



Centre des Etudes Doctorales : Sciences Juridiques et Politiques
Laboratoire de Recherche : Mission Droit et Justice Alternative (MDJA)

Thèse pour l'obtention du doctorat en Droit Privé

Sous le thème :

L'INTERVENTION DU JUGE DANS LES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE : ASPECTS THEORIQUES ET PRATIQUES

Présentée et soutenue par :

Noureddine ABDELLAOUI

Sous la direction du professeur :

Docteur Abdelaziz SQUALLI

Membres de jury :

Abdelaziz SQUALLI	P.E.S à la faculté de droit Fès Doyen à la faculté de droit Fès	Président
Driss JOUIDI	P.E.S à la faculté de droit Fès	Suffragant
Abdelhamid AKHERIF	P.E.S à la faculté de droit Fès	Suffragant
El Mostafa OUHANNOU	P.E.S à la faculté de droit Kénitra	Suffragant

Année universitaire : 2017/2018

PREMIERE PARTIE :

L'ORGANISATION DU POUVOIR

JUDICIAIRE DANS LE CADRE DES DIFFICULTES

DE L'ENTREPRISE

Loin d'être un procès ordinaire soumis à un juge qui émet une décision résorbant, du coup, le litige dont il est saisi, la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise constitue un procès singulier. En effet, en la matière, les notions de partie et d'intérêt acquièrent une dimension spécifique qui dépasse le cadre étroit d'un sujet de droit. Il ne s'agit pas, uniquement, de départager des parties, mais de servir en plus des intérêts aussi nombreux que complexes. Le juge se trouve, alors, en face d'une multitude d'interlocuteurs : une entité socio-économique dont il devra prendre en charge la défaillance qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, une masse salariale éventuellement importante et des partenaires en mosaïque aspirant au recouvrement de leur(s) créance(s). Ces derniers ne peuvent cohabiter sans que des conflits naissent et pullulent. Les procédures collectives sont, en fait, un domaine éminemment conflictuel où l'insatisfaction est monnaie courante.

D'autre part, la notion d'intérêt prend une teinte spécifique, en ce sens qu'il ne s'agit pas de défendre des intérêts privés ou de réparer des préjudices subis par une partie. Bien plus, l'entreprise est la jonction d'intérêts pluriels où le privé se combine au public. Une entreprise défaillante constitue, de fait, une menace pour la stabilité socio-économique.

Pour le juge, dénouer une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise ne consiste pas simplement à émettre un jugement comme dans les autres matières du droit. Bien au contraire, l'intervention judiciaire se fait sentir à différents stades. Il s'agit d'abord d'apprécier la nécessité d'ouvrir une procédure, de mettre en place les organes et d'assurer le cadre de gestion de l'entreprise. Ainsi, de la décision d'ouverture de la procédure à la décision d'arrêter la solution définitive, bien des étapes doivent être franchies exposant la procédure à des incidents durant autant que le sont les prétentions. De même, en se prononçant sur le sort de l'entreprise, cela ne signifie pas que le juge a mis un terme à la procédure ; ça ne peut être que le début d'une

aventure d'un redressement dont le succès n'est pas toujours garanti. Ainsi en est-il, par exemple, d'un plan de continuation décennal dont il conviendra d'assurer le suivi. Une procédure collective est donc de nature à hypothéquer le pouvoir judiciaire pendant plus d'une décennie.

Mais le juge peut intervenir bien en amont de l'ouverture de la procédure. Théoriquement, mais ce qui est vivement souhaitable, il peut même en éluder l'avènement en prévenant une cessation de paiements. L'on ne peut que se réjouir de l'existence d'un dispositif de prévention des difficultés, auquel le juge pourra contribuer activement et productivement. La mission d'un traitement curatif assignée au juge des procédures collectives est ainsi précédée d'une mission de traitement préventif.

Pour ample qu'elle soit, cette mission exige une omniprésence du juge aux côtés de l'entreprise et partant, une différenciation de l'appareil judiciaire, afin de contenir un procès si complexe et si technique qu'une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise. Un particularisme dans l'organisation juridictionnelle, en la matière est donc parfaitement concevable, sinon nécessaire. Mais pour autant, la composition du pouvoir judiciaire ne doit pas créer une interférence dans les compétences respectives des organes d'intervention. A ces exigences, le législateur a fait œuvre de bonne augure.

Tout d'abord, il n'est plus question, comme dans le passé, d'attribuer la compétence aux juges des tribunaux de première instance connaissant, en même temps, des autres matières, mais aux juges des juridictions de commerce instituées peu de temps après la promulgation du CCM, soit en 1997⁷⁵. La réforme de la législation commerciale a pris un aspect global, si bien que l'article 736 du CCM a fait référence aux juridictions compétentes pour l'application du livre V dudit code. Le législateur a cru bon qu'il est temps de prévoir un cadre institutionnel

⁷⁵- Les juridictions de commerce ont été créés en vertu de la loi n°= 53-95, Dahir n°= 1-97-65 du 4 chaoual 1417 (12 février 1997), B.O n°= 4482 du 15/5/1997, p. 520.

pour les hommes d'affaires, en l'occurrence ceux dont l'entreprise est en défaillance.

Ensuite, l'organisation judiciaire en la matière n'a pas été remise en cause par rapport à l'ancien régime. On retrouve ainsi une conciliation entre deux impératifs : tenir compte de la spécificité de la procédure collective et respecter les principes directeurs du droit judiciaire privé. Il s'agit surtout du principe fondamental du double degré de juridiction, avec en première instance, un tribunal de commerce et au second degré, une cour d'appel de commerce.

Ce faisant, on distingue une répartition inégale des pouvoirs entre les différents organes judiciaires. Au niveau du premier degré, le pouvoir est très important et les niveaux d'intervention sont multiples, raison pour laquelle, on retrouve une différenciation aussi poussée du pouvoir judiciaire (Titre I). Par ailleurs, la prise de contact de l'entreprise défallante avec le pouvoir judiciaire se fait naturellement au niveau du tribunal de commerce.

Or, comme il est difficile qu'une décision prise au premier degré emporte satisfaction, un réexamen du procès est souvent envisagé, d'où l'intervention des juges d'appel de commerce. Ces derniers seront appelés souvent à connaître des prétentions des créanciers dont la créance n'a pas été admise. Enfin, comme la réforme des procédures collectives a été brutale, les juges suprêmes seront certainement sollicités pour jeter leur lumière sur le vrai sens des dispositions par une vérification d'une application correcte de la loi par leurs homologues de fond, d'où l'intervention de la cour de cassation. A côté du tribunal de commerce, l'entreprise en difficultés se trouve en face des juridictions supérieures (Titre II).

TITRE I : LA DIFFERENCIATION DU POUVOIR JUDICIAIRE EN PREMIER DEGRE DANS LE CADRE DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE

Certes, le pouvoir judiciaire à l'échelle du tribunal de commerce est le plus important. En effet, c'est à ce niveau que le déroulement de la procédure s'effectue pour l'essentiel. Ainsi, la répartition du pouvoir judiciaire obéit à une logique graduelle basée sur l'équation qui veut qu'à un degré de difficulté, un organe est sollicité. Au fur et à mesure que la défaillance est prononcée, l'intervention judiciaire est énergique. Dès lors, lorsque les difficultés sont au stade de germination et peuvent être résolues, sans que la machine judiciaire se met à l'œuvre, le chef de l'entreprise est tenu d'agir avec la diligence nécessaire, faute de quoi, une intervention du président du tribunal est possible. Ce dernier peut, en effet agir bien en amont de l'ouverture de la procédure. L'objectif étant d'endiguer les difficultés aussitôt qu'elles sont pressenties.

Une fois que les difficultés sont devenues sérieuses, au point que la cessation de paiements se trouve établie, le tribunal intervient pour ouvrir la procédure, prendre les décisions pour son déroulement et imposer les solutions qu'il juge nécessaires. Donc, dès que les difficultés commencent à se profiler avec plus ou moins d'acuité, l'entreprise se trouve en face du président du tribunal de commerce et du tribunal de commerce, si l'intervention du premier s'est révélée infructueuse (Chapitre I).

Mais, le traitement de la défaillance des entreprises requiert un suivi et une rapidité dans le processus décisionnel, un besoin dont la satisfaction exige une quasi-permanence du pouvoir judiciaire. Cette tâche qui est loin d'être aisée est assurée par une institution qui s'identifie aux procédures collectives, c'est le juge-commissaire dont la perspicacité et la vigilance conditionnent le succès du traitement judiciaire de la défaillance de l'entreprise (Chapitre II). Dès sa

nomination par le tribunal, ce dernier prend le relais et concentre le pouvoir judiciaire entre ses mains. A partir de cet instant, l'entreprise en difficultés et ses créanciers se trouvent en face d'un juge unique qui est leur interlocuteur privilégié et dont le rôle s'affirme en tant que juridiction à part entière, complètement autonome par rapport à l'autorité judiciaire qui l'a nommé.

Ce faisant, la procédure collective n'est guère un simple procès privé, l'intérêt de l'Etat y est aussi imbriqué. En effet, les pouvoirs publics ne peuvent afficher une indifférence à l'égard de la perte de l'emploi et le trouble social qui pourra être occasionné à cet effet. La paix sociale se trouve aujourd'hui au centre des préoccupations des Etats moderne. De la même manière, l'Etat se révèle être un partenaire incontournable de l'entreprise. Sa persistance signifie une ressource continue pour celui-ci. Au contraire sa défaillance implique une perte éventuelle d'une valeur ajoutée. Ainsi, les difficultés des entreprises relèvent, désormais de l'ordre public économique qu'il convient de protéger. Il devient évident, sinon impérieux qu'on puisse reconnaître au ministère public un rôle très important en la matière. Malheureusement, la loi s'est montrée parcimonieuse vis-à-vis des pouvoirs de cet organe qu'il convient de s'interroger sur son utilité auprès des tribunaux de commerce (Chapitre III).

CHAPITRE I : L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE FACE AUX POUVOIRS RESPECTIFS DU PRESIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE ET LE TRIBUNAL DE COMMERCE

On veut par tribunal, la formation collégiale siégeant pour prendre les décisions qui rentrent dans le cadre du pouvoir qui lui est dévolu. Le traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise s'inaugure, en effet, par l'intervention du tribunal qui, lui seul, décide de la mise de l'entreprise sous tutelle judiciaire.

Cela suppose bien évidemment que celle-ci est en cessation de paiements, mais le législateur n'a pas souhaité un attentisme du pouvoir judiciaire jusqu'à ce que la défaillance de l'entreprise soit amplifiée. Au contraire, il a voulu impliquer le juge aussitôt que possible pour endiguer ce fléau. L'espoir est alors fondé sur le président du tribunal dont l'autorité morale est à même de réaliser un tel objectif. A considérer la cessation des paiements comme date butoir de la procédure collective, l'intervention du président du tribunal se situe aussi bien en amont qu'en aval (Sous-chapitre I). En amont, l'intervention a une connotation préventive, puisque cet acteur devra œuvrer pour contourner l'avènement de la cessation de paiements.

Lorsque celle-ci se trouve consommée, l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés se fait sentir. Le tribunal de commerce prend alors le relais en décidant de la sorte et en imposant les mesures nécessaires (Sous-chapitre II). Cet enchaînement est tout à fait logique, dans notre système judiciaire, puisque les difficultés qui conditionnent l'existence de l'entreprise nécessitent des mesures énergiques devant être décidées par un collège de juges dans le cadre d'une consultation large et une réflexion profonde.

SOUS-CHAPITRE I : L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE FACE A LA DUALITE FONCTIONNELLE DU PRESIDENT ET ORGANISATION

Des innovations importantes apportées par le CCM de 1996, celle d'avoir intégré la prévention comme composante du nouveau droit des entreprises en difficultés. Le particularisme ne tient pas uniquement au système en tant que tel, mais aussi à l'association du pouvoir judiciaire en la matière, un pouvoir qui revient au président du tribunal de commerce. Le souci d'éviter, aussitôt, une cessation des paiements n'est plus donc l'affaire unique du chef de l'entreprise, mais aussi du juge. Il s'ensuit pour le président du tribunal de commerce des pouvoirs propres qui en font un juge préventif par excellence. C'est là une expression remarquable de la métamorphose de la fonction judiciaire qui n'est plus cantonnée à la dissolution des litiges, mais à en éviter la survenue.

Seulement, la traduction réelle de ce pouvoir théorique reste loin des attentes. La mission préventive du président du tribunal de commerce dans les difficultés des entreprises est, bien qu'elle puisse se traduire par plusieurs mécanismes, reste d'une pratique marginale (Section I). Mais le rôle de cet organe ne se limite pas à ce niveau. Son intervention se poursuit également après l'ouverture de la procédure collective, en agissant cette fois en tant qu'organe judiciaire doté d'une autorité morale à même d'influencer le travail judiciaire du tribunal dont il assure la présidence (Section II).

Section I : La mission préventive du président du tribunal de commerce entre la multiplicité des mécanismes et la médiocrité des résultats.

Le CCM a fait du président du tribunal de commerce, l'organe judiciaire de prévention des difficultés par excellence. Il suffit pour s'en rendre compte de constater que de la totalité des dispositions du titre I

du livre V du CCM relatif aux procédures de prévention des difficultés (soit quatorze articles, du 546 à 559), une dizaine traite de l'intervention du président du tribunal. Il en ressort que celle-ci est tantôt initiée par le président (I), tantôt sollicitée par le chef de l'entreprise (II).

I. L'alerte présidentielle, initiative judiciaire : un système séduisant et des résultats insatisfaisants.

En prévoyant un système de la prévention des difficultés, le législateur, quand bien même a considéré qu'il importe à l'organe de gestion de procéder par lui-même à cette prévention (prévention interne), a entendu suppléer à la carence de ce dernier au cas où les mesures prises se révèlent inefficaces et que les difficultés guettent toujours l'entreprise. Dans cette optique, un système de prévention externe peut être alors mis en jeu par un organe externe à l'entreprise, et c'est au président du tribunal que revient l'initiative d'agir.

L'intervention judiciaire s'exprime à travers ce que la doctrine appelle communément, l'alerte. Ce système d'inspiration française a été considéré comme un progrès, puisqu'il devrait attirer l'attention sur les difficultés qui se profilent autour de l'entreprise et partant, inciter à entreprendre les corrections nécessaires. Théoriquement, le président du tribunal s'avère ainsi un acteur de mise en garde qui dispose de la prérogative de convoquer le chef de l'entreprise, conformément à l'article 548 du CCM, afin de prendre les mesures qui s'imposent (A). Mais avant d'agir, le président du tribunal doit s'informer préalablement afin de ne pas provoquer une déstabilisation du chef de l'entreprise (B). Mais, si ce mécanisme paraît séduisant en théorie, il reste que la question fondamentale est celle de savoir si ce mécanisme a reçu une traduction en pratique (C).

A. Les critères d'intervention du président du tribunal de commerce dans le cadre de l'alerte.

Conformément à l'article 548 de la loi, l'intervention du président est initiée *« 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 »*. Il en résulte que les critères d'intervention du président du tribunal tiennent à la fois à la nature juridique de l'entreprise (1) et à la situation de celle-ci (2).

1. Les sujets de l'alerte présidentielle.

Le domaine de l'alerte est limité aux commerçants, personnes physiques ou morales ainsi qu'aux artisans. Les personnes exerçant à titre civil en sont exclues. Il s'agit donc des personnes justiciables des procédures collectives, celles qui relèvent de la compétence du tribunal que le président dirige.

La question reste posée pour les groupements d'intérêt économique à objet commercial. Une interprétation restrictive plaiderait en faveur de leur exclusion du domaine de l'alerte, car la loi parle uniquement de société commerciale ou d'entreprise individuelle commerciale ou artisanale. Or en droit commercial, le groupement d'intérêt économique ne fait partie d'aucune des catégories précitées. Cependant, l'objet commercial pourrait justifier selon une interprétation extensive l'assujettissement du groupement à l'alerte présidentielle, si l'on considère que derrière le terme société commerciale, le législateur a dans l'esprit, toute personne morale à caractère commercial⁷⁶.

En Droit français l'assiette est plus large, sauf les entreprises individuelles civiles, elle comprend toutes les sociétés, tous les

⁷⁶- Cf. M. Lefrouji, La cessation des paiements dans le droit des difficultés de l'entreprise, éd. An-najah, 2005, p. 16 (en arabe).

groupements d'intérêt économique, les commerçants et les artisans individuels ainsi que les personnes morales de droit privé non commerçantes. La compétence est donc partagée avec le président du tribunal de grande instance. Ce partage de compétence risque d'entraîner des pratiques différentes, eu égard à la différence méthodologique entre le juge commercial, de surcroît consulaire, et le juge civil. Ce dernier, estime-t-on, serait mal qualifié pour conseiller les chefs d'entreprise, car il n'est pas un homme d'affaire⁷⁷.

2. Degré de la défaillance de l'entreprise.

L'alerte du président doit être justifiée par un degré de difficultés rencontrées par l'entreprise plus ou moins défini (a). Cette imprécision est de nature à confier au juge un pouvoir discrétionnaire quant au moment de son intervention, mais faut-il que ces difficultés soient détectées (b).

a. Imprécision de la nature des difficultés justifiant la prévention.

Le président du tribunal peut agir « *lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure (que l'entreprise) connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ». La généralité des termes de la loi fait que le juge dispose d'un pouvoir souverain quant au moment de prendre l'initiative pour alerter le chef de l'entreprise.

A cet égard, il est intéressant de relever que la loi française avant 1994 subordonnait l'alerte du président à « *une perte nette comptable supérieure à un tiers du montant des capitaux propre en fin d'exercice* »⁷⁸. Ce critère aurait posé pour le président du tribunal une grande problématique au Maroc, tant il est vrai que l'obligation de dépôt des documents comptables au greffe n'est pas toujours observée. De plus, ce

⁷⁷- Y. Guyon, Droit des affaires, 1998, tome 2, 6^{ème} éd., n°= 1061.

⁷⁸- Art. 34 de la loi française du 1er mars 1984.

critère invoque un stade de difficultés aussi avancé pour attirer l'attention des dirigeants. Le président dispose ainsi d'une grande liberté dans l'appréciation du moment de l'intervention, ce qui présente l'avantage d'une initiative précoce.

Il est à noter également que le critère d'intervention du président du tribunal est le même que celui qui permet au commissaire aux comptes de procéder à l'alerte, la continuité de l'exploitation étant compromise. La différence est que l'article 546 parle de « *faits* » alors que l'article 548 retient les termes « *acte, document ou procédure* ». Cela peut signifier que l'alerte présidentielle est justifiée par des difficultés qui sont plus avancées que dans le cas de l'alerte par le commissaire aux comptes. Par ailleurs, l'action de ce dernier s'inscrit dans le cadre de la prévention interne, soit un stade où les difficultés ne sont pas aussi préoccupantes que de simples mesures adéquates permettent d'y remédier.

Cette imprécision, justifiable à un égard, tient au pluralisme des difficultés et à leur évolution imprévisible, peut être source de réticence de la part du juge y trouvant, en l'occurrence, un moyen défendant une attitude éventuellement laxiste. Ceci est d'autant plus vrai que la détection des difficultés en question n'est pas évidente.

b. Difficulté de la détection des difficultés.

La détection des difficultés exige une recherche active de la part du président du tribunal des sources d'information. Ainsi, il pourra *a priori* exploiter le dépôt au greffe des comptes des sociétés soumises à cette obligation. Or, le problème est connu dans notre pays relativement à cette formalité : d'une part l'obligation de dépôt des états de synthèse au greffe du tribunal n'est pas toujours respectée. D'autre part, le pouvoir judiciaire ne procède pas à un contrôle permanent du dépôt. Les présidents des tribunaux se justifient par une déficience de moyens

humains. Pour y remédier, contrôle périodique est désormais prévu par le magistrat chargé de la tenue du registre de commerce.

Néanmoins, depuis la promulgation des nouvelles lois sur les sociétés et l'entrée en vigueur des tribunaux de commerce, un changement a été opéré dans les mentalités. Certaines chambres de commerce n'ont pas hésité à organiser des tables rondes pour sensibiliser les différents opérateurs des obligations qui leur incombent. Le pouvoir judiciaire en a profité pour rappeler l'importance d'un tel formalisme pour l'assainissement du champ des affaires et du risque pénal qu'encourent les dirigeants en cas de carence (inobservation de l'article 386 de la loi sur la S.A par exemple).

Mais au delà de ce fait, faut-il que le pouvoir judiciaire soit en mesure d'analyser les états de synthèse déposés. Ce problème n'est pas endémique du Maroc, l'expérience de pays prédécesseurs comme la France montre également qu'on procède rarement à l'analyse des bilans⁷⁹.

Quoiqu'il en soit, l'état des lieux montre que le dépôt au greffe constitue une source d'information que le président du tribunal peut utiliser aisément. Il est ainsi renseigné sur la situation de l'entreprise : établissement de simples ratios financiers (capitaux propres par exemple), perte d'une partie de capital, demandes éventuelles de report de délai de tenue des assemblées. L'information courante est également utile, telle que la fréquence des injonctions de payer et les protêts⁸⁰. A titre d'illustration, le président du tribunal de commerce de Casablanca affirme que le tribunal est saisi annuellement d'une moyenne de 28.000 actions aux fins d'injonction de payer et de 22.000 actions en saisie⁸¹. La

⁷⁹- J.J. Daigre, Le rôle du tribunal de commerce, bilan d'une enquête, J.C.P, 1987, E, II, 15066, p.625.

⁸⁰- L'expérience étrangère nous informe que dans certains tribunaux comme celui de Chartres (en France), des juges sont commis pour suivre les entreprises qui font état fréquemment d'injonctions de payer ou de protêts, cf. J.J. Daigre, *ididem*.

⁸¹- Entrevue donnée par le président du tribunal de commerce de Casablanca *in* Les modes alternatifs de règlements de litiges, Publications de l'Association de diffusion des Données juridiques et judiciaires, n°= 2 – 2004.

centralisation de ces données renseigne d'une façon pertinente sur la situation des entreprises concernées.

Le président peut également utiliser le registre de commerce pour apprécier les inscriptions éventuelles. Les tribunaux de commerce se sont organisés de telle sorte que des inscriptions de sûretés pour des montants élevés doivent être signalées, sans retard, par le magistrat chargé de la tenue du registre de commerce au président du tribunal. Dans cette optique, la loi française est allée jusqu'à la soumission des créances publiques du trésor et des organismes de sécurité sociale à inscription lorsque leur montant excède environ 800 euros au dernier jour d'un trimestre civil⁸². Le code général des impôts français prévoit qu'à défaut de cette inscription, ces organismes perdent leur privilège si une procédure collective est ouverte ultérieurement. Ceci est de nature à renseigner le juge sur les impayés de l'entreprise.

Mais il reste que c'est le commissaire aux comptes qui constitue la source privilégiée si, conformément à l'article 547 du CCM, une procédure d'alerte interne est demeurée infructueuse. Là encore, nous remarquons que la prévention interne est quasi-inexistante. Parmi les rares affaires qui ont été enregistrées dans ce sens, nous rapportons la lettre adressée au président du tribunal de commerce de Rabat par le commissaire aux comptes de la société « Espace de télécommunication » (annexe I).

Cependant, il faut avouer que ces canaux de communication ne fonctionnent pas avec l'automatisme qu'il faut. L'information reste encore inaccessible pour pouvoir détecter les difficultés en temps utile.

B. Simplicité des modalités de l'intervention.

L'intervention du président du tribunal de commerce dans le cadre de la prévention externe consiste en une convocation du chef de

⁸². C.G.I, art. 1929 quater modifié par la loi du 10 juin 1994.

l'entreprise, afin que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation. La loi a prévu un mécanisme plus doux qui devrait normalement attirer ce dernier, puisqu'il s'agit de le convoquer sans contrainte (1). L'objectif en est de déboucher sur un entretien serein basé plus sur l'information (2).

1. Convocation non contraignante du chef de l'entreprise : absence de pratique.

Parmi les difficultés pratiques liées à l'alerte présidentielle, le fait que la loi n'a apporté aucune précision concernant le mode de convocation du chef de l'entreprise. On comprend donc qu'elle n'est assujettie à aucune forme particulière. Le président du tribunal est libre de procéder avec une simple lettre ou avec une lettre recommandée avec accusé de réception.

La pratique ne nous renseigne guère sur cet aspect étant donné la rareté de l'alerte, mais de l'avis de certains juges, elle se ferait sans formalisme contraignant, puisqu'il n'y a pas de dispositions en la matière⁸³.

L'expérience parisienne montre que la préparation de l'entretien se fait quatre semaines à l'avance, la convocation est faite par les soins du greffe. Au cas où le président décide de dresser un procès-verbal de carence, suite à une première convocation restée infructueuse, il doit de nouveau convoquer le chef de l'entreprise par lettre avec accusé de réception⁸⁴.

Quelle que soit la nature juridique de la convocation⁸⁵, le président du tribunal ne dispose d'aucun pouvoir coercitif. La loi n'a en

⁸³ - Entretien avec le président du tribunal de commerce de Casablanca, décembre 2003.

⁸⁴ - Cf. Haehl, Le droit d'alerte du président du tribunal *in* La réforme du droit des entreprises en difficulté, Petites affiches, 14 sep. 1994, p. 45.

⁸⁵ - M.Jeantin, Entreprises en difficulté, Dalloz 1999, n°= 466 ; C. Saint-Alary Houin, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 1996, n°= 180 ; P. Lecannu, Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises, Joly, 1988, n°= 155.

effet assorti la carence du chef de l'entreprise d'aucune sanction. Ce dernier a, néanmoins tout intérêt, à répondre à la convocation pour dissiper les doutes du pouvoir judiciaire quant à son implication personnelle dans les difficultés de l'entreprise. Autrement, sa responsabilité pourra être facilement établie si une procédure collective est ouverte par la suite. L'absence de sanction consécutive à un tel refus a, en effet, été notée par le juge comme insuffisance du régime de la prévention⁸⁶.

Le décret pris en application de la loi française précise qu'un procès verbal est établi mentionnant le défaut de réponse du chef de l'entreprise et déposé au greffe. Il est notifié à ce dernier, afin de le mettre en face de sa responsabilité.

2. Absence de formalisme dans l'entretien.

C'est l'étape la plus importante et la plus délicate de la prévention. Le silence de la loi permet une souplesse et une liberté dans l'action judiciaire. Le mécanisme de l'entretien est réglé par le président, il n'y a pas une procédure linéaire à respecter. Toutefois, le président peut instaurer une pratique à suivre au fur et à mesure. Mais au fait, on est loin de prétendre à une pratique dans notre pays, si bien qu'on ne peut que se référer à l'expérience parisienne pour être à cheval de la stratégie en la matière (a). L'issue de l'entretien, n'est pas une fin en soi. Le président du tribunal peut compléter son information sur l'entreprise, afin d'avoir une idée plus exacte sur la situation, ce qui n'est sans contrainte, car l'information pertinente est généralement divisée entre beaucoup d'acteurs (b).

⁸⁶ - A. Trid (Président du tribunal de commerce de Meknès), Note sur les difficultés juridiques et pratiques de l'application de la procédure des difficultés des entreprises, Annexes du rapport sur les recommandations de propositions de réforme du livre V du CCM, USAID, août 2006.

a. La conduite de l'entretien : absence d'une pratique marocaine et richesse de l'expérience parisienne.

L'objectif de l'entretien est d'attirer l'attention du chef de l'entreprise sur les difficultés qui menacent la poursuite de son exploitation, ce qui fait que le président peut s'entretenir de la façon qu'il juge utile pour sensibiliser son interlocuteur de la situation.

Là encore, la pratique marocaine n'a pas encore fait son chemin comme celle française. Pour unifier leur pratique et enrichir davantage leur expérience, les juges consulaires du tribunal de commerce de Paris ont établi un guide d'entretien contenant des directives à suivre et les difficultés éventuelles ainsi que des propositions de solution soient dressées au fur et à mesure⁸⁷.

Deux cas de figure se présentent : le chef de l'entreprise ne défère pas à la convocation. Le règlement impose au président de dresser un procès-verbal de carence qui lui sera notifié. Une copie est déposée au greffe et ne peut être communiquée qu'aux autorités judiciaires ou aux personnes ou organismes qui peuvent informer le président sur la situation de l'entreprise.

Dans le cas où le chef de l'entreprise s'avère sensible à la convocation, la conduite à tenir est telle que le président ou le juge délégué à cet effet reçoit le chef de l'entreprise sans robe afin d'instaurer un climat de confiance. Pour assurer la confidentialité du mécanisme de la prévention, l'entreprise est référencée par un numéro à la place de la raison sociale ou du nom commercial. L'entretien commence par un rappel des obligations qui incombent au chef de l'entreprise, le président procède ensuite à l'écoute concernant les mesures éventuelles que ce dernier propose. Un compte-rendu est alors dressé récapitulant les grands traits de l'entretien et indiquant la suite à donner. Le guide

⁸⁷ - M. Rouger, La prévention des difficultés des entreprises au tribunal de commerce de Paris in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, p. 61.

d'entretien est renouvelé périodiquement, suite aux réunions d'échange de pratiques que les magistrats tiennent au sein du tribunal.

Le président du tribunal doit toutefois éviter des écueils, afin de garder son autorité morale et son impartialité. En effet, si l'objectif de la convocation est la concertation avec les dirigeants, assistés ou non de leurs conseils, il ne doit pas notamment conseiller inopportunément le chef de l'entreprise, ni de prodiguer des encouragements lorsque la situation paraît préoccupante, sous peine d'inciter ce dernier à observer une attitude passive qui risque de faire périr la situation davantage. De même, il ne doit prendre aucune initiative qui peut l'engager pour s'être immiscé dans la gestion de l'entreprise. L'intervention judiciaire ne doit pas être aussi poussée de façon à se substituer au chef de l'entreprise.

En revanche, le président peut orienter le chef de l'entreprise auquel il appartient d'envisager les mesures propres au redressement de l'entreprise. Il n'est pas exclu au cours de l'entretien que soit envisagée l'éventualité d'une modification de capital ou d'un changement de la forme juridique de l'entreprise. Dans ce cas, le président du tribunal peut rappeler au chef de l'entreprise les obligations afférentes à telle ou telle structure et les conditions dans lesquelles la restructuration peut être effectuée.

De telles orientations vont à plus forte raison pour l'entrepreneur individuel qui, sollicitant rarement les services de conseils ou d'avocats, peut être confronté à des difficultés juridiques dont l'origine est souvent l'ignorance de la loi. Sans s'ingérer dans la gestion de l'entreprise, le président peut jouer, dans cette optique un rôle considérable dans le redressement de la situation.

La fin de l'entretien ne marque pas la phase finale de l'alerte, mais le travail du président est poursuivi par la recherche d'informations plus poussées sur l'entreprise.

b. Limitation des sources d'informations complémentaires du président du tribunal.

Le mécanisme de la prévention mis en place par la loi obéit à un enchaînement dont les mesures vont du plus simple au plus énergique. Ainsi, conformément à l'alinéa 2 de l'article 548 du CCM, le président pourra, à l'issue de l'entretien, compléter les informations relatives à l'entreprise auprès de différents organismes et personnes.

L'information doit être recherchée aussi bien en amont qu'en aval de l'entretien. En amont, il s'agit de bien se renseigner sur l'ampleur des difficultés, afin d'apprécier l'opportunité d'une alerte. Après l'entretien, le président du tribunal se trouve avoir déjà une idée sur la situation de l'entreprise, le complément d'informations pourra alors concerner la portée des mesures envisagées et partant, la possibilité de redressement. Si l'entretien n'a pas eu lieu, l'information aura pour premier objectif de savoir, éventuellement, si on est en présence d'une cessation de paiement ou non, auquel cas le président décidera de proposer au tribunal une saisine d'office.

Pour ce faire, il peut avoir recours à toute personne ou organisme «*de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur*». Le législateur a cité notamment le commissaire aux comptes, les administrations, les organismes publics ou le représentant du personnel. Or si on excepte le commissaire aux comptes qui peut être une source précieuse d'information, à côté du banquier, on doute que celle-ci soit pertinemment détenue par un autre organe. S'agissant du personnel, sa représentativité dans l'entreprise marocaine est encore défailante pour qu'on aspire à une information convenable, à moins qu'un conflit social soit à la source. En général, l'information est fragmentaire, son assemblage exige du temps pour envisager une intervention au moment opportun.

A ce constat du défaut de sources d'information efficaces, s'ajoute le fait que le commissaire aux comptes n'est obligatoire qu'en

présence de sociétés d'un certain degré, pour conclure au fait que la prévention externe est difficile à envisager dans le contexte marocain.

L'expérience comparée nous montre que ce phénomène n'est pas propre à notre pays. Ainsi, à Paris, l'organisation a permis d'affecter des magistrats au suivi des documents déposés au greffe et à la sollicitation de renseignements et d'informations auprès des différentes sources disponibles⁸⁸. Mais il reste que cette expérience est locale et ne reflète pas la pratique générale dans ce pays qui reste loin des objectifs escomptés.

En Tunisie, le mécanisme est différent de celui de notre pays, en ce sens qu'une commission de suivi des entreprises est constituée afin de collecter les informations des tiers sur les difficultés, d'en informer le président du tribunal de première instance, notamment lorsqu'il y a perte du tiers du capital social. Mais c'est la commission qui est compétente pour donner son avis sur le plan de redressement éventuellement proposé. Ce système n'a pas manqué de montrer également ses limites⁸⁹.

C. Inusage du système de l'alerte présidentielle.

En pratique, l'effectivité du système de l'alerte par le pouvoir judiciaire reste loin des aspirations des praticiens. Les rubriques statistiques des tribunaux ne font guère état de la prévention des difficultés par l'alerte présidentielle. Les juges opposent automatiquement le caractère confidentiel de ce genre d'initiative, mais ils attestent qu'un tel système préventif est très difficile à mettre en œuvre.

