront plus poursuivre le débiteur dans des termes autres que ceux convenus dans l'accord⁵⁴⁷.

Notons toutefois que la pratique a démontré que la constatation de l'accord de conciliation est assez fréquente⁵⁴⁸.

2°. L'homologation de l'accord de conciliation

175. L'homologation d'un accord de conciliation est soumise également à des conditions et produit des effets.

a. Conditions et Modalités de l'homologation

176. Les conditions et modalités d'homologation de l'accord de conciliation sont précisées par les dispositions de l'article L.611-8, alinéa 2 du Code de commerce. Selon ces termes, l'homologation de l'accord de conciliation est soumise à trois conditions cumulatives :

- Le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements ou l'accord y met fin;
- les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise;
- l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non partie à l'accord.

Comme on peut le constater, la première condition de l'homologation est l'absence de cessation des paiements. C'est une condition de base qui doit être respectée par le débiteur.

⁵⁴⁴ A.LIENHARD, *Procédures collectives-Prévention et conciliation- Sauvegarde financière accélérée- Redressement judiciaire- Liquidation judiciaire- Sanctions- Procédures*, Delmas, 4^{ème} éd 2011, n°22.18, p.59.

⁵⁴⁵ C.SAINT-ALARY-HOUIN., *op.cit.*, n°320, p.167; A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°84, p.51.

⁵⁴⁶ C.com., art.L.611-8, al.1.

⁵⁴⁷ P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°144-12, p.207.

⁵⁴⁸ I. ROHART-MESSAGER, « L'amélioration de la prévention », *Gaz.Proc.Coll*, n° sp., 6 et 7 mars 2009, p.5 s, sp.p.6.

Certes, le débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure de conciliation même en état de cessation des paiements, mais à condition qu'elle ne dépasse pas un délai de quarante-cinq jours⁵⁴⁹. En ce sens, l'accord de conciliation signé par les parties a donc pour effet de permettre le report d'échéances ayant pour effet de décaler l'exigibilité des dettes et doit mettre fin à l'état de cessation de paiements, sans qu'il n'ait lieu de distinguer selon que l'état de cessation des paiements a intervenu avant ou pendant l'ouverture de la procédure de conciliation⁵⁵⁰.

Dans tout les cas, le tribunal doit faire un examen approfondi pour vérifier la situation financière de l'entreprise avant d'ordonner l'homologation de l'accord.

La seconde condition est relative à la finalité de l'accord de conciliation, ce dernier doit permettre le redressement de la situation de l'entreprise. Cette condition n'a pas pour but d'effacer une partie substantielle des dettes du débiteur en lui permettant de mieux céder son entreprise, bien au contraire, la conclusion d'un accord de conciliation doit permettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise et doit également récompenser les efforts consentis par les créanciers signataires⁵⁵¹. En somme, la conciliation doit avoir pour but de sauvegarder l'entreprise et assurer sa pérennité.

La dernière condition, issue du nouvel article L. 611-8, alinéa 3 du Code de commerce⁵⁵² précisant que, à la demande du débiteur, le tribunal homologue l'accord obtenu si ce dernier ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires. Rappelons que, sous l'empire de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, les termes de l'ancien article L.611-8, alinéa 5 précisaient également que l'accord ne devait pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires, mais sans préjudices de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil. Cette dernière phrase a été supprimée par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, car cette disposition autorisait le tribunal à appliquer des délais des paiements aux créances non incluses dans l'accord homologué. Par cette modification, le législateur souhaite que l'homologation de l'accord de conciliation ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non parties à l'accord. Il vise ici les petits créanciers qui n'ont pas participé à l'élaboration de l'accord, soit parce qu'ils n'étaient pas appelé aux négociations ou bien leurs créances ne sont pas importantes. En ce sens, ces derniers conservent leur droit de poursuite individuelle pour recouvrer leurs créances échues. Quant aux créanciers signataires,

⁵⁴⁹ C.com., art. L.611-4.

⁵⁵⁰ P.M.LE CORRE., *op.cit.* n°144-22, p.229 ; J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°53, p.77, A.LIENHARD, *op.cit.*, n°22.22, p.60.

⁵⁵¹ P.M.LE CORRE., *op.cit.* n°144-23, p. 229, A.LIENHARD, *op.cit.*, n°22.23, p.60.

⁵⁵² Ord n°2008-1345 du 18 déc. 2008, art. 5.

ces derniers sont censés avoir signés l'accord en connaissance de cause, leurs sacrifices sont consentis.

177. La demande d'homologation de l'accord de conciliation ne peut être faite que par le débiteur⁵⁵³. Le texte parle de la demande du débiteur et non des parties, ce qui laisse croire que les créanciers ne pourront pas faire une demande d'homologation.

Cette disposition soulève une question importante : pourquoi les créanciers ne peuvent-ils pas demander l'homologation de l'accord de conciliation ? Ils sont pourtant, eux aussi concernés par l'homologation, car si elle est ordonnée, elle leur accorde une réelle sécurité juridique, notamment par l'interdiction de remonter la date de cessation des paiements qui n'est pas accordée dans le cadre d'un accord de conciliation simplement constaté⁵⁵⁴. Cette exclusion s'explique, selon une certaine frange de la doctrine, par le fait que le législateur souhaite que le dirigeant de l'entreprise, reste maître de la situation en vue de maintenir la confidentialité de la procédure de conciliation⁵⁵⁵. Les créanciers seront donc informés dans le cas où ils apportent un privilège au débiteur, notamment pour s'assurer des garanties liées à l'homologation de l'accord de conciliation.

La demande d'homologation est faite moyennant une requête adressée au tribunal compétent. Il s'agit du tribunal de commerce ou de grande instance dans le ressort duquel se trouve le siège de l'entreprise. Le tribunal statue sur l'homologation avant l'expiration du délai de quatre mois, qui est prévu pour la procédure de conciliation⁵⁵⁶.

Par ailleurs, une fois la demande enregistrée, elle sera suivie d'une audience en chambre de conseil. Le tribunal statue sur l'homologation après avoir entendu ou dûment appelé en chambre de conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise et à défaut les délégués du personnel, le conciliateur et le ministère public⁵⁵⁷.

L'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève, le cas échéant, le débiteur qui exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé, est entendu ou appelé dans les mêmes conditions⁵⁵⁸. Le tribunal peut entendre

⁵⁵³ C.com. art L.611-8, al.2.

⁵⁵⁴ P.LE CANNU, *op.cit.*, n°121, p. 91.

⁵⁵⁵ J.STOUFFLET et N. MATHEY « Loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 : commentaire des dispositions applicables aux concours financiers. » *Rev.Dr.Ban.Fin.*, 25 janv-févr. 2006, p.55; Ph.ROUSSEL GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté – de la théorie à la pratique*, Litec, 2^{ème} éd 2005, n°233, p.118.

⁵⁵⁶ C.com., art.R.611-40.

⁵⁵⁷ C.com., art. L.611-9.

⁵⁵⁸ C.com., art .L.611-9.

toute personne dont l'audition lui paraît utile. Les personnes appelées à l'audience d'homologation peuvent prendre connaissance de l'accord au greffe du tribunal⁵⁵⁹.

Une fois la décision d'homologation prise, le jugement est notifié par le greffier, au débiteur, et aux créanciers⁵⁶⁰. Il est ensuite communiqué au ministère public et au conciliateur⁵⁶¹.

Le jugement rejetant l'homologation peut faire l'objet d'un appel par le débiteur bien évidemment et aussi des créanciers signataires de l'accord. L'appel est soumis aux règles propres à la matière gracieuse⁵⁶². Les parties sont dispensées du ministère de l'avocat ou de l'avoué⁵⁶³. Dans les autres cas, l'appel est formé, instruit et jugé selon les règles propres à la procédure sans représentation obligatoire⁵⁶⁴.

Le jugement d'homologation peut faire l'objet de recours, notamment par le ministère public ou les parties si ces derniers remettent en cause les termes de l'accord particulièrement ceux qui concernent le privilège de conciliation⁵⁶⁵.

Le jugement d'homologation est également susceptible de tierce opposition⁵⁶⁶, car ce dernier fait l'objet d'une insertion dans un journal d'annonces légales et au *BODAC*⁵⁶⁷. Tout intéressé pourra en prendre connaissance, notamment les créanciers n'ayant pas participé à l'accord, les partenaires de l'entreprise, et aussi les salariés⁵⁶⁸. Peuvent donc former tierce opposition dans le délai de dix jours à compter de la dernière en date des mesures de publicités, les créanciers qui n'ont pas souscrit à l'accord et les personnes que le tribunal a dû entendre ou appeler en chambre de conseil, notamment le comité d'entreprise et les représentants du personnel⁵⁶⁹.

Observons finalement que l'homologation de l'accord de conciliation, peut être demandée en raison des avantages proposés, et ce sont souvent les créanciers qui l'exigent, notamment les banquiers et les établissements de crédit.

⁵⁵⁹ C.com., art. R.611-40, al.2.

⁵⁶⁰ C.com., art.L. 611-10, al.2.

⁵⁶¹ C.com., art.R.611-41.

⁵⁶² CPC, art. 950 et s.

⁵⁶³ C.com., art. R.611-42.

⁵⁶⁴ Décr. n°2009-160 du 12 févr. 2009, art.12.

⁵⁶⁵ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008, art. 6 ayant modifié l'article L. 611-10 du Code de commerce.

⁵⁶⁶ C.com., art. L.611-10, al.2.

⁵⁶⁷ C.com., art.R.611-43

⁵⁶⁸ P.MORVAN, « Le droit social dans la réforme des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, 1511, p.1751 et s.

⁵⁶⁹ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°57, p.81.

b. Les effets de l'homologation

178. L'homologation de l'accord de conciliation produit de véritables résultats dont les conséquences sont plutôt positifs à l'égard des parties. Ils sont de nature à protéger le débiteur, les créanciers, ainsi que ceux qui lui ont accordé leur garantie.

Le premier effet que l'on peut relever, à la lecture de l'article L.611-10 du Code de commerce français, est que l'homologation de l'accord met fin à la procédure de conciliation⁵⁷⁰. Cette mesure est issue de la loi de sauvegarde n°2005-1677 du 26 juillet 2005⁵⁷¹.

179. En outre, l'ordonnance du 18 décembre 2008⁵⁷², ayant inséré le nouvel article L.611-10-1 du Code de commerce, prévoit que l'accord homologué, pendant la durée de son exécution, interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet.

Cette mesure a été qualifiée par certains auteurs comme étant générale en ce qu'elle concerne les biens meubles et immeubles⁵⁷³. D'autres en revanche pensent qu'elle a un caractère limité du fait que la portée de cette interruption « *ne concerne que les actions ayant pour but le paiement et ne concerne pas les actions ayant un autre objet* »⁵⁷⁴.

En outre, échappent à la suspension provisoire des poursuites les inscriptions de sûretés effectuées postérieurement au jugement d'homologation pour la garantie de créance antérieure⁵⁷⁵.

L'homologation de l'accord a également pour effet d'interrompre les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord⁵⁷⁶.

180. En outre, il a été prévu également, après l'homologation de l'accord, la levée d'interdiction d'émettre des chèques à l'égard du débiteur. En effet, pour ce dernier, une telle interdiction a été ressentie comme étant un frein à l'aboutissement des objectifs de la conciliation. Une des priorités de la réforme était de rassurer le débiteur et de lui redonner sa confiance en lui. C'est pour cette raison que la levée d'interdiction d'émettre des chèques a été l'une des mesures les plus avantageuses accordée au débiteur par la loi de sauvegarde

⁵⁷⁰ C.com., art.L. 611-10, al. 1.

⁵⁷¹ Loi n° 2005-845 du 26 juil. 2005, art.7.

⁵⁷² Ord. n°2008-1345, 18 déc.2008, art. 7.

⁵⁷³ A.LIENHARD, *op.cit.* n°22.30, p.62.

⁵⁷⁴ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°61, p.83.

⁵⁷⁵ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°61, p.83.

⁵⁷⁶ C.com. art., L.611-10-1.

n°2005-845 du 26 juillet 2005. Les dispositions de l'article L.611-10-2 du Code de commerce prévoient que l'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L.131-73 du Code monétaire et financier, mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation. Cependant, afin de bénéficier de cette mesure, le débiteur doit justifier de la levée de l'interdiction d'émettre des chèques, par la remise d'une copie de jugement homologuant l'accord, à laquelle il joint un relevé des incidents de paiements⁵⁷⁷.

181. Par ailleurs, notons que les effets de l'homologation concernent également les tiers, notamment les coobligés et les garants. En effet, les personnes morales ou physiques se trouvant engagées aux côtés du débiteur dans une procédure de conciliation peuvent se prévaloir des dispositions de l'article L. 611-10-2 du Code de commerce⁵⁷⁸ précisant que, « *les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué* ». Ce texte couvre toutes les sûretés réelles ou personnelles. Une telle disposition parvient à conforter le débiteur et les proches qui lui font confiance, l'encourageant ainsi à adopter la conciliation pour sauvegarder l'entreprise en difficulté⁵⁷⁹.

182. A l'égard des créanciers signataires, l'accord de conciliation peut générer des effets directement liés à son homologation. En effet, le législateur avec la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, dans une démarche incitative à l'égard des créanciers, reconnaît à certains d'entre eux le bénéfice d'un nouveau privilège, appelé « privilège de conciliation »⁵⁸⁰. En effet, l'article L.611-11, alinéa 1^{er} du Code de commerce dans sa rédaction antérieure, indiquait que, « *en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué (.....), un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le montant de cet apport par privilège avant toutes les créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L.641-3. Dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payés, pour le prix ou de*

⁵⁷⁷ C.com., art. R.611-45, Déc. n°2009-160 du 12 févr. 2009, art.13.

⁵⁷⁸ Créé par ord.n°2008-1345 du 18 déc. 2008, art.7.

⁵⁷⁹ A.LIENHARD, *op.cit.*, n°22.31, p.22; P.M.LE CORRE, *La réforme du droit des entreprises en difficulté-commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009.*, avr.2009, n°124.1, p.60.

⁵⁸⁰ F.MACORIG-VENIER et C.SAINT-ALARY-HOUIN, « La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises » *Rev.Dr. Banc. Fin* 2006, n°2 ; P.M. LE CORRE « Le privilège de la conciliation » *Gaz.Pal.*, 7 et 8 sept 2005, p.50.

ce bien ou de ce service, par privilège avant toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation ».

Bien entendu, en introduisant ce privilège, le législateur souhaite avant tout redresser la situation de l'entreprise en fidélisant les créanciers ayant apporté de nouveaux fonds ou services au débiteur pour la sauvegarde de l'entreprise. Cependant, cette mesure présentait certaines ambiguïtés quant à la position des créanciers titulaires du privilège, dont la créance était née après l'ouverture de la procédure de conciliation et avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou liquidation judiciaire⁵⁸¹.

Une autre ambiguïté a été d'ailleurs confirmée par certains auteurs qui pensent que ce type de mesure, inspirée du régime américain, et posée par le chapitre 11, intervient au moment de la procédure de sauvegarde⁵⁸².

Ces imprécisions ont néanmoins été corrigées. En effet, les conditions d'obtention du privilège de conciliation ont fait l'objet d'une modification par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008⁵⁸³. Désormais, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L.611-8 du Code de commerce, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L.622-17 et au II de l'article L. 641-13 du Code de commerce.

Dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service⁵⁸⁴.

Il est clair que le but de ce privilège est d'inciter les créanciers à participer à la conclusion d'un accord de conciliation⁵⁸⁵, tout en respectant un certain équilibre entre eux. Cependant, pour que ce privilège puisse être accordé, certains critères doivent être respectés, notamment la condition d'homologation de l'accord et l'apport en trésorerie de l'argent frais ou la fourniture d'un bien ou d'un service⁵⁸⁶.

⁵⁸¹ F.MACORIG-VENIER, *art. préc.*, p. 443.

⁵⁸² J.STOUFFLET et N.MATHEY, *art.préc.*, p. 55.

⁵⁸³ Ord, n° 2008- 1345, 18 déc. 2008, art. 8.

⁵⁸⁴ C.com., art. L.611-11, nouveau, modifié par ord..n°2008-1345, du 18 déc. 2008, art. 8.

⁵⁸⁵ C.SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, éd 2009, n°326, p.169; P.M. LE CORRE, *art.préci.*, p.50.

⁵⁸⁶ C.com., art. L. 611-11.

En effet, le privilège de conciliation ne sera accordé que si l'accord est homologué. Autrement dit, l'accord simplement constaté ne permet pas aux signataires de bénéficier de ce privilège. En ce sens, seul le tribunal ayant autorisé l'homologation de l'accord, pouvait être en mesure d'accorder ce privilège de conciliation en cas d'ouverture d'une procédure collective⁵⁸⁷. De la sorte, aucun privilège dissimulé ne peut naître, étant donné que, l'homologation est suivie d'une publicité obligatoire du jugement. Selon l'article R.611-40 alinéa 3 du Code de commerce, le jugement mentionne le montant des créances garanties par le privilège de conciliation.

Le privilège de conciliation suppose également l'apport en trésorerie ou la livraison de biens ou de services. Ces derniers doivent être consentis dans l'accord, c'est-à-dire pendant sa préparation, et doivent avoir pour objectif de permettre le redressement et la pérennité de l'entreprise. Cette solution résultant expressément de l'article L.611-11 du Code de commerce signifie précisément que les apports en trésorerie doivent servir à la poursuite de l'activité de l'entreprise et au maintien de l'emploi.

L'article L.611-11, alinéa 3 du Code de commerce, précise également que, les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leur concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation. En ce sens, les livraisons antérieures à l'accord de conciliation effectuées par les fournisseurs ne pourront pas être couvertes par le privilège, même si ces derniers accordent des délais de paiements.

Si ces conditions sont respectées, les créanciers concernés jouissent d'un privilège leur permettant de figurer en très bonne place lorsque le débiteur est soumis à une procédure collective ultérieure⁵⁸⁸. Pour cela, ils doivent déclarer leur créance en indiquant leur privilège⁵⁸⁹, sauf à s'exposer à ce qu'ils ne soient pas opposables dans la procédure collective, selon la solution posée en matière de déclaration de créance⁵⁹⁰.

Ce privilège est systématiquement demandé par les banquiers qui acceptent d'apporter de l'argent frais à l'entreprise⁵⁹¹.

En revanche, le privilège de conciliation n'est pas accordé aux associés et actionnaires ayant participé à une augmentation de capital⁵⁹².

⁵⁸⁷ P.M.LE CORRE, *Droit et pratiques des procédures collectives*, Dalloz action éd 2010-2011, n° 144-42, p.237.

⁵⁸⁸ V. article L.622-17 en cas de sauvegarde ou de redressement et article 641-13 en cas de liquidation judiciaire.

⁵⁸⁹ C.com., art. L. 611- 1, al.2.

⁵⁹⁰ En ce sens V. P. LE CANNU, *op.cit*, n° 148 ; L.C. HENRY, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev.proc.coll.*2008, p. 20 s., sp.p .23, n°11.

⁵⁹¹ J.B.DRUMEN., « La détection précoce des difficultés des entreprises », Table ronde, *Rev.Proc.Coll*, janv-févr 2010, p. 51.

⁵⁹² C.com., art. L.611-11, al. 3.

Ce privilège de conciliation peut être considéré comme l'une des mesures les plus importantes de la procédure de conciliation. La volonté du législateur français est de chercher un équilibre entre l'intérêt de l'entreprise et celui des créanciers.

183. En outre, un effet très important résultant de l'homologation de l'accord de conciliation, réside pour les créanciers, dans l'impossibilité de remonter la date de cessation des paiements antérieurement à la date d'homologation de l'accord de conciliation. Autrement dit, si en cas d'échec de la procédure de conciliation, la période suspecte ne peut débiter avant l'homologation de l'accord, et les actes accomplis par les parties ne peuvent être annulés⁵⁹³. Mentionnée par l'article L.631-8 du Code de commerce, cette mesure peut servir de garantie et de sécurité à l'égard des créanciers signataires de l'accord, sauf bien entendu en cas de fraude. Cette nouvelle règle remet en cause la position prise par la Cour de cassation qui avait décidé que « ni l'ordonnance ouvrant le règlement amiable, ni l'ordonnance suspendant les poursuites, ni l'ordonnance homologuant l'accord amiable n'ont l'autorité de la chose jugée quant à la fixation de la date de cessation des paiements »⁵⁹⁴.

Certes, l'exclusion du report de la date de cessation des paiements à une date antérieure à la décision définitive de l'homologation de l'accord apporte une réelle crédibilité à l'accord de conciliation, car elle n'expose pas les créanciers au jeu des nullités des actes accomplis en phase de recherche de l'accord de conciliation⁵⁹⁵. Cette nouvelle règle est soutenue par une frange de la doctrine qui caractérise une telle mesure de « *technique de blanchiment des actes passés au cours de la période suspecte* »⁵⁹⁶.

184. Par ailleurs, concernant les effets de l'homologation à l'égard des créanciers non signataires, la formulation de l'ancien texte permettait l'application des dispositions de l'article 1244-1 et suivants du Code civil aux créanciers non signataires, au jour de l'homologation⁵⁹⁷. Cependant, cette ambiguïté a été levée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 ayant précisé que les dispositions des articles 1244-1 à 1244-3 ne peuvent pas être imposés aux créanciers non signataires de l'accord de conciliation au stade de

⁵⁹³ P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°144-45, p. 238 ; J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°66, p.89 ; A.LIENHARD, *op.cit.* n°22.33, p.64.

⁵⁹⁴ Cass.com, 14 mai 2002, *bull civ IV*, n°87, D.2002, AJ 1837, Obs.A.LIENHARD, D.2003.614, note V.MARTINEAU- BOURGHINAUD, *JCP E* 2002, n°39, p.1520, obs.Ph. PETEL, *Rev.jur.com.* 2002.412 note M.ARMAND-PREVOST, *RTD com.* 2002.532, n1.

⁵⁹⁵ P.M. LE CORRE., *op.cit.*, n°144-45, p.238.

⁵⁹⁶ B.SOINNE, « La réforme des procédures collectives: la confusion des objectifs et des procédures. Premier aspect: la prévention », *Rev. Proc. Coll.* 2004, p.2, n°6.

⁵⁹⁷ Ph.ROUSSEL GALLE, « “ Être” ou “avoir été” » à propos de l'application des articles 1244-1 et suivants du Code civil lors de l'homologation de l'accord de conciliation », *L.P.A.*, 11 août 2008, n°160, p.5 ; Ph.PETEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II—commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *JCP E* 2009, 1049, n°8.

l'homologation⁵⁹⁸. De ce fait, l'homologation de l'accord de conciliation n'a pas d'effets sur les créanciers non signataires de l'accord. C'est ce qui ressort de la lecture de l'article L.611-8-3 du Code de commerce. La règle de l'effet relatif justifie la solution adoptée par le texte.

185. Ensuite quand aux personnes appelées à bénéficier de l'accord homologué, le législateur pense aux coobligés, cautions et personnes ayant consenti une garantie autonome sans que, à cet égard, la loi fasse une différence entre les personnes physiques et les personnes morales : les deux bénéficient des délais de remises résultant de l'accord homologué ainsi que de la suspension provisoire des poursuites⁵⁹⁹.

186. Notons enfin qu'il s'agisse de la procédure du règlement amiable ou de conciliation, leur aboutissement n'est pas toujours garanti. Dans ce cas là, nous nous interrogeons sur le contenu de la loi, marocaine et française, en cas d'échec de la procédure du règlement amiable ou de la conciliation.

Section 2. L'échec des procédures de règlement amiable et de la conciliation

187. La procédure du règlement amiable, comme la conciliation, a été organisée par les législateurs marocains et français de manière à permettre le redressement amiable des difficultés des entreprises. En effet, son aboutissement se trouve entre les mains des parties, à savoir le débiteur et les créanciers. Le premier devant apporter les garanties nécessaires pour convaincre les seconds à signer un accord avec lui, et ces derniers doivent manifester leur volonté de coopérer avec le débiteur en lui accordant des délais de paiements ou des remises de dettes. Or, en dépit des moyens mis en œuvre, par les législateurs marocain et français, afin de faciliter la réalisation d'un accord amiable, cet objectif n'est pas toujours facile à atteindre. De ce fait, l'échec des procédures de règlement amiable et de la conciliation peut être observé à deux niveaux : au moment des négociations visant la signature d'un accord amiable (§1), ou pendant son exécution (§2).

§1. L'échec des procédures de règlement amiable et de la conciliation pendant les négociations

188. Les procédures de règlement amiable et de la conciliation, telles qu'elles sont organisées, par les textes marocain et français, doivent aboutir à la conclusion d'un accord. Toutefois, il arrive que la signature d'un accord devienne difficile, voire impossible dans

⁵⁹⁸ Ord. n°2008-1345, du 18 déc. 2008, art.5.

⁵⁹⁹ C.com., art. L. 611-10-2, ord. n°2008-1345, du 18 déc. 2008, art.7.

certain cas (A). Et quand bien même les parties se mettraient d'accord sur les moyens et les possibilités de redresser la situation de l'entreprise, et que les négociations finiraient par concrétiser un accord, ce dernier pourrait être rejeté pour homologation par le président du tribunal (B).

A. Absence de la signature d'un accord

189. Il arrive parfois que les négociations entre le débiteur et ses créanciers n'aboutissent pas à la conclusion d'un accord. Cette situation est souvent imputable à la résistance de certains créanciers, ne souhaitant pas s'engager dans une procédure amiable.

Le législateur marocain ne prévoit pas cette situation et ne donne, par conséquent, aucune solution à l'impossibilité de la réalisation d'un accord amiable entre les parties, car seuls ces derniers peuvent en décider.

Le législateur français en revanche, prévoit que si les parties ne parviennent pas à conclure un accord, le conciliateur doit établir un rapport qu'il présentera au président du tribunal. Ce dernier notifie au débiteur sa décision qui met fin à la mission du conciliateur, ainsi qu'à la procédure de conciliation⁶⁰⁰.

Il est clair que l'absence de la signature d'un accord amiable ou de conciliation est un échec; mais à notre avis, elle ne doit pas empêcher le débiteur de tenter à nouveau de conclure un autre accord, à condition toutefois que l'entreprise ne soit pas en état de cessation de paiements, et que le débiteur attende l'écoulement d'un délai de trois mois, notamment selon le droit français, avant d'en faire la demande⁶⁰¹. Précisons, dans ce cas, le débiteur demeure libre de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de sauvegarde⁶⁰². En effet, selon l'article L.631-4, alinéa 2 du Code de commerce si le débiteur n'est pas en cessation des paiements, la procédure de sauvegarde lui est clairement ouverte, ainsi que le prévoit l'article L.621-1 alinéa 4 du Code de commerce. En ce cas, la demande ne pourra être examinée qu'en présence du parquet, afin de vérifier que la procédure de conciliation n'a pas été antérieure de plus de dix huit mois⁶⁰³.

Cette nouvelle disposition a pour intérêt de clarifier l'ambiguïté qui existait sous l'ancienne législation régissant le règlement amiable. Cette solution, à l'exemple de la technique

⁶⁰⁰ C.com., art. L.611-7, al.5.

⁶⁰¹ C.com., art. L.611-6, al.2.

⁶⁰² A.JAQUEMONT., *op.cit.*, n°254, p.129 ; P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°143.21, p.223.

⁶⁰³ C.com., art. L.621-1, al. 4.

américaine du « cram down » peut permettre aux créanciers hésitants de coopérer pour soutenir le débiteur⁶⁰⁴.

Par ailleurs, lorsque le débiteur estime que la signature d'un accord est impossible, et que la situation de l'entreprise est détériorée, il doit faire une déclaration de cessation des paiements et demander l'ouverture d'une procédure collective⁶⁰⁵.

B. Absence d'homologation de l'accord

190. L'échec de la procédure du règlement amiable peut également résulter de l'absence d'homologation de l'accord par le président du tribunal. Un tel cas peut être observé essentiellement en droit marocain, car l'homologation de l'accord amiable n'est pas obligatoire, étant donné que cette dernière est subordonnée au nombre de créanciers signataires. En effet, comme le précisent les termes de l'article 556 du Code de commerce, « *si l'accord est conclu avec tous les créanciers, il est homologué par le président du tribunal puis déposé au greffe. Si un accord amiable est signé avec les principaux créanciers, le président du tribunal peut l'homologuer et accorder au débiteur des délais de paiement pour les créances non incluses dans l'accord* ». Rappelons que dans ce cas, c'est le président du tribunal qui détient le pouvoir d'appréciation, car même en l'absence d'un conciliateur, le débiteur avec les créanciers peut présenter un accord à l'homologation.

Comme on peut le constater, en droit marocain, le président du tribunal se réserve le pouvoir d'homologuer ou de rejeter un accord amiable. Cette situation d'incertitude peut être à l'origine de l'échec de la procédure du règlement amiable. C'est ce qui explique que dans la pratique, une clause est fréquemment insérée dans l'accord pour faire de son homologation une condition exécutoire. Cette authentification, selon certains créanciers, répond à la logique selon laquelle le règlement amiable constitue une démarche contractuelle qui doit se dérouler sous la surveillance de la justice. Car, nombreux sont les créanciers qui par manque de confiance, une fois l'accord rejeté par le président du tribunal, demandent l'annulation de l'accord amiable et l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, par manque de confiance.

Il va sans dire que l'homologation de l'accord du règlement amiable lui donne la force obligatoire d'exécution. Il est cependant regrettable que la position du législateur marocain ne soit pas précise sur ce point.

⁶⁰⁴ Lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, www.ocedccip.fr, juin 2010, n °32.

⁶⁰⁵ C.com., art. 563 et C.com., art. L.631-4, al.2.

En droit français, la loi est en revanche plus souple sur cette question. Elle propose deux alternatives aux parties lors de la conclusion d'accord de conciliation : le débiteur qui souhaite consolider ses engagements, tout en étant conscient de la publication de la décision du tribunal, opte pour l'homologation de l'accord de conciliation, à condition que l'accord réponde aux critères de l'homologation⁶⁰⁶. Au contraire, le débiteur qui souhaite maintenir la confidentialité de la procédure préfère, en général, la constatation de l'accord de conciliation tout en tenant compte, bien évidemment, de l'avis de ses créanciers. De ce fait, même si le débiteur n'obtient pas l'homologation de l'accord, cela n'exclut pas qu'il peut demander sa constatation, à la seule condition que l'entreprise ne soit pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.

Et quand bien même l'homologation ou la constatation de l'accord serait accordée par le président du tribunal, l'échec de l'accord amiable peut parvenir pendant son exécution.

§2. L'échec des procédures de règlement amiable et de la conciliation pendant l'exécution de l'accord

191. En principe, le contenu de l'accord doit être exécuté conformément aux clauses précisées par les parties. Mais il arrive parfois que le débiteur se trouve dans l'incapacité d'exécuter ses engagements. Dans ce cas, la position des législateurs marocain et français est claire **(A)**. Mais, l'échec de l'accord est dû parfois à l'ouverture d'une procédure collective **(B)**.

A. L'inexécution des engagements du débiteur

192. Le débiteur doit assumer tous les engagements auxquels il a consenti conformément aux clauses mentionnées dans l'accord. Dans le cas contraire, les textes marocain⁶⁰⁷ et français⁶⁰⁸ prévoient la résolution de l'accord. Or, faute de précision, par les deux textes, concernant la nature des obligations non respectées par le débiteur, ces dernières peuvent être de natures différentes. Elles peuvent être sociales, économiques, voire même juridiques. Ainsi, il peut s'agir de l'inexécution d'une obligation de payer, de l'inexécution de contracter des emprunts,

⁶⁰⁶ V.C.com., art. L.611-7,al.2.

⁶⁰⁷ C.com, art, 558.

⁶⁰⁸ C.com, art. L.611-10-3.

ou encore de l'inexécution relative au plan social⁶⁰⁹. Globalement, il peut s'agir du non respect de changement stratégique et économique auquel le débiteur a consenti.

Il est vrai que cette imprécision permet de prononcer la résolution de l'accord, quelle que soit la nature de l'engagement non exécuté par le débiteur, et elle ne doit pas être négligeable, compte tenu du fait qu'elle peut avoir l'avantage de permettre au débiteur de respecter l'ensemble de ses engagements.

Remarquons qu'en droit français, sous l'ancienne législation régissant le règlement amiable, l'article L.611-4 du Code de commerce faisait référence à l'inexécution des engagements financiers. Cette disposition a disparue avec la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005⁶¹⁰. De ce fait, l'accord de conciliation peut ainsi être résolu quels que soient les engagements non respectés par le débiteur, c'est leur importance qui sera déterminante pour donner lieu à la résolution de l'accord, ce qui laisse au tribunal un pouvoir d'appréciation concernant la question⁶¹¹.

Certains auteurs pensent qu'une fois constatée, l'inexécution des engagements, quelle que soit leur nature, doit donner lieu à la résolution de l'accord⁶¹².

A notre avis, l'inexécution des engagements du débiteur doit se limiter aux clauses précisées dans l'accord. Elle peut donc concerner l'ensemble des clauses de l'accord, comme elle peut se limiter à une seule.

193. Toutefois, nous nous demandons si le débiteur a la possibilité d'opter pour une renégociation de l'accord s'il estime que certains éléments doivent être revus avec les créanciers. Le texte marocain ne donne pas de réponse à cette question.

Certains auteurs pensent qu'une nouvelle négociation peut être envisagée, pourvu que les créanciers accordent au débiteur une seconde chance et que le président du tribunal l'accepte⁶¹³.

Le professeur Hassania CHERKAOUI estime que le débiteur peut renégocier un nouvel accord si l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements, même si la nomination d'un conciliateur n'a pas eu lieu⁶¹⁴.

⁶⁰⁹ Kh.BENKIRANE., *op.cit.*, p. 102; Z.AYADI., *op.cit.*, p.113; P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°136-11, p.172; A.JAQUEMONT., *op.cit.*, n°255, p.129.

⁶¹⁰ Loi. n° 2005-845 du 26 juillet 2005, art. 7.

⁶¹¹ F.VINCKEL, « L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté : analyse des risques » *L.P.A* 12 juin 2006, n°116, p.7 et s ; sp.p.12, n°14.

⁶¹² I.ROHART-MESSAGER.,« L'amélioration de la prévention » *Gaz.Proc.Coll.*n° sp, 6 et 7 mars 2009, p. 5 et s., sp.p.8 ; M.JEANTIN et P.LE CANNU.,*op.cit.*, n°144, p. 102.

⁶¹³ M.JEANTIN et P. LE CANNU, *op.cit.*, n°141, p. 101 ; A. CHOUKRI-SBAAI, *op.cit.*, p.293.

⁶¹⁴ H.CHERKAOUI, *op.cit.*, p. 255.

D'autres auteurs suggèrent que les parties soient entendues par le tribunal, afin d'apprécier avec le débiteur, le conciliateur et l'ensemble des parties prenantes la nature des difficultés rencontrées, voire même prononcer l'exécution forcée⁶¹⁵.

Peu importe la nature de l'engagement pris par le débiteur, dès lors qu'il n'est pas respecté et qu'une demande de résolution a été formulée par l'un des créanciers, le tribunal ou le président du tribunal selon la nature de l'accord, n'a pas le pouvoir d'appréciation, il prononce la résolution de l'accord.

En dépit de la faveur accordée au débiteur, dans le but de redresser sa situation financière, ce dernier n'a pas respecté ses engagements, il est tout à fait normal que la résolution soit la solution la plus adéquate pour remédier aux conséquences subies par les créanciers.

1. La résolution de l'accord

194. Les dispositions du dernier alinéa de l'article 558 du Code de commerce marocain précisent qu'en cas d'inexécution des engagements résultant de l'accord amiable, le tribunal prononce la résolution de celui-ci, ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé. Ces dispositions visent l'accord, que sa nature soit homologuée ou non.

La résolution de l'accord amiable est la conséquence directe de l'inexécution des engagements pris par le débiteur, car la raison d'être de l'accord disparaît. Cependant, les dispositions du texte ne précisent ni les modalités de résolution, à savoir la partie ayant le droit de formuler la demande de résolution de l'accord, ni la procédure devant être suivie au sein du tribunal.

Toutefois, il semble évident que ceux qui peuvent souffrir de l'inexécution de l'accord amiable sont bien évidemment les créanciers signataires⁶¹⁶, d'autant plus qu'ils sont les seuls à avoir la possibilité d'obtenir un exemplaire de l'accord amiable après la signature⁶¹⁷.

D'ailleurs comme le mentionne le professeur M.ALAMI-MACHICHI « *le débiteur est doublement surveillé, par le tribunal et par les créanciers* »⁶¹⁸. Si le débiteur ne respecte pas ses engagements, les créanciers n'hésiteront pas à saisir le président du tribunal pour demander la résolution de l'accord.

Toutefois, devant le silence du texte, concernant le déroulement de la procédure de résolution de l'accord, l'on pense qu'elle est la même que celle relative aux conditions générales des contrats. Le tribunal de commerce est compétent dans ce cas, conformément à l'article 11 de

⁶¹⁵ F.X.LUCAS et H.LECUYER, *art.préc.*, p.13.

⁶¹⁶ A.ELHAMMOUMI, *op.cit.*, p. 43.

⁶¹⁷ C.com., art. 559.

⁶¹⁸ A.ALAMI-MACHICHI, *op.cit.*, p. 539.

la loi n°53-95 du 12 février 1997, relative à la création des tribunaux de commerce⁶¹⁹, ce qui explique que la procédure a une nature contentieuse. Une assignation peut alors, par principe, s'avérer nécessaire. Le juge appréciera s'il y a lieu de prononcer la résolution de l'accord en fonction du manquement constaté, mais, il est préférable que le juge puisse entendre les parties, afin d'apprécier la nature et l'importance de l'engagement non respecté par le débiteur, avant de prononcer la résolution de l'accord.

En pratique, les parties insèrent une clause mentionnant qu'en cas d'inexécution des engagements, la résolution de l'accord peut avoir lieu de plein droit.

195. Contrairement à la solution exposée par le droit marocain, le droit français prévoit également la résolution de l'accord de conciliation en cas d'inexécution de la part du débiteur, mais d'une manière plus précise. En effet, il a pris le soin de distinguer la résolution de l'accord de conciliation, selon que ce dernier est simplement constaté ou homologué⁶²⁰.

La résolution de l'accord simplement constaté est mentionnée par l'article L.611-10-3 du Code de commerce qui prévoit que, si l'accord a été constaté, toute partie signataire peut saisir le tribunal pour qu'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord.

La résolution de l'accord constaté suppose donc le manquement d'une obligation grave⁶²¹.

La procédure est de nature contentieuse. La demande de résolution, telle qu'elle est décrite par l'article R.611-46 du Code de commerce, modifié par le décret n°2009-160 du 12 février 2009, en application de son article 14, est formée par assignation. Toutes les parties à l'accord ainsi que les créanciers auxquels les délais de paiement ont été imposés en application du cinquième alinéa de l'article L.611-7 sont mis en cause par le demandeur, le cas échéant sur injonction du tribunal.

Le jugement statuant sur la demande de résolution de l'accord constaté est communiqué au ministère public et notifié par le greffier aux créanciers signataires et spécialement ceux qui ont accordé des délais de grâce au débiteur et des remises de dettes⁶²². En revanche, ce jugement ne fait pas l'objet d'une publicité par le greffier du tribunal⁶²³.

Quant à la résolution de l'accord homologué, cette dernière obéit aux mêmes règles que celles posées pour l'accord constaté. Elle est traitée également par le nouvel article L.611-10-3 du

⁶¹⁹ Kh.BENKIRANE, *op.cit.*, p. 102; A.CHOUKRI-SBAALI, *op.cit.*, p. 288.

⁶²⁰ Ord. n°2008-1345, 18 déc. 2008, art 7, C.com., L.611-10-3, al.2.

⁶²¹ P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n° 145-12, p. 248.

⁶²² C.com. R.611-46, al.2.

⁶²³ C.com. R.611-46, der. al.

Code de commerce⁶²⁴, précisant que toute partie signataire peut saisir le tribunal pour qu'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord.

La résolution de l'accord peut alors être demandée par l'une des parties. Il peut alors s'agir du débiteur comme des créanciers. Généralement, la demande de résolution de l'accord provient essentiellement des créanciers signataires, lorsque ceux-ci constatent que le débiteur ne respecte pas ses engagements⁶²⁵. Or, elle peut, dans certains cas, résulter du débiteur, notamment lorsque ce dernier ne trouve aucun moyen de poursuivre ses engagements⁶²⁶. En revanche, ce droit n'est pas reconnu au ministère public, ni au tribunal d'office⁶²⁷.

La demande de résolution provenant de l'un des créanciers signataires de l'accord, est considérée comme étant de nature contentieuse, ce qui exclu la technique de la requête. Elle est formée par voie d'assignation⁶²⁸. Le tribunal constate l'inexécution et prononce la résolution.

Certains auteurs pensent que la résolution judiciaire d'un accord homologué suppose que l'inexécution soit suffisamment lourde de conséquences sur les intérêts des créanciers⁶²⁹, dans ce cas, le juge saisi par l'un des créanciers peut ne pas prononcer la résolution de l'accord lorsque ce dernier est partiellement exécuté et il lui appartient d'apprécier l'importance de l'inexécution, conformément au droit commun (art 1184 C.civ)⁶³⁰.

D'autres au contraire, jugent que la résolution devient obligatoire dès que l'inexécution des engagements est constatée⁶³¹.

Toutes les parties à l'accord sont mises en cause par le demandeur, le cas échéant, sur injonction du tribunal⁶³². Cette précision légale est utile, dans la mesure où les délais de paiements peuvent être imposés à des créanciers non signataires de l'accord, durant les négociations de l'accord de conciliation, prévues par l'article L.611-7 du Code de commerce⁶³³. Les créanciers doivent alors être présents pour faire valoir leurs droits.

⁶²⁴ Créé par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, art.7.

⁶²⁵ Ph. ROUSSE GALLE., *op.cit.*, n°255, p.129.

⁶²⁶ M.JEANTIN et P.LE CANNU., *op.cit.*, n°143, p. 100 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°333, p. 173.

⁶²⁷ C.SAINT-ALARY-HOUIN., *op.cit.*, n°332, p. 173.

⁶²⁸ C.com., art.R.611-46.

⁶²⁹ P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n° 145.10, p.246.

⁶³⁰ A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°100, p.57.

⁶³¹ I.ROHART-MESSAGER., *art. préc.*, p.8.

⁶³² C.com., art.R. 611-46, al.1.

⁶³³ P.M.LE CORRE., *op.cit.*, n°145-10, p. 246 ; M.JEANTIN et P.LE CANNU.,*op.cit.*, n°144, p.102; Ph.ROUSSEL GALLE., *op.cit.*, n°256, p.129.

Le jugement rendu est communiqué au ministère public et notifié aux créanciers parties à l'accord⁶³⁴. Ceux-ci ayant consenti des délais de grâce, seront ensuite informés du jugement de la résolution par les soins du greffier⁶³⁵.

Le jugement prononçant la résolution de l'accord homologué fait l'objet d'un avis d'insertion au *BODAC* et dans un journal d'annonces légales⁶³⁶.

2°. Les effets de la résolution de l'accord

196. En droit marocain, les effets de la résolution de l'accord amiable s'appliqueront d'abord à l'égard du débiteur qui n'a pas respecté ses engagements, ensuite à l'égard des créanciers. En effet, il est mentionné clairement par l'article 558 du Code de commerce que l'inexécution des engagements du débiteur produit la déchéance de tout délai de paiements accordé par les créanciers. Ce qui peut se comprendre à notre sens, car il n'est pas concevable que ces délais, ayant été essentiellement prévus pour favoriser l'exécution de l'accord, restent maintenus alors que le débiteur n'est pas en mesure de respecter ses engagements

En effet, une fois saisi, le tribunal est amené à prononcer la résolution de cet accord ainsi que la déchéance de tout délai de paiement consenti. Peu importe que ces délais aient été prévus pendant les négociations de l'accord par les parties, ou qu'ils aient été autorisés par le juge, leur déchéance doit avoir lieu.

Néanmoins, une question se pose concernant le recouvrement des créances. L'article 558 du Code de commerce ne précise pas si les créanciers doivent recouvrer l'intégralité de leurs créances et sûretés.

Cependant, l'on pense qu'il n'est pas non plus raisonnable que les créances et sûretés ne soient pas restituées aux créanciers. Selon nous, la déchéance des délais des paiements doit être accompagnée d'un recouvrement de l'intégralité des créances, déduction faite des sommes déjà payées; car conformément aux dispositions du droit commun⁶³⁷, les créanciers souffrent réellement de l'inexécution des engagements, la moindre des choses étant de leur restituer leurs créances et sûretés.

Ensuite, les effets de la résolution de l'accord permettront aux créanciers, ayant signé l'accord amiable, de retrouver l'ensemble de leurs droits ayant été suspendus pendant la durée de l'exécution de l'accord, notamment le droit d'engager des poursuites individuelles⁶³⁸.

⁶³⁴ C.com., art. R.611-46, al 2- anc Décr.28 déc. 2005, art. 39, al. 2.

⁶³⁵ C.com., art. R. 611-46, al.3.

⁶³⁶ C.com., art. R. 611-46.

⁶³⁷ D.O.C., art. 259 et 263.

⁶³⁸ A.EL.HAMMOUMI, *op.cit*, n°18, p.43.

197. En droit français, les effets de la résolution de l'accord constaté sont les mêmes que ceux prévus pour l'accord homologué. Il résulte des dispositions de l'article L.611-10-3 du Code de commerce que, le président du tribunal qui décide la résolution de l'accord de conciliation constaté peut aussi prononcer la déchéance de tout délais de paiement accordé en application de l'article L.611-7 du Code de commerce, notamment ceux pris en application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

Remarquons toutefois que l'article L.611-10-3 du Code de commerce prévoit la déchéance des délais de paiement comme étant une faculté attribuée au tribunal. Elle n'est pas automatique comme sous l'empire de l'ancienne loi, ce qui ne signifie pas que le texte interdit au tribunal de la décider d'office⁶³⁹. Les créanciers ont donc intérêt d'en faire la demande⁶⁴⁰.

Par ailleurs, les dispositions de l'article L.611-10-3 du Code de commerce ne donnent aucune précision sur les remises de dettes, l'on ne sait donc pas si elles demeurent, ou si elles sont également échues à la suite de la résolution de l'accord de conciliation. Devant le silence du texte, certains auteurs pensent que les remises de dettes risquent d'être anéanties, car leur mise en œuvre se trouve dans l'inexécution par le débiteur⁶⁴¹.

En outre, la résolution de l'accord de conciliation peut également avoir des conséquences sur les contrats annexes (fournitures de biens ou services), qui n'auraient pas été exécutés par le débiteur à moins qu'ils ne soient considérés comme séparables. Mais cette hypothèse ne peut être privilégiée, dans la mesure où ces contrats ont été conclus en vue d'assurer la continuité de l'exploitation de l'entreprise⁶⁴².

En revanche, la résolution de l'accord ne peut anéantir le privilège de conciliation, tant que ses bénéficiaires ont encore une créance.

La résolution de l'accord, constaté ou homologué, permet aux créanciers de retrouver l'ensemble de leur droit suspendus par l'accord, dont le droit d'engager des poursuites individuelles contre l'entreprise débitrice.

Par ailleurs, l'ouverture d'une procédure collective peut être aussi une cause de l'échec d'une procédure amiable, notamment si le débiteur se trouve dans une situation de cessation des paiements.

⁶³⁹ A.LIENHARD, *op.cit.*, n°22.42, p.68.

⁶⁴⁰ P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°145-10, p. 247 ; F.MACORIG-VENIER, « Entreprises en difficulté prévention et règlement amiable », *RTD.Com.*, avr/juin 2009, p. 445.

⁶⁴¹ C.SAINT-ALARY-HOUIN., « La procédure de conciliation », *Rev.Proc.Coll.*2006, p. 169 ; M.JEANTIN et P.LE CANNU., *op.cit.*, n°145, p.102.

⁶⁴² M.JEANTIN et P.LE CANNU., *op.cit.*, n°145, p.102.

B. L'ouverture éventuelle d'une procédure collective

198. En droit marocain, l'ouverture d'une procédure collective est prévue à l'égard du débiteur qui n'est pas en mesure de payer à l'échéance ses dettes, y compris celles qui sont nées dans le cadre d'un accord amiable. Cette solution est prévue par l'article 560 du Code de commerce. En ce sens, le tribunal peut ouvrir d'office une procédure collective car le débiteur se trouve en cessation des paiements⁶⁴³.

199. En droit français, l'inexécution des engagements pris par le débiteur dans le cadre d'un accord de conciliation n'entraîne plus automatiquement l'ouverture d'une procédure collective, comme sous l'ancienne législation⁶⁴⁴. Cette sanction a disparue avec la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. La démarche du législateur français est de permettre la sécurisation du déroulement des négociations dans le cadre d'une procédure de conciliation. En effet, le débiteur ne pourra pas être assigné en redressement judiciaire par un créancier, dans le cas de non respect de ses obligations⁶⁴⁵. A travers cette mesure, le législateur français souhaite éviter qu'une procédure de redressement, à l'initiative d'un créancier n'ayant pas connaissance du déroulement de la procédure de conciliation, soit ouverte alors que des négociations sont en cours avec la majorité des créanciers. L'ouverture d'une procédure collective ne peut donc être prononcée que lorsque la cessation des paiements a eu lieu, ou, lorsque la saisine du tribunal est faite par le débiteur lui-même⁶⁴⁶. Ce dernier se trouvant dans l'incapacité d'exécuter ses engagements et estimant qu'il est proche d'un état de cessation de paiement, peut éventuellement demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, au tribunal compétent, mais il n'a aucune obligation de déposer le bilan. L'ouverture d'une procédure collective est soumise à des conditions (1) et produit des effets à l'égard des parties (2).

1°. Conditions et modalités

200. En principe, l'ouverture d'une procédure collective doit être demandée, selon le droit marocain, par le débiteur qui n'est plus en mesure de respecter ses engagements, dans les quinze jours qui suivent la déclaration de la cessation des paiements⁶⁴⁷. Cependant, si ce

⁶⁴³ C.com., art. 563.

⁶⁴⁴ Loi du 25 janv 1985, art.5, C.com, art. L.623-3.

⁶⁴⁵ C.com., art .L. 631-5.

⁶⁴⁶ P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°145-21, p.247.

⁶⁴⁷ C.com., art.560.

dernier ne le fait pas, le tribunal peut soit être saisi d'office, soit à la demande d'un créancier, soit sur requête du ministère public⁶⁴⁸, et ce quelle que soit la nature de la créance.

Cette mesure est applicable à tout commerçant, à tout artisan et à toute société commerciale, qui n'est pas en mesure de payer à l'échéance les dettes exigibles, y compris celles qui sont nées de ses engagements conclus dans le cadre de l'accord amiable prévu à l'article 556 du Code de commerce.

201. En droit français, l'article L.631-4, alinéa 2 du Code de commerce n'envisage que la saisine d'office du tribunal. Cependant, cela n'exclut pas, qu'en cas de cessation des paiements entraînant l'échec de la procédure de conciliation, d'autres personnes peuvent saisir le tribunal pour demander l'ouverture de la procédure collective⁶⁴⁹.

L'ouverture d'une procédure collective peut avoir des conséquences lourdes sur la situation du débiteur, c'est ce qui explique que la demande d'ouverture d'une procédure collective ne peut être examinée qu'en présence du parquet, plus spécialement, pour vérifier si la procédure de conciliation n'est pas antérieure à dix huit mois⁶⁵⁰. En outre le tribunal peut obtenir la communication des pièces et actes relatifs à la procédure de conciliation⁶⁵¹. L'obligation de confidentialité imposée par l'article L.611-15 du Code de commerce est alors levée, car il s'agit de clarifier la situation financière de l'entreprise⁶⁵².

2°. Effets de l'ouverture d'une procédure collective

202. En droit marocain, l'ouverture d'une procédure collective met fin de plein droit à la procédure du règlement amiable, même si le texte marocain ne le précise pas expressément.

L'article 560 du Code de commerce indique seulement l'ouverture de la procédure si le débiteur n'exécute pas les engagements prévus dans l'accord amiable, sans faire référence au paiement des créanciers.

Quant à l'article 563 du même Code, il se borne à préciser la procédure, sans soulever la question du recouvrement des créances.

203. En droit français, une fois autorisée, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué en application de l'article L.611-12 du Code de commerce, c'est-à-dire sans l'intervention du juge ayant statué sur l'accord de conciliation⁶⁵³. Néanmoins, le jugement

⁶⁴⁸ C.com., art. 563.

⁶⁴⁹ P. LE CANNU, *op.cit.*, n°91.

⁶⁵⁰ C.com., art.L.621-1, al. 4.

⁶⁵¹ C.com., art.L.621-1, dern.al

⁶⁵² M.JEANTIN et P. LE CANNU., *op.cit.*, n°146, p.103.

⁶⁵³ *Rapp.préci.* J-J.HYEST, n°335, p.139.

d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire peut mettre un terme à l'accord, sans impliquer sa résolution⁶⁵⁴.

Rappelons toutefois que, l'accord simplement constaté est soumis au régime général des contrats, ce qui signifie une simple obligation de déclaration des créances, de ce fait il ne permet aux créanciers aucun privilège de conciliation. En revanche, lorsque l'accord est homologué, l'ouverture de la procédure collective permet aux créanciers de recouvrer également l'intégralité de leurs créances et sûretés, après déduction des sommes perçues et sans préjudice des dispositions de l'article L.611-11⁶⁵⁵. Ici, sont visés les privilèges de conciliation accordés aux créanciers ayant apporté de l'argent frais ou des services au débiteur, au moment de la conclusion de l'accord de conciliation. Il importe donc de comprendre que les créanciers privilégiés conservent ce privilège dans la procédure collective, à condition qu'ils fassent une déclaration de leurs créances sous peine de les perdre⁶⁵⁶. Cependant, cela ne concerne pas toutes les créances, car certaines peuvent avoir une limite d'échéance susceptible de dépasser la date d'ouverture de la procédure collective⁶⁵⁷.

Mentionnons enfin que le débiteur perd le bénéfice des délais de paiements qui ont pu lui être consentis dans l'accord de conciliation, conformément aux dispositions de l'article L.611-7, alinéa 5 du Code de commerce.

204. Le règlement amiable organisé en droit marocain, comme la conciliation en droit français, a pour objectif le redressement de la situation de l'entreprise.

En première vue, sur le principe amiable, les deux procédures sont similaires, néanmoins quelques différences existent entre elles, d'abord au niveau des conditions d'ouverture de la procédure, ensuite au niveau des moyens prévus pour la réalisation d'un accord.

En effet, l'on constate que le domaine d'application de la conciliation adoptée par le droit français est plus large que celui prévu par le droit marocain, car il concerne toutes les personnes morales quel que soit leur objet, civil ou commercial, ainsi que les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, dès que les conditions nécessaires sont réunies.

⁶⁵⁴ I.E.KUNTZ., « La loi de sauvegarde article par article », ss dir. F.X. LUCAS et H.LECUYER : *L.G.D.J.*, éd 2006 sp.,p.45.

⁶⁵⁵ C.com., art.L.611-12.

⁶⁵⁶ Ph.ROUSSEL GALLE, *op.cit.*, n°259, p.130; P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n°145.21, p. 249.

⁶⁵⁷ M.JEANTIN et P.LE CANNU., *op.cit.*, n°148, p. 104.

En revanche, la procédure du règlement amiable organisée par le droit marocain est, au contraire, limitée aux seules sociétés commerciales et artisanales.

Concernant les critères économiques et financiers permettant l'ouverture de la procédure, rappelons que le droit français est plus souple que le droit marocain sur cette question, car il permet aux entreprises, même en cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours de bénéficier de la procédure de conciliation. Le but étant d'éviter l'ouverture d'une procédure judiciaire lourde de conséquences pour une entreprise qui pourrait continuer son exploitation grâce à la conciliation.

Quant aux moyens favorisant le déroulement de la procédure amiable, remarquons que ceux adoptés le législateur français paraissent plus attrayants et sécurisants pour les parties, et ont pour but de promouvoir l'adoption des procédures amiables plutôt que judiciaires, contrairement aux mesures adoptées par le législateur marocain, notamment la suspension provisoire des poursuites, ayant un caractère judiciaire risquant ainsi de décourager les créanciers à participer au redressement de la situation de l'entreprise.

205. Notons également que l'évolution de la procédure du règlement amiable est nettement différente de la conciliation prévue par le droit français. En effet, dès la signature d'un accord amiable, le législateur marocain prévoit la possibilité d'homologation de l'accord amiable par le président du tribunal, à condition que l'accord soit signé par tous les créanciers, alors que le législateur français accorde un choix aux parties, soit une simple constatation sans formalité de publicité, soit l'homologation de l'accord.

Toutefois, en cas d'échec de la procédure, le législateur marocain prévoit la résolution de l'accord et l'ouverture d'une procédure collective, même si l'entreprise n'est pas en cessation des paiements, ce qui n'est pas le cas en droit français, car le débiteur peut éventuellement demander l'ouverture d'une nouvelle conciliation, s'il n'est pas en cessation des paiements de plus de quarante cinq jours.

Au final, notons que le règlement amiable tel qu'il est prévu par le droit marocain est largement encadré par le tribunal de commerce, ce qui remet en cause son caractère contractuel. Cette situation juridique incertaine, laisse entendre que cette procédure n'offre pas une réelle sécurité aux parties. On se demande alors quel est l'intérêt des créanciers lorsqu'ils participent à un accord amiable.

En revanche, la conciliation telle qu'elle est organisée par le législateur français est plus avantageuse à l'égard du débiteur et des créanciers. En effet, sa mise en œuvre est bien organisée par les textes, laissant ainsi aux parties un large choix dans le déroulement des négociations.

Conclusion de la première partie

206. En conclusion de cette analyse comparative des procédures de prévention et du règlement amiable organisées en droits marocain et français, il en ressort une nette différence entre elles. D'abord au niveau des mécanismes préventifs mis en place et ensuite au niveau de leur mise en œuvre.

207. Concernant les mécanismes préventifs instaurés par le droit marocain, à savoir la prévention interne et externe, rappelons que cette dernière est exercée par trois organes seulement, le commissaire aux comptes et les associés en interne, et le président du tribunal en externe. Certes, nous saluons la démarche volontariste du législateur marocain ayant adopté cette mesure préventive, cependant, nous pensons que l'intervention de ces trois organes n'est pas suffisante pour permettre une réelle prévention des difficultés au sein des entreprises. Car, une prévention efficace, doit être détectée par toutes les personnes concernées par la survie de l'entreprise. Nous faisons allusion à l'exclusion des représentants du personnel de la prévention interne, malgré la place qu'ils occupent dans la gestion des conflits sociaux, et l'importante collaboration pour la sauvegarde des entreprises. Sans doute le but du législateur marocain était d'éviter les conflits entre les dirigeants et les représentants du personnel, ces conflits pouvant retarder la mise en route d'une prévention d'urgence qui peut, à son tour, susciter des avis contradictoires.

Cette démarche peut être justifiée également dans le sens où, le législateur marocain s'adapte en quelque sorte à la culture des chefs d'entreprises marocains : « moins il y'a d'intervenants, mieux on garantirait la confidentialité et par la même l'efficacité de la prévention ».

Le législateur français en revanche, multiplie les organes d'alerte en interne (commissaires aux comptes, associés ou actionnaires, et représentants du personnel) comme en externe (président du tribunal et les groupements de prévention agréées). Sans doute, le législateur français a pris conscience de l'importance et l'influence de ceux qui sont intéressés par la survie de l'entreprise au même niveau que les associés ou les dirigeants des entreprises.

