

Les enjeux du mimétisme en droit des entreprises en difficulté (2009)

par

Valérie Gomez-Bassac, Maître de conférences,

Université du Sud Toulon-Var

On sait bien que le droit des entreprises en difficulté est étroitement lié à la conjoncture économique. C'est pourquoi tous les Etats ont connu une évolution récente dont l'analyse permet de dégager certaines constantes, notamment les finalités de cette branche du droit, qui ne sont pas exclusives les unes des autres, le sauvetage de l'entreprise, la protection des emplois, la prise en compte des créanciers. De la sorte, les critères d'analyse ont évolué. Si la faillite a longtemps été vécue comme une honte car la mauvaise gestion ou la malhonnêteté du chef d'entreprise était en cause, aujourd'hui les éléments principaux sont conjoncturels et la nature des difficultés a changé.

De surcroît, l'internationalisation des échanges apporte une image nouvelle de cette problématique qui nécessite une approche comparatiste. Certes, une réflexion européenne a été menée qui a conduit à l'adoption d'un Règlement sur l'insolvabilité¹ mais cet effort semble aujourd'hui un peu avorté.

Pourtant la prise en compte de l'évolution économique, juridique et conjoncturelle devrait conduire les Etats désireux de faire progresser leur législation à trouver dans le droit comparé une source d'inspiration efficace. Mais cet attrait nécessaire présente aussi quelques dangers et des écueils qu'il convient d'éviter. En effet, quelle que soit la parenté des sources, quel que soit le caractère prégnant du mimétisme juridique, le législateur ne peut pas se limiter à un seul modèle sans avoir, en tout cas, intégré consciemment dans la genèse de ses textes, une analyse lucide des insuffisances, des imperfections et des modifications les plus récentes². Tel est le cas précisément pour le droit marocain qui ne s'est pas vraiment dégagé de son passé colonial dont il garde des traces nettes. L'empreinte du droit français est très forte car les constructions juridiques et les « infrastructures » sont nées à l'époque du protectorat. Sans doute ce mimétisme s'est-il traduit par la construction d'un droit complètement autonome, un véritable droit marocain mais insuffisamment détaché de sa source première sans avoir tenu compte de son évolution.

1 Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, Journal officiel n° L 160 du 30/06/2000 p. 0001 – 0018. Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, CNUDCI, 2005, 421p.

2 Amélioration du climat des affaires au Maroc, *La réforme des procédures de traitement des difficultés de l'entreprise au Maroc*. USAID, décembre 2008, 34 p, p. 11 et s.

Au Maroc, avant la promulgation du code de commerce en 1996, le monde des affaires était régi par une multitude de textes³. Le plus important était le code de commerce terrestre du 12 août 1913. Pendant plus de 83 ans, ce code a consacré la « commercialité » et régi le monde des affaires au Maroc. Il s'agissait dans ses divers aspects, d'une transposition du code de commerce français dont la base reposait sur les principes du code civil napoléonien. D'autres textes régissaient également le commerce au Maroc tels que le Dahir du 31 décembre 1914 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce, celui du 11 mai 1921 instituant un registre central du commerce ou encore le Dahir du 19 janvier 1939 portant législation sur le paiement par chèque.

Mais au cours de la dernière décennie, le Maroc a progressé de manière très spectaculaire afin de moderniser son économie et, par conséquent, l'environnement juridique des affaires.

De la sorte, la transposition d'un système étranger, surtout en droit des affaires, présente rapidement des limites, pour des raisons diverses : contextes économiques différents, composition spécifique des juridictions commerciales, environnement culturel divers. Même inspirée par un droit étranger, la réforme doit trouver à la fois sa source et sa place dans les fibres mêmes du pays et c'est une volonté politique qui doit l'animer.

Ainsi l'inspiration par le modèle français⁴ doit être repensée en termes de processus. Ce sont les méthodes qui doivent être évaluées. En effet toute la difficulté réside dans la nécessité d'aboutir à un équilibre entre les différents acteurs en présence : entreprise, créanciers publics et privés, banques, salariés, actionnaires. Le consensus doit être la priorité car le droit des entreprises en difficulté est une matière d'une haute technicité qui ne peut s'appréhender qu'au regard des intérêts en présence, bien souvent divergents.

Le modèle français ne saurait être transposé sans tenir compte des dispositions réglementaires nombreuses (notamment les décrets d'application) ni de la jurisprudence foisonnante en la matière⁵. Or, précisément, le droit des entreprises en difficulté est en perpétuelle mutation afin de s'adapter aux exigences du marché et aux contraintes économiques. Toutes ces données doivent être prises en compte. D'ailleurs, depuis la réforme française du droit des entreprises en difficulté adoptée en 2005, l'écart entre le droit marocain et sa source première devient plus important. Ainsi, la question de la refonte de ce dernier se pose-t-elle avec plus d'insistance et d'acuité. La conciliation et la procédure de sauvegarde, telles qu'elles ont été consacrées par le législateur français, rapprochaient la loi française de celle du Chapter 11 en vigueur aux Etats-Unis⁶. Tous les espoirs étaient permis pour le sauvetage de l'entreprise en supprimant le lien entre la sauvegarde et le risque inéluctable de

3 Pour une étude d'ensemble du droit marocain des entreprises en difficulté : R. MARTIN, Didier. *Droit commercial et bancaire marocain*. Ed. Société d'édition et de diffusion Al madariss, Casablanca, 2003, 394 p., pp. 317-374. SOUIDI, Mohamed. *Droit des affaires au Maroc*. I. Management 7, manuel complet d'aide à la gestion des PME/PMI, coll. Comprendre et connaître, 2008, 191 p., pp. 165-180.