Divers facteurs sont à l'origine du recours rarissime à l'alerte du président du tribunal de commerce. Tout d'abord, le juge est,

⁸⁸ - Ibidem.

⁸⁹ - I. Abdelhak, La loi n°= 95-34 du 17 avril 1995 relative au redressement des entreprises en difficultés économiques : Approche critique des objectifs et des moyens de sauvetage, Rev. tunis. dr. 1999, p. 1.

classiquement, réfractaire à toute immixtion dans la vie de l'entreprise, parce qu'en la matière, il peut craindre, en stigmatisant la défaillance dans l'esprit du chef de l'entreprise, une réaction inopportune de la part de ce dernier. De même, la répugnance du chef de l'entreprise à tout ce qui relève de la justice fait que le président du tribunal a le sentiment que la convocation peut risquer de déstabiliser le chef de l'entreprise⁹⁰. En effet, on a noté aux premières années de l'application de la loi, une volonté présidentielle de donner à la prévention l'intérêt qu'il faut. Malheureusement, l'initiative qui a été prise dans ce sens s'est heurtée au scepticisme du chef de l'entreprise⁹¹. La réticence du chef de l'entreprise peut être ainsi un facteur inhibant l'initiative du juge qui de la sorte, se trouve convaincu de l'attitude passive de ce dernier.

D'autre part, avons-nous dit, que l'information qui représente la clé de voûte de la mise en jeu du mécanisme de la prévention par le président n'est pas toujours accessible, tant il est vrai que le greffe et le registre de commerce en restent parfois les seules sources d'épuisement. Or, l'assiduité des chefs d'entreprises relativement au formalisme inhérent à leur activité laisse souvent à désirer. C'est dire que l'information doit être recherchée activement par le pouvoir judiciaire en usant des prérogatives que lui offre la loi.

Un autre handicap entrave sérieusement la mise en œuvre de ce genre de prévention est celui de l'importance des requêtes pour injonction de payer. Ainsi, de l'ensemble des affaires commerciales toutes branches confondues, celles-ci occupent plus du quart dont les

⁹⁰- Lors de notre entretien avec le président du tribunal de commerce de Casablanca, ce dernier n'a pas manqué de souligner que bien qu'on assiste à un changement dans les mentalités des Hommes d'affaires dans notre pays, la méfiance au regard du pouvoir judiciaire demeure un héritage du passé, difficile à s'en débarrasser. Décembre 2003.

⁹¹- Nous citons pour illustration cette affaire où le président du tribunal, grâce à son investigation, a pressenti une cessation de paiements et a convoqué le chef de l'entreprise à plusieurs reprises, sans que ce dernier ne se soit manifesté. Le président du tribunal a alors envoyé l'affaire au tribunal pour se saisir d'office : Trib. com. Marrakech, Aff. n°= 04/01 (inédit).

présidents des tribunaux ont à connaître annuellement⁹². Depuis 2002, le tribunal de commerce de Casablanca à lui seul en reçoit plus de 30 000 annuellement, un chiffre appelé à augmenter en raison de la crise économique qui sévit sur le pays⁹³. Submergé par de telles requêtes, le président du tribunal ne peut déclencher le mécanisme de l'alerte qui nécessite un investissement en temps dans la phase préparatoire. Autrement-dit, le président du tribunal n'est pas toujours disponible pour se consacrer à un tel mécanisme.

L'expérience comparée nous montre que dans l'étude qui a été faite en France sur l'application de la loi du 1^{er} mars 1984, quelques années après son entrée en vigueur, le mécanisme de la prévention externe s'articulaient, surtout, autour de plans de redressement par le biais d'augmentations de capital en recherchant de nouveaux partenaires économiques. Les moratoires se faisaient un peu rares en raison de leur caractère juridictionnel et de leur efficacité limitée pour absorber les difficultés⁹⁴.

II. La prévention des difficultés par sollicitation du président du tribunal.

La loi a prévu d'autres mécanismes de prévention des difficultés dont l'initiative doit émaner du chef de l'entreprise, le président n'en est que sollicité. Comme ceux-ci sont basés sur la négociation, leur contrôle est dévolu au pouvoir judiciaire. Il s'agit de modes de règlement des difficultés à l'amiable, faisant appel à l'intervention d'un tiers désigné par le juge lorsqu'il en est saisi par une demande. Le pouvoir judiciaire ne peut en effet agir de son propre chef, pour imposer une telle mesure au chef de l'entreprise et à ses différents partenaires. Autrement, ce

⁹²- De mai 1998 (date d'entrée en vigueur des juridictions de commerce) à la fin de l'année de 1999 (soit 18 mois d'activité), on a enregistré plus de 27 000 requêtes pour injonction de payer. Au titre de l'année 2005, cet effectif a été de 14 386. Source : Ministère de la justice.

⁹³- Entretien avec le président du tribunal de commerce de Casablanca, décembre, 2003.

⁹⁴- J.J. Daigre, art. Préc. n°= 1.

serait admettre une immixtion du juge dans la gestion de l'entreprise qui n'est pas encore en cessation de paiement. Ces mécanismes qui sont de deux sortes, le mandat *ad-hoc* (A) et le règlement amiable (B) ne peuvent donc être mis en jeu que par la volonté du débiteur. Une fois sollicité, le président du tribunal dispose de pouvoirs dont l'importance varie selon qu'il s'agit de désigner un mandataire ou un conciliateur.

A. Prévention par la technique du mandat : une opportunité inexploitée.

Le mandat *ad-hoc* est une création prétorienne qui a vu le jour au tribunal de commerce de Paris avant de se généraliser dans la totalité des tribunaux de commerce français. Il s'agit de désigner judiciairement une personne en qualité de mandataire et de le charger d'une mission limitée dans son objet et dans le temps⁹⁵.

Cette pratique dont l'essence est la négociation était très utilisée du fait de ses résultats encourageants avant d'être consacrée par la réforme du droit français des procédures collectives de 1994, inspirant par là même notre législateur qui en a repris le principe par l'article 549 du CCM. Toutefois, l'effectivité d'un tel mécanisme reste encore à espérer (2). Il est, en effet, surprenant de ne pas saisir l'opportunité du mandat *ad-hoc*, malgré les avantages qu'elle procure. La souplesse et la simplicité de sa mise en œuvre devraient normalement constituer un atout pour le chef de l'entreprise (1).

1. Mise en œuvre du mécanisme du mandat.

Le mécanisme du mandat est tel que les pouvoirs du président du tribunal s'articulent autour de deux axes, la désignation du mandataire à l'égard de laquelle le juge dispose d'un pouvoir

⁹⁵- J.P. Marchi, Une création originale du tribunal de commerce de Paris : « le mandataire *ad-hoc* », Gaz. Pal., 1983, doctr. 1. p. 123.

discrétionnaire (a) et la détermination de sa mission dont l'importance conditionne le succès de la prévention (b).

a. Souveraineté du juge dans le choix du mandataire.

La rédaction de l'article 549 du CCM pourrait laisser penser qu'il est dans le pouvoir du président du tribunal d'agir de sa propre initiative pour désigner le mandataire en question, car l'article qui précède lui reconnaît un tel droit pour convoquer le chef de l'entreprise⁹⁶. Mais dans ce cadre, le président doit agir par voie d'ordonnance, sa saisine étant donc nécessaire.

Le mandat est conçu aussi bien pour l'entreprise individuelle que celle sociétaire. Habituellement, le mandat *ad-hoc* est adapté à la structure sociétaire, là où les conflits internes sont fréquents, et ce sont les associés minoritaires se plaignant de la défaillance de la gestion qui demandent le recours à cette mesure⁹⁷. La jurisprudence marocaine a depuis longtemps puisé dans les articles 818 et suivants du D.O.C relatifs au séquestre les conditions de nomination d'un administrateur provisoire ou d'un mandataire provisoire. Elle estime en effet que la participation au patrimoine constitue une condition essentielle pour pouvoir demander la désignation d'un mandataire⁹⁸. La qualité d'associé est donc une nécessité pour pouvoir prétendre à une telle mesure. Il en va à plus forte raison dans le cadre de la prévention des difficultés. Cependant, pour éviter une cessation des paiements, c'est le représentant légal de la société qui doit formuler une telle demande car le mandat *ad-hoc* constitue une mesure individuelle de prévention⁹⁹. Par

⁹⁶- L'article 549 dispose que « *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* ».

⁹⁷- Sur la qualité à agir des associés minoritaires, voir : Y. Chassagnon, *L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficultés*, 2^{ème} éd. Dalloz Paris, 1986, p. 71.

⁹⁸- Trib. Mohammedia, ord. 3 mai 1984, n°= 74/84, G.T.M, juil. 1984, n°= 32, p. 67 ; C.A Fès, 24 sep. 2003, arrêt n°= 1031, aff. n°= 1001/03, (inédit).

⁹⁹- G. Bolard, *Administration provisoire et mandat ad-hoc*, du fait au droit, JCP, 1995, I, 3882.

ailleurs, on a fait remarquer que le mandataire est fréquemment désigné pour pallier les problèmes « anté-règlement amiable », ce qui signifie en toute logique que c'est au débiteur qu'il appartient en principe de saisir le président du tribunal d'une demande¹⁰⁰.

La question s'est posée pour les créanciers sociaux de savoir s'ils peuvent prétendre à la qualité d'agir dans ce sens. Traditionnellement, au nom du principe de la non-immixtion, la jurisprudence française ne reconnaissait guère ce droit à ces derniers, mais avec l'émergence de la notion de l'intérêt social, les créanciers semblent gagner un pas vers la reconnaissance de leur droit à agir dans ce sens¹⁰¹. Par ailleurs, la non restriction posée par l'article 549 laisse possible, l'action des créanciers. La doctrine semble favorable à la recevabilité de cette action si la société n'a plus de représentant légal¹⁰².

Le président est saisi par requête afin de réserver le caractère confidentiel du mandat, mais une simple lettre peut suffire¹⁰³. Il dispose d'un pouvoir souverain dans l'appréciation du recours à un mandataire spécial. Les éléments qui peuvent justifier le mandat *ad-hoc* doivent être analysés au regard des termes de l'article 549. Il s'agit de difficultés qui consistent dans des oppositions entre le débiteur et ses partenaires et de la possibilité de les réduire par l'intervention du mandataire éventuel. Ce pouvoir souverain s'étend également au choix de la personne convenable.

Lorsque le président du tribunal estime que le mandat est à même de mettre fin aux difficultés en question, il rend une ordonnance laquelle est susceptible de rétractation par la partie qui refuse le mandat en tant que tel ou refuse le contenu de la mission.

¹⁰⁰ - M. Jeantin, op. Cit. N°= 474-1.

¹⁰¹ - La cour d'appel de Paris semble poser des conditions pour l'admission de l'action du créancier, comme l'exposition de l'intérêt général à un péril imminent, C.A Paris, 28 mai 1993, Bull. Joly, p. 119, note P. Lecannu.

¹⁰² - Y. Guyon, C. Ruellan, Administration provisoire, Juris-class. 2000, fasc. 43-10, n°= 63 et s ; J. Mestre et Florès, Lamy sociétés, éd. 2000, n°= 1617 ; M. Jeantin, op. Cit. N°= 474.

¹⁰³ - C. Saint-Alary Houin, op. cit. n°= 261.

b. Importance de la détermination de la mission du mandataire.

Le président détermine la mission du mandataire en fonction de la nature des difficultés. Il s'agit d'un domaine d'intervention très large et très varié, mais le mandat ne devrait en aucun cas se nover en une administration provisoire qui dépasserait le cadre de l'article 549 de la loi. En effet, le mandat *ad-hoc* doit rester lié au contexte des difficultés de l'entreprise, l'objectif ultime étant de trouver une solution aux difficultés prévenant ainsi l'avènement d'une cessation des paiements.

Le président détermine le délai et le contenu de la mission. Elle peut consister par exemple, en une simple assistance des dirigeants lors d'un conflit, comme elle peut résider dans une restructuration appelant à des négociations sous l'égide du mandataire qui essaie de rapprocher les différents protagonistes et favoriser l'entrée de nouveaux partenaires dans le capital social, lorsque cela s'avère nécessaire. Vu le caractère préventif de sa mission, le mandataire *ad-hoc* doit promouvoir le règlement amiable du conflit opposant le chef de l'entreprise et ses partenaires habituels tant qu'il est en germe¹⁰⁴. Sauf le cas où il aurait reçu une mission très large de la part du président du tribunal, le mandataire *ad-hoc* ne peut demander le règlement amiable, encore moins déclarer la cessation des paiements¹⁰⁵.

Le mandataire devra rendre compte au fur et à mesure de l'accomplissement de sa mission au juge qui l'a nommé. Le délai du mandat pourra être prorogé s'il apparaît au président du tribunal que l'objectif est en voie de réalisation.

Le mandat *ad-hoc* présente l'avantage d'être une mesure souple et confidentielle en principe. Son succès dépend non seulement des

¹⁰⁴- V.B. Jadaud, Le règlement conventionnel des difficultés des entreprises par un mandataire *ad-hoc*, Dialogues avec Michel Jeantin, p. 411.

¹⁰⁵- Tout d'abord, le mandat spécial est une mission ponctuelle dont l'objet est limité. Ensuite, il ne permet pas de transférer les pouvoirs du chef de l'entreprise au mandataire judiciaire. Voir sur le dépassement des pouvoirs des mandataires *ad-hoc*, A. Guery et C. Guery, Administrateurs *ad-hoc* : us et abus, Gaz. Pal. 19-20 août 1998, p.2.

mandataires, mais aussi des différents intervenants et plus particulièrement les dirigeants. La pratique française montre qu'il n'est pas rare que des dirigeants profitent du mandat pour décharger sur le mandataire l'obligation de déposer le bilan¹⁰⁶. Mais le mandat présente l'inconvénient du défaut de sécurité juridique, en ce sens que débiteur et créanciers ne sont pas à l'abri d'un report de la date de cessation des paiements, ce qui n'est pas le cas du règlement amiable. Par ailleurs, le mandat *ad-hoc* peut être un préparatif au règlement amiable plus encadré judiciairement.

2. Ineffectivité de la prévention par le mandat.

Au fait, la prévention des difficultés par le biais du mandat spécial n'a pas acquit son titre de noblesse au Maroc. Les raisons en sont multiples et tiennent, tantôt à l'attitude du chef de l'entreprise, tantôt au choix du mandataire par le pouvoir judiciaire.

Tout d'abord, la réticence du chef de l'entreprise à user d'une telle opportunité n'est pas à démontrer. D'une part, il ignore souvent le stade de ses difficultés, tant il est vrai que la situation se résume, selon lui, à l'état de la trésorerie. L'espoir d'un redressement de la situation dans un proche avenir ou la négociation directe avec ses créanciers est jugée plus fructueuse que le service d'un tiers. D'autre part, le chef de l'entreprise préfère régler ses problèmes sans que le pouvoir judiciaire s'en mêle et sans que le public sache l'état de ses difficultés. Lorsqu'il s'agit d'une entreprise sociétaire, ce sont les minoritaires qui procèdent à la nomination d'un mandat *ad-hoc*, mais non pour prévenir les difficultés, mais pour s'opposer à la gestion des dirigeants. Le président du tribunal semble réticent à une telle mesure étant donné qu'il existe d'autres mécanismes de contrôle, comme l'expertise de minorité et le droit de demander de faire réunir une assemblée¹⁰⁷.

¹⁰⁶- J.F. Martin, Le règlement amiable, réflexion d'un praticien, in « Le souci d'éviter la faillite des entreprises », Rev. Jurisp. Com., 1996, n° spec. p. 96.

¹⁰⁷- C.A. com. Fès, 30 mai 2002, arrêt n°= 620, aff. n°= 160/02.

Sur le plan des personnes éligibles à cette mission, on souligne l'absence d'un statut pour les mandataires judiciaires au Maroc. Cette situation met le pouvoir judiciaire dans une situation embarrassante, puisqu'il lui est difficile d'apprécier les compétences de la personne pouvant être investie d'une telle mission. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à un arrêt de la cour d'appel de commerce de Fès qui a refusé une telle nomination, au motif que le tiers ne pourra pas conduire les affaires sociales comme ils le feraient, normalement, les dirigeants de la société en place¹⁰⁸. Certes, en l'espèce, il était question de nommer un administrateur provisoire et non un mandataire *ad-hoc*, mais le défaut de statut concerne aussi bien l'un que l'autre.

Néanmoins, cet handicap peut ne pas être aussi problématique, tant le mandat ne consiste pas, à l'instar de l'administration provisoire, à évincer les dirigeants de la gestion et qu'il est conçu dans le cadre de la prévention des difficultés de l'entreprise. Par ailleurs, l'article 549 du CCM parle de tiers, ce qui signifie que toute personne que le président du tribunal estime à même de parvenir à un résultat dans le cadre de la prévention des difficultés est habilitée à agir dans ce sens. Ainsi, certains juges ont manifesté leur intention, au cas où ils seraient sollicités de mettre en œuvre ce mécanisme de prévention, de nommer un tiers ayant une relation étroite avec le secteur d'activité de l'entreprise en difficultés¹⁰⁹. Le succès du mandat ne peut avoir lieu qu'à travers la confiance des parties dans la personne tentant d'amenuiser les oppositions et de rapprocher les idées convergentes.

Ainsi, on voit dans l'affaire « Maghreb steel » une bonne illustration pour faire jouer le mécanisme du mandat. Les partenaires de

¹⁰⁸ - C.A. com. Fès, 24 sep. 2003, arrêt n°= 1031, aff. n°= 1001/03, préc.

¹⁰⁹ - Dans le cadre des entretiens que nous avons conduits avec certains présidents, on nous a fait part du problème que pose le choix du mandataire. Dans certains secteurs d'activité organisés par le biais d'institutions représentatives comme la pharmacie d'officine, la question peut être relativement aisée dans la mesure où d'une part, les partenaires de l'entreprise sont bien connus du débiteur et d'autre part, les personnes qui paraissent avoir les qualités requises pour conduire le mandat à bon escient appartiennent au secteur même. Il n'est pas exclu que ces institutions représentatives de la profession proposent elles-mêmes dans le cadre de consultations ou de concertations avec le pouvoir judiciaire des candidats à même d'assurer le déroulement du mandat. Le rôle des corporations est capital dans cette optique.

l'entreprise se connaissent très bien et la compagnie générale des entreprises marocaines (CGEM) a manifesté son intention de rapprocher le débiteur et les créanciers en proposant de centrer ses efforts sur un rééchelonnement de dettes¹¹⁰. Malheureusement, le débiteur s'est montré insensible à cette proposition.

A titre de comparaison, l'expérience française montre que le mandat *ad-hoc* a vu son usage se généraliser à partir de 1960 pour connaître un essor dans les années quatre-vingt¹¹¹. L'un des facteurs de ce succès est sans doute la compétence des mandataires judiciaires dont l'éligibilité à cette fonction est soumise à des conditions rigoureuses¹¹².

Enfin, comme évaluation chiffrée de l'expérience marocaine en la matière¹¹³, les données que nous avons pu recueillir auprès des différents tribunaux montrent que la pratique du mandat est très timide, sinon quasi-inexistante. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur des tribunaux de commerce de Fès, Meknès, Tanger et Oujda, aucune saisine du président du tribunal n'a été enregistrée dans ce sens¹¹⁴. A Casablanca et Marrakech, des demandes ont été enregistrées dans ce cadre mais ont été retirées par la suite, au profit de demandes de règlement amiable.

B. La prévention par le recours à la conciliation.

A l'instar du mandat, le président du tribunal peut être sollicité de désigner une personne, à même d'instaurer un consensus entre le débiteur et ses créanciers, afin d'aboutir, sous la supervision d'un

¹¹⁰- Voir les détails des faits à Al Massae, 16 sep. 2014, p. 7.

¹¹¹- J.M. Lucheux, Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz 1995, p. 67.

¹¹²- Les administrateurs judiciaires français bénéficient d'un statut légal à partir de 1985.

¹¹³- La pauvreté de l'expérience en la matière explique l'absence de données chiffrées. Ce constat est souligné non seulement par le président du tribunal qui est le premier concerné, mais aussi par les membres de la magistrature du tribunal.

¹¹⁴- Le tribunal de Fès a connu des demandes de désignation d'un mandataire, mais uniquement en raison des conflits sociaux ou pour la convocation de l'assemblée des associés.

conciliateur, à un accord conclu à l'amiable. Cette solution était de mise sous l'empire de l'ancien code de commerce, mais les accords étaient conclus en dehors du cadre judiciaire. On parlait de concordats préventifs ou de concordats amiables¹¹⁵. Or, des accords individuels seraient de peu d'efficacité si un créancier important n'entendait guère concéder à son droit de poursuite, d'où la nécessité d'une action collective.

S'inspirant de la réforme française de 1994, le CCM a consacré une dizaine d'articles à la procédure du règlement amiable (articles 550 à 559). La philosophie législative est telle qu'elle a cru opportun d'étendre les pouvoirs du président du tribunal, tout en respectant le caractère amiable du règlement (1). L'espoir est de permettre au règlement amiable de voir le jour et partant, d'éviter une cessation des paiements imminente, d'où la nécessité d'apprécier dans quelle mesure cet objectif est atteint (2).

1. Les pouvoirs du président entre le souci de la prévention et le caractère amiable du règlement.

Mise à part le fait que le règlement amiable est le cœur de la prévention dans le CCM, la principale caractéristique réside dans l'intervention du juge qui joue le rôle d'un encadrant et d'un superviseur. A comparer avec la mise en alerte et le mandat *ad-hoc*, cette intervention est plus importante (a) Cependant, les pouvoirs du président du tribunal ne sont sans connaître des limites étant donné que la procédure collective n'est pas encore ouverte et que l'accord, éventuellement, conclu reste soumis au droit commun des contrats (b).

¹¹⁵- « Le concordat peut être défini comme étant un traité que le débiteur contracte avec ses créanciers, par lequel ceux-ci lui consentent des délais de paiement, ou une remise partielle de sa dette ou les deux à la fois » A. Squalli, Droit et pratique en matière de faillite et de liquidation judiciaire des entreprises, Sofapress, 1^{ère} éd. 1995, p. 141 ; voir également A. C. Sbaï, Al Wassit en droit commercial marocain et comparé, tome IV, 1991, éd. Babel, p. 554 et s (en arabe).

a. Etendue des pouvoirs du président du tribunal dans le cadre du règlement amiable.

Les pouvoirs du président du tribunal s'expriment durant toute la phase du règlement amiable, depuis qu'il est sollicité de cette mesure jusqu'à la conclusion de l'accord. Tout d'abord, il dispose du pouvoir d'admettre l'entreprise concernée au bénéfice du règlement amiable. Lorsque l'accord risque d'être entravé par des créanciers, le président peut satisfaire la demande du conciliateur d'une suspension provisoire des poursuites. Ce faisant, l'entreprise bénéficie d'une protection judiciaire. Enfin, si l'accord est conclu, suivant le cas, il peut ou doit l'homologuer.

a-1- La mise en œuvre du règlement amiable par le président du tribunal.

L'ouverture du règlement amiable est un pouvoir décisionnel qui appartient au président du tribunal, ainsi sollicité. Mais sa décision est tributaire de la réunion de certaines conditions, sans lesquelles la désignation d'un conciliateur serait injustifiée.

a-1-1- Appréciation des conditions du règlement amiable.

Les conditions de l'ouverture du règlement amiable sont précisées par l'article 550 du CCM. Tout d'abord, le président du tribunal devra s'assurer que l'entreprise est commerciale ou artisanale. Il s'agit donc de vérifier la commercialité du postulant. Sont donc éligible au règlement amiable, les commerçants individuels, les artisans, les sociétés commerciales par leur forme ou par leur objet, c'est à dire la S.N.C, la S.C.S, la S.C.A, la S.A.R.L, la S.A, la S.A.S et la société en participation à objet commercial. Les G.I.E à caractère commercial peuvent également prétendre à l'ouverture d'un règlement amiable. En France, la liste englobe également les personnes morales du droit privé

dont le juge compétent est le président du tribunal de grande instance¹¹⁶.

Il n'est pas inutile de rappeler que la demande doit émaner du débiteur, sinon il y a défaut de qualité¹¹⁷. Par ailleurs, on a même enregistré un cas où c'est le commissaire aux comptes qui a pris l'initiative de saisir le président du tribunal de la demande¹¹⁸. Nous nous demandons, en l'occurrence, quel effet bénéfique pour la prévention des difficultés, si le législateur avait prévu la possibilité aux créanciers de demander la désignation d'un conciliateur, plutôt que d'en faire un monopole du chef de l'entreprise¹¹⁹.

Ensuite, le président devra vérifier que l'entreprise en question « *sans être en cessation des paiements, éprouve une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux besoins de l'entreprise* ». Le juge dispose ainsi d'un grand pouvoir d'appréciation, tant il est vrai que la loi, plutôt que d'insérer le règlement amiable dans des conditions très strictes, a adopté une attitude de souplesse. Il en résulte que contrairement à l'ouverture de la procédure collective qui repose sur une date butoir liée à l'avènement de la cessation des paiements, le moment de l'ouverture du règlement amiable n'est pas très précis, dépendant ainsi de l'interprétation des termes de l'article 550 par le président du tribunal. Le débiteur devra alors emporter la conviction du juge en accompagnant sa demande des arguments prouvant les difficultés en question.

¹¹⁶- Article 37 de la loi du 1^{er} mars 1984, modifié par la loi de 1994.

¹¹⁷- La mauvaise interprétation de la loi a conduit des créanciers et des associés qui n'ont pas la qualité de dirigeant à demander le règlement amiable. Ce phénomène a été enregistré au début de l'activité du tribunal de Marrakech.

¹¹⁸- C'est ce qui ressort des faits du jugement d'ouverture du tribunal de commerce de Rabat du 12 juillet 2000 dans l'affaire « Espace Télécommunications », (annexe II). Dans cette affaire, curieusement, le président du tribunal a fait droit à la demande du commissaire aux comptes de désigner un conciliateur.

¹¹⁹- Infra, p. 690.

Avant de se pencher sur l'appréciation des difficultés, le juge devra procéder à la vérification de la première condition qui est négative, celle du défaut de la cessation des paiements. Autrement-dit, le président devra s'assurer que l'entreprise est encore en mesure de payer ses dettes exigibles à l'échéance, ce qui n'est pas toujours aisé. Ainsi, dans l'affaire « Espace télécommunication », pour faire droit à la demande de désignation du conciliateur, le juge a fait relever dans l'un des attendus qu'il paraît que l'entreprise n'a pas cessé ses paiements¹²⁰. Autrement dit, il n'a pas été fait référence à l'article 560 du CCM, comme le font les tribunaux, pour décider de l'ouverture d'une procédure de redressement. De la même manière, le président du tribunal de commerce d'Oujda a fait uniquement référence aux allégations du chef de l'entreprise¹²¹.

On comprend donc que la vérification de cette condition se fait d'une manière superficielle. Par souci d'éviter de proposer hâtivement au tribunal de se saisir d'office, il préfère désigner un conciliateur et de le charger en même temps que la conciliation d'établir une situation financière actuelle de l'entreprise¹²².

S'agissant des difficultés, elles peuvent être juridiques tenant par exemple, à l'exécution de certains contrats ou à leur modification, aux délais de livraison de marchandises ayant un grand intérêt pour l'entreprise. Elles peuvent également être de nature économique ou financière, mettant l'entreprise en gêne. Dans les quelques cas qu'on a enregistrés auprès des tribunaux, il s'agissait pour l'essentiel de difficultés financières.

Autre, peut être l'appréciation « *des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise* ». Le débiteur doit établir dans sa demande l'insuffisance des moyens de l'entreprise au regard du besoin éprouvé. Le juge ne peut en effet ouvrir

¹²⁰- Trib. com. Rabat, Ord.8 juin 1999, aff. n°= 1/99 (inédit).

¹²¹- P. ex. Trib. com. Oujda, Ord. 5 juin 2003, aff. n°= 2/03 (inédit).

¹²²- Affaire « Espace télécommunication », préc.

un règlement amiable, au seul motif que le débiteur éprouve un manque de financement face à un besoin d'extension¹²³. Le besoin doit être en rapport avec les difficultés, de sorte qu'il s'entend comme la nécessité de faire face à une difficulté susceptible d'entraîner la cessation des paiements¹²⁴. Le chef de l'entreprise devra donc établir des chiffres relatifs au besoin et aux possibilités de son entreprise, ce qui peut poser un problème pour le juge marocain qui n'est pas habitué aux ratios du monde des affaires.

Généralement, les conditions du règlement amiable sont vérifiées en se basant sur les données présentées par la requête et les explications fournies par le chef de l'entreprise au cabinet du président du tribunal¹²⁵. Sa conviction doit emportée que le règlement amiable est de nature à redresser la situation, sinon il est inutile de désigner un conciliateur dont les efforts s'avéreront vains. C'est dire que le chef de l'entreprise devra persuader le président de l'opportunité du règlement amiable en démontrant qu'avec la conciliation, l'entreprise pourra surmonter les difficultés en question.

a-1-2- La décision du président.

La décision de désigner un conciliateur relève du pouvoir discrétionnaire du président. Lorsqu'il estime que la conciliation est la solution opportune, il ouvre le règlement amiable matérialisant ainsi l'intervention judiciaire en matière de prévention de la cessation des paiements, mais ce n'est pas l'unique cas de figure que peut revêtir sa décision. Avant de décider, le président dispose de la faculté de s'informer, voire d'ordonner une expertise.

¹²³- Voir *Contra*, A. C. Sbaï, Al Wassit en prévention des difficultés de l'entreprise et procédures de traitement, 1998, éd. Nacher Al Maârifa, Tome 1, p. 28 (en arabe).

¹²⁴- J. M. Lucheux, Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable in, *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz 1995, p. 78.

¹²⁵- Selon le président du tribunal de commerce de Casablanca, la vérification des conditions du règlement amiable se fait parfois d'une manière superficielle et le délai moyen pour rendre une décision fluctue autour d'un mois et demi, *Entretien*, mai 2003.

- *L'investigation préalable et l'expertise éventuelle.*

Le président est doté d'un pouvoir d'investigation multipotent, de sorte qu'il ne peut être entravé par aucune disposition législative ou réglementaire contraire. D'une part, le président dispose de renseignements qui lui sont communiqués par le chef de l'entreprise, si une alerte se révèle être déjà initiée. Dans ce cas, le président est présumé avoir contacté les personnes ou organismes dont il est question dans l'article 548.

D'autre part, même si l'alerte n'est pas provoquée, le président fait convoquer le chef de l'entreprise pour recueillir ses explications. Ce dernier ne peut pas refuser, en principe, la convocation faite par les soins du greffier, car c'est lui qui a sollicité le président de la demande de règlement amiable. Cet entretien est très important, car il permet au juge de sonder la détermination du chef de l'entreprise dans la recherche des moyens pour redresser la situation. Il peut demander toute explication ou information, afin de l'éclairer sur l'opportunité de la décision qu'il peut prendre.

Par ailleurs, le président est doté d'un pouvoir d'investigation propre qui lui permet d'obtenir communication de tout renseignement de nature à l'informer exactement sur la situation économique et financière de l'entreprise. L'article 548 du CCM est sans équivoque à cet égard. Les établissements bancaires ou financiers sont cités expressément par l'article 552 en raison de l'importance des informations qu'ils peuvent communiquer au pouvoir judiciaire. Ils ne peuvent lui opposer le secret professionnel.

Le pouvoir d'information du président est donc quasi-absolu, il présente l'inconvénient de donner une certaine publicité à la défaillance de l'entreprise, mais il est nécessaire pour prendre la décision pertinente.

• *Cas de figures de la décision du président.*

La solution opportune relève du pouvoir discrétionnaire du président. Trois de cas figure sont envisageables. S'il s'avère que l'entreprise est en cessation des paiements, la demande de règlement amiable est rejetée. Le président peut proposer au tribunal de se saisir d'office pour ouvrir la procédure collective. Cette éventualité n'est pas rare, car le débiteur ne sait pas toujours s'il est ou non en cessation de paiements¹²⁶.

Mais le président peut estimer que les difficultés ou le besoin de financement dont il est question ne justifie pas un règlement amiable. L'entreprise peut trouver une solution à ses difficultés par le recours à d'autres moyens. On peut songer à des accords amiables entre le débiteur et ses créanciers conclus dans le cadre du droit commun, en dehors de toute intervention judiciaire. Mais en pratique, le débiteur ne peut solliciter le président qu'après avoir épuisé les modes de règlement des difficultés extrajudiciaires. C'est là un réflexe naturel de tout chef d'entreprise.

Lorsqu'au vu des informations recueillies par le président estimant que les conditions du règlement amiable sont réunies, il lui apparaît que c'est la solution adéquate, il désigne un conciliateur afin d'arriver à la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers ou de certains d'entre eux. S'il paraît difficile de s'assurer, du coup, de l'existence ou non de la cessation des paiements, le président peut nommer un expert pour apprécier la situation¹²⁷. Là encore, les pouvoirs du président sont très importants et s'expriment à différents niveaux.

Au niveau du choix du conciliateur, le président est libre de désigner la personne qu'il juge compétente pour arriver à la conclusion de l'accord¹²⁸. Ce choix est discrétionnaire, si bien que la personne

¹²⁶ - P. ex. voir les faits, Trib. com. Fès, 3 avr. 2002, jugement n°= 17/02 (inédit).

¹²⁷ - Trib. com. Marrakech, Ord. 2 avr. 2002, n°= 59/2002, aff. n°= 1/15/2002 (inédit).