Quant aux procédures amiables, rappelons que le législateur marocain prévoit seulement le règlement amiable, comme mesure préventive permettant au débiteur d'organiser le redressement de la situation de son entreprise avant la cessation des paiements.

Le législateur français en revanche, prévoit le mandat *ad hoc* et la conciliation, afin de permettre aux entreprises d'adopter celle qui serait adaptées à leur situation.

208. Concernant le domaine d'application de ces procédures de prévention et du règlement amiable, observons qu'en droit marocain, seules les sociétés commerciales et les commerçants personnes physiques peuvent y bénéficier. Le droit français, au contraire, a généralisé l'application de la prévention et de la conciliation à toutes les personnes morales de droit privé, aux sociétés commerciales et aux personnes physiques. Le but étant d'optimiser la sauvegarde de toutes les entités économique, génératrices d'emplois

Quant à la mise en œuvre de ces procédures préventives, nous avons remarqué que le texte marocain, n'étant pas suivi d'un décret d'application, se caractérise par une imprécision des procédures laissant place à une mauvaise interprétation des textes. Le texte français en revanche, est largement précisé. Les conditions du déroulement des procédures de prévention et de conciliation sont bien clarifiés afin d'encourager leur application par les chefs d'entreprises et les tribunaux.

En définitif, la prévention et le règlement amiable tels qu'ils résultent des dispositions de la loi marocaine n°15-95 du 1^{er} août 1996 les réglementant, n'offrent pas une grande facilité d'adoption par les entreprises comme par les organes d'alerte et les tribunaux de commerce. Cependant, afin de vérifier l'adéquation de ces mécanismes préventifs avec la réalité pratique des entreprises, nous avons jugé nécessaire de procéder à une étude sur le terrain, afin d'établir un bilan de leur pratique.

Deuxième partie.

Bilan des pratiques des procédures de la prévention et
du règlement amiable résultant des droits marocain et
français et leurs perspectives d'évolution

209. Après avoir analysé les solutions adoptées par les législateurs marocain et français en matière de prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, nous avons estimé qu'il serait intéressant de se pencher sur l'étude pratique de ces mécanismes préventifs, dans la mesure où elle nous permettrait de mesurer leur degré d'application par les personnes concernées, notamment par les dirigeants d'entreprises, les organes d'alerte et les tribunaux de commerce. (**titre 1**). Ensuite, nous ferons un retour sur les améliorations récentes à travers les réformes relatives aux procédures collectives en droit français, entre 2005 et 2010. Ce retour serait utile afin de parvenir à une conclusion significative. Celle d'observer l'évolution du droit français au fil des réformes et les perspectives d'évolution du droit marocain, alors qu'un projet de réforme relatif à la prévention et au règlement amiable est déjà annoncé par le gouvernement marocain, et il n'attend plus que sa finalisation pour être soumis au vote. Ensuite, dans une tentative de réponse à ces interrogations, nous proposons une réflexion pour des solutions d'amélioration de la prévention et du règlement amiable, sur la base de nos enquêtes, afin d'appréhender les difficultés des entreprises au Maroc (**titre 2**).

Titre 1. Bilan de la pratique des procédures de prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises en droits marocain et français

210. Dans l'esprit du législateur marocain de 1996, les procédures de prévention et du règlement amiable appliquées par le droit français se présentaient comme étant une solution idéale pouvant appréhender les difficultés des entreprises. Celui-ci n'a pas hésité à les emprunter afin de les adopter au Maroc. Cependant, leur mise en œuvre a échoué. En effet, ces mécanismes tels qu'ils sont prévus par la loi marocaine n°15-95 du 1^{er} août 1996 n'ont pas pu empêcher les défaillances des entreprises. Ainsi, afin de mettre en évidence les causes de l'inefficacité de ces mesures, il nous paraît important de présenter un bilan relatif à la pratique de la prévention et le règlement amiable au Maroc (**chapitre 1**). Cependant, le constat de cet échec n'est pas surprenant, puisque la loi française du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable, ayant servi de modèle au législateur marocain, n'a pas non plus donné satisfaction. Les enquêtes réalisées en 1986 et 1987, montrent que les mesures entreprises par le législateur de 1984, malgré les réformes apportées par la loi du 10 juin 1994, se sont révélées aussi inefficaces. C'est ce qui explique les réformes qui se sont succédées ces dernières années (**chapitre 2**).

Chapitre 1. Résultats de la pratique des procédures de prévention et du règlement amiable résultant de la loi marocaine n°15-95 du 1^{er} août 1996

211. La loi n°15-95 du 1^{er} août 1996 instituant le Code de commerce, notamment le livre V régissant les procédures de prévention et du règlement amiable, a pour objectif d'appréhender les difficultés des entreprises avant qu'il ne soit trop tard. Ces mécanismes préventifs s'appliquent en trois temps : tout d'abord, par la prévention interne qui se déroule entre les organes de direction et les organes de contrôle au sein de l'entreprise, à savoir, le commissaire aux comptes et les associés ou actionnaires, selon la forme de la société; ensuite, par la prévention externe exercée par le président du tribunal de commerce et à l'aide d'un mandataire spécial, dans le but de trouver un arrangement entre le chef d'entreprise et les créanciers, et d'éviter le dépôt de bilan. Enfin, par l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, mesure prise à l'initiative et à la seule volonté du dirigeant de l'entreprise qui demande la nomination d'un conciliateur, afin de parvenir à la signature d'un accord amiable avec ses créanciers, lui permettant ainsi d'obtenir un redressement rapide et confidentiel de la situation de son entreprise.

212. En vue d'établir un bilan de la mise en œuvre des procédures de la prévention et du règlement amiable prévus par la loi marocaine n°15-95 du 1^{er} août 1996, nous avons procédé à une enquête auprès de 60 chefs d'entreprises, 20 commissaires aux comptes et 3 tribunaux de commerce. Cela s'avère certes insuffisant pour avoir des statistiques à caractère scientifique, cependant, nous pensons que cela permet d'avoir une première approche de la pratique préventive au Maroc, et permet également de mesurer la capacité d'adaptation des praticiens marocains à une démarche préventive conçue dans un contexte culturel, juridique et économique différent du Maroc.

Néanmoins, nous pensons que cet échantillon est relativement représentatif dans la mesure où il recouvre les villes les plus importantes du royaume du Maroc sur le plan économique, à savoir Casablanca, Rabat et Marrakech. Nous présenterons et analyserons donc les résultats de notre enquête en commençant par la prévention interne (**section 1**) ensuite la prévention externe (**section 2**) et nous finirons par la procédure du règlement amiable (**section 3**).

Section 1 : La pratique de la prévention interne

213. La prévention interne est mise en œuvre par deux organes d'alerte interne: le commissaire aux comptes (§1) ou tous associés dans la société (§2).

§1. La pratique de la procédure d'alerte par les commissaires aux comptes

214. La procédure d'alerte exercée par le commissaire aux comptes, telle qu'elle est prévue par l'article 546 du Code de commerce, a pour but de sensibiliser les dirigeants d'entreprises sur les faits ou les difficultés pouvant compromettre la continuité de l'exploitation de leurs entreprises, en les invitant à redresser la situation avant qu'il ne soit trop tard. Cette mesure, lorsqu'elle est prise à temps, permet de prévenir les problèmes que rencontrent les entreprises. Cependant, nous avons noté que l'utilisation de cette procédure n'est pas aussi fréquente et lorsque c'est le cas, elle aboutit rarement à un résultat positif, connaissant en effet, une réelle difficulté d'application au sein des entreprises. Toutefois, avant d'exposer les raisons de ces difficultés d'application (**B**), il convient de dresser le constat de notre enquête (**A**).

A. Le constat de la pratique d'alerte par les commissaires aux comptes

215. Le constat que nous avons fait sur l'application de la prévention interne s'est appuyé essentiellement sur les résultats de l'enquête menée auprès d'un échantillon de base qui représente 20 commissaires aux comptes sur les 400 existant au Maroc⁶⁵⁸. Cette enquête s'est faite sous forme d'un questionnaire soumis à ces derniers. Ainsi avons-nous recueilli des informations sur l'application de la procédure d'alerte (**1**), sur son déroulement (**2**), sur ses résultats (**3**) et enfin sur leurs opinions concernant cette procédure d'alerte (**4**).

1°. Information sur l'application de la procédure d'alerte

216. L'objectif de cette information vise essentiellement de connaître le nombre de procédures d'alerte effectuées par les 20 commissaires aux comptes ayant répondu à notre questionnaire, le type d'entreprises concernées, et les faits ayant motivé le déclenchement de cette procédure.

a. Le nombre d'alertes

217. Parmi les 20 commissaires aux comptes interrogés, 16 d'entre eux, soit (80%), ont déclenché une procédure d'alerte une seule fois; deux l'ont déclenché deux fois; et un seul a

⁶⁵⁸ L'enquête sous forme de questionnaire a été réalisée dans des conditions difficiles en raison de la confidentialité attachée à leur mission ; nous avons donc sélectionné les cinquante cabinets les plus représentatifs dans le domaine du commissariat aux comptes à Casablanca, Rabat et Marrakech, mais nous avons obtenus seulement 20 réponses.

affirmé qu'il l'avait mise en place plusieurs fois. Un seul commissaire ne l'a jamais appliqué (5%).

b. Le type d'entreprises concernées par l'alerte

218. Sur les 19 cas d'alerte déclenchée, il y a eu une majorité de SA et de SARL. Cela ne signifie pas que les autres formes de sociétés ne connaissent pas de difficultés, mais selon les commissaires aux comptes interrogés, cela s'explique par le fait que les autres sociétés ne sont malheureusement pas dotées d'un commissaire aux comptes⁶⁵⁹.

c. Les faits motivant le déclenchement de l'alerte

219. Parmi les 19 commissaires aux comptes ayant déclenché la procédure d'alerte, 18 d'entre eux, soit (95%) l'ont déclenché pendant l'exercice de leur mission traditionnelle de contrôle et de vérification des comptes.

Un seul commissaire aux comptes l'a déclenchée à la demande des actionnaires.

Les faits ayant motivé le déclenchement de la procédure d'alerte par les commissaires aux comptes sont généralement d'origine financière. Pour 15 cas (80%), c'est la dégradation de la trésorerie de l'entreprise qui a incité l'application de la procédure. Pour les 2 cas (10%), c'est la perte des trois quart des capitaux propres, due à un problème de gestion financière interne.

Pour le dernier cas, la cause du déclenchement de l'alerte fut la perte d'un contrat de franchise.

2°. Le déroulement de la procédure d'alerte

220. Sur les 19 procédures d'alerte déclenchées, 14 cas (73%) se sont arrêtée à la première phase, c'est-à-dire à l'information des dirigeants de la société; 4 ont pu être menées jusqu'à l'information des actionnaires; 1 procédure d'alerte a été conduite jusqu'à la troisième phase, c'est-à-dire l'information du président du tribunal.

3°. Les résultats d'application de la procédure d'alerte par les commissaires aux comptes

221. Deux cas, soit (11%) d'alertes déclenchées, par les 19 commissaires aux comptes Interrogés, ont pu aboutir à un résultat positif : ce fut à la suite d'une décision d'augmentation du capital social de la société qui a pu continuer son exploitation. Les 17 autres cas n'ont pas pu aboutir à un résultat positif.

⁶⁵⁹ M.HDID, commissaire aux comptes et président de l'ordre des experts comptables à Casablanca.

Ce résultat montre que le taux de réussite de la procédure d'alerte par les commissaires aux comptes est faible.

4°. Opinion des commissaires aux comptes sur la procédure d'alerte

222. Les commissaires aux comptes questionnés sont bien conscients de l'importance de la procédure en tant que moyen permettant d'appréhender les difficultés des entreprises; cependant, ils ne sont pas satisfaits de son application au sein des sociétés dans lesquelles ils exerçaient leur mission. Presque tous ont soulevé une réelle difficulté d'application de la procédure. Il reste à identifier quelles en sont les causes.

B. Les causes de la difficulté d'application de la procédure d'alerte

223. Celles-ci sont liées d'une part, à une réelle imprécision du texte marocain et au vide procédural qui le caractérise (1), et d'autre part, à l'attitude des dirigeants des entreprises concernées face à l'alerte (2).

1°. Imprécisions et limites du dispositif légal marocain

224. L'article 546 du Code de commerce dispose que « *le commissaire aux comptes (...) informe le chef d'entreprise des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise dans un délai de huit jours* », mais, n'ajoute aucune précision relative au moment opportun du déclenchement de l'alerte, à la nature de son intervention, ..., etc.

En effet, le commissaire aux comptes, se trouve, de ce fait, confronté dans l'exercice de sa mission, à une série d'obstacles, en raison de l'imprécision du texte. Comment et quand doit-il intervenir ? La mission d'alerte doit-elle avoir lieu de manière permanente ou ponctuelle ?

Mais, la question principale ici est de savoir si cette mission d'alerte suppose des diligences particulières, éventuellement la recherche « des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise », ou si, au contraire elle s'insère dans sa mission traditionnelle de contrôle et de vérification. L'article 546 du Code de commerce ne dit rien à ce propos. Et ces interrogations qui restent sans réponses traduisent l'imperfection de la procédure d'alerte, dans les cas que nous avons analysés.

Toutefois, si la démarche choisie par le législateur marocain s'avère plus « prudente », il n'en demeure pas moins qu'elle reste imprécise. Elle peut être interprétée d'une manière limitative. Le commissaire aux comptes se contentera alors de porter à la connaissance des dirigeants les

seuls faits qu'il a relevés dans le strict cadre de l'exercice de sa mission. Cette solution nous paraît exagérément restrictive car elle prive l'alerte de son utilité.

Mais, elle peut également être interprétée d'une manière plus large, et dans ce cas elle accorde au commissaire aux comptes une liberté d'action considérable.

Toutefois, si cette seconde interprétation est retenue, la mission d'alerte doit être entendue dans la mission générale des commissaires aux comptes. Cette situation est de nature à freiner leur action, car, on ne peut pas leur demander de rechercher en permanence tous les faits et toutes les éventualités susceptibles de compromettre la continuité de l'exploitation.

Cette affirmation est confirmée par le professeur Yves GUYON énonçant que : « *Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes n'est pas général, on ne peut pas, à moins de bouleverser l'exercice de la profession, demander aux commissaires aux comptes d'intervenir en dehors de leurs compétences professionnelles* »⁶⁶⁰.

Notons toutefois que la position des membres de l'Ordre des Experts -Comptables marocains confirme cette assertion : « *Le commissaire aux comptes n'est pas garant de la pérennité de l'entreprise. En effet, il n'a pas un rôle actif de recherche systématique des difficultés des entreprises et encore moins de leurs solutions. Toutefois, il doit conserver une attitude vigilante et attentive quant aux situations porteuses de risques* »⁶⁶¹.

225. En outre, remarquons que le texte ne précise pas non plus comment le commissaire aux comptes doit-il intervenir durant sa mission d'alerte, étant tenu par l'interdiction de s'immiscer dans les affaires de l'entreprise, son intervention reste relativement limitée. Certes, le commissaire aux comptes doit signaler les faits constatés sans proposer de solutions. Cependant, comme nous pouvons le constater, l'application du principe de non immixtion dans la gestion de l'entreprise soulève quelques difficultés. Il en est ainsi, par exemple, des avis ou conseils que peut donner le commissaire aux comptes aux dirigeants. Ceux-ci doivent rester en relation avec sa mission. Or, avec la procédure d'alerte, les limites sont remises en question, car, le droit marocain consacre implicitement un droit d'appréciation très large quant à la nécessité de déclencher l'alerte. De ce fait, la position du commissaire aux comptes est pour le moins inconfortable, dans le sens où l'exercice de l'alerte implique nécessairement une immixtion de sa part dans la gestion de l'entreprise⁶⁶², ce qui le

⁶⁶⁰ Y. GUYON, *Droit des affaires : entreprises en difficultés, redressement judiciaire- faillites*, 7^{ème} éd 1999, t, 2, n°1052, p. 59.

⁶⁶¹ Ord. Expt. Compt, « La prévention interne des difficultés des entreprises », Journée d'étude 2 juillet 1998, (non publiée).

⁶⁶² A.EL HAMMOUMI, *op.cit.*, n°7, p.22, M. JEANTIN et P. LE CANNU, *op.cit.*, n°451, p.291/292.

conduit inévitablement à apprécier la gestion de certains dirigeants, et par conséquent donner un avis.

En plus, l'imprécision de l'intervention des commissaires aux comptes soulève l'éventuelle responsabilité qu'encourent ces derniers dans les termes du droit commun, si l'absence de déclenchement de la procédure d'alerte constitue de leur part une faute dommageable⁶⁶³. Elle peut aussi donner l'effet inverse, dans ce cas le risque est d'autant plus grand que les commissaires aux comptes, par peur d'engager leur responsabilité pour n'avoir pas déclenché l'alerte à temps, agiront prématurément en cas de simple doute sur l'information dont ils ont connaissance⁶⁶⁴.

226. Par ailleurs, une autre limite qui ressort des dispositions de l'article 546 du Code de commerce est celle relative au délai de huit jours imposé par le texte, au commissaire aux comptes, pour informer le chef d'entreprise sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise. Notons toutefois que, d'un point de vue pratique, il apparaît difficile de respecter ce délai. Le commissaire aux comptes n'a effectivement pas le temps d'évaluer la gravité des faits qu'il aurait pu relever, ni de déterminer le moment opportun pour informer les dirigeants.

227. Une autre difficulté d'application du texte marocain concerne la décision que doivent prendre les commissaires aux comptes si le chef d'entreprise ne répond pas à leur demande, ou si l'organe collégial n'a pas délibéré sur le sujet. L'article 546 stipule: « *faute d'exécution par le chef d'entreprise dans un délai de quinze jours de la réception ou s'il n'arrive pas personnellement ou après délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance selon le cas, à un résultat positif, il est tenu de faire délibérer la prochaine assemblée générale pour statuer, sur rapport du commissaire aux comptes, à ce sujet* ». Comme on peut l'observer à la lecture du texte, la position du commissaire aux comptes n'est pas claire. Doit-il se contenter de rédiger son rapport spécial et attendre l'assemblée générale suivante ? Et si l'assemblée générale intervient plusieurs mois après, peut-on toujours parler d'alerte ? Doit-il informer lui-même les actionnaires ? Ou bien doit-il informer le président du tribunal sans trop attendre ?

Concernant cette dernière question, force est de constater, que persiste une certaine réticence des commissaires aux comptes à informer le président du tribunal.

⁶⁶³ DOC, art. 77.

⁶⁶⁴ Kh. ELYAZIDI. « Etude du nouveau Code de commerce », Act. coll, Centre Marocain des Etudes Juridiques, 5 juil. 1997, p. 51, 52.

Nous pensons que le commissaire aux comptes doit agir au plus vite si la situation de l'entreprise le nécessite. Mais en pratique, si les commissaires aux comptes se limitent à l'application du texte, l'on doit reconnaître qu'il est difficile pour eux de trancher. Ces imprécisions légales ne reflètent aucun caractère d'urgence, et ne sont pas en accord avec le principe de prévention des difficultés des entreprises.

Cependant, les commissaires aux comptes doivent, à notre avis, s'assurer que les dirigeants sont conscients des problèmes et des risques existants pour l'entreprise, et qu'ils doivent prendre les décisions appropriées pour les corriger.

Au final, la mise en œuvre de l'alerte tel que formulée par la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996 exige du commissaire aux comptes une prudence dans son utilisation. A défaut, ce dernier pourra causer des difficultés nouvelles à l'entreprise qu'il est censé protéger. En conséquence sa décision doit toujours se fonder sur une appréciation objective et suffisamment mûrie⁶⁶⁵.

Par ailleurs, les commissaires aux comptes interrogés ont soulevé d'autres obstacles rencontrés pendant l'exercice de leur mission d'alerte, ces obstacles sont d'ordre pratique. Il s'agit principalement de la difficulté de dialogue avec certains dirigeants d'entreprises, n'acceptant pas le signalement des difficultés.

2°. L'attitude des chefs d'entreprise face à l'alerte

228. Devant l'intervention du commissaire aux comptes, lors du déclenchement d'une procédure d'alerte, la réaction des dirigeants des sociétés n'est pas toujours facile à gérer. En effet, les chefs d'entreprises pour la plupart, ignoraient la procédure d'alerte, en tant que mesure permettant de prévenir les difficultés des entreprises. En effet, si l'on se réfère aux questionnaires, sur 60 chefs d'entreprises interrogés, 12 seulement (20%) connaissent la procédure d'alerte. Les 48 autres, qui sont en majorité des gérants de SARL et de SNC, en ignorent les mécanismes et la confondent généralement avec la mission traditionnelle d'audit et de contrôle du commissaire aux comptes. Ce qui explique que, lorsque le commissaire aux comptes déclenche une procédure d'alerte, cette dernière est souvent mal perçue par certains dirigeants, dont nombreux sont ceux qui se heurtent à des obstacles psychologiques et culturels.

D'après le questionnaire adressé aux commissaires aux comptes, 90 % des dirigeants ne répondent pas dans les délais, comme il est prévu par l'article 546 du Code de commerce, c'est-à-dire dans une période de quinze jours, à compter de l'information donnée par le

⁶⁶⁵ S.JOURDAN, « Faut-il faire confiance aux commissaires aux comptes », *Rev. Maroc d'Audit et de Dével.*, n°4, 1995, p.67.

commissaire aux comptes. Ils se montrent généralement réticents et ne souhaitent pas s'engager dans un tel processus, estimant qu'ils pourront s'en sortir seuls. Selon eux, la mission d'alerte soulève un problème qui renvoi directement à la gestion financière de la société et par conséquent, au dirigeant. L'alerte étant généralement conçue comme une immixtion dans la gestion de la société.

D'ailleurs, à ce propos, un des commissaires aux comptes nous a annoncé que les dirigeants d'une société anonyme avaient mis fin à son mandat, prétendant que la procédure d'alerte qu'il avait déclenché présentait une forme d'immixtion dans la gestion de leur société⁶⁶⁶.

En effet, une grande majorité de chefs d'entreprises considèrent l'alerte comme un élément perturbateur, à la fois pour l'image de l'entreprise et pour eux même. Car, une fois déclenchée, elle est susceptible de faussement alimenter les rumeurs ou d'éveiller les soupçons des concurrents. Elle peut également provoquer chez les partenaires de la société, des doutes sur leur capacité à exécuter leurs obligations futures, et ceux-ci peuvent alors être tentés de revoir leurs relations avec cette même entreprise.

Les commissaires aux comptes confirment ces situations qu'ils rencontrent souvent dans l'exercice de leurs missions d'alerte. Selon eux, il est difficile de convaincre les dirigeants de prendre des mesures suffisamment tôt permettant le redressement de leur entreprise. C'est cet obstacle psychologique déterminant qui, bien souvent, est fatal à la pérennité d'une société. Or, l'idée de prévenir des difficultés d'une entreprise trouve sa raison d'être à travers les motivations de son dirigeant dans le fait de vouloir maintenir son exploitation par tous les moyens.

Force est de constater que la mission d'alerte n'est pas aisée pour les commissaires aux comptes, cela risque d'avoir des incidences sur leurs relations contractuelles qu'ils entretiennent avec les sociétés qu'ils contrôlent.

Nous pensons que la procédure d'alerte, telle qu'elle ressort des dispositions de l'article 546 du Code de commerce marocain, n'est pas adaptée à la réalité des entreprises marocaines, car leurs dirigeants ne sont pas suffisamment informés de son importance. Et même lorsqu'ils font preuve parfois d'une grande volonté et qu'ils en ont conscience, l'intervention du commissaire aux comptes arrive à un moment où l'entreprise est déjà en cessation de paiements.

⁶⁶⁶ Ce commissaire aux comptes a préféré garder l'anonymat, pour des raisons de confidentialité, nous ne nous pouvons pas divulguer son nom ni l'entreprise sujet d'alerte.

Toutefois, afin d'augmenter les chances de réussite de la sauvegarde des entreprises, le législateur marocain a intégré les associés dans la prévention interne; mais leur intervention s'est révélée inutile, car elle est restreinte.

§.2 La pratique de l'alerte par les associés

229. La loi n°15-95 du 1^{er} août 1996 accorde aux associés d'une société le droit de déclencher une procédure d'alerte au même titre que les commissaires aux comptes, dès lors qu'ils découvrent des faits de nature à compromettre la continuité de son exploitation⁶⁶⁷. On observe donc que la législation marocaine se montre favorable au droit des associés en leur permettant d'exercer leur droit de prévention, sans aucune limite liée à leur part dans la société. Néanmoins, cet avantage, ne la met pas à l'abri des critiques. Les dirigeants d'entreprises que nous avons interrogés, soulèvent presque tous l'absence d'intervention des associés dans la prévention interne, c'est pourquoi nous n'avons pas pu réaliser une enquête dans ce sens. La raison en est que les associés comme les dirigeants d'ailleurs, ignorent le rôle d'alerte qui leur est attribués par la loi. Et même si c'était le cas, ils ne seront pas la mettre en œuvre, car le texte marocain n'a pas bien précisé leur intervention. En effet, il n'a pas mentionné si la procédure d'alerte devait se dérouler dans les mêmes conditions que celles prévues pour les commissaires aux comptes, ou si elle devait être adaptée à chaque type de sociétés. Cette lacune est susceptible de donner lieu à des conflits entre dirigeants et associés, et par conséquent, troubler les rapports dans la gestion de l'entreprise.

Toutefois, avant d'expliquer les limites de la pratique d'alerte des associés (**B**), il convient de soulever l'imprécision de leur place dans la prévention interne (**A**).

A. La place des associés dans la prévention interne

230. L'article 546 du Code de commerce marocain précise que « *le commissaire aux comptes ou tout associé dans la société, informe le chef d'entreprise sur tout faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise* ». Ces dispositions montrent clairement que les associés interviennent dans la prévention des difficultés des entreprises, uniquement en l'absence du commissaire aux comptes.

Remarquons toutefois que, la position du législateur marocain n'est pas claire sur le rôle qu'il doit accorder aux associés dans la prévention interne. La possibilité de leur intervention,

⁶⁶⁷ C.com, art. 546.

traduite par l'expression « ou tout associé », montre bien que ce choix n'a pas été suffisamment mesuré.

Cette ambiguïté s'explique, à notre sens, par le souci du législateur marocain de priver les associés non gérants de la protection de leurs intérêts au sein de la société. Il leur a donc accordé un droit de contrôle sur la gestion de l'entreprise, alors qu'en réalité les associés détiennent déjà un droit d'information, prévu par le droit des sociétés, se traduisant par la possibilité de poser des questions par écrit deux fois par an au dirigeant de la société et de demander une expertise de gestion⁶⁶⁸.

En outre, le déclenchement de la procédure d'alerte par les associés n'est pas toujours possible, notamment dans les sociétés en nom collectif ou tous les associés peuvent être gérants, sauf stipulation statutaire contraire⁶⁶⁹.

Il est vrai que le législateur marocain, ne souhaitant pas laisser la prévention interne entre les mains du commissaire aux comptes, puisque l'absence de ce dernier pourrait retarder le processus de prévention, a eu la volonté de prévoir l'intégration des associés, en tant que seconds intervenants, dans le dispositif préventif. Cette solution pourrait être interprétée comme une alternative ayant pour seul but de combler l'absence d'un commissaire aux comptes dans une société⁶⁷⁰.

Rappelons à ce propos, que le projet gouvernemental marocain relatif au traitement des difficultés des entreprises, ayant été présenté au parlement en 1995, n'accordait le droit d'alerte qu'aux commissaires aux comptes⁶⁷¹. Le projet définitif a finalement retenu l'intégration des associés dans la prévention interne, dans le cas où un commissaire aux comptes ne serait pas désigné dans la société.

Nous pensons qu'il est regrettable cependant de constater que la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996 n'ait pas précisé la place des associés dans la procédure d'alerte, ce qui montre sans doute l'inutilité de leur intervention.

B. Les limites de la pratique d'alerte par les associés

231. La première limite légale relative à l'alerte par les associés, telle qu'elle résulte du texte marocain, se remarque à son usage peu fréquent. En effet, parmi les dirigeants d'entreprises interrogés, un seul d'entre eux nous a indiqué qu'un seul associé, parmi les 45

⁶⁶⁸ Loi n° 5-96 du 13 fév. 1997, art. 80 : SARL; art .11 : SNC; art .26 : SNC.

⁶⁶⁹ Loi n° 5-96 du 13 février 1997, art. 6.

⁶⁷⁰ A. CHOUKRI-SBAAL, *op.cit*, p.179.

⁶⁷¹ Ibid.

que compte la société, lui avait demandé des explications sur la situation financière de l'entreprise, mais sans toutefois suivre la procédure prévue par l'article 546 du Code de commerce.

En effet, il est extrêmement très rare, pour ne pas dire jamais, que les associés utilisent leur droit d'alerte tel qu'il est prévu par l'article 546 du Code de commerce, car ils ignorent en général les dispositifs légaux de prévention des difficultés des entreprises, organisés pour eux⁶⁷².

Et quand bien même les associés s'intéresseraient à la vie de leur société, connaîtraient la procédure d'alerte, et voudraient l'utiliser au moment opportun, ils ne seraient pas en mesure de l'appliquer conformément aux dispositions de l'article 546 du Code de commerce.

En effet, les obstacles inhérents à l'alerte par les associés sont multiples. L'on peut notamment évoquer, à titre d'exemple, les difficultés de son application au sein des sociétés familiales, où les associés n'osent pas déclencher une procédure d'alerte même s'ils en connaissent l'existence, en raison des litiges pouvant affecter les liens familiaux.

232. En outre, le temps imparti à l'associé par l'article 546 du code de commerce est difficile à respecter. Cet article prévoit un délai de huit jours pour informer le chef d'entreprise des faits de nature à compromettre la continuité de son exploitation. Remarquons que dans la pratique, la majorité des associés ne sont pas en mesure de respecter un tel délai⁶⁷³. Or, une prévention efficace suppose des réactions rapides face à des situations considérées comme préoccupantes.

233. Par ailleurs, le critère retenu par le texte est basé sur des faits qui sont généralement d'origine financière, ce qui nécessite des compétences précises en la matière. Or, dans la majorité des cas, les associés ne maîtrisent pas toujours les outils de gestion financière d'une entreprise. De ce fait, ils ne peuvent pas détecter les signes de dégradation de la situation financière de l'entreprise, et encore moins informer le chef d'entreprise de l'existence de ces faits.

A notre avis, « les faits » dont parle le texte exigent un minimum de compétences de gestion permettant aux associés d'identifier les signes de difficulté, afin de les apprécier avec objectivité et agir en connaissance de cause, ce qui est rarement le cas de nombreux associés au Maroc.

⁶⁷² Les personnes interrogées sont actionnaires et associé ; elles sont intéressées par la vie de leur société mais ignorent cette mesure d'alerte.

⁶⁷³ Cette conclusion est confortée par l'enquête que nous avons réalisée.

234. Plus encore, l'article 546 du Code de commerce, dans la deuxième phase de l'alerte, ne prévoit aucune possibilité d'agir pour l'associé, si la réponse du chef d'entreprise n'est pas satisfaisante. Or, le commissaire aux comptes se voit dans l'obligation d'établir un rapport spécial pour ensuite le présenter à l'assemblée des actionnaires.

A notre avis, si le texte reste muet sur cette question, c'est que les associés ne peuvent pas passer à cette étape, n'ayant généralement pas les compétences nécessaires pour établir un rapport spécial qui doit être présenté à l'assemblée générale suivante.

Tout au plus devront-ils obligatoirement passer par le commissaire aux comptes s'ils veulent aboutir à des résultats positifs. Et si la société ne dispose pas d'un commissaire aux comptes, parce que ce dernier n'est pas obligatoire, ou si le gérant n'a pas respecté cette obligation, peut-on supposer que les associés aient le droit d'informer le président du tribunal comme c'est le cas pour le commissaire aux comptes ?

Le législateur marocain ne répond pas à de telles questions; peut être a-t-il souhaité limiter l'intervention des associés aux débats internes afin de préserver les pouvoirs du chef d'entreprise, et d'éviter ainsi les conflits entre les associés et les dirigeants. Cette solution peut également être justifiée par le souci d'éviter que cette faculté ne soit utilisée par les associés dans un but d'intérêt personnel⁶⁷⁴.

Remarquons enfin que toutes ces incohérences légales montrent que les associés ne peuvent pas exercer un réel droit d'alerte, celui-ci étant limité à l'information du chef d'entreprise. En définitive, il est à craindre que l'alerte des associés ne leur permette en fin de compte, que de prendre connaissance des difficultés qu'a rencontrées la société à un moment précis. Ceci nous amène à conclure que l'alerte des associés est réellement facultative. D'ailleurs, certains auteurs préconisent l'intégration des associés dans la prévention des difficultés des entreprises, mais sans pour autant compter sur eux pour le déclenchement de l'alerte⁶⁷⁵.

235. Par ailleurs, remarquons que la pratique de la prévention interne est concentrée entre les mains du commissaire aux comptes. Néanmoins, elle est difficilement mise en œuvre. La pratique de l'alerte externe par le président du tribunal n'a pas connu un meilleur sort, elle s'est également avérée inefficace et limitée.

⁶⁷⁴ A. ELHAMMOUMI, *op.cit.*, p. 32.

⁶⁷⁵ A. ELHAJJAMI, « Faut-il réformer le livre V du Code de commerce ? », Act. coll., Rabat le 30 jui et 1^{er} juill 2005, p. 180.

Section 2. La pratique de la prévention externe

236. La prévention externe telle qu'elle est organisée par la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996 est censée être le prolongement naturel de la prévention interne, particulièrement en cas d'échec de cette dernière. Son objectif est d'aider les dirigeants d'entreprises en difficulté à trouver des solutions de redressement, par l'intervention du président du tribunal, avec l'aide d'un mandataire spécial, avant la cessation des paiements.

Toutefois, en vue d'observer son application par le président du tribunal, nous nous sommes appuyés sur les statistiques du tribunal de commerce de Marrakech⁶⁷⁶. Nous avons également réalisé des entretiens avec le président du tribunal de commerce de Casablanca et celui de Rabat.

Le constat est alarmant face à la pratique de l'alerte externe. En effet, il est regrettable de constater qu'elle n'est que très peu utilisée, tant par les dirigeants d'entreprises que par les tribunaux de commerce.

Le président du tribunal de commerce de Casablanca a exercé seulement 16 procédures d'alerte en 14 années d'application de la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996. Elle est de l'ordre d'une seule alerte par an. Concernant le tribunal de commerce de Marrakech, pour la période de 1998 à 2010, ce dernier a enregistré 57 procédures d'alerte externe⁶⁷⁷. Quant au tribunal de commerce de Rabat, ce dernier a connu seulement 10 cas de procédure d'alerte externe, depuis la création des tribunaux de commerce en 1997⁶⁷⁸.

Compte tenu de ces résultats on constate une faible application de cette procédure par ces trois tribunaux de commerce, considérés comme étant les plus actifs sur les sept que compte le royaume du Maroc.

L'analyse de ces résultats nous a permis d'identifier les causes de l'échec de la prévention externe qui sont imputables, au manque de moyens d'information au sein des tribunaux de commerce sur la situation financière et économique des entreprises (§1); ils sont aussi liés au manque de moyens humains et financiers (§2). Nous verrons également que l'échec de la prévention externe est causé par l'ambiguïté et l'incohérence des dispositifs légaux relatifs à la mission d'alerte du président du tribunal, ce qui lui confère un caractère facultatif (§ 3).

⁶⁷⁶ V. Annexes, n°7.

⁶⁷⁷ Chiffres fournis par le greffe du tribunal de commerce de Marrakech.

⁶⁷⁸ Les statistiques des tribunaux de commerce de Rabat et de Casablanca ne sont pas disponibles, ces chiffres nous ont été fournis par leurs présidents respectifs.

§1. Le manque de moyens d'information

237. Comme nous l'avons déjà mentionné⁶⁷⁹, l'intervention du président du tribunal dans la prévention externe est généralement effectuée à la suite d'une information, directe ou indirecte, sur la situation d'une entreprise présentant des signes de difficultés. Or, si cette information fait défaut, ce dernier ne peut pas déclencher une procédure d'alerte externe; autrement dit, il ne peut pas convoquer le chef d'entreprise pour examiner la situation de sa société pour que soient envisagées des solutions de redressement. Il peut y avoir, dans ce cas, manque d'information qui peut provenir de sources internes (A) ou de sources externes à l'entreprise (B).

A. Manque de moyens d'informations internes

238. L'échec de l'alerte externe peut être lié en grande partie au manque d'information de la part du chef d'entreprise ou du commissaire aux comptes au président du tribunal, sur les difficultés de l'entreprise. Pourtant, cette information, comme le précisent les dispositions de l'article 547 du Code de commerce, est obligatoire. Cependant, nous avons remarqué, lors de notre enquête que, les chefs d'entreprises n'informaient quasiment jamais le président du tribunal de leurs difficultés, notamment lorsqu'elles sont d'ordre financier et ce pour plusieurs raisons :

la première est que la majorité des dirigeants d'entreprises ne connaissent pas réellement l'existence de la procédure d'alerte externe pouvant être exercée par le président du tribunal⁶⁸⁰.

Quant à ceux qui la connaissent, ils la confondent avec les procédures collectives proprement dites. Pour eux, le recours au tribunal de commerce ne peut avoir lieu que lorsque l'entreprise rencontre des difficultés financières très avancées, et qu'elle n'est plus en mesure de continuer son exploitation, notamment lorsqu'il s'agit de demander l'ouverture d'une procédure de redressement, ou, au pire, une liquidation judiciaire. En effet, nous pensons que cette ignorance des procédures préventives est clairement due à la confusion des fonctions judiciaires et économiques du président du tribunal de commerce. Et malheureusement les dirigeants concernés par ce type de problème sont nombreux.

⁶⁷⁹ V. *Supra*, n°69 et s.

⁶⁸⁰ Sur les 60 chefs d'entreprises questionnés, 4 seulement connaissent la prévention externe.

La deuxième raison du manque d'information du président du tribunal est liée à la résistance de certains chefs d'entreprises qui refusent de s'adresser à lui, notamment suite à l'échec d'une procédure d'alerte interne, et même parfois lorsqu'ils sont convoqués par le président du tribunal. Certains dirigeants d'entreprises interrogés déclarent ouvertement qu'ils refuseront de se présenter à l'entretien, si le président du tribunal les convoque. En effet, ces derniers dénoncent le manque de compétences des tribunaux marocains en matière de prévention des difficultés des entreprises⁶⁸¹. Cette attitude montre que la démarche préventive du président du tribunal est réellement affectée par le manque de confiance des chefs d'entreprises, vis-à-vis de lui ainsi que des dispositifs préventifs légaux.

Par ailleurs, si d'autres chefs d'entreprises, lorsqu'ils rencontrent des difficultés ne s'adressent pas au président du tribunal, c'est plus par crainte de se retrouver engagés dans une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire⁶⁸². Ces dirigeants, insuffisamment informés et non conseillés, redoutent un risque de répercussion sur leur patrimoine personnel; c'est le cas en particulier, des entrepreneurs individuels, ou des dirigeants qui se sont portés garants des dettes professionnelles. Or, c'est principalement dans ces petites structures dépourvues de conseil, que le dirigeant éprouve souvent une grande solitude face aux difficultés qui se présentent. Il manque de visibilité sur l'avenir de son entreprise, faute d'une gestion prévisionnelle. Et pourtant, il refuse de se mettre sous la protection du tribunal.

Il est toutefois regrettable de constater qu'au Maroc, les chefs d'entreprises ne sollicitent pas spontanément le président du tribunal pour de tels entretiens, compte tenu des barrières culturelles et psychologiques. Ces réticences constituent autant de freins à l'application de la prévention externe.

239. Quant à l'information provenant des commissaires aux comptes, rappelons qu'elle est aussi très rare en pratique, car ces derniers n'atteignent que rarement cette dernière phase d'alerte, pour ne pas dire jamais. Si l'on tient compte de l'enquête que nous avons effectuée, nous avons relevé un seul cas où l'un des commissaires aux comptes a pu informer le président du tribunal sur la situation d'une entreprise ayant échoué en prévention interne.

Certes, nous pensons qu'il serait intéressant que le commissaire aux comptes puisse prolonger son intervention jusqu'à l'information du président du tribunal, mais, il est regrettable que le

⁶⁸¹ Cette déclaration ressort de notre enquête auprès des chefs d'entreprises.

⁶⁸² Selon A. CHOUKRI- SBAAI, certains chefs d'entreprises, si ce n'est la majorité d'entre eux, notamment les gérants de PME, expriment une grande inquiétude au sujet des suites données à l'entretien avec le président du tribunal, *op.cit*, p. 210.

législateur marocain ne l'ait pas prévu à un stade plus avancé. L'information fournie au président du tribunal après la réunion de l'assemblée générale peut sembler bien tardive.

C. Manque de moyens d'information externe

240. L'information indirecte du président du tribunal sur la situation financière et économique d'une entreprise devrait provenir essentiellement du registre du commerce et plus particulièrement du secrétariat- greffe du tribunal de commerce. Ce dernier constitue une source d'information importante dans la mise en place du dispositif de prévention, car convergent vers ce service de nombreuses informations sur l'état de santé des entreprises : les documents sociaux, la publication des sûretés, l'inscription des créances privilégiées. Le secrétariat-greffe du tribunal de commerce constitue de ce fait le lieu privilégié pour organiser l'exploitation de telles informations, dans le but de venir en aide aux entreprises en difficulté⁶⁸³. Or, l'information par le greffe du tribunal de commerce n'est pas automatique, même si la tenue du registre de commerce et l'observation des formalités prescrites pour les inscriptions devant y être faites sont contrôlées par le président du tribunal ou par un juge qu'il désigne chaque année à cet effet⁶⁸⁴. Ce service n'est pas actif en matière de prévention des difficultés des entreprises. ses missions se limitant à l'enregistrement des dépôts des comptes annuels et de la publication des modifications concernant les entreprises⁶⁸⁵.

Certes, l'absence de la prévention externe au sein des tribunaux de commerce marocains n'est pas surprenante, puisque la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996 ne fait aucune référence à ce rôle majeur qui devant être dévolu aux greffes. Nous avons constaté, lors de nos enquêtes que ce rôle n'est pas mis en valeur. Il est vrai qu'en l'absence de toutes précisions dans la loi marocaine, concernant ce rôle majeur, ce type de collaboration est loin d'être systématique⁶⁸⁶. En outre, le fait que les chefs d'entreprises ignorent la prévention externe ne simplifie pas la mission des greffiers, car le manque d'informations indirectes se traduit généralement par le défaut de dépôt des comptes sociaux au greffe du tribunal de commerce, qui est, en elle-même, fréquemment révélatrice de graves difficultés rencontrées par l'entreprise.

Certes, le législateur marocain prévoit une sanction pénale pour remédier au non respect de cette formalité légale, notamment le paiement d'une amende de 40.000 à 400.000 dirhams à l'égard des dirigeants d'une société anonyme n'ayant pas procédé au dépôt des comptes

⁶⁸³ V. USAID et Ministère de la justice « Bilan de 8 ans d'application de la nouvelle législation des procédures collectives au Maroc » Act. coll. 8 et 9 avril 2005 à Rabat, accessible sur www.usaid.gov.ma .

⁶⁸⁴ C. com, art. 28, al .2.

⁶⁸⁵ Propos recueillis auprès d'un employé au greffe du tribunal de commerce de Casablanca.

⁶⁸⁶ A.ELHAJJAMI, *op.cit.*, p.23.

annuels au greffe du tribunal de commerce, dans un délai de 30 jours à compter de la tenue de l'assemblée générale⁶⁸⁷. Selon les services du greffe du tribunal de commerce de Casablanca, 90 % des SARL et 60 % des SA engagées dans une procédure collective n'avaient pas déposé leurs comptes au cours des deux années précédant le jugement d'ouverture de cette procédure. Toutefois, malgré l'importance des sanctions infligées aux dirigeants des sociétés (somme très élevée), il est incontestablement difficile de lutter efficacement contre le défaut de dépôt des comptes. Les dirigeants préfèrent parfois payer une amende plutôt que de déposer les documents sociaux au greffe du tribunal.

En outre, rien n'autorise le président du tribunal, en l'absence de précisions légales, à ordonner la communication des documents sociaux. Celui-ci ne dispose pour cela que de l'autorité morale qui lui confère sa fonction et sa personnalité⁶⁸⁸. L'examen des sanctions existantes actuellement invite donc à revoir leur effectivité et à en proposer de nouvelles.

241. Rappelons par ailleurs, que l'information du président pouvant provenir également de la publicité des privilèges des organismes sociaux et du trésor public au greffe du tribunal, n'est pas obligatoire avant l'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'une entreprise en difficulté. En effet, l'analyse des dispositifs légaux concernant les moyens d'information mis à la disposition du président du tribunal montre une réelle absence de coordination entre ces organismes et le tribunal lui-même⁶⁸⁹. Car, pour ces organismes, cette publicité n'est pas obligatoire. D'autant plus qu'en pratique, le retard des paiements des cotisations et des impôts est suivi de l'envoi en premier lieu d'une lettre de mise en demeure. Si le débiteur n'exécute pas ses engagements financiers, une action en justice est vite engagée dans le but de demander le paiement de leurs créances. Pourtant, ces divers acteurs sont susceptibles de jouer un rôle important en matière de prévention, car, dans la majorité des procédures collectives, l'actif des sociétés est totalement absorbé par les dettes fiscales et sociales au détriment des petits créanciers, comme les fournisseurs du débiteur.

Nous constatons qu'au Maroc, les créanciers privilégiés tels que le trésor public et les organismes sociaux ne sont pas suffisamment responsabilisés dans le renforcement de l'efficacité de la prévention, à travers l'obligation de publication de leurs créances au greffe du tribunal, ce qui nous paraît regrettable. Pourtant, ils constituent une source précieuse de renseignement pour le président du tribunal. L'absence d'une politique de communication

⁶⁸⁷ Loi n° 15-97 du 30 août 1996, art. 386, al.3.

⁶⁸⁸ P. LE CANNU, *op.cit.*, p. 125.

⁶⁸⁹ V.*supra*, n°102.

remet en cause l'importance de ces acteurs et leur rôle majeur dans la prévention des difficultés des entreprises.

242. Nous constatons en effet, avec surprise le nombre impressionnant d'obstacles qui s'opposent à la pratique de la prévention externe. Ce manque de renseignement sur la situation des entreprises en difficulté ne facilite pas la tâche du président du tribunal dans sa mission d'alerte.

Par ailleurs, le grand déficit qui est soulevé par la majorité des praticiens et des personnes s'intéressant à l'évolution des juridictions marocaines, concerne essentiellement l'incompétence des tribunaux de commerce en matière de prévention et le manque de moyens financiers. En effet, 50 dirigeants d'entreprises sur les 60 interrogés pensent que les tribunaux marocains ne sont pas suffisamment équipés pour appliquer la prévention externe.

§2. Manque de moyens humains et structurels au sein des tribunaux de commerce

243. L'efficacité de la prévention externe est subordonnée à la mise en œuvre de moyens d'anticipation pertinents, qui nécessitent une certaine expérience pour définir les « clignotants » appropriés. Pour ce faire, elle doit alors être appliquée par des hommes d'affaires et non par des magistrats professionnels⁶⁹⁰. Ces « juges » ont un rôle central dans la prise des décisions de nature économique tant que juridique, comme, par exemple, décider s'il faut procéder au redressement ou à la liquidation judiciaire.

Or, au Maroc, il a été constaté que les juges marocains ne sont pas tous formés pour l'application de ce type de procédure. La raison en est que, lorsque les tribunaux de commerce ont été créés au Maroc en 1997⁶⁹¹, ils étaient dotés de juges ayant le même statut et la même formation que ceux des juridictions civiles et pénales.

Quelques années plus tard, afin de remédier au manque de compétences de certains juges en matière de droit des affaires, une formation en a été réalisée par le ministère de la justice pour mettre en place progressivement les mécanismes de traitement des difficultés des entreprises apportés par la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996. Cependant, cette dernière n'a pas été généralisée. En effet, seule une petite minorité des juges a pu bénéficier d'une remise à niveau. Cette formation était, certes, nécessaire, mais elle n'a pas pu instituer une véritable culture de prévention et de détection en amont des signes de difficultés des entreprises. Selon le Ministre

⁶⁹⁰ *Rapp, préc.*, USAID p.23.

⁶⁹¹ Un an après la promulgation de la loi n° 15-95 du 1^{er} août 1996, régissant les difficultés des entreprises.

de la justice, « Neuf magistrats sur dix ne savent pas lire un bilan »⁶⁹². En effet, l'on a soulevé un grand décalage entre les magistrats et les entreprises.

Toutefois, même si les juges ont pu acquérir les compétences nécessaires leur permettant d'appliquer la prévention externe, cette activité de prévention n'est pas développée au sein des tribunaux de commerce. Or, pour être opérationnel, le président du tribunal doit développer une cellule de prévention au niveau des services du greffe, afin de dépister les difficultés des entreprises en amont, mais le nombre de juges aptes à assurer cette mission de prévention au sein des tribunaux de commerce s'avère insuffisant. En effet, depuis la création des tribunaux de commerce, en 1998, et jusqu'en 2008, le nombre de juges consulaires à la Cour d'appel commerciale de Casablanca est de 15 ; le tribunal de commerce de Casablanca dispose de 45 juges; quant au tribunal de commerce de Rabat il n'en compte que 18⁶⁹³.

Remarquons toutefois que seule la compétence des juges commerciaux n'accélère pas l'application de la prévention externe si les moyens financiers permettant sa réalisation ne sont pas disponibles, c'est le cas notamment de quatre tribunaux de commerce sur sept au Maroc.

244. Rappelons aussi que la quasi-inexistence de l'activité de prévention externe des difficultés des entreprises s'explique essentiellement par la faiblesse des moyens financiers au sein des tribunaux marocains, leur permettant d'accomplir une vraie mission de prévention. C'est ce point essentiel qui a été soulevé lors de nos enquêtes. Ce manque de moyens se fait ressentir essentiellement au niveau de l'effectif et de matériel informatique permettant une meilleure gestion et la mise à jour des informations recueillies sur la situation financière et sociale des entreprises, au sein du greffe du tribunal. Un réel encombrement des services des greffes a été soulevé par les personnes concernées, empêchant ainsi l'information du président du tribunal sur la situation des sociétés, notamment celle relative au défaut de dépôt des comptes sociaux, les inscriptions des privilèges des créanciers, la perte des trois quarts des capitaux propres, ..., etc.⁶⁹⁴

En France, selon le rapport de Montebourg, le coût de la prévention au sein du tribunal de commerce de Paris était évalué à 5,5 millions de Francs au titre de l'informatique et du personnel, depuis 1994 et était pris en charge par le greffe du tribunal⁶⁹⁵.

⁶⁹² Propos du Ministre de la justice Mohammed NACIRI, recueillis par M.A.CHAOUI, Jour. L'ECONOMISTE, 12 mai 2011, p.5.

⁶⁹³ V. Statistiques de la Cour d'appel commerciale de Casablanca, activités judiciaires de 2008.

⁶⁹⁴ Propos recueillis auprès d'un employé au greffe du tribunal de commerce de Casablanca.

⁶⁹⁵ V. A. MONTEBOURG et F. COLOMBRET, les tribunaux de commerce : une justice en faillite ? Rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale n°1038, éd Michel. LAFON, p. 64.

Au Maroc, malgré la grande volonté de certains juges, faute de moyens financiers et structurels, les objectifs préventifs sont difficilement réalisables.

Notons enfin que l'inutilisation de la prévention externe n'est pas seulement due au manque de moyens humains et financiers, mais le dispositif légal mis en place présente aussi des incohérences qui constituent des freins à son application.

§3. Limites de l'intervention du président du tribunal

245. Le rôle du président du tribunal dans la prévention externe est prévu par deux articles du Code de commerce. Le premier (article 548) prévoit son pouvoir de convocation, qui reflète son caractère facultatif (**A**), le second (article 549) lui assigne un pouvoir d'appréciation sur la situation de l'entreprise, lui accordant ainsi la possibilité de désigner un mandataire spécial, mais sans préciser pour ainsi son statut (**B**).

A. Caractère facultatif du pouvoir de convocation

246. Selon l'article 548 du Code de commerce, le président du tribunal convoque le chef d'entreprise, dès lors que son entreprise connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Certes, le président du tribunal a la possibilité de convoquer le dirigeant d'entreprise pour examiner les solutions permettant le redressement de l'entreprise, ou sa liquidation si sa situation est irrémédiablement compromise, mais il n'a aucun droit de contrainte si ce dernier refuse de se présenter à l'entretien. Autrement dit, aucune mesure n'est prévue par le texte marocain, dans ce cas de figure. De ce point de vue, on pense que le président du tribunal a seulement un rôle d'information et de mise en garde. On peut reprocher au législateur de ne pas avoir mis en place des sanctions visant à donner plus de crédibilité à l'alerte du président du tribunal, d'autant plus qu'en général, il est rare que le dirigeant prenne l'initiative de le solliciter afin de lui demander un conseil. Cette lacune juridique laisse entendre que la prévention externe est une procédure comportant un caractère facultatif, laissant ainsi place à l'ouverture des procédures collectives. En effet, les chefs d'entreprises qui ne répondent pas à la convocation du président du tribunal préfèrent demander l'ouverture de procédures collectives. Cette dernière leur semble plus adéquate.

Ce caractère facultatif est également accentué par la position de certains magistrats qui ne veulent pas rechercher systématiquement des informations sur les entreprises dont les dirigeants refusent de se présenter à l'entretien, pensant que cette démarche peut être considérée par les dirigeants comme une immixtion dans la gestion de leurs affaires. Un juge

du tribunal de commerce que nous avons interrogé pense aussi que « *cette intervention peut porter préjudice à la discrétion à laquelle tiennent les chefs d'entreprises, lorsqu'ils commencent à douter de leur situation financière. La meilleure solution serait de les laisser régler seuls leurs difficultés avec leurs créanciers. Leur convocation ne ferait qu'aggraver la situation* »⁶⁹⁶.

Et même si les difficultés d'une entreprise sont apparentes et confirmées, certains juges préfèrent ne pas convoquer le dirigeant afin de ne pas le vexer. Car le dirigeant peut ressentir cette convocation comme une révélation d'un échec difficile à assumer.

Cette hésitation, selon nous, traduit l'attachement de certains juges au principe de confidentialité qui doit guider la gestion des difficultés des entreprises. Or, ne pas convoquer un dirigeant qui risque de perdre son entreprise, de crainte de l'intimider, ne lui rend pas service; au contraire, cette réaction accentue ses difficultés et peut même le conduire à l'arrêt de son exploitation. A notre avis, cette démarche est susceptible de remettre en question l'intervention du président du tribunal dans la prévention externe. Néanmoins, il est rassurant qu'elle ne soit pas générale, car d'autres juges⁶⁹⁷ s'accordent sur l'importance du rôle attribué au président du tribunal dans la prévention des difficultés des entreprises. C'est le cas notamment du président du tribunal de commerce de Marrakech. En effet, en 14 années d'application de la loi régissant les difficultés des entreprises au sein des tribunaux marocains, seul le président du tribunal de commerce de Marrakech a pu envoyer des convocations à quelques chefs d'entreprises à la suite des informations recueillies sur la situation financière de leur exploitation. Les résultats de ces convocations se sont révélés extrêmement positifs. 57 convocations ont été adressées et 46 entretiens réalisés. Les dirigeants d'entreprises se sont effectivement rendus à l'entretien dès la convocation. Néanmoins, rares les entretiens qui ont abouti à un résultat de redressement, 2 entreprises sur 46 ont pu aboutir à un redressement sans nomination d'un mandataire spécial⁶⁹⁸. Pour les autres entreprises, aucune suite n'a été donnée à leur demande. La raison principale est que la majorité d'entre elles étaient déjà en cessation de paiements⁶⁹⁹.

Remarquons toutefois, que bien que le président du tribunal n'ait pas un pouvoir de contrainte, il dispose d'un pouvoir absolu afin de décider de la suite à donner à la procédure de prévention externe, cependant, ce pouvoir présente quelques ambiguïtés.

⁶⁹⁶ Selon un juge commercial (ayant souhaité garder l'anonymat), près du tribunal de commerce de Casablanca.

⁶⁹⁷ S. SKALLI, juge au tribunal de commerce de Casablanca.

⁶⁹⁸ V. Statistiques du tribunal de commerce de Marrakech.

⁶⁹⁹ Selon de M.AITHSSAIN, président du tribunal de commerce de Marrakech.

B. Imprécision du statut du mandataire spécial

247. Les dispositions de l'article 549 du Code de commerce relatives à la nomination d'un mandataire spécial prévoient: « *S'il apparaît que les difficultés de l'entreprise sont susceptibles d'être aplanies grâce à l'intervention d'un tiers (...), le président du tribunal le désigne en qualité de mandataire spécial, il lui assigne une mission et un délai pour l'accomplir* ». Soulignons que ces dispositions sont ambiguës et qu'elles révèlent une réelle imprécision au sujet du statut du mandataire spécial. En effet, le législateur marocain n'a pas pris le soin de préciser les conditions relatives à sa nomination, à ses prérogatives, son statut, sa rémunération, ses obligations ainsi qu'à la nature de son intervention; celle-ci est-elle contractuelle ou judiciaire? Quelles sont les incompatibilités de sa fonction? Peut-on s'opposer à la nomination du mandataire spécial? Quelle est enfin la responsabilité du mandataire spécial lors de son intervention dans le processus de la prévention externe? Ces questions restent sans réponse. En effet, aucun décret d'application du Code de commerce, pour le moment, ne vient expliquer les modalités de désignation, ni les compétences nécessaires que doit posséder un mandataire spécial, afin d'aider les dirigeants d'entreprises à surmonter leurs difficultés. C'est le président du tribunal qui détient le pouvoir décisionnel pour désigner un mandataire et déterminer sa mission⁷⁰⁰. L'on ne peut imaginer les conséquences pratiques d'un mauvais choix, qui peut être l'une des raisons pour lesquelles la prévention externe échoue.

248. Notons enfin que le peu de pratique de la prévention externe par le président du tribunal de commerce est accentué par le manque d'autres intervenants externes pouvant prévenir les difficultés des entreprises, notamment, les centres de prévention pouvant apporter des conseils en gestion financière et comptable aux dirigeants dépourvus de conseils internes. A l'heure actuelle, à l'exception d'un recours souvent coûteux à un expert en gestion, aucun mécanisme d'assistance technique comptable et financière ou d'aide à la détection des difficultés d'exploitation n'est prévu par la législation marocaine⁷⁰¹.

Si le gouvernement marocain encourage la création des entreprises en multipliant les programmes pour le financement de leur projet⁷⁰², cette initiative n'est pas accompagnée par des mesures pouvant maintenir vivantes ces entreprises.

⁷⁰⁰ M. ALAMI-MACHICHI, *op.cit.*, p. 535.

⁷⁰¹ A.ELHAJJAMI, *op.cit.*, p. 23 .

⁷⁰² A titre d'exemple on peut citer MOUKAWALATI, programme d'aide et financements des projets de jeunes entrepreneurs diplômés.

Section 3. La pratique du règlement amiable

249. Si le législateur marocain, en transposant le règlement amiable adopté par la loi française du 1^{er} mars 1984, avait pour ambition de promouvoir une démarche (amiable) de résolution des difficultés des entreprises, cet objectif est loin d’être atteint dans la pratique. Le fait que le règlement amiable soit peu utilisé par les chefs d’entreprises et les créanciers en est la preuve, si l’on juge les résultats de notre enquête au sein des tribunaux de commerce marocains. Toutefois, avant d’analyser les causes de l’échec relatif à l’application du règlement amiable (§2), l’on doit en premier lieu dresser son constat (§1).