4 Le droit des entreprises en difficulté est régi par le code de commerce (art. 545 à 736). Les dispositions marocaines sont très proches des règles françaises. Elles distinguent deux procédures : la prévention des difficultés et le traitement des difficultés.

5 Dahir n° 1-96-83 du 15 rabii 1417 (1er août 1996) portant promulgation de la loi n° 15-95 formant code de commerce. Amélioration du climat des affaires au Maroc, La réforme des procédures de traitement des difficultés de l'entreprise au Maroc. USAID, décembre 2008, 34 p, p. 5 et s.

6 Le droit américain laisse toute latitude au débiteur afin de déclencher cette procédure. La condition française – une difficulté insurmontable- n'est pas exigée par les textes. En revanche la bonne foi du débiteur est exigée.

cessation des paiements. Pourtant, l'application de ces nouvelles dispositions conduit à un constat d'échec. Il aurait fallu agir en amont avant que la situation de l'entreprise ne fût irrémédiablement compromise. De plus, le nouveau droit des procédures collectives n'est pas adapté aux petites et moyennes entreprises, aux artisans, aux commerçants qui représentent pourtant l'essentiel de l'activité économique. C'est cet échec qui doit être analysé afin que le droit marocain puisse en tirer quelques enseignements.

Certes, le droit des entreprises en difficulté a connu ces dernières années en France de profondes mutations. La primeur était donnée aux solutions amiables afin de maintenir l'unité économique et sauvegarder les emplois. Pourtant, la mise en place des dernières dispositions relatives au sauvetage des entreprises présente encore certaines faiblesses, notamment en ce qui concerne le respect des délais, bien souvent trop brefs, l'assouplissement des conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde, l'amélioration des conditions de réorganisation de l'entreprise, la situation des dirigeants, le développement du recours à la procédure de conciliation⁷. Bien plus, dès l'adoption de la loi, de nouvelles réformes étaient déjà en discussion⁸, dont certaines ont aujourd'hui vu le jour⁹.

L'étude comparée qui suit a vocation de permettre aux réformateurs marocains de tirer profit des réflexions menées. Deux angles de réflexion sont en ce sens adoptés : il est nécessaire d'aborder au premier chef les contraintes économiques et juridiques et, à cet égard, les modes alternatifs permettent d'en tenir compte ; en ce sens la priorité doit être donnée aux solutions amiables des difficultés des entreprises (I). Par ailleurs, on ne saurait envisager une réforme du droit des entreprises en difficulté au Maroc sans être conscient du fait que cette matière est au centre des préoccupations juridiques et politiques (II).

I. L'entreprise en difficulté : l'alternative privilégiée des solutions amiables

Une entreprise n'est jamais à l'abri d'incidents de parcours pouvant mettre en question sa pérennité. Une diminution d'activité, une décision malheureuse, des créances qui s'accumulent, des difficultés successorales et c'est la survie d'une structure économique qui est menacée avec toutes les conséquences humaines que cela emporte. L'intérêt de la collectivité entière est concerné et nul ne peut se désintéresser des conséquences économiques et sociales de la disparition d'une entreprise. A cet égard le rôle de la prévention est essentiel.

⁷ Publiée au Journal officiel le 27 juillet 2005, la loi de sauvegarde des entreprises est entrée en vigueur le 1er janvier 2006. Cette loi, ainsi que son décret d'application n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, réforment en profondeur le droit des entreprises en difficulté.

⁸ Réflexions qui ont donné lieu à l'ordonnance n° 2008-1345 portant réforme du droit des entreprises en difficulté a été publiée au JORF du 19 décembre 2008. Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation du décret du 12 février 2009. Actualité législative, *Dalloz*, février 2009, p. 420.

⁹ La loi du 22 octobre 2010 qui met en place la sauvegarde financière accélérée.

A. Considérations d'ordre économique et juridique

La santé du secteur financier conditionne l'activité économique ; or, en période de crise, les entreprises en difficulté doivent donner lieu à une réflexion globale afin de mesurer toutes les conséquences à l'égard de tous les acteurs économiques.