¹²⁸ - P. ex. dans l'affaire n°= 1/99 déférée devant le tribunal de commerce de Rabat, le conciliateur était un expert comptable.

désignée ne peut faire l'objet d'une récusation. Il s'agit en pratique d'une étape cruciale, car la conclusion d'un accord repose sur des qualités dont doit faire preuve la personne qui va diriger la négociation. La notoriété et la force de persuasion sont des qualités requises entre autres.

Mais le président n'est pas obligé à se référer à une liste quelconque, il peut par son pouvoir d'investigation retrouver la personne convenable. Ceci est d'autant plus vrai que dans notre pays, les professions relevant du statut d'auxiliaire judiciaire sont très limitées. Même en France dont le système est caractérisé par une pluralité de statuts des auxiliaires judiciaires, le juge peut désigner une personne en dehors de ces professions. La pratique dans ce pays montre que ce sont en général des administrateurs judiciaires qui sont fréquemment désignés¹²⁹. Si un mandat a été ordonné par le président, le mandataire *ad-hoc* est généralement nommé conciliateur. Ce sont généralement des experts comptables qui sont désignés à cette mission¹³⁰.

S'agissant de la mission dont l'objet est déterminé par la loi, le président reste libre de fixer les grands axes de la conciliation ainsi que les modalités d'exécution. Sans aller jusqu'à s'impliquer dans la négociation, il peut proposer au conciliateur de focaliser son intérêt sur tel ou tel créancier qui s'avère important pour le redressement de l'entreprise. C'est ainsi que le président du tribunal de Marrakech a ordonné, par ordonnance du 2 avril 2002, au conciliateur d'établir une étude analytique de la gestion de la société G.K.M durant les périodes respectives des deux gérants et de proposer la solution adéquate pour redresser la situation avant l'avènement d'une cessation des paiements¹³¹.

D'autre part, le pouvoir du président s'étend également à la détermination de la durée de la mission du conciliateur. Celle-ci est

¹²⁹ - Ch. Gavalda, Le règlement amiable, Rev. jurisp. com. n°= spéc. 1986, p. 87-89.

¹³⁰ - Infra, p. 439.

¹³¹ - P. ex. Trib. com. Marrakech, ord. n°= 59/2002 du 2 fév. 2002, (inédit).

systématiquement portée au maximum légal¹³², car la négociation nécessite souvent une durée plus longue pour aboutir, surtout lorsqu'il s'agit de solliciter des remises de dettes ou des moratoires.

a-2- La nécessité de protection de l'entreprise contre le débiteur et les créanciers.

Les pouvoirs du président du tribunal d'admettre une entreprise au bénéfice du règlement amiable seraient vains, si aucun accord ne peut être conclu entre le débiteur et les créanciers, raison pour laquelle l'intervention judiciaire doit se poursuivre après la désignation du conciliateur. Mais l'objectif ultime étant de redresser l'entreprise, une fin qui passe par la protection de celle-ci jusqu'à la conclusion de l'accord. D'où la possibilité pour le président de prononcer une suspension provisoire des poursuites, laquelle mesure restreint les droits des créanciers et génère en l'occurrence, un droit de regard sur la gestion de l'entreprise.

a-2-1- La restriction des droits des créanciers par le président du tribunal.

Pendant la phase de la négociation, le conciliateur peut se heurter à l'intransigeance de certains créanciers qui ne veulent pas renoncer à leur droit de saisir l'actif de l'entreprise, ne désirant pas en l'occurrence, adhérer au règlement amiable. Pour y remédier, le président dispose de la faculté qui lui est reconnue par la loi, de prononcer une suspension provisoire des poursuites, lorsqu'il est en saisi par le conciliateur, restreignant ainsi les droits des créanciers récalcitrants.

La suspension provisoire des poursuites n'est ordonnée par le président qu'à la condition qu'elle faciliterait la conclusion de l'accord amiable. En effet, elle ne servirait à rien si l'ensemble des créanciers

¹³²- Trib. com. Tanger, ord. 30 déc. 2005, aff. n°= 1/205/14 (voir annexe III) ; Trib. com. Marrakech, aff. n°= 52/2002 et 53/2002, préc ; Trib. Rabat, aff. « Espace Télécommunications », préc.

(hypothèse rare) ou ceux importants semblent vouloir adhérer à l'accord, abandonnant ainsi provisoirement leur droit de poursuivre le débiteur. L'appréciation de cette condition relève du pouvoir souverain du juge.

L'article 555 du CCM ne décrit pas les modalités de cette saisine, contrairement au décret français qui précise qu'il s'agit d'une requête à laquelle est jointe une liste des créanciers avec le montant de leurs créances¹³³. Le président informe les principaux, voire même tous les créanciers de la mesure envisagée et recueille leur avis. En effet, une large concertation ne peut être que bénéfique pour une décision adéquate. Le choix des créanciers est librement apprécié et leur avis ne lie guère le juge qui seul, décide de l'opportunité de la mesure sollicitée.

Le président rend alors une ordonnance fixant la durée de la suspension provisoire des poursuites qui ne peut excéder le terme de la mission du conciliateur. Quoique la loi ne le précise pas, l'ordonnance est notifiée aux créanciers ainsi qu'au débiteur et fait l'objet d'une inscription au registre au commerce¹³⁴. Cette publicité limite ainsi le caractère confidentiel du règlement amiable.

Le président peut juger que la suspension provisoire des poursuites pourrait avoir des effets pervers sur la situation de l'entreprise, notamment par l'effet de publicité qu'elle produit. Il peut donc décider de passer outre, de sorte que la négociation se poursuit sans effet dissuasif de la part du conciliateur.

¹³³- Il s'agit du décret du 1^{er} mars 1985, art. 37-1.

¹³⁴- S'agissant de l'inscription au registre de commerce, l'article 43 du code de commerce dispose que les décisions judiciaires en matière de redressement ou de liquidation judiciaire doivent faire l'objet d'une déclaration en vue de leur inscription. Doit-on en déduire que seules les décisions consécutives à l'ouverture de la procédure collective sont concernées ou doit-on inclure même les décisions judiciaires intervenant dans le cadre du règlement amiable ? La finalité de cette disposition est d'informer le public aussi exactement et précisément sur la situation de l'entreprise. Il semble donc que la décision du président de suspendre provisoirement les poursuites soit assujettie à l'inscription. Le décret français précité ordonne expressément cette formalité.

Pour déroger au droit commun qu'elle soit, la suspension provisoire des poursuites ne doit être ordonnée qu'exceptionnellement, c'est à dire que si elle est de nature à faciliter la conclusion de l'accord, et s'il paraît que l'accord est de nature à redresser l'entreprise. Toutefois, en pratique, le président se contente d'en justifier le recours en rapportant que le conciliateur a cru bon d'y procéder¹³⁵.

Aussi, rien n'interdit d'user des possibilités prévues par le droit commun, notamment la sollicitation des délais de grâce dont il est question dans l'article 243 du D.O.C¹³⁶. Au lieu de prononcer une suspension générale, le président, sollicité par le débiteur, individualise la suspension. L'avantage de cette mesure est de procéder sélectivement en opérant un choix judicieux de la créance ou du créancier et d'octroyer un répit sans révélation des difficultés. Faudrait-il encore emporter la conviction du juge qui demeure souverain dans l'appréciation de la mise en œuvre d'un tel mécanisme.

Enfin, s'agissant des voies de recours, le code de commerce a observé le silence, d'où l'application du droit commun. Dans cette optique, la loi française (décret de 1994) précise que l'ordonnance du président est susceptible d'un recours en rétractation en référé formé par tout intéressé. Un appel est également prévu contre la décision prise sur ce recours.

Ce pouvoir discrétionnaire dont jouit le président du tribunal doit être utilisé avec modération, la suspension provisoire des poursuites doit être une décision bien réfléchie eu égard à sa portée. En effet, elle entraîne, selon l'article 555 du code de commerce, un arrêt des poursuites et des procédures civiles d'exécution. Cette disposition appelle des remarques importantes¹³⁷. Tout d'abord, les créanciers

¹³⁵ - P. ex. Trib. com. Fès, ord. du 25 sep. 1998, aff. n°= 1/98 (annexe IV).

¹³⁶ - L'article 243 du D.O.C, enjoint au juge d'user du pouvoir d'accorder des délais de grâce avec grande réserve. Les délais devant être modérés.

¹³⁷ - Cette situation est semblable à celle du débiteur en redressement. On retrouve une formule similaire à celle prévue par l'article 653 (Chapitre III intitulé, L'arrêt des poursuites individuelles du titre IV sur Les règles communes aux procédures de traitement et de liquidation judiciaire).

concernés par cette mesure sont ceux antérieurs à la décision de suspension et non pas à la seule ouverture du règlement amiable. Les créanciers postérieurs y échappent, mais ne bénéficient d'aucun privilège, à l'image de celui prévu par l'article 575. Si une procédure de redressement est ouverte par la suite, leur droit serait né de la même façon, antérieurement à la décision d'ouverture. Ensuite, la suspension produit ses effets à l'égard de tous les créanciers, même ceux qui ne sont pas parties à l'accord. Ensuite, s'agissant des voies d'exécution, la paralysie ne s'étend pas à celles qui ont produit leurs effets avant l'ordonnance de suspension provisoire des poursuites.

En contre partie du sacrifice imposé aux créanciers et en guise de leur protection, les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution sont, en conséquence, suspendus. Les créanciers n'encourent pas une forclusion du fait de la suspension des poursuites.

Le débiteur est donc provisoirement à l'abri de toute réclamation de la part de ses créanciers dans l'attente de la conclusion d'un règlement amiable. Cependant, une partie de la doctrine estime que les actions réelles échappent à l'interdiction des poursuites, notamment les actions en revendication d'un bien détenu par le débiteur¹³⁸. Quoiqu'il en soit, en décidant de la suspension provisoire des poursuites, le juge apporte une restriction très importante aux droits des créanciers que la doctrine a qualifiée de sacrifice¹³⁹.

a-2-2- L'instauration d'un droit de regard sur la gestion de l'entreprise.

En désignant un conciliateur, le président lui détermine une mission, dont l'objet comme le précise l'article 554 du CCM, est de favoriser le fonctionnement de l'entreprise. Cette formule pose la question de l'étendue des pouvoirs du juge dans la détermination de la mission, ainsi que les modalités par lesquelles le conciliateur peut agir à

¹³⁸ - F. Viterbo, Le sort de la réserve de propriété en période de règlement amiable, Banque et droit, mai-juin 1999, p. 3.

¹³⁹ - Y. Chaput, art. prec., p. 96.

l'égard de l'entreprise. On ne trouve pas une disposition pareille à l'article 576 du CCM qui consacre un partage des pouvoirs entre le débiteur et le syndic. Le débiteur n'a pas démerité pour qu'il soit évincé de la gestion, il reste alors maître de son affaire, si bien que le conciliateur ne le remplace pas, ni l'assiste dans la gestion.

Il paraît que la mission de favoriser le fonctionnement de l'entreprise réside dans la possibilité de faire stipuler dans l'accord amiable les mesures propres à redresser la situation de l'entreprise, tel qu'il s'agit de diminuer la tension éventuelle entre les associés et faire un rapport sur la gestion de l'entreprise relative à la période de chacun des dirigeants concernés¹⁴⁰. La formule de l'article 554 devrait tout au plus permettre de confier au conciliateur une mission de surveillance¹⁴¹. De toute façon, le président du tribunal essaie d'adapter la mission du conciliateur au contexte dans lequel l'entreprise évolue. Parfois, le président entend profiter de la désignation du conciliateur en le chargeant de rapporter un complément d'informations, notamment celles comptables et financières¹⁴².

A l'égard du débiteur, les pouvoirs du président ressurgissent lorsqu'une suspension provisoire des poursuites a été ordonnée. De la même manière que celle-ci produit une restriction des droits des créanciers, elle entraîne une interdiction vis à vis du débiteur d'accomplir une série d'actes graves qui risquent de compromettre gravement la situation de l'entreprise.

En effet, l'ordonnance qui prononce la suspension provisoire des poursuites interdit au débiteur de payer totalement ou partiellement

¹⁴⁰ - Ord. Trib. com. Marrakech, 2 avr. 2002, n°= 59/2002, aff. Sté G.K.M, cité par A. Bensetti in « Les modes de règlement alternatifs de règlements de litiges », Colloque du 4 et 5 avril 2003, Faculté de Droit de Fès, éd. Association de diffusion des données juridiques et judiciaires, n°= 2, 2004, p. 51, on se demande si en l'espèce, la désignation d'un mandataire ad-hoc n'était pas plutôt adaptée, tant il est vrai que de fortes oppositions existaient entre les dirigeants ; Ord. Trib. com. Marrakech, 21 mai 2002, n°= 53/2002(inédit).

¹⁴¹ - Y. Chaput, *ibidem*.

¹⁴² - Ord. Trib. com. Marrakech, 9 oct. 2001, n°= 111/01; Ord. Trib. com. Fès, 25 juil. 2001, n°= 21/01 (inédits).

toute créance dont l'origine est antérieure à la décision de suspension ou de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement. Il est également interdit au débiteur de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale de l'entreprise ou de consentir une hypothèque ou nantissement. De cet ensemble d'interdictions, la loi a excepté le paiement des créances résultant du contrat de travail. Tout acte passé en violation de cette interdiction est sanctionné de nullité.

L'objectif de la restriction des droits du débiteur est d'éviter que ce dernier organise son insolvabilité, mais surtout de conserver le patrimoine de l'entreprise et de le protéger contre toute dilapidation.

La suspension provisoire des poursuites, quand elle est prononcée par le président, met le débiteur dans une situation sensiblement similaire à celle du redressement, en ce sens qu'elle opère une sorte de dessaisissement partiel pendant qu'elle dure, lequel peut être levé par le juge. En effet, la rigueur de cette interdiction est tempérée par la possibilité du président d'autoriser le paiement de telle créance ou l'accomplissement de tel acte ou encore la constitution de telle sûreté. L'autorisation judiciaire est donc un moyen assurant la continuité de l'exploitation, lorsqu'elle risque d'être entravée par l'interdiction, c'est le cas par exemple, du paiement d'un fournisseur permanent de l'entreprise, ou du nantissement du fonds de commerce pour l'octroi d'un concours bancaire important pour le financement d'un besoin imminent de l'entreprise.

La difficulté apparaîtrait lorsqu'il s'agit d'apprécier ce qu'est un acte de gestion étranger à la gestion normale de l'entreprise et de l'autoriser. Là encore, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire tant à l'égard de l'appréciation de l'acte qu'à l'égard de l'autorisation. La question revêt toute son importance, lorsqu'il est s'agit de restructurations telles que l'adjonction de nouvelles unités de production, leur cession ou un changement d'activité.

Le constat se dédouble lorsqu'on sait que l'autorisation est l'émanation d'un juge unique et qu'elle doit intervenir aussitôt qu'elle

est demandée, la restructuration étant jugée une opportunité et la suspension des poursuites est de durée limitée. Il est intéressant de relever à ce niveau que contrairement au redressement où la loi a prévu une stratification du pouvoir judiciaire, avec un partage de compétence et un contrôle dans l'adoption des plans¹⁴³, elle s'en est remis entièrement au président du tribunal au niveau du règlement amiable.

Cette importance des pouvoirs du président du tribunal a focalisé l'attention de la doctrine qui n'a pas manqué de relever ces situations paradoxales. S'agissant de la suspension provisoire des poursuites, elle fait remarquer que « le législateur se méfie du juge dans le redressement judiciaire puisqu'il a prétendu imposer des limites strictes aux adoptions de plans (la moralisation). Mais, il lui fait une confiance presque aveugle, dans cette phase de prévention jusqu'à lui permettre de sacrifier les intérêts de tous les créanciers par une suspension générale des poursuites sur la seule initiative du conciliateur que lui-même a désigné »¹⁴⁴.

a-3- Le devoir ou la faculté de l'homologation de l'accord amiable par le président.

L'homologation de l'accord amiable est une formalité prévue par l'article 556 du CCM. C'est un acte de juridiction gracieuse, rendu sous forme d'ordonnance, en l'absence de tout litige. Le texte opère une distinction entre l'accord conclu avec tous les créanciers et celui avec les principaux d'entre eux. Dans le premier cas, le président du tribunal doit homologuer l'accord, contrairement au second cas, dans lequel il dispose d'une faculté ¹⁴⁵. Le président peut également allouer au débiteur des délais de grâce dont il est question dans l'article 243 du D.O.C pour les créances qui ne sont pas incluses dans l'accord.

¹⁴³- A titre d'illustration, au niveau de la période d'observation, le juge-commissaire ne peut autoriser de tels actes, car ce pouvoir appartient au tribunal. Cf. *Infra*, p. 504.

¹⁴⁴- Y. Chaput, art., *prec.*, n°= p. 96.

¹⁴⁵- Cette faculté a été utilisée par le président du tribunal de Fès dans l'affaire n°= 1/98/5, voir annexe V.

Une difficulté pratique risque de se poser : comment pourrait-il être assuré que tous les créanciers ont adhéré à l'accord ? D'autre part, en se fondant sur l'intérêt de l'entreprise, est-il possible pour le président de refuser d'homologuer l'accord ? Mettant le point sur l'incertitude d'une réponse positive, la doctrine semble se fonder sur le caractère contractuel du règlement amiable pour limiter le contrôle du juge aux conditions de forme¹⁴⁶ de l'accord et de la volonté des parties¹⁴⁷.

Dans tous les cas, l'accord tire sa force obligatoire de l'article 230 du D.O.C et ne peut devenir caduc, faute d'homologation. Mais celle-ci n'est pas dénuée d'intérêt. En effet, outre l'autorité de la chose jugée¹⁴⁸, l'homologation permet d'offrir un titre aux parties voulant exécution forcée.

S'agissant de la purge des vices, la doctrine est divisée. Selon certains auteurs, l'homologation ne peut purger aucun vice qui pourrait affecter l'accord¹⁴⁹, ni les causes de nullité des actes juridiques. Pour d'autres, l'homologation ne saurait justifier des infractions au droit de la concurrence ou la violation d'une loi pénale¹⁵⁰.

Le même clivage est opéré pour la cessation des paiements. Pour une partie de la doctrine, il n'est pas certain que l'homologation puisse couvrir l'existence d'une cessation des paiements¹⁵¹. Pour d'autres, l'homologation donnerait autorité à l'accord qui ne peut être mis en cause, par conséquent, dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective par la suite. La date de la cessation des paiements ne pourra pas être fixée antérieurement à l'homologation, ni même à la

¹⁴⁶- L'accord amiable doit être constaté par écrit et signé des parties et du conciliateur (art.557).

¹⁴⁷- M. Jeantin, op., cit., n°= 492.

¹⁴⁸- C'est une question discutée, voir contra, M. Jeantin, ibidem.

¹⁴⁹- Derrida et Sortais, Philosophie de la réforme, Petites affiches, 14 sept. 1994, p. 6 ; L. Amiel- Cosme, La fonction d'homologation judiciaire, Justices, n°= 5, janvier- mars 1997, p. 135, spéc. 143.

¹⁵⁰- Y. Chaput, art., préc, p. 100.

¹⁵¹- Y. Guyon, op. cit., n°= 1087-2.

désignation du conciliateur. Celle-ci suppose un défaut de cessation des paiements, condition qui a dû être appréciée rigoureusement par le président¹⁵². L'intérêt de l'homologation judiciaire étant alors d'apporter une sécurité juridique. Cette opinion est partagée par d'autres auteurs, à condition que la cessation des paiements n'ait pas été obtenue par fraude¹⁵³.

Cependant, la cour de cassation française a estimé, à l'occasion de la condamnation d'un dirigeant de faillite personnelle, qu'il n'y a pas de contrariété de jugements entre un jugement refusant d'ouvrir la procédure collective en raison de l'absence de cessation des paiements, et un jugement en fixant la date antérieurement¹⁵⁴. Si l'on doit en déduire que le tribunal n'est pas lié par une décision antérieure, il en va à plus forte raison pour une ordonnance d'homologation.

b. Limites du pouvoir décisionnel du président.

Le mécanisme du règlement amiable tel qu'il est conçu par le code de commerce s'est inspiré, dans sa philosophie, de la réforme française de 1994. Or, celle-ci a été rendue nécessaire suite à l'échec du règlement amiable de 1984 qui ne dérogeait au droit commun que parcimonieusement. L'efficacité d'un tel système requiert la reconnaissance au pouvoir judiciaire qui « est l'ordonnateur de la prévention »¹⁵⁵ d'une intervention aussi énergique qu'elle puisse dissuader les parties en présence, essentiellement les créanciers. Cependant, les pouvoirs du juge ne doivent pas conduire à une protection abusive de l'entreprise. Aussi sont-ils limités, tantôt par les dispositions qui régissent le règlement amiable, tantôt par le droit commun, en l'occurrence le respect de la volonté des parties.

¹⁵² - J. M. Lucheux, art. préc. p. 85.

¹⁵³ - M. Jeantin, *ibidem*.

¹⁵⁴ - Cass. com., 19 nov. 1996, JCP E, 1997, I, 651, obs. P. Pétel.

¹⁵⁵ - C. Laroumet, art. préc., p. n^o= 103.

b-1- Respect de la volonté des parties.

Le respect de la volonté des parties à l'accord est l'un des principes immuables du droit contractuel que le juge ne pourrait mettre en échec, sans que sa décision ne fasse l'objet d'une censure. Ce principe qui constitue une limite au pouvoir du président du tribunal s'exprime tant en termes d'adhésion au règlement amiable qu'en termes de contenu de l'accord.

b-1-1- Liberté d'adhésion au règlement amiable.

Les créanciers demeurent libres d'adhérer au règlement amiable ou non, si bien que le juge ne dispose d'aucun pouvoir pour les y contraindre. Le consentement du créancier de conclure un accord avec le débiteur doit être intègre de tout vice. C'est là une condition *sine qua non* de la validité de toute convention. Dans une espèce, le banquier, créancier principal a été ferme quant à son refus d'adhérer à tout accord avec le débiteur. Le rapport du conciliateur a été très circonscris signalant l'échec de la mission de ce dernier¹⁵⁶.

En désignant un conciliateur, le président cherchera le plus souvent la personne dont les qualités professionnelles et personnelles sont de nature à peser sur les créanciers, afin de les emmener à souscrire à l'accord. La force de persuasion du conciliateur constitue à cet égard, le moyen le plus efficace pour convaincre les créanciers, ou du moins les principaux d'entre eux. Généralement, le conciliateur est choisi parmi les experts comptables de la région¹⁵⁷ ou parmi les membres de la compagnie générale des entreprises du Maroc (C.G.E.M)¹⁵⁸.

¹⁵⁶ - Rapport de conciliation : Trib. com. Oujda, 5 juin 2003, aff. n°= 2/03 (annexe VI).

¹⁵⁷ - Trib. com. Marrakech, 11 mai 2002, ord. n°= 52/2002 ; 21 mai 2002, ord. n°= 53/2002 ; Trib. com. Fès, 25 juil. 2001, cités par L. Didi, La responsabilité du banquier dans les difficultés de l'entreprise, thèse Fès, 2005.

¹⁵⁸ - Cette pratique est fréquente au niveau des tribunaux de Casablanca et de Marrakech. P. ex. Ord. Trib. Casablanca, 5 juin 2001, aff. n°= 3/2004 ; Ord. Trib. Marrakech, 2 mai 2002, aff. n°= 53/2002 (inédits).

D'autre part, les pouvoirs du conciliateur sont très limités, car sa mission est précise, favoriser le fonctionnement de l'entreprise et conclure un accord entre le débiteur et les créanciers. Il n'est ni un mandataire des parties, ni un arbitre et ne dispose d'aucun pouvoir de représentation ou d'assistance du débiteur¹⁵⁹. Sur le plan légal, son autorité ne lui confère guère le pouvoir d'imposer une négociation ou des sacrifices aux créanciers.

La pratique française montre que plus souvent un créancier cherche à savoir si d'autres créanciers ont donné leur consentement d'adhérer à l'accord ou non, avant de décider. Dans certains cas, leur consentement est « arraché » sous la pression des pouvoirs publics ou par la crainte de perdre des marchés¹⁶⁰. Inversement dans d'autres cas, fort de leur position, ils menacent d'assigner en redressement judiciaire s'ils ne sont pas réglés à l'échéance¹⁶¹.

Au Maroc, il n'existe pas d'organismes publics ou parapublics d'aides aux entreprises qui puissent intervenir pour inciter ou contraindre les créanciers à conclure un règlement à l'amiable avec leur débiteur. D'autre part, les principaux créanciers du débiteur sont souvent le trésor, la C.N.S.S, le banquier et les fournisseurs. Or, ces derniers peuvent être convaincus facilement d'adhérer au règlement amiable, alors que les premiers qui sont des organismes publics gérant des deniers publics peuvent se montrer réticents, à moins que l'entreprise suscitant le règlement amiable soit d'une taille importante que les pouvoirs publics ne peuvent garder une attitude de désintérêt à son égard. Mais le principe de l'intégrité du consentement du créancier est immuable, et les pouvoirs du juge ne peuvent le mettre en échec.

¹⁵⁹ - Rep. com. Dalloz, 1996, n°= 185.

¹⁶⁰ - C. Champaud, La responsabilité des organismes publics et parapublics, Rev. jurisp. com., sept - oct 1976.

¹⁶¹ - C. Saint Alary Houin, op. cit., n°= 280.

b-1-2- Respect de la liberté de détermination du contenu de l'accord.

La loi est muette quant au contenu de l'accord amiable, l'article 554 parle de la conclusion d'un accord avec les créanciers. Ceux qui ont accepté d'adhérer au règlement amiable restent libres de déterminer l'étendue de leur obligation. Le juge ne dispose d'aucun pouvoir à cet égard. Il ne peut contraindre tel ou tel créancier à consentir une remise totale ou partielle, soit-elle, de dettes ou de rééchelonner ses dettes selon un calendrier déterminé. Le conciliateur ne peut non plus imposer ses vues ou décider à la place des parties, parce qu'autrement, il perdrait son objectivité. De même, chaque créancier est libre de déterminer quelle créance il inclura au règlement.

En effet, la volonté de s'engager pour une part seulement des créances qu'on détient envers le débiteur a été reconnue par la cour de cassation¹⁶². Ce n'est là que l'expression de la nature contractuelle de l'accord de règlement amiable qui n'est ni un contrat judiciaire, ni une sentence arbitrale¹⁶³. Par conséquent, la volonté des parties à l'accord doit être respectée.

La question des salariés est posée différemment. Si le juge ne peut enjoindre aux autres créanciers d'accepter tel sacrifice ou tel sacrifice, peut-il à l'inverse admettre une remise en cause du principe du maintien des avantages acquis, accepté volontairement par les salariés? En réalité, rien ne s'oppose à ce que des salariés consentent individuellement un abandon de leurs avantages sociaux (diminution de salaire ou des avantages en nature...). Un tel sacrifice pourra être récompensé par le débiteur, une fois que la situation de l'entreprise est redressée¹⁶⁴. Mais, un tel engagement pour le sauvetage de l'entreprise est à rechercher.

¹⁶² - Cass. com., 13 oct. 1998, R.T.D.com. 1999, 185, obs. Macorig-Venier.

¹⁶³ - M. Jeantin, op. cit., n°= 488.

¹⁶⁴ - Sur la place des salariés dans le règlement amiable, voir Y. Guyon, Le règlement amiable des difficultés des entreprises, Droit social 1985, 267 ; P. Lecannu, Règlement amiable et droit des sociétés, Bull. Joly, 1986, 811.

D'un autre côté, si le contenu de l'accord doit tourner autour d'un plan de redressement proposé par le débiteur à ses créanciers, le juge ne peut avoir aucune emprise sur ce plan. En effet, on ne trouve pas dans les dispositions relatives au règlement amiable des contraintes semblables à celle que peut imposer le tribunal dans le plan de redressement qu'il arrête (durée du plan, montant de l'échéance ..). Le juge n'a qu'un droit à l'information au fur et à mesure de la négociation et un droit de communication de l'accord¹⁶⁵.

Au fait, comme pour l'adhésion à l'accord, les créanciers ne s'engagent qu'au vu des sacrifices consentis par les autres créanciers, afin de ne pas être traités sévèrement par rapport aux autres. Au cas où le juge homologuerait l'accord, cela n'a pas pour effet d'étendre le contenu des stipulations aux créanciers non adhérents.

b-2- Limites tenant à la loi.

Les pouvoirs décisionnels du président du tribunal sont également limités par la réglementation relative au règlement amiable. Il découle des textes que ce dernier ne peut se saisir d'office pour imposer une telle procédure. De même, lorsque le règlement amiable est ouvert, le juge est tenu de respecter la durée de la phase préalable à la conclusion de l'accord. Enfin, il est tenu d'homologuer l'accord lorsque les créanciers y ont adhéré à l'unanimité.

b-2-1- Absence de pouvoir de saisine d'office.

Si la décision d'ouvrir le règlement amiable relève du pouvoir d'appréciation du président du tribunal, ce dernier ne peut agir de son propre chef pour nommer un conciliateur. Il faudrait qu'il soit sollicité d'une demande émanant du débiteur. L'alinéa 2 de l'article 550 prend soin de préciser que le président du tribunal est saisi par requête. Ce texte impose donc une restriction absolue à tout autre que le chef de

¹⁶⁵ - Art. 559 du CCM.

l'entreprise. Donc ni les créanciers, ni le commissaire aux comptes, ni le ministère public ne sont habilités à déposer une telle demande.

Tout au plus, le président du tribunal a le pouvoir de vérifier la qualité du demandeur devant être, en l'occurrence, le débiteur lui-même dans le cas d'une entreprise individuelle et le représentant légal de la société. Dans ce dernier cas, le juge doit vérifier que la requête est présentée par l'organe compétent, car la demande de règlement amiable est considérée comme un acte de gestion¹⁶⁶. Il s'agit ainsi du président ou directeur général dans les S.A, gérant dans les autres formes de sociétés.

Sur ce point, le règlement amiable diffère de l'alerte présidentielle et de la procédure de redressement. Or, il peut paraître curieux de consacrer une initiative judiciaire qui prévoit la convocation du chef de l'entreprise pour l'alerter, lorsque les difficultés sont de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (article 548), et de limiter ce pouvoir là où les difficultés sont à un stade plus avancé. En réalité, la saisine d'office du juge avait été envisagée en France, mais elle n'a pas été retenue¹⁶⁷. La demande du règlement amiable, avons-nous dit, est un acte de gestion que le juge ne saurait se substituer à l'organe compétent pour accomplir.

De même, cette demande ne devra pas être comprise comme la conséquence inéluctable d'une procédure d'alerte qui serait déclenchée par le président. En effet, le président du tribunal peut convoquer le chef de l'entreprise et l'informer de la possibilité d'user de cette procédure, mais à l'issue de cet entretien, ce dernier conserve toute sa liberté de présenter sa requête ou non.

Cette restriction cadre bien avec le caractère contractuel et amiable du règlement qui veut qu'on ne puisse imposer à des parties d'entrer en relation contractuelle. La pratique marocaine, au début de l'entrée en vigueur de la loi, a montré que des demandes de désignation

¹⁶⁶ - M. Jeantin, op. cit., n°= 477.

¹⁶⁷ - Etienne Dailly, J.O. Déb. Sénat, 16 nov. 1983.

d'un conciliateur ont été refusées, parce que déposées par des créanciers¹⁶⁸.

Dénués d'un tel pouvoir, ces derniers peuvent en fait exercer des pressions sur le débiteur afin de solliciter la désignation d'un conciliateur, soit une pratique courante que montre l'exemple français¹⁶⁹.

Quoiqu'il en soit, la demande d'ouverture du règlement amiable est un monopole du débiteur que le juge ne pourrait transgresser.

b-2-2- Nécessité du respect du délai maximal de la phase préalable à l'accord.

La durée de la mission du conciliateur constitue également une limite au pouvoir discrétionnaire du juge. Selon l'article 553, cet organe est désigné pour une période n'excédant pas trois mois. Au terme de ce délai et sans qu'un accord ne soit conclu, le conciliateur cesse sa fonction et la procédure devient caduque, opérant un retour au droit commun. Le président n'a pas le pouvoir de prolonger cette phase préalable dans l'espoir de l'aboutissement de la négociation. De même, il ne peut agir de son propre chef pour proroger d'un mois supplémentaire la période de trois mois qu'il a pu fixer dans l'ordonnance d'ouverture du règlement amiable. Ceci n'est possible que si le conciliateur le saisit d'une demande dans ce sens. Dans cette optique, il est difficile d'envisager un refus de la part du juge. Nous citons comme exemple l'affaire « Riad ahlane » où la prorogation du délai a été ordonnée au lendemain de la demande du conciliateur¹⁷⁰. On estime en effet, que ce dernier est mieux placé pour en juger. Autrement-dit, le juge est lié doublement : par le maximum initial qui est de trois mois et par la prolongation d'un mois, subordonnée à l'initiative du conciliateur.

¹⁶⁸ - Infra, p. 73.

¹⁶⁹ - J. J. Daigre, art. préc., n°=5.

¹⁷⁰ - Trib. com. Tanger, Ord. 30 déc. 2005, aff. n°= 1/205/14, (annexe III).

La limitation du pouvoir du juge relativement au délai de la mission du conciliateur présente l'avantage d'inciter les parties à la négociation et d'aboutir à un accord au plus vite, ce qui permet un traitement des difficultés à l'amiable, aussitôt que la cessation des paiements n'est pas intervenue. L'octroi au juge d'un pouvoir d'appréciation en la matière risque de conduire à des délais plus longs que la situation risque de périr davantage, ce qui nuit à l'entreprise et aux créanciers à la fois. En revanche, l'imposition d'un délai unique présente l'inconvénient de l'inadéquation, tant les entreprises diffèrent par plusieurs critères (dimension, activité, ...) et les difficultés recouvrent des situations diverses. La solution est de trouver un compromis entre le pouvoir souverain du juge et la limitation de ce pouvoir par un délai légal, ce que la l'article 553 du CCM a prévu : un délai légal maximal de trois mois que le président pourra abréger. N'aurait-il pas fallu fixer ce maximum à un seuil plus élevé.