§1. Le constat de la pratique du règlement amiable

250. Afin de pouvoir nous exprimer sur la réalité pratique de la procédure du règlement amiable par les chefs d’entreprises au Maroc, en termes de chiffres, nous avons réalisé des entretiens avec le président du tribunal de commerce de Casablanca, de Rabat et celui de Marrakech, en vue de mesurer son application. Le questionnaire que nous leur avons soumis traite plusieurs questions liés au:

A°. Nombre de procédures ouvertes par an

251. Les dossiers déposés et traités dans les principaux tribunaux commerciaux, entre 1998 et 2011, relatifs à la procédure du règlement amiable, se présentent comme suite:

85 demandes déposées et enregistrée au tribunal de commerce de Casablanca, 43 pour celui de Rabat et 47 pour celui de Marrakech.

B. Les entreprises concernées

252. Les entreprises ayant connu une procédure de règlement amiable sont en majorité des entreprises sociétaires. Les sociétés concernées étaient en majorité des SA, 40% et des SARL 10%.

Les entreprises individuelles, ayant bénéficié d’une procédure de règlement amiable sont peu nombreuses, elles représentent 7% seulement.

C. La situation des entreprises au moment de la demande d'ouverture de la procédure

253. Dans la majorité des cas, les dirigeants d'entreprises ayant demandé l'ouverture d'une procédure de règlement amiable ne répondaient pas aux conditions de fond ni de forme précisées par le Code de commerce. En effet, 80% des chefs d'entreprises ayant fait cette demande se trouvaient déjà en état de cessation des paiements au moment de la demande.

D. Le conciliateur : nomination, statut et mission

254. Selon les présidents des tribunaux interrogés, le choix du conciliateur se fait selon la nature de l'entreprise en question : le président du tribunal demande au dirigeant si son secteur d'activité a créé une association, une union qui défend les intérêts des entreprises à laquelle elles appartiennent.

Sur 85 procédures de règlements amiables ayant été ouvertes au tribunal de Casablanca, 2 conciliateurs seulement ont été nommés. Le président du tribunal de Casablanca avait lui-même nommé un conciliateur appartenant à la confédération générale des entreprises marocaines. Le deuxième conciliateur était un expert comptable.

Selon la réponse du président du tribunal de commerce de Rabat, la nomination d'un conciliateur est assez difficile à mettre en œuvre, à cause du manque de personnes compétentes et surtout volontaires. Ainsi, sur 43 demandes enregistrées, seuls 4 conciliateurs ont été nommés.

Le président du tribunal de commerce de Marrakech affirme cette assertion, il nous a informé que, les personnes désignées en qualité de conciliateur sont généralement réticents, par crainte d'engagement de leur responsabilité en cas d'échec de la procédure du règlement amiable et les répercussions que cela risque d'entraîner sur la situation de l'entreprise. Ainsi, sur 47 demandes enregistrées, seuls 7 conciliateurs ont été nommés.

Concernant la mission du conciliateur dans la procédure du règlement amiable, les trois présidents interrogés nous ont informé qu'elle s'est déroulé conformément aux dispositions de l'article 554 du Code de commerce qui stipule que le président du tribunal détermine la mission du conciliateur dont l'objet est de favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers.

E. Les critères de choix des créanciers participants

255. Concernant les créanciers, le choix portait en général sur les plus importants, notamment les fournisseurs ayant établi des rapports de confiance avec le débiteur. Le trésor public et les organismes sociaux sont rarement appelés aux négociations, de peur qu'ils refusent toute négociation amiable, ce qui serait susceptible de nuire à la réalisation d'un accord amiable et pourrait même conduire l'entreprise à l'ouverture d'une procédure collective. C'est ce que nous ont indiqué les présidents des tribunaux interrogés.

Les banquiers ne sont pas tous ouverts aux négociations avec le débiteur, la majorité d'entre eux sont souvent réticents à l'idée de s'engager dans une procédure amiable, et certains refusent même de rentrer en contact avec le débiteur et le conciliateur, par méconnaissance des mesures préventives; pourtant, dans la majorité des cas, les dettes de la banque sont toujours les plus élevées.

F°. Le taux

256. Comme nous pouvons le constater, les chiffres relatifs au succès du règlement amiable sont faibles. Au tribunal de commerce de Marrakech, sur 47 demandes enregistrées, 9 entreprises sont parvenues à la signature d'un accord amiable avec les créanciers.

A Casablanca, sur 85 demandes enregistrées, 2 accords ont été signés. Ce résultat est très faible. Cet échec conduit nécessairement l'entreprise au redressement judiciaire.

A Rabat sur 43 demandes enregistrées, 1 seul accord a été signé.

J°. Les avis

257. Les présidents des tribunaux de commerce de Casablanca, de Rabat pensent que le règlement amiable est une mesure préventive intéressante à plusieurs niveaux. En premier lieu, lorsqu'il est effectué d'une manière efficace, il permet au débiteur de maintenir les intérêts économiques et financiers de son entreprise et préserver l'emploi. Pour les créanciers, il leur garantit leurs créances lorsque le redressement de l'entreprise est réalisable.

En deuxième lieu, le règlement amiable permet, sur le plan pratique, d'alléger la surcharge de travail dans les tribunaux de commerce, notamment en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Les présidents des tribunaux de commerce interrogés regrettent cependant que cette mesure préventive ne soit pas fréquemment utilisée au Maroc. Selon Mr Abdelwahd. SAFFOURY, président du tribunal de commerce de Rabat, « *le règlement amiable est efficace pour appréhender les difficultés des entreprises s'il est pris à temps. Malheureusement, cette procédure est ignorée par les chefs d'entreprises et même par les avocats qui sont censé être des hommes de droit. En plus, il n'est fait recours à cette procédure que tardivement, lorsque l'entreprise arrive à un état très critique* ». Aussi, a-t-il ajouté, « *les chefs d'entreprises ne font pas recours à la justice de bonne foi* ».

Mr Abderrazak. AMRANI, président du tribunal de commerce de Casablanca, pense que « *la raison principale de l'échec du règlement amiable s'explique le plus souvent par les demandes d'ouverture de la procédure qui restent très rares; et même celles qui sont traitées n'aboutissent pas toujours à un résultat positif, car elles se font tardivement, lorsque la cessation de paiements est déjà déclarée* ».

Les présidents interrogés pensent également que le texte de loi traitant de la prévention des difficultés des entreprises doit être réaménagé pour faciliter son application et l'adapter à la vie quotidienne des entreprises marocaines. Ils proposent également de déléguer cette mission au vice président du tribunal de commerce, vue l'importance de cette mission et le temps qu'elle nécessite pour la mettre en œuvre.

Remarquons que, l'échec du règlement amiable est alarmant face à la pratique. Pouvons-nous affirmer que le règlement amiable, en tant que mécanisme de prévention des difficultés des entreprises, doit être supprimé du droit marocain des entreprises en difficulté ? Est-il inadapté au tissu économique, juridique et culturel du pays ? Avant de répondre à ces questions, nous tenterons d'expliquer les causes de son échec.

§2. Les causes d'échec du règlement amiable

258. L'échec du règlement amiable trouve deux explications essentielles liées entre elles. La première est propre à la loi régissant la procédure du règlement amiable. En effet, nous avons constaté, lors de l'analyse des solutions légales apportées par le texte marocain⁷⁰³, une réelle imprécision et une certaine ambiguïté quant à la mise en œuvre de la procédure du règlement amiable. Ce caractère informel du règlement amiable, laisse un vide aux chefs d'entreprises et aux tribunaux de commerce ne sachant pas comment l'utiliser (A). La

seconde explication, selon nos enquêtes, tient au comportement des dirigeants d'entreprises et des créanciers favorisant le succès des procédures collectives (B).

A. Imprécision et ambiguïté du dispositif légal

259. Une lecture superficielle du Code de commerce marocain (articles 550 à 559) laisse apparaître un manque de précision et une certaine ambiguïté des procédures prévues pour l'application du règlement amiable, notamment en ce qui concerne ses conditions d'ouverture (1) et son déroulement (2).

1°. Imprécision des conditions d'ouverture de la procédure du règlement amiable

260. L'imprécision du dispositif légal marocain que nous pouvons soulever ici est relative aux conditions de fond et de forme, imposées au chef d'entreprise, afin de bénéficier d'une procédure de règlement amiable.

Concernant l'imprécision des conditions de fond, nous pouvons citer en premier lieu celle qui est relative à la notion de cessation de paiement, ayant pour objectif de séparer la procédure amiable des procédures collectives. Les termes de l'article 550 du Code de commerce prévoient que « *la procédure du règlement amiable est ouverte à toute entreprise commerciale ou artisanale qui, sans être en cessation de paiements, éprouve une difficulté juridique, économique, ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adaptés aux possibilités de l'entreprises* ».

Si on se réfère à la définition de la notion de cessation des paiements, telle qu'elle résulte de l'article 560 du Code de commerce, on comprend qu'elle fait allusion à l'entreprise qui n'est pas en mesure de payer à l'échéance ses dettes exigibles. Or, cette situation, telle qu'elle est expliquée par les praticiens, vise tout simplement les difficultés momentanées de trésorerie ou la rupture du service de caisse, et l'on peut en principe, y remédier par le crédit bancaire ou la sollicitation de délais de paiement auprès des créanciers. Toutefois, elle diffère de l'insolvabilité, plus importante, qui vise l'état d'une personne dont l'intégralité de l'actif, même immobilisé, ne peut suffire à couvrir l'ensemble du passif. Ainsi, une société peut être parfaitement solvable, compte tenu de ses actifs mobilisés, mais peut se trouver en cessation de paiements faute de sommes rapidement disponibles. A l'inverse, une entreprise pourtant

insolvable peut continuer, pendant un certain temps d'assurer le paiement de ses fournisseurs au moyen de ressources extérieures, comme par exemple de prêts assurés par ses associés⁷⁰⁴.

A notre avis, cette condition imposée au chef d'entreprise doit être redéfinie, car la notion de cessation de paiements est difficile à déterminer avec précision, et elle aboutit le plus souvent à l'ouverture d'une liquidation judiciaire.

Dans les faits, le dirigeant de l'entreprise n'est pas en mesure de contrôler la survenance de la cessation des paiements, alors qu'il est en permanence en difficulté de trésorerie. C'est cette question qui a été soulevée par les dirigeants, le plus souvent lors de notre enquête.

Cette situation appelle à la prudence, d'autant que, généralement lorsque le débiteur s'engage dans un accord amiable, et que le juge décide l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, la survenance de la cessation des paiements est souvent déclarée pendant la préparation de la procédure du règlement amiable. Dans ce cas, le juge n'a pas d'autres choix que de prononcer l'ouverture d'une procédure de redressement amiable. Cette situation est susceptible de provoquer des conséquences négatives sur l'évolution d'une entreprise, car le manque de visibilité sur la situation financière d'une société peut lui être fatal. En outre, la responsabilité des dirigeants peut être aussi engagée, dès lors que ceux-ci omettent de déclarer la cessation des paiements avant l'ouverture d'une procédure de règlement amiable. C'est à ce niveau que se pose la problématique relative à la compétence des juges en matière de prévention des difficultés des entreprises.

On peut citer, à titre d'exemple, la décision du tribunal de commerce de Fès, datée du 06 février 2002, qui a prononcé l'ouverture de la procédure du règlement amiable au profit d'une société, dont la situation économique présentait une cessation de paiements latente⁷⁰⁵.

Il est vrai que les éléments constitutifs de la cessation des paiements sont difficilement identifiables. C'est l'une des causes les plus flagrantes de l'échec du règlement amiable.

261. La deuxième imprécision du dispositif légal est relative aux besoins financiers ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise. Elle est évoquée par l'article 550, alinéa 2 du Code de commerce, comme un critère permettant au chef d'entreprise de bénéficier de l'ouverture de la procédure du règlement amiable. Nous pensons que ce critère est très large et n'est pas facilement apprécié. Ainsi, il est à craindre que les chefs d'entreprises ne recourent au règlement amiable que pour des motifs purement dilatoires, alors même que leurs entreprises ne traversent que des difficultés passagères. Inversement, ces derniers peuvent invoquer ces difficultés bien que la situation soit déjà

⁷⁰⁴ Définition citée par A. CHAOUKI, commissaire aux comptes à Casablanca, entretien réalisé en mars 2011.

⁷⁰⁵ Tribunal de commerce de Fès, décision n° 0006/ 202/6 du 6 fév. 2002(non publiée).

profondément compromise par l'effectivité de la cessation des paiements. Ce constat résulte des problèmes rencontrés dans la pratique, car la majorité de dirigeants d'entreprises, notamment de PME, ne sont pas en mesure d'évaluer leurs besoins de financement.

262. Par ailleurs, concernant les conditions de forme permettant l'ouverture de la procédure du règlement amiable, le texte marocain, rappelons-le, ne les précise pas expressément⁷⁰⁶, notamment ceux relatifs à la requête du chef d'entreprise, à savoir, le contenu de la demande, les délais à respecter, etc. L'absence de ces éléments favorise automatiquement une hésitation de la part du chef d'entreprise en vue de demander l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, surtout si ce dernier n'a pas un conseiller au sein de l'entreprise. Ainsi, de quelle manière le chef d'entreprise pourra-t-il formuler sa demande si aucun élément comptable ou financier n'est prévu par le texte ? Face à ce vide juridique, le règlement amiable est laissé à l'appréciation du président du tribunal qui dispose de larges pouvoirs pour accepter ou refuser son ouverture.

Il est vrai que les conditions relatives à l'ouverture de la procédure du règlement amiable n'offrent pas beaucoup de facilité d'application aux praticiens. Compte tenu de tous ces éléments, ce type de mécanisme préventif est loin d'être apprécié par une grande majorité de dirigeants d'entreprises.

263. En outre, les imprécisions des textes ne se limitent pas aux conditions d'ouverture de la procédure, car même après son ouverture, nous avons soulevés des incohérences qui pourraient remettre en cause toute tentative de règlement amiable. Prenons par exemple les pouvoirs d'investigation reconnus au président du tribunal au cours de la procédure de règlement amiable ayant pour intention d'écartier les inconvénients des accords amiables qui risquent d'être une source de fraude. A cet égard, nous pensons qu'il est utile de rappeler que ces investigations nécessitant la consultation des organismes sociaux, du commissaire aux comptes et de toute personne pouvant l'informer sur la situation de l'entreprise, présentent deux inconvénients :

- le premier est qu'elles peuvent être à l'origine de la divulgation de la préparation d'un accord amiable, ce qui pourrait faire perdre à l'entreprise la possibilité d'un redressement,
- le deuxième est lié au délai pour rassembler les informations, qui peut être long, ce qui retarderait de ce fait, l'ouverture de la procédure, notamment lorsque l'entreprise est proche de la cessation de paiements.

⁷⁰⁶ C.com., art. 550.

Ces deux inconvénients sont, à notre avis, susceptibles de causer l'échec du règlement amiable.

Par ailleurs, une lecture superficielle de l'article 551 du Code de commerce marocain laisserait penser que le pouvoir d'investigation n'est reconnu au président du tribunal que pendant la première phase de l'ouverture du règlement amiable, c'est-à-dire avant qu'il ne se prononce sur la suite à donner à la demande. Après ces investigations, le président ne devrait-il pas suivre l'évolution de l'entreprise et convoquer à nouveau, s'il y a lieu, les dirigeants afin de leur proposer des solutions appropriées ?

A notre avis, le pouvoir d'investigation du président du tribunal doit subsister après la nomination du conciliateur jusqu'à la conclusion de l'accord amiable, afin de prévenir toute aggravation réduisant à néant les négociations et remettant en cause les éventuels solutions.

264. D'autres ambiguïtés et un certain manque de transparence affectant le règlement amiable peuvent être soulevés, notamment à propos de la désignation d'un conciliateur. En effet, le législateur marocain n'a apporté aucune précision relative au statut et aux compétences du conciliateur⁷⁰⁷, malgré l'importance de sa mission pour la sauvegarde des entreprises en difficulté⁷⁰⁸. Il semblerait que sa désignation ne soit soumise à aucune exigence particulière de qualité professionnelle ou de statut (compétences, incompatibilités, inscription sur une liste, formation, ..., etc.).

Dans la pratique, la désignation du conciliateur se fait en fonction de la nature de l'entreprise, ou de son secteur d'activités. Le président du tribunal demande au chef d'entreprise s'il existe une association, une union défendant les intérêts des entreprises, comme par exemple la Confédération Générale des Entreprises Marocaines (CGEM). Or, si le conciliateur n'a pas les qualités requises, il peut faire échouer les négociations avec les créanciers, et ainsi faire perdre au débiteur une opportunité de redressement. Cette liberté pour laquelle a opté le législateur marocain accorde au conciliateur un large pouvoir d'appréciation pour le déroulement de la procédure du règlement amiable. Nous pensons qu'il est nécessaire qu'un texte vienne en préciser l'exercice.

L'imprécision légale relative à la procédure du règlement amiable ne se limite pas seulement au statut du conciliateur, mais elle s'étend également à sa mission. L'expression utilisée par l'article 554 du Code de commerce disposant que: « *le président du tribunal détermine la mission du conciliateur, dont l'objet est de favoriser le fonctionnement de l'entreprise* », peut

⁷⁰⁷ Notons que cette remarque rejoint celle que nous avons soulevée, à propos du statut du mandataire spécial. V. *supra*, n°70 .

⁷⁰⁸ AYADI- ZERKTI., « Le rôle du conciliateur dans la procédure du règlement amiable », Act. Coll, Tanger 21 et 22juill. 2007, éd. Association des juges de la cour suprême, Rabat 2007, p. 111.

prêter à confusion. En effet, de part son caractère vague, le conciliateur ne dispose pas d'un large pouvoir pour changer, ou tout au moins, pour améliorer le fonctionnement de l'entreprise. Cette fonction relève essentiellement des prérogatives du chef d'entreprise. Le conciliateur ne peut qu'inciter le débiteur à négocier avec ses créanciers en vue d'obtenir un accord amiable. Et pour cela, il dispose seulement d'informations susceptibles de l'aider à proposer des solutions pour le redressement de la situation de l'entreprise ; par exemple, quels créanciers doit-il inviter pour réaliser un accord amiable, comment doit-il demander des délais de paiements, faut-il demander des remises de dettes,..., etc. En outre, à la différence du président du tribunal, le conciliateur n'a pas de pouvoir d'investigation propre à l'égard des tiers. Par conséquent, comment celui-ci peut-il intervenir dans le fonctionnement de l'entreprise ?

En plus, notons que, le texte marocain ne prévoit aucun recours contre la décision du président du tribunal, ayant refusé la nomination d'un conciliateur.

2°. Ambiguïté des mesures favorisant le déroulement et l'exécution du règlement amiable

265. L'article 555 du Code de commerce prévoit des mesures favorisant le déroulement du règlement amiable. Il s'agit de la suspension provisoire des poursuites et de l'homologation de l'accord amiable par le président du tribunal.

La suspension provisoire des poursuites est généralement demandée par le conciliateur à l'initiative du dirigeant, afin d'éviter les poursuites que pourraient engager les créanciers contre le débiteur. Néanmoins, cette mesure présente quelques inconvénients :

Tout d'abord, elle peut être mal utilisée par certains dirigeants de mauvaise foi, notamment dans le but de retarder la procédure de redressement judiciaire. Ensuite, elle ne permet pas de préserver la confidentialité qui marque le principe même du règlement amiable, car elle divulgue l'existence des négociations entre le débiteur et ses créanciers. Cette confidentialité est pourtant essentielle au succès de la phase amiable, et sa remise en cause est susceptible d'accélérer la dégradation de la situation en portant atteinte au crédit de l'entreprise.

En outre, cette mesure, ayant un rôle dissuasif face aux créanciers qui recherchaient l'échec du règlement amiable, est de nature à restreindre leurs droits, ce qui, à notre sens, paraît difficilement compatible avec la nature contractuelle, fondée sur l'échange des consentements

dans le cadre d'un règlement amiable⁷⁰⁹. L'on pense qu'elle risque d'empêcher la collaboration des créanciers dans ce processus amiable, car ces derniers ne manifesteront aucune volonté et n'accorderont aucun avantage pour redresser la situation du débiteur.

Nous pensons que, cette mesure ne semble pas être l'instrument le mieux adapté pour favoriser l'aboutissement de la procédure amiable. C'est certainement la raison pour laquelle elle n'a été que rarement prononcée en France. En effet, les juges, afin d'éviter de rendre publiques les difficultés rencontrées par l'entreprise, ont parfois refusé de l'accorder. Le législateur français n'a pas souhaité maintenir ces procédures basées sur une logique judiciaire dans un cadre contractuel. Ainsi, nous pensons qu'il serait préférable de laisser le juge décider, en prenant en considération le cas de chaque entreprise⁷¹⁰.

266. Une autre imprécision permettant l'exécution du règlement amiable, et qui mérite d'être soulevée, concerne son aboutissement final. Il s'agit de l'homologation de l'accord amiable. Cette dernière est consentie par le président du tribunal dans le but de renforcer un tel accord. Mais cette mesure n'est pas automatique⁷¹¹, étant reliée à l'importance des créanciers participant aux négociations. Comme le précisent les dispositions de l'article 556 du Code de commerce marocain : « *lorsqu'un accord est conclu avec tous les créanciers, il est homologué par le président du tribunal et déposé au greffe. Si un accord est signé avec les principaux créanciers, le président du tribunal peut également l'homologuer* ».

Remarquons que cette condition visant à rassembler tous les créanciers ne nous paraît pas toujours possible, car il est difficile d'obtenir l'unanimité. Or, l'absence d'homologation risque de rendre l'accord suspect, dans le sens où elle représente un gage de transparence, qui, malheureusement, a pour effet d'éveiller la susceptibilité des partenaires de l'entreprise.

Nous croyons que cette disparité de traitement basée sur une majorité de créanciers n'est pas favorable à la situation du débiteur, vu que la réussite de ce processus se trouve entre les mains des créanciers, qui, lorsqu'ils ne sont pas intéressés par le redressement de l'entreprise, préfèrent généralement demander l'ouverture des procédures collectives.

Le succès du règlement amiable est ainsi limité par les pouvoirs décisionnels du président du tribunal qui dispose de larges pouvoirs d'appréciation dans un processus pourtant contractuel. Cependant, les limites de la procédure du règlement amiable sont, en partie, dues au succès des autres procédures collectives.

⁷⁰⁹ F. VITERBO, « Le sort de la réserve de propriété en période de règlement amiable », *Banque et droit*, mai-juin 1999, p. 3 ; E. DU PONTAVICE., « A propos de la suspension provisoire des poursuites de l'ordonnance de 1967 », *Banque* 1980, 1097.

⁷¹⁰ A. JACQUEMONT., *op.cit.*, n°81, p. 48.

B. Succès des autres procédures collectives.

267. L'échec de la procédure du règlement amiable conduit nécessairement l'entreprise à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, qui doit avoir lieu au plus tard dans les quinze jours qui suivent la déclaration de cet échec⁷¹².

Toutefois, l'on se demande, parmi toutes les entreprises qui se trouvent en situation de redressement ou de liquidation judiciaire, quelles sont celles qui sont passées par le processus du règlement amiable ?

La réponse est variable, car selon les tribunaux de commerce, 90% des entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire n'ont pas pu bénéficier d'une telle procédure.

Le succès des procédures collectives tient particulièrement au comportement des dirigeants d'entreprises (1) et à celui des créanciers (2).

1°. Le comportement des dirigeants d'entreprises

268. Selon l'enquête que nous avons menée, il en ressort que 52 sur 60 dirigeants d'entreprises interrogés ignorent les mécanismes du règlement amiable prévus par la législation marocaine, ou la confondent souvent avec les procédures de redressement ou de liquidation judiciaire.

Notons toutefois que, ce n'est pas le cas de tout les dirigeants, car ceux qui connaissent le règlement amiable et savent qu'il peut leur permettre de maintenir l'activité de leurs entreprises, prennent un certain temps avant de recourir au tribunal pour demander l'ouverture de cette procédure, par souci de confidentialité et aussi par crainte d'engager leur responsabilité en cas d'ouverture d'une procédure collective. Et même lorsque la procédure du règlement amiable est ouverte, selon le président du tribunal de Casablanca, plus de la moitié de ces entreprises basculent vers une procédure de redressement judiciaire, car elles se retrouvent rapidement en état de cessation de paiements.

D'autres dirigeants en revanche, font la demande d'ouverture d'une procédure de règlement amiable à temps, mais dans le seul objectif d'en faire une utilisation détournée. Ces derniers, en vue de gagner du temps et ne pas rembourser leurs dettes, demandent l'ouverture d'un règlement amiable, même s'ils ne peuvent éviter l'ouverture d'une procédure de traitement judiciaire qui s'avère inéluctable. Cette option ne fait qu'aggraver leur situation et, par la

⁷¹² C.com., art. 561.

même, entraîner l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire lourde de conséquences⁷¹³.

Dans d'autres cas, même si la procédure du règlement amiable est déjà en cours, il arrive parfois que le chef d'entreprise se trouve dans l'impossibilité de concrétiser un projet de redressement de la situation de son entreprise à l'égard de ses créanciers; or l'aboutissement d'un règlement amiable est lié en principe à la qualité et à la réalité de ce projet.

269. Notons toutefois que le succès des procédures collectives est aussi dû parfois au comportement de certains débiteurs, qui, au moment de négocier avec les créanciers, refusent de faire un effort financier sur leurs biens personnels, choisissant ainsi le confort des procédures collectives, afin d'échapper aux poursuites de leurs créanciers; car ces procédures, une fois initiées, suspendent et interdisent toutes actions contre l'entreprise. En effet, elles permettent d'imposer un délai de paiement plus long que celui qui aurait pu être négocié dans le règlement amiable, le tout étant obtenu avec un risque mineur de sanctions personnelles à l'encontre du dirigeant.

Parmi ces pratiques douteuses, nous rapporte un juge commercial, on a relevé le fait que certains débiteurs parviennent à dissimuler frauduleusement une partie de leur passif, ou au contraire appellent aux négociations des créanciers de complaisance parmi les véritables créanciers⁷¹⁴.

En outre, même si le débiteur réussit à conclure un accord amiable avec ses créanciers, il arrive parfois que ce dernier se trouve dans l'impossibilité d'exécuter ses engagements.

2°. Le comportement des créanciers

270. Le succès des procédures collectives est également encouragé par le nombre très élevé de créanciers, et certains, pour conclure un accord, adoptent une position intransigeante (trésor public, les organismes sociaux), notamment lorsqu'une demande de remise de dette ou de délais de paiement est proposée pour aider le débiteur à redresser sa situation financière. Dans certains cas, les banques refusent de rentrer en contact avec le conciliateur, afin d'éviter d'accorder des délais de paiements ou des remises de dettes. Ce qui constitue réellement un frein à la réalisation d'un accord amiable et conduit inévitablement l'entreprise à la liquidation judiciaire.

Certains fournisseurs qui cèdent à la panique provoquée par des rumeurs, refusent même l'idée de négocier avec le chef d'entreprise, souvent par méconnaissance de la procédure du

⁷¹³ Propos recueillis auprès d'un juge au tribunal de commerce de Marrakech, entretien réalisé en février 2011.

⁷¹⁴ M. A. ALAOU, juge au tribunal de commerce de Marrakech.

règlement amiable. En effet, ces derniers n'y trouvent aucun intérêt personnel à conclure un accord amiable avec le débiteur. Ce qui conduit inévitablement à un désaccord entre eux. Le débiteur, soucieux du redressement de la situation de son entreprise, choisit le règlement amiable, alors que les créanciers sont en général plus favorables à la liquidation des biens, même s'ils risquent un désintéressement immédiat. En effet, le manque d'équilibre des intérêts des parties ne permet pas d'aboutir à la conclusion d'un accord amiable.

D'autres créanciers ne donnent leur accord qu'à la suite d'avantages particuliers, ce qui rompt le principe d'égalité.

Enfin la validité de l'accord est souvent contestable en raison de la menace de faillite qui plane sur les négociations.

271. Notons également que le succès des procédures collectives est parfois encouragé par l'attitude de certains présidents des tribunaux de commerce qui hésitent parfois à accorder la décision d'ouverture d'une procédure du règlement amiable ou l'homologation de l'accord amiable.

Certes, l'inefficacité de la procédure amiable est une cause directe du succès des procédures collectives. Le nombre d'entreprises en liquidation judiciaire enregistré chaque année au Maroc ne cesse d'augmenter. 95% des procédures amiables aboutissent à une liquidation judiciaire⁷¹⁵. Toutefois, cette augmentation est aussi imputable à des difficultés de financement, qui elles-mêmes accroissent la vulnérabilité des entreprises face à la concurrence internationale. Les taux de financement bancaires sont très élevés et le problème de recouvrement des créances conduit souvent les entreprises à une cessation des paiements⁷¹⁶.

272. En somme, le constat des pratiques de la prévention et du règlement amiable au Maroc est alarmant. Toutefois, avant de présenter le projet des réformes de ce dispositif préventif, il nous semble important de mentionner que l'échec de la prévention et du règlement amiable constaté au Maroc n'est pas surprenant, dans la mesure où la loi française du 1^{er} mars 1984, ayant servi de modèle au législateur marocain, n'a pas enregistré le succès attendu par ses fondateurs et ce malgré les modifications apportées par la loi n°94-475 du 10 juin 1994.

⁷¹⁵ Rapport USAID, « Evaluation de la législation commerciale du royaume du Maroc », 2004 accessible sur www.usaid.gov.ma, p. 22.

⁷¹⁶A. ELHAJJAMI., *op.cit*, p.6.

Chapitre 2. Bilan des pratiques anciennes de la prévention et du règlement amiable sous l'empire de la loi française du 1^{er} mars 1984 modifiée par la loi du 10 juin 1994

273. L'approche du législateur français résultant de la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des entreprises en difficulté avait pour principal but de prévenir et d'anticiper les difficultés des entreprises. Si la situation s'aggravait, le débiteur pouvait toujours recourir avec ses créanciers, par l'intermédiaire du président du tribunal, aux procédures amiables. Cette approche est issue du diagnostic qu'a effectué le législateur de 1984 et des solutions qu'il a préconisé⁷¹⁷.

Toutefois, l'application des mesures préventives apportées par la loi du 1^{er} mars 1984 s'est révélée inefficace et les objectifs fixés n'ont pas été atteints⁷¹⁸. 93 % des entreprises en redressement ont été mises en liquidation judiciaire⁷¹⁹.

Cela explique les modifications apportées par la loi n°94-475 du 10 juin 1994, après seulement dix années d'application. Outre de nombreux aménagements techniques, la réforme avait une approche plus « économique » et plus globale. Elle s'est basée sur quatre grands axes :

- l'amélioration de la prévention des défaillances par l'instauration de moyens de détection des difficultés (obligation faite au Trésor et à l'URSSAF d'inscrire leurs privilèges lorsque les sommes dues excèdent un certain seuil;
- le renforcement des pouvoirs d'investigation du président du tribunal de commerce, avec la possibilité de convoquer le dirigeant pour envisager des mesures propres à redresser la situation de l'entreprise;
- le renforcement des obligations des commissaires aux comptes par l'élargissement du champ d'application de la procédure d'alerte et l'amélioration des techniques d'alerte;
- la consécration de la pratique du mandat *ad hoc* et l'amélioration de la procédure du règlement amiable.

Cependant, en dépit des améliorations apportées par la loi du 10 juin 1994, les résultats de l'application de ces mécanismes préventifs ont continué à révéler une incapacité à organiser un redressement de la situation des entreprises en difficultés. Ce constat a également été confirmé par Mr J.J. HYEEST : « *ce texte n'a pas été l'occasion de réfléchir de nouveau à*

⁷¹⁷ R. BADINTER, J.O. Ass. Nat. 1^{ère} séance du 4 juillet 1983, p. 3468 et 3469.

⁷¹⁸ J.F.BARBIERI, « L'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte : le rôle du commissaire aux comptes », *LPA*, 14 sept 1994, n°110, p.40.

⁷¹⁹ P.FOURNIE, « Les réformes du nouveau droit de l'entreprise : commentaires des lois du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle et celle du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises », éd Montchrestien, 1995, p.65.

l'ordonnancement général de la loi relative à la prévention et au règlement amiable. Il est même venu ajouter à la confusion, en ce sens que la volonté affichée par le législateur de 1994, de restaurer les droits des créanciers, est largement incompatible avec celle de préserver l'entreprise et l'emploi »⁷²⁰.

En définitive, les solutions apportées par la loi du 1^{er} mars 1984, modifiées par la loi du 10 juin 1994, ne préservaient pas la survie des entreprises en difficulté. Les mécanismes préventifs ayant été mis en place ont révélé une inefficacité d'application aux entreprises en difficulté⁷²¹ (**section 1**). Quant aux procédures amiables, on a effectivement constaté qu'elles étaient très peu utilisées (**section 2**).

Section 1. Résultats d'application des mécanismes préventifs

274. Selon le législateur de 1984, la prévention des difficultés des entreprises devait passer en premier lieu par la sensibilisation des chefs d'entreprises, notamment par l'obligation d'établir des comptes prévisionnels et par le dépôt des comptes annuels au greffe du tribunal⁷²². C'était une manière de préparer les dirigeants d'entreprises à une prise de décision avant qu'il ne soit trop tard. En outre, la loi a prévue le déclenchement d'une procédure d'alerte interne, par le commissaire aux comptes, par le comité d'entreprise et aussi par les associés et actionnaires. Si toutefois cette procédure échouait, les organes d'alerte externe, notamment les groupements de prévention agréés et le président du tribunal de commerce, intervenaient pour conseiller le chef d'entreprise sur les mesures de redressement à prendre, avant la cessation des paiements.

Cependant, on a constaté que l'application de ces mécanismes de prévention institués par la loi du 1^{er} mars 1984 n'avait pas enregistré le succès attendu par leurs auteurs. En effet, les résultats de la pratique d'alerte interne étaient d'une efficacité limitée⁷²³(§1) ; quant à l'alerte externe, elle était rarement pratiquée et lorsque c'était le cas elle n'était pas généralisée (§2).

§1. La pratique d'alerte interne

275. La procédure d'alerte interne doit être déclenchée dès que les indices des difficultés apparaissent. Les moyens de sa mise en œuvre ont été clairement définis par la loi du 1^{er} mars 1984, mais cette clarification ne devait aucunement masquer les limites de son application par

⁷²⁰ Rapport J. J. HYEST, évaluation de la législation, n° 120, (2001-2002), p.6.

⁷²¹ A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°3, p.2 ; F.PEROCHON et R.BONHOMME., *Entreprises en difficulté - instrument de crédit et de paiement*, 4^{ème} éd 1999, n°14, p.10 .

⁷²² Obligation édictée par l'article 30 de la loi du 1^{er} mars 1984.

⁷²³ F.PEROCHON et R.BONHOMME., *op.cit.*, n° 22, p.19.

les commissaires aux comptes (A), par les associés (B) et par les représentants des salariés (C).

A. L'alerte par les commissaires aux comptes

276. La procédure d'alerte des commissaires aux comptes, instaurée par les articles 21 et suivants de la loi du 1^{er} mars 1984, comporte un caractère préventif nettement affirmé. Selon cette disposition, le commissaire aux comptes ayant relevé des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise doit en informer les dirigeants. Si ces derniers ne prennent pas les décisions nécessaires pour assurer la continuité de l'entreprise, ou malgré les décisions prises la situation de l'entreprise demeure compromise, le commissaire aux comptes saisit le président du tribunal de commerce. Ainsi, cette procédure a été clairement précisée par la loi du 1^{er} mars 1984 et confirmée par celle du 10 juin 1994; elle a de plus amélioré le rôle d'alerte du commissaire aux comptes⁷²⁴. Néanmoins, les résultats d'application de la loi de 1984, instituant la procédure d'alerte des commissaires aux comptes, étaient plutôt nuancés.

Du point de vue des commissaires aux comptes et des dirigeants d'entreprises, le bilan d'application de l'alerte s'est avéré plutôt positif. Deux enquêtes réalisées par les commissaires aux comptes à l'occasion de leurs assises nationales, l'une en 1986, l'autre en 1991⁷²⁵, ont montré que l'action d'alerte avait effectivement été appliquée depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} mars 1984, et ce dès que la situation de l'entreprise l'exigeait. Cela indique qu'elle a été bien accueillie par les commissaires aux comptes et les dirigeants d'entreprises⁷²⁶. En effet, les résultats des enquêtes ont montré que sur les 330 cabinets interrogés, 320 avaient déclenché la procédure d'alerte au moins une fois. 70% des commissaires aux comptes étaient d'avis que le processus d'alerte s'inscrivait parfaitement dans leur mission générale. Ils pensaient aussi qu'elle était bien acceptée par les dirigeants (54%), par les administrations (51%) et par les actionnaires et les associés (46%)⁷²⁷.

⁷²⁴ J.M. LUCHEUX, « Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable », Act. coll. Paris, 12 et 13 oct. 1994 sous le thème « le nouveau droit des défaillances d'entreprises », éd Dalloz 1995, p. 68.

⁷²⁵ *Dict.Perm. Difficultés des entreprises*, 1986, bull. n° 22, p.9251 ; V. en ce sens, P.REY « De l'usage de la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises », thèse Paris 1, juin 1993; Y. GUYON., « Le rôle de prévention du commissaire aux comptes » *JCP*, Ed. E, n°48, 1987 n°150 66, p. 623.

⁷²⁶ Y. GUYON, *Droit des affaires : entreprises en difficulté, redressement judiciaire-faillite.*, éd 1999, n°150 66, p. 623.

⁷²⁷ V. Enquête CNCC , *Dict.Perm. Difficultés des entreprises*, 1986, n°22, p.9251.

Néanmoins, les résultats de ces enquêtes ont montré que dans plus de la moitié des cas, quand elle est pratiquée, la procédure d'alerte arrive souvent trop tard, car la société se trouvait déjà dans une situation aggravée⁷²⁸.

Les débats doctrinaux ont montré les limites de la pratique de cette procédure⁷²⁹. Selon le professeur Yves CHAPUT, l'alerte du commissaire aux comptes ne visait qu'à renforcer une pratique relativement courante⁷³⁰. Ce dernier pensait également que cette nouvelle mission d'alerte présentait quelques limites au niveau de son application, notamment, celle relative à la difficulté de maintenir la confidentialité de la procédure⁷³¹.

Selon Corine SAINT-ALARY-HOUIN, l'alerte du commissaire aux comptes, telle qu'elle était conçue par la loi du 1^{er} mars 1984, s'est révélée être un échec, car elle est concentrée entre les mains du commissaire aux comptes⁷³². En outre, l'on pense que les limites d'application de l'alerte des commissaires aux comptes peuvent être aussi expliquées par l'absence de ce dernier pour une grande majorité d'entreprises, car sa désignation était limitée par la loi à quelques entreprises seulement. En effet, étaient obligés de désigner un commissaire aux comptes les sociétés commerciales⁷³³ et les GIE ayant émis des obligations ou comptant au moins 100 salariés⁷³⁴. Les autres sociétés commerciales, les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique, les associations ayant reçu annuellement de l'Etat ou de ses établissements publics ou des collectivités locales une subvention de un million de francs⁷³⁵, et les établissements publics industriels et commerciaux⁷³⁶, n'étaient obligées d'en désigner un, que dans le cas où deux des trois seuils fixés par l'article 22 du décret du 1^{er} mars 1985 étaient franchis (50 salariés, 20 millions de francs de chiffre d'affaires hors taxes, 10 millions de francs de total de bilan).

En revanche, l'alerte ne concernait pas les entreprises individuelles et les petites entreprises.

277. Observons toutefois que, les limites de l'application de la procédure d'alerte s'expliquent aussi par le principe de non immixtion dans la gestion de la société, posé par la loi régissant la mission du commissaire aux comptes au sein des sociétés⁷³⁷. C'est ce que

⁷²⁸ V. Enquête CNCC, *Dict. Perm. Difficultés des entreprises*, 1986, n°22, p.9251

⁷²⁹ Y. CHAPUT., *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, éd 1986, n°43, p.58 ; P.REY, *op.cit.*, p.128.

⁷³⁰ Y. GUYON, *art.préc*, p.626.

⁷³¹ Y. GUYON, *art.préc*, p.626.

⁷³² C.SAINT- ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^{ème} éd.,1996 n°125.

⁷³³ Loi.n°84-148 du 1^{er} mars 1984, art. 29; loi du 26 juil.1966, art. 230-1; art. 21 concerne les sociétés commerciales, art. 24 les GIE et les coopératives.

⁷³⁴ Ord. 23 sep 1967, art.10, al.3.

⁷³⁵ Loi. n°84-148 du 1^{er} mars 1984, art. 29 bis.

⁷³⁶ Décr. n°85-295 du 1^{er} mars 1985, art. 33.

⁷³⁷ Loi du 26 juill.1966, art. 233, al. 2.

révèlent les résultats des enquêtes : dans 67% des cas, les difficultés étaient identifiées par les commissaires aux comptes principalement à l'occasion de leurs missions traditionnelles d'audit et de contrôle de la gestion de la société. Seulement dans 12% des cas, lors de l'examen des documents des articles 340 et suivants de la loi. Ce qui explique que ces derniers restaient très prudents. Ils n'ont pas déclenché l'alerte de crainte que les dirigeants prennent des décisions inopportunes, sans pour autant toucher à la stabilité de l'entreprise⁷³⁸. Pour eux, la prévention présente un double danger. Elle doit correspondre à une appréciation minutieuse de la situation de l'entreprise⁷³⁹. Elle ne doit pas être prématurée, car elle risque d'accélérer la dégradation de l'entreprise⁷⁴⁰. Elle ne doit pas être tardive, car si le commissaire aux comptes ne remplit pas son devoir d'alerter les dirigeants, malgré l'existence de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, peut être poursuivi pour faute ou négligence d'une question qui semble importante aux yeux des dirigeants⁷⁴¹.

Toutefois, afin d'optimiser l'action d'alerte et d'éviter certains risques, les commissaires aux comptes se trouvent parfois dans l'obligation de convoquer le dirigeant pour un entretien préalable. C'est la *phase zéro* de la procédure⁷⁴². C'est ce qui a été fait dans 73% des cas⁷⁴³.

Cette situation présentait donc un risque d'incidences sur leur mission au sein des entreprises. La nature de la procédure d'alerte laisse à penser que le commissaire aux comptes doit veiller en permanence sur l'état de santé financière de l'entreprise, car cette dernière peut rapidement se retrouver en cessation de paiements⁷⁴⁴.

Suivant ce raisonnement, les dirigeants d'entreprises ne seraient pas tous attentifs aux premiers signes de dégradation; ils s'appuieraient essentiellement sur le contrôle du commissaire aux comptes. Or, ce dernier n'est pas le seul garant de la pérennité de l'entreprise, d'autant plus qu'il exerce généralement cette mission au sein de plusieurs entreprises⁷⁴⁵. En plus, la loi du 1^{er} mars 1984 accordait peu de pouvoirs aux commissaires aux comptes, en d'autres termes, ces derniers étaient parfois désarmés devant les dirigeants

⁷³⁸ Y.GUYON, « Droit des affaires : entreprises en difficulté, redressement judiciaire-faillite », éd. 1999. T.2, n°1052, p.59.

⁷³⁹ Ph. DELEBECQUE et M.GERMAIN, *Traité de droit commercial*, éd. L.G.D.J, T.2, 2004, n°2833, p.840.

⁷⁴⁰ B. SOINNE., « La procédure d'alerte instituée par la loi du 1^{er} mars 1984 et la mission du commissaire aux comptes », *JCP*, E n° 14563, p. 543.

⁷⁴¹ E. DU PONTAVICE, « Les conséquences pratiques de la loi du 1^{er} mars 1984 », *Cie reg. .com. comptes*, Versailles 1985 ; Y.GUYON., *op.cit.*, n° 15, A.LIENHARD, « La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte », *Rev.Proc Coll*, 1996. p.1.

⁷⁴² L'expression est empruntée à D.VIDAL, *Droit des sociétés*, L.G.D.J, 7^{ème} éd. 2010. n°705.

⁷⁴³ V. Enquête CNCC , *Dict.Perm. Difficultés des entreprises*, 1986, n°22, p.9251.

⁷⁴⁴ B.SOINNE , *art.préci.*, p. 543.

⁷⁴⁵ P. REY,*op.cit.* p.128.

qui refusaient d'agir⁷⁴⁶. D'après les statistiques de la compagnie nationale des commissaires aux comptes, 50% de ces derniers pensaient que l'alerte du commissaire aux comptes n'avait aucune utilité⁷⁴⁷. En outre, le commissaire aux comptes, acteur principal de la prévention interne est parfois mal à l'aise dans ce rôle, compte tenu du caractère contractuel de sa relation avec le chef d'entreprise⁷⁴⁸.

278. Heureusement, leur mission s'est améliorée avec les réformes apportées par la loi du 10 juin 1994. Adoptant ainsi une approche plus économique. Cette loi insistait au premier plan sur la généralisation du commissaire aux comptes. En effet, l'article 27 de cette même loi offrait aux entreprises dépourvues de commissaire aux comptes, la possibilité d'en désigner un, même si elles ne remplissaient pas les conditions relatives aux seuils fixés par ce même article. De ce fait, les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique pouvaient nommer un commissaire aux comptes et un suppléant. Dans ce cas, les ces derniers sont soumis aux mêmes obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales et exercent les mêmes pouvoirs. En effet, dans les personnes morales de droit privé non commerçantes le commissaire aux comptes a l'obligation d'informer les dirigeants des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Il est vrai que la réforme du 10 juin 1994 a tenté d'élargir sa désignation à d'autres personnes morales, mais sa présence reste concentrée dans les grandes et moyennes entreprises. La présence des commissaires aux comptes dans les entreprises de moins de 10 salariés est de 3%, dans les entreprises de 10 à 50 salariés est de 38%, dans les entreprises de plus de 50 salariés est de 66%.

Egalement, la réforme a apporté une nette amélioration concernant les techniques d'alerte qui tendaient à un renforcement de la mission des commissaires aux comptes, par l'obligation d'inviter les dirigeants à faire délibérer l'assemblée générale⁷⁴⁹. L'article 10 de la loi du 10 juin 1994 a prévu également l'obligation d'informer le président du tribunal dès la deuxième phase de la procédure.

La loi du 10 juin 1994 a aussi modifié les délais alourdissant la procédure d'alerte afin de l'accélérer. Ainsi, les délais d'un mois sont passés à quinze jours et ceux de quinze jours ont été réduits à huit jours⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶ Y. GUYON., « Le rôle de prévention des commissaires aux comptes » *J.C.P.*, Ed E n° 48 1987, 15066, p. 626.

⁷⁴⁷ V. Dictionnaire permanent des difficultés des entreprises ; Enquête CNCC, 1986, Bulletin n°22, p.9251.

⁷⁴⁸ A.COURET, « La prévention : état des lieux », *LPA*, 17 déc.1993, n°151, p.12.

⁷⁴⁹ J.F. BARBIERRI, « L'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte : le rôle des commissaires aux comptes », *LPA*, numéro spéc. ; « La réforme du droit des entreprises en difficulté », 14 sept. 1994, n°24 et s.

⁷⁵⁰ Décr du 21 octobre 1994, art. 2.

Sans aucun doute, l'évolution de la pratique d'alerte par les commissaires aux comptes est évidente. Les données de la compagnie régionale de la cour d'appel d'Aix-en-Provence ont montré l'évolution de cette pratique entre 2001 et 2003⁷⁵¹. On note une évolution du nombre de procédures d'alerte durant cette période : de 131 à 262 (dont 50 procédures d'alerte en 2003 ont été conduites jusqu'à la phase 3, c'est-à-dire l'information du président du tribunal)⁷⁵². Plus de la moitié des procédures s'arrêtaient en phase 1, c'est à dire à l'information des dirigeants des faits relevés. Le taux des alertes reste constant, mais celui des observations sur la continuité de l'exploitation était en augmentation en 2003.

Néanmoins, les tentatives de la réforme de la loi du 10 juin 1994 ont partiellement échoué, pourtant la procédure d'alerte repose toujours sur le commissaire aux comptes qui, en la matière, a un devoir légal dans les sociétés⁷⁵³. Ce rôle sera ensuite renforcé par le législateur français de 2005, qui affirme que, lorsqu'il s'agit de tirer la sonnette d'alarme, c'est le commissaire aux comptes qui apparaît au premier plan⁷⁵⁴. C'est pour cette raison qu'en 2005, la CNCC a participé à une large réflexion sur la création d'entreprises, en 2006, sur le développement des entreprises et de leur croissance et en 2007, elle a abordé la question de la transmission d'entreprises⁷⁵⁵.

B.L'alerte par les associés

279. La loi du 1^{er} mars 1984 a permis l'accroissement du pouvoir de contrôle des associés à travers la possibilité de prévenir les difficultés de leurs sociétés. Dans ce sens, l'article 11 de la loi a réservé aux associés des sociétés à responsabilité limitée, la possibilité de poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Ces questions pouvaient être posées deux fois par an.

L'article 20 de la même loi est venu compléter l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 relatif aux sociétés anonymes. Il prévoyait qu'un ou plusieurs actionnaires représentant un dixième du capital social pouvaient, deux fois par exercice, poser des questions par écrit au président du conseil d'administration ou du directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise.

⁷⁵¹ J.F.BIGOUROUX, « Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes », Act. Coll, 25 et 26 mars, 2004, Aix-en-Provence, p.69.

⁷⁵² J.F.BIGOUROUX, *op.cit.*, p. 69.

⁷⁵³ P.M.LE CORRE, *op.cit.*, n°122-21, p. 148.

⁷⁵⁴ Sur le déclenchement de l'alerte par le commissaire aux comptes, v., Rapp. X. DE ROUX Ass. Nat. n°2095, fév.2005, p. 471-475 et Rapp.J.J.HYEST, n°335, mai 2005, p. 146-150.

⁷⁵⁵ CNCC, « Les atouts du commissariat aux comptes », accessible sur WWW.cnccparis.fr, janv. 2008.

Nous ne disposons pas de statistiques relatives à l'application de la procédure d'alerte par les associés ou les actionnaires, afin d'identifier l'effectivité de leur rôle dans la prévention des difficultés des entreprises, ce qui semble en soi révélateur du manque de pratique de cette mesure. Cependant, nous pensons que les lacunes de la loi, telles qu'elles ressortent des débats doctrinaux justifient le peu d'usage de la procédure d'alerte effectuée par les associés et actionnaires⁷⁵⁶. En effet, ce droit d'alerte tel qu'il résulte de la loi du 1^{er} mars est limité, sa portée comportant un caractère facultatif. La raison est que l'alerte des associés est en réalité un droit d'information, qui relève plus du droit des sociétés que du droit des entreprises en difficulté. En effet, le mécanisme de ces questions écrites est tellement réduit qu'il ne peut être qualifié de véritable alerte⁷⁵⁷.

En outre, il se limite aux actionnaires des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions, ainsi qu'aux associés des sociétés à responsabilité limitée. Les autres associés restent exclus. Ce droit d'alerte ne peut être exercé par les actionnaires des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par action que s'ils représentent un dixième du capital social⁷⁵⁸. La loi ne prévoit pas la possibilité de groupement des actionnaires.

Quant aux associés des SARL, ils peuvent exercer leur droit d'alerte sans limitation de nombre de parts dans la société, mais ils ne doivent pas être gérants⁷⁵⁹.

Une autre limite provient de la fréquence des questions écrites, susceptibles d'être posées par les actionnaires ou les associés, peut être soulevée. Ces derniers ont la possibilité de poser ces questions seulement deux fois par exercice épuisant ainsi leurs droits. Ils n'ont aucun moyen d'action particulière au cas où la réponse des dirigeants ne leur donnerait pas satisfaction.

Remarquons qu'en pratique, ces questions écrites ne sont formulées que rarement et quand bien même elles seraient fréquentes, ce droit d'information dont disposent les associés ne serait pas suffisant pour leur permettre d'apprécier la situation de leur entreprise et d'exercer par la même occasion leur droit d'alerte. Cette procédure, assez illusoire, permet tout au plus, à l'associé de prendre acte et indique qu'il est conscient des difficultés lorsque les dirigeants se montrent trop optimistes⁷⁶⁰.

⁷⁵⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, p. 95 ; Y. CHAPUT, *op.cit.*, n° 79, p. 93; P. LE CANNU., *op.cit.*, n° 119, p. 105; Ph. DELEBEQUE et M.GERMAIN., *op.cit.*, n° 2834, p. 842.

⁷⁵⁷ F.PEROCHON et R.BONHOMME., *op.cit.* n°28, p.23 ; D.GIBIRILA, *op.cit.*, n°88, p.75.

⁷⁵⁸ Loi. n°66-537 du 24 juil. 1966, art. 226-1; Décr.n°67- 236, 23 mars 1967, art. 195-1.

⁷⁵⁹ Loi. n°66-537 du 24 juil. 1966, art. 64-1; Décr. n°67- 236, 23 mars 1967, art. 44-3.

⁷⁶⁰ Y.GUYON, *Droit des affaires : entreprises en difficulté, redressement judiciaire-faillite*, éd 1999, n°1059, p.66; J. PAILLUSSEAU et G. PETITEAU., *op.cit.*, p. 132, C.SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^e éd.,1996 n°125, p.68.

Toutefois, si le dirigeant d'entreprise ne répond pas à ces questions, aucune sanction à son encontre n'a été prévue par la loi. Certains auteurs pensent que cette alerte est inutile et que « *le législateur ne se soucie guère du contenu de la réponse* »⁷⁶¹.

Comme le souligne le professeur Yves GUYON « *les associés sont considérés comme étant les parents pauvres de la prévention des difficultés* »⁷⁶², ce qui est paradoxal, compte tenu de leurs intérêts dans la société.

Certes, les associés et les actionnaires ont aussi le droit, en cas de défaillance ou de dysfonctionnement de la personne morale, de demander la désignation d'un expert chargé de fournir des éclaircissements sur une ou plusieurs opérations de gestion⁷⁶³. Cette mesure peut être utilisée par les associés afin de détecter les difficultés des entreprises, et peut, de ce fait, constituer une mesure supplémentaire de détection reconnue aux associés. Cependant, l'expertise en gestion présente également certaines limites quant à la qualité des bénéficiaires. En effet, elle est instituée au profit des seuls actionnaires des sociétés anonymes et des associés des sociétés à responsabilité limitée, représentant au moins le dixième du capital social⁷⁶⁴.

Ces restrictions ont été confirmées par certains auteurs, notamment les professeurs Jean PAILLUSSEAU et Georges. PETITEAU qui ont énoncé que : « *l'expertise de gestion étant de nature à gêner la gestion de la société ou à conduire à la remise en cause des opérations décidées par la majorité, la doctrine et la jurisprudence avaient tendu à en limiter l'octroi* »⁷⁶⁵.

Tout bien considéré, le caractère restrictif de l'expertise de gestion ne permet d'identifier qu'une partie des difficultés que connaît l'entreprise. En outre, cette mesure nécessite une procédure généralement longue alors que l'alerte doit être rapide⁷⁶⁶.

En somme, la limitation des pouvoirs de contrôle de la société par les associés n'est pas justifiée, selon certains auteurs, pensant que dans un grand nombre de sociétés il n'existe pas de commissaire aux comptes pouvant prendre la relève et continuer la procédure d'alerte⁷⁶⁷. En effet, le risque peut être limité dans les entreprises où il est présent. Grâce à ses compétences multiples, il peut vérifier les faits soulevés par les associés, les analyser, en envisager les conséquences sur l'entreprise, apprécier la réponse du gérant ainsi que les

⁷⁶¹ A. BRUNET et M. GERMAIN, *art. préc.*, n°60, p.40.

⁷⁶² Y. GUYON, *op.cit.*, n°1058, p. 65; P. M.LE CORRE, *op.cit.* n°122-51,p. 143.

⁷⁶³ Loi. n° n°66-537du 24 juillet 1966, art. L.64-2 et 226.

⁷⁶⁴ Loi. n° n°66-537du 24 juillet 1966, art. L.64-2 et 226.

⁷⁶⁵ J. PAILLUSSEAU et G .PETITEAU, *opt. cit.*, n°374, p.133.

⁷⁶⁶ Y.GUYON, *op.cit.*, n°1060, p.66.

⁷⁶⁷ C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°179, p.95.

solutions proposées permettant de redresser la situation de l'exploitation de l'entreprise. Notons que, dans les sociétés qui ne sont pas obligées de désigner un commissaire aux comptes, la procédure d'alerte des associés s'arrête à l'information des dirigeants. Ils ne peuvent alors que s'en remettre à la diligence du commissaire aux comptes pour déclencher une procédure d'alerte, lorsque bien entendu celui-ci existe dans la société⁷⁶⁸.

Nous pouvons donc conclure que la procédure d'alerte des associés et actionnaires se limite à l'information des dirigeants des difficultés relevées, ce qui marque incontestablement l'inefficacité de cette alerte.

C. L'alerte par les représentants des salariés

280. Les dispositions de l'article 43 de la loi du 1^{er} mars 1984, régissant l'alerte par les représentants des salariés sont proches de ceux prévus par l'article L.432-5 du Code de travail. Le comité d'entreprise, ou en son absence, le délégué du personnel, peut déclencher la procédure d'alerte, au sein d'une société lorsqu'il « *constate des faits de nature à affecter de manière préoccupante, la situation économique de l'entreprise* ». L'intégration du comité d'entreprise dans la procédure d'alerte constitue une évolution importante. A travers cette démarche, le législateur français a exprimé sa nouvelle conception de l'entreprise.

Cependant, ce nouveau rôle de prévention accordé au comité d'entreprise ou aux représentants des salariés en son absence, n'a pas été favorablement accueilli par la doctrine. Certains auteurs pensent que, « *même si le comité d'entreprise existe dans la société, son rôle cadre mal avec la participation conflictuelle qui caractérise le système Français de représentation du personnel, le comité d'entreprise est chargé de la défense des intérêts des salariés, lors de l'élaboration des décisions de la gestion de l'entreprise, mais non de la défense des intérêts généraux de l'entreprise* »⁷⁶⁹.

D'autres confirment cette assertion, en invoquant le fait que la procédure d'alerte des représentants des salariés renforce et amplifie le rôle de surveillance économique à l'encontre des dirigeants des entreprises. Elle leur donne l'occasion non seulement d'exercer un pouvoir d'interpellation à l'adresse des dirigeants, mais aussi de déclencher une sorte d'expertise

⁷⁶⁸ Y. CHAPUT, *op.cit.*, n° 79, p 93; P. LE CANNU., *op.cit.*, n°. 119, p. 105 ; A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°59, p.35.

⁷⁶⁹ J. SAVATIER., « Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises », *J.C.P.*, éd. 1987, E, n°48, p. 616 ; J.P.SORTAIS, « Entreprises en difficulté- les mécanismes d'alerte et de conciliation », éd., 2010 , n°24, p. 37.

interne si la concertation n'est pas rapidement satisfaisante⁷⁷⁰. Néanmoins, l'exercice de ce droit d'alerte par les représentants des salariés n'était pas vraiment pratiqué. L'enquête menée par la compagnie nationale des commissaires aux comptes, en 1986 a montré que les alertes engagées par le comité d'entreprise représentaient moins de 1%⁷⁷¹.

Ce constat d'échec, à défaut d'autres statistiques disponibles, a été confirmé par les organisations syndicales⁷⁷². Chaque année, le tribunal de commerce de Paris était saisi par quelques dizaines de comités d'entreprises, de salariés ou par certains syndicats utilisant les mécanismes de prévention⁷⁷³.