Cette réflexion juridique doit également coordonner les matières périphériques au droit des entreprises en difficulté. A titre d'exemple, en France l'ordonnance de 2008 a donné lieu à de nouvelles dispositions dans le Code du travail ou dans le Code général des Impôts. Or, certains oublis ont été faits lors de l'application des nouvelles dispositions relatives aux procédures collectives. Un des exemples les plus marquants concerne la remise de pénalités. L'article L 243-5al. 1 du Code de la Sécurité sociale dispose : « [...] les créances privilégiées en application du premier alinéa de l'article L. 243-4, dues par un commerçant, un artisan ou une personne morale de droit privé même non commerçante, doivent être inscrites à un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance dans le délai de neuf mois suivant leur date limite de paiement [...] ». Il est complété par l'alinéa 7 du même article : « En cas de procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaire, les pénalités, majorations de retard et frais de poursuites dus par le redevable à la date du jugement d'ouverture sont remis »¹⁰. Or, le débiteur en nom propre qui n'entre pas dans une des catégories citées par le présent article ne peut bénéficier de la remise (notamment les professions civiles indépendantes). La question peut se poser de savoir s'il s'agit d'un oubli ou si cette différence de régime se justifie par le fait que certaines cotisations concernent des caisses sociales différentes (pour certaines professions libérales il existe des caisses de régimes autonomes de retraite). En toute hypothèse, le problème mérite d'être posé

¹¹

L'une des difficultés souvent mise en évidence pour régir le sort des entreprises en difficulté au Maroc tient au contexte judiciaire qui n'est pas nécessairement propice aux modes amiables de règlements des litiges¹². Ainsi l'enquête menée en 2008 « de Maroc Transparency » souligne que l'indice de corruption le plus élevé au Maroc (3,6 sur 5) revient au système judiciaire. L'enquête vise notamment les magistrats dont les revenus oscillent entre 800 et 3000 euros entre le début et la fin de leur carrière. De leur côté, les experts ont droit à des honoraires médiocres en contrepartie de leurs services, ce qui incite à la

10 LEBEL, Ch. L'article L 243-5 du Code de la Sécurité sociale et les professions civiles indépendantes. *D.* avril 2010, p. 835.

11 AGouram, Khadija, « Le rôle du contrat dans la préservation de l'entreprise en difficulté de paiement » in Dix ans d'application du système des difficultés des entreprises : Quel bilan ? *Revue marocaine de droit d'économie et de gestion*, numéro spécial, n° 53, 2008, pp. 45-65, p. 45 : « L'absence d'harmonisation entre le droit des procédures collectives et les autres branches du droit auxquelles il est confronté, particulièrement le droit des contrats, a pour conséquence : de remettre en cause les principes fondamentaux ainsi que les équilibres les plus essentiels du droit privé ». Force est de constater que la même difficulté se retrouve au Maroc.

12 Dans son rapport sur le développement humain des pays arabes en 2009, le Programme des Nations unies pour le développement (Pnud) dévoile que seuls 10 % des Marocains pensent bénéficier du droit à un procès équitable.

corruption¹³. Le Livre blanc parle aussi de « la prééminence de la culture contentieuse » ce qui explique que les modes alternatifs de règlement des litiges sont marginalisés¹⁴.

A cet égard, l'opinion d'un praticien est de nature à nous éclairer. Pour M. Alain Gauvin¹⁵, l'« internationalisation et [l'] intensification de la concurrence ne peuvent que militer en faveur de l'instauration d'un régime juridique dérogatoire concernant les opérations financières. [...] Une atténuation du droit des faillites marocain serait opportune puisque la compétitivité du système bancaire et financier marocain en dépend. « Les investisseurs internationaux seront plus prompts encore à investir au Maroc, dès lors qu'ils y trouvent une protection juridique suffisante », explique Gauvin. Et d'ajouter que le droit marocain des faillites est de nature à « entraver le financement de l'économie ». Il faut dire que ce régime juridique « surprotège » en effet le débiteur victime de faillite, au détriment de son créancier qui voit s'amointrer ses chances de récupérer son dû. L'on remarque que le législateur s'est abstenu d'afficher clairement les objectifs de ce dispositif¹⁶ »¹⁷.

Il est évident pourtant que l'intérêt de l'entreprise comme celui de la société passe par des mesures anticipatoires et notamment des mesures de prévention. Ces mesures de prévention ont pour finalité d'alerter le dirigeant ou le Tribunal de commerce sur les signes révélateurs des premières difficultés. Il s'agit donc, soit d'une démarche volontaire du dirigeant qui sollicite un entretien avec un magistrat du Tribunal de Commerce chargé de la prévention, soit d'une démarche du Tribunal qui s'informe de la situation de l'entreprise auprès du Trésor Public, de la Sécurité Sociale ou d'autres organismes intéressés.

C'est par une action commune que le chef d'entreprise et le juge chargé de la prévention examinent et recherchent ensemble les solutions possibles de redressement.

En effet, dans le droit des entreprises en difficulté la prévention doit être le maître mot¹⁸. Les mesures amiables visent uniquement les entreprises qui sans être en état de

13 Pour renforcer et consolider le dynamisme de l'économie marocaine. Livre blanc, Confédération générale des entreprises du Maroc, 1997, p. 37. Voir également : Maroc 2020 : Justice, l'impossible réforme ? *L'économiste*, 19 janvier 2010 : « La corruption c'est de loin le premier problème de la justice au Maroc. Elle se pratique à tous les niveaux », déplore Me Réda Oulamine, président de l'association Droit et Justice. Faiblesse des salaires, lenteur des promotions, manque de contrôle et absence de sanctions sont parmi les causes de cette situation. Sur le même thème, Maroc, la justice en chantier. *Jeune Afrique* : « Selon la Banque mondiale, l'institution arrive en tête des services publics corrompus, avec une note de 3,6 sur 5, devant la police ou la santé. Des conclusions auxquelles souscrit l'Inspection générale de la justice elle-même. Dans son rapport 2008, rendu public par une fuite, elle affirme que plus de 862 plaintes ont été déposées, dont 613 contre des magistrats. Les inspecteurs relèvent 84 cas de corruption et près de 100 fautes professionnelles avec des records pour les villes de Casablanca et de Khouribga, capitale du phosphate. Le professionnalisme des experts mais aussi des avocats ou des huissiers y est également mis en cause ».