Pratiquement, ce délai est généralement respecté, car les créanciers manifestent leur position d'adhérer ou non à une solution amiable, dès le premier contact avec le conciliateur. Exceptionnellement, la lettre de refus peut tarder à venir, notamment s'il s'agit d'un créancier principal¹⁷¹.

b-2-3- Non immixtion dans la gestion de l'entreprise.

En désignant un conciliateur, le président lui fixe une mission, dont l'objet comme le précise l'article 554, est de favoriser le fonctionnement de l'entreprise. Cela signifie-t-il que le conciliateur puisse se voir confié par le juge un rôle dans la gestion de l'entreprise ? Cette formule pose la question de l'étendue des pouvoirs du président dans la détermination de cette mission, ainsi que les modalités par lesquelles le conciliateur peut agir à l'égard de l'entreprise.

¹⁷¹ - Trib. com. Oujda, aff. n°= 2/03 société Conserverie Fadoua : le créancier principal étant un banquier (annexe VI).

Dans la réglementation relative au règlement amiable, on ne trouve pas de disposition pareille à l'article 576 du CCM qui consacre un partage des pouvoirs entre le débiteur et le syndic. Le débiteur n'a pas démérité pour qu'il soit évincé de la gestion, ses obligations sont encore honorées, il reste alors maître de son affaire. Le conciliateur ne peut le remplacer, il ne peut non plus l'assister dans la gestion. La formule de l'article 554 du CCM devrait, tout au plus, permettre de confier au conciliateur une mission de surveillance¹⁷². Selon un auteur, il paraît que la mission de favoriser le fonctionnement de l'entreprise réside dans la possibilité de faire stipuler dans l'accord amiable les mesures propres à redresser la situation de l'entreprise¹⁷³.

Cependant, la négociation n'est pas exclusive des autres mesures du droit commun. Lorsqu'il l'estime nécessaire, le conciliateur pourra demander au président la désignation d'un mandataire *ad-hoc*. L'exemple français révèle le recours fréquent à une telle mesure comme préalable à même de préparer le terrain au conciliateur¹⁷⁴. L'une des raisons en est d'établir une base à la négociation et partant, de contrecarrer la brièveté du délai règlement amiable (quatre mois au maximum). Mais on ne peut parler, dans ce cas, d'immixtion du juge dans la gestion de l'entreprise, en ce que le mandataire n'a aucun pouvoir de représentation général de l'entreprise en difficultés¹⁷⁵, ni d'administration provisoire qui suppose une atteinte à l'intérêt social que des difficultés financières ne sauraient justifier¹⁷⁶. Par ailleurs, la nomination d'un administrateur provisoire poserait la question du rôle exact du conciliateur¹⁷⁷.

Mais, cela ne revient pas à nier toute intervention judiciaire à ce niveau ou un quelconque rôle du conciliateur. Certes, ce dernier peut

¹⁷²- Y. Chaput, *ibidem*.

¹⁷³- Y. Guyon, *op. cit.*, n°= 1087-3.

¹⁷⁴- J. J. Daigre, *art. prec.*, n°=6.

¹⁷⁵- F. Derrida et J. P. Sortais, *Philosophie de la réforme, observations critiques, Petites affiches*, 14 sept. 1994, p. 37.

¹⁷⁶- C.A Paris, 3 avr. 1998, *Juris-Data*, n°= 020715.

¹⁷⁷- Y. Chaput, *art. prec.*, p. 95.

saisir le président d'une demande de suspension provisoire des poursuites qui limite les pouvoirs du débiteur de gérer son patrimoine, mais cette intervention ne serait jusqu'à mettre l'entreprise sous tutelle¹⁷⁸.

Le pouvoir du juge est également limité concernant la suspension provisoire des poursuites. Tout d'abord, il ne peut pas l'ordonner de son propre chef. L'initiative doit émaner du conciliateur qui est à même d'en juger l'utilité. De plus, au cas où le président en satisfait la demande, sa liberté d'en fixer la durée est limitée, il ne peut en effet ordonner une telle mesure pour une durée supérieure à celle du conciliateur, soit au maximum quatre mois. La restriction au droit de poursuite des créanciers est donc provisoire et insusceptible de prorogation judiciaire.

Enfin, lorsque l'accord est conclu avec tous les créanciers, le président se trouve dans l'obligation de l'homologuer. Il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation comme dans le cas d'un accord conclu avec une partie seulement des créanciers, il est donc lié. L'accord produit ses effets dans les conditions du droit commun et son inexécution donne lieu à une résolution qui est prononcée par le tribunal et non par le président.

En conclusion, le règlement amiable et de façon générale la prévention ne peut être efficace qu'à travers des mesures énergiques reconnaissant en l'occurrence, des pouvoirs très importants au président du tribunal. De fait, l'accord amiable est loin d'être une simple convention entre les parties, son caractère judiciaire se fait sentir à tous les niveaux. Une fois saisi, le juge assure son emprise sur la procédure, notamment par son pouvoir d'appréciation d'ouvrir le règlement amiable, d'ordonner la suspension provisoire des poursuites lorsque cela lui est demandé et d'homologuer l'accord. Sur un mode conventionnel de règlement des difficultés de l'entreprise se greffe alors

¹⁷⁸- Y. Guyon, *ibidem*.

l'intervention du juge dans l'optique d'un encadrement et d'une garantie des intérêts en présence.

Reste que la question fondamentale est de savoir si l'implication du juge dans le règlement amiable a été, jusqu'ici porteuse de fruits.

2. Evaluation de l'expérience marocaine en matière de règlement amiable.

L'extension des pouvoirs du juge en matière de règlement amiable témoigne du souci du législateur de remédier à l'échec du dispositif de 1913, lequel a révélé ses limites, plus particulièrement en raison de l'absence d'un système de prévention à même de situer l'intervention judiciaire aussi précocement que possible¹⁷⁹. On est donc en droit de se poser la question si la réforme de 1996 a apporté ses fruits. En réalité, si le règlement amiable semble une opportunité à saisir par le débiteur, beaucoup d'obstacles entravent sa réussite (b). La conclusion d'un accord et son accomplissement à son terme reste encore une pratique marginale (a).

a. Marginalité du recours au règlement amiable.

L'appréciation des données statistiques relatives au règlement amiable montrent clairement que le recours à ce procédé de prévention des difficultés de l'entreprise ne fait guère partie des intentions des débiteurs. Le bilan préliminaire a mis en relief une sensibilité particulière des chefs des entreprises. Cependant, la tendance globale n'a pas tardé à se manifester pour révéler le fait que le règlement amiable, en tant que stratégie de gestion de la défaillance de l'entreprise n'a pas encore réussi à s'ancrer dans l'esprit des hommes d'affaires au Maroc.

¹⁷⁹ - A. Squalli, Droit et pratique marocains en matière de faillite des entreprises ou la nécessité d'une réforme immédiate, Actes du colloque Droit et pratique au Maroc, Fès 1994, p. 199 ; C. Sbaï, Droit commercial marocain et comparé, Tome 4, p. 553 et s.

a-1- Bilan préliminaire du règlement amiable.

Les premières données concernant le règlement amiable sont fournies par le ministère de la justice au début de l'an 2000 récapitulant ainsi le début de l'expérience marocaine après dix huit mois d'activité des juridictions de commerce.

Dossiers	Agadir	Casablanca	Fès	Marrakech	Rabat	Tanger
Inscrits:179	8 (4%)	41 (23%)	5 (3%)	98 (55%)	25 (14%)	2 (1%)
Jugés: 93	3	23	3	49	14	1

Tableau I : Répartition des dossiers relatifs au règlement amiable (de mai 1998 à fin 1999)¹⁸⁰.

Ces statistiques appellent plusieurs remarques. Tout d'abord, il est à remarquer que durant une année et demie du démarrage de l'activité des tribunaux de commerce, le nombre de demandes de règlement amiable a atteint 179 parmi un total de 276 concernant la branche des entreprises en difficultés, soit 65% contre 35% concernant les affaires de redressement.

Ce chiffre attire l'attention en ce qu'il manifeste un engouement particulier au règlement amiable. A première vue, on peut en déduire une sensibilité remarquable des chefs de l'entreprise à la prévention des difficultés, mais ce délai d'exercice des tribunaux de commerce n'est pas aussi significatif pour en tirer une tendance des différents intervenants ou de l'attitude du pouvoir judiciaire en la matière. Il s'agit là, sans doute, d'une réaction psychologique à une loi porteuse d'un mécanisme de règlement alternatif de litiges, la conciliation. Le débiteur semble ainsi tenté par une expérience basée sur la négociation plutôt que de s'enserrer dans des procédures de poursuites et d'exécution forcée.

¹⁸⁰- S. M. Bouaziz, Etudes des entreprises en difficulté et leur redressement stratégique : Cas des P.M.E au Maroc, thèse Fès, 2005, p. 345.

L'adage qui veut qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès, retrouve application.

Ensuite, nous remarquons une disparité considérable entre les juridictions. Le tribunal de Marrakech, à lui seul, a eu à connaître plus de la moitié des demandes de règlement amiable à l'échelle nationale. Cette tendance atypique n'a pas, à notre sens, une signification juridique donnée, si ce n'est une prise de contact avec la loi et un essai d'exploiter une opportunité offerte par le dispositif de 1996.

a-2- Tendance globale : ineffectivité du dispositif du règlement amiable.

Au fur et à mesure du temps, on a enregistré un faible recours au règlement amiable qui est allé jusqu'à une rupture totale avec le dispositif concerné. Le volume des demandes a connu une diminution remarquable déchargeant en pratique le président du tribunal de son pouvoir en la matière. Les statistiques rendues publiques par le ministère de la justice concernant l'activité des tribunaux de commerce au titre de l'année 2005 confirment cette tendance. En effet, à l'échelle nationale 4 demandes de règlement amiable ont été enregistrées sur un total de 948 affaires relatives aux procédures de redressement judiciaire¹⁸¹.

L'analyse globale des données statistiques détaillées des tribunaux de commerce relevant de la cour d'appel de commerce de Fès conduisent à la même conclusion, un recours insignifiant au règlement amiable. Durant presque dix huit ans d'activité, les quatre tribunaux concernés ont connu 46 demandes de désignation de conciliateur. A partir de 2008, sauf le cas enregistré à Tanger, ces tribunaux n'ont connu d'aucune demande. A Oujda, les neuf cas n'ont été enregistrés que durant les trois premières années dont 7 en 2004 (annexe VII).

¹⁸¹- Statistiques sur l'activité des juridictions de commerce, Rev. tr. com. n°= 2, déc. 2006, p. 208-209.

Tribunal	Fès	Tanger	Meknès	Oujda
1998 - 2016	16	15	6	9

Tableau II : Statistiques relatives aux demandes de règlement amiable au niveau des tribunaux relevant de la cour d'appel de commerce de Fès¹⁸².

De la même manière, dans le cadre d'une prospection au tribunal de Rabat, les données qui nous ont été communiquées sont telles que 47 demandes de règlement amiable ont été enregistrées entre 1998 et 2010. L'effectif important a concerné les premières années du démarrage de l'activité du tribunal¹⁸³.

Ces données sont à rapprocher du tribunal de commerce de Paris qui montrent qu'en 1991, il n'a été enregistré que 7 demandes de règlement amiables. Le phénomène ne semble donc pas endémique du Maroc¹⁸⁴.

Par-dessus tout, la question capitale reste de savoir si la conciliation, dans les cas où elle a pu être enregistrée, a abouti à mettre les créanciers et le chef de l'entreprise en accord. Autrement-dit, le règlement amiable, en tant que mécanisme de prévention des difficultés, a-t-il réussi à endiguer pour une part, le fléau de la défaillance de l'entreprise ?

Devant le caractère confidentiel de cette procédure, il nous a été difficile de collecter des statistiques fiables. Néanmoins, les présidents des tribunaux de commerce que nous avons consultés à ce sujet ont unanimement exprimé leur scepticisme quant à la réussite de ce mécanisme. Ainsi, selon le greffe du tribunal de commerce de Casablanca, la conclusion d'un accord amiable dans les cas où la procédure est ouverte ne dépasse guère le ratio de 1/6¹⁸⁵. Pour les

¹⁸²- Source : Greffes des tribunaux correspondants.

¹⁸³- Visite effectuée au service du greffe en novembre 2010.

¹⁸⁴- Ph. Grandjean, Discours d'entrée, audience solennelle, 9 janvier 1992, Les annonces de la seine, n°= 623, janvier 1992, p. 2 et s.

¹⁸⁵- Tribunal de commerce de Casablanca, entretien : 2008.

autres tribunaux, les données ont été collectées auprès du service du greffe. Ainsi, à Fès, durant quinze ans, seuls dix accords ont vu le jour dont sept ont été homologués. A Meknès et Oujda, jusqu'en 2016 les accords conclus sont respectivement de un et de deux. Enfin, à Agadir, de 1998 à 2014, sur trente quatre demandes enregistrées, seuls deux accords ont pu être conclus, soit un taux n'atteignant guère 6%¹⁸⁶.

Mais on ignore si ces accords ont été menés à leur terme. A Tanger comme à Rabat, seule une procédure a pu être conduite avec succès par tribunal. Durant seize d'activité, seules deux entreprises ont réussi à échapper à la cessation des paiements à l'échelle de deux ressorts, un effectif vraiment dérisoire. C'est dire que l'expérience marocaine en matière de règlement amiable n'est pas concluante, bien d'obstacles sont rencontrés.

b. Obstacles entravant la réussite du règlement amiable.

Les études qui ont été axées sur le règlement amiable ont permis de mettre en évidence une grille de facteurs entravant la réussite d'un tel mécanisme qui tiennent pour l'essentiel au comportement des principales parties concernées, le chef de l'entreprise et les créanciers¹⁸⁷.

b-1- Obstacles tenant à la culture du chef de l'entreprise.

D'essence contractuelle, le règlement amiable ne peut être déclenché que si le chef de l'entreprise prend l'initiative de saisir le président du tribunal d'une demande de désignation d'un conciliateur. Mais, cette initiative est loin de retrouver son automatisme.

Tout d'abord, la sollicitation du juge pour le règlement des difficultés ne fait pas partie des premières intentions du chef

¹⁸⁶ - Cette donnée a été recoupée avec celle rapportée par B. Majdoubi, Attitude des tribunaux marocains face aux difficultés des entreprises, rapport de stage pour l'obtention du MBA en droit des affaires, 2011 – 2012, p. 77.

¹⁸⁷ - B. Aboujaha M'Rabet, op. cit.; S. M. Bouaziz, thèse préc. p. 348 et s.

d'entreprise. Celui-ci préfère user de toutes les possibilités, comme le fait de contacter directement un créancier pour négocier lui-même un éventuel différé de la dette ou un rééchelonnement, plutôt que de se lancer, du coup, dans la voie judiciaire. Ce n'est donc qu'après l'épuisement du potentiel personnel qu'une voie amiable judiciaire est envisagée. La meilleure illustration nous est fournie par le seul raffineur du Maroc, la Samir. Dans cette affaire, la résorption de la crise conjoncturelle passait inéluctablement par une recapitalisation de 10 milliards de dirhams que l'actionnaire majoritaire avait promis d'apporter. La sollicitation du président du tribunal de commerce de Casablanca n'a été faite qu'après avoir négocié longuement, mais sans résultats, avec le gouvernement d'un abondant de créances douanières dont le montant avoisine 15 milliards de dirhams¹⁸⁸.

De même, le chef de l'entreprise devra être convaincu du rôle que peut jouer le président du tribunal de commerce. La figure d'une justice venant au secours des hommes d'affaires ne fait pas encore partie des mœurs de notre société¹⁸⁹.

D'autre part, pour certains chefs d'entreprises, solliciter l'intervention du pouvoir judiciaire, c'est accepter de reconnaître leur défaillance à leurs partenaires, voire à leurs concurrents. Le chef de l'entreprise estime qu'il en va de sa notoriété, préférant ainsi régler ses problèmes à l'insu du public.

Il s'agit ainsi d'obstacles de nature psychologique dont la levée nécessite un changement de mentalité. Mais faudrait-il encore que l'initiative du chef de l'entreprise intervienne en temps utile, c'est à dire au moment où les conditions sont réunies. Souvent ce dernier saisit le

¹⁸⁸ - Cette affaire est, certes, l'une qui a été très suivie par les médias, voir à titre indicatifs les épisodes de cette affaire dans L'Economiste, Samir : Al Amoudi s'accroche à l'arbitrage, 20 nov. 2015, n°= 4651 ; Al Massae, La Samir sollicite le règlement amiable, 25 nov. 2015, n°= 2839, p. 1 et 2.

¹⁸⁹ - Beaucoup de chefs d'entreprises ne cachent pas leur scepticisme quant à la possibilité pour un juge de trouver un compromis entre eux et leurs créanciers. Ceci est d'autant plus vrai que la crise économique actuelle impose aux créanciers une rigueur tout à fait naturelle, afin qu'eux même ne tombent en défaillance.

président du tribunal aussi tardivement qu'il est déjà en cessation des paiements. Ainsi par exemple, dans l'affaire « Espace Télécommunications », il s'est avéré qu'au moment où la demande de désignation du conciliateur a été formulée, les pertes de la société avaient déjà dépassé les trois quart du capital, ce qui signifie que faute pour elle d'avoir à reconstituer son capital, la société devrait être dissoute, l'ouverture du règlement n'étant alors pas possible¹⁹⁰. Si on totalise les données relatives aux tribunaux d'Agadir et de Fès, on se retrouve avec 50 demandes dont 28 ont été rejetées pour existence de cessation des paiements.

Ainsi, dans une évaluation des causes de l'échec du règlement amiable au Maroc, la cessation des paiements de l'entreprise au moment de la saisine du président du tribunal occupe le premier rang parmi une dizaine d'autres facteurs¹⁹¹. Face à un comportement du chef de l'entreprise si passif, non seulement le règlement amiable échouera, mais le redressement judiciaire même sera difficile à envisager.

De même, certains chefs d'entreprises sont animés d'intentions malveillantes. Gérant la crise au quotidien, ils n'ont en vue qu'une suspension pour un moment des poursuites. Leurs demandes ne sont généralement accompagnées d'aucun projet de plan de redressement. Une telle passivité ne peut que polariser la réticence des créanciers refusant d'adhérer à tout accord.

b-2- Obstacles tenant à l'attitude des créanciers.

L'importance du rôle des créanciers apparaît dans la phase de la négociation sur la possibilité de conclure un accord avec le débiteur. L'intervention du conciliateur, mais également du président du tribunal

¹⁹⁰ - Ord. Trib. com. Rabat, 08 juin 1999, préc. Rappelons que dans cette affaire, la demande de règlement amiable a été acceptée, malgré l'existence d'une cessation des paiements, probablement parce que le président du tribunal n'a pu la découvrir. C'est au niveau de l'étape de la conciliation que la perte des trois quart du capital a été rapportée. Voir annexe VIII.

¹⁹¹ - S. M. Bouaziz, thèse préc. p. 350.

peut être l'un des facteurs du succès. Néanmoins, ces derniers ne disposent d'aucun pouvoir pour contraindre ces partenaires à accorder un moratoire à l'entreprise, encore moins à lui consentir une remise de dettes. En effet, cette catégorie d'intervenants peut se révéler un obstacle réel à la conciliation.

Tout d'abord, les créanciers de l'entreprise se caractérisent par leur pluralité, ce qui fait qu'on se trouve dans une situation délicate dans laquelle un seul interlocuteur doit persuader un nombre non négligeable d'acteurs d'adhérer à un accord amiable. L'effort que le conciliateur doit déployer sans relâche risque d'être contrecarré par un créancier important fermé à toute négociation ou concession. Tel est le cas dans cette espèce où le banquier a été fermé à toute proposition de conciliation¹⁹².

D'autre part, les créanciers représentent une catégorie très hétérogène : organismes publics ou privés, créanciers principaux ou moins importants et surtout créanciers chirographaires ou privilégiés. On devine ainsi que la réceptivité de ces derniers au règlement amiable n'est pas la même. Généralement, on retrouve les partenaires habituels de l'entreprise, c'est à dire les salariés, les fournisseurs, les banquiers, l'administration fiscale et la CNSS.

S'agissant des banquiers, leurs créances sont toujours garanties (nantissement ou hypothèque,...) ce qui leur assure leur recouvrement sans avoir à passer par une solution amiable dont le succès est incertain. Mais au delà de cette considération, les banquiers ne cachent pas leur réserve quant à la procédure du règlement amiable, parce qu'ils estiment que le temps est à la concurrence exacerbée par une politique de libéralisation des taux et une érosion de la marge bénéficiaire. Accorder des remises de dettes se répercutera sur le rendement de l'établissement bancaire. Mais cela ne veut pas dire l'absence de tout effort du banquier dans la participation au processus du redressement de la situation de l'entreprise, seulement ceci se fait dans le cadre de

¹⁹²- Trib. com. Oujda, 5 juin 2003, préc.

crédits de consolidation ou des formules conçues à cet effet, c'est à dire des solutions en marge du règlement amiable.

Lorsque ces concours interviennent dans le cadre de la procédure de conciliation, le banquier risque d'engager sa responsabilité pour soutien abusif. Ainsi en est-il en France dans une affaire qui a eu beaucoup d'échos en son temps, en raison des pressions politiques contraignant un pool bancaire à octroyer des crédits à l'entreprise « Manufrance » pour se voir responsable après liquidation judiciaire de celle-ci pour soutien abusif. La cour a estimé que les banquiers restaient, malgré tout, libres de refuser des crédits dès qu'ils ont eu connaissance de la situation obérée du débiteur en question¹⁹³.

S'agissant des organismes publics, notamment l'administration fiscale et la caisse nationale de sécurité sociale, on ne peut que constater leur réticence au règlement amiable, en raison du caractère privilégié de leur créance. Le fisc en particulier reste fermé à toute concession sur son droit au recouvrement excipant du fait que la créance fiscale est un denier public n'acceptant ni remise, ni report sans être assorti d'amendes conformément aux textes en vigueur. En réalité cette attitude pouvait être combattue en coordonnant avec ces organismes lors de la discussion des dispositions concernées et en organisant des campagnes de sensibilisation périodiques pour apprécier le degré de leur implication dans le traitement de la défaillance des difficultés des entreprises.

En comparant avec l'expérience française, on constate quand même une certaine sensibilité du fisc à la prévention des difficultés, via le règlement amiable, comme en témoigne cette affaire dont le débat a été portée devant la cour de cassation pour approuver le droit de cet organisme dans la détermination de l'étendue de son engagement dans l'accord amiable¹⁹⁴.

¹⁹³- Cass. com. 28 juil. 1994, Banque et Droit, 1994, n°=27, p. 145.

¹⁹⁴- Cass. com. 13 oct. 1998, RTD com. 1999, 185, obs. Macorig-Venier.

Quant aux autres créanciers, leur réceptivité est différente selon qu'il s'agit de titulaires de privilèges ou de créanciers chirographaires. Ces derniers préfèrent une solution amiable car ils sont conscients du caractère fragile de leur créance.

En résumé, la contribution des créanciers à la réussite du règlement amiable est très timide. La mentalité qui régnait sous l'empire de l'ancienne législation¹⁹⁵ ne semble pas avoir changé. Le désintérêt et la fierté des créanciers privilégiés continuent d'être la règle.

b-3- Autres obstacles à la réussite du règlement amiable.

D'autres obstacles peuvent expliquer l'échec du règlement amiable, parmi lesquels on trouve essentiellement le défaut de statut du conciliateur. En l'absence de dispositions précisant ses droits, ses obligations et sa responsabilité, les contours de la conciliation deviennent incertains. Il n'y a qu'à compter sur sa force de persuasion, voire même, sur sa notoriété s'il est connu du milieu des affaires. De même, la fixation des honoraires du conciliateur laissée à l'appréciation du président du tribunal peut influencer le travail de ce dernier, dans le sens qu'il peut être démotivé, s'il estime que ces honoraires sont en deçà de ses aspirations¹⁹⁶.

La durée légale dans laquelle la conciliation doit être conduite, quatre mois au maximum, est également une cause d'échec du règlement amiable, surtout lorsque les créanciers sont nombreux et tous importants au regard du montant de la créance. Le conciliateur risque d'être perdu dans la négociation ne sachant pas vers quels créanciers son intention doit être focalisée.

¹⁹⁵- A. Squalli, art. préc. p. 210. L'auteur faisait remarquer qu'à son sens, la participation des créanciers à la formation du concordat était l'unique moyen de sa réussite.

¹⁹⁶- Dans l'affaire n°= 111/01 du 9 oct. 2001, le président du tribunal de commerce de Marrakech avait fixé les honoraires du conciliateur à 4000 dhs, alors que l'affaire G.K.M, les honoraires du conciliateur ont été fixés à 20 000 dhs. Cette différence, malgré qu'elle soit justifiée par la nature de la mission est de nature à se répercuter sur le rendement du conciliateur.

Mais la question qui doit trouver une réponse est celle de savoir si on peut amputer au pouvoir judiciaire une quelconque part de responsabilité dans l'échec du règlement amiable. A notre avis, c'est au niveau de l'information que réside la faiblesse du pouvoir judiciaire. Pour pouvoir décider à bon escient, le président doit être suffisamment informé sur l'entreprise, sur la personne du conciliateur et pourquoi pas sur les créanciers. L'information sur l'entreprise nécessite des moyens humains et matériels à savoir, l'informatique et un personnel suffisant, soit des moyens qui sont actuellement en deçà de ce qui est requis¹⁹⁷. En témoigne l'affaire « Espace Télécommunication » où l'entreprise était déjà en cessation des paiements au moment de la demande de l'ouverture du règlement amiable et le président du tribunal a désigné un conciliateur¹⁹⁸.

Sans doute, le magistrat chargé de la tenue du registre de commerce peut jouer un rôle important en la matière. Celui-ci doit attirer l'attention du président du tribunal de tout fait de nature à prédire d'une gêne dans la marche normale de l'entreprise : nantissements, hypothèques, modification du siège de l'établissement, carence de dépôt des documents de synthèse, etc. C'est là une question qui touche à l'organisation interne du tribunal.

Enfin, soulignons qu'en tant que solution basée sur la négociation, le règlement amiable doit, pour réussir, susciter la volonté de l'ensemble des intervenants, les créanciers en particulier. Certes, le président du tribunal dispose du moyen pour suspendre les poursuites individuelles, mais cette mesure n'est que d'une durée brève pour contrecarrer l'arme des créanciers. Le législateur ne peut imposer d'autres restrictions, dans une phase caractérisée par le volontariat.

¹⁹⁷- L'expérience du tribunal de commerce de Paris est édifiante à cet égard, puisque certains magistrats consulaires sont affectés à défricher les états de synthèse déposés au greffe et à demander des renseignements complémentaires le cas échéant, *in* Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable, Y. Chaput, Petites affiches, 14 sep. 1994, p.35.

¹⁹⁸- Trib. com. Rabat, 12 juil. 2000, préc.

Section II : Le rôle occulte du président du tribunal en matière de traitement des difficultés de l'entreprise.

Contrairement à la loi française qui a attribué au président du tribunal des pouvoirs propres dans le déroulement de la procédure collective, le livre V du CCM ne fait état d'aucune mention expresse de cet acteur, une fois la procédure ouverte. Mais cela ne signifie aucunement l'absence de tout rôle qu'il aurait à jouer. En effet, l'intervention du président du tribunal peut être indirecte, eu égard à son statut de chef de l'enceinte judiciaire où sont prises les principales décisions concernant l'entreprise (II). D'autre part, en vertu de la loi instituant les tribunaux de commerce, il est également le juge des référés (I).

I. L'intervention du président en qualité de juge des référés dans les procédures collectives.

Le président du tribunal de commerce est juge des référés, ce qui lui confère le pouvoir d'intervenir chaque fois que les conditions en sont réunies. Cependant, cette intervention dans le cadre des procédures de traitement des difficultés des entreprises est de nature à s'articuler difficilement avec les pouvoirs qui sont reconnus au juge-commissaire, d'où le problème du domaine des référés (A). Devant le silence de la loi, c'est la jurisprudence qui a été appelée à donner des solutions (B).

A. Position du problème des référés en matière de difficultés de l'entreprise.

En matière commerciale, le président du tribunal de commerce tient son pouvoir de juge des référés de la loi n°= 53-95 instituant les juridictions de commerce. L'article 21 dispose qu'il « *peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne font l'objet d'aucune contestation sérieuse* » et ajoute qu'il

« peut, dans les mêmes limites et même en cas de contestation sérieuse, ordonner toutes les mesures conservatoires ou la remise en état, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

L'application de cette disposition générale fait que le président du tribunal de commerce est amené à ordonner des mesures qui se rapportent à une procédure de redressement judiciaire. Cependant, celle-ci se heurte à l'article 638 du CCM qui fait du juge-commissaire l'acteur « *chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence* ».

L'articulation de ces deux textes est de nature à engendrer un conflit de compétence entre le président du tribunal et le juge-commissaire. La loi a réglé une part du problème quand elle a octroyé au juge-commissaire la compétence d'ordonner des mesures conservatoires (articles 646 à 652 du CCM). Il en est de même en matière de revendication¹⁹⁹. Mais il reste entier quand l'article 639 du CCM dispose qu'il « *statue par ordonnance sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence* ». Faut-il donc déterminer le champ de compétence du juge-commissaire en dehors des matières qui lui sont dévolues expressément pour en déduire celui du président du tribunal.

La doctrine a été divisée sur cette question et a mis en avant certains arguments pour étayer sa position. On a fait valoir que la mission de veiller au déroulement rapide de la procédure dont la loi a investi le juge commissaire ôterait la qualité de juge des référés au président du tribunal de commerce au profit de ce dernier²⁰⁰. On a avancé en effet que le conflit de compétence est réglé par la primauté des règles du droit des procédures collectives sur celles du droit

¹⁹⁹ - Art. 674 et 675 du CCM.

²⁰⁰ - F. Derrida, P. Godé, J.P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, 3^{ème} éd. Dalloz, 1991, n^o= 86 ; O. Staes, Procédures collectives et droit judiciaire privé, thèse Toulouse, 1993, n^o= 127.

processuel commun²⁰¹. Une autre opinion prend une attitude nuancée. Le président du tribunal de commerce est le juge des référés conformément au droit commun si un plan de redressement est arrêté²⁰². Ceci veut dire que lorsque l'entreprise bénéficie d'un plan de continuation ou de cession, elle redevient in bonis, d'où le retour au droit commun.

Au Maroc, ce débat n'est que abordé que d'une façon superficielle. Un auteur considère que la compétence doit revenir au juge commissaire sous deux conditions, l'une évidente, c'est l'existence d'une procédure de redressement judiciaire, l'autre est relative à l'existence d'un rapport entre le litige en question et la procédure en cours²⁰³. Ainsi, la compétence du président du tribunal émerge chaque fois que ce rapport est difficile à établir²⁰⁴.

B. Solutions jurisprudentielles.

Il est intéressant de constater que la pratique marocaine révèle que le président du tribunal, autant que le juge commissaire réclament chacun sa compétence et ne la réfutent guère une fois saisis. Le président du tribunal de commerce s'est estimé compétent pour ordonner de lever la saisie entre les mains du tiers pratiquée sur les biens de l'entreprise en redressement judiciaire²⁰⁵. Le juge commissaire s'est reconnu également compétent vis-à-vis de la même matière²⁰⁶. Plus encore, le juge commissaire n'a pas réfuté sa compétence à l'occasion d'une requête aux fins d'ordonner un constat, laquelle mesure

²⁰¹ - M. Jeantin, note sous cass. com. 1^{er} oct. 1991, JCP E, 1991, II, 21854.

²⁰² - C. Saint Alary Houin, op. cit. n°= 409.

²⁰³ - M. Chebbou, L'institution du juge commissaire dans les procédures de traitement des difficultés de l'entreprise : étude comparée, 1^{er} éd. Imp. Nat. 2006, p. 221.

²⁰⁴ - Voir pour plus de détails, N. Abdellaoui, Le conflit de compétence entre le juge commissaire et le juge des référés dans le cadre des procédures collectives, Rev. sem. jur. aff. n°= 2, nov. 2008, p. 13.

²⁰⁵ - Trib. com. Meknès, ord. 6 fév. 2006, aff. n°= 20/2006/ 1 ; 19 janv. 2006, aff. n°= 331/2005/1, cités par N. Abdellaoui, art. préc. p.15.

²⁰⁶ - Trib. com. Fès, ord. 5 juin 2003, aff. n°= 30/01/6, cité par N. Abdellaoui, art. préc. p. 15.

d'instruction est prévue par l'article 148 du CPC reconnaissant, en l'occurrence, la compétence au président du tribunal de première instance²⁰⁷.

La position des cour d'appel de commerce sera traitée ultérieurement²⁰⁸. Retenons néanmoins que le débat n'est pas abordé de front devant les juridictions supérieures. Celles-ci n'ont été saisies que de la contestation relative à l'organe compétent territorialement. Les litiges ont trait surtout à la matière contractuelle (1) et les voies d'exécution (2).