Certains auteurs ont évoqué le caractère facultatif de la procédure d'alerte par les représentants des salariés et pensent que la cause majeure de son échec réside sans doute dans sa finalité sociale qui ne cadre pas avec son organisation⁷⁷⁴. En effet, même s'ils existent au sein de la société, leur vocation est de défendre les intérêts des salariés et non ceux de la société. Comme l'écrit Jean. SAVATIER, « *il est permis d'avoir des doutes sur l'adéquation de la procédure d'alerte organisée par la loi aux besoins de la prévention des difficultés des entreprises. et se demander s'il était bien utile de confier au comité d'entreprise une mission spéciale d'alerte sur les difficultés de l'entreprise et si ses attributions de droit commun ne suffisaient pas à lui permettre de jouer un rôle de prévention* »⁷⁷⁵.

Notons également que le critère d'alerte prévu pour les représentants du personnel est très large et ne leur permet pas de prendre la décision adéquate. Le comité d'entreprise ne peut en effet exercer un contrôle permanent sur la gestion de la société.

L'on pense également que l'alerte du comité d'entreprise a en partie échoué en raison de la nature de son institution et de son fonctionnement, car une fois le critère d'alerte déterminé, il doit prendre les décisions appropriées tout en respectant un certain formalisme (réunion de ses membres, rédaction d'un rapport sur la situation de l'entreprise, prise de décision,..., etc.)⁷⁷⁶.

Ce processus étant obligatoire pour mener une action efficace de l'alerte et permettre le

⁷⁷⁰ P.LE CANNU., *op.cit.*, n°62, p. 69 ; R.VATINET., « Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises : un exemple d'interpénétration du droit commercial et du droit du travail », *J.C.P.*, éd 1985,E,II, 14546,n° 20.

⁷⁷¹ Enquête réalisée par la CNCC en septembre 1986, résultats publiés dans le bulletin n°22 au dictionnaire permanent des difficultés des entreprises ; Y. GUYON, « Le rôle de prévention des commissaires aux comptes » *JCP* 1987, E .5066, p. 622.

⁷⁷² Cf. Intervention de RAIGNOUX aux 8^{ème} Assises nationales de la CNCC, septembre 1986.

⁷⁷³ P. REY., *op.cit.*, p.123.

⁷⁷⁴ M. JEANTIN, *op.cit.*, n°66; J. SAVATIER, « Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises », *JCP E.* 1987.II. n° 15066, p. 617.

⁷⁷⁵ J. SAVATIER., *art.préc.* n°23 et 24, p.617.

⁷⁷⁶ C. trav., art. 432-17, al. 2.

redressement de la situation de l'entreprise⁷⁷⁷. Cependant, ce formalisme se caractérise par une certaine lourdeur et est susceptible de retarder la procédure d'alerte, et par la même, accentuer la dégradation de la société⁷⁷⁸.

§3. La pratique d'alerte externe

281. L'alerte externe a été envisagée par la loi du 1^{er} mars 1984 comme une deuxième chance offerte aux entreprises, afin d'optimiser leur redressement avant qu'il ne soit trop tard. Cette alerte externe doit avoir lieu avec l'intervention de deux organes externes importants, à savoir les groupements de prévention agréés **(A)** et le président du tribunal **(B)**.

A. L'alerte par les groupements de prévention agréés

282. Pour les petites structures ne bénéficiant pas de commissaire aux comptes, la loi du 1^{er} mars 1984 a institué des groupements de prévention agréés dont la mission principale est de fournir une assistance technique comptable et financière, ayant pour objectif d'aider les entreprises à détecter les premiers signes de difficulté⁷⁷⁹.

Néanmoins, ces groupements de prévention n'ont pas connu le succès attendu par la commission des lois de l'assemblée nationale, en dépit de la confidentialité attachée à cette procédure⁷⁸⁰, au point d'avoir été décrit comme « pratiquement inexistantes »⁷⁸¹.

Depuis leur création par la dite loi jusqu'à fin 2002, il n'y a eu que 12 groupements, ayant effectué seulement 300 diagnostics⁷⁸² au bénéfice des petites et moyennes entreprises.

Ils ont été décrits par certains auteurs comme « pratiquement inexistantes »⁷⁸³

La raison de leur échec est due essentiellement à la réticence de nombreux chefs d'entreprises à adhérer à ces groupements, ces derniers craignant en effet, que la confidentialité de leur adhésion soit découverte, du fait des contacts multiples entre les groupements et les autorités publiques, et qu'une absence de responsabilité spécifique garantissant le secret ne soit pas strictement respectée⁷⁸⁴. En effet, certains auteurs pensent que les informations reçues par les

⁷⁷⁷ J. SAVATIER, *art. préc.*, n°23 et 24, p.620.

⁷⁷⁸ J. SAVATIER, *art. préc.*, n°23 et 24, p.620.

⁷⁷⁹ Loi du 1^{er} mars 1984, art. 33.

⁷⁸⁰ J.PAILLUSSEAU et G.PETITEAU., *op.cit.*, n°340, p.120 ; J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°10, p.24.

⁷⁸¹ F.PEROCHON et R. BONHOMME, n°40, p.34.

⁷⁸² Inter, X- DE ROUX, Ass.Nat, n° 2095, enregistré le 11 fév. 2005.

⁷⁸³ F.PEROCHON et R. BONHOMME, *op.cit.*, n°40, p.34.

⁷⁸⁴ C. SAINT-ALRY-HOUIN, *Les entreprises en difficulté*, 6^{ème} éd. 2009, n°191, p.104.

groupements peuvent être transmises aux associés, ainsi qu'au comité d'entreprise s'ils le demandent. Elles peuvent également être demandées par le commissaire aux comptes⁷⁸⁵.

Ajoutons que, l'adhésion à ces groupements est facultative; les chefs d'entreprises ne souhaitant pas y adhérer ne s'exposent à aucune sanction, et même lorsqu'ils y ont adhérents, ils ne sont pas obligés de tenir compte des observations relevées par les groupements suite aux analyses effectuées. En effet, ces derniers ne disposent d'aucun moyen de contrainte pour obliger le chef d'entreprise à traiter les difficultés qu'ils ont relevé⁷⁸⁶.

En outre, une grande majorité de dirigeants estiment qu'ils sont capables de traiter seuls leurs problèmes. De fait que, le groupement se doit simplement d'informer le dirigeant sur les indices de difficultés qu'il a décelé. Il peut éventuellement lui proposer l'aide d'un expert, mais aucune précision n'a été fournie par la loi concernant cette solution.

Mais, il faut aussi reconnaître que l'accès à ces groupements n'a pas été généralisé, et que leurs services n'étaient organisés qu'au bénéfice des entreprises constituées sous la forme de personnes morales⁷⁸⁷. Ce qui a conduit à exclure les commerçants et les artisans exerçant sous une forme individuelle.

Ainsi, les débats animés sur l'institution de ces groupements et sur les résultats décevants de leur activité sont multiples. Beaucoup s'accordent à penser qu'il faut, par principe, faire confiance au chef d'entreprise et ne pas le placer sous une surveillance systématique⁷⁸⁸. En effet, l'intervention de ces groupements pourrait être interprétée comme une nouvelle ingérence indirecte de l'Etat dans la vie des entreprises, car ces groupements doivent communiquer des informations économiques et financières de leurs adhérents, ce qui donne lieu à un risque non négligeable de conflit avec les professions protégées et de graves problèmes de secrets professionnels.

Nous pensons toutefois, qu'il est regrettable que l'adhésion à des groupements de prévention agréés ne soit pas rendue obligatoire. L'intervention de ces derniers pourrait sans doute permettre une alerte en amont des difficultés d'une société, principalement pour les très petites entreprises ne disposant pas de commissaire aux comptes. C'est ce qui explique que ces groupements sont maintenus par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005.

⁷⁸⁵ M. JEANTIN, « La loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises », *Dr.soc.* 1984.599, n°41 ; P. LE CANNU, *op.cit.*, n° 148, p. 122.

⁷⁸⁶ C. SAINT -ALARY-HOUIN., *op.cit.*, n°191, p. 99.

⁷⁸⁷ Loi du 1^{er} mars 1984, art. 33.

⁷⁸⁸ P. LE CANNU., *op.cit.*, n°124, p. 111. J. PAILLUSSEAU et G. PETITEAU, *op.cit.*, n° 340 et S, p. 120.

B. L'alerte par le président du tribunal

283. L'article 34 de la loi du 1^{er} mars 1984 accordait au président du tribunal de commerce le pouvoir de convoquer les dirigeants des entreprises, dont les comptes faisaient apparaître une perte nette comptable supérieure à un tiers du montant des capitaux propres en fin d'exercice. Le président du tribunal avait-il en vertu de la loi le pouvoir de déclencher une alerte en convoquant les dirigeants ? Les dispositions de cet article n'étaient pas claires sur cette question.

Toutefois, afin de mesurer l'effectivité du rôle du président du tribunal dans la prévention externe, sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1984, nous nous sommes basées sur l'enquête qui a été lancée par le professeur Jean-Jacques DAIGRE en 1986 et 1987. Ses résultats ont montré que l'alerte par le président du tribunal était très peu utilisée (1) et l'on se demandera quelles en sont les raisons (2).

1°. Limites de l'alerte par le président du tribunal

284. L'enquête ayant été menée par Jean-Jacques DAIGRE (1986 et 1987) a été effectuée auprès de l'ensemble des tribunaux de commerce français⁷⁸⁹. Cette enquête a montré que, sur 70 tribunaux ayant répondu à l'enquête, 9 seulement ont mis en place la procédure d'alerte externe dans 150 cas environ, sur deux années d'application de la loi du 1^{er} mars 1984. Cette procédure a été essentiellement pratiquée par les tribunaux de commerce de Paris, Antibes et Ambert qui avaient adaptés une procédure souple. Cependant, seul le tribunal de commerce de Chartres l'a pratiqué d'une manière continue, l'ayant utilisé 126 fois en deux ans. A l'inverse, le tribunal de Laval en a fait usage durant la même période seulement 20 fois.

Comme nous pouvons le constater, cette pratique était rare et disparate.

2°. Les causes limitant la pratique de l'alerte par le président du tribunal

285. Les résultats de l'enquête du professeur DAIGRE, montrent la faible utilisation de l'alerte par les présidents des tribunaux de commerce⁷⁹⁰. Cependant, la rareté de cette procédure ne remet pas en cause son efficacité en tant que mesure permettant l'appréhension des difficultés des entreprises. En effet, si l'on se réfère aux chiffres rapportés par l'enquête, nous remarquons que la mise en œuvre de l'alerte du président du tribunal était pratiquée par

⁷⁸⁹ J.J. DAIGRE., « Le rôle de prévention du tribunal de commerce : bilan d'une enquête. » *JCP*, 1987, Ed E, n° 48, p. 626.

⁷⁹⁰ J.J. DAIGRE., *art. préc.*, p. 627.

9 tribunaux de commerce dans toute la France, ce qui signifie qu'elle était effective, même si elle n'était pas généralisée, car ce chiffre correspond aux tribunaux urbains dans lesquels se trouvait une plus grande concentration d'entreprises. C'était le cas par exemple pour le tribunal de commerce de Paris, dont le président avait effectué, de 1989 à 1994, 7510 entretiens avec les dirigeants d'entreprises, en majorité des petites et moyennes entreprises⁷⁹¹ et de Chartres, ce dernier ayant été l'un des tribunaux les plus actifs dans l'application de cette mesure⁷⁹².

Remarquons toutefois que l'alerte externe, telle qu'elle était pratiquée, se caractérisait par une certaine disparité entre les tribunaux de commerce, ce qui créait une rupture d'égalité entre les justiciables. Cette disparité a été causée par le manque de volonté de certains juges, notamment ceux qui pensaient que l'alerte représente une lourde tâche supplémentaire pour les services du greffe. Elle est également due particulièrement à son ignorance par ces derniers, ainsi qu'à leur manque d'intérêt pour cette mesure⁷⁹³.

286. Or, même si d'autres tribunaux avaient tenté de la mettre en œuvre, son application n'a pas été aisée. En effet, l'hésitation de certains tribunaux de commerce à exercer l'alerte s'explique surtout par son dispositif légal limité et facultatif. Les critères posés par l'article 34 de la loi du 1^{er} mars 1984, à savoir la perte comptable du tiers des capitaux propres, se sont révélés peu appropriée et faussement techniques aux cas qui se présentaient⁷⁹⁴. Cette limite a été mise en évidence lors des crises économiques et principalement la crise immobilière⁷⁹⁵. Certains auteurs ont évoqué que ce critère chiffré était artificiel⁷⁹⁶. C'est ce qui explique les réticences de certains tribunaux de commerce à prendre l'initiative de convoquer les chefs d'entreprises, même si leurs entreprises connaissent des difficultés.

En outre, le président du tribunal n'était pas suffisamment informé par le greffe afin de convoquer le chef d'entreprise et ne disposait d'aucun pouvoir d'investigation important, pour compléter ses informations sur la situation financière et économique des entreprises.

287. Ces obstacles ont été accentués par le non respect de l'obligation de dépôt des documents comptables imposée aux sociétés commerciales. En effet, certains dirigeants ne

⁷⁹¹ V. Statistiques du tribunal de Paris.

⁷⁹² J.J.DAIGRE, *art.préc.*, p. 627.

⁷⁹³ Ibid.

⁷⁹⁴ Y.CHAPUT, « La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises », *JCP*, éd.E, 1994, n°3236, p.379.

⁷⁹⁵ Lamy droit commercial, « Entreprises en difficulté : Prévention et règlement amiable », éd. 1996, n° 2361, p. 1084.

⁷⁹⁶ J.Ph. HAEHL, « La consécration du droit d'alerte du président : commentaire de la loi du 1^{er} mars 1984, modifiée par la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises », *LPA*, 30 sep 1994, n°117, p.13 et s.

respectaient pas la formalité de dépôt des comptes annuels au greffe du tribunal de commerce, de crainte que les informations soient rendues publiques et exploitées à des fins de concurrence déloyale, ou encore en raison de la dégradation déjà avancée de la situation de leur entreprise. Or, ces documents comptables constituent un précieux outil d'évaluation de l'état de santé de l'entreprise, et la régularité de leur dépôt permet d'en appréhender les difficultés. Le non respect de cette formalité constitue donc un frein à l'alerte du président du tribunal. Ce dernier ne disposait d'aucun moyen de contrainte lorsque les dirigeants omettaient de déposer les comptes annuels⁷⁹⁷.

Certains auteurs ont soulevé également les carences du système d'information du monde des affaires, notamment celles relatives aux protêts et aux privilèges⁷⁹⁸.

En définitive, les résultats de la pratique d'alerte du président du tribunal laissent à penser que cette dernière a été introduite par la loi du 1^{er} mars 1984 à titre expérimental, ce qui a été confirmé par la loi du 10 juin 1994.

288. En effet, avec les réformes apportées par la loi du 10 juin 1994, le législateur français a commencé par élargir les critères d'alerte, puisqu'il a confirmé le rôle du président du tribunal de commerce en étendant ses pouvoirs d'investigation⁷⁹⁹. Il a également généralisé la procédure d'alerte aux autres personnes morales de droit privé et a intégré le président du tribunal de grande instance pour qu'il intervienne auprès d'elles.

Ainsi, le nouvel article 34 de la loi du 10 juin 1994 a modifié l'ancien article 34 de la loi du 1^{er} mars 1984. Il précise que « *lorsqu'il résulte de tout acte ou document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique (...) ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation* ». De ce fait, le président du tribunal dispose d'importants moyens de détection qu'il peut utiliser pour éviter la défaillance des entreprises⁸⁰⁰. Ce nouveau rôle a permis de modifier la pratique et sensibiliser un peu plus les tribunaux à l'application de l'alerte⁸⁰¹.

⁷⁹⁷ Selon J.J DAIGRE, « le président du tribunal de commerce de CHARTRES a proposé un aménagement de la procédure : que le président du tribunal de commerce ait le pouvoir d'imposer au chef d'entreprise qu'il convoque de comparaître devant lui ».

⁷⁹⁸ A.COURET, « La prévention : l'état des lieux », *LPA* ; 17 sep 1993, n°151, p.12.

⁷⁹⁹ J.Ph. HAEHL, « Le droit d'alerte du président du tribunal- art.34 de la loi du 1^{er} mars 1984 », *LPA*, 14 sep. 1994, n° 110, p.47.

⁸⁰⁰ M. ROUGER, « La prévention des difficultés des entreprises au tribunal de commerce de Paris », *Gaz.Pal*, 24/25. mars 1995, p.4.

⁸⁰¹ J.Ph. HAEHL, « La consécration du droit d'alerte du président : commentaire de la loi du 1^{er} mars 1984, modifiée par la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises », *LPA*, 30 sep 1994, n°117, p.17.

De même, la loi du 10 juin 1994 a renforcé l'information du président du tribunal en amont, en créant l'obligation d'information à l'encontre des commissaires aux comptes. Ainsi, ces derniers doivent informer le président du tribunal dès la deuxième phase de l'alerte interne.

Finalement, la loi de 1994 a permis de sensibiliser tous les acteurs susceptibles de participer à la sauvegarde des entreprises, en imposant l'obligation d'information du président du tribunal par les organismes sociaux et le trésor public grâce à la publication de leurs créances après l'inscription de leurs privilèges au greffe du tribunal⁸⁰². Ceci a permis au président du tribunal de détecter les entreprises qui connaissaient des difficultés financières, et ensuite de les convoquer.

Ainsi, nous avons constaté une évolution de la pratique de la prévention externe depuis la réforme du 10 juin 1994, malgré son instabilité. De ce fait, en 1997, il y a eu environ 4503 chefs d'entreprises convoquées; en 1998, 4278 ; en 1999, 3572; en 2000, 1557 et en 2001, 2399⁸⁰³. Cette progression a pu être maintenue entre 2002 et 2003⁸⁰⁴. En 2002, le président du tribunal de Paris a effectué 2807 convocations et 1486 entretiens, et en 2003, il a convoqué 3930 chefs d'entreprises et réalisé 2332 entretiens⁸⁰⁵.

Le tribunal de commerce de Marseille⁸⁰⁶ a également développé les systèmes de prévention depuis 1996, et les juges de la prévention reçoivent plus de 2300 entreprises par an⁸⁰⁷. Ainsi, l'activité de la prévention externe a été généralisée et s'est même étendue à d'autres juridictions, ce qui a développé son application et par la même, son efficacité.

Les magistrats qui ont mis en œuvre ces techniques de prévention se sont accordés sur la nécessité de mieux faire connaître ces procédures. Au total, entre 20 et 30 tribunaux de commerce en France ont appliqué d'une manière dynamique, la loi sur la prévention des difficultés⁸⁰⁸.

Notons cependant que le nombre de défaillances d'entreprises n'a pas diminué pour autant, même s'il a connu une certaine stabilité, notamment dans les grandes villes de France.

⁸⁰² Loi du 10 juin 1994, art. 1^{er} a modifié les articles 1929 *quater* du Code général des impôts et 234-5 du Code de la sécurité sociale pour imposer aux administrations fiscales et sociales d'inscrire toute créance supérieure à 80 000 Francs, échue depuis plus de trois mois.

⁸⁰³ Données fournies par les tribunaux de commerce de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil., *LOCF* fév. 2009, n°33, p.9.

⁸⁰⁴ Source : Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, statistiques établies sur la base des données fournies par le tribunal de commerce de Paris, mai 2011 accessible sur : www.oecd.ccip.fr

⁸⁰⁵ Source : Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, statistiques établies sur la base des données fournies par le tribunal de commerce de Paris, mai 2011.

⁸⁰⁶ G. BLANC., « La prévention des défaillances des entreprises- le juge ou le marche ? », Act. Coll,2. avr. 2003, p.13.

⁸⁰⁷ B. PETIET., « Entreprises en difficulté : nouvel essai », *Rev Juris com*, mar 2004, p. 50.

⁸⁰⁸ G. COSTES., « La prévention des défaillances des entreprises- le juge ou le marche ? ». Act. Coll, 2 avr. 2003, p. 8 et s.

En effet, les moyens permettant au président du tribunal de s'informer sur la situation des entreprises faisaient défaut, notamment les documents sociaux. En moyenne, plus de 65 % des sociétés qui devraient déposer leurs comptes annuels ne le faisaient pas. D'après le rapport du Sénat, 87,7 % des SNC, 62,2 % des SARL et 50,4 % des SA se trouvaient en infraction avec cette obligation de dépôt pour la seule année 2003⁸⁰⁹.

Section 2: Résultats de la pratique des procédures amiables

289. Les procédures amiables, le mandat *ad hoc* et le règlement amiable, ont été organisés par le législateur comme étant des mesures permettant le redressement de la situation d'une entreprise qui n'est pas encore en état de cessation des paiements.

Issu d'une pratique prétorienne du tribunal de commerce de Paris, le mandat *ad hoc* est une pratique qui existait déjà, et a été même une source d'inspiration pour la loi du 1^{er} mars 1984⁸¹⁰ qui ne l'a pas fait disparaître. Cette pratique a été ensuite confirmée par la loi du 10 juin 1994. La nécessité de recourir à une formule confidentielle a incité les magistrats et les professionnels à l'adopter facilement. Le mandat *ad hoc* a connu un réel engouement à ses débuts, ayant ainsi pu attirer de nombreux chefs d'entreprises grâce à son aspect contractuel et confidentiel; cependant, comme son utilisation n'était pas suffisamment formalisée, l'autorité du mandataire n'offrait aucune sécurité juridique aux créanciers⁸¹¹(§1). Quant au règlement amiable institué par la loi du 1^{er} mars 1984, il a été très peu employé par les praticiens malgré son caractère souple et confidentiel (§2).

§1. La pratique du mandat *ad hoc*

290. En 1994, le législateur a pris soin de mentionner dans la loi une pratique courante des tribunaux de commerce en matière de traitement amiable des difficultés des entreprises : le mandat *ad hoc*⁸¹². En principe, cette mesure permet aux dirigeants des entreprises de rechercher avec l'assistance d'un mandataire désigné par le président du tribunal, des solutions susceptibles de remédier à des difficultés mineures ou passagères. Cependant, malgré ses avantages évidents, sa pratique était limitée (A) et ce pour plusieurs raisons (B)

⁸⁰⁹ N. STOLOWY., « De nouvelles injonctions en matière de publication des comptes par les sociétés », *Sem Jurid* éd Gén, n° 8, 22 fév. 2006, I, p.114.

⁸¹⁰ Y .CHAPUT., *op.cit.*, n° p.138 ; J.F. MARTIN, « La prévention : histoire d'une pratique consulaire », *Dr et patrim.* fév. 1998, p.44.

⁸¹¹ J.M.LUCHEUX, « les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable », Act.Coll. Paris, 12 et 13 oct 1994, sous le thème « Le nouveau droit des défaillances d'entreprises », Dalloz, éd., 1994, p. 67.

⁸¹² Loi. n°94-475 du 10 juin 1994, art. 95.

A. Une pratique peu utilisée

291. Le mandat *ad hoc* a suscité des débats sur son fonctionnement, mais cela n'a pas empêché sa pratique, car cette institution a révélé son efficacité, notamment au cours des années 1980⁸¹³. Cette pratique a été initiée dans le cadre des difficultés rencontrées dans le secteur de la promotion-construction de la région parisienne, ensuite elle a été étendue dans la plupart des tribunaux, pour traiter en amont les difficultés des entreprises de tous secteurs. C'est le cas notamment d'EUROTUNEL qui a connu des difficultés, ayant amené les dirigeants à demander la nomination de deux mandataires afin d'aboutir à la conclusion d'un accord entre l'entreprise et ses créanciers⁸¹⁴.

Toutefois, si l'on se réfère aux données de l'observatoire des entreprises en difficulté, l'on constate que le mandat *ad hoc* était peu utilisé: entre 1994 et 2002, 1.000 mandats *ad hoc* seulement ont été ordonnés⁸¹⁵. Ces résultats laissent croire que le mandat *ad hoc* n'a pas été toujours une solution aux difficultés des entreprises. Voyant quelles en sont les causes.

B. Les causes limitant la pratique du mandat ad hoc

292. La mise en œuvre du mandat *ad hoc* n'a pas été aisée. Elle s'est révélée souvent inefficace en raison de l'ambiguïté qui ressortait des dispositions légales le régissant. En effet, l'article 35 de la loi du 10 juin 1994 se limitait à conférer au président du tribunal de commerce le pouvoir de nommer un mandataire *ad hoc* et de déterminer sa mission. Dans quelles conditions devait-il être nommé ? Quels étaient les critères qui devaient préciser sa nomination ? Quels contrôles pouvait-on opérer sur la mission exercée par ce mandataire *ad hoc* ? Voici quelques-unes des questions dont la réponse a été laissée à la libre appréciation de l'autorité de nomination, et par conséquent, sa pratique juridique⁸¹⁶.

Les conditions d'intervention du mandataire *ad hoc*, nous l'avons dit, n'ont pas été assez clarifiées par les dispositions légales⁸¹⁷. De plus, il n'y avait aucune incompatibilité imposée

⁸¹³Rapport, J.J. HYEST, office parlementaire de la législation n°120,(2001 -2002), p. 17.

⁸¹⁴ P.FOURNIE, « Le traitement non judiciaire des difficultés » Act. Coll, université des sciences de Toulouse et université des Antilles et de la Guyane, éd, Montchrestien 1995, p. 65 ; J.M. LUCHEUX, « Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable », .Act. Coll, Paris 12 et 13 oct 1994, p. 67; Ph. DELEBECQUE et M.GERMAIN, *op.cit.*, n°2837, p.846.

⁸¹⁵ V. Lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, mai 1998, La prévention, mode d'emploi, V. aussi J.J. HYEST, Rapport de l'office parlementaire de la législation n° 120, 2001-2002, p.7.

⁸¹⁶ G. BLANC, *op.cit.*, p.18.

⁸¹⁷ J.F.MARTIN, *op.cit.*, p.42; G. GUERY, *Prévention et traitement des difficultés des entreprises.*, éd 1995, p.18.

aux mandataires *ad hoc*, ni aucune précision relative à leur responsabilité civile professionnelle en cas de conflit.

L'on note également l'absence de formalisme concernant la mission du mandataire *ad hoc*. Aucun compte rendu ne devait être présenté au président du tribunal à la fin de la mission. Ce qui ne lui permettait pas de vérifier l'application de cette mesure et de l'évaluer. Cette lacune a laissé place à l'abus de certains praticiens, car le mandataire ne disposait d'aucun moyen de contrainte à l'égard des créanciers. Il reste qu'en cours de mandat, son autorité n'offrait pas pour autant une réelle sécurité juridique⁸¹⁸.

De plus, le caractère souple du mandat *ad hoc* a été bien souvent détourné de sa finalité initiale pour devenir un « mandat *ad hoc* préparatoire » à la phase de conciliation⁸¹⁹. Cette ambiguïté était de nature à contourner le dispositif de l'ancien article 35 de la loi du 1^{er} mars 1984 qui limitait la durée de la mission du conciliateur dans le cadre de la procédure du règlement amiable à trois ou quatre mois en cas de prolongation⁸²⁰.

En outre, le débiteur et les créanciers ne se trouvaient pas dans une situation juridique sécurisée, car l'intervention d'une décision faisant ultérieurement remonter la date de cessation des paiements, pouvait avoir lieu. Ce qui laissait croire que, le mandat *ad hoc* apparaissait pour le débiteur comme une conduite directe vers le dépôt de bilan sans lui offrir une quelconque protection à l'égard des créanciers⁸²¹.

Certes, le mandat *ad hoc* présentait l'avantage de traitement en amont des difficultés des entreprises, mais il présentait aussi des inconvénients, car la procédure faisant l'objet d'une publicité légale, pouvant compromettre le crédit de l'entreprise.

Finalement, les limites de la pratique du mandat *ad hoc*, est que généralement il intervenait à un moment où l'état de cessation des paiements était déjà caractérisé, ce qui rend alors obligatoire l'engagement de la phase judiciaire⁸²².

Cependant, les limites de la pratique du mandat *ad hoc* ont été vite contournées par le législateur. La loi de sauvegarde des entreprises en difficulté a visé en premier lieu sa confirmation et ensuite son amélioration, car le mandat *ad hoc* offre une réelle confidentialité aux praticiens.

⁸¹⁸ J.M. LUCHEUX, *op.cit.*, p.76.

⁸¹⁹ *Rapport*, J. J. HYEST, office parlementaire de la législation n°120 (2001 -2002), p.17.

⁸²⁰ P.M LE CORRE., *op.cit.*,n°123-10, p.146; F.PEROCHON et R.BONHOMME, *op.cit.*, n°58.

⁸²¹ J.M. LUCHEUX, *op.cit.*, p.76.

⁸²² *Rapp.préc.*, J. J. HYEST, n°120, p. 17.

§. 2 La pratique du règlement amiable

293. Le règlement amiable institué par les articles 36 et suivants de la loi de 1984 avait pour objectif de trouver des solutions de redressement à la situation d'une entreprise en difficulté, avant la cessation de paiements. Or, cette procédure, en dépit de sa souplesse et de son caractère confidentiel, n'a pas pu, souvent, aboutir à un résultat positif. Quelles en sont les causes ?

Toutefois, avant de répondre à cette question, il nous paraît intéressant de se référer aux résultats des enquêtes qui ont été réalisées, depuis la mise en application de la loi du 1^{er} mars 1984 et ceux résultant de la réforme de la loi du 10 juin 1994 (A), afin d'analyser les causes de son échec (B).

A. Le constat de la pratique du règlement amiable

294. Les enquêtes, ayant succédé la mise en vigueur de la loi du 1^{er} mars 1984, ont montré que le règlement amiable était très peu utilisé par l'ensemble des tribunaux. En octobre 1986, M.TOLET, président du tribunal de commerce de Lyon, a annoncé l'usage rare du règlement amiable par les tribunaux de Paris, Lyon et Marseille⁸²³.

Le professeur Jean-Jacques DAIGRE a mené une enquête auprès des tribunaux de commerce durant la période 1985-1986. Lors de la journée d'étude de l'université de Poitiers, celui-ci a livré un bilan négatif concernant la pratique du règlement amiable⁸²⁴.

En deux ans d'application, sur les 70 tribunaux de commerce ayant répondu, seuls 35 tribunaux ont connu cette procédure, avec un total de 145 procédures de règlement amiable. Pour Paris, il y a eu 45 procédures; pour Toulouse, 16 ; pour Antibes, 11; pour Poitiers, 8 ; et pour Arras, 6.

35 tribunaux n'ont jamais utilisé ce mécanisme amiable, se trouvant en majorité dans de petites villes.

Les résultats de ces enquêtes montrent une réelle pratique du règlement amiable par les tribunaux de commerce, bien qu'elle ait été très peu fréquente.

L'on a également constaté que, le règlement amiable concernait en grande partie les SARL et les SA et le dernier tiers s'appliquant à des entreprises individuelles. Près de la moitié de ces

⁸²³ M. HERLEMONT, « Une solution au redressement d'une entreprise : le règlement amiable », *JCP*. II 15298, 1988, p. 676.

⁸²⁴ J.J DAIGRE, *art.préc.*, p. 628 et 629.

sociétés relevaient du secteur industriel de taille moyenne ou grande, mais le commerce et l'artisanat étaient également représentés⁸²⁵.

Les critères d'ouverture d'une procédure de règlement amiable varient d'un tribunal à l'autre. Par exemple, pour le tribunal d'Angoulême, le règlement amiable était accepté dès lors que l'entreprise était capable de proposer un plan de redressement crédible; pour le tribunal de commerce d'Arras, c'était la capacité de redressement en un an, ce qui répondait aux critères posés par la loi; pour Lyon, il s'agissait de la capacité de remboursement; pour le Havre, de simples difficultés temporaires de trésorerie étaient suffisantes pour l'ouverture d'une procédure de règlement amiable; pour Mâcon, c'était l'importance des chantiers en cours; et pour un tribunal de commerce resté anonyme, c'était le fait pour l'entreprise d'avoir un potentiel sérieux. Quant aux tribunaux de Toulouse, de Roubaix, et de Tourcoing, ils ouvraient une procédure de règlement amiable s'il semblait que c'était la meilleure manière d'éviter le redressement judiciaire⁸²⁶.

La nomination d'un conciliateur n'a pas eu lieu dans la moitié des cas, en raison de son coût élevé, et aussi parce qu'il était susceptible de retarder le processus de la procédure.

Concernant l'accord amiable, les tribunaux ne se contentaient pas de simples moratoires de dettes, ils exigeaient en général un véritable plan économique et financier avec des comptes prévisionnels. Par exemple au tribunal de commerce de Paris, l'on a enregistré le dépôt de 13 accords amiables entre 1985 et 1991⁸²⁷.

Les résultats de l'enquête menée par le professeur Jean-Jacques DAIGRE ont été les suivants : Réussite dans un tiers des cas et échec dans les deux-tiers restants.

Ces statistiques révèlent, certes, une utilisation du règlement amiable par les dirigeants d'entreprises comme par les tribunaux de commerce. Cela prouve qu'il existe tout de même une volonté de sauvegarder les entreprises en difficulté ; cependant, cette mesure, comme l'a souligné le professeur Jean-Jacques DAIGRE, n'était pas suffisamment appliquée.

Les statistiques pour les années suivantes, loin de montrer une progression, ont confirmé cette tendance. En 1987, 21 demandes ont été dénombrées à Paris ; 6 à Bobigny;3 à Créteil, et moins de 10 à Nanterre. Seul un accord est déposé à Bobigny. Progressivement la procédure a évolué un peu. Le tribunal de commerce de Paris n'a pu enregistrer que 12 nominations de conciliateurs en 1988, 4 en 1989, 6 en 1990, 7 en 1991 et le nombre d'accords déposés durant

⁸²⁵J.J.DAIGRE, *art.préc.*, p.629.

⁸²⁶ J-J.DAIGRE., *art.préc.*, p. 628 et 629.

⁸²⁷ Chiffre communiqués par le greffe du tribunal de commerce.

ces années n'était plus que de 5, 4, et 2, respectivement⁸²⁸. On s'interroge sur les raisons de son échec, même si cette pratique a connue un renouveau avec la crise immobilière de 1991.

B. Les causes d'échec du règlement amiable

295. L'échec de la pratique du règlement amiable, tel qu'il en résulte des statistiques livrées par le professeur Jean-Jacques DAIGRE, provient essentiellement de l'état de cessation des paiements des entreprises⁸²⁹. En effet, dans la majorité des cas, les dirigeants d'entreprises faisaient une demande tardive de l'ouverture de cette procédure⁸³⁰. Le tribunal était alors contraint d'ouvrir d'office une procédure de redressement judiciaire. De ce fait, cette phase de prévention donnant lieu à un règlement amiable pouvait être remise en cause par la survenance de la cessation des paiements⁸³¹.

L'échec du règlement amiable est également inhérent à la méconnaissance de la loi par les dirigeants d'entreprises⁸³². Dans certains cas, même s'ils connaissaient la procédure du règlement amiable, les chefs d'entreprises ont refusé de demander son ouverture pour ne pas avouer leurs difficultés aux créanciers, et aussi par crainte de se retrouver en redressement judiciaire⁸³³.

296. Notons toutefois, qu'il n'y avait pas que les dirigeants des entreprises qui ignoraient la loi, les tribunaux de commerce n'en avaient pas connaissance semble-t-il⁸³⁴. En effet, certains juges ignoraient les dispositions légales prévues par la loi du 1^{er} mars 1984 et limitaient l'application du règlement amiable à quelques entreprises seulement, excluant ainsi les artisans et les entreprises individuelles⁸³⁵. De même, l'on a remarqué, d'après l'enquête du professeur DAIGRE, que les critères permettant l'ouverture d'une procédure de règlement amiable étaient différents et variaient d'un tribunal à l'autre⁸³⁶.

En outre, selon l'article 36 du décret du 1^{er} mars 1985, le président du tribunal devait faire connaître s'il rejette ou accueille la demande du débiteur dans un délai d'un mois à compter

⁸²⁸ Tribunal de Commerce de Paris, état déposé par AFFIC, 93, loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, *Gaz.Pal*, 1988, 1 doc, 257.

⁸²⁹ J.J.DAIGRE, *art.préc.*, p.628.

⁸³⁰ J.F.MARTIN, *op.cit.*, p.40 ; P.FOURNIE, *op.cit.*, p.67 ; C.SAINT-ALARY-HOUIN, *op.cit.*, n°71, p.40.

⁸³¹ F.X.LUCAS et H.LECUYER, *art.préc.*, p.4.

⁸³² A.COURET, « La prévention : l'état des lieux », *L.P.A.*, 17. déc. 1993, n°151, p.12.

⁸³³ J.L. RIVE-LANGE, « Le règlement amiable, bilan de trois années d'application », *Ban et Dr* n°2, janv/fév, 1989, p.6.

⁸³⁴ J.-J.DAIGRE., *art.préc.*, p. 629; P.FOURNIE, *op.cit.*, p.65 ; J.F.MARTIN, « Le nouveau droit des défaillances d'entreprises : premières impressions de la pratique sur la loi nouvelle », *Act .Coll*, 12 et 13 oct. 1994, p.39.

⁸³⁵ J.J.DAIGRE, *art.préc.*, p. 629.

⁸³⁶ *Ibid.*

de la date de la requête. Ce délai permettait au président d'obtenir des informations sur la situation de l'entreprise, cependant ces investigations avaient pour risque d'entraîner le débiteur dans un état de cessation des paiements.

297. Mais il n'y avait pas que l'ignorance de la loi et son imprécision qui causait l'échec du règlement amiable, car les créanciers, notamment les plus intransigeants mettaient une barrière à l'aboutissement d'une procédure amiable. En effet, les négociations avec les créanciers est une étape décisive pour l'aboutissement à un accord amiable. Leur échec conduisait nécessairement l'entreprise à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, même si le débiteur n'était pas en état de cessation des paiements⁸³⁷.

L'on a même affirmé qu'en grande partie, l'échec du règlement amiable était souvent lié à l'attitude des créanciers, si l'on tient compte des résultats provenant de la pratique de cette procédure et du nombre d'accords déposés au sein des tribunaux⁸³⁸. En effet, il est évident qu'un accord ne peut pas être conclu du jour au lendemain. Il faut du temps pour le débiteur afin de rassembler les créanciers, dont le nombre est en général très élevé, et de pouvoir leur exposer les difficultés de son entreprise, leur faire une offre précise et en discuter avec eux afin de les convaincre à lui accorder une chance. Certes, si chacun des créanciers cherche à ménager un avantage particulier, l'échec est assuré. Et, tant que l'accord n'est pas signé, l'offre ou les offres des créanciers peuvent être révoquées à tous moment des négociations.

Notons en outre, que la finalité du règlement amiable, qui est de permettre aux entreprises d'acquérir d'éventuels moyens de redressement adaptés à leurs besoins, est difficilement atteinte, car, les créanciers refusent souvent d'accorder des remises de dettes au débiteur. En effet, l'échec du règlement amiable résultait également de l'attitude de certains débiteurs qui refusaient de fournir un effort financier personnel, et par la même accepter de faire un sacrifice pour couvrir les pertes. Ils étaient uniquement en quête de profit. Dans ce cas, il est compréhensible que les créanciers n'aient aucun intérêt à accorder des délais de paiement ou des remises de dettes, risquant très rapidement de tomber en cessation des paiements. En somme, les intérêts des créanciers se trouvaient alors en contradiction avec l'avenir de l'entreprise. Ces derniers n'étaient pas rassurés⁸³⁹. Les créanciers dont les créances sont nées durant le règlement amiable ne disposaient d'aucun droit de priorité si les tentatives de redressement amiable échouent et que survenait une tentative de redressement judiciaire. De

⁸³⁷ Loi n°85-98 du 25 janvier 1985, art. 5.

⁸³⁸ De 1985 à 1991 seuls 13 accords ont été déposés au tribunal de commerce de Paris, selon les chiffres communiqués par le greffe.

⁸³⁹ Y. CHAPUT, *op.cit.*, p.148.

ce fait rien ne garantissait que les efforts financiers poursuivis ou les opérations réalisées permettent d'éviter une procédure judiciaire⁸⁴⁰.

De plus, pendant la recherche de l'accord amiable, l'entreprise n'était pas à l'abri d'une action judiciaire venant d'un créancier tendant à obtenir une condamnation en paiement ou une mesure conservatoire⁸⁴¹.

298. Un autre facteur responsable de l'échec du règlement amiable était en rapport avec la personne du conciliateur. L'on note que, le statut du conciliateur et ses missions n'ont pas été pas bien précisés par la loi. Le conciliateur avait donc pour mission de faciliter une négociation par nature très délicate⁸⁴². Pourtant il ne dispose d'aucun pouvoir légal. L'article 36 de la loi du 1^{er} mars 1984 précisait que l'objet de la mission du conciliateur était de favoriser le fonctionnement de l'entreprise. Cette disposition a laissé place à un élargissement des missions du conciliateur allant jusqu'à la gestion effective de l'entreprise. Ceci a donné lieu à des interrogations sur la coexistence du pouvoir du conciliateur avec les pouvoirs des dirigeants légaux⁸⁴³. Ce dernier imposait parfois des solutions au débiteur, alors que celui-ci était généralement prêt à accepter les propositions de ses créanciers, dans le seul but d'aboutir à la conclusion d'un accord amiable⁸⁴⁴.

299. Une autre cause de l'échec du règlement amiable pourrait être directement liée à l'incertitude sur la capacité d'exécution du débiteur des engagements pris dans l'accord et donnant lieu à sa résolution, selon l'article 39-2 du décret du 1^{er} mars 1985, même en l'absence d'une cessation de paiements. En outre, une conséquence particulière a été prévue par l'article 5 de la loi du 25 janvier 1985, qui avait décidé qu'en cas d'inexécution des engagements financiers conclus dans le cadre de l'accord amiable, une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire pouvait être ouverte sur demande du procureur de la république, du débiteur ou d'un créancier partie à l'accord.

300. Rappelons également que, la loi du 1^{er} mars 1984 renfermait des imprécisions et des ambiguïtés qui empêchaient sa pratique. En effet, elle n'instituait pas une présomption interdisant le report de la date de cessation des paiements au cours de la phase de prévention⁸⁴⁵. Et cette situation pouvait avoir des effets négatifs sur la tentative d'un

⁸⁴⁰ J.F.MARTIN, *op.cit.*, p. 40.

⁸⁴¹ P.FOURNIE, *op.cit.*, p. 67.

⁸⁴² A.COURET, J.LARRIEU, F.MACORIG-VENIER, *La réforme du droit des entreprises en difficultés : commentaire de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises et de son décret d'application n°94-910 du 21 octobre 1994*, éd 1995, n°65, p. 35.

⁸⁴³ A.COURET, J.LARRIEU, F.MACORIG-VENIER, *op.cit.*, n°68, p.36.

⁸⁴⁴ Selon J.L. RIVE LANGE, *art.préc.*, p.7, dans 6% des cas; J.J.DAIGRE, *art .préc.*, p.629.

⁸⁴⁵ V.MARTINEAU-BOURQUINAUD., « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD. Com.* 2002, p.245et s.

règlement amiable. Ce qui était à l'origine d'inquiétudes pour les chefs d'entreprises comme pour les créanciers, puisque la période de prévention pouvait se transformer à tout moment en procédure de redressement ou de liquidation judiciaire⁸⁴⁶.

301. Au final, l'échec de la pratique du règlement amiable était remarquable. Le nombre de défaillances d'entreprises est passé de 25.566 en 1987 à 68 111 en 1993. Néanmoins, les tribunaux de commerce sont restés optimistes et ont reconnu l'intérêt de la pratique du règlement amiable⁸⁴⁷. C'est sans doute, ce qui explique son renouveau avec la crise immobilière, apparue en 1991 qui a suscité son intérêt⁸⁴⁸. Certains présidents des tribunaux de commerce y ont vu un moyen d'intervention permettant d'éviter un nombre important de procédures collectives, notamment le président du tribunal de commerce de Paris Michel ROUGER⁸⁴⁹.

La loi du 10 juin 1994 avait l'ambition d'encourager son développement. Elle a en effet étendu le champ d'application du règlement amiable aux autres personnes morales de droit privé⁸⁵⁰. Toutefois, le recours au règlement amiable n'a pas évolué pour autant; les statistiques de la chambre de commerce et d'industrie de Paris ont continué à démontrer le peu d'usage de cette procédure par les entreprises. Entre 1995 et 2002, rares étaient les chefs d'entreprises qui saisissaient les tribunaux de commerce lorsqu'ils rencontraient des difficultés, et on a constaté une nouvelle augmentation des entreprises en difficulté⁸⁵¹. Plus de 95% des procédures ouvertes ont débouché sur une liquidation de l'entreprise⁸⁵².

Remarquons toutefois que la pratique du règlement amiable n'était pas stable, en dépit des réformes apportées par la loi du 10 juin 1994; les lacunes et les incohérences de son cadre légal constituaient un véritable frein à la sauvegarde des entreprises en difficulté : 1,4% de procédure de règlement amiable contre 20,4% de procédures collectives⁸⁵³. Le système a continué à révéler ses imperfections.

⁸⁴⁶ G.BLANC , « La prévention des difficultés des entreprises. », Act .Coll, organisé le 25 et 26 mars 2004 à l'université d' Aix- Marseille, éd. Centre français du commerce extérieur. 2004, p.16.

⁸⁴⁷ J.J.DAIGRE, *art .préc.* p. 628.

⁸⁴⁸ P.REY, *op.cit.*, p. 255.

⁸⁴⁹ P. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Droit commercial*, T.2, éd.2004, n° 2338, p.847, M.JEANTIN et P. LE CANNU, *op.cit.*, n°72, p.53.

⁸⁵⁰ Loi du 10 juin 1994, art.37.

⁸⁵¹ C. RIEG; Rapp Ass.Nat, « *Sauvegarde des entreprises* », J.O, fév. 2005, p.19.

⁸⁵² A. COURET, J. LARRIEU, F.MACORIG-VENIER, « *La réforme du droit des entreprise en difficultés : commentaire de la loi n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises et de son décret d'application n°94-910 du 21 octobre 1994* », éd. 1995, p. 5.

⁸⁵³ Chiffres déclarés par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris lors des entretiens avec les magistrats de la commission de la prévention, 2002.

302. La raison principale, comme l'a souligné Jean-Jacques HYEST dans le rapport d'évaluation de la législation⁸⁵⁴, en est que le dispositif légal continuait de renfermer un certain nombre d'incertitudes et de risques pour les dirigeants d'entreprises comme pour leurs créanciers.

Ici on visait les mesures favorisant le déroulement de la procédure, introduites par le législateur de 1994. Il s'agit de la suspension provisoire des poursuites et la formalité de l'homologation de l'accord par le président du tribunal.

La suspension provisoire n'était pas adaptée à la nature contractuelle de l'accord amiable, car elle exerçait une pression sur les créanciers et conduisait parfois à l'ouverture anticipée du redressement judiciaire⁸⁵⁵. En outre, sa mise en cause risquait de dégrader la situation de l'entreprise, car, l'ordonnance qui prononçait la suspension provisoire des poursuites devait faire l'objet d'une publicité, afin de protéger les tiers. Ensuite elle était communiquée au procureur de la république et était portée à la connaissance des créanciers par les soins du greffier selon les formes qu'elle déterminait⁸⁵⁶. Cela supprimait à l'évidence toute possibilité de maintenir la confidentialité de la procédure⁸⁵⁷, même si l'article 38 de la loi du 1^{er} mars 1984 avait astreint au secret professionnel, dans les conditions et sous les peines prévues par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal, toute personne appelée au règlement amiable ou qui par ses fonctions, en avait connaissance. Cette confidentialité n'était pas compatible avec la pratique. De ce fait, la confidentialité ne pouvait pas être préservée, et le débiteur se retrouvait souvent en situation de redressement judiciaire.

Une autre limite caractérisée par la suspension provisoire des poursuites était qu'elle ne profitait pas aux cautions⁸⁵⁸. Or, le chef d'entreprise individuelle, le gérant d'une EURL ou d'une SARL était fréquemment cautionné par un tiers ou des institutions financières. Il choisissait alors l'ouverture d'une procédure judiciaire plutôt qu'une procédure amiable, pour plus de sécurité⁸⁵⁹.

303. Une autre ambiguïté apportée par la loi du 10 juin 1994 résultait de l'article 36 qui organisait l'homologation de l'accord amiable. Cette formalité avait pour but d'inciter les

⁸⁵⁴ Rapport, J.-J. HYEST de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n°120 (2001-2002), 5. déc.2001, p. 16 et suivants.

⁸⁵⁵ Y.GUYON, *Droit des affaires : entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite*, T.2, Economica éd.,1999, n°1087, p.99.

⁸⁵⁶ Décr. n° 85- 295 du 1^{er} mars 1985, art. 34.

⁸⁵⁷ Y.CHAPUT, « La réforme de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises », *JCP*, éd E, n°32-36, p.380.

⁸⁵⁸ Contrairement à ce qui est prévu par l'article 55 de la loi française n° 85-98 du 25 janvier 1985, dans le cadre de la procédure de redressement et à la liquidation judiciaire.

⁸⁵⁹ J.J. HYEST, *Rapp, préc*, p.18.

créanciers à trouver des solutions d'entente tout en étant en sécurité. De ce fait, l'homologation par le président du tribunal était obligatoire pour un accord conclu avec tous les créanciers ; il était alors déposé au greffe et devenait public. Si l'accord n'était pas conclu avec tous les créanciers, le président du tribunal pouvait l'homologuer. Son pouvoir d'appréciation était entier. L'homologation de l'accord amiable correspondait à une simple faculté du président du tribunal. Ce dernier pouvait en refuser l'homologation dès lors que les créanciers n'apparaissaient pas comme des créanciers principaux.

Cette distinction selon laquelle l'accord était conclu avec l'ensemble des créanciers ou avec seulement certains d'entre eux restait ambiguë, risquant ainsi de le fragiliser⁸⁶⁰. De plus, le défaut d'homologation pouvait rendre l'accord davantage suspect, pour certains créanciers.

Finalement, la loi du 10 juin 1994, a voulu réformer le règlement amiable, mais elle a ajouté des ambiguïtés qui limitaient fortement sa pratique. Or, le règlement amiable ne peut être efficace qu'en l'absence de mesures touchant à la confidentialité de la procédure.

Notons toutefois que, la procédure du règlement amiable, sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1984 modifiée par la loi du 10 juin 1994, souffrait également de quelques contradictions internes et un décalage avec la réalité qui conduisait parfois à son détournement. Il est vrai que, le règlement amiable a souvent été confondu avec la procédure collective proprement dite⁸⁶¹. Pourtant, devant inciter les chefs d'entreprises à y recourir, surtout lorsqu'il est pratiqué convenablement, le règlement amiable peut aboutir à des résultats satisfaisants.

C'est ce qui a motivé le législateur français à le maintenir, comme mesure préventive amiable, tout en lui apportant quelques modifications, ayant d'ailleurs encouragé son utilisation.

* * *

304. Comme nous l'avons déjà exposé, la pratique de la prévention et du règlement amiable au Maroc est rare pour ne pas dire inexistante. Nous avons remarqué que l'application de la procédure d'alerte par les commissaires aux comptes n'est pas assez fréquente, et même lorsque c'est le cas, ces derniers rencontrent des difficultés lors de son déclenchement. Ce qui montre que la procédure d'alerte n'est pas encore comprise par la majorité des dirigeants d'entreprises.

En outre, nous avons constaté que l'alerte par les associés, telle qu'elle est énoncée par le texte, est limitée à l'information du gérant sur les faits constatés. Si ce dernier ne donne pas suite à leur demande d'explication, ils sont résignés d'accepter la situation, ou décider, dans

⁸⁶⁰ A. COURET, J. LARRIEU, F. MACORIG-VENIER, *op.cit.*, n° 86, p.42.

⁸⁶¹ G. BLANC, *art.préci*, p.14.

un cas extrême sa révocation. Nous pensons, qu'il est démesuré d'accorder aux associés un devoir d'alerte, au même titre que les commissaires aux comptes, car ils n'ont pas les mêmes possibilités d'action.

Quant à la pratique d'alerte externe par le président du tribunal, nous avons constaté que cette mesure s'est révélée inefficace et ne permet pas de redresser la situation des entreprises en difficulté, car les présidents des tribunaux de commerce que nous avons interrogés ne la pratiquent pas souvent, pour ne pas dire jamais. La raison est que ces tribunaux ne disposent pas de moyens d'informations et financiers permettant aux présidents d'accomplir cette mission d'alerte. En outre, cette dernière est considérée par les dirigeants d'entreprises comme étant une mission facultative du président du tribunal.

Le règlement amiable, organisé par le législateur comme une dernière chance de traitement amiable avant le traitement judiciaire, n'a pas connu un sort meilleur. Cette mesure est peu utilisée et quand c'est le cas, ses résultats sont faibles.

305. Le bilan de la pratique de la prévention et du règlement amiable, résultant de l'ancienne loi française du 1^{er} mars 1984, s'est révélé peu concluant. Ces mécanismes préventifs n'ont pas permis de freiner le nombre de liquidations judiciaires des entreprises, malgré les réformes apportées par la loi du 10 juin 1994. Néanmoins, contrairement au Maroc, nous avons constaté, d'après les statistiques, une réelle utilisation de ces mécanismes préventifs par les personnes concernées. C'est ce qui a encouragé sans doute, leur modification au fil des réformes.

En effet, le législateur français a pris conscience que ce dispositif préventif devait être amélioré et précisé afin de permettre la sauvegarde des entreprises. D'où les réformes successives qui ont eu lieu depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 à nos jours.

Le dispositif légal préventif marocain doit être amélioré également afin de s'adapter à la réalité des entreprises, et de suivre ainsi l'évolution du monde des affaires. Certes, une prise de conscience de ce constat alarmant s'est manifestée et un projet de réforme de la loi régissant les procédures de prévention et du règlement amiable est proposé.

Titre 2. Retour sur les grands traits caractérisant les réformes des procédures collectives en droit français et leurs perspectives d'évolution en droit marocain

306. C'est après quelques années de réflexion sur des propositions de réformes qu'est apparue la loi de sauvegarde des entreprises en difficulté n° 2005-845 du 26 juillet 2005 accompagnée de son décret d'application n°2005-1677 du 18 décembre 2005. Dans l'exposé des motifs du projet de cette loi, le Ministre, Garde des sceaux, M. Dominique Perben avait affirmé que le droit des entreprises en difficulté était inadapté à l'économie française et que, les lois de 1984 et de 1985 trouvaient leur place « *dans une économie dirigée caractérisée par les nationalisations et l'interventionnisme de l'Etat dans la vie des entreprises* »⁸⁶². C'est pourquoi, la loi de sauvegarde des entreprises apporte des modifications importantes, dont « *l'objectif est crucial* ». Il s'agit de poursuivre la recherche du traitement des difficultés des entreprises « *par des moyens diversifiés, sans porter d'atteintes excessives aux autres entreprises qui sont les créanciers* »⁸⁶³. L'accent étant mis sur la prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises par des moyens diversifiés, afin d'éviter le dépôt de bilan de l'entreprise, ce qui profitera à plusieurs catégories de personnes tout en évitant au débiteur la perte de son patrimoine.

C'est en toute conscience de cet impératif, que la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 a apporté des modifications importantes et a doté les mesures de prévention des difficultés d'un support législatif adapté à l'objectif poursuivi.

Trois ans après son entrée en vigueur, l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté, ainsi que son décret d'application n°2009-160 du 12 février 2009, est apparue. Elle a eu le mérite d'apporter une touche finale ayant pour but de clarifier quelques ambiguïtés résultant de la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005, par des apports ou des suppressions utiles et justifiées⁸⁶⁴.

D'une manière générale, les nouvelles réforme tendent à introduire une vraie culture de la prévention et à rendre plus attractives les procédures existantes, sans toutefois toucher à l'équilibre du droit des entreprises en difficulté qui devrait être maintenu dans l'intérêt de ces entreprises et celui des créanciers (**chapitre 1**).

⁸⁶² D.GIBIRILA, *op.cit.*, n° 2, p.2.

⁸⁶³ Ph.ROUSSEL-GALLE, *op.cit.*, n°7, p.6.

⁸⁶⁴ P.M.LE CORRE, *La réforme du droit des entreprises en difficulté- commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009*, éd., 2009, n°01; F.MACORIG-VENIER, « Entreprises en difficulté et règlement amiable », *R.T.D com.*, avr/mai .2009, n°2, p.436 et s.

Dans une perspective d'évolution du droit des entreprises en difficulté, le gouvernement marocain a préparé un projet de réforme du livre V du Code de commerce, régissant le traitement des difficultés des entreprises. Ce projet de loi est organisé dans le cadre d'un contrat d'assistance technique octroyé au Royaume du Maroc, par l'agence des Etats-Unis d'Amérique pour le Développement International (USAID), Financial Markets International, (INC), et en partenariat avec le ministère de la justice marocain, en faveur de la modernisation du Droit commercial et du système judiciaire⁸⁶⁵.

Ce projet de loi visant la réforme du livre V du Code de commerce a pour objectif d'améliorer les procédures de traitement des difficultés des entreprises, il s'engage dans une réflexion stratégique à travers l'analyse des points forts et des points faibles du dispositif légal, afin de créer un climat des affaires propice aux investissements étrangers (**chapitre 2**).

⁸⁶⁵ USAID et Ministère de la justice, « Bilan de 8 ans d'application de la nouvelle législation des procédures collectives au Maroc » Act. Coll, Rabat, 8 et 9, avr. 2005, accessible sur www.usaid.org.ma

Chapitre 1. Les grands traits caractérisant les réformes des procédures collectives apportées par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et par l'ordonnance du 18 décembre 2008

307. Les réformes apportées par la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005, ainsi que par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, ont pour objectif de perfectionner les mécanismes de prévention et du règlement amiable déjà existants, sous l'ancienne législation. Les chiffres parlent d'eux même et il suffit d'en citer quelques-uns : plus de 500 000 entreprises en cessation des paiements avérée en 2005 ; plus de 90% des procédures collectives aboutissent à des liquidations judiciaires. La cause de cette situation est souvent de nature économique⁸⁶⁶. En ce sens, le législateur français a mis l'accent sur le perfectionnement des mécanismes de prévention par le biais de l'information et l'accélération de la procédure d'alerte (**section 1**). Son objectif est aussi d'améliorer et de préciser les procédures amiables déjà mise en place, en apportant quelques modifications précisant ainsi leur utilisation. Dans ce sens, le législateur a concrétisé le mandat *ad ho* tout en précisant les conditions de son application pour plus de transparence. Il a également remplacé le règlement amiable par une nouvelle procédure dite de conciliation ayant pour finalité de respecter l'équilibre entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers, tout en conservant son caractère souple et confidentiel (**section 2**).

Section 1. Amélioration des procédures préventives

308. Dans le souci de perfectionner la procédure d'alerte, et afin de détecter plus rapidement les premiers signes des difficultés avant la cessation des paiements, le législateur français, avec la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, a insisté sur l'importance de l'anticipation des difficultés des entreprises, notamment par l'information comptable et prévisionnelle. Il a également tenu à responsabiliser les partenaires externes de l'entreprise sur l'obligation d'information sur les difficultés de ces dernières, afin de prendre des mesures bien en amont (§1). La loi de sauvegarde a également mis l'accent sur l'accélération de la procédure d'alerte (§2) et a tenu à renforcer le rôle du président du tribunal dans le cadre de l'alerte externe (§3).

⁸⁶⁶ A.LIENHARD, *op.cit.*, n°01.11, p.12.