14 Pour renforcer et consolider le dynamisme de l'économie marocaine. Livre blanc, Confédération générale des entreprises du Maroc, 1997, p. 40.

15 Docteur en droit et avocat associé au cabinet Lefèvre Pelletier.

16 Le législateur marocain a introduit en 1996 le mécanisme de traitement des difficultés de l'entreprise, (contenu dans le Livre V du Code de commerce) mettant ainsi fin à l'ancien système des faillites de l'entreprise.

17 Mounadi Mohamed. Droit des faillites : « Comment les opérations financières trinquent », *L'économiste*, 2008. Voir également : BERRADA, Adam. Droit des faillites : Une loi « détournée par les escrocs »? <http://juristconseil.blogspot.com/2009/01/droit-des-faillites.html>.

18 En droit français c'est l'article L.611-2 du code de commerce qui définit la notion de prévention des difficultés : « 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

cessation des paiements éprouvent des difficultés ne pouvant être couvertes par un financement approprié.

B. Nécessité d'éviter le règlement judiciaire

Les principales causes de défaillance d'une entreprise sont liées à des problèmes de trésorerie, de réduction d'activité, de rentabilité ou même à des problèmes de management au sein de la structure (problème avec des salariés et (ou) les associés)¹⁹.

L'analyse et le diagnostic précoce de la situation permettent de trouver la meilleure solution pour éviter à l'entreprise une éventuelle cessation d'activité. Cela implique donc que les difficultés soient détectées assez tôt et cela implique aussi une participation importante du rôle du juge.

1. La détection des premières difficultés de l'entreprise

Il existe une première différence entre le droit marocain et le droit français qui limite l'étendue du mimétisme juridique. En effet pour l'instant le droit marocain définit l'entreprise comme une unité économique de production à but commercial. Or, en France, la notion d'entreprise ne recouvre pas uniquement celles des sociétés commerciales ou des commerçants. Il s'agit d'une approche de droit économique de sorte qu'un titulaire d'une profession libérale, un artisan, une association, peuvent avoir recours au droit des entreprises en difficulté²⁰.

Par ailleurs, en France, la priorité a été donnée à l'évaluation des risques²¹. Les principales causes de défaillance sont aujourd'hui identifiées : trésorerie, cause accidentelle, perte d'un marché. Il est essentiel de faire un diagnostic sur l'entreprise car c'est la solution qui permet d'intervenir en amont afin de tenter d'éviter le règlement judiciaire en faisant un pronostic raisonnable. Il apparaît en effet qu'un déclenchement plus précoce des procédures permettant de déceler et de traiter les difficultés rencontrées serait de nature à réduire le nombre des disparitions d'entreprises. La situation est évidemment la même pour les entreprises marocaines.

Certains indicateurs convergents peuvent révéler la période difficile que traverse l'entreprise, voire la cessation des paiements. Il s'agit notamment de l'importance des dettes impayées, le recours à des modes de financement nouveaux et plus onéreux, des apports en

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 ».

19 En France : problèmes spécifiques de trésorerie (23%), problèmes de management(19%), réduction des marges et de la rentabilité (18%), causes accidentelles (8%), réduction d'activité(32%).

20 Il est important que les procédures de règlement et de liquidation soient adaptées à la réalité économique. En France, les très petites entreprises (TPE, soit 2,3 millions d'entreprises de 0 à 19 salariés) représentent 95 % des entreprises françaises. Les professions libérales sont de plus en plus concernées par le droit des entreprises en difficulté, la jurisprudence ne cesse d'apporter des précisions sur les conditions d'ouverture de ces procédures à des professionnels indépendants (C. Cass., com. 9 février 2010 D. 434).

21 Agir en amont a été perçu comme la seule solution permettant de sauver l'entreprise. En effet, il apparaît que 72 % des dépôts de bilan aboutissent à une liquidation judiciaire. Ce chiffre est pour partie dû au caractère tardif des mesures adoptées.

compte courant importants, la pluralité des poursuites en paiements. Afin d'analyser au mieux la situation de l'entreprise des cellules « prévention » ont été créées au sein des tribunaux de commerce.

La France suit cette démarche depuis une vingtaine d'années. Des outils efficaces sont aujourd'hui à la disposition de l'entreprise qui souhaite agir avant une situation financière irrémédiablement compromise (mandataire *ad hoc*, conciliation, recours aux experts, prérogatives du commissaire aux comptes, rôle du Comité d'entreprise, etc..).