1. En matière contractuelle.

Dans ce domaine, le jurisprudence marocaine semble ôter la compétence en la matière au président du tribunal. Ainsi, s'agissant de la rupture d'un contrat d'ouverture de crédit, et dans le but de contrecarrer tout obstacle au redressement, la cour d'appel de commerce de Fès a approuvé l'ordonnance du juge-commissaire qui a contraint le banquier, d'abord à maintenir le contrat de compte en banque ouvert par le syndic à l'occasion de l'ouverture de la procédure, puis à suspendre le blocage entrepris sur le compte d'une façon unilatérale²⁰⁹. Il en est de même dans l'affaire « La Samir- Société Salama », le juge-commissaire s'est reconnu compétent pour ordonner la continuation du contrat d'approvisionnement en carburants sous astreinte de 500.000 dhs par jour de retard²¹⁰. La décision a été approuvée en appel²¹¹.

En ce qui concerne la France, la jurisprudence n'a pas tardé à s'établir en la matière, car l'exercice de l'option de continuation des contrats après le prononcé du jugement de l'ouverture de la procédure

²⁰⁷ - Trib. com. Tanger, ord. 4 mars 2005, aff. n°= 6/18/2005. cité par N. Abdellaoui, art. préc p. 16.

²⁰⁸ - Infra, p. 307.

²⁰⁹ - C.A com. Fès, 8 mai 2002, arrêt n°= 9, aff. n°= 03/02 (inédit).

²¹⁰ - Trib. com. Fès, ord. 6 mai 2005, aff. n°= 10/99/6 (inédit).

²¹¹ - C.A com. Fès, 26 oct. 2005, arrêt n°= 59, aff. n°= 39-05 (inédit).

collective a engendré un contentieux important, posant ainsi le problème de la compétence en cette matière. En 1987, par deux arrêts successifs²¹², la cour de cassation a posé le principe de la compétence exclusive du juge-commissaire s'agissant de l'application de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985²¹³.

Cette solution qui tend à limiter considérablement le champ d'action du juge des référés n'a pas été accueillie favorablement par une partie de la doctrine²¹⁴. Celle-ci considère que les conditions du référé sont réunies et qu'il convient de donner compétence au président du tribunal. De leur côté, certaines cours n'ont pas suivi la cour de cassation faisant relever que toutes les contestations liées à l'application de l'article 37 ne tombent pas sous la compétence du juge-commissaire. Ainsi, la cour d'Aix a considéré que le défaut de réponse de l'administrateur dans le délai d'un mois épuisait la compétence du juge-commissaire en faveur du juge des référés qui retrouve en l'occurrence, ses pleins pouvoirs conformément au droit commun²¹⁵. Ce dernier est donc compétent pour ordonner la restitution du matériel, objet du contrat, puisque l'administrateur n'a pas pris position afin de prévenir un dommage imminent.

De même, la rupture brutale du concours bancaire après adoption d'un plan de continuation a été considérée comme « *un trouble manifestement illicite* » et un « *danger imminent* » justifiant la compétence du juge des référés²¹⁶. Cette rupture rendait en effet la liquidation judiciaire inévitable.

La confirmation de la compétence du juge des référés par la cour de cassation, relativement au maintien des concours bancaires, a été à l'origine d'une volonté excessive de soutenir les entreprises en difficulté.

²¹² - Cass. com. 8 déc. 1987, JCP 1988, éd. G, II, 20927, note M. Jeantin ; Cass. com. 21 déc. 1987, Banque 1988, 237, obs. Rives Lange.

²¹³ - Equivalent de l'article 573 du CCM.

²¹⁴ - L. Cadiet, Rev. proc. Coll., 1988, 2, 177.

²¹⁵ - Aix, 27 mai 1988, JCP 1998, II, éd. E, 21159, note Putman.

²¹⁶ - Trib. com. D'Auch, 18 mars 1987 et Agen, 2 avril 1987, D 1987. 593, note F. Derrida.

Telle une ordonnance du président du tribunal de commerce d'Antibes qui a considéré que le plan arrêté par le tribunal est opposable *erga omnes* même au banquier qui n'a souscrit aucun engagement au moment de la préparation du plan de redressement²¹⁷. Cette décision est critiquable en raison notamment du fait que le tribunal ne peut imposer aux créanciers des engagements autres que ceux qu'ils ont consentis lors de la préparation du plan.

2. En matière de voie d'exécution.

S'agissant de l'arrêt ou de l'interdiction des voies d'exécution dont il est question à l'article 653 du CCM, la jurisprudence marocaine est divisée sur la question. Ainsi, la cour d'appel de commerce de Casablanca considère qu'en dépit du fait que la loi a donné compétence au juge-commissaire de veiller au déroulement rapide de la procédure, cela n'écarte en rien l'application du droit commun donnant, en l'occurrence, au président du tribunal de commerce de connaître des difficultés relatives à l'exécution des jugements²¹⁸.

Cette opinion n'est pas partagée par la cour de Fès. Après avoir rappelé les dispositions de l'article 566 du CCM, consacrant la compétence du tribunal qui a ouvert la procédure pour toutes les actions qui s'y rattachent, a considéré qu'en vertu de l'article 639 du CCM, le juge-commissaire est compétent pour connaître des demandes tendant à paralyser l'effet de saisie entre les mains de tiers des biens de l'entreprise, même si cette mesure a été ordonnée par une autre juridiction²¹⁹. Plus claire encore, l'arrêt émanant de la même cour qui a relevé que de telles demandes font partie des mesures urgentes rentrant

²¹⁷ - Trib. com. Antibes, 2 juin 1987, D 1987. 597.

²¹⁸ - C.A com. Casablanca, 2 fév. 2001, aff. n°= 2931/2000/11, G.T.M, n°= 1, mai 2004, p.189.

²¹⁹ - C.A com. Fès, 4 déc. 2002, n°= 20, aff. n°= 14/02 et 16 oct. 2002, n°= 17, aff. n°= 12/02, Rev. jurisp. C.A com. Fès, 2003, p. 196 et 30.

dans la compétence du juge-commissaire conformément aux articles 638 et 639 du CCM²²⁰.

Cependant, le président du tribunal de commerce de Meknès s'est reconnu compétent, en qualité du juge des référés, en la matière et n'a pas hésité à ordonner une levée de la saisie pratiquée sur les biens de l'entreprise entre les mains du tiers²²¹.

Concernant la position de la jurisprudence française, il est à noter que la situation n'est pas aussi claire. Ainsi la cour d'appel de Paris a considéré, à propos d'un avis à tiers détenteur rendu définitif, que le président du tribunal de commerce agissant en qualité de juge des référés est compétent pour déclarer sans effet un tel avis, sur la base de l'article 47²²². La cour a fait relever qu'il s'agit d'une voie d'exécution tendant au paiement d'une somme d'argent et qu'il appartient au juge des référés d'en constater la paralysie.

La cour de cassation avait déjà considéré, malgré les dispositions de l'article 877 du NCPC, que le président du tribunal de commerce est compétent et l'on s'est demandé si la compétence ne revenait pas plutôt au président du tribunal de grande instance, puisqu'il s'agit de difficultés d'exécution d'un titre exécutoire²²³.

Cette jurisprudence est conforté par un arrêt de la cour de cassation en date du 2 octobre 1990 qui a confirmé la compétence du tribunal qui a ouvert la procédure et à travers elle, celle de son président, du moment que la demande reposait sur le principe de la suspension des poursuites individuelles²²⁴.

Les cours se basent ainsi tantôt sur la disposition consacrant le rôle du juge-commissaire de veiller au déroulement rapide de la

²²⁰- C.A com. Fès, 28 mai 2003, n°= 30, aff. n°= 18/03, Rev. jurisp. C.A com. Fès, 2004, p.184.

²²¹- Trib. com. Meknès, ord. 19 janv. 2006, aff. n°= 331.05/1 et ord. 8 fév. 2006, aff. 20/2006/1 (inédit).

²²²- C.A Paris, 3 fév. 1988, Gaz. Pal. 16-18 avril 1988, p. 11-12.

²²³- Cass. com. 29 janv. 1985, D. 1985, IR 265, obs. Julien.

²²⁴- Cass. com. 2 oct 1990, D 1990, IR 236.

procédure et à la protection des intérêts en présence, tantôt sur les textes qui consacrent les conditions de compétence des référés. Mais il paraît que le champ d'action du président du tribunal est limité et que son pouvoir de juge des référés semble transféré au juge-commissaire. En tout cas, la position de la cour de Fès est fixée. Par son arrêt du 26 décembre 2012, elle a consacré un développement important à cette question, faisant relever que les demandes, contestations et revendication sur lesquelles, le juge-commissaire statue en vertu de l'article 639 du CCM, ont un sens général qui octroie à cet acteur une compétence aussi large qu'elle englobe les mesures urgentes. De plus, ajoute t-elle, le juge-commissaire offre la même garantie que le juge des référés et présente, de surcroît, l'avantage de maîtriser les données de la procédure pour laquelle il est nommé²²⁵.

II. Intervention du président en qualité d'autorité hiérarchique du tribunal.

En dehors de sa fonction juridictionnelle, le président détient le pouvoir de diriger et d'administrer le tribunal dont il est le chef hiérarchique, lequel statut n'est sans rejaillir sur les procédures de traitement des difficultés de l'entreprise. Son intervention revêtant l'aspect de l'encadrement, peut être d'une grande utilité pour une bonne administration de la procédure. Le président du tribunal peut alors intervenir de différentes sortes, en définissant avec ses collègues la stratégie de mise en place des auxiliaires de justice (A), en organisant le tribunal et en surveillant les procédures (B).

A. Définition de la stratégie de mise en place des auxiliaires de justice.

Comme sous l'empire de l'ancienne législation, la fonction de syndic n'est pas réglementée. Le tribunal est appelé à user de son pouvoir d'appréciation pour désigner soit un greffier, soit un tiers. Le

²²⁵- C.A com. Fès, 26 déc. 2012, n°= 64, aff. n°= 42/12, p. 276, Recueil jurisp. C.A com. Fès, 2013, p. 276.

président du tribunal peut donc définir la stratégie d'un choix optimal, afin de parvenir à une conduite uniforme dans l'administration de la procédure.

Le président du tribunal peut donc, au cours de réunions périodiques ou de l'assemblée annuelle, définir au tribunal les critères de choix tenant tant à l'activité de l'entreprise ou de sa dimension qu'aux qualités requises de la personne à choisir²²⁶. Les listes représentatives des différentes professions (ordres, syndicats, ...) mettent à la disposition des tribunaux les professionnels pouvant être sollicités.

En réalité, le président du tribunal de commerce doit avoir une connaissance parfaite du tissu économique relevant de son ressort ainsi que des professionnels qui y sont installés, afin d'assurer une adéquation entre l'entreprise en difficulté et la personne à désigner en qualité de syndic. Cette exigence vaut également lorsqu'il s'agit de recourir à des experts pour assister le syndic dans la préparation du rapport contenant le bilan financier, économique et social de l'entreprise.

Quelque soit l'organe compétent pour désigner l'auxiliaire de justice en question, le président du tribunal de commerce demeure la partie dont l'aval est requis eu égard à son autorité hiérarchique.

Enfin, le président est normalement l'autorité compétente pour trancher de manière informelle les différends éventuels entre le juge-commissaire et les auxiliaires de justice. Le président en rapporte à l'assemblée annuelle pour décider de passer outre les services ou non de l'auxiliaire en question²²⁷.

²²⁶ - *Infra*, p. 439.

²²⁷ - Il en a été ainsi au niveau du tribunal de commerce de Meknès qui a décidé de passer outre les services d'un expert comptable qui demandait des honoraires, jugés par le tribunal élevés, et qui ne présentait pas le bilan à temps.

B. Organisation et surveillance des procédures par le président du tribunal de commerce.

Avec l'entrée en vigueur des tribunaux de commerce, les présidents étaient tenus d'user de leur pouvoir d'administration pour organiser le fonctionnement de leur tribunaux, notamment en matière des entreprises en difficultés, étant donné l'importance de la réforme (1). Il s'ensuit également un devoir de surveillance des procédures collectives (2).

1. Manifestations du pouvoir d'organisation du président du tribunal dans les difficultés des entreprises.

Il n'est pas aisé d'exposer toutes les manifestations du pouvoir d'organisation du président du tribunal, en raison du caractère informel et personnel de cette organisation. Néanmoins, on peut relever quelques points intéressants. Ainsi par exemple, lors de l'assemblée annuelle, le président du tribunal fixe les grands traits du fonctionnement de sa juridiction. Ce pouvoir d'organisation a permis d'affecter les magistrats qui ont désormais une expérience en matière des difficultés des entreprises à la section concernée et fixe le « *planning* » des audiences.

Le président joue également un rôle très important en instaurant une méthode de travail visant à une utilisation optimale des informations sur les entreprises relevant de son ressort. Désormais, le pouvoir judiciaire est conscient de l'importance des documents qui doivent être déposés au greffe et des inscriptions faites au registre de commerce. Le président peut ainsi organiser un mécanisme de communication interne du réseau d'informations, afin de mettre éventuellement en application le système de prévention externe.

Le pouvoir d'organisation du président permet également de fixer la politique de saisine d'office du tribunal. Certes, une telle saisine est reconnue par la loi au pouvoir judiciaire et présente l'avantage de limiter l'effet de nuisance que peut provoquer une ouverture tardive de la procédure au tissu économique, mais elle nécessite une réflexion

aussi profonde, afin d'éviter une déstabilisation de l'entreprise au cas où elle s'avère impropre. Le rôle du président du tribunal est d'en déterminer le cadre.

Le président peut également s'organiser avec le tribunal sur les possibilités de saisine d'office, lorsque le chef de l'entreprise se révèle avoir déjà demandé un règlement amiable. Dans ce cas, comme on l'a déjà relevé, le président a le pouvoir de décider de désigner ou non un conciliateur ou de soumettre l'affaire au tribunal pour une éventuelle saisine, si l'entreprise est en cessation des paiements. Tel est le cas dans l'affaire « Espace Télécommunication » où le conciliateur n'a pu accomplir la mission que le président du tribunal lui a confiée en raison de la perte de plus de trois quart du capital²²⁸. Ce dernier a ordonné de soumettre l'affaire au procureur du Roi qui a demandé alors l'ouverture d'une procédure de redressement, deux mois environ après la date de l'ordonnance du président.

Une autre manifestation du pouvoir organisationnel du président est celle qui émane du souci d'éviter des situations de blocage dans le déroulement de la procédure. En effet, il n'est pas rare que des différends opposent le juge-commissaire au syndic. Etant donné le retard que peut engendrer le remplacement du syndic dans le cadre de l'article 644 du CCM, le président peut être amené à agir d'une manière informelle pour trouver une solution.

Ce pouvoir d'organisation permet également de définir la relation avec le ministère public au sein du tribunal. L'article 641 (al. 2) consacre cette communication de la part du procureur du Roi au juge-commissaire, mais il n'en précise pas les modalités. Le président du tribunal peut ainsi organiser une méthode de travail, afin de permettre au juge-commissaire d'accomplir sa mission de déroulement rapide de la procédure et au ministère public de jouer son rôle.

²²⁸- Trib. com. Rabat, 12 juillet 2000, rap. A. Jebrouni in « Le redressement et la liquidation judiciaire de l'entreprise », Ed. Dar al kalam, 2001, p. 125 et s.

2. Surveillance des procédures par le président du tribunal de commerce.

La surveillance du déroulement des procédures collectives est nécessaire pour une évaluation de la tendance des différents intervenants. En effet la loi accru le pouvoir d'appréciation du pouvoir judiciaire, au point qu'il est amené à prendre des décisions de très grande portée et d'autre part, multiplié le nombre d'intervenants appelés chacun à intervenir à un niveau donné (syndic, salariés, contrôleurs...).

Le président est tenu de surveiller de près la mise en œuvre des critères d'opportunité, analyser l'attitude de chaque organe face à une question procédurale donnée et d'apprécier sa retombée sur la procédure. Le but en est d'harmoniser, dans le respect de la loi, les pratiques au sein de son tribunal. Il en est ainsi, par exemple, en matière de relevé de forclusion dont le juge-commissaire est compétent. Ce dernier dispose dans ce domaine d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire²²⁹, mais afin d'éviter des décisions contradictoires entre les juge-commissaires dans différentes procédures, le président qui a du surveiller les tendances propres à chacun, peut les inciter à fixer une attitude unique face à une même situation donnée.

Par ce pouvoir de surveillance, les présidents ont pu, dans le cadre de réunions périodiques avec les magistrats fixer la jurisprudence de leur tribunaux respectifs. Dans cette optique, il est intéressant de relever l'attitude louable des présidents qui ont veillé à élaborer un recueil annuel de décisions importantes et à l'échanger avec les autres tribunaux.

Ces réunions peuvent également concerner les auxiliaires de justice pour faire le point sur des questions qui intéressent la procédure. Il en est ainsi par exemple, lorsque le syndic est un tiers et qui semble ignorer la loi. Dans certaines affaires, nous avons pu relever que le

²²⁹ - Infra, p, 184.

syndic sollicitait le président pour des explications quant à la mission qu'il doit accomplir et quant aux pouvoirs dont il est investi par la loi²³⁰.

Le suivi des procédures permet également d'établir des statistiques afin d'apprécier l'application de la loi par le pouvoir judiciaire, mais surtout pour juger de l'implication du juge dans le développement de la vie économique. L'établissement de ces statistiques se fait sous l'égide du président du tribunal.

En conclusion, le rôle du président du tribunal est d'une telle ampleur que l'atteinte des objectifs tracés par le législateur de 1996 repose en grande partie sur lui. D'une part, il est la clé de voûte de la prévention des difficultés, un système tant réclamé par notre doctrine²³¹ et à travers lequel, le législateur espère limiter les défaillances des entreprises ainsi que leurs effets néfastes sur l'économie. Certes, la mise en alerte de l'entreprise n'a pas été opérationnelle. Cependant, à lui seul, on ne peut imputer l'échec de l'expérience marocaine en la matière. Sans qu'il soit sollicité par le chef de l'entreprise, premier concerné par la prévention, le président du tribunal ne peut intervenir. Et même si cela est fait, les principes du droit contractuel peuvent limiter l'efficacité de son intervention. C'est de la volonté des deux parties, débiteur et créancier que le succès du mandat *ad-hoc* ou du règlement amiable dépend.

En revanche, c'est en qualité d'autorité supérieure de l'instance où les grandes décisions concernant l'entreprise sont prises que son intervention peut être appréciée. Responsable de l'organisation et de l'administration ainsi que l'harmonisation des pratiques, la dynamique du président du tribunal n'est sans améliorer le rendement quantitatif et qualitatif du tribunal. La conscience de ces acteurs de l'intérêt d'une telle implication a été à l'origine de certaines initiatives louables comme celles ayant pour objet d'associer les professionnels du crédit, les chambres du commerce et d'industrie et les chercheurs universitaires au débat sur certains aspects du droit des procédures collectives.

²³⁰- Ceci était fréquent au début de l'application de la loi.

²³¹- A. Squalli, art. préc.

SOUS - CHAPITRE II : L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE FACE A LA PLURIPOTENCE DU TRIBUNAL.

Contrairement au président du tribunal de commerce dont l'intervention a une connotation préventive visant à éviter l'avènement d'une cessation des paiements, l'intervention du tribunal signifie qu'on est passé à vitesse supérieure à l'anticipation des difficultés : une ouverture d'une procédure collective s'impose éventuellement. Autrement dit, les difficultés sont présumées inquiétantes pour qu'on reste insensible à leur égard. Si le chef de l'entreprise saisit le tribunal, c'est qu'il estime qu'il est dans une situation d'impasse. Si c'est le créancier qui assigne son débiteur, c'est qu'il juge, en principe, que la procédure collective est la voie opportune pour qu'il se rétablisse dans son droit au paiement. Enfin, si c'est le tribunal de commerce ou le ministère public qui prend l'initiative dans ce sens, c'est qu'il est convaincu que l'entreprise en question doit être prise en charge judiciairement.

Quelqu'en soit l'initiateur, une nouvelle étape est franchie, marquée par la régulation du comportement du chef de l'entreprise et de ses partenaires par le tribunal. En d'autres termes, désormais c'est le tribunal qui détermine les bases de la gestion de l'entreprise et son devenir, assurant par là, l'emprise du pouvoir judiciaire sur la procédure. En effet, c'est l'autorité qui a la maîtrise du traitement de la défaillance de l'entreprise. Son intervention est caractérisée par sa multipotence, puisqu'il est appelé à prendre des décisions très importantes à différents niveaux de la procédure (Section II). Ce faisant, l'ampleur de la mission de cet organe ne serait appréciée à sa juste valeur qu'à travers une étude quantitative des procédures et du contentieux afférent dont il assume la charge (Section I). Un volume important d'affaires ne peut, en effet, que roder le tribunal de commerce à une pratique et aspirer, dès lors, à un traitement de la défaillance de l'entreprise d'une bonne qualité.

Section I : Appréciation quantitative de l'intervention du tribunal dans les procédures collectives.

L'étude de la place des procédures collectives au sein du domaine de la compétence des tribunaux de commerce permet d'apprécier l'intérêt porté par les acteurs économiques, mais aussi par le pouvoir judiciaire à cette branche de droit qui s'articule autour de la défaillance de l'entreprise. Or, les changements qu'a connus notre pays de point de vue institutionnel et législatif exigent que l'on s'interroge sur leur impact quant au recours aux procédures judiciaires de traitement des difficultés de l'entreprise (Sous-section II). Une réponse complète exige une appréciation de la situation sous l'empire de l'ancien régime (Sous-section I).

Sous-section I : Importance quantitative des procédures collectives avant 1998.

Quiconque s'aventure dans une recherche statistique sur la défaillance de l'entreprise marocaine s'aperçoit d'un manque de données remarquable, déduisant d'emblée que les procédures collectives ne suscitaient guère l'intérêt, ni des parties intéressées, ni des pouvoirs publics sous l'empire du code de commerce de 1913. En effet, sur le plan quantitatif, le volume des affaires déferées devant le juge était remarquablement faible (I). Ce phénomène qui démarquait avec acuité le paysage du contentieux commercial dans notre pays et qui devait normalement interpeler les pouvoirs publics exige, en l'occurrence, une interprétation (II).

I. Appréciation du recours aux procédures collectives sous l'empire du code de commerce de 1913.

Les procédures collectives avant 1998 relevaient des tribunaux de l'ordre judiciaire, en l'occurrence, les tribunaux de première instance. Ces derniers étaient organisés en sorte que les affaires de la faillite, par leur rareté, n'avaient pas été traitées par des chambres à l'instar des affaires civiles, sociales ou pénales. Seul le tribunal de première instance

de Casablanca disposait de ce qu'on pouvait appeler alors, bureau des faillites²³². Quant au tribunal de première instance de Rabat, ces affaires n'ont eu leur part dans l'organisation qu'on trouvait à Casablanca qu'à partir de 1983. Ainsi s'explique le fait que les statistiques sur les procédures collectives durant cette période sont données essentiellement par ces deux tribunaux (A). Une étude comparative avec d'autres pays permettra d'en apprécier l'importance relativement à la tendance internationale (B).

A. Données statistiques sur les procédures collectives relatives aux tribunaux de première instance de Casablanca et de Rabat.

Entre 1975 et 1997, le volume des affaires concernant les procédures collectives dont le tribunal de première instance de Casablanca a eu à connaître a été de 284, soit en moyenne 12 affaires par an (tableau III). Cet effectif a été compris dans une fourchette oscillant entre un minimum de 7 et un maximum de 23, c'est à dire une fluctuation relativement importante, 16 affaires par an²³³.

Année 1975-1997	75	76	77	78	79	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	TOTAL
S.A	8	9	7	7	9	5	10	14	16	17	10	17	14	12	5	9	5	8	16	5	5	12	9	230
S.A.R.L	0	1	1	0	1	0	0	0	1	1	2	1	1	2	1	2	1	2	3	2	1	3	1	29
P.P	2	0	0	3	1	2	2	0	1	3	3	1	2	0	0	1	0	0	0	0	1	2	1	25
TOTAL	10	10	8	11	11	7	12	14	18	23	15	19	17	14	6	12	6	10	19	7	7	17	1	284

Tableau III : Nombre d'affaires de faillites enregistrées auprès du tribunal de première instance de Casablanca entre 1975 et 1997 : répartition par catégorie d'entreprises.

²³²- A. Squalli, La faillite et le redressement des entreprises en difficultés au Maroc, Thèse Paris- Sorbonne, 1990, p. 5 et s.

²³³- Ces statistiques sont élaborées par le service des faillites du tribunal de premières instance de Casablanca, 1995 cité par A. C. Sbaï, Al wassit en droit commercial marocain et comparé, tome IV : La faillite, éd. Babel Rabat 1991, p. 36-41(en arabe). Toutefois, les données relatives aux années 1984 à 1997 sont rapportées par M. Bouaziz, Etude des entreprises en difficulté et leur redressement stratégique : Cas des PME au Maroc, thèse de doctorat, Fès 2005, p. 23.

Au tribunal de première instance de Rabat, entre 1981 et 1989, seule une vingtaine de procédures collectives ont été ouvertes²³⁴. La moyenne annuelle chute à 2 et la fourchette était comprise entre 1 et 5. Il est à remarquer qu'il y a des années où les juges n'ont été saisis d'aucune affaire de ce genre (Tableau III).

Année	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989	TOTAL
Sociétés	0	5	0	3	3	1	2	3	1	18
P.P	0	0	0	0	2	0	0	0	0	2
TOTAL	0	5	0	3	5	1	2	3	1	20

Tableau IV : Nombre d'affaires de faillite enregistrées auprès du tribunal de première instance de Rabat (1981- 1989). PP = Personne physique.

En prenant en considération le fait que ces données sont enregistrées au niveau « des plus grands tribunaux du Royaume » et si on raisonne en termes de corrélation entre l'importance économique d'une région et le volume de la défaillance des entreprises y siégeant, devant normalement être proportionnel, on ne peut qu'acquiescer au fait que certains tribunaux n'ont presque jamais connu des procédures collectives.

Dans ces conditions, on ne peut ériger les statistiques judiciaires en indice renseignant sur la disparition des entreprises en raison des difficultés. Celles ci sont sans commune mesure avec le nombre de radiations des entreprises qui s'est élevé à 3484 entre 1990 et 1996²³⁵. Ce paramètre ne renseigne pas avec précision sur la disparition des entreprises en raison des difficultés, il inclut surtout les radiations en raison des transferts d'activité, mais aussi des fermetures (volontaires ou en raison de décès). Donc la moyenne nationale de radiation des entreprises par an, 500 environ, reste selon ces données, moins importante.

²³⁴ - A.C. Sbaï, ibidem.

²³⁵ - Selon le registre central de commerce de Casablanca.

Certes ces statistiques sont très insuffisantes en raison de leur caractère fragmentaire, mais elles permettent, néanmoins, d'avoir une idée plus ou moins précise sur la réalité des procédures collectives dans notre pays. La comparaison avec d'autres pays permet d'appréhender plus cette réalité.

B. Comparaison avec les données internationales.

La comparaison est faite avec la France, source d'inspiration du code de commerce de 1913. Dans cette optique, il est à remarquer que malgré les similitudes des deux systèmes, le place des procédures collectives au sein du contentieux commercial n'est pas la même. Alors qu'en France, les affaires se comptent par milliers annuellement, dans notre pays elles ne dépassent pas la centaine.

Les premières données statistiques relatives à la France datent de la fin du 19^{ème} siècle. Entre 1880 et 1914, la moyenne nationale oscillait entre 6500 et 9500 par an²³⁶, une fourchette qui resta constante pendant plus d'un demi-siècle avant de connaître une véritable inflexion à partir 1974. En effet, à cette date les procédures collectives ont avoisiné le chiffre de 12 000 pour atteindre plus de 25 000, dix ans après (1984), lequel effectif a augmenté à son tour de 85% en cinq ans (46 170 en 1990)²³⁷.

Dans d'autres pays le nombre des entreprises défaillantes dont le pouvoir judiciaire assume la charge du traitement est également d'une importance remarquable. Ainsi en 1992, le nombre de défaillances enregistré aux U.S.A, Royaume-Uni, Allemagne et Belgique a été

²³⁶- Percerou, Traité de la faillite, éd. Gallimard, 1916, n^o= 75 ter.

²³⁷- Statistiques de 1969 à 1981, annuaire du ministère de la justice ; de 1981 à 1991 statistiques de l'INSEE, BODACC, 1992. Le détail se présente comme suit :

1969 : 10632	1976 : 14346	1983 : 22474	1990 : 46170
1970 : 11823	1977 : 15853	1984 : 25020	1991 : 53252
1971 : 11797	1978 : 17570	1985 : 26425	
1972 : 10802	1979 : 17408	1986 : 27806	
1973 : 11572	1980 : 20629	1987 : 30766	
1974 : 10217	1981 : 17065	1988 : 35052	
1975 : 16156	1982 : 20895	1989 : 40042	

respectivement de 60 432, 24 442, 8 730 et 3 866²³⁸. La pertinence de la comparaison nécessite de rapporter cet effectif au nombre d'entreprises créées par an et qui est respectivement de 11 735 000, 2 850 000, 2 415 000 et 880 000.

A l'échelle internationale, et même dans les économies les plus prospères le recours aux procédures collectives est donc sans commune mesure avec le contexte national, ce qui exige d'établir un constat et d'essayer de trouver une justification.

II. Synthèse des données statistiques relatives aux procédures collectives avant 1998.

Le constat est clair, les procédures collectives dans notre pays étaient d'un recours marginal, faisant que les dispositions constituant notre droit de la faillite (Livre deuxième du code de commerce de 1913) étaient restées ineffectives (A). Face à cette situation on a essayé de trouver des explications et d'avancer des propositions (B).

A. Le constat : faiblesse du recours aux procédures collectives.

L'abandon de la voie des procédures collectives comme mode de règlement de la défaillance de l'entreprise et du conflit entre le débiteur et ses créanciers à raison du défaut de paiement n'est donc pas à démontrer. Ce qui attire l'attention, c'est qu'on devrait normalement s'attendre à ce que les statistiques montrent une évolution en la matière. Or, au fil des années, l'effectif des procédures collectives est resté relativement constant. La fourchette est demeurée très étroite. Par exemple, au niveau du tribunal de Casablanca 10 affaires ont été enregistrées en 1975 et 7 seulement en 1994 et 1995, c'est à dire qu'après deux décennies, l'effectif a diminué au lieu d'augmenter. Le même constat est fait à Rabat où 5 affaires ont été enregistrées en 1982, contre une seulement, sept ans après (1989). On peut donc relever

²³⁸- Cité par M. Dâamouch, La défaillance des entreprises : éléments d'analyse et modèles de prévision, Mémoire de 3^{ème} cycle (Finance et Fiscalité), Rabat, 1997, p. 11.

qu'aucune propension n'existe en matière d'évolution de l'effectif des procédures collectives. La tendance en « dents de scie » montre une instabilité en la matière.

Il est également à constater que les affaires enregistrées concernent essentiellement les sociétés. La répartition par nature juridique de l'entreprise est telle que 91,2% des entreprises admises au bénéfice des procédures collectives étaient des sociétés, alors que seule 8,8% étaient des entreprises individuelles. La même répartition se retrouvait à Rabat avec 90% des sociétés contre 10% de personnes physiques.

S'agissant de la forme de société, les données se limitaient au tribunal de Casablanca. Sur les 284 affaires enregistrées de 1975 à 1997, la S.A se taillait la grande part avec un effectif de 230, contre 29 pour la S.A.R.L, soit 81% contre 19%. En revanche, aucune autre forme de société (S.N.C, S.C.A...) n'avait été enregistrée pendant près d'un quart de siècle. Cette répartition peut être hasardeuse, comme elle peut signifier que le recours aux procédures collectives fait partie de la stratégie de gestion de la défaillance de l'entreprise exploitée sous forme de société organisée et encadrée.

Y a-t-il, alors une justification de ce phénomène qui met le juge en marge de participer au traitement de la défaillance de l'entreprise ?

B. Justification : inadéquation de la législation et défaillance de la pratique.

Il est de pure oisiveté de dire que la faiblesse du volume des affaires de procédures collectives témoigne relativement de la prospérité de l'économie nationale. En effet, l'effectif des entreprises défaillantes doit au moins être rapporté à celui des entreprises existantes pendant une période définie, pour juger de l'état de l'économie d'un pays, on parle alors d'indicateur de sinistralité.

Ainsi, comme on a déjà rapporté, en 1992 le nombre d'entreprises défaillantes aux U.S.A a été de 60.432, soit 2,472 fois celui

du Royaume uni, ce qui ne veut pas dire que le tissu économique américain est plus prospère que celui anglais. Bien au contraire, l'indicateur de sinistralité aux U.S.A représente environ la moitié de celui au Royaume uni ($60.432/11.735.000=0,5\%$ contre $24.442/2.850.000 = 0,9\%$)²³⁹. Au Maroc, malheureusement on ne dispose pas d'une telle donnée.

D'autre part, on n'a pas hésité à justifier ce phénomène par la préférence aux modes de règlement amiable²⁴⁰. Cette thèse peut couvrir une petite part de la réalité, car débiteur et créancier ont, tous les deux, intérêt à une résolution de leur litige au plus vite, plutôt que d'entreprendre une voie si complexe que son résultat est incertain. Par ailleurs, l'affinité aux modes amiables de règlement des problèmes d'insolvabilité est une culture musulmane.

L'hostilité au pouvoir judiciaire n'est pas, en effet, endémique du Maroc, c'est un phénomène psychologique universel qui fait que la pratique a donné naissance aux modes de règlement des difficultés des entreprises par des moyens extrajudiciaires. Mais ceci est insuffisant pour expliquer, à lui seul, le constat précédent, car dans d'autres pays comme la France, malgré l'existence d'un système d'aides publiques aux entreprises en difficulté²⁴¹, le volume des procédures collectives est toujours important.

Peut-on alors accuser le dispositif légal en avançant que par sa finalité, il n'encourage guère les parties à en faire usage ?