§1. Consolidation de la prévention par l'information

309. C'est avec la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 que le législateur français a institué la prévention par l'information comptable et prévisionnelle⁸⁶⁷. C'est un véritable droit économique⁸⁶⁸ qui a pour but d'appréhender les difficultés des entreprises dès qu'elles deviennent prévisibles, et avant qu'elles se traduisent en trésorerie⁸⁶⁹, c'est pourquoi elle a été maintenue par la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 ayant mis l'accent sur son importance en élargissant la diffusion de l'analyse des documents prévisionnels⁸⁷⁰ (A). Une autre mesure de prévention par l'information, apportée par la loi du 10 juin 1994, est désormais précisée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, il s'agit de la publicité des retards de paiements des créances fiscales, sociales et douanières (B).

A. Elargissement de la diffusion des documents prévisionnels

310. La prévention par l'information comptable et financière est une mesure importante permettant de détecter les difficultés des entreprises dès qu'elles apparaissent, le but étant d'organiser une véritable information afin d'appréhender ces difficultés financières⁸⁷¹.

L'obligation d'établir les documents prévisionnels, notamment à l'encontre des personnes morales de droit privé ayant une activité économique, existait déjà sous l'ancienne législation⁸⁷², cependant la nouveauté apportée par la loi de sauvegarde concerne l'élargissement de sa diffusion. En effet, les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique, qui à la fin de l'année civile ou à la clôture de l'exercice comptent trois cent salariés ou plus, ou dont le montant du chiffre d'affaires hors taxes ou des ressources supérieur ou égal à 18 million d'euros⁸⁷³. Les dirigeants de ces entreprises sont tenus d'établir:

⁸⁶⁷ Loi. n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, art. 1 à 3.

⁸⁶⁸ V ; Rapp.Ch. MILLION, Ass. Nat, n° 1606, 1979, 80, p. 9 ; M. JEANTIN, « La loi du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des entreprises en difficulté », *Droit social*, 1984, p. 599 et s ; P. LE CANNU, « L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise », *R.J.Com*, n° spéc. 1986, p. 8 ; A.BRUNET et M.GERMAIN, « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis la loi du 28 octobre 1982, du 1^{er} mars 1984 du 25 janvier 1985 », *Rev. soc.* 1985. I n° 59.

⁸⁶⁹ C.GAUDIN, doc Sénat, au nom de la commission des affaires économiques, Avis n°337, p. 8.

⁸⁷⁰ J. P LEGROS, « Les mesures de prévention du nouveau titre I du livre VI du code de commerce », *Rev. Dr.soc.*, Lexis Nexis, juriscasseur, oct, 2005, p. 9.

⁸⁷¹ D. MELEDO-BRIAND, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, thèse dactylo. Rennes, 1992, p. 17 ; Y. GUYON, *Droit des affaires-Entreprises en difficultés - Redressement judiciaire- Faillite*, 7^{ème} éd Economica, 1995, n°1032, p. 40.

⁸⁷² Loi n° 84- 148 du 1^{er} mars 1984, art.28.

⁸⁷³ C.com., art.L.612-2, al.1.

- une situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible, document qui permet de mieux cerner la trésorerie et le risque de cessation des paiements;
- un compte de résultat prévisionnel;
- un tableau de financement en même temps que le bilan annuel;
- et un plan de financement prévisionnel.

Elles ne sont plus tenues à cette obligation lorsqu'elles ne dépassent aucun des chiffres fixés pour deux de ces trois critères définis, pendant deux exercices successifs⁸⁷⁴.

Le législateur de 2005 maintient l'obligation de la tenue d'une comptabilité prévisionnelle, permettant d'anticiper sur les difficultés des entreprises, cependant, il met l'accent sur l'obligation de la diffusion de ces documents simultanément aux commissaires aux comptes, au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel et à l'organe chargé de la surveillance, lorsqu'il en existe⁸⁷⁵.

Si toutefois, les informations fournies appellent à des observations, le commissaire aux comptes le signale dans un rapport qu'il communique à l'organe dirigeant du groupement, au comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel, et enfin il est donné suite à ce rapport à la prochaine réunion de l'organe délibérant⁸⁷⁶.

La volonté du législateur est d'assurer la diffusion de l'information comptable prévisionnelle dans les entreprises qui comptent entre 11 et 49 salarié⁸⁷⁷. Cette mesure vise également à responsabiliser les représentants des salariés en vue de prendre des mesures en temps utile, et d'éviter ainsi la perte de l'emploi.

B. Précision de l'information par la publicité des privilèges des créances fiscales, sociales et douanières

311. La publicité des privilèges des créances sociales, fiscales et douanières est obligatoire à peine de perte de privilèges attachés à ces créances. Elle a pour finalité de porter à la connaissance de tous, le retard du débiteur dans le paiement de ses dettes fiscales, sociales et douanières. Ce qui permet sans doute, d'alerter les tiers et, principalement le président du tribunal sur l'état de santé d'une entreprise⁸⁷⁸.

⁸⁷⁴ C.com.,art. L.612-3, al.2.

⁸⁷⁵ Loi. n°2005-845 du 26 juillet 2005, art. 11-II.

⁸⁷⁶ C.com.,art.R.612-3, al.2.

⁸⁷⁷ *Rapp préci*, J.J.HYEST, p.148.

⁸⁷⁸ A. JACQUEMONT, *op.cit*, n°40, p.25; A.LIENHARD, *op.cit*, n°13.20, p.32.

Cette obligation de publicité des privilèges n'est pas nouvelle, elle a été mise en place par la loi du 10 juin 1994⁸⁷⁹. Dans ce même esprit de prévention par l'information, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 apporte une modification relative aux conditions de l'obligation de publicité des privilèges du trésor public et des organismes sociaux⁸⁸⁰.

En ce qui concerne l'obligation de publicité des privilèges du trésor public, elle était obligatoire lorsque les sommes restaient impayées, à un même poste comptable ou service assimilé, dépassaient 12 200 euros au dernier jour d'un trimestre civil. La loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 a supprimé toute référence à un seuil légal ou réglementaire⁸⁸¹, car la fixation d'un seuil quantitatif ne paraissant pas totalement opérante, compte tenu de la grande variété des entreprises⁸⁸², et elle a allongé la durée d'un trimestre à un semestre, par un redevable à un même poste comptable ou service assimilé demeurant impayé.

En réponse à la crise économique de 2008, la loi de finance rectificative du 30 décembre 2008 est venue assouplir ce dispositif. D'une part en portant le délai de six mois à neuf mois. D'autres parts, en excluant la publicité lorsque le débiteur respecte un plan d'apurement échelonné sur sa dette fiscale. Si le débiteur ne respecte pas ce plan, la publicité devient obligatoire et est fixée à 15.000 euros par le décret du 18 février 2009⁸⁸³.

Pour ce qui est de l'obligation de publicité des privilèges des organismes de sécurité sociale, la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 a supprimé également toute notion de seuil qui était fixé par la loi du 10 juin 1994 à 12 200 euros au dernier jour d'un trimestre civil, au delà duquel la publicité des privilèges devient obligatoire⁸⁸⁴. Il suffira que les sommes dues restent impayés à l'expiration d'un semestre civil⁸⁸⁵. Néanmoins, elle a retenu que l'obligation de publication des privilèges s'impose dans le délai de neuf mois de la date limite de paiement ou le cas échéant, de la date de notification de l'avertissement ou de la mise en demeure prévue par l'article L.243-5 du Code de la sécurité sociale, lorsque la créance est constatée lors d'un contrôle.

Le législateur est intervenu avec la loi du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale en introduisant un montant relatif à l'obligation de publicité des créances. Des seuils sont prévus selon les entreprises. Ils sont fixés par le décret du 30 décembre 2008 et sont déterminés pour les travailleurs indépendants et d'autre part pour les employeurs en fonction

⁸⁷⁹ Art 1929 quater du CGI et L. 234-5 du Code de la Sécurité sociale, révisé loi 10 juin 1994.

⁸⁸⁰ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, art. 175, I et II.

⁸⁸¹ CGI, art.1929 quater, 4, mod. par loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, art. 175, I

⁸⁸² *Rapp. précit.*, J.J HYEST, p.117, *Rapp. X. DE ROUX*, n°2095, p. 482 ; A.LIENHARD, *op.cit.*, 4e éd.2011, n°13.20, p.32.

⁸⁸³ Décr. n°2009-195 du 18 févr. 2009, JO 20 févr. 2008.

⁸⁸⁴ A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°40, p.25, Ph.ROUSSEL GALLE, *op.cit.*, n°67, p.42.

⁸⁸⁵ P.M.LE CORRE, *op.cit.*, éd 2010-2011, n°121.13, p.144.

du nombre de salariés⁸⁸⁶. Cette modification a pour effet d'éviter les effets d'une publicité systématique du privilège au moindre montant des dettes⁸⁸⁷.

Une autre nouveauté apportée par la loi de sauvegarde concerne l'assimilation des créances douanières au même régime que celui prévu pour les créances sociales et fiscales. En effet, la loi prévoit aussi l'inscription obligatoire des créances douanières impayées, sous peine de perdre le privilège⁸⁸⁸. Cette inscription est requise à partir de la date à laquelle un titre exécutoire a été émis⁸⁸⁹.

La commission des affaires économiques du Sénat a proposé un amendement prévoyant que lorsqu'ils publient leurs créances au greffe du tribunal, le trésor public et les organismes sociaux adressent également une copie de cette déclaration à la Banque de France. « Il s'agit de renforcer l'efficacité de la détection des difficultés des entreprises en rendant systématique la transmission à la Banque de France par les créanciers publics de leurs impayés. La Banque de France alimentera ainsi le fichier bancaire des entreprises dont la mise à jour sera accélérée »⁸⁹⁰.

L'information sur la situation financière des entreprises peut également être obtenue auprès des greffes des tribunaux de commerce. En effet, les tiers peuvent être informés sur les incidents de paiement par la publication de sûretés spéciales et de privilèges généraux, ainsi que sur les registres de protêts particulièrement utiles à consulter, par les partenaires de l'entreprise. Ces informations sont considérées comme de véritables indicateurs de détection des difficultés des entreprises⁸⁹¹. L'exploitation des informations détenues par ces organismes publics et les administrations permettrait d'améliorer considérablement la détection des difficultés des entreprises. En effet, l'entreprise qui rencontre ses premières difficultés de trésorerie ne paye pas ses créances fiscales et sociales à leur échéance.

§2. Amélioration de la procédure d'alerte

312. Les améliorations de la procédure d'alerte visent essentiellement à accélérer l'information du président du tribunal et des représentants du personnel, notamment les

⁸⁸⁶ CSS, art. L234-5 mod. par loi n°2005-845 du 26 juill. 2005, art. 184, puis loi n°2006-1640 du 21.déc.2006, art.39, loi n°2008-1443 du 30 déc.2008, art. 58,III, et loi n°2010-1594 du 20 déc.2010 art. 122.

⁸⁸⁷ A.LIENHARD, *op.cit.*, 4^e éd.2011, n°13.20, p.32; P.M. LE CORRE, *op.cit.*121.13, p.144.

⁸⁸⁸ C. douanes, art.379 *bis*, issu de Loi n° 2005- 845 du 26 juillet 2005, art. 175, III, JO n°173 du 27 juill., p. 12187, puis par la loi n°2008-1443 du 30 déc. 2008 de finances rectificative pour 2008, art. 58, II, JO n°0304 du 31 déc., p. 20518. .

⁸⁸⁹ C.douanes, art. 379 *bis*.

⁸⁹⁰ Avis n°337 de Christian GAUDIN, Doc. Sénat, au nom de la commission des affaires économiques, p.50 et 51.

⁸⁹¹ C.SAINT-ALARY-HOUIN, *Les entreprises en difficulté.*, 6^{ème} éd.2009, n°86 s.

délégués du personnels à défaut du comité d'entreprise, et à convoquer l'assemblée générale si nécessaire sans attendre la prochaine assemblée (A). Le législateur de 2005 souhaite également unifier le devoir d'alerte du commissaire aux comptes et l'étendre aux associations subventionnées (B).

A. Information précoce du président du tribunal et des représentants du personnel

313. Le commissaire aux comptes est amené à déclencher une procédure d'alerte dans les sociétés et groupements dans lesquels il est désigné, dès que la situation de l'entreprise l'exige. Il informe les dirigeants de la personne morale des faits qu'il a relevés. A défaut de réponse dans un délai de 15 jours ou si la réponse fournie ne permet pas d'être rassuré sur la situation de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes invite les dirigeants à faire délibérer le conseil d'administration ou le directoire sur les faits. Ainsi, pour plus d'efficacité et de rapidité, le législateur de 2005 a jugé nécessaire⁸⁹² que ce dernier informe le président du tribunal de commerce ou de grande instance dès la deuxième phase d'alerte, c'est-à-dire à partir du moment où il invite l'organe collégial, ou le gérant, à délibérer sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise⁸⁹³. Une copie de la demande de délibération qu'il a adressée au conseil d'administration est communiquée au président du tribunal de commerce.

En effet, cette information précoce du président du tribunal a pour but d'accélérer le redressement de la situation de l'entreprise, et aussi de lui permettre d'envisager la mise en œuvre des mesures de prévention. La finalité de cette information préalable a aussi pour avantage de responsabiliser les dirigeants des entreprises pour qu'ils respectent les délais de réponse prévus par le texte, à savoir 15 jours après l'information du commissaire aux comptes⁸⁹⁴.

La loi de sauvegarde a voulu également réparer une lacune de l'ancienne législation⁸⁹⁵ en prévoyant d'informer les délégués du personnel à défaut du comité d'entreprise, du déroulement de la procédure d'alerte. En effet, dès la deuxième phase d'alerte, le commissaire aux comptes envoie au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel, la délibération de l'organe dirigeant.

⁸⁹² V. *Rapp.préci.*, J.J HYEST, n°335, p. 531.

⁸⁹³ C.com., art. L. 612-13, mod . art. 162, loi n° 2005 -845 du 26 juil. 2005.

⁸⁹⁴ Ph.ROUSSEL GALLE, *op.cit.*, n°57, p,35; A.JACQUEMONT, *op.cit.*, n°48, p.29.

⁸⁹⁵ J.P. LE GROS, « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises en difficulté- Les mesures de prévention du nouveau titre I du livre VI du Code de commerce », *Rev.Dr.Soc*, oct. 2005, p.10.

Le comité d'entreprise et les délégués du personnel sont désormais introduits dans la procédure d'alerte d'une manière approfondie. Sans doute, le législateur français a pris conscience de l'importance et l'influence de ces derniers sur les rapports entre les salariés de l'entreprise et l'employeur. C'est parce qu'ils sont aussi intéressés par la survie de l'entreprise au même niveau que les associés ou les dirigeants des entreprises.

B. Convocation de l'assemblée générale sans attendre la prochaine réunion

314. Par ailleurs, et toujours dans le même esprit d'efficacité de la procédure d'alerte, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 précise qu'en cas d'inobservation de ces dispositions par l'organe de direction de la personne morale, ou si le commissaire aux comptes constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, une assemblée générale doit être convoquée. C'est au conseil d'administration ou du directoire qu'il incombe de procéder à cette convocation et ce dans un délai de huit jours, après l'invitation qui lui en est faite par le commissaire aux comptes; cette assemblée doit être tenue au plus tard dans un délai d'un mois de la date de notification faite par le commissaire aux comptes⁸⁹⁶. Si l'organe de direction, conseil d'administration ou le directoire, ne la convoque pas, c'est au commissaire aux comptes qu'il revient de convoquer l'assemblée générale dans un délai de huit jours à compter de l'expiration du délai imparti au conseil d'administration ou du directoire pour le faire; il fixe l'ordre du jour et peut en cas de nécessité, choisir un lieu de réunion autre que celui éventuellement prévu par les statuts, mais situé dans le même département⁸⁹⁷. Les délégués du personnel à défaut du comité d'entreprise sont également destinataires des diverses informations prévues par les textes, notamment le rapport du commissaire aux comptes en vue de la convocation urgente de l'assemblée générale. L'objectif est d'accélérer l'information des associés, afin de trouver des solutions rapides.

C. Renforcement du devoir d'alerte du commissaire aux comptes

315. Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes a été étendu aux associations subventionnées, en alignant le régime d'alerte applicable aux personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique⁸⁹⁸.

⁸⁹⁶ Décr.67-236 du 23 mars 1967, art. 251-1, al. 7 du mod. Décr. n°2005-1677 du 28 déc. 2005, art. 352, aujourd'hui art. R.234-3.C.com.

⁸⁹⁷ D.67-236 du 23 mars 1967, art. 251-1, al. 8, devenu art. R.234-3, al.3.,C.com.

⁸⁹⁸ L.n°2005-845 du 26 juillet 2005, art. 11.II ; C.com., art. L.612-3.

316. Le rôle du commissaire aux comptes, sans être fondamentalement modifié, a connu quelques améliorations, apportée notamment par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008, ayant pour finalité de rendre son intervention plus efficace. Le renforcement de son rôle dans la procédure d'alerte se remarque à la continuité de sa mission d'alerte qui se fait en plusieurs phases. Ce qui lui attribue un caractère permanent. Celui-ci doit être assuré dès le déclenchement de l'alerte sur la bonne marche et la continuité de l'exploitation de l'entreprise. En effet, pour plus de précision, la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 relative à la modernisation des procédures, dans une démarche d'implication du commissaire aux comptes dans la sauvegarde des entreprises en difficulté, a ajouté un alinéa à l'article L. 234-1 du Code de Commerce. Ainsi, dans un délai de six mois, à compter du déclenchement de la procédure d'alerte, le commissaire aux comptes peut en reprendre le cours au point où il avait estimé pouvoir y mettre un terme lorsque, en dépit des éléments ayant motivé son appréciation, la continuité de l'exploitation demeure compromise et que l'urgence commande l'adoption de mesures immédiates⁸⁹⁹.

On signalera à la fin une modification de l'article L.812-15 du Code de commerce, relative au secret professionnel auquel est soumis le commissaire aux comptes. En matière d'alerte, ce dernier est désormais délié du secret professionnel vis-à-vis du président du tribunal de commerce ou de grande instance⁹⁰⁰. Nous pensons que le renforcement du rôle du commissaire aux comptes dans la procédure d'alerte est intéressant dans la mesure où sa position est relativement confortable afin de mener à bien sa mission d'alerte.

Par ailleurs, pour une meilleure coordination de la procédure d'alerte, des procédures de conciliation et des procédures collectives, le législateur a jugé nécessaire que les dispositions régissant l'alerte dans ces personnes morales ne s'appliquent pas lorsqu'une procédure de conciliation ou de sauvegarde a été déjà engagée par les dirigeants. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article L.612-3 du Code de commerce modifié par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008⁹⁰¹.

⁸⁹⁹ Loi n° 2011- 525 du 17 mai 2011, art. 62, al. 5.

⁹⁰⁰ Loi.n°2005-845 du 26 juillet 2005, art. 162.

⁹⁰¹ Ord n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, art.10.

§3. Renforcement du rôle du président du tribunal

301. L'intervention du président du tribunal a pour but de faire réagir les dirigeants des entreprises face aux difficultés qu'ils rencontrent⁹⁰². De ce point de vue, le législateur considère que son intervention est une véritable prise de conscience de leurs difficultés, notamment lorsqu'ils reçoivent sa lettre de convocation. Ainsi, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, améliorée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, a renforcé son intervention, plus particulièrement en ce qui concerne les pouvoirs de convocation et d'investigation sur la situation des entreprises (A) et le pouvoir d'injonction (B).

A. Renforcement des pouvoirs de convocation et d'investigation du président du tribunal

302. En matière de prévention et de détection, l'intervention du président du tribunal a été précisée par la loi de sauvegarde, afin d'encourager les dirigeants d'entreprises et les tribunaux de commerce à l'utiliser d'avantage. En effet, selon l'article L.611-2 du Code de commerce, résultant des modifications apportées par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, le président du tribunal convoque le dirigeant d'une société, d'un groupement d'intérêt économique ou d'une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure, que ces dernières connaissent des difficultés de nature à compromettre la continuité de leur exploitation⁹⁰³, afin que soient envisagées des mesures propres à redresser leur situation et ce, quelque soit leur importance économique⁹⁰⁴. C'est donc une relation de confiance, s'appuyant sur l'autorité morale du président que le législateur cherche à instaurer pour aider les entreprises à appréhender leurs difficultés. Car, aujourd'hui, le président convoque les dirigeants pour que soient envisagées avec eux les mesures propres à redresser la situation de leurs entreprises, alors que l'ancienne formulation de la loi du 1^{er} mars 1984 prévoyait que ces derniers étaient convoqués pour indiquer les mesures propres à redresser la situation de leurs entreprises⁹⁰⁵.

Quant aux modalités de leur convocation, notons que le législateur de 2005 a apporté des modifications importantes ayant pour objectif d'inciter les dirigeants à se présenter à l'entretien sans aucune crainte. Ainsi, la convocation du dirigeant d'entreprise est envoyée un

⁹⁰² J. J. DAIGRE, « Le rôle du président du tribunal de commerce, bilan d'une enquête », *JCP* 1987, II, 150066, p.625 ; J. PH. HAEL, « La consécration du droit d'alerte du président du tribunal », *L.P.A.*, 30. Sept. 1994, p.13.

⁹⁰³ C.com., art. L.611-2, mod. Loi n°.2005-845 du 26 juill. 2005, art.4, I.

⁹⁰⁴ La loi du 1^{er} mars 1984 exigeait que les entreprises concernées n'atteignent pas les chiffres de 300 salariés et de 120 million de francs de chiffre d'affaires.

⁹⁰⁵ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°31, p.46.

mois à l'avance. Il est joint une note par laquelle le président expose les faits qui ont motivé son initiative⁹⁰⁶. Ce qui permet au dirigeant de l'entreprise de se rendre à l'entretien en ayant préparé ses arguments et même des moyens de redressement.

Toutefois, en vue de maintenir la confidentialité de la procédure d'alerte du président du tribunal, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a amélioré les conditions du déroulement de l'entretien avec les dirigeants. En effet, le président du tribunal reçoit le chef d'entreprise pour un entretien confidentiel, sans la présence d'un greffier⁹⁰⁷. L'objectif étant de rassurer ce dernier et de l'aider à dépasser ses craintes et son manque de confiance à l'égard des dispositifs juridictionnels, et de l'amener à se diriger volontairement vers le président du tribunal sans aucune crainte ou conséquences pour l'avenir de son entreprise. Cet entretien donne lieu à l'établissement par le président lui-même d'un procès verbal qui ne mentionne que la date et le lieu de l'entretien ainsi que l'identité des personnes présentes⁹⁰⁸.

303. Par ailleurs, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 accorde une attention particulière à l'absence du dirigeant convoqué en renforçant les pouvoirs du président du tribunal⁹⁰⁹. En effet, le défaut de la présence du dirigeant de l'entreprise à l'entretien donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal de carence le jour même par le greffier, aux fins d'application des dispositions de la loi lui permettant d'obtenir des informations sur la situation financière et économique du débiteur⁹¹⁰. A ce procès-verbal doit être joint l'avis de réception de la convocation. Copie de ce procès est immédiatement notifiée par les soins du greffier à la personne convoquée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le procès-verbal établi est déposé au greffe⁹¹¹.

En effet, l'absence du dirigeant et l'établissement du procès-verbal de carence laissent place aux investigations légales du président du tribunal. De ce fait, ce dernier peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir des informations et communications des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur et ce dans un délai d'un mois à compter de la date de l'entretien ou du procès verbal de carence établi. Si la demande a été présentée dans les formes et délais prescrits, les personnes et organismes interrogés sont tenues de

⁹⁰⁶ C.com., art. R.611-10 et D. n°2005-1677 du 28 déc.2005, art.3.

⁹⁰⁷ Décr. n°2009-160 du 12 févr. 2009, art. 2.

⁹⁰⁸ C.com., art. R.611-11.

⁹⁰⁹ Loi. n°2005-845 du 26 juill. 2005, art.4.

⁹¹⁰ C.com., art. R.611-11, al.2 et R.611-13 à R.611-17.

⁹¹¹ Décr. n°2005-1677, du 28 déc. 2005 art.4

communiquer les renseignements réclamés dans le délai d'un mois; dans le cas contraire, ils ne sont pas tenus d'y répondre⁹¹².

La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a donc facilité l'information du président du tribunal de commerce sur les difficultés des entreprises et ce de double manière : « à l'issue de l'entretien » ou « au cas où les dirigeants ne se présentent pas suite à la convocation ». Seule l'information la plus complète possible peut permettre un traitement des difficultés le plus en amont possible.

Rappelons toutefois que ce mécanisme de prévention par le président du tribunal a connu une nette évolution depuis la mise en application de la loi de sauvegarde et est devenu en pratique souvent utilisé. Les statistiques suivantes, montrent bien cette évolution : Ainsi, en 2000, il y a eu 1557 convocations de chefs d'entreprise au tribunal de commerce de Paris, Nanterre et Bobigny et en 2008, 5476 convocations⁹¹³, soit trois fois plus en huit années.

En 2009, 3285 entreprises convoquées et 2132 dossiers ouverts, en 2010 il y a eu 3147 entreprises convoquées et 1945 dossiers ouverts au tribunal de commerce de Paris⁹¹⁴.

B. Renforcement du pouvoir du président du tribunal en cas de non respect de la formalité de dépôt des documents sociaux

304. L'obligation de déposer les comptes annuels des sociétés commerciales au greffe du tribunal de commerce est posée par le droit des sociétés⁹¹⁵.

La loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001 a renforcé le système de prévention par l'information en édictant des sanctions liées à l'obligation de dépôt des comptes sociaux au greffe du tribunal, en vue d'assurer une information effective de l'état de santé des entreprises. Elle a donc créé une injonction de faire pour renforcer cette obligation. L'article L.123-5-1 du Code de commerce issu de cette loi, permet à tout intéressé et au ministère public de demander au président du tribunal, statuant en référé, d'enjoindre sous astreinte le dirigeant de toute personne morale tenue au dépôt des comptes, d'y procéder. Il est également possible au président du tribunal de désigner un mandataire qui sera chargé d'effectuer ce dépôt. Toutefois, il a été constaté que cette formalité n'est pas souvent respectée, malgré la sanction pécuniaire.

⁹¹² Décr. n°2005-1677 du 28 déc. 2005, art.5, al.2 et art.10, al.2 devenus art. R.611-12, al.2 et art.611-17, al.2.C.com.

⁹¹³ Chiffres fournis par les tribunaux de commerce de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil, *L OJC*, févr.2009, n°33, p.9.

⁹¹⁴ Source : observatoire consulaire des entreprises en difficulté, n°36, mai 2011.

⁹¹⁵ C.com., L.232-21 à L.232-21.

La loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 a renforcé l'obligation faite aux dirigeants de procéder à la formalité de dépôt des comptes sociaux⁹¹⁶. Par cette mesure, le législateur juge nécessaire que cette formalité soit respectée, car, grâce à elle, les difficultés des entreprises deviennent facilement identifiables, par le président du tribunal, d'une manière précoce, lui permettant ainsi de trouver plus facilement des solutions au redressement de la situation des entreprises concernées. Cette obligation d'information comptable a également pour objectif de responsabiliser les dirigeants d'entreprises et de les sensibiliser sur l'importance du dépôt de ces documents permettant l'anticipation des difficultés, car le non dépôt des comptes est souvent révélateur des difficultés financières de la société.

Dans ce sens, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 accorde au président du tribunal un pouvoir de contrainte⁹¹⁷. Ce dernier peut intervenir de sa propre initiative, sans avoir à être saisi par les tiers intéressés par cette formalité de dépôt. En effet, en cas de non respect de cette obligation le président du tribunal peut adresser une injonction de le faire, à bref délai et sous astreinte, aux dirigeants de ces entreprises, conformément aux dispositions de l'article L.611-2 du Code de commerce. En outre, l'article R.611-13 du Code de commerce précise que cette injonction prend la forme d'une ordonnance qui fait courir un délai d'un mois au dirigeant de la personne morale pour déposer les documents sociaux à partir du moment où elle est notifiée; il fixe le taux d'astreinte et mentionne en outre, le lieu, jour et date de l'audience où l'affaire sera examinée.

En outre, afin de renforcer cette obligation de dépôt des comptes, l'ordonnance du 18 décembre 2008, précise que l'ordonnance d'astreinte n'est pas susceptible de recours⁹¹⁸.

Lorsque l'injonction de faire a été exécutée dans les délais impartis, l'affaire est retirée du rôle par le président du tribunal. Dans le cas contraire, le greffier constate le non dépôt des comptes par procès-verbal⁹¹⁹.

En cas d'inexécution de l'injonction de faire, qu'il a délivrée, le président du tribunal statue sur la liquidation de l'astreinte. Il statue en dernier ressort lorsque le montant de l'astreinte n'excède pas le taux de compétence en dernier ressort du tribunal de commerce. Le montant de la condamnation de la personne morale est déposé au trésor public⁹²⁰.

Le principal mérite de ce pouvoir de contrainte imposé par la loi de sauvegarde est d'avoir sensibilisé les dirigeants d'entreprises sur l'importance de respecter l'obligation du dépôt des

⁹¹⁶ Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, art.4, al.2.

⁹¹⁷ Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, art.4, al.2.

⁹¹⁸ C.com., art. R.611-13, mod. Décr.n°2005-1677 du 28 déc.2008, art. 6.

⁹¹⁹ C.com., art. R.611-15, mod. Décr.n°2005-1677 du 28 déc.2008, art. 8.

⁹²⁰ C.com., art. R.611-16, mod. Décr.n°2005-1677 du 28 déc.2008, art. 9.

comptes sociaux, qui devrait avoir les effets auprès des chefs d'entreprises, mais aussi auprès des conseils (experts comptables, avocats,..., etc.). En plus, le renforcement du rôle du président du tribunal a eu un effet positif sur la sensibilisation des dirigeants d'entreprises. En effet, le nombre croissant d'entretiens réalisés par les tribunaux de commerce et, surtout, la grande liberté avec laquelle les chefs d'entreprise y exposent leurs difficultés, montrent que les mentalités évoluent: les chefs d'entreprises perçoivent bien ce dispositif comme étant une opportunité qui leur est offerte de sortir de leur isolement pour traiter leurs difficultés, avec l'aide d'une personne neutre et objective.

305. Par ailleurs, pour ce qui est de l'intervention des autres organes dans la prévention externe, notamment les groupements de prévention agréés, nous remarquons que la loi de sauvegarde ne leur a pas apporté de profondes modifications, malgré leur échec. Cependant, le législateur a souhaité rendre cohérent le régime d'aides relatif à ces groupements avec les dispositions du Code général des collectivités territoriales ayant supprimé la notion d'aides « directes ou indirectes »⁹²¹, le but étant de maintenir ces groupements, afin d'offrir aux entreprises, n'ayant pas les possibilités de désigner un commissaire aux comptes ou de faire appel des conseillers, les moyens d'appréhender les difficultés, afin d'apporter à ces dernières une assistance qui pourrait être non négligeable.

En revanche, en vue d'encourager le recours à ces groupements et d'élargir leur activité de prévention, l'ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010 a ouvert leur adhésion à tout entrepreneur individuel à responsabilité limitée⁹²².

Dans ce processus préventif ambitieux, les actions du législateur visent également les procédures amiables.

Section 2. Simplification et précision des procédures amiables

306. Les modifications les plus significatives relevant de la loi de sauvegarde n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 concernent en particulier les procédures amiables. En effet, à travers ces réformes, le législateur français tient à préciser le mandat *ad hoc*, en mettant l'accent sur la clarification de sa pratique, notamment, sur l'indépendance du débiteur durant cette procédure et la précision de la compétence juridictionnelle (§1). Au sujet du règlement amiable, le législateur a insisté sur

⁹²¹ V. C .Com., art. L.611-1.

⁹²² Ord n°2010-1512 du 9 déc. 2010, art. 2.

son caractère conventionnel et confidentiel, ainsi que sur le maintien de l'équilibre des intérêts des parties, à savoir le débiteur et ses créanciers, dans cette procédure amiable (§2).

§1. Précision de la pratique du mandat *ad hoc*

307. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 ont apporté un avantage particulier à la pratique du mandat *ad hoc*, après sa confirmation par la loi du 10 juin 1994, en lui conservant toute sa souplesse et sa confidentialité. Car, le mandat *ad hoc* est fondé sur la libre négociation entre les parties sans l'intervention judiciaire. Ces précisions législatives concernent les conditions d'ouverture de la procédure (A), ainsi que le statut du mandataire *ad hoc*, à savoir les conditions de sa nomination, sa rémunération et son obligation de confidentialité, ainsi que l'encadrement de sa mission (B), la deuxième précision qui mérite également d'être soulevée, concerne la compétence matérielle du président du tribunal (C).

A. Précision des conditions d'ouverture du mandat *ad hoc*

308. La procédure du mandat *ad hoc* est un outil apprécié tant par les débiteurs que par les créanciers. Cependant, cette mesure connaissait quelques ambiguïtés qui remettaient en cause sa garantie procédurale⁹²³. En effet, elle avait besoin d'être précisée par un texte législatif, afin de la rendre plus accessible. C'est pourquoi la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 lui a consacré un intérêt particulier.

Le nouvel article L.611-3 du Code de commerce est exclusivement consacré à cette procédure. En effet, aux termes de cet article : « *le président du tribunal de commerce ou de grande instance peut, à la demande du représentant de l'entreprise, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission* ». Ces dispositions laissent croire que cette procédure est applicable à toute entreprise et sans condition de temps. Ce libéralisme pour lequel opte le législateur français, montre le caractère contractuel de cette procédure loin de l'intervention de l'autorité judiciaire.

Toutefois, afin d'encadrer les conditions de déroulement de cette procédure, le législateur prévoit expressément que la demande d'ouverture de cette procédure doit être motivée, afin d'éviter les abus⁹²⁴. En outre, la loi précise que le mandataire *ad hoc* est nommé par le président du tribunal, mais à la demande du débiteur, sur simple requête. Ce dernier peut seul

⁹²³ Ph. ROUSSEL GALLE, *op.cit.*, n°93, p.54.

⁹²⁴ C.com., art. R.611-18, et décr n°2005-1677 du 28 déc. 2005, art.11.

solliciter une telle nomination. Ce qui interdit au président de se saisir d'office⁹²⁵. Rappelons toutefois que le législateur a voulu consacrer l'autonomie du débiteur, quelque soit la forme juridique de son entreprise, et conserver sa liberté de choisir lui-même la procédure du mandat *ad hoc* ou une autre procédure.

En outre, l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 a apporté une précision importante dans le but d'encourager la pratique du mandat *ad hoc*. En effet, le débiteur peut désormais proposer le nom d'un mandataire *ad hoc* au président du tribunal⁹²⁶. Cette liberté permet ainsi de rassurer le débiteur en lui offrant un choix préalable, sans contrainte : il se sent alors en confiance, et cela renforce sa collaboration avec le mandataire *ad hoc* afin de mieux l'orienter dans la résolution des problèmes posés⁹²⁷.

Le président du tribunal fait convoquer le débiteur dès réception de la demande d'ouverture d'un mandat *ad hoc* pour recueillir ses observations. Si le président du tribunal ne donne pas suite à sa requête, le débiteur peut le relancer afin qu'il statue dans les meilleurs délais⁹²⁸.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 ouvre au débiteur l'appel à l'encontre de l'ordonnance de rejet. En effet, ce dernier peut en cas de refus de désignation d'un mandataire *ad hoc*, interjeter appel⁹²⁹. En conséquence, l'appel sera formé dans un délai de dix jours qui court à compter de la notification de la décision statuant sur la demande de désignation du mandataire *ad hoc*⁹³⁰.

Par ailleurs, la désignation d'un mandataire *ad hoc* n'est pas transmise au parquet⁹³¹ par souci de confidentialité, ce qui a été salué par certains auteurs⁹³².

B. Précision du statut et de la mission du mandataire *ad hoc*

309. En outre, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a insisté sur la précision du statut du mandataire *ad hoc*, afin de préserver son indépendance. L'article L.611-13 du Code de commerce précise que les missions de mandataire *ad hoc* ne peuvent pas être exercées par une personne ayant au cours des vingt-quatre mois précédents, perçu à quelques titres que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur

⁹²⁵ *Rapp.précit.*, X. DE ROUX, p.127.

⁹²⁶ Décr n°2009-160 du 12 févr. 2009, art.3.

⁹²⁷ G.TEBOUL, « la réforme du père Noël : la prévention et la sauvegarde » *Gaz.pal*, 4-6 avr. 2009, p. 7.

⁹²⁸ Décr..n °2009-160 du 12 févr. 2009, art. 4.

⁹²⁹ Décr.n °2009-160 du 12 févr. 2009, art. 5.

⁹³⁰ L'article R. 611-20, alinéa 1 du Code de commerce renvoie aux modalités posées par l'article R.611-26, alinéa 1 du Code de commerce qui lui donne le décret d'application de l'ordonnance de réforme.

⁹³¹ C.com., art.L.611-6, al.4.

⁹³² A.LIENHARD, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », D.2009, chron.p.110.

intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au sens de l'article L.233-16, sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue au titre d'un mandat *ad hoc* (...) réalisée pour le même débiteur ou le même créancier.

Cet article a été sensiblement modifié par l'article 2 de l'ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010, ajoutant que l'existence d'une rémunération ou d'un paiement perçu de la part d'un débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée est appréciée en considération de tous les patrimoines dont ce dernier est titulaire. La personne ainsi désignée doit attester sur l'honneur, lors de l'acceptation de son mandat, qu'elle se conforme à ces interdictions. Cette modification a pour finalité d'étendre le domaine de la pratique du mandat *ad hoc* à un maximum d'entreprises.

En outre, la mission du mandat *ad hoc* ne peut être confiée à un juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans. Le législateur souhaite par cette mesure éviter les conflits d'intérêts⁹³³.

En effet, cette précision a le mérite de faciliter la mission du mandataire *ad hoc* et d'assurer également un climat de partialité. Ce dernier doit se trouver dans la totale indépendance par rapport aux parties. Le législateur entend assurer au mandataire *ad hoc* une certaine neutralité vis-à-vis du débiteur et de ses créanciers.

La procédure de désignation d'un mandataire *ad hoc* est désormais claire et transparente. Le but étant de préserver l'autonomie et la souplesse qui caractérisent cette pratique⁹³⁴.

310. De surcroît, le décret du 28 décembre 2005 précise que le président du tribunal définit l'objet de la mission du mandataire *ad hoc*, afin d'écartier les ambiguïtés qui entachaient cette pratique amiable⁹³⁵. Le mandataire *ad hoc* est donc désigné pour exercer une mission d'analyse de la situation de l'entreprise et d'assistance du débiteur, celui-ci demeurant en fonction⁹³⁶. Son rôle est principalement de servir d'intermédiaire entre le chef d'entreprise et ses créanciers, afin de parvenir à un accord en vue du règlement du passif⁹³⁷.

En effet, le mandat *ad hoc* ne s'accompagne d'aucun dessaisissement des pouvoirs du débiteur. Ce dernier conserve l'intégralité de ses fonctions au sein de l'entreprise⁹³⁸.

⁹³³ J.P. LE GROS, « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises-Les mesures de prévention du nouveau titre I du livre VI du Code de commerce », *Dr.Soc.*, oct.2005, p.12.

⁹³⁴ F.X. LUCAS et H.LECUYER, « La loi de sauvegarde des difficultés des entreprises article par article » *L.P.A.*, 8 fév.2006, n°28, p.4.

⁹³⁵ C.com., art. R.611-16, al.3.

⁹³⁶ J.P.MARCHI, « Une création originale du tribunal de commerce de Paris : le mandataire *ad hoc* », *Gaz.pal.*, 1983, doct 1, p.123.

⁹³⁷ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°39, p.55.

⁹³⁸ D.VIDAL, *Droit des procédures collectives*, éd 2006, n°122, p.77.

La mission du mandataire *ad hoc* est sans limite de durée, ce qui laisse une liberté de sa pratique, contrairement à la conciliation qui ne peut dépasser un délai de quatre mois, renouvelable une seule fois⁹³⁹.

Toutefois, si le débiteur estime que le mandat *ad hoc* doit avoir fin, il peut selon l'article R. 611-21 du Code de commerce s'adresser au président du tribunal pour faire cette demande. Cette liberté laissée au débiteur traduit l'incitation du législateur à encourager la pratique du mandat *ad hoc*.

La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, soucieuse de maintenir toute sa souplesse et sa confidentialité au mandat *ad hoc*, a renoncé à instaurer une obligation d'assurance de responsabilité civile.

311. Toutefois, afin d'éviter les abus, le législateur accorde au président du tribunal la possibilité de fixer la rémunération du mandataire *ad hoc*, avec l'accord du débiteur. Cette rémunération est fixée par ordonnance à l'issue de la mission du mandataire *ad hoc*⁹⁴⁰, prévoyant les critères sur la base desquels la rémunération est arrêtée, son montant maximal et le montant des éventuelles provisions⁹⁴¹. Ce dispositif est ainsi fondé sur un accord entre le débiteur, le mandataire *ad hoc* et le président du tribunal, afin d'écartier d'éventuels excès financiers pouvant constituer un frein au redressement de la situation de l'entreprise. La rémunération sera définitivement arrêtée à la fin de la mission du mandataire *ad hoc*.

312. Avant la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, rien n'était prévu en ce qui concerne le respect de la confidentialité de la procédure. Désormais toute personne appelée à un mandat *ad hoc*, ou qui par la nature de ses fonctions en a connaissance, est tenue à la confidentialité. Si cette confidentialité n'est pas respectée, ces personnes seront sanctionnées selon les règles relatives à la responsabilité civile⁹⁴².

C. Précision de la compétence du tribunal

313. La loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005, ayant créé l'article L.611-3 du Code de commerce, fait référence à la compétence du président du tribunal en citant celui du tribunal de commerce et du tribunal de grande instance, sans pour autant préciser le type d'entreprises pouvant y bénéficier.

⁹³⁹ P.M.LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, éd. 2010-2011, n° 123. 11, p. 162.

⁹⁴⁰ C.com., art. R.611-19, al.3.

⁹⁴¹ C.com., art. R.611-47.

⁹⁴² A.LIENHARD, *op.cit.*, n°11.39, p.26.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 souligne par ailleurs, la compétence juridictionnelle d'attribution du président⁹⁴³. De ce fait, la compétence du tribunal est précisée en fonction de la forme juridique de l'entreprise ou du débiteur, afin d'éviter la perte du temps et de maintenir la confidentialité de la pratique du mandat *ad hoc*.

Ainsi, pour les commerçants et artisans, le tribunal compétent est le tribunal de commerce, pour les personnes physiques ou morales, non commerçantes, c'est le tribunal de grande instance qui est compétent⁹⁴⁴.

314. La normalisation de la pratique du mandat *ad hoc* permettra au débiteur de trouver des solutions à ses difficultés dès lors qu'elle se déroule dans la confidentialité et que les institutions représentatives des salariés ne sont pas informées. Cette pratique devra permettre aux dirigeants d'entreprises d'avoir les conditions favorables en vue d'écarter leurs difficultés dans la mesure où cette pratique n'est enfermée dans aucun délai, les parties ont le temps de négocier. Le mandat *ad hoc* se caractérise donc par sa souplesse et sa confidentialité.

En effet, « *les résultats des mandats ad hoc qui ont permis en 2003 de conclure 130 accords, demeurent totalement ignorés du public dans quatre-vingt dix cas sur cent* »⁹⁴⁵.

Comme on l'avait souhaité, les premiers mois d'application de la pratique du mandat *ad hoc* ont d'emblée montré que la réforme a apporté des résultats plutôt positifs à cette institution. La crise financière a augmenté le nombre de mandats *ad hoc*, 376 mandats *ad hoc* ont été conclus pour le tribunal de Paris, Nanterre et Créteil de février 2009 à 2010⁹⁴⁶. Tel est le cas de la sauvegarde de la société Thomson SA ouverte le 30 novembre 2009 par le tribunal de commerce de Nanterre⁹⁴⁷, et qui a abouti à un plan arrêté par un jugement du 17 février 2010⁹⁴⁸, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 18 novembre 2010⁹⁴⁹.

§2. Amélioration de la conciliation pour un équilibre des intérêts du débiteur et des créanciers

315. La loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 a remplacé l'ancien règlement amiable par la conciliation, afin de permettre à l'entreprise un redressement approprié, déterminé d'un commun accord entre le débiteur et ses créanciers, sous l'égide d'un

⁹⁴³ Ord. n° 2008- 1345 du 18 déc. 2008, art. 2.

⁹⁴⁴ C.com., art. L.611-3.

⁹⁴⁵ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°40, p.55, V. Doc.Ass.nat, n°2004, p.87.

⁹⁴⁶ A.LIENHARD, *op.cit.*, 4^e éd 2011, n°11.18, p.22.

⁹⁴⁷ T.com.Nanterre, 30 nov.2009, AJ 2929, obs. A. LIENHARD.

⁹⁴⁸ T.com.nanterre, 17 fév.2010, D.2010, AJ 500, obs. A.LIENHARD; *Rev. Soc* 2010, p. 244, note GRELON, cité par A.LIENHARD, *op.cit.*, n°11.19, p.22.

⁹⁴⁹ C. Versailles, 18 nov.2010, D.2010.Actu.2726, obs. A. LIENHARD, cité par A.LIENHARD, *op.cit.*, n°11.19, p.22.

conciliateur nommé par le président du tribunal. L'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 tend à préciser d'avantage la procédure de conciliation, afin de la rendre plus accessible. L'objectif étant d'apporter des mesures propres à concilier les intérêts du débiteur (A) et ceux des créanciers et de pérenniser l'entreprise, tout en gardant le caractère contractuel et confidentiel de la conciliation(B)⁹⁵⁰.

A. L'intérêt de la conciliation pour le débiteur

316. L'un des premiers objectifs du législateur, avec la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 retouchée par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, est d'apporter au débiteur un mécanisme de prévention souple et confidentiel. Son objectif est aussi de le rassurer et de l'attirer afin de choisir un moyen de redressement amiable plutôt que judiciaire. C'est pour cette raison que, pour le débiteur, les intérêts de la nouvelle conciliation sont multiples :

- Le domaine d'application de la procédure de conciliation est plus élargi;
- les modalités de déclenchement de la procédure de conciliation sont simplifiées;
- de nouveaux moyens facilitant le déroulement de la procédure sont mis en place;
- le statut et la mission du conciliateur sont mieux précisés;
- la conciliation offre au débiteur le choix de la confidentialité avec une simple constatation de l'accord, ou une homologation avec une obligation de publicité, tout en lui assurant une sécurité juridique, pour lui même ainsi que pour ses créanciers;
- la conciliation permet désormais au débiteur de retrouver la liberté de la gestion financière de son entreprise.

1°. Le domaine d'application de la procédure de conciliation est plus élargi

317. Le champ d'application de la procédure de conciliation est plus élargi que l'ancien règlement amiable. L'article L.611-5 du Code de commerce étend le bénéfice de cette procédure aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris les professionnels libéraux soumis à un statut législatif ou réglementaire dont le titre est protégé. Le législateur a tenu compte du particularisme de l'exercice d'une profession libérale, car ces professionnels libéraux

⁹⁵⁰ F.X.LUCAS et H.LECUYER., « La loi de sauvegarde des difficultés des entreprises article par article » L.P.A. 8 fév.2006, n°28, p.4.

supportent les mêmes contraintes que les sociétés commerciales, à savoir l'obligation de tenir une comptabilité régulière et les obligations fiscales et sociales. Seuls restent exclus de ce dispositif, les exploitants agricoles qui sont soumis à une procédure qui leur est propre⁹⁵¹.

Le tribunal de grande instance est donc le seul à être compétent pour traiter la procédure de conciliation ouverte à l'égard des professionnels libéraux qui exercent à titre indépendant ou sous forme de société⁹⁵².

Toutefois, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève le professionnel indépendant est informé de l'ouverture de la procédure de conciliation et consulté sur l'homologation de l'accord.

2°. Les modalités d'ouverture de la procédure de conciliation sont facilitées

318. Avant d'évoquer les modalités d'ouverture de la procédure de conciliation, nous pensons qu'il est utile de soulever la question de l'indépendance du débiteur dans le cadre de la procédure de conciliation. En effet, celle-ci ne peut être ouverte qu'à l'initiative du débiteur qui doit faire preuve de responsabilité face à ses difficultés. La loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 a maintenu la liberté du débiteur dans le choix de demander l'ouverture d'une procédure de conciliation. Ce dernier est le seul à être qualifié pour faire une demande auprès du président du tribunal. La décision de recourir à la conciliation est considérée comme un acte de gestion⁹⁵³. Le débiteur expose donc sa situation financière, ses besoins de financement, ainsi que les moyens d'y faire face⁹⁵⁴.

319. Néanmoins, la principale innovation apportée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 réside dans le fait qu'il est possible, pour le débiteur, de solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation tout en étant en cessation des paiements, toutefois à la seule condition de l'être depuis moins de quarante-cinq jours⁹⁵⁵. Ainsi, avec ce délai, la situation est plus confortable pour le débiteur⁹⁵⁶. En effet, la notion de cessation des paiements ne constitue plus le critère unique de distinction entre traitement amiable et traitement judiciaire, puisque le débiteur a également la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure de

⁹⁵¹ C. rura, art. L.351-1 à L.351-7.

⁹⁵² C.com., art. L.611-5.

⁹⁵³ M.JEANTIN et P.LE CANNU, *op.cit*, n°87, p. 63.

⁹⁵⁴ C.com., art. L. 611-6, mod par ord n°2008-1345 du 18 déc. 2008, art.3.

⁹⁵⁵ C.com., art. L.611-4.

⁹⁵⁶ A.REINS, « La nouvelle procédure de conciliation », *Rev. Lamy. Dr. aff.*, E n°88, 12 déc 2005.

sauvegarde même s'il n'est pas encore en cessation des paiements. Le cas échéant, la requête du débiteur doit préciser la date de cessation des paiements.

320. De plus, les conditions d'ouverture de la procédure de conciliation sont plus simplifiées, elles permettent la mise en œuvre d'une véritable solution visant à redresser la situation de l'entreprise. En effet, le débiteur, dès lors qu'il justifie d'une difficulté juridique économique ou financière, avérée ou prévisible, susceptible de conduire à la cessation des paiements, peut demander l'ouverture d'une procédure de conciliation. Il n'y a plus à démontrer que la difficulté ne peut pas être couverte par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise.

321. Par ailleurs, pour le maintien de la confidentialité de la procédure, l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, apporte une modification importante. En effet, si le président du tribunal estime que les informations qui lui sont fournies par le débiteur sont insuffisantes, il ne peut plus solliciter, auprès des administrations et organismes compétents, toute information sur la situation économique ou financière du débiteur avant la décision d'ouverture de la procédure⁹⁵⁷. Il ne peut plus non plus désigner un expert pour faire un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, comme cela a été le cas sous l'ancienne législation. Le but de cette mesure est de maintenir la confidentialité de la procédure de conciliation, afin de protéger le débiteur d'éventuelles poursuites pendant cette phase amiable.

322. En vue d'encourager les dirigeants d'entreprises à choisir la conciliation, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 prévoit que, le débiteur a la possibilité de proposer le nom d'un conciliateur⁹⁵⁸. Cependant, en cas de refus de sa nomination ou le refus de la prorogation de sa mission le débiteur a la possibilité de faire appel⁹⁵⁹. On relèvera que l'appel doit donc être formé dans un délai de 10 jours à compter de la notification de la décision statuant sur la demande⁹⁶⁰. Le débiteur a la possibilité aussi de récuser le conciliateur⁹⁶¹.

323. Ainsi, afin de garantir le maximum de sécurité à l'égard du débiteur, le législateur a prévu l'obligation de communiquer l'ouverture d'une procédure de conciliation au ministère public⁹⁶². Cette information a pour but d'éviter que les créanciers, qui pourraient être amenés à connaître la situation déficitaire du débiteur, n'engagent aucune action pour demander

⁹⁵⁷ C.com., art. L. 611-6, mod, ord n° 2008-1345 du 18 déc. 2008, art. 3.

⁹⁵⁸ C.com., art. L.611-6.

⁹⁵⁹ C.com., art., R.611-26.

⁹⁶⁰ C.com. art., R.661-3, résultant de l'article 115 du décret n°2009-160 du 12 févr. 2009.

⁹⁶¹ C.com., art. L. 611-6, al. 4.

⁹⁶² C.com., art. L. 611-6, al. 4.

l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, alors que des négociations sont en cours.

Dans le même esprit, l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 a ajouté une obligation de communication de la décision ouvrant la procédure de conciliation au commissaire aux comptes, lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal des comptes⁹⁶³. Lorsqu'il s'agit d'une personne physique exerçant une activité professionnelle libérale, à l'ordre professionnel⁹⁶⁴.

Enfin en pratique, la décision ouvrant une procédure de conciliation et la désignation d'un conciliateur est communiquée au Préfet pour assurer la liaison avec le CODEFI⁹⁶⁵.

Toutefois, il est prévu que l'ouverture de la procédure de conciliation ne fasse pas l'objet d'une publicité et encore moins d'un recours contre la décision ouvrant la procédure de conciliation, afin de préserver la confidentialité de la procédure. Cette mesure permettra au conciliateur d'agir au plus vite et d'éviter tout report d'ouverture de cette procédure du fait des conséquences judiciaires pouvant être préjudiciable à la situation du débiteur.

Cependant, l'article L.611-6, alinéa 3 résultant de l'article 3 de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, prévoit la possibilité d'appel, mais uniquement à l'égard du ministère public à l'encontre de l'ordonnance ouvrant la procédure de conciliation, dont la finalité est de renforcer le contrôle des conditions d'ouverture de la procédure de conciliation, notamment par l'interdiction faite au débiteur d'enchaîner les conciliations⁹⁶⁶.

324. En ce qui concerne la durée de la procédure de conciliation, rappelons que l'ordonnance du 18 décembre 2008 a réglé quelques difficultés ayant pu exister avec l'ancien texte. En effet, la durée de la procédure a été fixée par la loi de sauvegarde à quatre mois plus un mois en cas de demande de prolongement de cette durée. Ainsi, afin d'encourager les dirigeants d'entreprises à recourir à la conciliation⁹⁶⁷, son article 3 prévoit que si une demande d'homologation a été formée en application du II de l'article L.611-8 du Code de commerce, avant l'expiration de cette période, la mission du conciliateur et la procédure sont prolongées jusqu'à la décision du tribunal⁹⁶⁸. Le but étant de permettre au débiteur, que le temps de la conciliation soit pleinement consacré à la négociation d'un accord. Le délai nécessaire au

⁹⁶³ C.com., art.L.611-6, al.3.

⁹⁶⁴ C.com., art.L.611-6, al.3.

⁹⁶⁵ A.LIENHARD, *op.cit.*, n°21.30, p.49.

⁹⁶⁶ P.M. LE CORRE, *op.cit.*, n° 121.4, p. 53 ; A.LIENHARD, *op.cit.*, n°21.32, p.50.

⁹⁶⁷ I.RHOUART-MESSAGER, « L'amélioration de la prévention », *Gaz.proc.coll.*, n°spéc., 6-7 mars. 2009, p.5.

⁹⁶⁸ C.com., art. L611-6, al.2.

tribunal pour statuer sur l'homologation ne peut s'imputer sur la durée maximale de la conciliation⁹⁶⁹.

325. Par ailleurs, avant cette loi, l'échec d'une procédure de conciliation d'une entreprise qui n'était pas en cessation des paiements présentait une ambiguïté. Le débiteur ne sachant pas s'il y avait possibilité ou non de demander l'ouverture d'une nouvelle procédure, pouvait voir sa situation se dégrader rapidement. Le décret n°2009-160 du 12 février 2009 dans son article 6 a apporté une clarification sur cette question. Dans cette perspective, le débiteur souhaitant renouveler une demande d'ouverture d'une conciliation devra présenter une attestation sur l'honneur certifiant qu'une procédure de conciliation n'a pas déjà été ouverte dans les trois mois précédant la date de la demande⁹⁷⁰. Le but étant d'interdire l'enchaînement éventuel de deux procédures de conciliation⁹⁷¹. Ainsi, le débiteur ne peut imposer à ses créanciers deux conciliations consécutives; il doit attendre l'expiration d'un délai de trois mois.

3°. Le statut et la mission du conciliateur sont précisés

326. Le statut du conciliateur a été précisé de la même manière que celui du mandataire *ad hoc* et rappelle les mêmes remarques qui sont définies par l'article L.611-13; précisant ainsi les conditions d'accès et les incompatibilités au statut du conciliateur. Il faut remarquer que le législateur insiste sur l'indépendance du conciliateur vis-à-vis du débiteur et des créanciers.

Par ces mesures, le législateur entend prévenir d'éventuels conflits d'intérêts et permettre une certaine neutralité vis-à-vis du débiteur et de ses créanciers.

L'article L.611-14 du Code de commerce précise aussi les modalités de rémunération du conciliateur afin d'éviter les abus.

327. Par ailleurs, le législateur avec la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 apporte des précisions importantes à la mission du conciliateur⁹⁷². En effet, celui-ci n'a plus le rôle de favoriser le fonctionnement de l'entreprise, mais simplement la mission de faciliter la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers ou cocontractants, voire avec des nouveaux partenaires, dans l'intention de mettre fin aux difficultés de l'entreprise⁹⁷³.

⁹⁶⁹ A.LIENHARD, *op.cit.*, n°21.33, p50.

⁹⁷⁰ C.,com. art.R.611-22.

⁹⁷¹ D.GIBIRILA.,*op.cit.*, n°14, p.17 ; A.LIENHARD, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », D.2009, chron.p.110 s., sp.p.111.

⁹⁷² C.,com., art.L. 611-7, al.1.

⁹⁷³ F.X.LUCAS, « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficultés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *Bull. Jol. Soc.*, nov. 2005, §.260, p.1184.

De ce point de vue, le conciliateur devra, d'une part, analyser la situation de l'entreprise, faire part de ses suggestions au chef d'entreprise, puis tenter de convaincre les créanciers, pour qu'ils acceptent les propositions du débiteur. D'autres parts, il devra également participer, avec le débiteur à l'élaboration d'un plan permettant le redressement de la situation de l'entreprise et le règlement du passif.

Pour cela, le conciliateur doit être au courant de l'évolution de l'entreprise afin de pouvoir faire à tout moment des propositions sur des bases réelles (par exemple, proposer une augmentation du capital, la fermeture d'une filiale, ..., etc.). Il doit également être en mesure d'orienter les créanciers sur les solutions proposées ainsi que sur les possibilités d'évolution de leurs négociations, notamment, l'intérêt de choisir une simple constatation de l'accord ou de l'homologation. Le conciliateur n'a aucun pouvoir coercitif vis-à-vis des créanciers, il doit tout simplement chercher à les convaincre en leur clarifiant le mieux possible les propositions sur lesquelles ils vont s'engager.

Par ailleurs, pour assurer le bon déroulement d'une procédure de conciliation, le législateur de 2005 a jugé nécessaire que le président du tribunal puisse garantir le suivi de cette procédure. De ce fait, le conciliateur a l'obligation de rendre compte au président du tribunal de l'état d'avancement de sa mission et de formuler toutes observations utiles sur les diligences du débiteur⁹⁷⁴.

4°. Des moyens facilitant le déroulement de la conciliation sont mis en place

328. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a supprimé la possibilité d'ordonner une suspension provisoire des poursuites, pendant la durée des négociations, qui était accordée au débiteur sous l'ancienne législation. Elle a mis en place un système pouvant produire des effets en parties comparables. En effet, selon les dispositions de l'article L.611-7 du Code de commerce, alinéa 5, si le débiteur est poursuivi par un créancier, il peut obtenir du juge l'octroi de délais de paiements sur le fondement de l'article 1244-1 à 1244-3 du Code civil. Cependant, afin d'éviter les ambiguïtés qui peuvent compliquer cette mesure. L'ordonnance du 18 décembre 2008 apporte une clarification à cette disposition, En effet, le débiteur peut demander l'octroi du délai de paiement s'il fait l'objet d'une simple mise en demeure par l'un des créanciers⁹⁷⁵. Il n'est plus question d'attendre une assignation pour réagir. De ce fait, le

⁹⁷⁴ C.com., art.L.611-7, al.4.