Toutes ces mesures ne peuvent être transposées sans tenir compte du contexte économique et culturel marocain. En effet, la plupart d'entre elles proviennent de dispositions réglementaires dont les autorités marocaines ne se sont pas inspirées. De plus, dans les différents rapports que nous avons étudiés, il apparaît que les procédures applicables aux entreprises en difficulté sont le plus souvent utilisées par des chefs d'entreprise peu scrupuleux qui utilisent ces « méthodes » dans le seul but de ne pas honorer leurs dettes. De plus, toutes les entreprises n'ont peut-être pas intérêt (???) à bénéficier des procédures de sauvetage²².

De surcroît, l'analyse de ces outils montre qu'ils sont peu efficaces. La France est restée dans un système qui protège le débiteur. En cas de liquidation, les dettes sont éteintes. Le débiteur n'engage pas - sauf exception - son patrimoine personnel. En effet, lors d'une liquidation judiciaire un inventaire des biens professionnels est dressé, les biens personnels ne sont pris en compte que si l'activité est exercée en nom propre et si les dits biens ne font l'objet d'aucune protection particulière. La clôture de la procédure de liquidation met fin au dessaisissement du débiteur, les créanciers n'ont plus aucune possibilité de recouvrer leur créance. De plus, l'obligation aux dettes sociales a été supprimée. Il est très rare que le patrimoine personnel du débiteur défaillant soit engagé. En cas de fictivité de la personne morale, la procédure peut être étendue à la personne ou aux personnes qui se cachaient derrière l'entité apparente. La situation est la même s'il y a confusion des patrimoines lorsque leur titulaire les assimile et les utilise comme si en réalité, il n'en consistait qu'un seul.

Le patrimoine personnel peut, de façon exceptionnelle, se trouver engagé lors de la mise en jeu de la responsabilité du dirigeant. L'article L 651-1 du Code de commerce prévoit la possible condamnation du dirigeant au comblement du passif de l'entreprise lorsque l'entreprise est mise en redressement ou en liquidation judiciaire²³. L'action en comblement de passif n'est possible, et ne peut être valablement engagée, que si des fautes de gestion caractérisées imputables aux dirigeants sociaux ont été commises et si elles ont contribué à l'insuffisance d'actif. D'autres sanctions personnelles existent comme la faillite personnelle et l'interdiction de gérer prévues aux articles 653-1 et suivants du Code de commerce. Mais il s'agit d'une simple faculté proposée au tribunal, ce qui signifie, en toute hypothèse, que les condamnations personnelles demeurent rares.

22 ZOUHRY, Leïla, « Légitimité de la continuation des contrats en cours dans les procédures de redressement », in Dix ans d'application du système des difficultés des entreprises : Quel bilan ? *Revue marocaine de droit d'économie et de gestion*, numéro spécial, n° 53, 2008, pp. 33-44, pp. 33-34.

23 Tous les dirigeants de droit ou de fait (gérants de SARL, PDG ou DG de SA...) sont passibles de cette condamnation, y compris les anciens dirigeants ou les conjoints s'ils se sont comportés comme les véritables gérants.

Quant au créancier c'est son initiative qui devrait pouvoir entraîner la mise en mouvement des instruments de prévention. En effet, en cas de non-paiement, avant toute procédure, afin de recouvrer sa créance, le créancier dispose de l'injonction de payer devant les tribunaux civils ou de commerce, selon la nature de la dette. Dès cet instant, le Président du tribunal devrait pouvoir convoquer le chef d'entreprise afin de faire une analyse de la créance. Mais, la plupart du temps, ce sont des procédures distinctes : l'injonction n'est pas un élément déterminant dans la mise en route d'une procédure de sauvetage de l'entreprise. Le débiteur n'aura recours aux mesures de prévention qu'à partir du moment où les dettes seront plus importantes. De plus le créancier choisit l'injonction et ne déclare pas sa créance, car bien souvent il ne souhaite pas être à l'initiative d'un éventuel redressement judiciaire de l'entreprise. Le rôle du juge à titre d'anticipation devrait être magnifié par une procédure de contrôle en amont qui serait prise à son initiative dès qu'une créance de plus de 60 jours est restée impayée.

La retranscription des méthodes prévues par le droit français nécessite dans un premier temps d'analyser les échecs du droit français des entreprises en difficulté avant d'identifier, dans un second temps, les apports potentiels de notre droit au système marocain. Il s'agit aussi d'être rigoureux sur l'utilisation des nouvelles techniques et de les mettre en place en toute transparence. Pour ce faire, l'implication de tous les acteurs est nécessaire.

2. Le rôle du juge dans l'application du droit des entreprises en difficulté

En France, les juges du tribunal de Commerce, juges consulaires, sont des juges élus, chargés de régler les litiges entre commerçants et de gérer les procédures collectives. Ces juges, désignés par leurs pairs, ont, en principe, et c'est la raison d'être des tribunaux de commerce, une connaissance du monde économique et, en outre, ils maîtrisent le fonctionnement de l'entreprise et son environnement comptable, fiscal et juridique. Cependant, cette affirmation optimiste ne concerne que certains juges, et il peut arriver qu'un commerçant ayant une activité réduite ait une méconnaissance du monde de l'entreprise. C'est pourquoi, du reste, les tribunaux de commerce développent les formations pour les juges ou les délégués consulaires et notamment les formations juridiques.