La doctrine marocaine qui s'est attachée à cette question n'a pas hésité à montrer du doigt le droit de la faillite tel qu'il était consacré par

²³⁹- M. Dâamouch, thèse préc. p. 11. Cet auteur rapporte également l'indicateur de sinistralité relatif à d'autres pays comme la France, la Belgique et l'Allemagne qui est respectivement de 1,5%, 0,4% et 0,4%.

²⁴⁰- A.C. Sbaï, op. cit. p. 35.

²⁴¹- En France, il existe un traitement administratif des difficultés de l'entreprise caractérisé par une intervention étatique directe et une intervention des collectivités locales. Voir, Les autorités publiques et l'entreprise privée, Rev. jurisp. com. n°= spéc. 1983 ; J. Némery, Les communes face aux entreprises en difficultés, C.R.E.A.M, Montpellier, 26 avril 1985.

le code de commerce de 1913²⁴². Ce dernier, comme le code français de 1807, avait une finalité sanctionnatrice, c'est à dire une fonction assainissante, permettant d'écarter du commerce, le commerçant qui a failli à son obligation de paiement et de punir son comportement, perçu comme une fraude. Il s'ensuit que le débiteur usait de tous les moyens, frauduleux ou ruineux étaient-ils, pour éluder l'ouverture d'une procédure collective.

Les conséquences se faisaient sentir à tous les niveaux, une pratique défailante due à l'inertie des chefs d'entreprises et des avocats ou des conseils pour lesquels la procédure relève de l'ésotérisme. Du côté de la pratique judiciaire, on souligne une lenteur procédurale et des solutions inadéquates, d'où une jurisprudence remarquablement pauvre, sinon rarissime.

En étudiant le modèle français, on remarque que le droit des procédures collectives est passé par trois phases. Initialement rigoureux envers les commerçants « faillis », il a cherché à promouvoir la confiance entre les hommes d'affaires en protégeant le crédit²⁴³. Entre-temps, le concept de l'entreprise a pris naissance pour attirer l'attention des pouvoirs publics sur sa place au sein de l'édifice socio-économique. Il s'ensuit qu'on a d'abord essayé de réhabiliter la situation du débiteur honnête, victime de vicissitudes économiques, pour passer à la protection de l'entreprise, source d'emploi et de valeur ajoutée.

Désormais, « le dépôt de bilan » n'est plus considéré comme une infamie. A partir de 1984, date à laquelle la prévention des difficultés a intégré le droit français des procédures collectives, la déclaration de cessation des paiements constitue un acte de saine gestion²⁴⁴. Sous réserve de la crise conjoncturelle ayant sévi dans certains secteurs d'activité au milieu du siècle passé, on peut considérer que l'avènement d'un « droit moderne des entreprises en difficultés » a contribué pour

²⁴²- A. Squalli, préc. p. 200.

²⁴³- R. Szramkiewicz, Histoire du droit des affaires, Domat-Montchrestien, 1989, n°= 71.

²⁴⁴- C. Saint-Alary Houin, op. cit. n°= 5.

une grande part à une croissance exponentielle du volume des procédures collectives en France. Ainsi, en 1984 la barre qui était à 25.020 a franchi le cap de 63.000 en 1993. Donc sous l'empire de la législation de 1984 et 1985 et en dix ans, le nombre de procédures ouvertes a été multiplié par le coefficient de 2,52²⁴⁵.

A présent que notre pays a adopté une législation moderne s'inspirant de son homologue française de 1984 et 1985 réformée en 1994, la situation a-t-elle changée ?

Sous-section II : Bilan général relatif aux procédures collectives sous l'empire du code de commerce de 1996.

La sensibilité du législateur marocain à l'importance des procédures collectives est passée par une phase de germination relativement longue. Conscient du retard qu'il a accusé en la matière et acculé d'être au niveau des mutations socio-économiques internationales, il a décidé de se rattraper, d'abord par la refonte du code de commerce, puis par l'institutionnalisation de juridictions de commerce²⁴⁶. Désormais, les procédures collectives ont une nouvelle fonction, celle du sauvetage de l'entreprise en premier lieu et elles sont l'apanage des juridictions de commerce. Il convient donc d'apprécier les fruits de cette réforme en appréciant l'évolution globale du recours aux procédures de traitement des difficultés des entreprises (I) et leur place au sein du contentieux commercial (II).

I. Appréciation globale du volume des procédures de traitement des difficultés des entreprises à partir de 1998.

Les tribunaux de commerce ont démarré leur activité en mai 1998, ils étaient au nombre de six et implantés à Casablanca, Rabat, Fès,

²⁴⁵- Statistiques préc.

²⁴⁶- Dahir n°= 1-97-65 du 4 chaoual 1417 (12 février 1997) portant promulgation de la loi n°= 53-95 instituant des juridictions de commerce.

Tanger, Agadir, Marrakech et Fès. En 2001, deux autres tribunaux de commerce ont vu le jour pour compléter la cartographie juridictionnelle et prétendre à une couverture aussi large que possible des différentes régions du Royaume, Meknès et Oujda. L'impression globale est que le recours aux procédures collectives est relativement important par rapport au passé (A). Seulement, au fil du temps, on a enregistré une tendance à la baisse de l'effectif initialement enregistré rappelant la situation antérieure (B).

A. Constat global : Effectif important des procédures collectives.

L'effectif des procédures collectives est apprécié d'un double point de vue, national (1) et régional montrant ainsi sa répartition entre les différents tribunaux du Royaume (2).

1. L'effectif des procédures collectives à l'échelle nationale.

Le premier bilan concernant les procédures collectives a été attendu avec impatience par les praticiens et les chercheurs. La question a convoité même la presse écrite qui en fait un cheval de bataille. Il a été établi de mai 1998 à la fin de 1999 et communiqué par le ministère de la justice, mettant en évidence un effectif de 166 affaires, ce qui montre déjà une sollicitation importante de ces procédures par rapport au passé²⁴⁷.

Dans une vision globale, d'après les données recueillies auprès des greffes des tribunaux de commerce, depuis leur démarrage, jusqu'en 2014, soit environ seize ans d'activité, les huit tribunaux de commerce du Royaume ont ouvert 1532 procédures, soit en moyenne, 87 procédures par an²⁴⁸.

Alors que les procédures collectives étaient un domaine abandonné sous l'empire de l'ancien système, les statistiques actuelles montrent qu'elles requièrent, désormais, un intérêt non négligeable.

²⁴⁷ - Source : Ministère de la justice, publication de La vie économique, Vendredi 29 juin 2001.

²⁴⁸ - La moyenne est calculée sur quatorze ans, étant donné que les tribunaux de Meknès et d'Oujda n'ont démarré leur activité qu'à partir de 2001.

	Casablanca	Rabat	TOTAL
1998	28	10	38
1999	60	17	77
2000	93	20	113
2001	101	26	127
2002	81	32	113
2003	69	21	90
2004	55	43	98
2005	23	16	39
2006	18	15	33
2007	7	19	26
2008	10	0	10
2009	5	9	14
2010	4	2	6
2011	4	2	6
2012	6	1	7
2013	3	2	5
2014	3	1	4
TOTAL	570	236	806

Tableau V : Evolution du nombre de procédures collectives à l'échelle des tribunaux relevant de la cour d'appel de commerce de Casablanca²⁴⁹.

	AGADIR	MARRAKECH	TOTAL
1998	3	5	8
1999	5	13	18
2000	8	9	17
2001	5	20	25
2002	12	12	24
2003	21	30	51
2004	19	16	35
2005	17	15	32
2006	6	10	16
2007	12	12	24
2008	7	8	15
2009	8	12	20
2010	4	8	12
2011	15	7	22
2012	8	5	13
2013	4	5	9
2014	3	3	6
TOTAL	157	190	347

Tableau VI : Evolution du nombre des procédures collectives au niveau des tribunaux relevant de la cour d'appel de commerce de Marrakech²⁵⁰.

²⁴⁹ - Source : Greffes respectifs des tribunaux de commerce de Casablanca et de Rabat.

²⁵⁰ - Source : Greffes respectifs des tribunaux de commerce d'Agadir et de Marrakech.

	Fès	Tanger	Meknès	Oujda	TOTAL
1998	5	1			6
1999	9	10			19
2000	17	11			28
2001	26	10	8	1	45
2002	19	14	15	2	50
2003	21	7	19	3	50
2004	19	9	18	7	53
2005	12	6	17	8	43
2006	8	4	13	10	35
2007	7	2	5	6	20
2008	2	2	5	8	17
2009	6	6	1	2	15
2010	1	7	3	3	14
2011	2	8	1	7	18
2012	0	5	0	6	11
2013	0	3	1	0	4
2014	0	2	0	0	2
TOTAL	154	107	106	63	430

Tableau VII : Evolution du nombre des procédures collectives à l'échelle des tribunaux relevant de la cour d'appel de commerce de Fès²⁵¹.

Comment peut-on expliquer cette croissance ?

Les raisons peuvent être multiples. Il ne fait aucun doute que la mise en place des juridictions de commerce par la loi n°= 53-95 et la promulgation d'un « nouveau droit des procédures collectives » a produit une réceptivité du chef de l'entreprise quant à la prise en charge par le juge de la défaillance de son entreprise. La spécialisation du juge dans les affaires commerciales a stimulé la conscience de l'opérateur économique de l'existence d'une justice adaptée et spécifique à son domaine d'activité. Par ailleurs, l'étude de la perception des juridictions commerciales par les justiciables, les avocats et les experts a mis en évidence que l'indicateur global de satisfaction est respectivement de 92,8%, 89,5% et 90,5% en mi-parcours et de 93,3%, 93,5% et 90,90% en fin de parcours²⁵².

²⁵¹ - Source : Greffes respectifs des tribunaux de commerce correspondants.

²⁵² - Cette étude a été faite dans l'optique d'une appréciation des résultats de la réforme marocaine en matière de services publics, notamment de la justice, et ce, en collaboration avec la banque mondiale, année 2004. Voir étude détaillée dans La revue des tribunaux de commerce, n°= 2, déc. 2006, p. 3.

De même, la politique de rapprochement de la justice des justiciables aspirant à une cartographie judiciaire, qui se veut équitable, a facilité, dans une certaine mesure, l'accès des parties intéressées à celle-ci et a induit une sollicitation du juge commercial dans toutes les matières, en l'occurrence, les procédures de traitement des difficultés des entreprises.

D'autre part, le livre V du CCM a élargi l'assiette des justiciables de la procédure aux artisans et par une interprétation extensive des termes de l'article 560 aux G.I.E dont l'objet est commercial, ce qui est de nature à accroître, théoriquement, le volume de l'effectif de ces procédures. Mais au fait, ce facteur ne joue pas un rôle déterminant jusqu'ici, car les artisans ne sont pas dotés des documents dont il est question à l'article 562 dudit code et les G.I.E constituent une structure relativement récente pour qu'on puisse parler de leur défaillance. En revanche, ce facteur a contribué d'une manière notoire dans la croissance en question en France où dans la région Ouest, les artisans représentaient à une époque environ le 1/5^{ème} des procédures ouvertes²⁵³.

2. Répartition des procédures collectives entre les différents tribunaux de commerce.

L'étude de la répartition du volume des procédures collectives entre les différents tribunaux de commerce du Royaume permet d'apprécier l'importance d'un tribunal par rapport à l'autre et par conséquent, de revoir la politique de délimitation des ressorts ou de la création d'autres tribunaux. L'objectif suprême étant de rapprocher la justice des justiciables et d'assurer un traitement correct des dossiers.

Ainsi, comme on pouvait s'attendre, le tribunal de Casablanca se taille la première place, avec 570 affaires suivi du tribunal de Rabat,

²⁵³ - C.D.J.O « L'effectivité de la loi du 25 janvier 1985 (ou dix huit mois d'application de la réforme dans l'Ouest) sous la direction de Mme D. Méléo-Briand, Convention de recherche avec le ministère de la justice, juillet 1988, n°= 25.

avec 236 affaires. Donc, les tribunaux de commerce dont la compétence territoriale s'étend au centre du pays ont connu, depuis le début de leur activité jusqu'en de 2014, plus de la moitié des procédures du pays.

Curieusement, le tribunal de commerce de Tanger a connu seulement 107 procédures devant par une seule procédure celui de Meknès. Autrement dit, il a connu moins de procédures par rapport aux six tribunaux jugés « grands », par lesquels les pouvoirs publics ont entrepris la justice des affaires. Ceci est d'autant plus imprévisible que depuis la fin des années 90, la ville de Tanger a constitué une convoitise des investisseurs en faisant un pôle économique très attrayant. Par ailleurs, le tissu entrepreneurial y est très représenté, notamment en textile, en agroalimentaire et en matériaux de construction, des secteurs qui ont été frappés de plein fouet par la crise économique. Normalement, on devrait s'attendre à ce que le volume des procédures collectives soit aussi important que les autres ressorts comme ceux d'Agadir et de Marrakech.

Au fait, les deux tribunaux de commerce couvrant le sud marocain ont connu respectivement 157 et 190 procédures, c'est-à-dire, un peu plus que le cinquième des procédures ouvertes jusqu'au là à l'échelle du Royaume. Ces deux régions constituent également des pôles économiques très importants connues par la floescence du secteur hôtelier qui a connu une crise notable en raison de son incompétitivité.

Si on raisonne en termes de ressort juridictionnel des cour d'appel de commerce, le constat devient plus clair. La prédominance du ressort de Casablanca n'est pas à démontrer, puisqu'il dépasse de loin les deux autres ressorts de Marrakech et de Fès, avec respectivement 806, 347 et 430 affaires totalisées durant seize ans. Le pouvoir judiciaire au niveau du centre du Maroc est donc en charge de plus de la moitié de la défaillance des entreprises marocaines, alors que ses deux homologues de la région Sud et de la région Nord et orientale du Royaume s'occupent du plus ou moins le quart des entreprises en difficultés.

Peut-on alors affirmer que le tissu entrepreneurial implanté dans le centre du pays est plus vulnérable pour solliciter le juge de sa défaillance que les autres régions du Royaume ? Une réponse positive est difficile à admettre. L'appel au juge peut signifier une conscience du débiteur de l'importance de saisir la justice pour le traitement des difficultés en question. Par ailleurs, la sollicitation du pouvoir judiciaire fait partie de la stratégie de gestion des entreprises structurées disposant de conseils juridiques. La littérature nous offre une casuistique de renom, aussi bien à l'échelle nationale qu'internationale : Comarit, Dounia PLM, Sincomar, Setafil, Maghreb Uniformes, Les huileries de Meknès, les sociétés de transport urbain, de grandes minoteries (comme les moulins Idrissia, la minoterie du loukous, les moulins Ouadghiri), Bata, Benetton, Esmod, General Tire, etc. En réalité, l'effectif des procédures collectives, pris isolément n'est pas un indicateur pertinent de la prospérité d'une économie. C'est plus un paramètre signifiant la sensibilité des opérateurs économiques au système du traitement de la défaillance des entreprises en place.

D'autre part, il faut remarquer que le ressort territorial de la cour d'appel de commerce de Casablanca, c'est à dire du centre du Maroc est économiquement plus concentré que les ressorts des deux autres cour. Il suffit pour s'en rendre compte de considérer deux chefs d'entreprise implantées l'une à Errachidia et l'autre à Lâayoune dont les tribunaux compétents se situent respectivement à 340 et à 650 Km. L'accès de ces derniers à la justice est relativement plus difficile qu'un chef d'entreprise implantée dans la zone Centre.

B. Tendance décroissante de l'effectif des procédures collectives.

Si l'effectif global des procédures collectives a connu une augmentation considérable par rapport à ce qu'il était dans l'ancien système, force est de constater qu'après une période de croissance

caractérisée par un taux d'évolution positif, la tendance a tourné vers la baisse (Graphique ci-après).

Le tournant a pris part à partir de 2005, c'est à dire après sept ans de l'entrée en vigueur du livre V du CCM. En effet, de mai 1998 à fin 2005, les tribunaux ont ouvert 1199 procédures, soit plus de 75% de l'effectif total enregistré après seize ans d'activité.

Pour rendre compte de cette chute considérable, il suffit de rapprocher la moyenne des procédures ouvertes durant les six premières années (1999 - 2005) et la comparer avec celle des six dernières (2009 - 2014). On se retrouve ainsi respectivement avec 160 et 31 procédures, soit un rapport d'environ cinq procédures au début contre une ces dernières années. Ainsi, au fur et à mesure du temps, l'évolution du recours aux procédures collectives devient spectaculairement faible pour que la moyenne s'établisse à 1,25 procédure par tribunal en 2014. Le constat devient plus interpellant quand on prend comme référence le tribunal de commerce de Casablanca qui connaissait au début de son activité, en moyenne, 63 procédures par an, alors qu'en 2014, il n'a ouvert que trois procédures.

Ce qui attire l'attention est que cette donne est valable pour tous les tribunaux de commerce du Royaume. Le traitement judiciaire des difficultés des entreprises tend à être relégué au dernier plan. Rejoint-on, par ces résultats, l'attitude qui régnait sous l'empire de l'ancien système ?

En réalité il est difficile d'affirmer que ce virage est occasionnel et que la courbe va reprendre sa propension. La décroissance de l'effectif des procédures collectives a été rapide et a duré jusqu'ici, huit ans, ce qui ne présume guère d'une reprise prochainement. Comment expliquer alors cette évolution ?

Les facteurs peuvent être multiples. Les principaux tiennent aux débiteurs et aux créanciers, d'autres au juge. S'agissant des premiers, il est nécessaire de prendre en considération le fait qu'au lendemain de

l'institution des juridictions de commerce et de la promulgation du code de 1996, ces derniers se sont trouvés en face de nouveaux édifices juridictionnel et judiciaire, lesquels se sont voulu accompagnateurs de l'entreprise quand elle est objet de difficulté.

L'esprit de cette réforme a été d'un grand impact socio-psychologique surtout auprès du débiteur. La primauté du sauvetage de l'entreprise a été une grande opportunité pour empreinter la voie judiciaire en guise de redresser la situation, ce qui s'est traduit, au début, par des déclarations importantes de cessation de paiements.

Mais dans le domaine des affaires, la bonne foi n'est pas la devise. Des débiteurs, peu scrupuleux, ont vu dans le livre V du CCM un moyen de se mettre à l'abri des poursuites pour paiement. De leur côté, certains créanciers ont usé de ce dispositif, comme stratégie de recouvrement des créances.

Ces excès de part et d'autre ont été déjoués par le pouvoir judiciaire qui, à partir de 2002, à l'occasion du 4^{ème} séminaire sur le travail judiciaire et bancaire (tenue le 16 mai 2002) a insisté sur la nécessité impérieuse de s'assurer de l'existence réelle d'une cessation des paiements et de se mettre en garde de la mauvaise foi, surtout des débiteurs malhonnêtes²⁵⁴. La tendance à la baisse de l'effectif des procédures collectives s'explique ainsi grandement par la réaction du pouvoir judiciaire aux demandes d'ouverture abusives. Il paraît donc que les chefs des entreprises ont compris le message du juge. Désormais, il n'est plus question de déclencher une procédure à la légère.

II. Appréciation quantitative du contentieux rattaché aux procédures collectives.

L'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'une entreprise ne signifie point que les décisions judiciaires se réduisent à un jugement

²⁵⁴- Recommandations des séminaires et des journées d'études « La cessation des paiements et les difficultés des entreprises », Tit-milil, Rev. tr. com. déc. 2006, p. 117.

d'ouverture et à jugement de clôture. Loin de là, bien de litiges se greffent sur la procédure faisant que le tribunal est constamment sollicité pour encadrer les incidents. Il s'ensuit un contentieux dont l'abondance exprime le degré d'insatisfaction en la matière et partant, l'importance du rôle du tribunal à fixer les droits et les obligations des parties. Celui-ci peut être apprécié d'un double point de vue. D'une part, il est nécessaire de quantifier le volume du contentieux engendré par les procédures ouvertes à l'échelle des différents tribunaux de commerce du Royaume (A). D'autre part, il s'agit d'apprécier sa place par rapport à l'ensemble du contentieux commercial (B).

A. Importance du contentieux relatif aux procédures collectives.

D'après les données établies par le ministère de la justice en 2005, les 114 procédures collectives qui ont été ouvertes par l'ensemble des tribunaux de commerce du Royaume ont occasionné un volume litigieux s'élevant à 992 affaires²⁵⁵. C'est à dire qu'en moyenne, une procédure engendre 9 actions devant le tribunal concerné.

De la même manière, à Casablanca, le tribunal de commerce a ouvert, en 2008, une dizaine de procédures et a connu un volume litigieux de 272 affaires²⁵⁶. Donc, une procédure génère, schématiquement, un contentieux de 27 affaires. Ces rapports semblent très élevés, car si on retranche l'émission d'un jugement d'ouverture et d'un jugement fixant le sort de l'entreprise, les effectifs restants respectivement sont 8 et 25. Ceux-ci correspondraient à des contestations de part et d'autres qui ont un lien avec la procédure.

Ceci vaut également pour le tribunal de commerce d'Agadir qui, en 2008, a ouvert 7 procédures collectives et connu d'un contentieux de 107 affaires, soit quinze litiges par procédure²⁵⁷. A Marrakech, entre

²⁵⁵ - Ministère de la justice, Rev. tr. com. déc. 2006, p. 208 – 209.

²⁵⁶ - Source : Greffe du tribunal de commerce de Casablanca.

²⁵⁷ - Source : Greffe du tribunal de commerce d'Agadir.

2001 et 2013, le tribunal a été saisi de 646 demandes contentieuses relatives à 185 procédures, soit un rapport de 3,5²⁵⁸.

Au niveau des quatre tribunaux relevant du ressort de la cour d'appel de commerce de Fès, sur une tranche de seize ans d'activité, un contentieux de 1050 affaires s'est développé autour des 430 procédures ouvertes. Le rapport à ce niveau est de 2,44, c'est-à-dire que l'ouverture de 10 procédures collectives occasionnent une extension du tribunal de la procédure à environ 25 actions ²⁵⁹.

Ainsi, dans l'ensemble, l'ouverture d'une procédure collective soulève automatiquement un litige que se développe autour d'elle et pour se dénouer, elle fait appel à la résolution de certains litiges qui s'y rattachent. Il s'agit en fait d'un contentieux dont la compétence du tribunal est consacrée par l'article 566, alinéa 2 du CCM. L'évolution de ce contentieux ne suit pas obligatoirement la même tendance que celle de l'effectif de l'ouverture des procédures, car rappelons le, les procédures collectives constituent des procès d'une rare complexité. Une seule procédure peut provoquer un volume litigieux qui est de nature à s'amplifier autant que la clôture n'est pas encore intervenue.

B. Part du contentieux des procédures collectives au sein de l'ensemble du contentieux commercial.

D'après les données du bilan du ministère de la justice, le contentieux afférent aux procédures de traitement des difficultés de l'entreprise a subi une croissance exponentielle, poursuivant la même tendance que celui du contentieux commercial, avec une évolution positive²⁶⁰. En sept ans d'exercice, le volume du contentieux relatif aux procédures collectives a été multiplié par 7,8 et l'année 2005, à elle

²⁵⁸ - Cette corrélation est établie par recouplement des statistiques publiées par les soins du tribunal de commerce de Marrakech au site www.tcmarrakech.ma, 29 avr. 2015.

²⁵⁹ - Source : Greffes correspondants.

²⁶⁰ - L'évolution est calculé à partir des effectifs correspondant aux deux années successives : $n + (n+1) / n$. En France, on utilise également le coefficient de mobilité qui correspond à la moyenne relative à trois années successives.

seule, a totalisé un effectif qui dépasse le total des quatre premières années de 148% (Tableau VIII).

Année	Effectif	Taux d'évolution
Mai 1998 à fin 1998	45	-
1999	126	-
2000	152	20,63%
2001	173	13,8%
2002	213	23,12%
2003	498	133,80%
2004	988	98,39%
2005	983	-0,5%

Tableau VIII : Evolution du volume des affaires relatives aux procédures de traitement des difficultés de l'entreprise²⁶¹.

Toutefois, les résultats montrent que malgré la croissance en volume des procédures de traitement des difficultés de l'entreprise, leur place au sein du contentieux commercial reste marginale.

Catégorie d'affaires	Enregistrées	Fraction	Jugées	Fraction
Référé	12.557	11,5%	12.281	11%
Injonction de payer	14.386	13%	14.384	12,5%
Ordonnance sur requête	49.909	46%	50.254	46%
Homologation de saisie	6.952	6%	7.663	7%
Entreprises en difficultés	948	0,87%	1.009	1%
Préparation de solutions	44	-	16	-
Ord. du juge commissaire	707	0,64%	309	0,5%
Prévention externe et R.A	4	-	4	-
Affaires sur le fond	23.571	22%	24.306	22%
Total	109078	100%	110226	100%

Tableau IX : Ventilation des rubriques du contentieux commercial en 2005²⁶².

En effet, la ventilation du contentieux commercial permet de mettre en évidence que sur un volume de 109.078 affaires, le

²⁶¹ - Source : Ministère de la justice. Rev. tr. com. préc.

²⁶² - Rev. Tribunaux de commerce, préc. p. 208-209. Source : Ministère de la justice.

contentieux des procédures collectives ne dépasse guère 1.000 affaires (Tableau IX).

Le contentieux engendré par les procédures de traitement de difficultés des entreprises s'est élevé à 992 affaires en 2005, soit une fraction de 0,9% du volume global. A considérer même que cette fraction correspond aux procédures ouvertes sur assignation (ce qui ne peut être le cas), il est à remarquer que les injonctions de payer représentent 13%, soit environ 15 fois le taux des procédures de redressement judiciaire. En d'autres termes et partant de la même approximation, on peut relever que 4% des créanciers seulement recourent à l'assignation en redressement judiciaire, alors que 96% usent de la voie de l'injonction de payer. Celle-ci semble plus préférée en raison de sa simplicité et de sa rapidité et reste de loin la voie normale pour le créancier pour recouvrer sa créance.

A l'échelle du ressort de la cour d'appel de commerce de Fès, la part négligeable du contentieux des procédures apparaît plus nettement. Ainsi, en considérant toute la période 1998-2014, cette part ne dépasse guère 0,4%.

Tribunal	Contentieux P.C	Contentieux commercial	Pourcentage
Fès	274	96.426	0,20%
Tanger	389	92.047	0,42%
Meknès	282	50.736	0,55%
Oujda	105	32.740	0,32%
TOTAL	1.050	271.949	0,38%

Tableau X : Rapport entre le contentieux des procédures collectives et le contentieux commercial. P.C= procédures collectives.²⁶³

²⁶³ - Ce tableau a été synthétisé à partir des données recueillies directement auprès du greffe et celles publiées dans le site wwwcacfès.ma, le 25 déc. 2014.

On remarque que dans le meilleur des cas, ce taux atteint 0,55% (enregistré à l'échelle du tribunal de Meknès). Comment peut-on expliquer ce phénomène ?

A notre avis, l'infime part qu'occupe le contentieux des procédures collectives au sein du contentieux commercial global est justifiée. D'une part, l'effectif des procédures collectives est en lui-même relativement faible pour engendrer un volume litigieux quantitativement important par rapport à l'ensemble des matières. D'autre part, le contentieux commercial s'est considérablement développé, si bien que les juridictions de commerce se sont déclarées compétentes pour tout ce qui concerne le domaine des affaires. Il suffit de rappeler qu'un débat est né au lendemain de leur institution à propos de leur compétence relativement à l'application du Dahir du 24 mai 1955. Actuellement, les litiges concernant ce texte figurent en tant que matière au sein de la rubrique des affaires sur le fond. Les litiges concernant les contrats commerciaux ainsi que les contrats bancaires y occupent une part importante. Ainsi, le contentieux des procédures collectives se trouve tellement dilué que sa part paraît très négligeable.

A ces données, s'ajoute une réalité exprimée par les données de l'administration fiscale. Celles-ci montrent que le nombre d'entreprises patentées est nettement inférieur à celles présentant les déclarations requises, ce qui signifie l'importance des entreprises relevant du secteur informel²⁶⁴. Ces dernières règlent leur difficultés par les modes extrajudiciaires ou en recourant à d'autres voies telle que l'injonction de payer. Il s'ensuit qu'en effectif, beaucoup d'entreprises défailtantes échappent au redressement judiciaire, alors que le contentieux relatif au crédit est en croissance.

Quoiqu'il en soit, malgré la faiblesse quantitative de ce contentieux, il ne faut pas perdre de vue que les procédures de

²⁶⁴ - Ces données sont relatives à l'année 1995. Selon l'administration fiscale la PME est celle qui emploie moins de 50 salariés et réalise un chiffre d'affaires inférieur à 10 millions de dirhams. Le Livre blanc, p. 15.

traitement des difficultés des entreprises représentent une matière conflictuelle, technique et complexe. Le processus de dénouement d'une procédure peut prendre des années, ce qui exige un effort considérable de la part du pouvoir judiciaire. Une seule procédure peut faire intervenir le tribunal autant de fois qu'il est nécessaire pour son encadrement, d'où l'expression de la pluripotence du tribunal.

Section II : Expression de la pluripotence du tribunal de commerce en matière d'entreprises en difficultés.

L'importance quantitative de l'intervention du tribunal dans le traitement des difficultés des entreprises reflète à coup sûr son degré d'implication à des niveaux importants de la procédure. La loi l'a, en effet, investi d'un ensemble de pouvoirs qui en font le grand maître de la procédure. Son rôle peut être résumé à la direction de la procédure (Sous-section I). Il suffit de rapporter qu'il est habilité à déclencher la procédure et à décider du sort de l'entreprise pour comprendre la place qu'il occupe désormais dans la politique économique du pays. De même, avons-nous dit, la procédure est le lieu d'affrontements de différents intérêts qui sont par nature difficilement conciliables. Un contentieux parallèle est de nature à prendre place pour qu'une bonne administration de la procédure suppose, dès lors, une extension de la compétence du tribunal à l'ensemble du litige rattaché, d'où la nécessité de cerner la compétence de cet organe (Sous-section II).

Sous-section I : Le pouvoir de direction générale de la procédure par le tribunal de commerce.

Le pouvoir du tribunal de diriger la procédure se manifeste durant toutes les phases du déroulement de celle-ci. Tout d'abord il décide d'ouvrir la procédure (I), inaugurant de la sorte une nouvelle phase dans la vie de l'entreprise qui se matérialise par la mise de cette entité sous tutelle judiciaire. Dès lors, son sort échappe au débiteur et

aux créanciers. Le tribunal de commerce décide alors, en toute souveraineté, de sa destinée. L'action du tribunal se poursuit alors après le déclenchement de la procédure par son intervention dans la préparation de la solution, jusqu' à la prononciation de la clôture de la procédure(II).

I. Le pouvoir de déclenchement de la procédure et de l'observation de l'entreprise par le tribunal de commerce.

La procédure collective ne peut être ouverte que par une décision émanant de la formation collégiale composant le tribunal de commerce (A). Les créanciers n'ont alors qu'un droit d'assignation et le tribunal demeure libre de leur donner raison ou pas. Cette liberté d'appréciation s'étend également à la nécessité de faire du jugement d'ouverture un jugement décidant également du sort de l'entreprise, en l'occurrence, la liquidation judiciaire ou de déférer ce jugement en ouvrant une période d'observation, à l'issue de laquelle la conviction du juge sur le redressement sera bien établie (B).

A. Le pouvoir de déclenchement de la procédure par le tribunal de commerce.

La décision d'ouvrir une procédure collective à l'encontre d'une entreprise est de la compétence du tribunal de commerce, soit un pouvoir qui s'exprime par un acte juridictionnel, le jugement d'ouverture. Il est la manifestation de la soumission l'entreprise à un nouveau régime de gestion dont le tribunal détermine les grands traits. Cette décision ne peut intervenir qu'après avoir, au préalable, vérifié la réunion des conditions de l'ouverture de la procédure (1). Une fois que celle-ci est justifiée, les organes de la procédure sont alors mis en place par ses soins (2).

1. La vérification des conditions de l'ouverture de la procédure par le tribunal de commerce, un préalable nécessaire.

L'ouverture par le tribunal d'une procédure collective signifie qu'il y a eu au préalable une vérification minutieuse des conditions aussi bien de fond que de forme (a). Parmi ces conditions, la cessation des paiements occupe une place particulière. Son avènement à un moment de la vie de l'entreprise emporte des conséquences très importantes à l'égard de tous les partenaires, raison pour laquelle le tribunal prend le soin de déterminer sa date (b).

a. Vérification des conditions de l'ouverture de la procédure.

Comme dans tout procès, les conditions de forme de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire sont les premières à être vérifiées par le juge. Il s'agit de la qualité du demandeur ou de la modalité de saisine du tribunal. Retenons à ce niveau que la qualité du débiteur est appréciée à l'égard de l'article 560 de du CCM. Le tribunal doit mettre en relief que la personne concernée est un commerçant ou un artisan ou encore que l'entreprise est exploitée par une société commerciale. C'est le domaine de la commercialité tel qu'il est prévu par les articles 6 et suivants du code de commerce et des lois sur les sociétés.

L'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise est donc une occasion pour le tribunal d'enrichir davantage le débat sur la commercialité et partant, de jeter la lumière sur le ou les critères adoptés par le code de 1996. En principe, la commercialité par la forme ne devrait pas poser de problèmes, tant le CCM et les lois sur les sociétés consacrent le caractère commercial de l'entité en question et partant, son assujettissement aux procédures collectives. En revanche, la commercialité par l'objet est de nature à susciter un débat important, étant donné que de nouvelles activités sont apparues et d'autres se sont développées que leur caractère civil ou commercial n'est pas aussi

manifeste, en l'occurrence, certaines activités libérales qui sont désormais exercées dans un cadre purement entrepreneurial²⁶⁵.