⁹⁷⁵ C.com., art. L.611-7, al.5, ord. n°2008-1345 du 18 déc.2008, art.4.

débiteur bénéficie d'un moratoire lui permettant de négocier avec ses créanciers tout en étant dans une situation « confortable ».

Le débiteur peut également obtenir, de la part des administrations financières, des organismes de sécurité sociale, des institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351- 3 et suivants du Code de travail et les institutions régies par le livre IX du Code de sécurité sociales, des remises de dettes dans les conditions fixées par l'article L. 626-6 du Code de commerce⁹⁷⁶.

Cette disposition constitue une véritable révolution pour ces organismes institutionnels qui ne sont guère habitués à être traités selon les règles du droit commun. Le débiteur profite donc d'une réduction des dettes, ce qui lui permet tout au moins de conserver ses chances de redresser sa situation financière grâce à ces sacrifices. De même, comme elle est venue le préciser la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008⁹⁷⁷, le débiteur peut aussi obtenir de ses créanciers publics, des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou l'abandon de ces sûretés dans les mêmes conditions fixées par l'article L.626-6 du Code de commerce.

5°. Le débiteur a le choix entre la constatation ou l'homologation de l'accord

329. Sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1984 modifiée par la loi du 10 juin 1994, dans le cadre du règlement amiable, seul l'accord conclu avec tous les créanciers était homologué par le président du tribunal et déposé au greffe. L'homologation de l'accord conclu avec les principaux créanciers était facultative⁹⁷⁸. Avec la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, le débiteur a le choix de demander, soit une constatation de l'accord de conciliation, sans formalité de publicité, soit son homologation⁹⁷⁹, suivie d'une publicité, mais ayant pour effet, une sécurisation juridique.

330. Dans le cas d'un constat, l'accord rédigé entre le débiteur et ses créanciers est constaté par le président du tribunal dans une décision qui lui donne force exécutoire. Autrement dit, par l'effet de cette force exécutoire, le débiteur si besoin, aura le moyen de faire exécuter l'accord, par exemple lorsque l'un des créanciers a fait des promesses de financement.

⁹⁷⁶ C.com., art. L.611-7, al.3.

⁹⁷⁷ Loi. n°2008-776 du 4 août. 2008, JO 5 août.2008.

⁹⁷⁸ C.com, art. L.611-4, ancien.

⁹⁷⁹ C.com., art. L.611-8.

Cependant, si le président constate que l'accord est déséquilibré ou préjudiciable pour l'une des parties, notamment en cas de fraude, il ne peut refuser de lui donner force exécutoire, mais se réserve le droit d'inviter les parties à revoir l'accord.

Toutefois, afin de responsabiliser le débiteur, ce dernier doit faire une déclaration certifiée attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements au moment de la conclusion de l'accord de conciliation, ou celui-ci y met fin⁹⁸⁰. Cette formalité permet de limiter les risques des nullités des actes passés pendant la période suspecte, s'il s'avérait ultérieurement qu'il était en cessation des paiements lors de la signature de l'accord.

En outre, afin de garantir un maximum de sécurité à l'égard du débiteur, la décision de constatation de l'accord n'est pas soumise à publication, elle doit rester confidentielle. Elle n'est pas non plus susceptible de recours. Elle met donc fin à la procédure de conciliation.

Les effets résultant de la constatation de l'accord de conciliation étaient sous le régime de la loi de sauvegarde limités à deux intérêts:

- le constat de l'accord lui donne une force exécutoire;
- le constat de l'accord permet de conserver la confidentialité de la procédure de conciliation⁹⁸¹.

Avec l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, l'accord constaté pourra désormais bénéficier des mêmes avantages qu'un accord homologué. En effet, le constat de l'accord « interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet »⁹⁸².

331. Dans le cas d'homologation de l'accord, rappelons que le débiteur a le choix de la décider seul. Cette dernière, étant donné qu'elle est rendue par jugement avec publicité, ne peut lui être imposée. La volonté législative ayant pour finalité de le considérer comme étant le maître de la procédure de conciliation.

L'homologation de l'accord bénéficie amplement au débiteur. Elle lui permet avant tout de sortir de l'état de cessation des paiements s'il y était, et d'assurer une poursuite des ses d'activités.

En outre, la lecture de l'article L.611-10-1⁹⁸³ fait ressortir que l'homologation de l'accord interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir des créances qui

⁹⁸⁰ C.com., art. L.611-8.

⁹⁸¹ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°51, p.73.

⁹⁸² C.com., art. L.611-10-1, rédc. Ord. du 18 décembre 2008, art. 7.

⁹⁸³ Créé par l'ordonnance n° 2008- 1345 du 18 décembre 2008, art. 7.

en font l'objet. Le texte prévoit également que l'accord homologué a pour effet d'interrompre pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées dans l'accord.

L'homologation est intéressante également, dans la mesure où elle permet au débiteur de bénéficier d'apport d'argent pour financer une partie de l'activité de son entreprise. En effet, il s'agit du privilège de conciliation prévu par l'article L.611-11 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Ce privilège permet au débiteur de bénéficier d'un apport en trésorerie ou d'un service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité. Cet avantage financier ne peut être accordé qu'en cas d'homologation de l'accord, en raison de la nécessité d'une mesure de publicité et éventuellement d'un droit de recours.

Toutefois, si le débiteur n'arrive pas à obtenir l'homologation de l'accord, le jugement l'ayant rejeté n'est pas prononcé en audience publique. Il est adressé aux parties par les soins du greffier⁹⁸⁴ Cette mesure répond au souci de préserver l'image et la réputation du débiteur. En revanche, le jugement prononçant le rejet de l'homologation est susceptible d'appel⁹⁸⁵. Les modalités d'appel sont précisées par l'article 9 du décret n°2009-160 du 12 février 2009.

332. Les premières statistiques pour les quatre tribunaux de la région parisienne, confirmaient le choix de la constatation lié en partie à son caractère confidentiel⁹⁸⁶. Néanmoins, depuis la mise en vigueur des réformes apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008, les débiteurs optent de plus en plus pour l'homologation⁹⁸⁷.

6°. La levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques pour le débiteur.

333. Afin de faciliter la poursuite de la vie professionnelle du débiteur, ayant conclu un accord homologué, ce dernier bénéficie de la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques. En effet, l'accord homologué entraîne de plein droit la levée de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L.131-73 du Code monétaire et financier, mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation⁹⁸⁸. Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à

⁹⁸⁴ C.com., art. R.611-43.

⁹⁸⁵ C.com. art. L. 611-10, al. 2.

⁹⁸⁶ Lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, www.oecd.ccip.fr, févr. 2007, p.10.

⁹⁸⁷ A.LIENHARD, *Procédures collectives : prévention et conciliation, sauvegarde, sauvegarde financière accélérée, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, sanctions, procédure*, Editions Delmas, 4^{ème} éd., n°22.16, p.58.

⁹⁸⁸ C.com. art. L. 611-10- 2, al.2.

responsabilité limitée, cette interdiction est levée sur les comptes afférents au patrimoine visé par la procédure⁹⁸⁹. Cette mesure a pour effet d'accorder au débiteur la possibilité de gérer son entreprise tout en étant dans une situation confortable.

B. L'intérêt de la conciliation pour les créanciers

334. L'intérêt de la conciliation pour les créanciers est aussi important, le but étant de d'inciter ces derniers à participer à l'élaboration d'un accord amiable, afin d'éviter les lourdes conséquences des procédures collectives, avec la garantie de leur assurer des négociations sécurisées et avantageuses. De ce fait, la loi accorde aux créanciers le choix de s'engager dans une procédure de conciliation. Un créancier peut agir comme il l'entend : accepter de participer à l'élaboration d'accord de conciliation ou refuser, il peut même limiter son acceptation à une partie seulement de sa créance. Cependant, lorsqu'il décide d'y participer, il y a des intérêts importants :

- Le créancier est libre d'engager des poursuites pendant la procédure de conciliation;
- il bénéficie d'un privilège de conciliation;
- il est à l'abri de la nullité des actes passés pendant la période suspecte;
- il est garanti contre les actions en soutien abusif;
- ses droits sont garantis en cas de résolution de l'accord de conciliation.

1°. Les créanciers peuvent engager des poursuites pendant la procédure de conciliation

335. La procédure de conciliation n'est plus de nature à défavoriser les créanciers dès lors que, pendant les négociations d'un accord, la suspension provisoire des poursuites en vue d'obtenir le paiement des créances a été supprimée. Une telle procédure était pénalisante pour les créanciers et constituait un obstacle au bon fonctionnement de la procédure de l'ancien règlement amiable, sous l'empire de l'ancienne législation. En outre, cette mesure était incompatible avec l'esprit de la conciliation et constituait surtout une caractéristique d'une procédure collective.

Aujourd'hui, avec la nouvelle loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 sont absentes de la procédure de conciliation, les règles d'interdiction des poursuites individuelles et des voies d'exécution. Même si elles restent très peu utilisées en pratique, le choix de poursuivre ou non le débiteur est de nature à encourager les créanciers à participer à la collaboration en

⁹⁸⁹ C.com., art. L.611-10-2, modifié par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, art. 2.

connaissance de cause⁹⁹⁰. Ces derniers négocient librement dans la procédure de conciliation les sacrifices qu'ils souhaitent consentir, notamment les remises de dettes. Certes, ils ne peuvent être contraints à les accorder au débiteur. Mais en pratique, au moins les créanciers bancaires n'auront d'autres choix que de les accepter, afin d'éviter des délais trop longs.

De même il y a possibilité d'inscrire des sûretés pour garantir le paiement des créances incluses dans l'accord⁹⁹¹.

Enfin, les créanciers sont également libres d'accepter ou de refuser les propositions du débiteur pendant les négociations; libres aussi d'écarter l'uniformité et de proportionner leur efforts.

2°. Les créanciers bénéficient du privilège de la conciliation

336. Institué par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et ensuite modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008, le privilège de la conciliation ou de « l'argent frais » est accordé aux personnes ayant consenti dans l'accord homologué par le tribunal, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité. Le législateur, avec ce privilège, a voulu apporter aux créanciers une sécurité juridique.

Ainsi, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti dans l'accord homologué un nouvel apport en trésorerie au débiteur, en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L.622-17 et au II de l'article L.641-13⁹⁹².

Ce privilège est également accordé aux personnes ayant fourni, dans l'accord de conciliation homologué, un nouveau bien ou service. Ils bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service, dès lors que les nouveaux biens ou services sont destinés à assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité⁹⁹³.

Il résulte de ces dispositions que « les créanciers de la procédure de conciliation » primeront les créanciers de la procédure de redressement ou de la liquidation judiciaire. L'objectif du législateur est d'offrir un cadre juridique attractif et sécurisant aux créanciers. Ainsi, ceux qui ont soutenu le débiteur pendant les moments difficiles seront récompensés pour leurs efforts.

⁹⁹⁰ C.SAINT-ALARY-HOUIN « La procédure de conciliation » *Rev. proc. coll.* 2006/ 2, p. 169 s.sp.p. 170, n° 6 et 21.

⁹⁹¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd, 2009, n°327.

⁹⁹² C.com. art. L.611-11, al.1, mod par ord n° 2008-1345 du 18 déc. 2008, art, 8.

⁹⁹³ C.com., art. L.611-11, mod par ord n° 2008- 1345 du 18 déc. 2008, art, 8.

Toutefois, afin de limiter cet avantage aux créanciers du débiteur, le législateur exclut les associés ou actionnaires ayant consentis des apports pendant l'augmentation du capital⁹⁹⁴. Cette limitation se justifie selon nous, car les actionnaires sont considérés comme les propriétaires de la société, le moindre effort serait d'apporter des fonds pour redresser la situation de leur entreprise.

Une précision importante a été ajoutée, celle relative au moment où cet effort a été consenti. Le législateur tient à préciser que, ce privilège n'est pas assurée aux créanciers ayant apporté leur aide au débiteur avant l'ouverture de la procédure de conciliation⁹⁹⁵. Le but étant d'éviter qu'un créancier antérieur puisse obtenir le remboursement d'une dette antérieure dans des conditions plus onéreuses⁹⁹⁶.

Notons toutefois que ce privilège sera accordé aux créanciers après les salaires et les frais de justice.

3°. Les créanciers sont à l'abri de la nullité des actes passés pendant la période suspecte

337. Sous l'ancien règlement amiable, les actes accomplis par les parties dans le cadre d'un accord amiable homologué pouvaient tomber sous le coup des nullités des actes passés pendant la période suspecte, dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective ultérieure. Un doute et une certaine insécurité subsistaient. Ce qui n'est plus le cas avec la nouvelle procédure de conciliation.

En effet, dans le but de sécuriser les créanciers signataires, le nouvel article L.631-8 du Code de commerce prévoit l'interdiction de reporter la date de cessation de paiements du débiteur à une date antérieure à la décision définitive d'homologation, sauf cas de fraude. Cette nouvelle règle permet aux créanciers de collaborer avec le débiteur en toute sécurité⁹⁹⁷.

Sans le dire expressément, la loi confère l'autorité de la chose jugée au jugement d'homologation quant à la date de cessation des paiements⁹⁹⁸.

4°. Disparition de la sanction pour soutien abusif

338. De surcroît, la réforme a posé le principe de non responsabilité pour soutien abusif, sauf exception, des créanciers qui ont consenti un concours financier en cas d'ouverture d'une

⁹⁹⁴ A.LIENHARD., *op.cit.*, n° 22.37, p. 66 ; J.P.SORTAIS, *Entreprises en difficulté- les mécanismes d'alerte et de conciliation.*, éd. n°65, p.89.

⁹⁹⁵ C.com., art. L.611-11, al.3.

⁹⁹⁶ A. LIENHARD., *op.cit.*, n 22.37, p. 66.

⁹⁹⁷ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°66.p.89 ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 5^{ème} éd, 2007, n°89, p.53. Ph.ROUSSEL GALLE, *op.cit.*, n°216, p.112.

⁹⁹⁸ A. LIENHARD, *op.cit.*, n°22.23, p.64; J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°66.p.90.

procédure collective. Cette disposition prévue par l'article L.650-1 du Code de commerce concerne les crédits accordés dans le cadre d'un accord homologué. Elle a pour but d'éviter des actions en responsabilité civile engagées à l'encontre des établissements financiers sur le fondement d'un soutien abusif, notamment si le débiteur est en cessation des paiements. L'objectif de la garantie contre les actions en soutien abusif est alors d'encourager les partenaires de l'entreprise et de les inciter à participer à son redressement au lieu de les repousser. Cette protection juridique accordée aux créanciers permet la réussite de la conciliation⁹⁹⁹.

5°. Les créanciers bénéficient de garanties en cas de résolution de l'accord

339. L'exécution de l'accord de conciliation pose la question des garanties dont il peut être assorti, notamment les sûretés réelles. Cependant, en cas d'inexécution, la résolution de l'accord est prononcée et cette dernière entraîne les effets classiques conformément au principe de rétroactivité inhérents à la résolution. Le tribunal (en cas d'accord homologué) ou le président du tribunal (en cas d'accord constaté) qui décide la résolution de l'accord peut prononcer la déchéance de tous délais de paiements consentis conformément aux dispositions de l'alinéa 5 de l'article L.611-7 du Code de commerce, c'est-à-dire les délais de grâce de l'article 1244- 1 du code civil¹⁰⁰⁰. Autrement-dit, les sacrifices accordés par les créanciers sont effacés et les paiements qu'ils ont pu retirer de l'exécution de l'accord, leur demeurent acquis. Ce qui devrait les encourager à participer à une procédure de conciliation¹⁰⁰¹.

340. En définitive, les réformes apportées aux procédures de prévention par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 sont intéressantes, car elles visent l'éradication des difficultés dès qu'elles apparaissent.

Quand aux réformes visant la conciliation, elles favorisent la conclusion d'un accord de conciliation en offrant une sécurisation accrue aux parties.

Le législateur marocain propose également un projet de réforme de la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996, instituant le Code de commerce, notamment son livre V relatif au traitement des difficultés des entreprises. Toutefois, étant donné que notre étude est consacrée uniquement aux mesures préventives, nous nous intéresserons qu'aux réformes visant la modification de la prévention et du règlement amiable.

⁹⁹⁹ F.X.LUCAS, *op.cit.*, p. 22.

¹⁰⁰⁰ C.com., art.L.611-10-3, crée par ord n°2008-1345 du 18 déc. 2008, art. 7, al. 3.

¹⁰⁰¹ J.P.SORTAIS, *op.cit.*, n°69, p.95.

Chapitre 2. Présentation du projet de loi visant la réforme des procédures de prévention et du règlement amiable en droit marocain et réflexions pour leur efficacité et leur adaptation à la réalité des entreprises

341. La loi n°15-95 du 1^{er} août 1996 a introduit des mesures préventives ayant pour objectif de limiter les défaillances des entreprises et les conséquences qui en découlent. Cependant, depuis son entrée en vigueur, elle a fait l'objet de plusieurs critiques aussi bien de la part des professionnels du droit que de la part des chefs d'entreprises concernés, car cet objectif n'est pas atteint.

Partant de ce constat, le ministère de la justice marocain, en collaboration avec l'Agence Américaine pour le développement économique (USAID) a entamé une réflexion visant l'amendement du Livre V du Code de Commerce, régissant le traitement des difficultés des entreprises. Cette réforme a été initiée dans le cadre du projet de modernisation de la législation commerciale et du système judiciaire marocain, réalisé par le cocontractant Financial Markets International (FMI). L'élaboration de ce projet de loi s'est appuyé sur un rapport (le rapport Kelly réalisé par l'USAID) préconisant certaines recommandations pour la modification de quelques articles du livre V du Code de commerce¹⁰⁰², sur les débats avec les praticiens. La position de la doctrine dominante en droit des procédures collectives, ayant proposé quelques recommandations pour la précision des certaines mesures; a marqué également les rédacteurs du projet. Ils ont retenu aussi des solutions proposées par certains magistrats des juridictions commerciales¹⁰⁰³, ayant permis de dégager des recommandations pratiques. Le point de vue de la Cour suprême est également très important en termes de recommandations proposées pour la réforme du droit des procédures collectives.

L'objectif des rédacteurs du projet de loi n°46-09 est plus particulièrement l'amélioration du climat des affaires au Maroc, notamment par l'allègement et la simplification des procédures, afin de les rendre plus faciles à utiliser par les praticiens.

Or, nous avons remarqué que le projet de loi définitif n'a pas retenu l'ensemble des recommandations proposées par les organes concernées, il s'est contenté de maintenir des modifications se rapportant essentiellement à la procédure du règlement amiable et au redressement judiciaire, en insistant particulièrement sur la protection des créanciers. Les autres suggestions de réforme, seront abandonnées. Le projet de réforme de la loi n°15-96 du

¹⁰⁰² USAID et Ministère de la justice « Bilan de 8 ans d'application de la nouvelle législation des procédures collectives au Maroc » Act. coll. 8 et 9 avril 2005 à Rabat www.usaid.gov.ma .

¹⁰⁰³ A.TRID, Président du tribunal de commerce de Meknès, « Notes sur les difficultés juridiques et pratiques de l'application de la procédure des difficultés de l'entreprise », in Rapport USAID, « Recommandation pour la réforme du livre V du Code de commerce », WWW.usaid.gov , avr.2007, p.21.

1^{er} août 1996, vise quelques modifications de forme relative uniquement à la procédure du règlement amiable (**section 1**). Or, nous pensons qu'il est aujourd'hui primordial de s'attaquer à une refonte globale du dispositif préventif marocain, afin de l'adapter à la réalité des entreprises marocaines (**Section 2**).

Section 1. Le projet de loi visant la réforme des procédures de prévention et du règlement amiable

342. Les rédacteurs du projet de loi ont proposés des réformes visant, particulièrement la modification de certaines dispositions relatives au règlement amiable. Il s'agit au total de remaniement touchant quatre articles du Code de commerce¹⁰⁰⁴.

En effet, nous remarquons que le projet de loi ne s'est pas intéressé aux procédures d'alerte interne et externe. Pourtant des recommandations importantes ont été proposées par l'USAID en collaboration avec le ministère de la justice, mais n'ont pas été retenues¹⁰⁰⁵.

La lecture du projet laisse penser que toute l'attention a été accordée à la procédure du règlement amiable. L'accent étant mis tout particulièrement sur la nécessité de modifier cette mesure amiable, en proposant l'apport ou la précision de certaines dispositions. Le règlement amiable, selon les praticiens et la doctrine marocaine, a besoin d'être structuré et précisé¹⁰⁰⁶. Son manque de clarté a pour conséquence de retarder la sauvegarde des entreprises viables, incitant de ce fait les parties et les juges à recourir systématiquement au redressement judiciaire, voire à la liquidation. C'est pourquoi, les rédacteurs du projet de loi ont souhaité maintenir le principe du règlement amiable tout en apportant des mesures nouvelles permettant au débiteur d'en privilégier l'usage plutôt que l'ouverture des procédures collectives. Le but étant de faciliter la mise en œuvre et l'application de la procédure du règlement amiable.

343. La première modification proposée concerne les critères permettant aux dirigeants d'entreprises de bénéficier de l'ouverture d'une procédure de règlement amiable. En effet, le projet de loi s'aligne sur une demande du secteur privé en matière de définition de la nature des difficultés permettant l'ouverture d'une procédure de règlement amiable. Ainsi les rédacteurs du projet proposent d'inclure également des difficultés d'ordre social, notamment celles relatives aux problèmes entre l'employeur et les salariés, ou celles naissant à la suite de désaccords entre les associés. En effet, aujourd'hui, les critères devant être retenues et

¹⁰⁰⁴ Les articles du Code de commerce visés par la réforme sont : l'article 550, 552, 553 et l'article 559.

¹⁰⁰⁵ V. Rapport USAID « Proposition d'amendement du livre V du Code de commerce », avr.2007, accessible sur WWW.usaid.gov.

¹⁰⁰⁶ Ibid

permettant l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, conformément aux dispositions de l'article 550 du Code de commerce, sont d'ordre juridique, économique et financier. Pourtant, les conflits entre un employeur et ses salariés peuvent conduire une entreprise à l'arrêt de son exploitation, s'ils ne sont pas réglés à temps. Prenons à titre d'exemple les grèves répétitives, le manque d'effectif, ou bien un nombre d'effectif disproportionné par rapport aux besoins de l'entreprise, problème de communication interne, ..., etc.

En outre, le projet propose également d'élargir les critères d'ouverture de la procédure de règlement amiable aux conflits entre associés. En effet, un désaccord entre les associés dans une société peut entraîner sa dissolution.

Nous pensons que cette initiative est proche de la pratique. D'ailleurs, il importe ici de mentionner que certains tribunaux de commerce ont adopté une conception plus large de la nature des difficultés. C'est effectivement le cas du tribunal de commerce de Meknès, ayant autorisé l'ouverture d'une procédure de règlement amiable aux conflits entre associés, concernant la gestion de la société, dans le but d'élargir le champ d'application du règlement amiable.

Nous saluons l'initiative des rédacteurs du projet, visant à élargir les critères permettant l'ouverture de la procédure de règlement amiable à toutes les entreprises connaissant des difficultés de toute nature, susceptibles de les conduire à l'arrêt de leur exploitation, à condition toutefois de ne pas être en cessation des paiements.

Cependant, selon certains praticiens, notamment le président du tribunal de commerce de Marrakech, l'élargissement des critères permettant l'ouverture de la procédure de règlement amiable, pourrait conduire à une difficulté d'ordre pratique, si elle n'est pas suivie de précision pour sa mise en œuvre. En effet, cette question a été soulevée dans la pratique, le problème de la formulation de l'ordonnance du président du tribunal en cas d'échec de la procédure de règlement amiable. En effet, la question posée est de savoir s'il faut renvoyer le dossier au tribunal pour l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire s'il s'avère que l'entreprise est en cessation des paiements ou classer le dossier ? Dans ce cas d'espèce, il ne s'agit pas de difficultés financières mais d'un conflit entre associés pouvant entraîner la disparition de la société. Selon ce praticien, la solution serait le classement du dossier¹⁰⁰⁷.

344. Par ailleurs, les amendements proposés en vue de modifier ce même article 550 du Code de commerce apportent également des clarifications sur des détails qui font défaut dans

¹⁰⁰⁷ M.SABIR, « Difficultés pratiques de l'application pratique du livre V du Code de commerce », in Rapport USAID « Recommandation pour la réforme du livre V du Code de commerce », avr . 2007, p. 22, accessible sur WWW.usaid.gov.

le dispositif légal actuel, notamment ceux relatifs aux conditions d'ouverture d'une procédure de règlement amiable, à savoir la forme de la demande. Dans ce sens, le projet précise que la demande du débiteur doit être formulée par le chef d'entreprise. Elle doit, de plus, être écrite, signée et déposée au tribunal par ce dernier ou par l'intermédiaire de son avocat. Ce qui constitue là aussi une nouveauté.

En revanche, les dispositions de l'article 550 projeté ne précisent pas les documents devant être apportés au moment de la demande d'ouverture de la procédure. Cela implique que le chef d'entreprise doit fournir l'ensemble des documents comptables et financiers afin d'appuyer sa demande.

Le projet de loi ne prévoit pas si le chef d'entreprise devant apporter la liste de l'ensemble de ses créanciers. Cette proposition a été formulée par l'USAID dans le cadre des recommandations pour l'amélioration du livre V du Code de commerce, mais elle n'a pas été retenue¹⁰⁰⁸. Pourtant elle pourrait avoir pour but de vérifier la situation financière de l'entreprise et la bonne ou la mauvaise foi du chef d'entreprise. Elle permettrait également au président du tribunal d'évaluer les chances de la signature d'un accord amiable, en prenant en considération le nombre et l'importance des créanciers qui seront appelés aux négociations et d'apprécier de manière objective la situation de l'entreprise.

Nous pensons que les rédacteurs du projet de loi n'encouragent pas la pratique du règlement amiable par les dirigeants d'entreprises. En effet, le projet ne fait pas allusion à la possibilité d'un recours en cas de rejet de la demande du chef d'entreprise, pourtant cette option permettrait au président du tribunal de vérifier la bonne ou la mauvaise foi du chef d'entreprise.

345. Toutefois, afin d'approfondir l'information du président du tribunal, il est prévu que ce dernier puisse désigner un ou plusieurs experts chargé de l'examen de la situation de l'entreprise. Il est mentionné, en outre, dans le projet modifiant l'article 552 du Code de commerce actuel, que la mission de l'expert doit englober l'audit de l'entreprise en vue d'analyser ses problèmes financiers et d'étudier ses capacités de redressement. Il convient de noter que, pour les entreprises de taille importante, l'audit d'un expert externe, sera mis à contribution pour fournir une documentation exacte sur l'état financier, économique et social de l'entreprise. Cette disposition, si elle est adoptée, permettrait d'apprécier la situation financière de l'entreprise de manière précise. Ce n'est qu'après une information complète que le président du tribunal procédera à la désignation d'un conciliateur.

¹⁰⁰⁸ *Rapp. Précité*, USAID, p. 17.

Concernant le conciliateur et compte tenu du souci de quelques éléments relatif à sa désignation ainsi qu'à sa récusation, les rédacteurs du projet proposent de faire application de la procédure civile.

En outre, l'amendement prévu pour l'article 553 du Code de commerce fait référence à la compétence du conciliateur. Cet article projeté prévoit qu'il serait pris en considération lors de la désignation du conciliateur sa connaissance de l'activité de l'entreprise. Autrement dit, des expériences en matière de conciliation ce dernier doit avoir des connaissances relatives à l'activité de l'entreprise ainsi que sa gestion. Cette proposition est importante dans la mesure où le redressement des entreprises pourrait être mieux encadré avec des personnes qui maîtrisent bien la situation de l'entreprise.

En revanche, le projet n'a pas apporté des précisions sur le statut du conciliateur, sur sa rémunération, ni sur la nature de sa mission dans la procédure du règlement amiable.

Or, comme nous l'avons constaté, en droit français, le législateur a bien insisté sur la précision du statut du conciliateur, dont le but est de consacrer son autonomie dans le cadre de la procédure de conciliation et de renforcer son indépendance et sa neutralité vis-à-vis du chef d'entreprise ainsi que des créanciers.

Il aurait été préférable que ces derniers précisent au moins les incompatibilités relatives à la mission d'un conciliateur.

Le projet de loi n'a pas clarifié non plus, les modalités de la rémunération du conciliateur, pourtant cette lacune peut donner lieu d'éventuels excès, voire un désaccord entre les parties pouvant conduire à l'échec de la procédure du règlement amiable.

346. Enfin, dans la perspective de maintenir le principe de confidentialité du déroulement de la procédure du règlement amiable, le projet de réforme visant l'amendement de l'article 559 du Code de commerce actuel, propose qu'en dehors de l'autorité judiciaire à qui l'accord et le rapport d'expertise peuvent être communiqué, l'accord du règlement amiable ne peut être communiqué qu'aux parties signataires et leurs avocats, et le rapport d'expertise qu'au chef d'entreprise et son avocat.

Remarquons que le projet de réforme insiste sur l'assistance d'un avocat dans la procédure du règlement amiable. La raison en est que les chefs d'entreprises, ne sont pas tous suffisamment informés sur les modalités du déroulement la procédure de règlement amiable.

347. Finalement, les propositions de réformes formulées dans le projet de loi devraient permettre d'assurer aux dirigeants des entreprises les conditions propices aux négociations dans le cadre du règlement amiable, dès lors qu'elles seront encadrées par le président du tribunal. Néanmoins, nous pensons que ce projet de réforme s'est contenté de reproduire le

texte existant ne modifiant seulement que quelques éléments de procédure, alors qu'une modification de fond aurait été souhaitable. Il s'est également limité à retoucher quelques éléments de forme, en laissant de côté les imprécisions relatives au déroulement des négociations et à l'exécution de l'accord amiable entravant l'application de la procédure du règlement amiable.

Néanmoins, dans l'espoir d'une réforme complète, nous proposons quelques réflexions pour une meilleure efficacité de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises en droit marocain.

Section 2. Réflexions pour une meilleure efficacité de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises

348. L'analyse comparative des dispositifs préventifs marocain et français nous a permis de faire le point sur les éléments de ressemblances et de divergences entre les deux législations. En outre, l'enquête que nous avons menée sur la pratique de la prévention et du règlement amiable résultant des dispositions de la loi n°15-96 du 1^{er} août 1996, montre le peu de recours à ces mécanismes préventifs par les dirigeants d'entreprises, par les organes d'alerte, ainsi que par les tribunaux de commerce.

C'est ce qui nous a permis de réfléchir sur les solutions permettant le recours à la prévention et au règlement amiable.

En ce sens, nous pensons que l'adoption d'une procédure de sauvegarde et une procédure de liquidation, en substitution du dispositif légal actuel, paraît difficilement envisageable, sauf si l'on change radicalement le régime marocain des procédures collectives. Or, cela s'avérerait difficile dans le contexte, économique et politique actuel.

Nous pensons également qu'il ne serait pas adéquat, comme par le passé, de transcrire intégralement la loi française de sauvegarde du 26 juillet 2005, car les entreprises marocaines ne sont pas encore familiarisées avec les mécanismes de prévention et du règlement amiable actuels.

En revanche, l'on peut envisager de modifier profondément le dispositif légal actuel, sans écarter la possibilité de s'inspirer du droit français des entreprises en difficulté, en reprenant les méthodes, parfois les solutions, lorsqu'elles sont appropriées à la situation des entreprises marocaines, car on ne peut pas nier l'influence du droit français sur le droit marocain, qui est certainement liée à l'histoire politique des deux pays.

Dans cette perspective, nous proposons quelques éléments de réflexion qui pourraient être étudiés dans la démarche que nous préconisons. Notons tout d'abord que les mécanismes de

prévention interne doivent être précisés et adaptés au contexte social, économique et culturel des entreprises afin de les rendre plus attractifs (§1), ceux de la prévention externe doivent être précisés et renforcés afin d'encourager l'intervention du président du tribunal et d'instaurer une vraie culture de la prévention au sein des tribunaux de commerce (§2). Le règlement amiable, dernière opportunité de sauvegarde des entreprises accordée aux chefs d'entreprises, doit être aussi précisé, accessible et sécurisant. Il doit également permettre de maintenir un équilibre entre les intérêts des chefs d'entreprises et ceux de ses créanciers (§3).

§1. Précision et adaptation des procédures de la prévention interne à la réalité des entreprises

349. L'objectif de la prévention est la sauvegarde des entreprises viables et le maintien de l'emploi. Il ne doit pas être abandonné mais poursuivi en adaptant les règles juridiques à la réalité économique, financière, sociale et culturelle des entreprises au Maroc. La question de la prévention des difficultés des entreprises ne peut être abordée indépendamment du contexte général dans lequel évoluent les entreprises marocaines : mode de gestion et de financement des entreprises (A). Il est aussi une nécessité d'informer les chefs d'entreprises sur les mesures préventives mises en place par la loi, afin de les sensibiliser sur leur importance et leur mise en œuvre suffisamment tôt (B). De même, la place et le rôle des organes censés déclencher une procédure d'alerte, dès que les signes de difficultés sont visibles, doivent être précisés afin de rendre leur intervention aisée (C).

A. Adaptation de la loi au contexte économique, financier et social des entreprises

350. La mise en œuvre du dispositif légal n'a pas su concilier les impératifs juridiques avec la réalité économique et sociale des entreprises. En effet, les résultats de l'enquête que nous avons menée montrent un réel décalage entre la loi et les besoins des entreprises marocaines. Prenons à titre d'exemple, les dispositions de l'article 546 du Code de commerce régissant la procédure de prévention interne, à la diligence du commissaire aux comptes. Cette mesure ne peut pas être efficace, car elle n'est pas adaptée à la réalité des entreprises. En effet, si l'on se réfère aux sociétés marocaines ayant un commissaire aux comptes, nous remarquons que leur nombre est relativement réduit et se limite essentiellement aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite par actions qui sont, de par la loi obligées de le désigner. En revanche, les autres formes de sociétés commerciales, les personnes morales de droit privé,

les sociétés civiles, les coopératives,..., etc., sont plus exposées aux difficultés, notamment celles relatives à leur gestion économique et financière et ne disposent pas souvent de moyens pour les appréhender.

A l'heure actuelle, le Maroc est entré dans une phase de développement économique qui ne permet plus aux entreprises d'ignorer les mécanismes de prévention. Il serait donc souhaitable de généraliser la désignation du commissariat aux comptes à toutes les entreprises et personnes morales, dans la mesure où leur importance économique en justifie la présence. Celui-ci serait amené à appliquer la procédure d'alerte dans ces groupements dès que les critères de déclenchement apparaissent.

351. De plus, notons que, la notion de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, critère retenu pour le déclenchement de l'alerte, tel qu'elle est énoncée par l'article 546 du Code de commerce, est loin de la réalité quotidienne des entreprises marocaines. L'expression, « *faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise* » est générale et imprécise pour les dirigeants d'entreprises. Selon certains dirigeants interrogés, les faits dont parle le texte sont vécus en permanence par les entreprises n'ayant pas les moyens de les maîtriser ou tout au moins de les prévenir. C'est le cas par exemple de la perte d'un marché important, les conséquences de la crise économique, les difficultés de recouvrement des créances,..., etc. Une bonne prévention suppose l'existence d'indicateurs pertinents de détection précoce des difficultés des entreprises. Il serait souhaitable de prévoir des mesures de gestion prévisionnelle à l'exemple du droit français. L'information prévisionnelle ayant été instituée par la loi du 1^{er} mars 1984¹⁰⁰⁹ et maintenue par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, l'ayant même élargi aux personnes morales de droit privé non commerçantes¹⁰¹⁰, est un outil de prévention important. En effet, la détection suffisamment tôt des difficultés des entreprises permet l'élaboration de solutions efficaces sur le plan économique et financier. Elle permet aussi de responsabiliser les dirigeants en vue de prendre des mesures en temps utile, afin d'éviter la survenance de la cessation des paiements. Ainsi, nous suggérons l'instauration d'une obligation d'effectuer un compte d'exploitation prévisionnelle sur les trois années à venir, et une précision de trésorerie à six mois¹⁰¹¹. Cette mesure, si elle est adoptée, devrait permettre aux chefs d'entreprises de mieux maîtriser leur gestion financière et anticiper sur les éventuelles difficultés.

¹⁰⁰⁹ Loi n°84-184 du 1^{er} mars 1984, art. 30.

¹⁰¹⁰ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, C.com., art. L.612-2.

¹⁰¹¹ Cette suggestion nous a été faite par l'un des chefs d'entreprise que nous avons interrogé.

Toutefois, la prévention par une gestion prévisionnelle ne pourrait pas être obligatoire pour les petites et moyennes entreprises, car cette mesure nécessite des moyens financiers considérables et des compétences spécifiques. Cependant, elle peut s'avérer très utile, en particulier pour les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, réalisant un chiffre d'affaires important. En effet, même si le coût de cette gestion prévisionnelle peut paraître élevé, elle peut faciliter la mise en œuvre des mécanismes de prévention à temps, et pourrait se révéler moins élevé que les coûts que résulterait l'ouverture des procédures collectives.

Toutefois, afin de développer une culture et une pratique de la prévention, il convient tout d'abord d'informer et de sensibiliser les dirigeants d'entreprises, sur l'importance de la prévention.

B. Information et sensibilisation des dirigeants d'entreprises sur l'importance de la prévention

352. Rappelons que le dispositif légal actuel est éloigné de la réalité sociale et culturelle des entreprises marocaines. En effet, l'enquête que nous avons effectuée, sur la pratique de la prévention, montre que de telles mesures instaurées par la loi du 1^{er} août 1996 ne sont pas suffisamment connues par les chefs d'entreprises qui en auraient besoin, notamment ceux des petites et moyennes entreprises, ou les confondent généralement avec les procédures de redressement ou de liquidation judiciaire. En outre, pour un grand nombre d'entre eux, lorsqu'ils prennent conscience de leur difficulté, leur situation est déjà dans un état de dégradation qui ne permet plus leur redressement.

Or, les mesures de prévention ne peuvent devenir effectives et efficaces qu'à condition de mettre en place un réseau d'information sur les mécanismes prévus par la loi en tant qu'outils permettant d'appréhender leur difficultés. Les informer également sur l'importance du rôle du commissaire aux comptes et sur la nécessité de collaborer avec lui dans le cadre d'une procédure d'alerte, afin d'éviter la rupture de l'exploitation de leurs entreprises.

Pour les chefs d'entreprises qui ignorent les mécanismes de prévention, nous préconisons le lancement d'une campagne d'information et de sensibilisation à l'échelle nationale, sur le thème de la nécessité de recourir aux mesures de prévention, sous forme de séminaires, dans les greffes des tribunaux de commerce, dans les bureaux des impôts et généralement dans les

lieux les plus fréquentés par les dirigeants d'entreprises¹⁰¹². Cette information doit s'adresser en priorité aux dirigeants de petites et moyennes entreprises qui ne disposent pas forcément d'un conseil juridique et financier.

Cette information peut également s'organiser dans chaque secteur d'activité économique, avec la contribution des chambres de commerce, des organismes patronaux et de divers acteurs économiques qui pourraient servir à la mise en place de réseaux régionaux d'information et de prévention.

De façon générale, tous les acteurs de la vie économique qui détiennent des informations susceptibles d'aider ou d'être utilisées à la prévention des difficultés des entreprises doivent être sensibilisés.

353. En outre, il serait urgent de les informer sur les modes de gestion financière et économique, en vue de passer du stade artisanal au stade industriel (gestion de stock, contrôle de gestion, logistiques,...., etc.)

Rappelons qu'au Maroc, la grande majorité des chefs d'entreprises ne disposent pas d'une formation en gestion financière et comptable qui leur permettrait de développer leurs entreprises. C'est le cas par exemple des entreprises familiales, dont les successeurs sont obligés de garder le patrimoine familial sans avoir aucune connaissance en gestion.

Ces dirigeants auraient besoin d'une formation, même courte leur permettant au moins d'apprendre les bases de la gestion d'une entreprise. Il serait alors indispensable de les conseiller, pour éviter ces difficultés et prendre des mesures préventives internes dans la gestion quotidienne de l'entreprise. Il serait par exemple intéressant de leur indiquer comment faire les déclarations des salariés à la CNSS¹⁰¹³, les déclarations fiscales; on pourrait également leur apprendre à connaître le seuil de la rentabilité, à établir un tableau de bord mensuel, leur indiquer les points essentiels avant de signer un bail commercial,...., etc. Ce sont ces outils de gestion qui manquent généralement aux chefs d'entreprises, provoquant ainsi la liquidation prématurée de leur entreprise.

Ce type de mesures nécessite un changement des mentalités à l'égard de l'entreprise en difficulté; l'accent doit être mis sur la nécessité de sauvegarder l'entreprise en tant qu'entité viable et génératrice d'emplois.

¹⁰¹² Cette proposition a été émise par la chambre de commerce et d'industrie de Paris, dans le cadre d'une réflexion sur la réforme des procédures collectives par Jean. COURTIÈRE « Relancer la réforme des textes sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises- Axes de réflexion préconisé par la CCI P », WWW.ccip.fr, p.22.

¹⁰¹³ Caisse nationale de la sécurité sociale.

C. Précision de l'intervention des organes d'alerte dans la prévention interne

354. Le déclenchement de l'alerte, selon les termes de l'article 546 du Code de commerce, se fait dès que le commissaire aux comptes ou tous associé dans la société constate des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise. Cependant, les dispositions de cet article ne permettent pas à ces organes de bien mener cette alerte, car elles sont imprécises. Il est important de mieux préciser les étapes de la procédure d'alerte, afin de permettre aux commissaires aux comptes ainsi qu'aux associés de mieux intervenir dans la prévention interne.

355. Aussi, importerait-il de préciser le moment où le commissaire aux comptes doit alerter les dirigeants, si non il devra les alerter non seulement sur tous faits relevés lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués, mais aussi sur tout fait dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission. L'objectif n'étant pas de le soumettre à une mission permanente au sein des sociétés qu'il contrôle. Certes, le commissaire aux comptes doit maintenir un équilibre dans le sens où il ne doit pas s'immiscer dans la gestion de la société, mais il y a le risque d'engager sa responsabilité en cas de non déclenchement de procédure d'alerte. Dans ce cas, il serait judicieux de prévoir son immunité lorsqu'il déclenche une alerte inappropriée, pouvant entraîner sa responsabilité civile, ou bien en cas de non déclenchement d'une procédure d'alerte, alors que la situation de l'entreprise l'exigeait.

Nous avons également constaté, d'après les dispositions de l'article 546 du Code de commerce, que le commissaire aux comptes doit informer le chef d'entreprise dans un délai de huit jours à partir du moment de la découverte des faits. Ce délai est court et ne permet pas à ce dernier d'analyser correctement la situation de l'entreprise et prendre une décision objective afin de déclencher une procédure d'alerte. Cette contrainte légale est difficilement respectée dans la pratique¹⁰¹⁴. Nous préconisons donc une simplification de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes. A cette fin, nous pensons qu'aucun délai ne doit lui être imposé dans l'exercice de sa mission d'alerte, car, en la matière ce sont les faits économiques qui commandent¹⁰¹⁵. En outre, en pratique, ce délai ne permet pas une réaction réfléchie. En revanche, avec une meilleure disponibilité de temps, il pourrait mieux organiser

¹⁰¹⁴ Ces problèmes d'ordre pratiques ont été soulevés par certains commissaires aux comptes, lors de notre enquête.

¹⁰¹⁵ P.LE CANNU., *op.cit.*, p.92.

son action d'alerte. En effet, si cela est nécessaire, le commissaire aux comptes organiserait un entretien préalable avant l'officialisation de l'alerte.

Cette démarche permettrait aux commissaires aux comptes et aussi aux dirigeants d'entreprises d'agir en connaissance de cause et de se préparer à trouver d'éventuelles solutions de redressement.

356. Par ailleurs, afin d'encourager l'exercice de la mission d'alerte par les commissaires aux comptes, il serait également souhaitable de leur préciser les étapes de la procédure d'alerte. Dans ce sens, nous pensons qu'il serait utile de s'aligner sur le droit français et transcrire le déroulement de la procédure tel qu'il est précisé par l'article L. 234-1 du Code de commerce français. Il serait donc opportun de prévoir que le commissaire aux comptes informe en premier lieu les organes de direction, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise, ensuite dans un délai de quinze jours, ce dernier doit les inviter à délibérer sur le sujet. Dans le cas où ces derniers ne répondraient pas à sa demande d'explication, le commissaire aux comptes doit informer le président du tribunal à un stade plus avancé dans le cadre de la prévention interne. En pratique, cette information permettrait à ce dernier de trouver des solutions de redressement plus en amont.

Cette mesure est fort attendue par les commissaires aux comptes que nous avons interrogés, car ces derniers soulignent les limites de leur devoir d'alerte en cas d'absence de réponse des dirigeants, alors même que dans les dernières semaines qui précèdent le dépôt de bilan que les passifs s'accumulent. D'où l'importance d'informer le président du tribunal de commerce à l'issue de la deuxième phase de la procédure, et au cas où la continuité de l'exploitation de l'entreprise demeurerait compromise.

357. Quant à l'alerte donnée par les associés, nous avons soulevé, lors de notre étude pratique, ses limites dues en majeure partie à son ignorance par les associés et aussi par les chefs d'entreprises. Cette limite est due également à l'imprécision du texte. Nous avons d'ailleurs noté le silence des rédacteurs du projet sur le rôle des associés dans la prévention des difficultés des entreprises. L'on ne saurait conclure à l'inutilité de cette procédure du simple fait que les associés saisissent rarement le dirigeant de l'entreprise, compte tenu de la relation qui existe entre eux et qui est basée essentiellement sur des intérêts financiers. L'alerte attribuée aux associés peut surtout être source de conflit. On en vient alors à se demander s'il est vraiment utile de confier aux associés une mission spéciale de prévention des difficultés des entreprises, comme si les attributions qui leurs sont confiées par le droit des

sociétés ne suffisaient pas à les informer sur la situation de leur société¹⁰¹⁶. Or, si les associés doutent de la gestion financière de l'entreprise c'est qu'en général cette dernière présente des signes de difficultés apparents.

Nous pensons que le devoir d'alerte attribué aux associés n'est pas adapté à la réalité des entreprises marocaines. Certains dirigeants que nous avons interrogés nous ont informés qu'il était très rare pour ne pas dire jamais, qu'un associé déclenche une procédure d'alerte.

Il serait judicieux de leur laisser un droit d'information sur la situation de l'entreprise, dès qu'ils découvrent des faits de nature à compromettre la continuité de l'entreprise et la possibilité de poser des questions aux dirigeants, comme c'est le cas en droit français. Cependant, il est impératif de leur préciser le domaine d'application de la procédure d'alerte sans pour autant limiter leur droit d'information dans le temps. Cela éviterait des conflits entre les dirigeants et les associés, surtout que, ces derniers ne sont pas tenus par le secret professionnel, comme le commissaire aux comptes.

358. En outre, nous préconisons l'élargissement du cercle d'alerte aux représentants du personnel. Ces organes pourraient contribuer à la prévention des difficultés des entreprises, notamment sociales, mais à condition toutefois, de bien encadrer leur intervention. Toutefois, afin de garantir la confidentialité de la procédure, il serait pertinent de prévoir des sanctions en cas de non respect de cette mesure.

§2. Encouragement et renforcement du rôle du président du tribunal dans la prévention externe

359. L'efficacité de la prévention externe est basée sur la confiance entre le chef d'entreprise et le président du tribunal (A), ainsi que sur le renforcement des pouvoirs de ce dernier (B). Elle est également liée à l'implication des partenaires externes de l'entreprise. Ici sont visées, les organismes sociaux, les banques et le trésor public. Aussi, nous pensons qu'il ne faut pas négliger le rôle que peuvent jouer les pouvoirs publics marocains dans la prévention externe des difficultés des entreprises (C).

A. Amélioration de la relation entre les tribunaux de commerce et les chefs d'entreprises

¹⁰¹⁶ V. supra, n°68, p.51.

360. L'absence d'une communication entre les tribunaux de commerce et les chefs d'entreprises remet en cause les dispositifs légaux régissant la prévention externe par le président du tribunal. En effet, l'enquête que nous avons menée, au sein des tribunaux de commerce et auprès des chefs d'entreprises, montre qu'il y a une réelle ignorance de ces mesures de prévention, notamment par les chefs d'entreprises, ce qui a donné lieu à un manque de confiance en eux : les dirigeants craignent l'intervention des juges dans leurs affaires sociales et pensent qu'ils ne sont pas tous compétents pour régler leurs problèmes qui sont généralement d'ordre financier. Il reste que l'intervention des présidents des tribunaux de commerce s'avère difficile, car leur rôle est mal compris par les chefs d'entreprises qui l'associent automatiquement à la procédure de liquidation judiciaire.

Les juges, de leur côté, pensent que les dirigeants d'entreprises sont de mauvaise foi et qu'il faut les sanctionner en cas de survenances de difficultés.

Or, l'efficacité de la prévention externe exige, bien évidemment, une bonne entente et la volonté de la part des chefs d'entreprises et des présidents des tribunaux de commerce, afin de résoudre les difficultés suffisamment tôt. Aujourd'hui, il est important d'instaurer un climat de confiance entre eux. Il faut savoir dépasser les réticences des chefs d'entreprises et instaurer un vrai dialogue autour de la prévention.

Toutefois, afin d'encourager la pratique d'alerte externe et d'inciter les chefs d'entreprises à l'utiliser, il est important de mentionner ici que ces derniers doivent être informés en premier lieu sur l'existence des dispositifs légaux relatifs à la prévention et ensuite, il importe également de les sensibiliser sur leur importance et leur utilisation, qui, lorsqu'elles sont prises à temps peuvent prévenir les difficultés.

Ainsi afin d'y parvenir, les chefs d'entreprises doivent savoir qu'un contact avec le président du tribunal peut être provoqué par une démarche volontaire et ce dès l'apparition des premiers signes des difficultés. Il faudra également les inciter à se présenter au tribunal lorsque le président leur adresse une convocation. L'entretien avec le président du tribunal devant être l'occasion de présenter ces difficultés et de faire le point avec lui en toute confidentialité. Ce dernier, en s'abstenant de lui donner des conseils, attire son attention sur les moyens susceptibles de lui permettre de redresser au plus vite la situation de son entreprise. En effet, il peut lui proposer soit la désignation d'un mandataire spécial où, lui indiquer qu'il peut faire la demande d'ouverture d'une procédure de règlement amiable, à condition qu'il ne soit pas en cessation des paiements. Il attire également son attention sur les risques de dégradation de son entreprise pouvant entraîner sa liquidation.

Il est également important de sensibiliser les dirigeants d'entreprises sur l'utilité de la formalité du dépôt des comptes annuels, et de prévoir des amendes plus élevées en cas de non respect de cette formalité.

361. Les présidents des tribunaux de commerce pour leur part doivent promouvoir les démarches volontaires des chefs d'entreprises dans ce sens, c'est-à-dire prévoir la convocation du dirigeant par le président du tribunal lui-même et non par le greffier, afin de les rassurer sur la préservation de la confidentialité à ce stade de la procédure, et de les encourager à venir chercher de l'aide auprès d'eux. Cette démarche comme cela a été démontré en France, notamment depuis les réformes apportées par la loi de sauvegarde et l'ordonnance du 18 décembre 2008, est intéressante dans la mesure où les chefs d'entreprises apprécient la confidentialité attachée à leur difficultés et par la même encourage l'acceptation de leur échec.

Cette démarche implique l'évolution des mentalités, car il est évident que dans une société où les chefs d'entreprises ne considèreraient pas la prévention comme la révélation d'un échec dans la gestion de leurs entreprises, un grand pas serait franchi. Il est important de mettre en place les moyens nécessaires pour la création d'un environnement favorable à l'application des mesures de la prévention externe. L'accent doit être mis sur l'importance du rôle des tribunaux de commerce dans leur mise en place, afin d'appréhender les difficultés des entreprises.

B. Renforcement des pouvoirs du président et amélioration des moyens d'alerte

362. Afin d'assurer une efficacité de l'alerte par le président du tribunal, il s'avère nécessaire de renforcer ses pouvoirs. Ce dernier a un rôle fondamental, car, il a une relation neutre avec les chefs d'entreprises. Or, aujourd'hui le chef d'entreprise qui ne se présente pas à la convocation du président du tribunal n'est pas sanctionné par la loi. A notre avis, il est impératif d'accorder au président du tribunal un pouvoir de contrainte à l'égard des chefs d'entreprises qui ne se présentent pas à l'entretien avec le président du tribunal, comme c'est le cas selon le droit français. En effet, selon les dispositions des articles R.611-11, alinéa 2 et R.611-13 du Code de commerce français, le défaut de la présence du dirigeant de l'entreprise à l'entretien donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal de carence le jour même par le greffier. L'absence du dirigeant et l'établissement du procès-verbal de carence laissent place aux investigations légales du président du tribunal. De ce fait, ce dernier peut, nonobstant

toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir des informations et communications des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur et ce dans un délai d'un mois à compter de la date de l'entretien ou du procès verbal de carence établi. Seule l'information la plus complète possible peut permettre un traitement des difficultés le plus en amont possible.

En outre, cet entretien est important car, il permet d'indiquer aux dirigeants les solutions et les moyens dont ils disposent afin de parvenir au redressement de la situation de leurs entreprises.

363. En outre, il est important de renforcer également le rôle du président du tribunal, notamment dans le cas où les dirigeants de sociétés ne respectent pas l'obligation de dépôt des comptes annuels au greffe du tribunal. A l'exemple du droit français, nous préconisons d'accorder la possibilité au président du tribunal d'adresser une injonction de le faire, à bref délai et sous astreinte, aux dirigeants de ces entreprises, conformément aux dispositions de l'article L. 611-2 du Code de commerce. En outre, l'article R.611-13 du Code de commerce précise les modalités de cette injonction. Cette dernière prend la forme d'une ordonnance qui fait courir un délai d'un mois au dirigeant de la personne morale pour déposer les documents sociaux à partir du moment où elle est notifiée; il fixe le taux d'astreinte et mentionne le lieu, le jour et date de l'audience où l'affaire sera examinée.

364. Toutefois, en raison des enjeux économiques majeurs pour les entreprises, la prévention externe des difficultés des entreprises ne saurait reposer sur la seule volonté du président du tribunal et des chefs d'entreprises. Son efficacité dépend également des outils qui doivent être mis en place pour promouvoir son développement. En effet, il faudra affecter les moyens financiers et humains nécessaires, notamment par l'amélioration des outils informatiques qui permettraient de réaliser des bases de données intégrant les indicateurs d'alerte et les informations sur les entreprises. Ces moyens permettraient également de développer des cellules de prévention au sein des tribunaux de commerce, afin de détecter les entreprises présentant des difficultés, suffisamment tôt. Il faudra penser également au recrutement et à la formation du personnel pouvant assurer cette mission de gestion et de suivi, au sein du greffe du tribunal.

365. Toujours dans le cadre de l'amélioration de la prévention externe, il convient de préciser le rôle des greffes dans la prévention des difficultés des entreprises au sein de chaque tribunal de commerce, car le traitement global des éléments d'alerte déclenchée par le président du tribunal, serait effectué avec l'assistance et la collaboration étroite de ces derniers. Cette tâche devant être intégrée dans leur activité au sein du tribunal et, en conséquence devant être rémunérée. Aussi, serait-il souhaitable que les informations détenues

par les greffes soient transmises rapidement au président du tribunal afin d'organiser rapidement le redressement des entreprises présentant des difficultés. Il est préconisé d'organiser cette information en terme de délai, afin de rendre cette pratique plus efficace. Il faudrait toutefois sensibiliser les greffiers des tribunaux de commerce sur la nécessité de travailler en collaboration avec les organismes sociaux et le trésor public, afin de développer les bonnes pratiques en matière de prévention. Le tribunal de commerce de Rabat a déjà expérimenté cette pratique dans le domaine de redressement judiciaire. En effet, le président du tribunal en collaboration avec les greffiers, les représentants de la CNSS et ceux du trésor public et des juges commissaires, organise une réunion mensuelle, afin d'améliorer le traitement judiciaire des entreprises, grâce à un système de contrôle continu.

C. Nécessité de l'implication des partenaires des entreprises dans la prévention externe

366. L'efficacité des mesures préventives suppose également l'implication de tous les partenaires des entreprises et leur initiation dans la nécessité de prévenir les difficultés des entreprises. Nous visons ici particulièrement les organismes sociaux et le trésor public qui ont des relations financières directes avec les entreprises, notamment celles relatives au paiement des cotisations sociales et des impôts. Ces organismes sont les premiers à détecter les indices des difficultés des entreprises, car, ces dernières ne paient pas généralement dans les délais leurs cotisations.

Cette démarche suppose donc la mise en place de mesures légales ayant pour objectif de responsabiliser ces organismes sur l'importance de la prévention des difficultés des entreprises. En effet, il serait judicieux d'organiser par la loi des dispositions relatives à l'obligation de publicité des créances sociales et fiscales au greffe des tribunaux de commerce, afin de permettre l'information du président du tribunal sur la situation financière des entreprises de son ressort et de lui permettre ainsi d'agir avant qu'il ne soit trop tard.

Pour ce faire, ils doivent réagir au moindre retard des paiements des cotisations à l'échéance, au lieu d'attendre l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire pour faire les déclarations de leurs créances, notamment par la publicité de leurs créances.

Cette démarche permettrait au président du tribunal de convoquer les dirigeants d'entreprises afin de trouver avec eux les mesures permettant leur redressement et d'éviter l'ouverture des procédures collectives à l'encontre de ces entreprises.

Ils devraient également faciliter la circulation, ou du moins, la collecte des informations détenues par eux afin de les communiquer au président du tribunal dans le cadre de son pouvoir d'investigation.

367. Rappelons que sont concernés aussi par la prévention externe, les avocats, les experts comptables et les juristes d'entreprises. En effet, sans faire une référence absolue au modèle français relatif aux groupements de prévention agréés ayant été institués par la loi du 1^{er} mars 1984, afin de prévenir les difficultés des petites et moyennes entreprises, (ce model n'ayant d'ailleurs pas rencontré un succès considérable) nous pensons que l'institution des centres de conseil et de prévention des difficultés des entreprises, à l'initiative des avocats, des juges, des commissaires aux comptes, serait utile aux entreprises, à condition toutefois de ne pas trop les encadrer par l'intervention des collectivités locales. En effet, ils pourraient apporter une assistance en matière de gestion financière et comptable et pourront être amenés à orienter les chefs d'entreprises vers le tribunal de commerce, dès que les premières difficultés apparaissent. Ces derniers seraient informés sur les dispositifs légaux en matière de traitement des difficultés des entreprises, au lieu d'attendre la cessation des paiements pour demander l'ouverture des procédures collectives. Ces centres pourraient avoir un rôle d'information et d'orientation sans pour autant empiéter sur le rôle du tribunal.

§3. Rendre le règlement amiable accessible et attractif

368. L'enquête que nous avons menée sur la pratique du règlement amiable montre le peu de recours à cette mesure par les dirigeants d'entreprises. Comme nous l'avons déjà signalé, la raison semble liée à la méconnaissance de la procédure du règlement amiable et aussi à l'imprécision du texte (notion de cessation des paiements, compétences du conciliateur, conditions des négociations entre le chef d'entreprise et ses créanciers, conditions d'homologation de l'accord,..., etc.). Il se caractérise également par un manque de vision des tribunaux de commerce en matière de règlement amiable. Le peu d'usage de cette pratique est inhérent également aux comportements des chefs d'entreprises et des créanciers qui conduisent fréquemment à l'ouverture des procédures collectives.