Au Maroc, au contraire les juges au commerce sont des magistrats qui ont suivi un cursus juridique « classique »²⁴. Le monde de l'entreprise n'a souvent que très peu de réalité pour eux. Le plus souvent, ils n'ont aucune compétence pour lire et comprendre un bilan, et ainsi leur manque de compréhension du monde des affaires et de la finance rend parfois délicat le traitement de certains dossiers. Les juges comptent alors sur l'opinion des experts, comme en France. « Ce système soulève les problématiques de compétence, de conflit d'intérêt et de manque d'opportunité de process²⁵ contradictoire de la part des parties adverses. Les experts ne sont ni certifiés, ni réglementés »²⁶. Ainsi, la formation doit

24 Les Tribunaux de Commerce marocains ont été créés par la loi n° 53-95 du 6 janvier 1997, promulguée par le dahir n° 1.97.65 du 12 février 1997. Il y a actuellement huit Tribunaux de Commerce au Maroc, ils sont composés de magistrats professionnels.

25 Le terme «process» doit être appréhendé comme la succession de différentes phases.

26 Amélioration du climat des affaires au Maroc. Plan d'action et organisation des tâches, oct 2005-sept 2006, USAID, 22 novembre 2005, p. 11.

s'imposer tant aux juges qu'aux experts notamment en matière de comptabilité et de gestion d'entreprise.

Il est nécessaire de laisser plus d'initiative au Juge et notamment lui permettre de faire des rapprochements entre les procédures, faciliter la demande de situations financières intermédiaires, car le bilan déposé en fin d'année révèle un état des lieux de façon trop tardive.

Les problématiques liées aux entreprises en difficulté révèlent des réalités économiques, juridiques, politiques et sociales qui doivent intéresser les juristes et les politiques.

En effet, l'entreprise est génératrice d'emplois, elle est source de richesses économiques de sorte que toutes les réflexions doivent graviter autour des solutions à adopter.

II L'entreprise en difficulté : l'alternative des juristes et des politiques.

Comme il a été remarqué précédemment, le choix d'un modèle juridique cohérent, efficace et présentant le moins de dangers possibles est en même temps un choix de juriste et un choix politique. La méthode du recours à des modes alternatifs, notamment, suppose que soient dépassés les obstacles qui appartiennent à ces deux sphères. Tout projet de réforme doit avoir pour ambition de rendre plus attractive la procédure applicable aux entreprises en difficulté en la rendant plus efficace. L'incertitude économique préoccupe les entreprises de même que l'évolution rapide des marchés et de la concurrence. Pour les entreprises dont le modèle de gestion est rigide ou dépassé, le risque de recourir à un redressement ou à une liquidation judiciaire est présent.

A. Les adaptations du droit des entreprises en difficulté

De manière générale, on ne peut concevoir un système de règlement des entreprises en difficulté que dans le cadre d'un système judiciaire approprié. Il faut donc s'assurer de la mise en place au Maroc d'un système judiciaire plus efficient et efficace dont les jugements soient plus cohérents, plus transparents et plus prévisibles. Il faudrait sans doute envisager de meilleurs systèmes organisationnels pour les tribunaux de commerce afin de permettre une exécution rapide, et efficace des décisions judiciaires et une coordination adéquate des textes. Par ailleurs, le rôle du président du tribunal doit être développé en pratique. Certes, il a uniquement vocation à sensibiliser le chef d'entreprise sur la nécessité de déposer le bilan sans tarder ; mais, au-delà, le rôle préventif du tribunal de commerce doit être la priorité.

A cet égard, il ne serait sans doute pas inutile que les rédacteurs des textes relatifs au droit des entreprises en difficulté exercent un examen critique également sur le droit qui les inspire. Pour cela il est primordial d'étudier les règlements d'application pris en France de même que les décisions de jurisprudence adoptées sur la base de ces textes. Il faudrait, du

reste, que les juristes marocains sollicitent une publication plus systématique des décisions de jurisprudence pour permettre aux praticiens une compréhension commune du droit.

Dans le même temps, les études critiques menées en France à l'égard des dernières dispositions adoptées - notamment la loi de 2005 - devraient être analysées au Maroc dans une perspective novatrice et créatrice. Toutes les réformes engagées doivent tenir compte du contexte économique notamment l'expansion du marché, la crise économique qui change le mode de fonctionnement de l'entreprise qui aujourd'hui est souvent amenée à faire face à un manque de trésorerie, à des contrats de travail précaires, à des échelonnements pour les paiements des fournisseurs. La transparence des marchés financiers doit également être favorisée. La période de crise traversée par les pays développés appelle une régulation adaptée favorisant une gouvernance financière responsable.

Auparavant, la situation de l'entreprise ne prêtait pas à discussion : soit elle dégagait des bénéfices, soit elle produisait des pertes. Aujourd'hui, cette entreprise « court » derrière les paiements de ses clients et subit bien des difficultés pour faire face à ses propres échéances.