Quant à la condition relative à la situation de l'entreprise, le tribunal doit rechercher s'il y a ou non cessation des paiements. Malgré l'évidence de cette condition, certaines décisions n'hésitent pas à en réitérer l'importance²⁶⁶.

Signalons que sous l'empire du code de commerce de 1913, le juge marocain faisait prévaloir la théorie juridique sur la théorie économique ou « pragmatique » de la cessation des paiements. Cette position découlait de l'interprétation littérale de l'article 197 « *tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite* ». La jurisprudence était très attachée à cette conception, en raison surtout des explications fournies par le guide du ministère de la justice selon lequel, il s'agit d'un fait qui consiste dans l'arrêt matériel de paiements des dettes exigibles²⁶⁷. On faisait donc abstraction de l'analyse de la situation économique de l'entreprise. Le tribunal n'avait pas à se livrer à un effort intellectuel important pour se prononcer sur l'espèce en question. Par ailleurs, on ne pouvait pas aspirer à une évolution en la matière car, les procédures collectives n'étaient pas au centre des préoccupations des parties intéressées²⁶⁸. Mais, l'abandon de la théorie juridique de la cessation commençait à être pressenti²⁶⁹.

A présent que le code de 1913 est abrogé par celui de 1996 et des juridictions spécialisées ont été instaurées, quelle est alors

²⁶⁵ - Infra, p. 379.

²⁶⁶ - P. ex. Trib. com. Casablanca, 22 mai 2000, aff. n°= 144/2000 ; C.A com. Casablanca, 30 mars 2001, aff. n°= 1459/2000/11 (inédits).

²⁶⁷ - Guide du ministère de la justice, n°=2, p. 66 et s.

²⁶⁸ - Voir pour plus de détails sur les solutions données par le droit et la pratique marocaine : A. Squalli, op. cit. p. 199.

²⁶⁹ - Voir à titre d'exemple, J. Khasser, Théorie de la période suspecte en matière de faillite, thèse, Damas 1971, p. 56. De la même manière, la cour de cassation égyptienne, quoiqu'elle n'a pas repris les termes d'actif disponible et de passif exigible a néanmoins, dans son arrêt du 31 janvier 1983 mis en relief les éléments qui repoussent l'adoption de la conception classique et a fait état de la situation sans issue, condition d'ouverture de la procédure.

l'appréciation du juge concernant la cessation des paiements ? Cette question mérite davantage d'être posée, car l'article 560 du CCM a procédé par des termes vagues, à savoir le fait de ne pas être « *en mesure de payer à l'échéance ses dettes exigibles* »²⁷⁰. Nous essayerons de répondre à cette question en 2^{ème} partie.

Retenons que l'appréciation de la cessation des paiements doit se faire le jour même où le tribunal statue et non au moment de sa saisine. Par conséquent, si entre la saisine du tribunal et le jour de prononciation du jugement, il y a eu rétablissement de la situation de l'entreprise, il n'y a pas lieu à ouverture de la procédure²⁷¹. Ceci est valable également en appel²⁷².

b. Fixation de la date de la cessation des paiements.

Le tribunal ne doit pas uniquement constater l'existence de la cessation des paiements, mais en fixer la date. A défaut, celle-ci « *est réputée être intervenue à la date du jugement* »²⁷³. Comme on a pu le souligner, cette supposition n'est qu'une aberration, puisque la cessation de paiements ne peut intervenir le jour du jugement, en raison notamment des délais procéduraux²⁷⁴.

En pratique, les tribunaux fixent provisoirement une date et conservent la possibilité, lorsqu'ils en sont saisis, de la reporter au fur et à mesure que des éléments nouveaux apparaissent. Comme le fait

²⁷⁰ - M. Boumeshouli, Les éléments définissant la cessation des paiements, Journée d'étude sur le régime des difficultés des entreprises, publié au journal Al Ittihad al Ichiraki, 25 août 2001, n°= 6589, p. 14 et s.

²⁷¹ - Trib. com. Marrakech, 22 oct. 1999, aff. n°= 4/99, G.T.M n°= 83, p. 209.

²⁷² - *Infra*, p. 268.

²⁷³ - La pratique montre cependant que le défaut de détermination de la date de la cessation des paiements faisant que celle-ci est réputée être intervenue le jour du jugement ne se font pas rares. A titre d'exemple, nous citons au niveau du tribunal de commerce de Tanger : 14 juil. 2005, aff. n°= 8/10/2004 ; 21 juil. 2005, n°= 9/10/2004 ; 29 sep. 2005, aff. n°= 32/10/2004 ; 9 juin 2005, aff. n°= 1/10/2005 ; 30 juin 2005, aff. n°= 3/10/2005 ; 30 nov. 2006, aff. n°= 6/10/2006, cités par N. Lâarej, REMADAE, oct. 2007, p. 135. Pour plus de détails, voir 2^{ème} partie.

²⁷⁴ - Y. Guyon, *op. cit.* n°= 1148.

remarquer un auteur, la véritable cessation des paiements est antérieure au premier incident qui l'a révélée²⁷⁵.

En fixant la date de la cessation des paiements, le tribunal détermine la durée de la période suspecte au cours de laquelle les actes douteux passés par le débiteur sont annulables²⁷⁶. Cependant, ce pouvoir dont jouit le tribunal n'est pas absolu. D'une part, la loi a limité la durée de la période suspecte qui ne peut dépasser dix huit mois (voire vingt quatre mois pour certains contrats). D'autre part, le tribunal ne peut recevoir une demande de modification de la date de la cessation des paiements après l'expiration du délai de quinze jours suivant le jugement arrêtant le plan de redressement ou suivant le dépôt de l'état de créances, si la liquidation judiciaire a été prononcée²⁷⁷.

2. Etendue des pouvoirs du tribunal dans la mise en place des organes de la procédure.

L'ouverture d'une procédure collective est accompagnée de la désignation du syndic et du juge-commissaire. A cet égard, il y a lieu de noter que le pouvoir du tribunal de commerce dans la mise en place du juge-commissaire (a) n'est pas aussi discrétionnaire que dans le cas du syndic (b).

a. Limitation des pouvoirs du tribunal dans la mise en place du juge-commissaire.

La désignation du juge-commissaire par le tribunal est une formalité substantielle de la procédure²⁷⁸. En mettant en place un tel organe, le tribunal se décharge d'une partie de ses prérogatives pour se confier aux tâches qui lui sont dévolues par la loi. En l'occurrence, il y a une sorte de spécialisation des composantes du pouvoir judiciaire dans les différentes phases de la procédure de redressement.

²⁷⁵ - Ibidem.

²⁷⁶ - Infra, p. 124.

²⁷⁷ - Art. 680 al. 4 du CCM.

²⁷⁸ - voir supra, p. 112.

Contrairement au syndic dont l'étendue de sa mission est précisée par le tribunal, ce dernier n'a aucun pouvoir de moduler la tâche du juge-commissaire. En effet, malgré qu'il constitue un prolongement du tribunal qui l'a nommé, cet organe tient son pouvoir de la loi. Sous l'empire de l'ancien code de commerce, le juge-commissaire était considéré comme « un délégué du tribunal » sous l'autorité duquel il accomplissait sa mission²⁷⁹. Actuellement, il est devenu une autorité dont le rôle s'affirme avec plus d'autonomie par rapport au tribunal. Ce constat est d'autant plus important que le tribunal ne peut, à l'instar de ce qui est prévu en droit français, se substituer d'office ou à la demande d'une partie, au juge-commissaire lorsque ce dernier n'a pas statué dans un délai raisonnable²⁸⁰.

Le tribunal conserve néanmoins le pouvoir d'intervenir lorsque des questions importantes concernant la procédure sont posées. Il en est ainsi de la révocation des contrôleurs qui ne peut être édictée que par le tribunal, malgré le fait que ces derniers sont désignés par le juge-commissaire. Mais ce pouvoir découle de celui de la direction générale de la procédure.

En résumé, le rôle du tribunal se limite à la nomination du juge-commissaire et à sa substitution lorsque cela est nécessaire. Ce pouvoir est exclusif de toute ingérence dans la mission du juge-commissaire.

b. Pouvoir discrétionnaire du tribunal dans la mise en place du syndic.

Le syndic est un organe nécessaire à la procédure. Il est en même temps un personnage central, sans lequel, la procédure ne peut techniquement être conduite. Mais, contrairement au juge-commissaire, le tribunal ne se contente pas à procéder à sa désignation, mais il détermine sa mission.

²⁷⁹ - C. Sbaï, op. cit. n°= 496.

²⁸⁰ - Cette possibilité est prévue par le décret français de 1985 (art. 25).

b-1- Désignation du syndic et sa substitution.

La décision du tribunal de désigner telle personne en qualité de syndic ne constitue pas un choix définitif, mais la loi habilite les juges à procéder à sa substitution. Cette possibilité est tout à fait logique, parce qu'on doit prévoir la continuation de la mission du syndic en cas d'indisponibilité de la personne désignée initialement.

b-1-1- Désignation du syndic.

Contrairement à la loi française dont la réforme de 1985 a remplacé le syndic par deux auxiliaires spécialisés, l'administrateur et le représentant des créanciers bénéficiant d'un statut²⁸¹, l'actuelle réglementation est restée fidèle à cette institution qui continue à cumuler de multiples tâches.

Dans la législation de 1913, le syndic était désigné par le tribunal parmi le personnel du greffe ou parmi les créanciers dans des conditions déterminées²⁸². Dans l'actuel dispositif, le tribunal conserve cette prérogative, il désigne le syndic dans le jugement d'ouverture en même temps que le juge-commissaire. Il ne peut être désigné qu'un seul syndic, contrairement à ce qu'était la situation sous l'empire de l'ancien dispositif où il y avait possibilité de désignation de un à trois.

De même, l'article 568, alinéa 2 du code actuel prend le soin de préciser que cette fonction est exercée par le greffier. Cependant le tribunal conserve la possibilité de désigner un tiers en qualité de syndic. Cette disposition est le fruit d'un débat acharné lors de la discussion du projet du code de commerce du 24 juin 1995, car celui-ci prévoyait que la fonction de syndic ne pouvait être exercée que par le greffier²⁸³. Les

²⁸¹ - J.P. Adam « Le rôle de l'administrateur judiciaire et du mandataire-liquidateur dans le redressement judiciaire de l'entreprise », Rev. jurisp. com., n°= spec., fev. 1987, p. 107.

²⁸² - A. C. Sbaï « Droit commercial marocain et comparé », Tome IV, 1991, Ed. Babel, p. 476 et s.

²⁸³ - A. C. Sbaï, La procédure de prévention des difficultés des entreprises, intervention lors de la conférence organisée par le barreau de Casablanca, 16 à 18 avril 1998.

représentants de la nation avaient la conscience du défaut de qualification du greffe pour cette mission.

Devant l'absence d'un statut réglementaire du syndic, le tribunal est appelé à user de son pouvoir d'appréciation pour désigner la personne adéquate. C'est une tâche importante, dans la mesure où une bonne administration de la procédure dépend, dans une large mesure, de la compétence de la personne qui sera élue à cette fonction. Seulement, le tribunal ne peut désigner à cette fonction aucun parent jusqu'au quatrième degré inclusivement du chef ou des dirigeants de l'entreprise²⁸⁴. Cette restriction est tout à fait logique, afin de garantir une conduite objective et impartiale de la procédure.

Compte tenu de l'importance de cette question, nous lui avons consacré un développement à part²⁸⁵. Retenons à ce niveau que le choix du tribunal, comme nous l'avaient affirmé certains juges, est dicté surtout par deux considérations, la compétence et la disponibilité²⁸⁶.

b-1-2- Substitution du syndic.

Le tribunal a le pouvoir de décider du remplacement du syndic lorsqu'il en est saisi par le juge-commissaire, soit d'office, soit sur réclamation du débiteur ou d'un créancier. Le tribunal est libre dans son appréciation et décide au vu des arguments qui lui sont avancés par la partie intéressée.

Les raisons qui peuvent justifier cette mesure sont diverses, le tribunal étant souverain en la matière. Il peut s'agir, du défaut d'exécution de la mission à bon escient, tel qu'un irrespect des délais²⁸⁷. Parfois, le défaut d'accomplissement de la mission réside dans l'établissement d'un rapport non conforme à la loi, mais le tribunal peut estimer qu'un tel fait ne justifie pas de substituer le syndic. Les juges ont

²⁸⁴ - Art. 637, al. 2 du CCM.

²⁸⁵ - *Infra*, p. 439.

²⁸⁶ - Entretien avec des juges du tribunal de commerce de Meknès, 2007.

²⁸⁷ - Trib. com. Casablanca, 23 fév. 2000, aff. n°= 61-2000-10 ; Trib. com. Meknès, 12 mai 2005, aff. n°= 7-2005 (inédits).

eu à connaître une situation pareille et ils ont décidé, de renvoyer ledit rapport à ce dernier pour régularisation conformément à l'article 579 du CCM²⁸⁸.

La substitution du syndic peut être dictée par un souci d'assurer la continuité dans le traitement des dossiers, en raison de l'indisponibilité d'un syndic²⁸⁹ ou de sa maladie²⁹⁰.

En réalité, les tribunaux répugnent à cette mesure, car le nouveau syndic devra prendre du temps pour s'initier avec l'entreprise, malgré les travaux qui auraient pu être effectués par son prédécesseur²⁹¹. La cour d'appel de commerce de Fès a fait savoir qu' à défaut d'une preuve solide que le syndic a outrepassé ses pouvoirs ou n'a pas accompli sa mission conformément à la décision judiciaire, il est difficile d'emporter sa conviction²⁹².

La substitution qui semble ne pas affecter la procédure est celle qui a lieu suite à un jugement convertissant le redressement en liquidation judiciaire²⁹³. Dans ce cas, elle a lieu tacitement, le tribunal en décide ainsi sans qu'il en soit saisi. Dans tous les cas, la substitution du syndic peut être considérée comme un incident de la procédure de redressement, elle n'est pas ordonnée fréquemment en raison de la perturbation qu'elle peut provoquer.

b-2- Détermination de la mission du syndic par le tribunal.

La mission fixée par le tribunal définit le partage des pouvoirs entre le chef de l'entreprise et le syndic, en dehors des pouvoirs légaux exclusifs de ce dernier (continuation des contrats, proposition d'un plan de continuation avec augmentation du capital, faire fonctionner les comptes bancaires de l'entreprise...).

²⁸⁸ - Trib. com. Casablanca, 27 mars 2000, n°= 114/2000, aff. n°= 65/2000/10 (inédit).

²⁸⁹ - Trib. com. Casablanca, 26 oct. 2005, n°= 276, www.cabinetbassamat.com, 9 juil. 2013.

²⁹⁰ - P. ex. Trib. com. Meknès, 16 août 2004, aff. 11-2003 (inédit).

²⁹¹ - Trib. com. Meknès, 9 juin 2005, aff. n°= 28-05/6 (inédit).

²⁹² - C.A. com. Fès, 23 nov. 2005, arrêt n°= 68, aff. n°= 61-05 (inédit).

²⁹³ - P. ex. Trib. com. Casablanca, 27 janv. 2003, n°= 30/2003, aff. n°= 416-2000-10 (inédit).

Là encore, le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Il peut investir le syndic d'une mission de surveillance des opérations de gestion ou d'une mission d'assistance, comme il peut le charger de la gestion pure et simple de l'entreprise. En cours de procédure, le tribunal peut à tout moment modifier cette mission d'office ou sur demande du syndic. De même, il peut combiner les possibilités de l'article 576 du CCM en déterminant les actes ou les opérations de gestion que le syndic accomplira tout seul et ceux dont il assurera l'assistance ou la surveillance.

En réalité, les choses se passent autrement, retenons à ce niveau de nos développements que comme le syndic est généralement un professionnel libéral, occupé par ses affaires personnelles, le tribunal s'oriente systématiquement vers la mission de surveillance.

B. Appréciation de l'opportunité d'une période d'observation par le tribunal.

Comme il est souvent difficile de prendre une décision fixant le sort de l'entreprise d'une façon immédiate, le tribunal dispose du pouvoir d'ouvrir une période d'observation, à l'issue de laquelle, il pourra décider du redressement ou de la liquidation judiciaire (2). Cependant, il peut estimer inutile d'allonger la procédure tant que le redressement apparaît d'emblée impossible, prononçant ainsi la liquidation judiciaire (1).

1. La possibilité de la prononciation d'une liquidation judiciaire immédiate.

La possibilité pour le tribunal de prononcer dès l'ouverture de la procédure une liquidation judiciaire est prévue par l'article 568 de la loi. Mais cette solution ne doit être adoptée que s'il apparaît que le redressement est impossible, c'est à dire que la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise. Si l'entreprise a cessé toute activité, le tribunal n'a aucune difficulté à adopter une telle solution, dès lors que la certitude d'une impossibilité de reprise est établie.

En droit français, jusqu'à la réforme de 1994, la liquidation judiciaire ne pouvait être prononcée par le tribunal qu'en période d'observation, laquelle était par conséquent obligatoire. Après avoir posé dans un arrêt de principe le caractère obligatoire de la période d'observation²⁹⁴, la cour de cassation a relevé que rien ne s'oppose à ce que la liquidation judiciaire soit prononcée dans un jugement distinct, le même jour que le redressement judiciaire²⁹⁵. C'était accepter de réduire la période d'observation à quelques heures. Actuellement, il est possible pour le juge français de prononcer la liquidation judiciaire sans période d'observation, mais sous deux conditions alternatives²⁹⁶. Il s'agit soit de la cessation de l'activité, soit du redressement manifestement impossible. La réalisation de la première condition est facile à établir, alors que celle de la seconde repose sur une appréciation souveraine du tribunal²⁹⁷.

Au Maroc, une telle disposition fait défaut puisque l'article 568 du CCM ne retient que la condition du redressement impossible. Le législateur n'ayant pas repris la condition relative à la cessation de l'activité. Cependant, le tribunal a le pouvoir de prononcer la liquidation judiciaire immédiate lorsqu'il constate que l'entreprise a cessé toute activité²⁹⁸. Faut-il alors qu'il agisse d'office ou qu'il en soit saisi par la partie ayant qualité. En pratique les tribunaux se réservent d'agir d'office, afin d'éviter les conséquences d'une décision hâtive et préfèrent

²⁹⁴ - Cass. com. 4 nov. 1986, JCP 1987, E, II, 14844, note Bousquet.

²⁹⁵ - Cass. com. 17 mai 1989, JCP 1990, E, II, 15658, obs. P. Pétel.

²⁹⁶ - Art. 1, al. 3 et 148 de la loi du 25 janvier 1985.

²⁹⁷ - Craignant que cette condition devienne une clause de style, la cour de cassation française prête une attention particulière aux motivations du juge de fond. Voir dans ce sens l'arrêt de la cour de cassation du 12 mai 1998, Quot. Jur. 18 juin 1998, n°= 49.

²⁹⁸ - P. ex : - Trib. com. Casablanca, 25 juin 1998, aff. n°= 719/98/10 ; 6 août 1998, aff. n°= 1661/98/10 ; 2 oct. 1998, aff. n°= 2064/98/10 ; 6 mars 2000, aff. n°= 45/2000/10 ; 8 janv. 2001, aff. n°= 188/2001/10 ; 4 juin 2001, n°= 172/2001 (inédits). Trib. com. Rabat, 29 déc. 1998, aff. n°= 677/98 ; 27 janv. 1999, aff. n°= 4/798/98 (inédits).

qu'ils soient saisis sur requête du ministère public²⁹⁹ ou sur assignation d'un créancier³⁰⁰ ou mieux, par une déclaration du débiteur³⁰¹.

Le problème se pose autrement lorsque l'activité de l'entreprise est toujours maintenue. Dans ce cas, il est difficile de savoir si l'entreprise pourra se redresser ou non, d'où l'ouverture d'une période d'observation.

2. L'alternative de l'ouverture d'une période d'observation.

Comme la loi s'est fixée comme objectif de permettre la survie de l'entreprise et le maintien de l'emploi, la prononciation d'un redressement à l'ouverture de la procédure demeure un principe. Il s'agit pour le tribunal de permettre d'observer l'entreprise tout en tentant de la redresser, c'est à dire d'instaurer, selon l'expression d'un auteur, une période de répit et de réflexion³⁰².

Cependant, cette période, destinée normalement à dresser le constat sur la gestion passée et à permettre au juge une meilleure connaissance de situation de l'entreprise, afin qu'il puisse prendre la décision opportune, ne serait durer longtemps. Le tribunal a donc le pouvoir de fixer sa durée sans pour autant dépasser le maximum légal, prévu par l'article 579 du CCM qui est de quatre mois.

Cette période d'une durée relativement courte peut s'avérer insuffisante pour le syndic chargé de dresser le bilan et de faire ses propositions, d'où la possibilité pour ce dernier de demander au tribunal de renouveler cette période. Le tribunal reste souverain dans sa décision, mais en fait, il est difficile d'admettre un refus éventuel de sa

²⁹⁹ - Trib. com. Rabat, 12 juillet 2000, aff. Espace télécommunication. Dans cette affaire une liquidation judiciaire immédiate a été prononcée par le tribunal qui a été saisi sur requête du ministère public, cité par A. Jebrouni, op. cit. p. 128.

³⁰⁰ - Trib. com. Rabat, 27 janvier 1999, aff. innova-confection (inédit).

³⁰¹ - Trib. com. Casablanca, 8 janv. 2001, aff. n°= 188/2001/10, préc. ; Trib. com. Tanger, 15 nov. 2001, aff. n°= 6-01/6 (inédits).

³⁰² - Y. Chaput, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Coll. dr. fondamental, 2ème éd. 1990, n°= 149.

part, tant que le syndic n'a pu accomplir sa mission dans la durée initiale³⁰³. En pratique, la période d'observation est souvent reconduite pour la même période. Il s'ensuit que le tribunal est libre dans l'appréciation de la durée de cette période sans dépasser huit mois. Mais, la pratique montre qu'il en est autrement, le dépassement du délai maximal n'est pas rare. Parfois, la reconduction de la période d'observation semble être faite tacitement sans intervention du tribunal³⁰⁴.

En comparant avec le droit français, on remarque que le législateur marocain a adopté le schéma du régime simplifié, destiné aux petites entreprises. La différence fondamentale réside dans le fait que le tribunal français peut se saisir d'office pour renouveler la période initiale de quatre mois, alors que son homologue marocain n'a pas ce pouvoir. En régime général, la durée prévue est de six mois renouvelable une fois, mais elle peut être exceptionnellement prolongée encore pour un maximum de huit mois, soit au total vingt quatre mois³⁰⁵.

Au fait, malgré le renouvellement de la période d'observation par le tribunal, il s'est avéré difficile parfois au syndic d'accomplir sa mission, la durée dépassant souvent le maximum légal³⁰⁶. Ce phénomène s'est rencontré également en France, mais en l'absence d'une sanction légale, certains tribunaux ont justifié le dépassement du maximum légal par la brièveté de la durée de la période d'observation³⁰⁷.

³⁰³ - Trib. com. Casablanca, 24 mars 2003, n°= 85/2003, aff. n°= 74/2003/10 (inédit).

³⁰⁴ - P. ex. Trib. com. Meknès, 17 fév. 2005, aff. n°= 05/01 (inédit).

³⁰⁵ - Voir pour plus de détails J. L. Vallens, Les délais, in « Le nouveau droit des défaillances des entreprises », D. 1995, p. 171.

³⁰⁶ - Voir par exemple, l'affaire n°= 08-01/6 déférée devant le tribunal de commerce de Meknès où la période d'observation a duré presque treize mois. Le jugement d'ouverture est intervenu le 14/05/2002 et le jugement arrêtant le plan, le 06/06/2003.

³⁰⁷ - Pau, 9 sept. 1992, Rev. proc. coll. 1994, obs. B. Soinne.

II. Intervention du tribunal dans la préparation de la solution.

La fixation du sort de l'entreprise est désormais entre les mains du tribunal qui est seul apte à juger de son redressement ou de sa liquidation judiciaire. L'importance de cette décision nécessite une préparation minutieuse dont le tribunal peut jouer un rôle capital (A). Ce faisant, il dispose d'un pouvoir sanctionnateur à l'égard des dirigeants dont le comportement s'est avéré malsain (B). En effet, malgré la tendance à la dépenalisation du droit des affaires, un minimum de discipline doit être assuré.

A. Intervention du tribunal dans la phase préparatoire de la solution.

Tout en décidant de l'ouverture d'une période d'observation, le tribunal peut tenter de redresser l'entreprise grâce aux pouvoirs dont il se trouve doté. Ainsi, son intervention peut avoir trait à la restructuration de l'entreprise (1), mais il a également le pouvoir d'agir au niveau de son patrimoine, par le biais d'une reconstitution de son actif (2).

1. Etendue de la contribution du tribunal au redressement par le biais de la restructuration de l'entreprise.

Souvent, la préparation du redressement commande une série de mesures de restructurations, notamment dans l'entreprise sociétaire. L'expérience française d'avant 1985 a montré que certains échecs de plans de redressement étaient liés à une mauvaise articulation du droit des sociétés avec les procédures collectives³⁰⁸. La loi de 1985 et à travers elle, la loi marocaine ont essayé de remédier à ce problème en attribuant au pouvoir judiciaire, en l'occurrence le tribunal, de veiller à la mise en œuvre de ces mesures. Celles-ci s'étendent au capital (a) ainsi qu'aux dirigeants (b).

³⁰⁸ - J. Lemontey, La loi sur le redressement des entreprises, Banque 1985, 668.

a. *Etendue de l'intervention du tribunal au niveau de la restructuration du capital.*

La reconstitution du capital de la société peut être envisagée lorsque le syndic entend proposer un plan de continuation. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 583 de la loi, convoquer ou demander à l'organe social compétent de convoquer l'assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés. S'il s'avère que les capitaux propres sont devenus inférieurs au quart du capital social, le syndic propose un montant à concurrence duquel la reconstitution doit être décidée par l'assemblée, sans que ce montant soit inférieur au quart. Lorsque l'entreprise est exploitée par une S.A et que les actionnaires en place ne veulent pas ou n'ont pas la possibilité de participer à l'augmentation du capital, ils sont appelés à renoncer à leur droit préférentiel de souscription au profit de tiers s'engageant à exécuter le plan. Dans ce cas, l'assemblée est appelée à décider la réduction de capital suivie d'une augmentation en faveur de ces derniers.

Les pouvoirs des juges sont ici très limités. L'alinéa 3 de l'article 583 prévoit une intervention *a posteriori*, car il subordonne l'exécution des engagements pris par les actionnaires ou associés, ou par les nouveaux souscripteurs à l'acceptation du plan par le tribunal. Ce dernier ne dispose d'aucun pouvoir pour imposer cette restructuration, seule l'assemblée peut statuer sur l'augmentation du capital selon les conditions de majorité prévues par le droit commun des sociétés.

En France, le projet de loi concernant cette question de restructuration distinguait deux phases. Il prévoyait la reconstitution des capitaux propres dans le cas où ceux-ci étaient inférieurs à la moitié du capital social, en raison des pertes constatées dans les documents comptables. Ce n'est qu'au niveau de la phase d'adoption du plan que le tribunal pourrait intervenir pour proposer la réduction et l'augmentation du capital dans le cas où la reconstitution ne peut avoir lieu par l'intermédiaire des associés en place. Finalement, on a préféré

contracter les deux phases en une seule et de les remonter à la phase préparatoire³⁰⁹.

La jurisprudence a eu à se prononcer sur la question de savoir si cette reconstitution est le préalable nécessaire à l'adoption d'un plan de continuation. Certains jugements ont rejeté le plan pour défaut de reconstitution des capitaux propres³¹⁰. La doctrine regrette une telle position estimant que le tribunal conserve le pouvoir de mentionner, dans le jugement arrêtant le plan, les modifications statutaires nécessaires à la continuation de l'entreprise, si les dispositions prises dans la période d'observation sont insuffisantes, et de faire convoquer l'assemblée compétente à cet effet³¹¹.

Quant à nos tribunaux, ils ont été confrontés à un phénomène particulier, celui qui fait que la majorité des sociétés en redressement se trouvent dans une situation irrégulière par rapport au droit des sociétés, notamment en matière de capital³¹². En adoptant un plan de continuation, les juges étaient contraints d'enjoindre aux représentants légaux de mettre les entreprises en question en harmonie avec les textes³¹³.

b. Intervention du tribunal au niveau de la restructuration de la direction.

Comme il est fréquent que les difficultés puisent leur origine dans une défaillance de l'équipe dirigeante, la loi a prévu une possibilité de restructuration touchant les organes de celle-ci. Le tribunal qui joue le rôle de garant de cette mesure a un pouvoir très important à même

³⁰⁹- J.O., Déb. Sénat, 6 juin 1984, p. 1361, *in* G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, par Ph. Delebecque et M. Germain, 14^{ème} éd. n°= 3077.

³¹⁰- T.G.I Béthune, 26 sept. 1986, *Rev. proc. coll.* 1987, n°=2, p. 51 ; *Trib. com. Nanterre*, 8 déc. 1987, *B.R.D.A.*, 15 juin 1988, p. 11.

³¹¹- G. Ripert, R. Roblot, *ibidem*.

³¹²- Au lendemain de la promulgation de la loi sur les sociétés, les pouvoirs publics ont enjoint aux dirigeants de régulariser leur situation dans un délai de deux ans. Voir *infra*, p. 660.

³¹³- P. ex. *Trib. com. Casablanca*, 1^{er} oct. 2001, jugement n°= 277/2001, aff. n°= 254/2001/10 ; 25 sep. 2000, jugement n°= 230/2000, aff. n°= 179/2000/10, (inédits).

de contrecarrer l'influence des dirigeants. Ainsi, conformément à l'article 584 de la loi, « *lorsque la survie de l'entreprise le requiert* », le tribunal peut entreprendre trois séries de mesures : remplacer les dirigeants, prévoir l'incessibilité de leurs droits sociaux ou au contraire, prévoir leur cession forcée.

b-1- Le remplacement des dirigeants.

Le tribunal peut subordonner l'adoption du plan de redressement au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants. La formule générale du texte laisse comprendre que cette mesure concerne aussi bien les dirigeants de droit que de fait.

Quant à la procédure, la doctrine fait remarquer que la rédaction du texte exprime la volonté du législateur de respecter les pouvoirs des associés³¹⁴. Le tribunal avise ces derniers de la nécessité de procéder au remplacement de tel(s) dirigeant(s), à défaut de quoi l'entreprise ne peut bénéficier d'un plan de redressement. L'éviction des dirigeants ne peut donc avoir lieu par une décision du tribunal, mais elle est l'œuvre des associés selon les règles du droit commun des sociétés.

S'agissant du fait, il est à remarquer que pour énergique qu'elle soit, cette mesure n'est généralement pas ordonnée. Les juges se réservent de s'ingérer dans la gestion de l'entreprise en évinçant des dirigeants qui ont été mis en place régulièrement. Citons à ce niveau l'arrêt de la cour d'appel de commerce de Marrakech qui a infirmé le jugement remplaçant indirectement l'équipe dirigeante, au motif que le principe demeure que la société doit être gérée par ses propres dirigeants et que leur remplacement doit rester exceptionnel³¹⁵. Généralement, les tribunaux semblent sensibles à cette mesure lorsqu'elle est décidée par la volonté sociale³¹⁶.

³¹⁴ - G. Ripert, R ; Roblot, op. cit., n°= 3079.

³¹⁵ - C.A com. Marrakech, 21 déc. 2000, arrêt n°= 761, aff. n°= 384-449/00, cité par A. Akherif (annexe), thèse préc.

³¹⁶ - Trib. com. Casablanca, 5 juil. 1999, aff. Sodeco, (inédit).

b-2- Incessibilité des droits sociaux des dirigeants.

Le remplacement des dirigeants peut s'avérer insuffisant dans la mesure où ces derniers, évincés, peuvent user de leur pouvoir d'associés et entraver les tentatives de restructuration de l'entreprise. A cet effet, le tribunal peut décider de prononcer l'incessibilité des actions, parts sociales, certificats de droits de vote qui sont détenus par eux et décider que le droit de vote y attaché sera exercé par un mandataire de justice. Le tribunal détermine la durée de cette mesure.

Cette incessibilité judiciaire est à rapprocher de celle légale découlant de l'article 650 du CCM. En effet, le jugement d'ouverture emporte une incessibilité des parts sociales, actions ou certificats d'investissement ou de droit de vote représentant les droits sociaux dans la société des dirigeants. Toutefois, le tribunal peut en décider autrement en fixant les conditions de la cession. Cette mesure qui a pour objet d'éviter que les dirigeants quittent la société en récupérant la valeur de leurs droits sociaux n'a trait qu'aux droits patrimoniaux, c'est à dire que ces derniers sont simplement privés de leur droit de disposer de leurs titres pendant la période d'observation, sauf décision contraire du tribunal et continuent, en revanche, d'exercer leur droit de vote.

L'incessibilité judiciaire dont il est question à l'article 584 permet justement au tribunal de limiter les effets des droits de vote. Le pouvoir du tribunal a dans cette optique un caractère sanctionnateur. Le vote est alors exercé par un mandataire de justice qui peut être dans le droit français, l'administrateur de la procédure. La rédaction du texte marocain met en évidence clairement que le syndic ne peut avoir une telle prérogative, si bien que le tribunal devra désigner un mandataire à cet effet. Or, le problème est connu dans notre pays s'agissant de la technique du mandat, à savoir, le défaut de personnes éligibles à cette tâche. On pense évidemment au greffier pour ce faire.

La durée de l'exercice du vote est librement fixée par le tribunal, mais ne peut vraisemblablement dépasser celle de la durée du plan ou les délais prévus pour le règlement des créanciers³¹⁷.

b-3- Cession forcée des droits sociaux.