En effet, afin de rendre le règlement amiable plus attractif pour les chefs d'entreprises, nous proposons d'abord leur information et leur sensibilisation sur le dispositif légal et sur son importance en tant que mesure amiable (**A**), et pour les créanciers, nous pensons qu'il est nécessaire de préciser le texte afin de leur apporter une réelle sécurisation pendant le déroulement et l'exécution de la procédure du règlement amiable (**B**).

A. L'information des chefs d'entreprises sur la procédure du règlement amiable

369. Avant de proposer des modifications de la procédure du règlement amiable, nous pensons qu'il est primordial d'informer les chefs d'entreprises sur cette mesure, en leur précisant qu'elle a le mérite, lorsqu'elle est prise à temps, d'éviter des situations dramatiques pour les entreprises en difficulté. En effet, ces derniers sont généralement mal informés sur l'utilisation de la procédure du règlement amiable. Un chef d'entreprise qui rencontre des difficultés se doit d'être pleinement renseigné sur toutes les solutions possibles, avant de prendre une décision. Il doit être informé du fait que la procédure du règlement amiable est volontaire, facultative et personnelle. Il doit aussi savoir qu'il n'a aucune obligation d'y recourir et qu'il n'est passible d'aucune sanction s'il ne l'utilise pas. L'objectif est alors d'inciter les chefs d'entreprises à l'utiliser sans aucune appréhension. Il est essentiel que ces derniers prennent conscience du fait que le recours au président du tribunal ne signifie pas la fin de leurs entreprises et que la liquidation judiciaire reste le dernier recours utilisé par les tribunaux, après avoir utilisé tous les moyens possibles de redressement.

Le règlement amiable a pour objectif d'aider les chefs d'entreprises à trouver des solutions amiables afin de redresser la situation de leurs entreprises, car l'avantage de cette mesure est la mixité d'un cadre juridique et contractuel, dès lors qu'elle permet d'apporter une sécurité juridique aux parties.

Le chef d'entreprise a donc tout intérêt à se mettre sous la protection du tribunal dans un cadre confidentiel pendant un délais de trois mois renouvelable d'un mois, temps nécessaire lui permettant de conclure un accord amiable avec ses créanciers, à condition que l'anticipation soit suffisante et que la situation de l'entreprise le permette encore.

Afin de faciliter la pratique du règlement amiable par les chefs d'entreprises, il nous semble également important de les informer sur les conditions de demande d'ouverture de la procédure du règlement amiable, particulièrement sur la condition de non cessation des paiements. Il est vrai que dans la majorité des cas, l'entreprise qui sollicite le président du tribunal pour l'ouverture d'une procédure de règlement amiable est quasiment en état de cessation des paiements, qui, rappelons le, est un frein à sa mise en œuvre, car selon la loi l'entreprise ne doit pas se trouver dans un état évident de cessation des paiements.

En conséquence, il serait souhaitable de demander aux chefs d'entreprises de faire analyser la situation financière de leur entreprise par les soins d'un expert comptable, avant toute tentative du règlement amiable. Cette démarche est de nature à encourager les dirigeants d'entreprises à décider avec anticipation de l'ouverture d'une procédure de règlement

amiable. Ces derniers doivent être bien assistés pour ne pas laisser s'aggraver leur situation financière.

Nous pensons également que, la sensibilisation des dirigeants d'entreprises et leurs créanciers à adopter le règlement amiable nécessite la précision des ses modalités et la sécurisation de son déroulement ainsi que les conséquences de son inexécution.

B. Précision et sécurisation de la procédure du règlement amiable

370. Aujourd'hui, la loi n°15-96 du 1^{er} août 1996 encadre strictement la demande d'ouverture d'une procédure de règlement amiable, sans toutefois préciser sa mise en œuvre, au point de décourager les chefs d'entreprises et leurs créanciers à y avoir recours. En effet, cette procédure est ouverte dans les conditions suivantes :

- avant la cessation des paiements,
- l'entreprise doit avoir des difficultés économiques, juridiques et financières;
- un conciliateur peut être nommé, mais son statut n'est pas précisé;
- l'accord amiable peut être homologué si tous les créanciers y participent;
- l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire est automatiquement en cas d'échec des négociations.

Certes, ces conditions ont le mérite de maîtriser la pratique du règlement amiable et d'éviter qu'il ne soit demandé dans le seul objectif de retarder l'ouverture d'une procédure judiciaire et par la même permettre au débiteur d'échapper à ses créanciers. Toutefois, nous pensons que ces conditions doivent être précisées de manière à simplifier la procédure du règlement amiable et de la rendre plus accessible.

Concernant la condition de non cessation des paiements, il est nécessaire que l'entreprise ne doit pas se trouver dans cette situation, ce qui à notre avis permet de distinguer la phase amiable de la phase judiciaire. Toutefois, nous pensons que cette condition doit être redéfinie, car l'état de cessation des paiements est difficile à déterminer avec précision dans le temps, et elle aboutit le plus souvent, dans les faits, à l'ouverture d'une liquidation judiciaire. Il faut donc que le problème de l'exigibilité des créances ait été réglé avant l'ouverture de la procédure, pour éviter pendant le déroulement de la procédure, une situation de cessation des paiements. De plus, nous pensons que le président du tribunal doit veiller régulièrement à ce que le conciliateur fasse un rapport sur la situation financière de l'entreprise, pendant la procédure du règlement amiable, afin d'évaluer si un état de cessation des paiements n'est pas intervenu. Cette solution est souvent adoptée dans la pratique par certains tribunaux de

commerce marocains, notamment lorsque le chef d'entreprise propose un plan de redressement solide et convainquant.

371. Le deuxième point qui nous semble important à préciser, concerne la condition pour le chef d'entreprise de justifier de l'existence des difficultés juridiques, économiques et financières et des besoins ne pouvant être couverts par un financement adaptés aux possibilités de l'entreprise, prévu par l'article 550 du Code de commerce. En pratique, rares sont les entreprises qui ne se trouvent pas dans une situation similaire, notamment en ces temps de crise. Sans la clarification du contexte de ces difficultés, certains chefs d'entreprises pourraient demander l'ouverture d'une procédure de règlement amiable dans le seul but d'échapper au paiement de leurs créanciers.

372. Par ailleurs, en ce qui concerne la condition de forme relative à la demande d'ouverture d'une procédure de règlement amiable, nous pensons que la précision de sa mise en œuvre est primordiale. L'article 550 du Code de commerce prévoit que le chef d'entreprise doit faire une demande d'ouverture d'une procédure de règlement amiable, sans toutefois mentionner les modalités de cette demande. Il est important de préciser aux chefs d'entreprises que cette demande doit être faite par une requête écrite par le chef d'entreprise et non par ses créanciers. Certains dirigeants que nous avons interrogés confondent la procédure de redressement judiciaire, dont l'ouverture est effectuée soit d'office par le président du tribunal, soit par l'un des créanciers, avec la procédure du règlement amiable. Ces derniers pensent qu'ils doivent attendre d'être convoqués par le président pour commencer le règlement amiable, et qu'il n'est pas prudent d'aller lui dévoiler leurs difficultés, par crainte de se retrouver en redressement ou liquidation judiciaire.

En outre, il est important également de préciser aux chefs d'entreprises qu'ils doivent joindre à leur demande les documents comptables de l'entreprise, tout en précisant que leur situation financière et économique restera confidentielle. Ils doivent proposer au président du tribunal les moyens qu'ils comptent déployer pour redresser la situation de leurs entreprises. Ces chefs d'entreprises pensent généralement que le président du tribunal peut les aider à régler leurs problèmes financiers en imposant aux créanciers des délais de paiements contre leur volonté. Toutes ces questions méritent, à notre avis, une clarification afin d'éviter les ambiguïtés.

373. Toutefois, afin de maintenir la confidentialité de la procédure du règlement amiable, les pouvoirs d'investigations prévus par l'article 551 du Code de commerce permettant au président du tribunal de s'informer sur la situation de l'entreprise, avant l'ouverture de la procédure du règlement amiable, doivent être encadrés par la loi. Cette mesure est certes intéressante et incite l'implication de ces organismes à communiquer des informations au

président du tribunal, mais elle doit être assortie de sanctions à l'encontre de ceux qui pourraient éventuellement divulguer le secret de la préparation d'une procédure de règlement amiable. C'est une manière de responsabiliser les partenaires des entreprises, car le règlement amiable doit avoir un caractère d'intérêt général.

374. Par ailleurs, dans le but de renforcer la sécurisation du déroulement de la procédure de règlement amiable, nous pensons qu'il est nécessaire de préciser le rôle du conciliateur dans la procédure de règlement amiable, ainsi que son statut.

Actuellement, le conciliateur est désigné par le président du tribunal dès lors que les conditions de l'ouverture d'une procédure de règlement amiable sont remplies. Toutefois, le texte ne précise, ni son statut, ni son rôle dans cette procédure. Nous pensons qu'il faudrait mettre en premier lieu l'accent sur, le principe de l'indépendance du conciliateur par rapport au chef d'entreprise, ainsi qu'aux créanciers. A cet égard, nous pensons qu'il serait intéressant d'emprunter les dispositions du droit français en la matière. Le statut du conciliateur est en effet bien défini par l'article L.611-13, qui précise que les missions de conciliateur ne peuvent pas être exercées par une personne ayant au cours des vingt-quatre mois précédents, perçu, à quelques titres que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui, sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue au titre d'un règlement amiable réalisé pour le même débiteur ou le même créancier.

De plus, il serait également utile de redéfinir la mission du conciliateur, car la formule utilisée par l'article 551 du Code de commerce est large et est susceptible de créer des conflits entre le dirigeant et ce dernier, afin de maintenir l'indépendance du chef d'entreprise dans la prise de décision.

375. En complément, en vue de maintenir un équilibre entre les intérêts du chef d'entreprise et ceux des créanciers, il semblerait une juste mesure de supprimer la suspension provisoire des poursuites, prévue par l'article 555 du Code de commerce. A notre avis, cette mesure même si elle a le mérite parfois de faciliter le déroulement de la procédure de règlement amiable décourage les créanciers récalcitrants à s'engager dans la procédure refusant une restriction à leur droit de demander le remboursement de leurs créances. En plus, cette mesure si elle est prononcée elle est soumise à une publicité, ce qui peut remettre en cause tout espoir de confidentialité.

376. Dans la même démarche de sécurisation du règlement amiable nous préconisons l'homologation automatique de l'accord amiable, car actuellement, selon l'article 556 du Code de commerce, l'accord conclu avec les créanciers peut être homologué par le président

du tribunal à la seule condition d'être conclu avec tous les créanciers. Certes, il n'est pas exclu, que l'accord signé entre les parties suffise en lui-même à leur satisfaction sans être homologué, car il reste soumis aux principes absolus du consensualisme de la loi des parties protégée par l'article 230 du DOC. Cependant, nous pensons qu'il est important de maintenir le principe de l'homologation de l'accord par le président du tribunal, car cette dernière est le gage d'une sécurisation juridique pour les parties. Il est difficile en général de convaincre tous les créanciers à participer à la conclusion d'un accord. Prévoir son homologation automatique pourrait les y inciter.

L'on peut penser que l'homologation de l'accord n'est pas toujours une protection absolue; mais elle permet tout au moins d'établir que l'opération passée entre le débiteur et ses créanciers ne contient pas de fraudes et respecte par ailleurs un équilibre entre eux. L'accord homologué confère également l'autorité de la chose jugée à la décision du tribunal qui validerait les actes passés au cours de la négociation et homologuerait les engagements du débiteur et des créanciers.

L'homologation de l'accord procure aussi aux créanciers un sentiment de sécurité. Un accord qui n'est pas homologué est considéré comme suspect. Comment alors faire confiance à un accord qui n'a pas convaincu le président du tribunal ?

Toutefois, afin de bien l'encadrer, il serait en effet essentiel de préciser les conditions d'homologation de l'accord amiable afin de lui conférer plus de transparence.

377. Enfin, rappelons qu'en droit marocain l'inexécution des engagements pris par le chef d'entreprise dans l'accord amiable constitue un échec et par conséquent représente une cause légitime d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. En ce sens, le tribunal peut ouvrir d'office une procédure collective alors que le chef d'entreprise n'est pas en cessation des paiements, conformément aux dispositions de l'article 560 du Code de commerce. L'ouverture de la procédure de redressement entraîne donc la résolution de l'accord et la déchéance de tout délai de paiement consenti¹⁰¹⁷. Cette mesure est dissuasive pour le chef d'entreprise, mais elle n'est pas justifiée lorsque la cessation des paiements n'est pas déclarée. Nous préconisons donc, que le tribunal puisse entendre les parties afin d'apprécier la nature de l'inexécution opposant les parties, notamment si elle n'est pas de nature financière et dans ce cas, cette dernière ne doit pas donner lieu systématiquement à la résolution de l'accord. Nous pensons que cette option doit être annulée, sauf en cas de fraude.

¹⁰¹⁷ C.com., art. 558, al.2.

378. Le recours au règlement amiable pourrait être aisément adopté par les dirigeants d'entreprise, en améliorant les conditions de sa mise en œuvre, notamment en conservant sa souplesse et sa confidentialité. Nous pensons qu'il ne faut pas trop l'encadrer par des règles juridiques disparates et imprécises. En effet, l'étude pratique que nous avons effectuée auprès des tribunaux de commerce a révélé son application au cas par cas. Il serait souhaitable de conserver un règlement amiable sans contraintes dissuasives, ni à l'égard des chefs d'entreprises ni à l'égard des créanciers. Ces derniers doivent apprécier eux-mêmes l'avantage d'une collaboration amiable pour la sauvegarde des entreprises en difficulté.

Cette mesure, si elle est réaménagée, pourrait donner de bons résultats. A ce sujet, nous restons optimistes sur l'évolution de la pratique du règlement amiable, malgré le désarroi des chefs d'entreprises que nous avons interrogés. Ces derniers sont en attente de dispositifs simples et efficaces; ils tiennent à leurs entreprises, mais ne savent pas comment éviter leur disparition, en cas d'ouverture des procédures collectives. Nous pensons qu'une simplification de l'utilisation de la procédure du règlement amiable, leur serait utile, principalement au moment de la demande d'ouverture. De même, il serait pour eux utile de prévoir des moyens sécurisants permettant l'exécution des négociations. Il ne faut pas oublier qu'un cadre réglementaire permettant l'application de la loi doit être établi dans le but de faciliter son application, notamment par la mise en œuvre d'un décret d'application.

Quant aux créanciers, ils sont aussi en attente de solutions fiables afin de protéger leurs créances, car, ils sont conscients que l'ouverture d'une procédure collective peut avoir des conséquences négatives pour eux. Il faudrait donc leur assurer la possibilité de récupérer leurs créances, quel que soit le résultat de la procédure du règlement amiable.

En conclusion de ces réflexions, nous pensons que pour éviter les défaillances des entreprises, il s'avère nécessaire de mettre en place des mécanismes de prévention et de détection ciblés, ainsi que des procédures amiables facilement accessibles et attractives.

Conclusion titre 2

379. En somme, les réformes apportées par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 marquent incontestablement l'évolution du droit français en matière de procédures collectives.

En effet, l'anticipation par la prévention est l'une des préoccupations du législateur français ayant apporté des améliorations aux mesures préventives déjà existantes. L'objectif visé par le législateur est clair : favoriser la prévention, par l'information et l'accélération de l'alerte. Permettre également aux dirigeants d'entreprises de bénéficier le plus tôt possible de la protection, d'abord du président du tribunal, dans le cadre d'une procédure de conciliation, ensuite de celle du tribunal lui-même, dans le cas d'une procédure collective

Quant aux réformes apportées aux procédures amiables, à savoir le mandat ad hoc et la procédure du règlement amiable, nous pouvons affirmer qu'elles sont intéressantes et ont le mérite d'offrir aux entreprises en difficulté des mécanismes de redressement de leur situation financière en toute sécurité et confidentialité.

380. Quant aux moyens envisagés par le législateur marocain, pour l'évolution du droit des procédures collectives, l'analyse du projet de la loi visant la réforme du livre V du Code de commerce, relatif au traitement des difficultés des entreprises, montre que ce dernier s'est concentré plus sur la clarification des procédures amiables afin de faciliter leur adoption par les praticiens. En revanche, les procédures de prévention, notamment celles relatives à l'alerte interne et externe, ont été maintenues en l'état.

Nous estimons qu'une modification d'ensemble s'impose, car la prévention est avant tout un outil de gestion qui permettra aux dirigeants d'entreprises de prendre conscience de leurs difficultés et de les traiter assez rapidement afin d'éviter la disparition de leurs entreprises.

Conclusion deuxième partie

381. En conclusion de l'analyse du bilan de l'application des procédures de prévention et du règlement amiable, résultant des lois marocaine du 1^{er} août 1996 et française du 1^{er} mars 1984, nous retenons que cette dernière est négative. En effet, la pratique de ces procédures préventives est rare pour ne pas dire inexistante, et même lorsque c'est le cas, les praticiens rencontrent des difficultés lors de leur mise en œuvre.

En ce qui concerne l'application de la loi marocaine, l'enquête que nous avons menée auprès des personnes concernées par ces procédures, montre que la pratique des procédures de prévention est limitée à l'intervention de deux organes seulement, à savoir le commissaire aux comptes et le président du tribunal. En ce qui concerne la procédure d'alerte interne, reposant essentiellement sur l'intervention du commissaire aux comptes nous avons constaté qu'elle n'est pas suffisamment fréquente, car la désignation de ce dernier est limitée aux sociétés importantes économiquement. Et même si ce dernier existe au sein de la société, sa mission d'alerte n'est pas facile à mettre en œuvre, car il se heurte au refus des dirigeants ne souhaitant pas informer les actionnaires sur leurs difficultés.

Quant à la pratique de la prévention externe, cette dernière est très rare pour ne pas dire inexistante. Les tribunaux de commerce manquent de moyens humains et financiers pour favoriser son développement. De même, cette procédure préventive est considérée par une grande majorité de dirigeants d'entreprises comme étant une mission facultative du président du tribunal.

Le règlement amiable, organisé par le législateur comme une dernière chance de traitement amiable avant le traitement judiciaire, n'a pas connu un sort meilleur. Cette mesure est peu utilisée et quand c'est le cas, ses résultats sont faibles.

382. Le bilan de la pratique de la prévention et du règlement amiable, résultant de l'ancienne loi française du 1^{er} mars 1984, s'est révélé peu concluant. Ces mécanismes préventifs n'ont pas permis de freiner le nombre de liquidations judiciaires des entreprises, malgré les réformes apportées par la loi du 10 juin 1994. Néanmoins, contrairement au Maroc, nous avons constaté, d'après les statistiques, une réelle utilisation de ces mécanismes préventifs par les personnes concernées. C'est ce qui a encouragé sans doute, leur modification au fil des réformes.

En effet, le législateur français a pris conscience que ce dispositif préventif devait être amélioré et précisé afin de permettre la sauvegarde des entreprises. D'où les réformes successives qui ont eu lieu depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 à nos jours.

En ce sens, le législateur français a apporté des améliorations aux procédures de prévention, notamment par l'information et l'anticipation sur les difficultés. Il a également mis l'accent sur l'accélération de la procédure d'alerte interne. Nous avons constaté également que le rôle du président du tribunal a été renforcé afin d'encourager les dirigeants d'entreprise de se diriger au tribunal afin d'y trouver des moyens d'encadrement, avec notamment la possibilité d'opter pour les procédures amiables au lieu et à la place des procédures collectives.

Les procédures amiables ont été également précisées de manière à permettre au débiteur de choisir celle qui est la mieux adaptée à sa situation financière, tout en préservant un maximum de sécurité et de confidentialité, gage de leur efficacité.

Le dispositif légal préventif marocain est également remis en question, certes, une prise de conscience de ce constat alarmant s'est manifestée et un projet de réforme de la loi du 1^{er} août 1996 régissant les procédures de prévention et du règlement amiable est proposé.

Son analyse montre que ses rédacteurs n'ont pas emprunté comme par le passé toutes les dispositions du droit français, notamment ceux instituées par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Le choix de ses rédacteurs est clair: il n'est plus question de reproduire les mêmes erreurs que celles commises au moment de la réforme du droit des procédures collectives en 1996. De nombreux arguments justifient cette position. Par exemple, les tribunaux de commerce et les professionnels commencent à se familiariser avec le dispositif actuel et il suffit qu'ils s'appliquent pour l'améliorer. Les experts universitaires marocains plaident en faveur du maintien de la même structure du droit des entreprises en difficulté en proposant quelques modifications de forme. D'ailleurs, même les experts français déconseillent de suivre le modèle français ou des réformes majeures sont apportées toutes les dix et quinze ans au droit des entreprises en difficulté devenu pour certains un droit en « perpétuel chantier »¹⁰¹⁸.

Nous pensons que les réformes projetées doivent avant tout s'adapter à la réalité des entreprises et suivre ainsi l'évolution du monde des affaires.

¹⁰¹⁸ *Rapp.préci*, USAID, p.18.

Conclusion générale

383. Dans son esprit, la loi marocaine du 1^{er} août 1996, formant le Code de commerce et régissant les procédures de prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, est un texte innovant, mais marqué profondément par l'ancienne législation française en la matière. Il apporte de nouvelles mesures au droit marocain dans l'objectif d'appréhender les difficultés des entreprises. Cependant, l'analyse de ce dispositif préventif et sa comparaison avec le droit français nous démontre qu'il se différencie nettement de celui-ci, notamment suite aux modifications apportées par la loi de sauvegarde des entreprises n°2005-845 du 26 juillet 2005 et de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008.

En effet, la nouvelle législation française relative à la prévention a pour finalité d'appréhender les difficultés de l'entreprise dès qu'elles deviennent prévisibles et avant même qu'elles ne se traduisent en trésorerie¹⁰¹⁹. Dans ce même esprit, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 multiplie les procédures afin de s'adapter aux différentes situations de l'entreprise. Quant à l'ordonnance du 18 décembre 2008, son principal objectif est de rendre ces procédures préventives plus accessibles et plus attractives.

Le législateur français instaure en premier lieu, des mécanismes de détection des difficultés, avant le déclenchement de la procédure d'alerte, par la tenue d'une comptabilité prévisionnelle.

Il met l'accent également sur l'anticipation par la prévention avec des mesures ponctuelles, comme l'alerte interne et externe, permettant un dialogue entre les dirigeants et les organes d'alerte.

Il prévoit également des procédures amiables : le mandat *ad hoc*, la conciliation et la sauvegarde, dans le cas où le dirigeant de l'entreprise n'arrive pas à trouver des solutions par lui-même.

Dans ce processus préventif ambitieux, le législateur français accorde aux dirigeants d'entreprises la liberté de conduire au mieux ces procédures. Aucune contrainte ne leur est imposée ils restent libres de demander celle qui convient à la situation de leurs entreprises. Dans le cadre d'un mandat *ad hoc*, le dirigeant d'entreprise a le choix de proposer un mandataire afin de l'assister à trouver des solutions de redressement. Lors d'une procédure de conciliation il est libre également d'inviter aux négociations les créanciers de son choix.

¹⁰¹⁹ Avis n°337 de Christian GAUDIN, Doc. Senat, au nom de la commission des affaires économiques, p.8.

En outre, pendant les négociations avec ses créanciers, le chef d'entreprise est à l'abri de poursuites pouvant mettre à néant ses possibilités de redressement. Il peut éventuellement bénéficier des délais de grâce ou des remises de dettes.

Quant aux créanciers, ils trouvent manifestement un intérêt particulier à participer aux procédures amiables et sont incités à collaborer activement au redressement de l'entreprise. Mais ces derniers ne sont pas tenus d'accorder des faveurs telles que des remises de dettes, de l'apport d'argent frais ou des services à l'entreprise en difficulté. Cependant, s'ils acceptent de collaborer avec le chef d'entreprise, ils ont la possibilité de bénéficier de certains avantages, comme par exemple, le privilège de la conciliation, l'impossibilité de remonter la date de cessation des paiements à une date antérieure et l'annulation des actes passés en cette période. La démarche volontariste pour laquelle a opté le législateur français a finalement préservé un certain équilibre entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers. Les résultats des statistiques réalisées ces dernières années, montrent le succès de ces procédures amiables.

384. Quand aux procédures de prévention et de règlement amiable instaurées par la loi marocaine n°15-96 du 1^{er} août 1996, nous avons constatés qu'elles étaient limitées et imprécises. Limitées dans leurs portée (peu d'organes intervenants dans la prévention interne comme externe) et également dans leur mise en œuvre, ou le texte n'est pas suivi d'un décret d'application.

385. Mais la différence entre les procédures de prévention et de règlement amiable instaurées par les droits marocain et français ne se limite pas uniquement à l'analyse théorique, elle s'observe également sur le plan pratique. En effet, l'enquête que nous avons menée auprès des chefs d'entreprises, des organes d'alerte et des tribunaux de commerce montre le peu d'utilisation de ces procédures.

Mais, à notre avis, plusieurs facteurs expliquent l'absence de leur utilisation :

- le premier est relatif au comportement des personnes concernées par les mécanismes de prévention, notamment les chefs d'entreprises. En effet, du point de vue des dirigeants des entreprises, nous avons remarqué que la dimension psychologique était une cause importante d'échec de l'application de ces mesures préventives. La mise en évidence des difficultés financières ou d'exploitation d'une entreprise est considérée par une grande majorité de dirigeants d'entreprises comme une remise en cause de leur management.

Nous avons aussi constaté que la plupart d'entre eux ignoraient les mécanismes de prévention et du règlement amiable, et dans certains cas, il y a une prise de conscience tardive des difficultés. Ce qui ne permet plus le redressement des entreprises.

Rappelons également que l'échec des mesures préventives, notamment le règlement amiable, est dû à l'attitude des dirigeants d'entreprises et celle des créanciers. Les premiers ne souhaitant pas faire un effort sur leurs biens personnels, préfèrent le confort des procédures collectives. Quant aux seconds, la majorité d'entre eux, lorsqu'ils sont appelés à participer au redressement de la situation de l'entreprise, ne sont pas prêts à faire des sacrifices, car ils n'y trouvent aucun intérêt.

Les tribunaux de commerce sont également responsables de l'échec des procédures de prévention et du règlement amiable. En effet, les présidents ne sont pas suffisamment impliqués dans cette mission préventive, faute de moyens d'information, de moyens financiers, de compétences,..., etc.

Le second facteur est relatif à la difficulté d'application des mesures préventives par les organes d'alerte, décourageant ainsi leur implication dans leur mission préventive. Cela est dû en grande partie à l'incompréhension et la complexité du texte. En effet, le dispositif légal, tel qu'il résulte du Code de commerce, se caractérise par une réelle imprécision, ainsi qu'un certain nombre de lacunes juridiques favorisant leur détournement, notamment en ce qui concerne les conditions et les modalités d'application de ces mesures préventives, délais, formes des procédures,..., etc. En outre, les dispositions régissant la prévention des difficultés des entreprises ne sont précédées d'aucun outil de détection avant le déclenchement de la procédure d'alerte. Le législateur marocain est passé directement aux procédures de prévention interne et externe et au règlement amiable¹⁰²⁰. Or, la prévention des difficultés des entreprises comporte un caractère général et objectif : *« elle s'applique indépendamment de la situation de l'entreprise, voire aux seules entreprises saines, car lorsque les difficultés apparaissent, c'est que la prévention n'a pas été bien appliquée. Au contraire, l'alerte permet de découvrir les indices de difficultés, afin de se préparer pour une résistance efficace »*¹⁰²¹.

A notre avis, une démarche prévisionnelle exhaustive permet de mieux prévenir les difficultés des entreprises grâce à une gestion financière prévisionnelle efficiente et omniprésente. En effet, dans une majorité d'entreprises marocaines, l'absence de prévention par l'information prévisionnelle peut être une cause directe de leurs difficultés financières. Mais, cela ne suffit pas à expliquer le nombre important des défaillances d'entreprises.

Les enquêtes montrent que sur 60 dirigeants interrogés, seuls 17% connaissent les mesures de prévention et du règlement amiable.

¹⁰²⁰ Le législateur français distingue la prévention de la procédure d'alerte interne et externe car le domaine de la prévention est large.

¹⁰²¹ Y. GUYON., *Droit des affaires : entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite*, T2, 7^{ème} éd, 1999, p. 54.

Donner les prérogatives, édicter des lois est en soi une démarche nécessaire, mais, il est primordiale de les faire connaître afin de faciliter leur application. Il est utopique de tenter d'essayer de sauvegarder les entreprises en difficultés sans avoir informé et sensibilisé leurs dirigeants aux mécanismes de prévention.

Dans le contexte marocain actuel, beaucoup de chef d'entreprises n'ont pas de formation à la gestion et il n'est pas aisé de les sensibiliser aux risques de la gestion de l'entreprise. En outre, le nombre d'entreprises disposant d'un commissaire aux comptes, pouvant attirer l'attention des dirigeants en cas de difficulté, est faible.

Rappelons également que peu de tribunaux de commerce marocains sont formés pour cette mission de prévention. Le rôle du président du tribunal, intervenant principal en matière de prévention et du règlement amiable, en est réduit à sensibiliser le chef de l'entreprise sur la nécessité de déposer le bilan dans les délais légaux, alors que le rôle préventif du tribunal de commerce est essentiel.

De plus, aucun décret pour le moment ne vient préciser ce dispositif légal important. Ce vide juridique laisse un champ libre aux dirigeants d'entreprises de mauvaise foi, pour profiter du système et déposer le bilan dès qu'une difficulté passagère est observée. Ce vide juridique profite également aux créanciers, qui n'hésitent pas à demander l'ouverture des procédures collectives au moindre retard dans le paiement de leurs créances.

Actuellement, le législateur marocain propose un projet de réforme de la loi n°15-96 du 1^{er} août 1996 relative au traitement des difficultés des entreprises. Or sa lecture laisse penser que toute l'attention a été accordée au règlement amiable et aux procédures collectives. Le projet de loi met l'accent tout particulièrement sur la nécessité de modifier cette mesure amiable, en proposant l'abrogation ou la précision de certaines dispositions. Le but étant de faciliter sa mise en œuvre et son application par les personnes concernées.

Afin de faire progresser le dispositif préventif actuel, le législateur marocain gagnerait à être plus à l'écoute des chefs d'entreprises, afin d'adapter ces mécanismes à leur réalité économique, juridique et sociale.

Par ailleurs, le droit français en constante évolution devrait constituer une source d'inspiration importante pour le législateur marocain. D'évidence, l'esprit et le contenu d'une loi sont conditionnés par un environnement culturel, économique et politique pour permettre à ces dispositions de se mettre en place de manière efficiente. Ainsi la prévention des difficultés des entreprises, telle que mise en œuvre par législateur français, ne conviendrait pas à la réalité actuelle des entreprises marocaines. Il faut tout de même garder à l'esprit que si d'une façon

générale le droit marocain est proche du droit français, les solutions marocaines ne sont pas systématiquement les mêmes.

Nous restons optimistes sur l'évolution de la prévention et du règlement amiable, cependant un effort important doit être fait pour rétablir un climat de confiance entre les organes d'alerte, les tribunaux de commerce et les chefs d'entreprises. La réussite de ce projet de réforme suppose la réunion de conditions favorables à sa mise en application :

- l'information des chefs d'entreprises pour une meilleure connaissance des outils de prévention et les avantages que peuvent leur apporter les organes d'alerte et les tribunaux de commerce,
- l'information des partenaires de l'entreprise sur les mécanismes de prévention afin de les sensibiliser et de les encourager à participer au redressement des entreprises en difficulté,
- la mise en place de moyens nécessaires pour encourager et faciliter la mission d'alerte par les organes concernés, notamment par la précision du texte et la modification de certaines mesures,
- l'affectation aux tribunaux de commerce de moyens humains et financiers afin de promouvoir l'activité de prévention.

Le rôle de l'Etat reste essentiel dans la sauvegarde des entreprises, notamment par la création de réseaux régionaux d'information et de sensibilisation des chefs d'entreprise, l'octroi d'aides financières ou de subventions, mais aussi et surtout par sa capacité à fédérer l'ensemble des acteurs concernés par la survie des entreprises.

Retenons à la fin que La prévention des difficultés des entreprises nécessite des mesures préventives effectives. Car, l'objectif de leur performance est de permettre la continuité de l'exploitation de ces entreprises et par là même, maintenir l'emploi. Or leur efficacité est nécessairement liée aux comportements des acteurs appelés à appliquer les dispositions résultant de la loi.

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	1
Première partie. Analyse des procédures de prévention et du règlement amiable organisées en droits marocain et français	18
Titre 1. Esprit et contenu des procédures de la prévention en droits marocain et français.....	32
Chapitre 1. La prévention interne : rapidité et confidentialité.....	33
Section 1. Le commissaire aux comptes dans la prévention interne : intervenant principal.....	34
§ 1. Le domaine d'intervention du commissaire aux comptes.....	35
A. Les entreprises concernées par la procédure d'alerte.....	35
1. La désignation obligatoire d'un commissaire aux comptes.....	23
2. La désignation facultative d'un commissaire aux comptes	26
B. Les critères de déclenchement de l'alerte par le commissaire aux comptes	27
1°. Les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.....	27
2°. La notion de continuité de l'exploitation.....	29
§ 2. Le déroulement de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes.....	42
A. La procédure d'alerte dans les sociétés anonymes.....	31
1°. L'information des dirigeants de l'entreprise.....	31
a. La portée de l'information.....	31
b. La portée de la réponse.....	33
2°. L'information des actionnaires.....	36
a. Le rapport spécial du commissaire aux comptes	36
b. La convocation de l'assemblée générale.....	37
3°. L'information du président du tribunal.....	39
B. La procédure d'alerte dans les autres sociétés commerciales,dans les groupements d'intérêt économique et dans les personnes morales de droit privé.....	40
1°. La procédure d'alerte dans les autres sociétés commerciales.....	41
2°. La procédure d'alerte dans les groupements d'intérêts économiques.....	44
3°. La procédure d'alerte dans les personnes morales de droit privé.....	46
§3. Responsabilités du commissaire aux comptes.....	60
Section 2 : Les associés dans la prévention interne : seconds intervenants.....	62
§ 1. Le domaine d'intervention des associés.....	631

A. Les associés bénéficiant du droit d'alerte.....	51
B. Les critères permettant le déclenchement de la procédure d'alerte.....	53
§ 2. Le déroulement de la procédure.....	68
A. L'information du gérant de la société.....	56
B. L'information des autres associés.....	59
C. Responsabilité des associés.....	60
Section 3. La prévention interne par le comité d'entreprise.....	73
§1. Le déroulement de la procédure l'alerte par le comité d'entreprise.....	73
A. Le domaine d'intervention.....	62
B. Les critères d'alerte	63
§2. Les étapes de la procédure d'alerte.....	76
A. Demande d'explication.....	65
B. Rédaction d'un rapport.....	66
Chapitre 2. La prévention externe : Continuation du processus préventif interne.....	81
Section 1. La prévention externe par le président du tribunal.....	69
§ 1. La nature et le domaine d'intervention du président du tribunal.....	69
A. La nature de l'intervention du président du tribunal.....	70
B. Les entreprises concernées par la prévention externe.....	72
§ 2. Les moyens d'intervention du président du tribunal.....	84
A. Les sources d'information directes.....	72
1°. L'information du président par le commissaire aux comptes.....	72
2°. L'information du président du tribunal par le chef d'entreprise.....	73
B. Les sources d'information indirectes.....	74
1° Le défaut du dépôt des comptes annuels.....	76
2°. Les pertes constatées dans les comptes annuels	78
3°. Les demandes de report de la date de l'assemblée générale.....	79
4°. La publicité des créances impayées	80
§ 3. Les moyens d'action du président du tribunal.....	94
A. la convocation du chef d'entreprise	83
B. Nomination d'un mandataire.....	88
1° La désignation d'un mandataire spécial au Maroc et du mandataire <i>ad hoc</i> en France.....	89
2°. La mission du mandataire spécial au Maroc et du mandataire <i>ad hoc</i> en France	92
Section 2. Les autres intervenants dans la prévention externe en droits marocain et français.	

§1.La prévention externe par l’association marocaine pour le soutien des entreprises en difficulté(AMSED).....	106
A. La mission de l'AMSED dans la prévention des difficultés des entreprises	95
B. Les moyens d'action de l'AMSED.....	96
§2. La prévention externe par les groupements de prévention agréées organisés en France.	108
A . Les entreprises pouvant adhérer aux groupements de prévention agréés.....	97
B. La mission des groupements de prévention agréés.....	98
Titre 2. Le règlement amiable en droit marocain et la conciliation en droit français – la dernière tentative préventive.....	
Chapitre 1. Modalités d’ouverture et déroulement des procédures de règlement amiable et de la conciliation.....	116
Section 1. Les conditions tenant à l’ouverture des procédures de règlement amiable et de la conciliation.....	116
§1. Les conditions de fond permettant l’ouverture des procédures de règlement amiable et de la conciliation.....	116
A.Domaine d’application.....	116
B. La situation financière de l'entreprise.....	118
1. Absence de cessation des paiements.....	107
2. L'entreprise doit connaître des difficultés juridiques économiques et sociales.....	110
3. L'entreprise doit avoir des besoins financiers.....	111
§ 2. Les conditions de forme tenant à l’ouverture des procédure de règlement amiable et de la conciliation.....	125
A. La demande d’ouverture de la procédure.....	125
B. La décision d’ouverture de la procédure.....	128
C. Publicité et voies de recours.....	131
Section 2. Les moyens facilitant le déroulement des procédures de règlement amiable et ede la conciliation.....	132
§1. La nomination d’un conciliateur.....	132
A. Mode de désignation du conciliateur.....	132
B.Le statut du conciliateur.....	135
C. La mission du conciliateur.....	136
§2. La suspension provisoire des poursuites et les délais de paiements.....	138

A. La suspension provisoire des poursuites.....	139
B. L’octroi des délais des paiements au débiteur.....	141
Chapitre 2. L’issue des procédures de règlement amiable et de la conciliation.....	145
Section 1. La conclusion d’un accord.....	145
§1. Le contenu de l’accord.....	145
A.Le plan proposé par le débiteur.....	146
B. L’apport des créanciers dans l’accord.....	148
§2. L’évolution de l’accord	152
A.En droit marocain.....	152
1°. Les conditions d'homologation de l'accord amiable.....	141
2. Les effets de l'homologation de l'accord amiable.....	142
B.En droit français.....	156
1°. La constatation de l'accord de conciliation.....	144
a. Conditions et modalités de la constatation.....	144
b. Les effets de la constatation.....	144
2°. L'homologation de l'accord de conciliation.....	146
a. Conditions et modalités.....	146
b. Les effets de l'homologation de l'accord de conciliation.....	149
Section2.L’échec des procédures de règlement amiable et de la conciliation.....	168
§1. L’échec de la procédure pendant les négociations.....	168
A.Absence de la signature d’un accord.....	169
B.Absence d’homologation de l’accord.....	170
§2. L’échec de la procédure pendant l’exécution de l’accord.....	171
A.L’inexécution des engagements du débiteur.....	158
1°. La résolution de l'accord.....	160
2°. Les effets de résolution de l'accord	163
B. L'ouverture éventuelle d'une procédure collective.....	164
1°. Conditions et modalités.....	165
2°. Effets de l'ouverture d'une procédure collective.....	166
Conclusion première partie.....	169
Deuxième partie: Bilan de la pratique des procédures de prévention et du règlement amiable en droits marocain et Français et leurs perspectives d'évolution.....	172
Titre 1. Bilan de la pratique des procédures de prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises en droits marocain et français.....	186

Chapitre 1. Résultats de la pratique des procédures de prévention et du règlement amiable résultant de la loi marocaine n°15-95 du 1 ^{er} août 1996.....	187
Section 1 : La pratique de la prévention interne.....	187
§.1. La pratique d'alerte par le commissaires aux comptes.....	175
A. Le constat de la pratique d'alerte par les commissaires aux comptes.....	188
1°. Information sur l'application de la procédure d'alerte.....	175
a. Le nombre d'alerte.....	175
b. le type d'entreprises concernées par l'alerte.....	176
c. Les faits motivant le déclenchement de l'alerte.....	176
2°. le déroulement de la procédure d'alerte	176
3°. Les résultats de la pratique d'alerte par les commissaires aux comptes	176
4°. Opinion des commissaires aux comptes sur la procédure d'alerte.....	177
B. Les causes de la difficulté d'application de la procédure d'alerte.....	190
1°. Imprécisions et limites du dispositif légal marocain.....	177
2°. L'attitude des chefs d'entreprises face à l'alerte.....	180
§.2 La pratique de l'alerte par les associés.....	195
A. La place des associés dans la prévention interne.....	195
B. Les limites de la pratique d'alerte par les associés.....	196
Section 2. La pratique de la prévention externe.....	199
§1. Le manque de moyens d'information.....	200
A. Manque de moyens d'informations internes.....	200
B. Manque de moyens d'informations externes.....	202
§2. Manque de moyens humains et structurels au sein des tribunaux de commerce.....	204
§3. Limites et ambiguïtés des pouvoirs du président du tribunal.....	206
A. Caractère facultatif du pouvoir de convocation.....	206
B. Imprécision du statut du mandataire spécial.....	208
Section 3. La pratique du règlement amiable.....	209
§1. Le constat de la pratique du règlement amiable.....	196
A. Nombre de procédures ouvertes par an.....	196
B. Les entreprises concernées.....	196
C. La situation de l'entreprise au moment de la demande d'ouverture de la procédure ..	196
D. Le conciliateur: nomination, statut et mission.....	197
E. Les critères de choix des créanciers participants	197
F. Le taux.....	198

G. Les avis	198
§2. Les causes d'échec du règlement amiable.....	199
A.Imprécision et ambiguïté du dispositif légal.....	200
1°. Imprécision des conditions d'ouverture de la procédure du règlement amiable.....	200
2°. Ambiguïté des mesures favorisant l'exécution de la procédure.....	204
B.Succès des autres procédures collectives.....	219
1°. Le comportement des dirigeants d'entreprises.....	206
2°. Le comportement des créanciers	207
Chapitre 2. Bilan des pratiques anciennes de la prévention et du règlement amiable sous l'empire de la loi française n°84-148 du 1 ^{er} mars 1984 modifiée par la loi n°94- 475 du 10 juin 1994.....	222
Section 1. Résultat d'application des mécanismes préventifs.....	223
§1. Résultats de la pratique d'alerte interne.....	223
A. L'alerte par les commissaires aux comptes.....	224
B.L'alerte par les associés.....	228
C. L'alerte par les représentants des salariés.....	231
§3. Résultats de la pratique d'alerte externe.....	233
A. L'alerte par les groupements de prévention agréés.....	233
B.L'alerte par le président du tribunal.....	235
1°. Le constat de la pratique d'alerte par le président du tribunal.....	222
2°. Les causes limitant la pratique de l'alerte par le président du tribunal.....	222
Section 2 :Résultats de la pratique des procédures amiables.....	239
§1. La pratique du mandat <i>ad hoc</i>	239
A.Une pratique peu utilisée	240
B. Les causes limitant la pratique du mandat <i>ad hoc</i>	240
§. 2 La pratique du règlement amiable.....	242
A.Le constat de la pratique du règlement amiable.....	242
B.Les causes d'échec du règlement amiable.....	244
Titre 2. Retour sur les grands traits caractérisant les réformes des procédures collectives en droit français et leurs perspectives d'évolution en droit marocain.....	251
Chapitre 1.Les grands traits caractérisant les réformes apportées par la loi de sauvegarde n°2005-845 du 26 juillet 2005 et l'ordonnance n°2008-1345 du 28 décembre 2008.....	253
Section 1. Amélioration des procédures préventives	253
§1. Consolidation de la prévention par l'information.....	254

A.Elargissement de la diffusion des documents prévisionnels.....	254
B.Précision de l'information par la publicité des privilèges des créances fiscales, sociales et douanières.....	255
§2. Amélioration de la procédure d'alerte.....	257
A.Information précoce du président du tribunal et des représentants du personnel.....	258
B.Convocation de l'assemblée générale sans attendre la prochaine réunion.....	259
C.Renforcement du devoir d'alerte du commissaire aux comptes.....	259
§3. Renforcement du rôle du président du tribunal.....	261
A.Renforcement des pouvoirs de convocation et d'investigation du président du tribunal.....	261
B. Renforcement du pouvoir d'injonction de faire du président du tribunal.....	263
Section 2. Simplification et précision des procédures amiables.....	265
§1. Précision de la pratique du mandat <i>ad hoc</i>	266
A.Précision de la mission du mandataire <i>ad hoc</i>	266
B.Précision de la compétence du tribunal.....	269
§2. Amélioration de la conciliation pour un équilibre des intérêts du débiteur et des créanciers.....	270
A. L'intérêt de la conciliation pour le débiteur.....	271
1°.Le domaine d'application de la procédure est plus élargi.....	258
2°.Les modalités d'ouverture de la procédure sont facilitées.....	272
3°.Le statut et la mission du conciliateur sont précisés.....	262
... 4°.Des moyens facilitant le déroulement des négociations entre le débiteur et ses créanciers sont mis en place.....	263
5°.Le débiteur a le choix entre la constatation ou l'homologation de l'accord.....	266
6°. Le débiteur bénéficie de la levée de plein droit de l'interdiction d'émettre des chèques.....	266
B. Les intérêts de la conciliation pour les créanciers.....	280
1° Les créanciers peuvent engager des poursuites pendant la procédure de conciliation.....	267
2°. Les créanciers bénéficient du privilège de la conciliation.....	268
3°. Les créanciers sont à l'abri de la nullité des actes passés pendant la période suspecte.....	269
4°. Disparition de la sanction pour soutien abusif.....	269
5°.Les créanciers bénéficient de garanties en cas de résolution de l'accord.....	270

Chapitre 2. Présentation du projet de loi visant la réforme des procédures de prévention et du règlement amiable en droit marocain et réflexions pour leur efficacité et leur adaptation à la réalité des entreprises.....	284
Section 1. Le projet de loi visant la réforme des procédures de prévention et du règlement amiable.....	285
Section 2. Réflexions pour une meilleure efficacité de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises.....	289
§1. Précision et adaptation des dispositifs légaux relatifs régissant la prévention interne à la réalité des entreprises.....	290
A.Adaptation de la loi au contexte économique, financier et social des entreprises...290	
B.Information et sensibilisation des dirigeants d'entreprises sur l'importance de la prévention.....	292
C.Précision de l'intervention des organes d'alerte dans la prévention interne.....	294
§2. Renforcement et encouragement de la pratique de la prévention externe.....	296
A. Amélioration de la relation entre les tribunaux de commerce et les chefs d'entreprises.....	296
B.Renforcement des pouvoirs du président et amélioration des moyens d'alerte.....	298
C.Nécessité de l'implication des partenaires des entreprises dans la prévention externe..	300
§3. Rendre le règlement amiable accessible et attractif.....	301
A.L'information des chefs d'entreprises sur le règlement amiable.....	302
B.Précision et sécurisation de la procédure du règlement amiable.....	303
Conclusion générale.....	300

Bibliographie

Ouvrages Généraux et spéciaux

Yves CHAPUT., Prévention et règlement amiable des entreprises en difficulté. PUF, éd., 1986.

Hassania CHERKAOUL., Droit commercial et activités commerciales, fond de commerce, entreprises commerciales, concurrence, redressement judiciaire, Casablanca, Najah Eljadida 2^{ème} éd, 2003.

Ahmed CHOUKRI-SBAAI, L'intermédiaire dans les procédures de prévention des difficultés des entreprises T.1 Rabat, 2^e éd., 2000.

Marie Laure COQUELET., Entreprises en difficulté- instruments de paiement, Dalloz, 3^{ème} éd., 2009.

Alain COURET, Jacques LARRIEU, Francine MACORIG-VENIER, La réforme du droit des entreprises en difficultés : commentaire de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises et de son décret d'application n°94-910 du 21 octobre 1994, éd., 1995.

Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN, Droit commercial, LGDJ, éd., 2004.

Mohammed DRISSI.ALAMI.MACHICHI., Droit commercial fondamental au Maroc., éd., 2006.

Abdeljalil ELHAMMOUMI., Droit des difficultés de l'entreprise-La prévention des difficultés, le redressement judiciaire, la liquidation judiciaire, Dar Essalam, 3^{ème} éd., 2008.

Pierre FOURNIE, Les réformes du nouveau droit de l'entreprise : Commentaires des lois du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle et celle du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, Montchrestien, éd., 1995.

Deen GIBIRILA, Droit des entreprises en difficulté, Defrénois, éd., 2009.

Gabriel GUERY., Prévention et traitement des difficultés des entreprises, Dunod, Paris éd., 1995.

Yves GUYON., Entreprises en difficultés : Redressement judiciaire - Faillite, Economica, T2, 7^{ème} éd, 1999.

Adrienne HONORAT, Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlement judiciaire, éd.,1959.

André JACQUEMONT, Droit des entreprises en difficulté-la procédure de conciliation-Les procédures collectives de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire, Litec, 5^{ème} éd., 2007.

André JACQUEMONT, Droit des entreprises en difficulté-la procédure de conciliation-Les procédures collectives de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire, Litec, 6^{ème} éd., 2011.

Michel JEANTIN, Droit commercial : instruments de paiement et de crédit- entreprises en difficultés, 4^{ème} éd. Dalloz 1995.

Michel JEANTIN et Paul LE CANNU, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Dalloz, 2006.

Ahmed Said KARMAN, Droit des associés et leurs parts dans la SARL., DAR NAHDA ARABIA, éd., 1995.

Jean Emmanuel KUNTZ., La loi de sauvegarde article par article », ss dir. F.X. LUCAS et H. LECUYER : LGDJ, éd., 2006 sp. p.45.

Paul LE CANNU., Entreprises en difficulté : Prévention, redressement et liquidation judiciaire, Joly, éd., 1988.

Paul LE CANNU, Entreprises en difficulté, Dalloz, 7^{ème} éd. 2006

Paul LE CANNU, Michel JEANTIN, Jean- Michel LUCHEUX, Entreprises en difficulté : prévention, redressement et liquidation judiciaire, Joly, éd., 1994.

Pierre Michel LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives », Dalloz, éd., 2010-2011.

Pierre Michel LE CORRE. et **Emmanuelle LE CORRE-BROLY**, Droit du commerce et des affaires- Droit des entreprises en difficulté. SIREY, 2^{ème} éd., 2006.

Francis LEFEBVRE, Mémento pratique comptable, 1986, n°20.

Alain LIENHARD, Procédures collectives-Prévention et conciliation- Sauvegarde financière accélérée-Redressement judiciaire- Liquidation judiciaire- Sanctions- Procédures, Delmas, 4^{ème} éd 2011.

Alain LIENHARD, Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008, Dalloz, éd., 2009.

François-Xavier LUCAS et **Hervé LECUYER** : La réforme des procédures collectives, L.G.D.J, éd. 2006.

Jean-Michel LUCHEUX., Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable, Ouvrage collectif, Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz, éd. 1995.

Philippe MERLE, Droit commercial, sociétés commerciales, 3^{ème} éd DALLOZ, 1992.

Jean PAILUSSEAU et **Georges PETITEAU.**, Les difficultés des entreprises, Prévention et règlement amiable, éd. 1985.

Francine PEROCHON et **Régine BONHOMME**, Entreprises en difficulté- Instruments de paiement et de crédit et de paiement, 8^{ème} LGDJ éd 2009.

Philippe PEYRAMAURE et **Pierre SARDET**, L'entreprise en difficulté : Prévention- Restructuration- Redressement » Delmas, 4^{ème} éd, 2006.

Philippe ROUSSEL-GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, LexisNexis Litec ,2^{ème} éd 2005.

Michel ROUGER, La prévention des difficultés des entreprises du tribunal de commerce de Paris » in le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz, éd. 1995.

Corine SAINT-HALRY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté 5^{ème} éd, 2006.

Corine SAINT-HALRY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, 6^{ème} éd. 2009.

Jean-Pierre SORTAIS, Entreprises en difficulté Les mécanismes d'alerte et de conciliation, LGDJ , éd. 2010.

Abdelaziz SQUALI, Droit et pratiques en matière de faillite et de liquidation judiciaires, Sofapress, éd 1995.

Dominique VIDAL., Droit des procédures collectives, prévention, conciliation, sauvegarde, redressement, liquidation, L.G.D.J, 5^{ème} éd., 2006.

Dominique VIDAL, Droit des sociétés, L.G.D.J, 7^{ème} éd. 2010.

Thèses

Abdelkrim ABBAD, Le rôle de la justice dans le traitement des difficultés de l'entreprise, Casablanca, 2004.

Ahmed ELHAJJAMI, Le redressement des entreprises en difficultés en droit marocain », Metz. 1988.

Martine LABBE, *Règlement amiable, loi du 1^{er} mars 1984*, thèse Paris 1987.

Danièle MELEDO-BRIAND, Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit, thèse dactylo. Rennes, 1992.

Pierrette REY, De l'usage de la loi du 1^{er} mars 1984 Thèse de doctorat, Paris, 1993.

Clarisse SAWADOGO., La prévention des difficultés dans les Etats d'Afrique francophone, Thèse, Paris 2006.

Articles

Jean François BARBIERRI, « L'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte : le rôle des commissaires aux comptes », *LPA*, numéro spéc. ; « La réforme du droit des entreprises en difficulté », 14 sept. 1994, n°24 et s.

Marcel. BEAUBRUN « Premières observations sur la loi du 1^{er} mars 1984 » *Rev. Jurisp. Com.*, 1984, p. 41.

Gérard BLANC., « La situation du commissaire aux comptes après la loi n°84-148 du 1er mars 1984 », *J.C.P.* 1984, éd. E; II, 14304, n°43.

Saad BENMANSOUR, « Un projet de loi amendant le livre V du Code de commerce élaboré par le ministère de la justice », journal LA VIE ECONOMIQUE, 18 juin 2010, p.12 et 13.

Ahmed BERRADA, «Détection des difficultés des entreprises et évaluation de l'entreprise », *Rev. Mar. Fin. Pub. Eco*, 1987-1988 p. 23.

André BRUNET et Michel GERMAIN, « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes », n°55, *Rev. Soc.*, 1985, 35.

André BRUNET et Michel GERMAIN, « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis la loi du 28 octobre 1982 » 25 janvier 1985, *Rev, soc.* 1985. I n°59.

Yves CHAPUT, « La réforme de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises », *JCP*, éd E, n°32-36, p.380.

Yves CHAPUT, « Le règlement amiable- A propos de la loi n084-148 du 1^{er} mars 1984 et du décret n°85-295 du 1^{er} mars 1985 », *J.C.P.* Ed E II 1985, n°14455, p.205.

Yves CHAPUT, « Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable », *L.P.A.*, 14 sep 1994, n°110, p. 35 et s.

Mohammed Aissam CHAOUI., « La responsabilité des dirigeants de fait d'une entreprise en difficulté » *Rev .mar. dr. aff & entr.*, mai 2005, n°8.

Mohammed Aissam CHAOUI « Neuf magistrats sur dix ne savent pas lire un bilan », *Journal l'ECONOMISTE*, 12 mai 2011, p.4 et 5.

Alain COURET, « La prévention : l'état des lieux », *LPA* ; 17 sep 1993, n°151, p. 12.

Francis-Jean CREDOT, « Les grandes lignes de la réforme du droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 14 sept, 1994, n°110, p.13.

Pierre CROCQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev.proc.coll.* janv 2009, p. 75 s., sp.p. 81, n°29.

Jean-Jacques DAIGRE, « Le rôle du tribunal de commerce, bilan d'une enquête », *JCP* 1987, II, 15066, p.625 ;

Fernand DERRIDA et Jean-Pierre SORTAIS, « Philosophie de la réforme : observations critiques », *LPA*, 14 sep. 1994, n°110, p. 6 et s.

Dictionnaire permanent des difficultés des entreprises ; Enquête CNCC, 1986, bulletin n°22, p.9251.

Emmanuel DOUHAIRE., « Les aspects pratiques de la conciliation : le rôle du conciliateur dans les négociations », *Rev. Jurs.com*, jan :fév. 2008, n°1, p.22.

Jean Bertrand DRUMEN, Thierry BELLOT et Michel MENJUCQ, « La détection précoce des difficultés des entreprises », Table ronde, *Rev.Proc.Coll*, janv-févr 2010, p. 51.

Emmanuel DU PONTAVICE,

-A propos de la suspension provisoire des poursuites de l'ordonnance de 1967 », *Banque* 1980, p.1097.

-Le nouveau rôle du commissaire aux comptes et l'alerte du tribunal de commerce » in n° spéc. *RJ Com.* 1986, n°2, p. 53.

-Les conséquences pratiques de la loi du 1^{er} mars 1984 », *Cie reg. .com. comptes*, Versailles 1985.

Ahmed ELHAJJAMI, « Regard sur les nouvelles missions du commissaire aux comptes. » *R.M.D.E.D*, n°36,1996, p. 153.

Anne GAZENGEL,

-« L'alerte par le commissaire aux comptes, mode d'emploi », La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté mars 1996, n°5, p. 25.

- « La nouvelle législation sur les entreprises en difficulté », La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, n°30, juil. 2007;

- « La nouvelle législation sur les entreprises en difficulté », La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, n°32, juin 2010.

Yves GUYON,

-« Le rôle de prévention du commissaire aux comptes » *JCP*, Ed. E, n°48, 1987 n°150 66, p. 623 ;

-« L'information prévisionnelle », *JCP*, 1985, éd. E, I, 14608, n°5.

Jean Philippe HAEHL,

-La consécration du droit d'alerte du président du tribunal Commentaire de l'article 34 de la loi du 1^{er} mars 1984, modifié par la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises. », *LPA*, 30 sep, 1994, n°117, p.13 et s.

-Le droit d'alerte du président du tribunal : art 34 nouveau de la loi du 1^{er} mars 1984 », *LPA*, 14 sep. 1994, n°110, p.45 et s.

Laurence-Caroline HENRY, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev.proc.coll.*2008, p. 20 s., sp.p .23, n°11.

Michel HERLEMONT, « Une solution au redressement d'une entreprise : le règlement amiable », *JCP*. II 15298, 1988, p. 676.

Michel JEANTIN, « La loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de entreprises », *Dr. social* 1984, spéc. n°41, p. 599.

S.JOURDAN, « Faut-il faire confiance aux commissaires aux comptes », *Rev, Maroc d'Audit et de Dével*, n°4, 1995, p. 67.

Guy Alain LAFONT DE SETENAC, « Rôle du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable dans la détermination du passif du débiteur en conciliation ou en sauvegarde », *Bull. Jol. soc*, 01 août 2006, n°8, p. 1083.

Paul LE CANNU, « L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise », *R.J.Com*, n° spéc. 1986, p. 8.

Pierre Michel LE CORRE « Le privilège de la conciliation » *Gaz.Pal.*, 7 et 8 sept. 2005, p.50.

Dominique LEGEAIS, Les groupements de prévention agréées, *JCP*, Ed. E, n°48, 1987 n°150 66, p. 629

Jean-Pierre LEGROS, « Les mesures de prévention du nouveau titre I du livre VI du code de commerce », *Rev. Dr.soc*, Lexis Nexis, jurisclasseur, oct. 2005, p. 9 et s.

Alain LIENHARD, « La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte », *Rev, proc coll*, 1996. p.1.