Devant ces nouvelles situations, il est d'ores et déjà possible de regretter que le projet de réforme marocain ne prévoie pas la procédure de sauvegarde²⁷. Le système français consacré jusqu'en 2005 ne prévoyait pas, non plus, de procédure collective de prévention, il souffrait de l'absence de mécanismes juridiques d'anticipation des difficultés des entreprises. Pourtant l'intérêt pratique de la sauvegarde n'est pas négligeable : elle est engagée par le chef d'entreprise avant que ne soit constatée la cessation de paiement. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise dont la situation est compromise afin de permettre la poursuite de l'activité économique et le maintien de l'emploi. Les cautions personnelles ne peuvent pas être poursuivies et bénéficient de la suspension des poursuites qui profite à l'entreprise. Avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, le fait d'aller devant le tribunal pour faire constater une cessation de paiement n'empêchait pas que la caution fût poursuivie.

Si le législateur marocain souhaite avant tout protéger les droits du débiteur il devrait continuer à s'inspirer du droit américain et français²⁸. Si l'éventualité d'intégrer la procédure de sauvegarde dans le droit marocain des entreprises en difficulté se fait jour, il est alors essentiel de s'inspirer davantage du droit américain qui a eu l'initiative d'une telle procédure et de s'appuyer sur le texte de référence²⁹.

Un point important du droit des entreprises en difficulté retient également notre attention car il concerne la protection des créanciers. Au Maroc, seuls les créanciers titulaires de sûretés ou de contrats de crédit bail régulièrement publiés sont personnellement avertis aux fins de déclarer leurs créances³⁰. Pour les autres créanciers, ils doivent accomplir la déclaration avant l'expiration du délai légal. Or, leur information résulte de la publication

27 Depuis un an, Eurotunnel, Libération, et bien d'autres entreprises ont évité le redressement judiciaire grâce à la nouvelle loi de sauvegarde des entreprises.

28 En revanche si le législateur marocain privilégie les droits des créanciers il devra s'inspirer des droits anglais ou allemand.

29 TAK TAK, Hind, « La procédure de sauvegarde des entreprises en difficulté un modèle français ou un modèle américain ? » in Dix ans d'application du système des difficultés des entreprises : Quel bilan ? *Revue marocaine de droit d'économie et de gestion*, numéro spécial, n° 53, 2008, pp. 7-29, pp. 28-29.

30 Article 686 et suivants du Code de commerce.

légale du jugement d'ouverture de la procédure à l'encontre de l'entreprise débitrice au bulletin officiel, au registre du commerce et dans un journal d'annonces légales conformément aux dispositions de l'article 569 du code de commerce.

En pratique bien souvent les créanciers ne sont pas informés de l'ouverture de la procédure et de leur obligation de déclarer leurs créances dans le délai légal de deux mois³¹. De plus, il s'agit d'un délai de forclusion qui sanctionne l'inobservation de cette formalité (avec la possibilité pour le juge-commissaire de prononcer le relevé la forclusion). Cette révision doit instituer une réelle obligation pour le syndic d'informer tous les créanciers figurant sur la liste fournie par le débiteur au tribunal, conformément aux dispositions de l'article 562 du code de commerce. L'omission par le débiteur de mentionner un créancier dans la liste est un élément de preuve de sa mauvaise foi justifiant le relevé de la forclusion de la créance non déclarée dans le délai légal. Ainsi l'avant-projet de réforme proposé prévoit une modification de l'article 686 du Code de commerce comme suit : « Tous les créanciers sont avertis personnellement par le syndic par lettre recommandée avec accusé de réception à leur domicile personnel ou élu »³².

C'est ainsi que doit être pensée la modernisation du droit des entreprises en difficulté : permettre une transparence et une réelle efficacité des procédures.

Les procédures de sauvegarde et de liquidation simplifiée ont constitué, en France, les deux principales avancées de la loi de 2005. Les deux s'adapteraient au contexte économique du Maroc, dont l'essentiel de l'activité est réalisé par des PME.

C'est en ce sens que doivent évoluer les textes au Maroc afin de diminuer le nombre de dépôts de bilan et favoriser le sauvetage des entreprises.

B. Les perspectives du droit des entreprises en difficulté

L'un des objectifs essentiels destinés à permettre l'adoption d'un texte efficace en matière d'entreprises en difficulté consiste dans une refonte du système judiciaire. En effet, l'amélioration du système judiciaire marocain dans son ensemble doit rester ce qu'affirmait S.M. le Roi Mohammed VI, dès son accession au trône, à savoir, une priorité. A cette fin le ministre Abdelouahed Radi, a dirigé et présenté, fin 2008, un diagnostic complet du secteur de la justice, élaboré en collaboration avec les partis politiques, les ONG et les professionnels du droit. Il s'agit d'un travail de longue haleine qui doit se poursuivre.

Au Maroc, la réforme du droit des entreprises en difficulté est toujours en attente depuis environ quatre ans³³. Pourtant, aujourd'hui, il est urgent d'intervenir dans ce secteur sensible. Il s'agit d'assurer une participation plus active des créanciers au redressement. En ce

31 Le traitement des entreprises en difficulté, recommandations proposées pour la réforme du livre V du Code de commerce. Ministère de la justice, USAID, août 2006, p. 10 et suivantes.

32 Le traitement des entreprises en difficulté, recommandations proposées pour la réforme du Livre V du Code de commerce, ministère de la justice, USAID, 2006, p. 10.

33 EL HAJJAMI, Ahmed, « Réflexions sur la nécessité de refonte du livre V du code de commerce, Bilan de 8 ans d'application de la nouvelle législation des procédures collectives au Maroc », Rapport du Colloque organisé par le Projet de modernisation des lois commerciales et des juridictions de l'USAID (Rabat, 8-9 avril 2005).

sens, il est notamment préconisé de trouver un équilibre entre, les droits et les obligations des entreprises en difficulté, et leurs créanciers.

D'après les juristes marocains, le critère de déclenchement de l'alerte est imprécis, il vise « les faits ». Ce terme devrait être remplacé par « les difficultés ». Il est nécessaire de renforcer le rôle du commissaire aux comptes par l'obligation de révélation sous peine d'engagement de sa responsabilité. Mais également, il faut élargir le droit d'alerte aux représentants des salariés (comité d'entreprise ou délégués du personnel) en vue de les associer à la procédure et de permettre de prévenir les conflits sociaux³⁴.

Dans la réforme envisagée, il est primordial d'inclure l'amélioration de la déclaration des créances et l'installation de mécanismes de représentation des créanciers.

Le rapport précédemment cité³⁵ recommande aussi d'instaurer une réglementation claire et de créer des institutions de contrôle efficaces concernant la formation, la qualification, la supervision et la rémunération des syndics.

En ce qui concerne le registre du commerce, c'est surtout le système des enregistrements et de nantissement qui doit être revu. Le diagnostic réalisé à ce niveau a démontré que la réforme légale ne pourrait aboutir que s'il y a une refonte globale du régime des sûretés. Cette refonte devra à son tour être accompagnée par un système d'incitation aux crédits bancaires.

A l'égard des créanciers d'un débiteur « failli », le droit des faillites reste particulièrement sévère à différents niveaux. Plusieurs exemples peuvent être cités : ainsi l'interdiction de paiement des créances antérieures au jugement d'ouverture, telle qu'énoncée par l'article 657 du code de commerce. Cette interdiction trouve ses fondements dans la préoccupation de ne pas alourdir le passif du débiteur mais elle sanctionne, en fait, le créancier. De même l'institution du « *cherry picking* » qui suppose qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective, les parties sont « irrecevables à demander ou prévoir la résolution d'un contrat ». Le code de commerce interdit également toute poursuite judiciaire contre le débiteur en redressement ou en cours de liquidation judiciaire. Enfin, dernière illustration de l'exorbitance du droit des faillites, la possibilité pour le tribunal de remettre en cause des paiements effectués par le débiteur au créancier avant la déclaration de faillite.

Ces différents points abordés dans le projet de réforme sont essentiels. Cependant, ce sont les procédures elles-mêmes qui doivent être revues afin que le droit marocain des entreprises en difficulté ne soit pas dépassé avant même d'entrer en vigueur car les réformes envisagées doivent permettre au Maroc de maintenir sa compétitivité.

Le système judiciaire est garant de cette compétitivité qui ne peut avoir lieu que sur un marché où les principes de transparence et de loyauté dominent. Les principes généraux du droit sont mis en avant : procès équitable, justice garante de la démocratie, des droits et libertés... Pour cela les juridictions doivent avoir des moyens matériels et des infrastructures afin d'exercer leur mission. Dans le même sens, la généralisation de l'informatisation est essentielle afin de réduire les intermédiaires et les opportunités de corruption. En ce sens le ministère de la Justice a ouvert un site (www.adalal.justice.gov.ma) qui contient, entre autres,

34 Le traitement des entreprises en difficulté, recommandations proposées pour la réforme du Livre V du Code de commerce, ministère de la justice, *op. cit.*

35 Le traitement des entreprises en difficulté, recommandations proposées pour la réforme du Livre V du Code de commerce, ministère de la justice, USAID, 2006.

des statistiques, des lois, l'actualité juridique³⁶. Comme en France, la priorité doit être donnée aux procédures de prévention (créer une procédure de sauvegarde, renforcer les procédures amiables). Le droit des entreprises en difficulté doit être étendu aux professions indépendantes. Enfin, il est nécessaire d'instaurer une procédure de liquidation judiciaire simplifiée et d'assouplir le régime de responsabilité des dirigeants afin que ces derniers n'hésitent pas à engager une démarche auprès du juge.

Force est de constater que le Maroc a amorcé le processus de modernisation du droit des affaires et plus précisément du droit des entreprises en difficulté comme l'exige la pratique. L'avant projet de réforme, essentiellement fondé sur le thème du colloque « Bilan de 8 ans d'application de la nouvelle législation des procédures collectives au Maroc » (organisé par l'USAID et le Ministère de la Justice) en est l'expression même. Gageons que l'histoire marocaine et l'analyse critique de l'expérience française aboutissent à une harmonie entre les exigences du marché et les priorités de chacun des acteurs.

36 Réforme de la justice : ce que proposent les Chambres de commerce. Source ministère de la justice, <http://www.journaux.ma/>.