François-Xavier LUCAS et Hervé LECUYER, « La loi de sauvegarde des entreprises en difficulté : article par article », *LPA*, 8 Fév. 2006, n°28 p.4.

François-Xavier LUCAS, « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficultés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *Bull. joly . soci*, nov. 2005, §.260, p.1184.

Francine MACORIG-VENIER,

-« Du règlement amiable à la conciliation » *Rev.proc.coll*, avr. 2005, p.352.

-« Entreprises en difficulté : prévention et règlement amiable », *RTD .com*, janv./mar. 2006, p. 190 .

-« Entreprises en difficulté prévention et règlement amiable », *RTD.Com.*, avr./mai 2009, n°2, p. 436 et s.

Jean-Pierre MARCHI, « Une création originale du tribunal de commerce de Paris : le mandataire ad hoc », *Gaz.pal*, 1983, doct 1, p. 123.

Jean-François MARTIN, « La prévention : histoire d'une pratique consulaire », *Droit et patrim*. fév. 1998, p.44.

Véronique MARTINAU-BOURGNINAUD,

-« Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, chrono. p.1356.

-« La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD. Com.* 2002, p.245et s.

Patrick MORVAN, « Le droit social dans la réforme des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, 1511, p.1751 s.

Philippe PETEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II – commentaire de l’ordonnance du 18 décembre 2008 », *JCP E* 2009, 1049, n°8.

Brigitte PETIET,

- « La prévention : plus d’information pour une meilleure détection » *Rev.jurisp.com*, 2005, p. 49.

- « Entreprises en difficulté : nouvel essai », *Rev Juris com*, mar. 2004, p. 50.

Nathalie PIERRE, « Appréciation et pouvoir du comité d’entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d’alerte », *R.T.D com*, avril 2006, p.733 et s, sp. p. 752, n°41.

Albert REINS, Président du tribunal de commerce de Paris, « La nouvelle procédure de conciliation », *Rev Lamy dr aff*, E n°88, 12 déc. 2005.

Anne Marie RIBEYRS, « Pierrette REY, militante de la prévention », *Drt &t Patr*, mars 2006, n°146, p.10 et s.

Pierrette REY, La prévention, plus d’information pour une meilleure détection, *Rev. Juris.com.*, p. 49 et s.

Jean-Louis RIVES-LANGE, « Le règlement amiable, bilan de trois années d’application », *Ban et Dr* n°2, janv./fév., 1989, p.6.

Isabelle ROHART-MESSAGER, « L’amélioration de la prévention » *Gaz.Proc.Coll.*n° sp, 6 et 7 mars 2009, p.5 et s., sp.p.8 et 9.

Anne Marie ROMANI, «Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises », in *Mél. Honorat*, éd Frison-Roche, 2000, spéc, p.178.

Michel ROUGER, « La prévention des difficultés des entreprises au tribunal de commerce de Paris », *Gaz.Pal*, 24/25. mars 1995, p.4.

Michel ROUGER, « La prévention. Point de vue du président du tribunal de commerce de Paris », in Lamy, redressement judiciaire, n°2356 et s

Philippe ROUSSEL GALLE, « “ Être” ou “avoir été” à propos de l’application des articles 1244-1 et suivants du Code civil lors de l’homologation de l’accord de conciliation », *LPA*, 11 août 2008, n°160, p.5

Corine SAINT-HALARY-HOUIN, « La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises » *RD bancaire et fin* 2006, n°2

Jean SAVATIER, « Le comité d’entreprise et la prévention des difficultés des entreprises », *J.C.P.*, éd. 1987, E, n°48, p. 616.

Bernard SOINNE,

-« La réforme des procédures collectives: la confusion des objectifs et des procédures. Premier aspect : la prévention », *Rev. proc. Coll.* 2004, p.2, n°6.

- « La procédure d’alerte instituée par la loi du 1^{er} mars 1984 et la mission du commissaire aux comptes » *J.C.P.* Ed E II 1985, n°14563, p. 537.

Abderrahim SLIMANI, « Les limites du tribunal dans la continuité du règlement amiable », *Rev mar. Dr. aff et entr*, n° 7, janv 2005, p. 25.

Nicole STOLOWY, « De nouvelles injonctions en matière de publication des comptes par les sociétés », *Sem Jurid*, éd Gén, n° 8, 22 fév. 2006, I, p.114.

Jean STOUFFLET et Nicolas MATHEY « Loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 : commentaire des dispositions applicables aux concours financiers. » *Rev.Dr.Ban.Fin*, 25 Janv.-Fév. 2006, p. 55.

Georges TEBOUL,

-« Le Code du travail : un divorce avec le droit des entreprises en difficulté ? », *L.P.A* 1et 2 janv. 2008, n°1et 2, p.7.

- « Petit bréviaire de la loi de sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique, I, la prévention », *L.P.A* 19 oct. 2005, p. 3.

-« La réforme du père Noël : la prévention et la sauvegarde » *Gaz.pal*, 4-6 avr. 2009, p. 7.

Brigitte TEYSSIE, « L’expert-comptable du comité d’entreprise », *JCP*, E, 2003, comm, 1745, p. 1998.

Anne Sophie TEXIER, « Réforme du droit des entreprises en difficultés : présentation du décret d'application » *Rev. Lamy. dr .aff.* Janv. 2006, p.21 spéc.p.22, 1^{er} col.

Renaud VATINET, « Les droits des salariés face aux difficultés économiques de l'entreprise, un exemple d'interprétation du droit commercial et du droit du travail », *JCP E* 1985, II, 14546, n° 21, p. 468.

François VINCKEL, « L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté : analyse des risques » *L.P.A* 12 juin 2006, n°116, p.7 et s ; sp.p.12, n°14.

François VITERBO, « Le sort de la réserve de propriété en période de règlement amiable », *Banque et droit*, mai-juin 1999, p. 3.

Rapports et documents officiels

Rapport de la commission commerciale et économique et immigration marocaine, 1993-1999, 3^{ème} session Avril 1996, p. 238.

Xavier DE ROUX, Rapport Ass. Nat, n° 2095, enregistré le 11 fév. 2005.

Paul SUDREAU, La réforme de l'entreprise, éd 10, 18, 1975 ; p. 179.

Ahmed EL HAJJAMI, « Rapport USAID d'évaluation de la législation commerciale du royaume du Maroc » 2005, p.23, accessible sur www.usaid.org.ma.

Jean-Jacques HYEST, Sénateur :

Rapport . Evaluation de la législation n°120 (2001-2002), 5 déc 2005, p.530.

Rapport n° 335, session ordinaire 2004-2005, mai 2005, t1, p. 550.

Arnaud MONTEBOURG et François COLOMBRET, Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ? Rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale n°1038, éd Michel LAFON, p. 64.

USAID Rapport « Propositions d'amendement du livre V du Code de commerce », Avril 2007, p. 15, accessible sur www.usaid.org.ma .

USAID, « Rapport sur l'évaluation de la législation commerciale du royaume du Maroc » Avril 2004, accessible sur www.usaid.org.ma

Colloques et journées d'études

Ahmed BARJANI, « Le rôle du président dans la prévention de la cessation des paiements » (en arabe), Actes du 4^{ème} congrès des travaux juridiques et bancaires, 2004, p.76.(non publié)

Latifa BENKHIR, « Le rôle du commissaire aux comptes dans la prévention des difficultés des entreprises », Actes du colloque organisé le 21 et 22 juillet 2007 sur « les difficultés des entreprises et le domaine du règlement judiciaire à travers la jurisprudence de la cour de cassation », éd. Association des juges de la cour suprême, Rabat 2007, (en arabe) p. 53 et s.

Khalid BENKIRANE, « Le rôle du président du tribunal dans le règlement amiable » (en arabe) Actes du colloque organisé le 22 juillet 2007, sur « les difficultés des entreprises et le domaine du règlement judiciaire à travers la jurisprudence de la cour de cassation » éd. Association des juges de la Cour suprême, Rabat 2007, p. 73 et s.

Gérard BLANC., « La prévention des difficultés des entreprises analyse des pratiques juridiques », Actes du colloque organisé par la faculté de droit et des sciences politiques d'Aix-Marseille, 25-26 mars 2004, éd. Presse universitaire d'Aix en Provence 2004, p.16.

Jean-François BIGOUROUX, le devoir d'alerte du commissaire aux comptes, Acte du colloque organisé par la faculté de droit et des sciences politiques d'Aix- Marseille 25-26 mars 2004, éd. Presse universitaire d'Aix en Provence 2004, p.65 et s.

Bernard BOUQUET, « Le droit d'alerte des associés minoritaires », Actes du colloque organisé par la faculté de droit et des sciences politiques d'Aix- Marseille 25-26 mars 2004, Presse universitaire d'Aix en Provence, éd., 2004,p.80 et s.

J. L. CHAUVÉ, « Droit d'alerte par le comité d'entreprise », Actes du colloque organisé par la faculté de droit et des sciences politiques d'Aix-Marseille 25-26 mars 2004,éd. Presse universitaire d'Aix en Provence 2004, p.93.

Pierre FOURNIE, « Le traitement non judiciaire des difficultés » Actes du colloque, université des sciences de Toulouse et université des Antilles et de la Guyane, sur le thème « une solution a la crise : La réforme de l'entreprise », Montchrestien éd.,1995, p. 65.

Jean Michel LUCHEUX, « Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable », Actes du colloque organisé à Paris le 12 et 13 oct 1994 sous le thème « Le nouveau droit des défaillances d'entreprises », éd, Dalloz 1995, p.67 et 68.

Bruno MOTEMPS. , « La prévention des difficultés des entreprises : Le rôle du greffier » Actes du colloque, faculté d'Aix Marseille, 25-26 mars 2004, éd. Presse universitaire d'Aix en Provence 2004, p.47.

Jean François MARTIN, « Le nouveau droit des défaillances d'entreprises : premières impressions de la pratique sur la loi nouvelle », Actes du colloque organisé à Paris le 12 et 13 oct 1994 sous le thème « Le nouveau droit des défaillances d'entreprises », éd, Dalloz 1995, p. 39.

Mhamed MOTIK « L'impact de la loi 15-95 sur les éléments de l'entreprise en difficulté » Actes de colloque, Rabat, 1999 (non publié).

François-Xavier LUCAS ,

-« La conciliation : réalité ou poudre aux yeux ? » Actes du colloque du 24 fév. 2006, éd, Litec 2006, n°7, p.19.

-« La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ? » Actes du colloque organisé le 24 février 2004, éd Litec 2004, p. 17.

Nancy VIGNAL., « Appréciation de la notion de cessation des paiements », Acte du colloque, organisé par la faculté de droit et des sciences politiques d'Aix-Marseille le 25 et 26 mars 2004, éd. Presse universitaire d'Aix en Provence 2004,, p. 105 et s.

Ayadi ZERKTI,

-« Le rôle du mandataire spécial dans la procédure du règlement amiable » Actes du colloque, organisé le 21 et 22 juillet 2007 à Tanger, sur « les difficultés des entreprises et le domaine du règlement judiciaire à travers la jurisprudence de la cour de cassation », éd. association des juges de la Cour suprême, Rabat 2007 (en arabe),p.109.

-« Le rôle du conciliateur dans la procédure du règlement amiable », (en arabe) Actes du colloque, Tanger organisé le 22 juillet 2007, sur « les difficultés des entreprises et le domaine du règlement judiciaire à travers la jurisprudence de la cour de cassation », éd. association des juges de la Cour suprême, Rabat 2007, p. 111.

Khalid ELYAZIDI., « Etude du nouveau Code de commerce », Actes du colloque, Centre Marocain des Etudes Juridiques, organisé le 5 juillet 1996, éd. RIMALD 1996, p.51, 52.

Ahmed EL HAJJAMI, « Faut-il réformer le livre V du Code de commerce ? », Actes du colloque, organisé à Rabat le 30 juin et 1^{er} juillet 2005, p.180 (non publié).

USAID et Ministère de la justice, « Bilan de huit années d'application de la nouvelle législation marocaine en matière de droit des difficultés des entreprises » Actes du colloque, Rabat, organisé le 8 et 9 avr. 2004, accessible sur www.usaid.org.ma .

Mohammed SABIR, « Difficultés pratiques de l'application pratique du livre V du Code de commerce », in revue USAID recommandation pour la réforme du livre V, août. 2006, p.22.

Abdelaziz TRID, « Note sur les difficultés juridiques et pratiques de l'application de la procédure des difficultés des entreprises », (en arabe) Actes du colloque organisé à Rabat le 8 et 9 avril 2004, p.15.

Notes et observations de jurisprudence

Jurisprudence française

Jean François BARRIERI, obs. sous Cass.com., 3 déc. 1991, *Bull.joly* .1992, n°48, p. 171.

Michel BEAUBRUN, note sous Cass.com., 8 mai 1979: D. 1981, 218, n°19.

Thierry BONNEAU, note sous Cass. com., 3 déc. 1991, *Dr. Sociétés*, 1992, n°24.

Yves CHAPUT, obs sous C.A Douai, 2^{ème} ch ., 25 juil.2000 : *Dr. Sociétés*, 2001, n°29.

Alain COURET, obs. sous Cass. com.,18 juin 2002; *Bull. Joly Soc.* 2002, §259, p. 1221.

François Derrida, note sous. Cass.com., 16 juin .1998, D. 1998, p. 429.

Deen GIBIRIA; note sous. Cass.com.12 oct.2005, Défernois, nov. 2006, p. 923, chron. 34407, n°1.

Alain LIENHARD,

-obs. sous Cass.com., 29 sept.2009, D.2009, AJ 2422.

-obs. sous, Cass.com., 18 juin 2002; *J;C.P E* 2002, II, 1556.

-note sous Cass.com., 14 mai 2002, D. 2002, AJ 1837.

-obs. sous Cass.com, 5 mai 2004, *RTD com*, p.2004, p. 590.

-obs. sous T.com.Nanterre, 30 nov.2009, D.2009, AJ 2929.

-obs. sous CA Versailles, 18 nov.2010, D.2010, AJ.2726.

François-Xavier LUCAS, obs. sous Cass. Com., 14 mai 2002, *Rev.Dr.Bancaire*, 2002, p. 261.

Francine MACORIG-VENIER.,

-obs. sous Cass.Com., 13 oct.1998, *R.T.D. com.* 1999, p.185.

- obs, sous C.A Douai, 2^{ème} ch ., 25 juil.2000, *R.T.D. com*, 2000, p.213.

- note sous Cass.soc., 19 févr. 2002, *RTD com*, 2002, p.722.

Véronique MARTINEAU-BOURGHINAUD, note sous Cass.com., 14 mai 2002, *D.* 2003, *Jur.* p.615.

Philippe MERLE, obs sous T.G.I Toulouse, 29 juin 2000, *Bull.nat. Commissaires comptes*, 2002, n°125, p.76.

Philippe PETEL, obs sous Cass.com, 14 mai 2002, *JCPE et A* , *chron.*1380, p.1520 n°22002

- **François TAQUET**, obs sous Cass.soc., 8 mars. 1995, *Rev.proc.coll.*,1995, p.500.

Alain VIANDIER, note sous Cass. com.,18 juin 2002, *R.T.D com*, 2002, p. 496.

François VINCKEL, note sous Cass.com., 14 mai 2002, *JCPE*, 2002, n°39, p.1520.

Philippe ROUSSEL GALLE., obs, sous CA Versailles, 13^{ème} Ch, 19 oct. 2006, *Rev. Proc. Coll.* 2007/1,p37, n°33.

Jurisprudence marocaine

Cour d'appel de commerce de Casablanca, arrêt n° 99/1359 du 28/09/1999, dossier n°11/99/1356, (en arabe), *in* L. MALI et K.CHIBANI, *Inventaire des décisions de justice émises dans le cadre des difficultés de l'entreprise*,

Cour d'appel de commerce de Casablanca, arrêt de la chambre commerciale du 10/10/2002, dossier n° 01/1347 (en arabe) *in* gazette des tribunaux du Maroc, n°96, sept-oct, 2002, p.196.

Index alphabétique

A

Activité économique : 1.

Avis de réception : 49, 59, et s, 106 et s, 146, 283.

Acte de gestion : 140, 222, 318.

Accord amiable: 14, 26, 124, 125, 140 et s, 247, s

Alerte :

-associés : 2, 14 et s, 201, 240.

-comité d'entreprise, 30, 50 et s, 160, 176, 219, 258, 275, 279.

-commissaire aux comptes, 18, 26 et s, 59 et s, 90 et s, 160, 198, 201 et s.

-groupement de prévention agréées, 2, 14, 116 et s, 253 et s

-personnes morales de droit privé, 36, 39, 56, 64, s, 84, 91, 103, 129, 139, 255, 256, 263, 270, 278, 281, 291, 308

-président du tribunal, 2, 14, 19, 26, 27, 38, 87 et s,

-procédures (d') : 15, 19, 32 et s, 203 et s, 222 et s, 251 et s, 307 et s.

Anticipation : 98, 246.

Arrêt :

-des poursuites individuelles, 132, 227, 237,

-exploitation, 75.

Artisans : 9, 92, 129, 138, 194, 260, 270, 288.

Association : 36, 57, 66, 116, 234, 245, 255, 278, 280,

-alerte : 59, 66.

Associés :

-alerte : 2, 14, 26, et s, 60 et s, 201, et s, 249 et s.

Augmentation du capital : 61, 71, 76, 109, 160, 211, 299, 293.

B

Banque : 72, 109, 113, 116, 119, 120, 132, 151, 162, 198, 235, 250, 277, 311, 314.

Besoins financiers : 135, 136, 252.

C

Cellules de prévention : 313, 124.

Cessation des paiements :

-absence : 131 et s, 175, 195.

-date : 139, 180, 280, 282, 319, 337,

Collectivité locales : 255, 314,

Comité d'entreprise :

-information (du) : 51, 52 et s, 61, 160.

-alerte : 29, 49, 79 et s, 258, 276, 278.

Commerçant : 103, 138.

Commissaire aux comptes :

-alerte : 45 et s, 204 et s, 255 et s.

-responsabilité civile : 310.

-responsabilité pénale : 67.

Compétence du président :

-mandat ad hoc : 112, 113, 115, 285, et s

-procédure de conciliation et règlement amiable : 130, 140, 154.

Comptabilité prévisionnelle :43, 291, 277, 319.

Comptes : 43, 261.

-annexes : 96, 100,

-dépôt (des) : 97, 98, 224, 263, 283.

Conciliateur :

-désignation :124,142 et s, 255.

-missions :139, 148 et s, 376.

-rémunération : 146.

-statut : 147, 376.

Conseil d'administration : 46 et s, 47, 49, 50, 51, 53, 54, 70, 83, 85, 100, 138, 214, 257, 279, 280.

Conseil de surveillance : 50, 51, 53, 54, 56, 60, 76, 85, 100, 214,

Coobligés : 178, 20,

Créanciers : 2, 21, 26, 114, 139, 143, 146, 148, 151 et s, 224, 229, 238, 245 et s, 267, 270, 319.

D

Débiteur : 2, 4,7,8, 9, 10, 11, 101, 103, et s, 132 et S, 319

Déclaration de cessation des paiements : 132, 185.

Délais de paiement :3, 7,19, 116, 143, 149, 152, 155, 163, 165, 168, 179, 183, 186, 191 et s, 240, 245, 250, 294,302,317.

Délégué du personnel :51, 79, 258.

Dettes : 2, 7,10, 14,19, 101, 106,132 et s,148,151,162 et s, 175,183, 191 et s, 223, 225,235, 240, 269 et s, 294, 298, 319.

Difficulté des entreprises :

-détection : 72, 96,101, 277.

-juridiques, économiques et financières : 3, 26,113,132, et s, 305.

-difficultés sociales : 134.

-difficultés avérées ou prévisibles : 136.

E

Exploitation : 14, 15,28, 40et s, 193, 204,211, 214 et s, 223et s, 256, 276, 306, ,

F

Faillite personnelle : 19,

Faits de nature à compromettre la continuité d'exploitation : 40, 46,51, 58, 61,64,68, 70 et s
214, 217, 251, 255, 308,310,

G

Greffe : 19, 95 et s, 146, 159, 171, 176, 224, 225, 253, 263, 270, 277, 284, 314.

Groupement de prévention agréées :

-alerte : 2, 121 et s, 253, 260, 279, 284, 314.

H

Homologation : 19, 20, 149,155, 160 et s, 174,197, 246, 270, 290 et s, 317, 378.

I

Information comptable : 14, 19, 274, 275, 276, 284.

Inexécution : 172, 186 et s, 270, 284, 302, 316, 317, 379.

Injonction de faire : 98, 263, 264, 284.

L

Lettres de répit : 6.

Liquidation judiciaire : 10, 11, 17,19, 102 et s, 119,129,132,179.

M

Maintien de l'activité : 41,

Mandat ad hoc : 110 et s, 147,198, 252, 264et s, 285 et s, 303.

Ministère public : 111, 138, 142, 160,176, 191, 192,195,284, 292.

N

Nullité des actes passés pendant la période suspecte : 297, 300.

O

Obligation (de): 2, 19, 34 et s, 46, 49, 51,63,65, 67, 70 et s,94, 102, 162, 172, 191, 195, 215,
218, 220, 224, 253, 255, 263,275, 284,308, 313, 316.

Opposition : 176, 317.

Ordonnance du président du tribunal :

- taux d'astreinte : 98, 284, 313.

-suspension provisoire, 150, 151, 270, 377..

-ouverture de conciliation : 144, 154, 292.

Organe d'alerte : 15, 71,124, 198, 199, 203,219, 253,271, 273,306, 318.

P

Paiement : 1, et s, 51,62,71,101,104, 109, 113,116,119,124,131et s, 308, 312,314et s.

Personnes morales de droit privé :

-alerte :57, 64 et s, 85, 91, 103, 129, 139, 255, 256, 263, 270, 276, 278, 281, 291, 308,

Personnes physiques : 91, 129, 139, 156, 168, 198, 288, 291.

Perspectives : 15, 21, 25, 199, 271.

Poursuites individuelles : 132, 193.

-suspension : 11, 123, 143, 149 et s, 246, 270, 294, 298, 317.

Président du tribunal :

-alerte : 88 et s, 221 et s, 261 et s.

-mandat ad hoc : 112 et s.

- conciliation : 140 et s.

Privilèges de conciliation, 173 et s, 193,196,198.

Procédure :

-alerte : 203, 251, 253 et s

-conciliation : 173, 175 et s, 230, 269,281,287,289.

-collectives : 194 et s.

-règlement amiable : 126 et s, 230 et s, 253, 270,

R

Règlement amiable : 2, 14, 126 et s,197, 230 et s,

Rémunération : 111 et s, 146, 287,305, 317.

S

Salariés : 2, 36,41,79 et s, 95,116, 135,152, 160, 176,251,255 et s, 276,303,305,309,

Sauvegarde des entreprises : 18, 20, 21, 120, 125, 160 , 215, 245, 263, 267, 270, 281, 305, 307, 318.

Seuils : 255, 256, 276, 36 et s ,66

Suspension provisoire des poursuites individuelles : 11, 143, 149 et s, 246, 270, 294, 317.

Société commerciales : 30, 31, 36 et s, 45,57 et s ,92 , 115,122,129, 138,156, 198, 255,263, 278, 291, 308.

T

Tableau de financement : 139, 276.

Traitement des difficultés : 15, 22, 31, 63, 125, 217, 224, 272, 283, 303, 305, 314.

Trésor public : 19, 101 et s, 120, 121, 124, 151, 162, 163, 198, 224, 235, 250, 270, 277, 284, 311, 313, 314.

Annexes N°1.

LA LOI N° 15-95 DU 1^{er} AOÛT 1996 **LIVRE V DU CODE DE COMMERCE : LES DIFFICULTES DE** **L'ENTREPRISE**

Article 545 : L'entreprise est tenue de procéder par elle-même à travers la prévention interne des difficultés, au redressement permettant la continuité de l'exploitation. A défaut, le président du tribunal intervient à travers la prévention externe.

Le traitement de l'entreprise intervient à travers le redressement judiciaire par la mise en place d'un plan de la continuation ou d'un plan de cession.

Les difficultés peuvent aboutir à la fin de la continuation de l'exploitation par la mise en liquidation judiciaire.

On entend par chef d'entreprise au sens du présent livre, la personne physique débitrice ou le représentant légal de la personne morale débitrice.

Titre premier : les procédures de prévention des difficultés

Chapitre premier : La prévention interne

Article 546 : Le commissaire aux comptes, s'il en existe, ou tout associé dans la société informe le chef de l'entreprise des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation et ce, dans un délai de 8 jours de la découverte des faits et par lettre recommandée avec accusé de réception, l'invitant à redresser la situation.

Faute d'exécution par le chef d'entreprise dans un délai de 15 jours de la réception ou s'il n'arrive pas personnellement ou après délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas, à un résultat positif, il est tenu de faire délibérer la prochaine assemblée générale pour statuer, sur rapport du commissaire aux comptes, à ce sujet.

Article 547 : Faute d'une délibération de l'assemblée générale à ce sujet, ou s'il a été constaté que malgré les décisions prises par cette assemblée, la continuité de l'exploitation demeure compromise, le président du tribunal en est informé par le commissaire aux comptes ou par le chef d'entreprise.

Chapitre II : La prévention externe, le règlement amiable

Article 548 : Le président du tribunal convoque le chef d'entreprise dans le cas prévu à l'article 547 ou lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure, qu'une société commerciale, ou une entreprise individuelle commerciale ou artisanale, connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, pour que soit envisagées les mesures propres à redresser la situation.

A l'issue de cet entretien, le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative contraire, obtenir communication, par le commissaire aux comptes, les administrations, les organismes publics ou le représentant du personnel ou par toute autre personne, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

Article 549 : S'il apparaît que les difficultés de l'entreprise sont susceptibles d'être aplanies grâce à l'intervention d'un tiers à même de réduire les oppositions éventuelles des partenaires habituels de l'entreprise, le président du tribunal le désigne en qualité de mandataire spécial ; il lui assigne une mission et un délai pour l'accomplir.

Article 550 : La procédure de règlement amiable est ouverte à toute entreprise commerciale ou artisanale qui, sans être en cessation de paiements, éprouve une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise.

Le président du tribunal est saisi par une requête du chef de l'entreprise, qui expose sa situation financière, économique et sociale, les besoins de financement ainsi que les moyens d'y faire face.

Article 551 : Dès réception de la requête, le président du tribunal fait convoquer dans son cabinet, par le greffier, le chef de l'entreprise pour recueillir ses explications.

Article 552 : Outre les pouvoirs qui lui sont attribués par l'article 548, le président du tribunal peut charger un expert d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise et, nonobstant toute disposition législative contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.

Article 553 : S'il apparaît que les propositions du chef de l'entreprise sont de nature à favoriser le redressement de l'entreprise, le président du tribunal ouvre le règlement amiable. Il désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas trois mois mais qui peut être prorogée d'un mois au plus à la demande de ce dernier.

Article 554 : Le président du tribunal détermine la mission du conciliateur, dont l'objet est de favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers.

Le président du tribunal communique au conciliateur les renseignements dont il dispose et, le cas échéant, les résultats de l'expertise visée à l'article 552.

Article 555 : S'il estime qu'une suspension provisoire des poursuites serait de nature à faciliter la conclusion de l'accord, le conciliateur peut saisir le président du tribunal. Après avoir recueilli l'avis des principaux créanciers, ce dernier peut rendre une ordonnance fixant la suspension pour une durée n'excédant pas le terme de la mission du conciliateur.

Cette ordonnance suspend et interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement à ladite décision et tendant:

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

Elle arrête et interdit toute voie d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles.

Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont, en conséquence, suspendus.

Sauf autorisation du président du tribunal, l'ordonnance qui prononce la suspension provisoire des poursuites interdit au débiteur, à peine de nullité, de payer, en tout ou partie, une créance quelconque née antérieurement à cette décision, ou de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement, ainsi que de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale de l'entreprise ou de consentir une hypothèque ou nantissement. Cette interdiction de payer ne s'applique pas aux créances résultant du contrat de travail.

Article 556 : Lorsqu'un accord est conclu avec tous les créanciers, il est homologué par le président du tribunal et déposé au greffe. Si un accord est conclu avec les principaux créanciers, le président du tribunal peut également l'homologuer et accorder au débiteur les délais de paiement prévus par les textes en vigueur pour les créances non incluses dans l'accord.

Article 557 : L'accord entre le chef de l'entreprise et les créanciers est constaté dans un écrit signé par les parties et le conciliateur. Ce document est déposé au greffe.

Article 558 : L'accord suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice, toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il suspend les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents à ces créanciers.

En cas d'inexécution des engagements résultant de l'accord, le tribunal prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé.

Article 559 : En dehors de l'autorité judiciaire à qui l'accord et le rapport d'expertise peuvent être communiqués, l'accord ne peut être communiqué qu'aux parties signataires et le rapport d'expertise qu'au chef d'entreprise.

Annexe N°2

PROJET DE LOI VISANT LA REFORME DU LIVRE V DU CODE DE COMMERCE MAROCAIN

Article premier

Les articles :

550, 552,553, 559, 560, 562, 563, 565, 569, 575, 579, 602, 622, 640, 653, 660, 661, 662, 686, 88, 690, 695, 693, 711, 728, 729, 730,731 du livre V du Code de commerce sont modifiés et complétés comme suit :

Article 550 : La procédure de règlement amiable est ouverte à toute entreprise commerciale ou artisanale qui, sans être en cessation de paiements, éprouve une difficulté juridique, économique ou financière ou sociales ou se trouve confrontée à des différents entre les associés ayant trait à la gestion ou des besoins ne pouvant être couverts que par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise.

Le président du tribunal est saisi par une requête écrite et signée par le chef de l'entreprise ou son avocat du chef de l'entreprise, qui expose sa situation financière, économique et sociale, les besoins de financement ainsi que les moyens d'y faire face.

Article 552 : Outre les pouvoirs qui lui sont attribués par l'article 548, le président du tribunal peut charger un expert d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise et peut ordonner le cas échéant, de procéder à un audit, et obtenir, nonobstant toute disposition législative contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.

Article 553 : S'il apparaît que les propositions du chef de l'entreprise sont de nature à favoriser le redressement de l'entreprise, le président du tribunal ouvre le règlement amiable. Il désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas trois mois mais qui peut être prorogée d'un mois au plus à la demande de ce dernier.

Sont applicables, concernant la désignation et le remplacement du conciliateur , les dispositions de la section I du chapitre III du titre III du Code de procédure civile.
Il est pris en considération lors de la désignation du conciliateur sa connaissance de l'activité de l'entreprise

Article 559 : En dehors de l'autorité judiciaire à qui l'accord et le rapport d'expertise peuvent être communiqués, l'accord ne peut être communiqué qu'aux parties signataires et le rapport d'expertise qu'au chef d'entreprise.

La communication de l'accord et du rapport d'expertise comprend la possibilité d'en prendre copie aux frais du demandeur.

Annexe N°3

LOI DE SAUVEGARDE N° 2005-845 DU 26 JUILLET 2005

LIVRE VI : DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES

Article L. 610-1

Un décret en Conseil d'État détermine, dans chaque département, le tribunal ou les tribunaux appelés à connaître des procédures prévues par le présent livre, ainsi que le ressort dans lequel ces tribunaux exercent les attributions qui leur sont dévolues.

TITRE I^{er} : DE LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES

Chapitre I^{er} : De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation

Article L. 611-1

Toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que toute personne morale de droit privé peut adhérer à un groupement de prévention agréé par arrêté du représentant de l'État dans la région.

Ce groupement a pour mission de fournir à ses adhérents, de façon confidentielle, une analyse des informations économiques, comptables et financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement.

Lorsque le groupement relève des indices de difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert.

À la diligence du représentant de l'État, les administrations compétentes prêtent leur concours aux groupements de prévention agréés. Les services de la Banque de France peuvent également, suivant des modalités prévues par convention, être appelés à formuler des avis sur la situation financière des entreprises adhérentes. Les groupements de prévention agréés peuvent aussi bénéficier d'aides des collectivités territoriales.

Les groupements de prévention agréés sont habilités à conclure, notamment avec les établissements de crédit et les entreprises d'assurance, des conventions au profit de leurs adhérents.

Article L. 611-2

I. Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ses dirigeants

peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation.

À l'issue de cet entretien ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation, le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

II. Lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président du tribunal peut leur adresser une injonction de le faire à bref délai sous astreinte.

Si cette injonction n'est pas suivie d'effet dans un délai fixé par décret en Conseil d'État, le président du tribunal peut également faire application à leur égard des dispositions du deuxième alinéa du I.

Article L. 611-3

Le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance peut, à la demande du représentant de l'entreprise, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission.

Article L. 611-4

Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours.

Article L. 611-5

La procédure de conciliation est applicable, dans les mêmes conditions, aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Pour l'application du présent article, le tribunal de grande instance est compétent et son président exerce les mêmes pouvoirs que ceux attribués au président du tribunal de commerce.

La procédure de conciliation n'est pas applicable aux agriculteurs qui bénéficient de la procédure prévue aux articles L. 351-1 à L. 351-7 du Code rural.

Article L. 611-6

Le président du tribunal est saisi par une requête du débiteur exposant sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face.

Outre les pouvoirs qui lui sont attribués par le second alinéa du I de l'article L. 611-2, le président du tribunal peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et, nonobstant toute disposition législative et réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci.

La procédure de conciliation est ouverte par le président du tribunal, qui désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas quatre mois mais qu'il peut, par une décision motivée, proroger d'un mois au plus à la demande de ce dernier. Le débiteur peut proposer un conciliateur à la désignation par le président du tribunal. À l'expiration de cette période, la mission du conciliateur et la procédure prennent fin de plein droit.

La décision ouvrant la procédure de conciliation n'est pas susceptible de recours. Elle est communiquée au ministère public. Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la décision est également communiquée à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève.

Le débiteur peut récuser le conciliateur dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'État.

Article L. 611-7

Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi.

Le conciliateur peut, dans ce but, obtenir du débiteur tout renseignement utile. Le président du tribunal communique au conciliateur les renseignements dont il dispose et, le cas échéant, les résultats de l'expertise mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 611-6.

Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du Code du travail et les institutions régies par le livre IX du Code de la sécurité sociale peuvent consentir des remises de dettes dans les conditions fixées à l'article L. 626-6 du présent Code.

Le conciliateur rend compte au président du tribunal de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles sur les diligences du débiteur.

Si, au cours de la procédure, le débiteur est poursuivi par un créancier, le juge qui a ouvert cette procédure peut, à la demande du débiteur et après avoir été éclairé par le conciliateur, faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

En cas d'impossibilité de parvenir à un accord, le conciliateur présente sans délai un rapport au président du tribunal. Celui-ci met fin à sa mission et à la procédure de conciliation. Sa décision est notifiée au débiteur.

Article L. 611-8

I. Le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire. Il statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin. La décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours. Elle met fin à la procédure de conciliation.

II. Toutefois, à la demande du débiteur, le tribunal homologue l'accord obtenu si les conditions suivantes sont réunies :

- 1) Le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ;
- 2) les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;
- 3) l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

Article L. 611-9

Le tribunal statue sur homologation après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, le conciliateur et le ministère public. L'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève, le cas échéant, le débiteur qui exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, est entendu ou appelé dans les mêmes conditions.

Le tribunal peut entendre toute autre personne dont l'audition lui paraît utile.

Article L. 611-10

L'homologation de l'accord met fin à la procédure de conciliation.

Lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, l'accord homologué est transmis à son commissaire aux comptes. Le jugement d'homologation est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance et fait l'objet d'une mesure de publicité. Il est susceptible de tierce opposition dans un délai de dix jours à compter de cette publicité. Le

jugement rejetant l'homologation ne fait pas l'objet d'une publication. Il est susceptible d'appel.

L'accord homologué suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice et toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il suspend, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord. Les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué.

L'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier, mise en oeuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation.

Saisi par l'une des parties à l'accord homologué, le tribunal, s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé.

Article L. 611-11

En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13.

Dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le prix de ce bien ou de ce service, par privilège avant toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation.

Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital.

Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation.

Article L. 611-12

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué en application de l'article L. 611-8. En ce cas, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés,

déduction faite des sommes perçues, sans préjudice des dispositions prévues à l'article L.611-11.

Article L. 611-13

Les missions de mandataire ad hoc ou de conciliateur ne peuvent être exercées par une personne ayant, au cours des vingt-quatre mois précédents, perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au sens de l'article L. 233-16, sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue au titre d'un mandat ad hoc ou d'une mission de règlement amiable ou de conciliation réalisée pour le même débiteur ou le même créancier. La personne ainsi désignée doit attester sur l'honneur, lors de l'acceptation de son mandat, qu'elle se conforme à ces interdictions.

Les missions de mandataire ad hoc ou de conciliateur ne peuvent être confiées à un juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans.

Article L. 611-14

Après avoir recueilli l'accord du débiteur, le président du tribunal fixe les conditions de rémunération du mandataire ad hoc, du conciliateur et, le cas échéant, de l'expert, lors de la désignation de l'intéressé, en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Sa rémunération est arrêtée par ordonnance du président du tribunal à l'issue de la mission.

Les recours contre ces décisions sont portés devant le premier président de la Cour d'appel dans un délai fixé par décret en Conseil d'État.

Article L. 611-15

Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité.

Chapitre II : Des dispositions applicables aux personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique

Article L. 612-1

Les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique dont le nombre de salariés, le montant hors taxes du chiffre d'affaires ou les ressources et le total du bilan dépassent, pour deux de ces critères, des seuils fixés par décret en Conseil d'État, doivent établir chaque année un bilan, un compte de résultat et une annexe. Les modalités d'établissement de ces documents sont précisées par décret.

Ces personnes morales sont tenues de nommer au moins un commissaire aux comptes et un suppléant.

Pour les coopératives agricoles et les sociétés d'intérêt collectif agricole qui n'ont pas la forme commerciale, lorsqu'elles ne font pas appel à des commissaires aux comptes inscrits, cette obligation peut être satisfaite par le recours aux services d'un organisme agréé selon les dispositions de l'article L. 527-1 du Code rural. Les conditions d'application de cette disposition seront précisées par décret en Conseil d'État.

Les peines prévues par l'article L. 242-8 sont applicables aux dirigeants des personnes morales mentionnées au premier alinéa du présent article qui n'auront pas, chaque année, établi un bilan, un compte de résultat et une annexe.

Même si les seuils visés au premier alinéa ne sont pas atteints, les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique peuvent nommer un commissaire aux comptes et un suppléant dans les mêmes conditions que celles prévues au deuxième alinéa. Dans ce cas, le commissaire aux comptes et son suppléant sont soumis aux mêmes obligations, encourent les mêmes responsabilités civile et pénale et exercent les mêmes pouvoirs que s'ils avaient été désignés en application du premier alinéa.

Article L. 612-2

Les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique dont, soit le nombre de salariés, soit le montant hors taxes du chiffre d'affaires ou les ressources dépassent un seuil défini par décret en Conseil d'État, sont tenues d'établir une situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible, un compte de résultat prévisionnel, un tableau de financement et un plan de financement.

La périodicité, les délais et les modalités d'établissement de ces documents sont précisés par décret.

Ces documents sont analysés dans des rapports écrits sur l'évolution de la personne morale, établis par l'organe chargé de l'administration. Ces documents et rapports sont communiqués simultanément au commissaire aux comptes, au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel et à l'organe chargé de la surveillance, lorsqu'il en existe.

En cas de non-observation des dispositions prévues aux alinéas précédents ou si les informations données dans les rapports visés à l'alinéa précédent appellent des observations de sa part, le commissaire aux comptes le signale dans un rapport écrit qu'il communique à l'organe chargé de l'administration ou de la direction. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. Il est donné connaissance de ce rapport à la prochaine réunion de l'organe délibérant.

Article L. 612-3

Lorsque le commissaire aux comptes d'une personne morale visée aux articles L. 612-1 et L. 612-4 relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de cette personne morale, il en informe les dirigeants de la personne morale dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

À défaut de réponse dans un délai fixé par décret en Conseil d'État, ou si celle-ci ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes invite par un écrit dont la copie est transmise au président du tribunal de grande instance, les dirigeants à faire délibérer l'organe collégial de la personne morale sur les faits relevés. Le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance. La délibération de l'organe collégial est communiquée au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel et au président du tribunal de grande instance.

En cas d'inobservation de ces dispositions ou si le commissaire aux comptes constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, une assemblée générale est convoquée dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'État. Le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à cette assemblée. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel.

Si, à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal et lui en communique les résultats.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsqu'une procédure de conciliation ou de sauvegarde a été engagée par les dirigeants en application des articles L. 611-6 et L. 620-1.

Article L. 612-4

Toute association ayant reçu annuellement des autorités administratives, au sens de l'article 1^{er} de la loi du 12 avril 2000, ou des établissements publics à caractère industriel et commercial une ou plusieurs subventions dont le montant global excède un montant fixé par décret, doit établir des comptes annuels comprenant un bilan, un compte de résultat et une annexe dont les modalités d'établissement sont fixées par décret. Ces associations doivent assurer, dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État, la publicité de leurs comptes annuels et du rapport du commissaire aux comptes.

Ces mêmes associations sont tenues de nommer au moins un commissaire aux comptes et un suppléant.

Article L. 612-5

Le représentant légal ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes d'une personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique ou d'une association visée à l'article L. 612-4 présente à l'organe délibérant ou, en l'absence d'organe délibérant, joint aux documents communiqués aux adhérents un rapport sur les conventions passées directement ou par personne interposée entre la personne morale et l'un de ses administrateurs ou l'une des personnes assurant un rôle de mandataire social.

Il est de même des conventions passées entre cette personne morale et une société dont un associé indéfiniment responsable, un gérant, un administrateur, le directeur général, un directeur général délégué, un membre du directoire ou du conseil de surveillance, un actionnaire disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % est simultanément administrateur ou assure un rôle de mandataire social de ladite personne morale.

L'organe délibérant statue sur ce rapport.

Un décret en Conseil d'État précise les conditions dans lesquelles le rapport est établi.

Une convention non approuvée produit néanmoins ses effets. Les conséquences préjudiciables à la personne morale résultant d'une telle convention peuvent être mises à la charge, individuellement ou solidairement selon le cas, de l'administrateur ou de la personne assurant le rôle de mandataire social.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux conventions courantes conclues à des conditions normales qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières, ne sont significatives pour aucune des parties.

Annexe N°.4

ORDONNANCE N°2008-1345 DU 18 DECEMBRE 2008

TITRE IER : DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE DE COMMERCE

Article 1 Le code de commerce est modifié conformément aux chapitres Ier à VIII du présent titre.

CHAPITRE IER : DU MANDAT AD HOC ET DE LA CONCILIATION

Article 2 : L'article L. 611-3 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 611-3.-Le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission. Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire ad hoc.

« Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et le tribunal de grande instance dans les autres cas. »

Article 3 : L'article L. 611-6 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 611-6.-Le président du tribunal est saisi par une requête du débiteur exposant sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face. Le débiteur peut proposer le nom d'un conciliateur.

« La procédure de conciliation est ouverte par le président du tribunal, qui désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas quatre mois mais qu'il peut, par une décision motivée, proroger d'un mois au plus tard à la demande de ce dernier. Si une demande d'homologation a été formée en application du II de l'article L. 611-8 avant l'expiration de cette période, la mission du conciliateur et la procédure sont prolongées jusqu'à la décision du tribunal. A défaut, elles prennent fin de plein droit et une nouvelle conciliation ne peut être ouverte dans les trois mois qui suivent.

« La décision ouvrant la procédure de conciliation est communiquée au ministère public et, si le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, aux commissaires aux comptes. Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la décision est également communiquée à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève. Elle est susceptible d'appel de la part du ministère public.

« Le débiteur peut récuser le conciliateur dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat.

« Après ouverture de la procédure de conciliation, le président du tribunal dispose des pouvoirs qui lui sont attribués par le second alinéa du I de l'article L. 611-2. En outre, il peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et, nonobstant toute disposition législative et réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci. »

Article 4 L'article L. 611-7 est ainsi modifié

1° Au deuxième alinéa, le mot : « deuxième » est remplacé par le mot : « cinquième »

2° Au cinquième alinéa, après les mots : « le débiteur est », sont insérés les mots : « mis en demeure ou ».

Article 5 : Au dernier alinéa de l'article L. 611-8, les mots : «, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil » sont supprimés.

Article 6 : L'article L. 611-10 est ainsi modifié

1° Les trois dernières phrases du deuxième alinéa sont remplacées par les dispositions suivantes :

« Il est susceptible d'appel de la part du ministère public et, en cas de contestation relative au privilège mentionné à l'article L. 611-11, de la part des parties à l'accord. Il peut également être frappé de tierce opposition. Le jugement rejetant l'homologation ne fait pas l'objet d'une publication. Il est susceptible d'appel. »

2° Les trois derniers alinéas sont supprimés.

Article 7 : Après l'article L. 611-10, sont insérés trois articles L. 611-10-1 à L. 611-10-3 ainsi rédigés :

« **Art. L. 611-10-1.**-Pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il interrompt, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord.

« **Art. L. 611-10-2.**-Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué.

« L'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L. 131-73 du code monétaire et financier, mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation.

« **Art. L. 611-10-3.**-Saisi par l'une des parties à l'accord constaté, le président du tribunal, s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci.

« Dans les mêmes conditions, le tribunal prononce la résolution de l'accord homologué.

« Le président du tribunal ou le tribunal qui décide la résolution de l'accord peut aussi prononcer la déchéance de tout délai de paiement accordé en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7. »

Article 8 : Le premier alinéa de l'article L. 611-11 est remplacé par les dispositions suivantes :

« En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service. »

Annexe N°5

Questionnaire relatif à l'application de la procédure d'alerte par les commissaires aux comptes
--

- Raison sociale :
- Adresse:
- Téléphone:
- E-mail:
- Site web:
- Nom et fonction du responsable (ayant répondu à l'enquête) :

Objectif N1 : Vérification de l'application de la loi n°15-95 du 1^{er} août 1996 (livre V du Code de commerce)

1. La procédure d'alerte est une mission inhérente à l'activité des commissaires aux comptes, l'avez- vous déjà appliquée?

Oui

Non

2. Si non, quelles en sont les raisons à votre avis?

3. Si oui, dans quel type d'entreprises l'aviez-vous appliquée?

4. Quels sont les faits qui vous ont amené à la déclencher ?

Objectif N°2: le déroulement de la procédure d'alerte

1. Aviez-vous eu la possibilité d'appliquer l'alerte conformément aux différentes étapes prévues par l'article 546 du Code de commerce :

« Le commissaire aux comptes est tenu d'informer le chef d'entreprise des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise et ce, dans un délai de 8 jours de la découverte des faits et par lettre recommandée avec accusé de réception, l'invitant à redresser la situation. Faute d'exécution par le chef d'entreprise dans un délai de 15 jours ou s'il n'arrive pas personnellement ou après délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas, à un résultat positif, il est tenu de faire délibérer la prochaine assemblée générale pour statuer, sur rapport du commissaire aux comptes, à ce sujet. »

Oui

Non

2. Est-ce que les dirigeants ont répondu à la demande d'explication que vous leur avez adressée, en respectant les délais prévus par le texte ?

3. Si oui, quel a été le taux de réponse ?

4. Si non qu'avez-vous fait dans ce cas là ?

5. Avez-vous été amené à informer le président du tribunal de commerce ?

6. Aviez-vous rencontré des obstacles lors d'une procédure d'alerte ? Si oui, lesquels?

Objectif N° 3: Les résultats d'application de la procédure d'alerte

1. Quel est le taux de réussite de la procédure d'alerte ?

- 2. Telle qu'elle est prévue par le texte, pensez-vous que l'application de la procédure d'alerte est efficace?

- 3. Si non, quelles sont les raisons de son inefficacité?

- 4. A votre avis, quelles sont les voies d'amélioration?

Annexe N°.6

<p style="text-align: center;">ENQUETE AUPRES DES CHEFS D'ENTREPRISES SUR LA LOI N°15-96 DU 1^{ER} AOUT 1996 REGLEMENTANT LA PREVENTION ET LE REGLEMENT AMIABLE DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES AU MAROC</p>

A- Généralités :

1. Raison sociale :
2. Forme juridique :
 - a. S.A.
 - b. SARL
 - c. Autre à préciser :
3. Date de création :
4. Adresse :
5. Téléphone :
6. E-mail :
7. Site web :
8. Nom et fonction du responsable (ayant répondu à l'enquête) :
 - a. Nom :
 - b. Fonction :
9. Secteur d'activité de l'entreprise :
10. Evolution du marché principal de l'entreprise :
 - a. En développement
 - b. En stagnation
 - c. En difficulté
11. La concurrence est-elle essentiellement :
 - a. Locale
 - b. Régionale
 - c. Nationale
 - d. Européenne
 - e. Internationale
12. L'entreprise appartient-elle :
 - a. Uniquement à des personnes physiques
 - b. ou en partie à une entreprise/groupe

B- Opinion sur l'application de la prévention des difficultés des entreprises :

13. La gestion de l'entreprise est-elle assurée par :

- Une seule personne (Le directeur général ou le Président du conseil d'administration (cas de SA) ou le gérant (SARL)
- Les deux

14. Savez-vous qu'il existe une procédure d'alerte interne qui peut être déclenchée par le commissaire aux comptes ou l'un des associés, permettant de prévenir les difficultés des entreprises ?

- Oui Non

15. Avez-vous connu l'une des difficultés suivantes, qui aurait justifié le déclenchement d'une procédure d'alerte :

-Perturbation de l'activité de l'entreprise suite à de graves difficultés financières, mais sans être en cessation des paiements Oui Non

-Grèves répétées Oui Non

-Perte d'un marché important Oui Non

-Perte d'un contrat de franchise Oui Non

-La concurrence déloyale Oui Non

-Crise économique Oui Non

Autres :
.....
.....

16. Si oui, avez-vous été informé par le commissaire aux comptes ou par les associés ou actionnaires, dans le cadre d'une procédure d'alerte?

- Oui Non

17. Avez-vous suivi les étapes de la procédure d'alerte (réponse dans un délai de 15 jours à partir de la réception de l'information, convocation de l'assemblée générale des associés, information du président du tribunal de commerce) ?

- Non. Pourquoi ?
- Oui. Quel a été le résultat ?

18. Avez-vous trouvé des solutions de redressement de l'entreprise ? Lesquelles?

19 Avez-vous déjà été convoqués par le président du tribunal de commerce ?

- Oui : Pour quelles raisons ?
- Non

20. Si oui, avez-vous répondu à sa convocation ?

- Oui
- Non

21. Si oui, comment cela s'est-il passé ?

Ya -il eu un entretien : Oui Non

Etiez- vous satisfait de la confidentialité : Oui Non

Un mandataire spécial a été nommé : Oui Non

Avez-vous trouvé des solutions de redressement : Oui Non

Commentaire :

22. Si non, quelles sont les raisons qui vous ont empêché de répondre à la convocation du président du tribunal ?

C -Opinion sur l'application du règlement amiable:

23. Connaissez-vous le règlement amiable, comme moyen permettant le redressement de la situation des entreprises en difficultés avant la cessation de paiements?

Oui Non

24. Si oui, comment avez-vous été informé ?

25. Avez-vous déjà demandé l'ouverture d'une procédure de règlement amiable, lors des difficultés de votre société sans être en cessation des paiements ?

Oui Non

26. Si oui, un conciliateur a été désigné ?

Oui Non

27. Avez-vous abouti à la signature d'un accord amiable avec les créanciers ?

Oui Non

28. Selon vous, quels sont les trois facteurs les plus importants qui pourraient freiner la décision de demander l'ouverture d'une procédure de règlement amiable :

-délais de procédure et frais de justice Oui Non

-crainte de divulgation des difficultés de l'entreprise... Oui Non

-imprécision de la procédure du règlement amiable par la loi Oui Non

-un nombre de créanciers important Oui Non

-crainte de se retrouver en redressement ou liquidation judiciaire Oui Non

Autres facteurs :.....
.....
.....
.....
.....
.....

29. Pour que la prévention et le règlement amiable soient plus efficaces, pensez vous qu'il faut :

-multiplier les tribunaux de commerce de proximité Oui Non

-informer les chefs d'entreprises sur les dispositifs préventifs existants au Maroc
 Oui Non

-Préciser les procédures relatives aux mesures préventives Oui Non

-améliorer les moyens financiers et humains des greffes pour encourager le traitement des difficultés des entreprises Oui Non

-sensibiliser les greffiers sur l'importance de l'application des procédures préventives

Oui Non

Autres :.....
.....
.....

Annexes N°7.

STATISTIQUES DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE MARRAKECH
RELATIVES A LA PREVENTION EXTERNE DEPUIS LA CREATION
DES TRIBUNAUX DE COMMERCE AU 31/ 12/ 2004

Année	Dossiers enregistrés	Dossiers présentant des difficultés	Procédures converties en règlement amiable	Dossiers en cour
1998	02	01	01	00
1999	38	32	06	00
2000	00	00	00	00
2001	03	02	01	00
2002	06	03	01	02
2003	03	00	03	00
2004	01	00	01	00
TOTAL	53	38	13	02

Annexes n° 8

Questionnaire relatif à la pratique du règlement amiable par le tribunal de commerce

I. Demande d'ouverture d'une procédure de règlement amiable

1. Quelles entreprises l'effectuent ?

- Grandes ou petites ?
- Forme juridique la plus fréquente, (les artisans, les entreprises individuelles, des sociétés commerciales)
- Secteur économiques

2. Quelle est la nature de leurs difficultés ?

- Economique ?
- Juridique ?
- Financière ?
- Sociale ?

3. Comment apprécie-t-on que « leurs besoins ne sont pas couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise » ?

4. Comment s'assurer que l'entreprise n'est pas en état de cessation de paiement ?

- Tient-on compte :
- de sa trésorerie ?
- de sa situation financière ?
- de la totalité de ses besoins financiers rapprochés du financement du compte d'exploitation, des investissements, ..., etc...

5. Forme et la nature de la demande

6. Est-ce une requête ? Un recours gracieux... ?

L'entreprise expose t- elle :

- Ses difficultés financières ?

- Les mesures de redressement ?
- Les délais de paiement et remises nécessaires ?

7. Quels documents fournit-elle pour la demande d'ouverture du règlement amiable ?

- Etat des créances et dettes, échéancier, liste des principaux créanciers
- Etat actif et passif des suretés et engagement hors bilan
- comptes annuels, tableau de financement, situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues et du passif exigible des 3 derniers exercices

8. Pourquoi le débiteur recourt-il au règlement amiable ?

- pour éviter les procédures collectives ?
- sur suggestion du président du tribunal ? D'un ou des créanciers ?
- autres motifs ?

9. Nombre de demandes effectuées depuis l'entrée en vigueur de la loi n°15-96 du 1^{er} août 1996

II. La réponse du président du tribunal de commerce

1. Qui l'instruit ?

- dans quel délai ?
- l'entretien avec le débiteur est-il suffisant pour l'instruire ?
- le recours à l'expertise est-il utile ? fréquent ?
- des investigations complémentaires sont-elles faites auprès du commissaire aux comptes ? des représentants du personnel ? des administrations publiques ? des organismes de sécurité sociale ou de prévoyance ? des banques y compris Banque Almaghreb ? des impôts ?

2- Forme et nature de la réponse

- L'ordonnance est-elle un acte juridictionnel ? D'administration judiciaire ? Extra judiciaire ?
- autre ?
- Est-ce qu'il y a eu décision de refus de nommer un conciliateur ?
- pourquoi ?
- y a-t-il un recours possible ?
- comment s'opère le choix du conciliateur ?

3. Combien de demandes ont débouché sur la nomination d'un conciliateur depuis la création des tribunaux de commerce ?

1. Statut du conciliateur

Le conciliateur est-il :

- un mandataire, un auxiliaire de justice ?
- quel profil doit-il avoir ?

2. Quelle est sa mission ?

- apurer le passif ?
- le devoir de convaincre ?
- favoriser le redressement de l'entreprise ?
- conclure un accord avec le débiteur et ses principaux créanciers ?
- autre ?

3. Quelles sont ses méthodes de travail ?

- contacts bilatéraux ?
- réunions plénières ?
- fait-il un diagnostic de l'entreprise, de ses difficultés ?

4. ses pouvoirs et moyens d'action ?

- de quelles informations dispose-t-il ?
- lesquelles ?

5. Sa rémunération

- qui la fixe, sur quels critères ?
- l'accord du demandeur est-il nécessaire et celui des créanciers ?
- bénéficie-t-il du privilège des frais de justice reconnu au liquidateur amiable et au mandataire ?

6. Un « statut » de conciliateur devrait-il être institué ?

- Si oui, que devrait-il contenir ?
- 7. Dans quel cas la responsabilité du conciliateur pourra t- elle être engagée ?**

- Non respect du secret professionnel ?
- s'il impose une solution et s'immisce dans la gestion ?
- a-t-il une obligation spécifique de conseil ?
- autres cas de mise en cause ?

VI. Le débiteur

1. Typologie des débiteurs

- Quels sont les principaux problèmes qui se posent dans la conciliation ?
- Qui dans l'entreprise débitrice négocie avec les créanciers ?
- ses agissements pendant la conciliation ?

2. Propositions du débiteur

- Est-ce-lui qui prépare le projet d'accord ?
- que demande t-il ?
- des détails de paiements ou des remises de dettes ?
- un plan d'apurement du passif ?
- autres ?
- que propose t-il en échange ?
- des mesures de redressement économique et financier, ou d'ordre social sur son patrimoine personnel ?
- Autres ?

VII. Les créanciers

1. Qui choisit les « principaux créanciers » ?

- sur quels critères ?

2. Qui sont- ils habituellement ?

- les banques ?

- le trésor public ?
 - la CNSS ?
3. **Qu'est-ce qui les motive à négocier ?**
 4. **Quelles attitudes ont-ils durant la conciliation ?**
 5. **A défaut de délai légal, le conciliateur leur impose-t-il des délais pour se prononcer ?**
 6. **Cherchent-ils à obtenir des garanties ? lesquelles ? A quel moment ? Pour quelles créances ?**

VIII. L'accord amiable

1. Sa nature

- Est-un contrat de droit commun ?
- est-il unique ou est-ce juxtaposition de contrats individuels avec les différents créanciers ?

2. Son contenu

- contient-il des clauses (de retour à meilleure fortune, de surveillance de la marche de l'affaire, d'impossibilité de procéder à des actes de disposition, relatives aux cautions) ?
- Autres ?

3. Son exécution

- Y a-t-il un suivi systématique et par qui ?
- peut-il être renégocié, et si oui peut-il être bilatéralement ou doit-il l'être avec tous les créanciers parties à l'accord initial ?
- le non respect des engagements financiers conclus débouche t-il systématiquement sur le redressement judiciaire ?

4. Qui le demande ?

- D'office le président du tribunal ?
- un créancier partie à l'accord ?

5. Que se passe t-il en cas de non respect d'engagements autres que financiers ?

- Le débiteur peut-il conclure d'autres règlements amiables avec de nouveaux créanciers, ou les anciens pour d'autres créances ?

6. Combien d'accords ont été conclus depuis la mise en application de la loi sur la prévention et le règlement amiable du 1^{er} août 1996 ?

- Combien sont encore en cours d'exécution ?
- combien ont été suivis par une déclaration de cessation de paiement ?
- l'intérêt du règlement amiable
 - pour le débiteur ?
 - Pour les créanciers ?
 - Pour le tribunal ?

III. Avenir du règlement amiable au Maroc

- Pensez-vous que le règlement amiable est aujourd'hui efficace pour appréhender les difficultés des entreprises ?

- Quelles sont selon vous les voies d'amélioration ?