Le tribunal dispose également d'une autre mesure, si l'incessibilité des droits sociaux ne suffit pas. Il peut dans les mêmes conditions prononcer la cession forcée des actions ou parts sociales en faveur de tiers. Le bénéficiaire pouvant donc être un repreneur qui a entendu entrer dans le capital de la société suite à l'augmentation prévue par le plan de redressement. La prise de contrôle passe ainsi des dirigeants en place à une autre équipe intéressée par l'entreprise en difficultés. Les clauses d'agrément ne peuvent se dresser contre cette mesure de redressement.

A cet égard, il est à souligner que le tribunal de commerce de Marrakech a inauguré son activité en la matière par une affaire où ce pouvoir a reçu une traduction pratique. Ainsi l'affaire « Dounia P.L.M » dont l'intérêt manifesté par les opérateurs du secteur hôtelier a été à l'origine d'offres détaillées par des candidats entendant participer à la continuation par restructuration. Le tribunal a décidé d'un plan de continuation en retenant l'offre de la société « Risma-accor » entendant l'acquisition de 51% de la société débitrice en contrepartie de l'apurement du passif admis sur une durée de dix ans³¹⁸. Cependant, la cour d'appel de commerce a infirmé ce jugement, au motif qu'il a été décidé d'une cession forcée de droits sociaux, alors que l'entreprise est capable de confronter ses difficultés par ses propres moyens sans intervention d'un tiers³¹⁹. La cour a ainsi montré implicitement son hostilité à la cession forcée en raison de son caractère brutal.

³¹⁷- G. Ripert, R. Roblot, op. cit., n°= 3079.

³¹⁸- Trib. com. Marrakech, 20 avr. 2000, aff. n°= 1/98, Rev. L'avocat, n°= 37-38, déc. 2000, p. 185.

³¹⁹- C.A com. Marrakech, 21 déc. 2000, arrêt n°= 761, aff. n°= 384-449/00, cité par A. Akherif, annexes, thèse préc.

Là encore, la cession forcée présente un caractère sanctionnateur, elle conduit à l'expropriation du dirigeant³²⁰ et à son expulsion pure et simple de la société.

Le prix de cession des parts sociales ou actions est fixé par un expert et doit être versé, selon la cour de cassation française, immédiatement³²¹. Pour garantir une cession équitable, il a été admis qu'un dirigeant a qualité pour agir en nullité de l'expertise et obtenir la désignation d'un collègue d'experts³²².

En somme, le tribunal dispose d'un pouvoir très important en matière de restructuration des sociétés, les entreprises individuelles ne pouvant encourir de telles mesures. Celles ci expriment l'un des aspects les plus remarquables de l'intervention du juge dans la vie des entreprises en difficultés. Mais ce pouvoir est d'une telle atteinte aux prérogatives des associés reconnus par le droit des sociétés que le juge semble tempérer, en fait, par un recours rarissime aux possibilités offertes³²³. L'expérience française montre également la même tendance³²⁴.

2. Rôle du tribunal dans la reconstitution de l'actif de l'entreprise.

La protection du patrimoine de l'entreprise est l'un des mécanismes prévus par la loi qui permet de contribuer au redressement. Le pouvoir judiciaire en est garant. La tâche est en effet partagée entre le juge-commissaire qui peut ordonner des mesures conservatoires et le tribunal. Ce dernier intervient d'une part en remettant en cause les actes passés par le chef de l'entreprise durant la période suspecte (a), d'autre part en prononçant les sanctions patrimoniales à l'égard des dirigeants (b).

³²⁰ - C. Saint Alary Houin, op. cit., n°= 652.

³²¹ - Cass. com. 1^{er} juillet 1997, JCP éd. E, 1998, p. 29, obs. P. Pétel.

³²² - Paris 23 janv. 1990, D. 1990, IR, 73, note B. Dureuil.

³²³ - *Infra*, p. 457.

³²⁴ - J.F. Barbiéri, L'incidence des procédures collectives sur la situation des associés, Petites Affiches 1992, n°= 61, p. 26.

a. Reconstitution par recours aux nullités de la période suspecte.

Le pouvoir du tribunal dans le cadre des nullités de la période suspecte est tantôt important, tantôt limité. En effet, comme dans l'ancienne législation³²⁵, la loi distingue entre les nullités de droit et les nullités facultatives. L'action en nullité ne peut être exercée que par le syndic (art. 685).

S'agissant des nullités de droit, le tribunal ne peut que prononcer la nullité de l'acte en question, lorsqu'il s'avère être un acte à titre gratuit effectué par le débiteur après la date de la cessation des paiements. L'article 681, alinéa 1 qui consacre la nullité de droit n'a pas repris la liste des actes qui étaient prévus par l'article 206 de l'ancien code³²⁶. Le tribunal n'a le pouvoir que de vérifier les conditions de l'action et d'annuler l'acte, il est lié.

En revanche, c'est sur le terrain des nullités facultatives qu'il jouit d'un pouvoir d'appréciation souveraine. Les conditions de l'action étant réunies, le pouvoir sanctionnateur est mis en jeu par le tribunal s'il estime que l'acte litigieux est grave et a été effectué en connaissance de la cessation des paiements. La preuve devant alors être rapportée à savoir, la fraude du débiteur aux droits de ses créanciers. Conformément à l'article 681 alinéa 2, l'appréciation du tribunal a trait aux actes à titres gratuits qui sont accomplis dans les six mois précédant la cessation des paiements. Dans ce cas, le tribunal peut annuler un tel acte sur la seule constatation de sa date³²⁷.

Le pouvoir d'appréciation du tribunal concerne également, selon les termes de l'article 682, tout acte à titre onéreux accomplis par le débiteur après la date de la cessation des paiements. Il peut en être

³²⁵- Art. 260 et s. de l'ACCM de 1913.

³²⁶- Il s'agit des actes translatifs de propriété mobilière ou immobilière, de paiements de dettes non échues, de paiements de dettes échues par des procédés non expressément autorisés et de sûretés constituées pour des dettes antérieures. Cette liste est prévue par la loi française de 1985 (art. 107).

³²⁷- Comp. M. Jeantin, op. cit. n°= 841.

ainsi, par exemple des ventes à prix dérisoire. Sont également visés tout paiement, toute constitution de garanties ou sûretés qui ne sont pas constituées antérieurement ou concomitamment à la naissance de la créance, sinon l'annulation ne peut avoir lieu comme le prévoit l'article 683 du CCM.

Ainsi, le tribunal de commerce de Meknès et la cour d'appel de commerce de Fès nous offrent l'illustration qu'a été faite de l'usage de l'article 682 du CCM. En effet, En l'espèce, la société « Maghreb-uniforme » a saisi le tribunal d'une déclaration de cessation de paiement demandant, en l'occurrence, la liquidation judiciaire, laquelle a été décidée le 29 janvier 2004 en fixant la date de la cessation des paiements à dix huit mois antérieurement au jugement d'ouverture. Le tribunal a fait droit à la demande du syndic annulant ainsi l'acte de vente de l'immeuble appartenant à la débitrice, intervenu le 11 mars 2003, c'est à dire pendant la période suspecte s'étalant du 29 juillet 2002 au jour du jugement d'ouverture³²⁸. Pour établir la suspicion de la vente, les juges ont relevé, d'abord, que l'acte en question est étranger à la gestion normale et que l'opération qui a porté sur l'immeuble sur lequel est bâti le siège de l'entreprise n'a aucune justification, mais au contraire, il a porté atteinte à la situation financière et au gage des créanciers, mais aussi au patrimoine de l'entreprise, étant donné que son actif a diminué de valeur.

Ensuite, pour repousser l'argument avancé par la société débitrice tendant à justifier la vente en question par une mesure de prévention interne, le tribunal a établi que celle-ci suppose que la cessation de paiements n'est pas encore intervenue.

Enfin, les juges n'ont pas admis l'allégation relative à la nécessité de diminuer le déficit financier à 62% grâce au prix procuré par l'opération (11 millions de dirhams) relevant que cela n'a pu améliorer la situation à la clôture de l'exercice précédant l'ouverture de la

³²⁸ - Trib. com. Meknès, 16 fév. 2006, aff. n°= 856/2004/4 (inédit).

procédure. La preuve flagrante en est la demande par la débitrice, elle même, de la liquidation judiciaire.

Ainsi, comme on peut le remarquer, aucun argument n'a pu convaincre le tribunal du caractère « normal » de l'acte. Ceci est d'autant plus vrai que l'immeuble, objet de la vente, est celui qui supporte aussi bien la construction du siège social que l'usine de fabrication.

Reprenant les termes du jugement, la cour a insisté sur le pouvoir discrétionnaire du juge en la matière et a ajouté que plusieurs indices convergeaient vers l'aspect frauduleux de l'acte. Il en est ainsi du fait que le produit de la vente n'était pas utilisé pour indemniser les salariés du fait de leur licenciement et du défaut de proposition d'une continuation. Mais surtout, la cour a mis en avant la demande de liquidation judiciaire formulée peu de temps après la conclusion de l'acte et le fait que le débiteur et l'acquéreur appartiennent au même groupe³²⁹.

Nous pensons qu'autre serait la sensibilité des juges à l'ensemble de ces arguments si la procédure avait débouché sur un plan de redressement, notamment de continuation. Dans ce cas, le caractère « normal » de l'acte aurait été facilement admis, puisque le produit de la vente aurait servi au plan d'apurement du passif.

Cet arrêt a été l'occasion de débattre d'une question à l'égard de laquelle la loi a observé le silence, celle de la prescription de l'action en nullité des actes suspects. La cour a relevé que celle-ci est exercée par le syndic, et que du moment que ce dernier est en fonction, c'est à dire que la procédure n'a pas encore été clôturée, l'action ne peut être prescrite. On doit en comprendre qu'à l'occasion d'un plan de redressement d'une durée de dix ans, la prescription de cette action est décennale.

En tout cas, qu'elles soient de droit ou facultatives, les nullités ont pour objet, comme le précise expressément l'article 685, de reconstituer l'actif de l'entreprise. C'est sur la base de cette

³²⁹- C.A com. Fès, 28 juin 2006, n°= 45, aff. n°= 17-06 (inédit).

considération que la jurisprudence française a connu une évolution en la matière. En effet, les tribunaux exigeaient, pour annuler l'acte litigieux, un préjudice pour les créanciers qui consiste en un appauvrissement du débiteur³³⁰. Désormais, l'annulation est admise même en absence d'un préjudice pour les créanciers, du moment que l'objectif de reconstitution de l'actif de l'entreprise est compromis par l'acte en question³³¹. Dans l'affaire précitée, les juges, aussi bien du premier degré que de l'appel ont mis l'accent surtout sur l'atteinte aux droits des créanciers, l'objectif du redressement n'a été évoqué que tangentiellement.

Cette reconstitution signifie, selon un auteur, que ces éléments d'actifs ne reçoivent aucune affectation *a priori*³³². Ils peuvent regagner l'actif de l'entreprise comme ils peuvent être vendus pour apurer le passif. Dans les deux cas, la règle de reconstitution qui est au demeurant, la conséquence logique de la disparition de la masse des créanciers, profite à l'entreprise et sert à son redressement.

Ainsi, on ne peut que souligner l'importance du rôle du tribunal dans le redressement de l'entreprise, puisqu'au pouvoir d'appréciation de la date de cessation des paiements et par conséquent de la détermination de la durée de la période suspecte, s'adjoint celui exercé dans le cadre des nullités et plus particulièrement celles facultatives. Ainsi, faute de connaître la date de la cessation des paiements avec précision, les tribunaux souhaitent donner à la période suspecte sa pleine expression pour élargir l'assiette des actes pouvant tomber sous le coup de la nullité et permettre ainsi d'alléger la trésorerie de l'entreprise. Cependant, les jugements réduisant la période suspecte à sa plus simple expression, voire en niant l'existence ne sont pas rares³³³.

³³⁰ - Cass. com. 8 mars 1988, Rev. proc. coll., 1988, 409, note Y. Guyon.

³³¹ - Cass. com. 16 févr. 1993, Bull. civ. IV, n°= 62, p. 41; 9 janv. 1996, *ibid*, n°= 10, p. 7.

³³² - Y. Guyon, *op. cit.*, n°= 1322.

³³³ - P.ex. Trib. com. Tanger: 16 nov. 2006, jugement n°= 16, aff. n°= 6-10/06; 9 nov. 2006, jugement n°= 673, aff. n°= 1-10/05; 30 juin 2005, jugement n°= 756, aff. n°= 3-10/05; 29 sep. 2005, jugement n°= 975, aff. n°= 32-10/05; 9 oct. 2004, jugement n°= 835, aff. n°= 9-10/04; 14 juil. 2004, jugement n°= 816, aff. n°= 8-10/04, cités par N. Laârej, La cessation des paiements et sa problématique, REMADAE, oct. 2007, n°= 13, p. 135.

b. Reconstitution par le recours à l'action en comblement du passif.

A côté de la responsabilité civile qui peut être exercée dans le cadre du droit commun, le CCM, à travers l'article 704, a prévu une action spécifique permettant au tribunal qui relève une insuffisance d'actif due à une faute de gestion, de condamner le dirigeant de la société à combler tout ou partie du passif.

Retenons à ce niveau que les pouvoirs du tribunal s'expriment sous plusieurs aspects. Tout d'abord, il peut se saisir d'office, et c'est le tribunal de la procédure qui est compétent³³⁴. La concentration des pouvoirs entre les mains de ce dernier permet de mettre facilement en jeu la responsabilité des dirigeants, le tribunal ayant déjà une connaissance de l'affaire. Ensuite, il dispose d'une appréciation discrétionnaire quant aux dirigeants concernés, en ce sens qu'il peut les condamner tous ou certains d'entre eux, solidairement ou non. Enfin, le tribunal est souverain quant à la détermination du montant de la réparation qui ne doit, en l'occurrence, être supérieur à celui de l'insuffisance d'actif. Cette exigence consacrée par la jurisprudence montre la vertu réparatrice de l'action en comblement du passif³³⁵. Le tribunal jouit donc d'un pouvoir modérateur qui lui permet d'adapter le montant de la réparation en fonction des circonstances.

Afin de dissuader les dirigeants pour combler le passif mis à leur charge, l'article 705 de la loi a prévu une sanction obligatoire en cas de défaillance de ces derniers, celle de leur mise en redressement judiciaire. Le tribunal doit procéder à la prononciation de cette sanction, si bien qu'il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, comme en France, où cette sanction est désormais facultative³³⁶.

En cas de versement des sommes pour lesquelles les dirigeants ont été condamnés, celles-ci regagnent, conformément à l'alinéa 3 de

³³⁴ - Art. 566, al. 2 du CCM.

³³⁵ - Cass. com. 23 janv. 1996, D. 1996, IR., 132.

³³⁶ - Art. 181 de la loi de 1985.

l'article 704 de la loi, le patrimoine de l'entreprise et leur destination diffère selon la solution retenue par le tribunal. En cas de continuation, elles sont affectées selon les modalités prévues par le plan, mais réparties entre tous les créanciers (chirographaires ou titulaires de sûretés) au marc le franc en cas de cession ou de liquidation.

B. L'ampleur du rôle du juge dans le choix de la solution.

Le choix de la solution à adopter par le tribunal est certes un apport nouveau de la nouvelle loi, marquant ainsi une rupture radicale avec le passé. Désormais, les créanciers n'ont pas une emprise sur le sort de l'entreprise qui est scellé par le tribunal de commerce (1). En appréciant les éléments qui guident son choix, le tribunal exerce en fait un pouvoir économique (2).

1. Le pouvoir du tribunal de sceller le sort de l'entreprise.

Sous l'empire de l'ancien code de commerce, les créanciers jouaient un rôle de premier plan dans le redressement de l'entreprise, à travers le concordat. En effet, l'article 256 du code de 1913 (réforme du 10 février 1951) donnait au juge-commissaire le pouvoir d'organiser le déroulement du concordat. La préparation du plan était l'œuvre du débiteur, mais avant de l'exposer devant la masse des créanciers, ceux-ci entendaient le rapport de leur représentant décrivant la situation. Le concordat ne peut avoir lieu qu'à une double condition : présence d'une majorité en nombre des créanciers dont la créance a été admise et que cette majorité détienne un minimum des deux tiers du total des créances³³⁷. Le rôle du tribunal se limitait à l'homologation du concordat et ne pouvait en aucun cas l'imposer.

Le droit marocain n'a pas connu une évolution concernant cet aspect de la question, alors que le droit français est passé par une phase intermédiaire. En effet, dans le régime de l'ordonnance du 23 septembre 1967, on a assisté à une ébauche du déclin du rôle des créanciers dans la

³³⁷ - Voir sur la question en général, A. Squalli, op. cit, p. 190 et s. ; C. Sbaï, op. cit. p. 557 et s.

préparation du redressement de l'entreprise, puisque le tribunal arrêta le plan au mépris de l'accord de ces derniers³³⁸. Mais ce pouvoir n'était pas exercé systématiquement, car il s'appliquait uniquement aux entreprises de grande dimension qui n'étaient pas encore en cessation des paiements.

Avec la loi de 1985 et à travers elle le code de commerce de 1996, le tribunal devient l'organe qui décide à la place des créanciers du sort de l'entreprise. L'article 590 dispose que « ...le tribunal décide soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession, soit la liquidation judiciaire ». Le choix de la solution est désormais un monopole du tribunal. Certes, le syndic joue un rôle très important puisqu'il est l'organe qui prépare le bilan financier, économique et social et propose la solution qui lui paraît adéquate, mais le tribunal, n'est nullement lié par ses propositions³³⁹, il décide en toute souveraineté au vu du rapport de ce dernier et des auditions du chef de l'entreprise, des contrôleurs et des délégués du personnel. Ce faisant, il exerce un pouvoir plus économique que juridique.

2. Manifestations du pouvoir économique du tribunal dans le choix de la solution.

Il s'agit là de l'un des volets les plus importants dans l'expression du pouvoir du juge en matière de procédures de traitement des difficultés de l'entreprise. En raison de l'importance de cette question, nous lui avons consacré un développement particulier dans la deuxième partie³⁴⁰. Signalons, tout de même, que le pouvoir du tribunal se manifeste d'abord dans le choix de la solution, lequel n'est guère exempt de difficultés (a) puis, dans les moyens de réalisation de la décision adoptée (b).

³³⁸ - F. Terré, Droit de la faillite ou faillite du droit, Rev. jurisp. com. 1991, 25.

³³⁹ - C.A com. Casablanca, 20 janv. 2000, n°= 150/2000, cité par A. Abbad, thèse préc. p. 21.

³⁴⁰ - Voir infra, p. 491.

a. Options du tribunal et difficultés rencontrées par le juge.

A l'issue de la période d'observation, si le tribunal ne décide pas de la liquidation judiciaire immédiate, il doit juger de la solution à prendre à l'égard de l'entreprise. En décrivant des situations dont la caractérisation fait appel à une multitude d'indices, le législateur s'est remis au pouvoir d'appréciation des juges œuvrant collégalement, afin de décider de façon opportune.

Ainsi, le tribunal peut décider de liquider l'entreprise s'il estime qu'elle est en situation irrémédiablement compromise. Dans l'absence d'une définition d'une telle notion, le tribunal est appelé à déterminer les éléments qui révèlent une situation où toute tentative de redressement est vouée à l'échec. Il en est ainsi, par exemple, en cas de cessation d'activité³⁴¹, de perte des trois quart du capital social avec impossibilité de reconstitution³⁴².

Le tribunal peut également décider d'un plan de redressement s'il lui apparaît que l'entreprise n'est pas dans une situation d'impasse. Son pouvoir d'appréciation lui permet de retenir un plan de continuation lorsqu'il existe des possibilités sérieuses de redressement et de règlement de passif. Il a également le pouvoir d'arrêter un plan de cession en présence d'une offre de nature à maintenir l'activité et l'emploi³⁴³.

La difficulté se rencontre en présence de deux projets de plan : continuation et cession. Le tribunal se trouve alors dans une situation embarrassante, dans la mesure où l'appréciation des éléments de partage n'est pas aisée à faire. En fait, le plan de continuation semble la solution préférée parce qu'elle permet d'éviter « l'expropriation du débiteur »³⁴⁴ en le maintenant à la tête de son entreprise, alors que la

³⁴¹ - Trib. com. Rabat, 27/01/1999, aff. Innova-confection, préc.

³⁴² - Trib. com. Rabat, 12/07/2000, aff. Espace Télécommunication, préc.

³⁴³ - Art. 603 du CCM.

³⁴⁴ - C. Saint Alary Houin, op. cit., n°= 834.

cession présente le risque d'un défaut de continuité, surtout lorsque le repreneur est un concurrent.

La jurisprudence française a pris le soin, dès les premières années de l'application de la loi de 1985, de préciser qu'il n'y a pas à établir une hiérarchie entre les deux plans et que le choix de la solution doit se faire en se référant aux trois objectifs : sauvegarde de l'entreprise, maintien de l'activité et de l'emploi et apurement du passif³⁴⁵. Ainsi, ce n'est pas parce qu'un plan de continuation ne peut être retenu que le tribunal est tenu d'arrêter un plan de cession, lorsqu'une offre de reprise est éventuellement présentée³⁴⁶. Cependant, certaines juridictions semblent se prononcer en faveur d'un plan de continuation même en présence d'offres de cession³⁴⁷.

Il semble que c'est cette dernière tendance qui prévaut dans le contexte marocain. Les juridictions semblent être plus sensibles à la continuation qu'à la cession lorsque les deux alternatives coexistent. La cour d'appel de commerce de Marrakech a été claire à ce sujet quand elle a fait relever que le plan de continuation est la première solution citée par l'article 560 de la loi, et qui permet le maintien de l'activité et de l'emploi, la cession ou la liquidation judiciaire ne peuvent être retenues que si les difficultés ne sont pas susceptibles d'être aplanies par le chef de l'entreprise lui-même³⁴⁸. Par ailleurs, très rares sont les offres de reprise pour que le juge en soit embarrassé³⁴⁹.

Le tribunal a également le pouvoir d'adopter des solutions moins catégoriques. Il peut par exemple retenir une cession de certaines

³⁴⁵ - Paris, 21 mai 1987, Gaz. Pal. 1987, p. 680, note J. de Guillenchmidt et J.P. Marchi ; Amiens, 17 nov. 1987, Petites affiches 1988, n°= 74, p. 5, note F. Macorig- Venier ; Versailles, 23 avr. 1992, D. 1994, som. 6.

³⁴⁶ - Cass. com. 25 juin 1991, D., 1994, som. Com. 6.

³⁴⁷ - Amiens, 4 déc. 1992, Rev. proc. coll. 1994, obs. B. Soinne.

³⁴⁸ - C.A com. Marrakech, 21 déc. 2000, arrêt n°= 761, aff. n°= 384-449/00, cité par A. Akherif, Le nouveau rôle du juge en droit marocain de traitement des difficultés de l'entreprise, thèse Oujda (annexes p.1).

³⁴⁹ - Infra, p. 558.

branches d'activité dans le cadre du plan de continuation³⁵⁰ ou décider de liquider des biens dans le cadre du plan de cession³⁵¹. Ce panachage de solutions montre la souplesse des dispositions législatives et la volonté d'assurer le redressement des entreprises en utilisant tous les moyens pour ce faire. Mais il reste qu'en général ces différentes possibilités ne sont exploitées que si elles sont préparées au préalable dans un cadre consensuel avant même qu'une saisine du tribunal n'ait eu lieu. La pratique actuelle montre qu'on est encore loin de ces montages de redressement.

b. Fixation des moyens de réalisation du plan.

Le pouvoir du tribunal n'est pas limité à l'arrêté du plan, mais s'étend également aux modalités de sa réalisation, lesquelles diffèrent selon qu'il s'agit d'une continuation ou d'une cession.

b-1- Détermination des modalités de réalisation du plan de continuation.

Le tribunal détermine la durée du plan de continuation, tout en respectant la limite légale de dix ans (art. 596). En retenant arbitrairement ce maximum, le législateur n'a pas voulu voir des plans s'éterniser aux dépens des créanciers. Cependant qu'en est-il des légers dépassements si le redressement paraît se réaliser ? Les juges semblent respectueux de la volonté législative. Ainsi, la demande d'extension de la durée du plan au-delà de 10 ans a été refusée, eu égard au caractère impératif de la disposition de l'article 596 du CCM³⁵².

De même, pour garantir la réalisation du plan de continuation, le tribunal a la possibilité de prononcer l'inaliénabilité, pour une durée qu'il détermine, de certains biens qu'il estime indispensables à l'activité de l'entreprise (art. 594). La pratique montre que l'inaliénabilité des

³⁵⁰- Art. 592 du CCM.

³⁵¹- Art. 603 du CCM.

³⁵²- Trib. com. Meknès, 12 mai 2005, aff. n°= 6/05/12 (inédit).

biens est quasi-systématique dans les plans de continuation³⁵³. Les biens concernés ne peuvent alors être vendus qu'avec son autorisation. Ceci permet au tribunal d'adapter le plan aux changements éventuels des nécessités de l'entreprise.

S'agissant du passif, le tribunal en fixe les modalités d'apurement et statue sur les remises et les délais de paiements qui ont dû être consentis par les créanciers lors de leur consultation. Pour les créanciers récalcitrants, le tribunal impose des délais uniformes, tout en respectant pour les créances à terme, les délais supérieurs stipulés par les parties avant l'ouverture de la procédure³⁵⁴. Dans le même sens, après avoir posé le principe en vertu duquel le tribunal donne acte des délais et remises accordées, l'article 589 du CCM a ouvert la possibilité pour ce dernier de réduire ces délais et remises. Il s'agit d'une faveur que le tribunal peut accorder aux créanciers qui ont manifesté leur volonté de contribuer au redressement de l'entreprise, cependant une telle initiative risque de compromettre le redressement et doit donc demeurer exceptionnelle³⁵⁵. Par ailleurs, nous ne pensons pas que le tribunal pourrait procéder de la sorte étant donné que le souci majeur qui le préoccupe durant toute la procédure est d'arracher le maximum de concessions pour aboutir au redressement.

Les pouvoirs du tribunal sont donc tellement importants que la loi a entendu limiter pour ne pas conduire à un sacrifice des créanciers au bonheur du débiteur. Outre le fait qu'elle a fixé un plafond pour la durée du plan, elle a précisé que le premier paiement doit intervenir dans le délai d'un an à compter du jugement d'ouverture. Le tribunal n'a pas donc la faculté d'accorder à l'entreprise des périodes de franchise.

³⁵³ - P. ex. Trib. com. Meknès, 14 sep. 2006, jugement n°= 48, aff. n°= 49-06/6 ; 23 mars 2006, n°= 19, aff. n°= 13-06/6 ; 16 mars 2006, n°= 17, aff. n°= 6-06/6 ; Trib. com. Tanger, 10 janv. 2005, aff. n°= 27/19/2004 ; Trib. com. Casablanca, 1^{er} oct. 2001, n°= 277/2001 (inédits).

³⁵⁴ - P. ex. Trib. com. Casablanca, 14 oct. 2002, jugement n°= 408/2002, aff. n°= 287/2002/10, REMADAE, janv. 2004, n°= 4, p. 145. Voir les développements de cette question p. 520 et s.

³⁵⁵ - On n'a pas manqué de souligner le caractère naïf de cette disposition. Y. Guyon, op. cit., n°= 1265.

De même, si le tribunal décide d'un paiement progressif, le montant annuel ne peut être inférieur au vingtième du montant total retenu par le plan.

Dans la même optique et d'une façon générale, aménageant le principe du caractère obligatoire du plan, le tribunal jouit de la prérogative de modifier les objectifs et les moyens du plan lorsqu'il en est saisi par le chef de l'entreprise, sur rapport du syndic³⁵⁶.

b-2- Détermination des modalités de réalisation du plan de cession.

Le tribunal dispose d'un pouvoir très important en matière de réalisation du plan de cession, il ne se borne pas à homologuer un accord de cession, mais il l'ordonne et prend toutes mesures pour garantir l'exécution du plan dans les conditions qui permettraient de répondre aux objectifs tracés par la loi. Toutefois, le risque d'une inexécution du plan de cession n'est pas moindre, le tribunal peut recourir à un auxiliaire de justice en attendant de décider de la solution définitive.

b-2-1- Mesures garantissant l'exécution du plan de cession.

Outre le fait qu'il peut ordonner une cession globale ou partielle, le tribunal a le pouvoir d'imposer certaines mesures pour lever les obstacles éventuels. Tout d'abord, il prend actes des engagements souscrits par le repreneur. En arrêtant le plan, il ordonne au syndic de passer les actes nécessaires pour la réalisation du plan.

Mais le rôle du tribunal est plus dynamique lorsqu'il s'agit de déterminer les contrats de crédit-bail, de location ou de fournitures de biens ou services qu'il juge nécessaires au maintien de l'activité et d'en exiger la cession forcée (art. 606 du CCM). Ce pouvoir est tellement important que les contrats déterminés par le tribunal ne sauraient être remis en cause par le repreneur. Le choix du tribunal est alors

³⁵⁶- Voir pour illustration C. A com. Fès, 23 avr. 2003, arrêt n°= 20, aff. n°= 24/03 (inédit).

irrévocable³⁵⁷ et le cessionnaire ne pourrait interjeter appel du plan de cession au prétexte qu'il s'est vu imposer des engagements qu'il n'a pas consentis. C'est ainsi que les juges ont refusé au repreneur la résolution d'une partie de contrats de travail et la conclusion d'autres à partir de la date de cession³⁵⁸. Le choix du tribunal des contrats faisant l'objet d'une cession doit être clair et précis, si bien que seuls les contrats désignés dans le jugement sont concernés par le plan.

Les contrats en cours ne sont pas cédés automatiquement s'ils ne sont pas mentionnés dans le plan. Cependant, en raison de la baisse de la productivité ou l'arrêt temporaire de l'activité, le tribunal peut insister uniquement sur les contrats de première nécessité : loyer, abonnement à l'eau et à l'électricité, assurance, etc³⁵⁹.

Pour garantir une bonne exécution du plan, le tribunal peut, après avoir entendu ou dûment appelé le contractant, imposer des délais de paiement concernant les échéances restant dues à compter du transfert de la propriété des biens grevés.

Le tribunal a également le pouvoir d'affecter une quote-part du prix de cession à chacun des biens grevés d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence³⁶⁰.

De même, comme dans le plan de continuation, le tribunal a le pouvoir d'assortir, pour une durée qu'il détermine, le plan de cession d'une clause d'inaliénabilité de tout ou partie des biens, le jugement énumérant ces biens (art. 611 du CCM). Cette possibilité exprime le souci du pouvoir judiciaire d'entraver les projets de liquidation sous le couvert d'une cession.

³⁵⁷- C. Saint Alary Houin, op. cit. n°= 960.

³⁵⁸- Trib. com. Fès, 23 nov. 2006, n°= 80/06, aff. n°= 10-10/2004, cité par B. Majdoubi, Attitude des tribunaux marocains face aux difficultés des entreprises, Rapport de stage pour l'obtention du Master en Droit des affaires, 2012, p. 150.

³⁵⁹- P. ex. Trib. com. Meknès, 17 mai 2007, n°= 19, aff. n°= 9-07/6 (Voir Annexes, p.).

³⁶⁰- Trib. com. Meknès, 3 mai 2007, n°= 16, aff. n°= 06-07/6 (inédit).

b-2-2- Pouvoirs du tribunal en cas d'inexécution du plan.

En cas de non paiement du prix de cession, le tribunal désigne un mandataire comme il peut prononcer la résolution du plan. L'article 614 du CCM prévoit qu'en cas de non paiement du prix de cession, le tribunal peut, d'office, à la demande du syndic ou tout intéressé, nommer un administrateur spécial. Il lui détermine une mission pour une durée qui ne peut excéder trois mois. Le rôle de l'administrateur n'est pas de contraindre le cessionnaire à honorer son obligation de payer le prix, le tribunal peut simplement le charger d'une mission de gestion dans l'attente d'une solution. L'intervention de cet auxiliaire de justice est donc de faible portée, d'autant plus que la durée pour laquelle il peut être nommé est très courte. La rareté de la cession fait que les tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion d'user couramment de l'article 614 du CCM.

La jurisprudence française a eu à préciser quelques points quant au rôle de l'administrateur *ad-hoc*. Ainsi, il a pour mission de gérer l'entreprise du cédant³⁶¹ et non celle du cessionnaire, sauf si les deux activités sont étroitement liées³⁶². Il a également la possibilité de poursuivre les actions en cours au moment où le commissaire à l'exécution du plan a terminé sa mission. L'administrateur *ad-hoc* est également recevable pour demander la résolution du plan.

Le tribunal a également le pouvoir, en vertu de l'article 613 du CCM, de se saisir d'office ou à la demande du syndic ou d'un créancier pour prononcer la résolution du plan pour inexécution de ses engagements par le cessionnaire. La formule générale de cette disposition inclut toute sorte d'inexécution y compris le défaut de paiement du prix. Le tribunal dispose en effet d'un pouvoir de surveillance du plan, puisque le cessionnaire est tenu de rendre compte au syndic de l'exécution du plan à l'issue de chaque exercice suivant la cession.

³⁶¹- Agen 2 mars 1989, Juris data, Doc. 045326.

³⁶²- Cass. com. 28 fév. 1995, Rev. proc. coll. 1995, 182, obs. B. Soinne.

C. Le pouvoir sanctionnateur du tribunal.

Le pouvoir sanctionnateur du tribunal est consacré par les articles 702 à 710 du CCM. Il consiste à prononcer des sanctions patrimoniales à l'encontre des dirigeants responsables du dépérissement de la situation (1). Les règles de poursuite de ces derniers sont les mêmes, quelque soit le fait qui leur est reproché (2).

1. Mise en jeu de la responsabilité des dirigeants.

Contrairement à l'entreprise individuelle caractérisée par la soumission des biens personnels du débiteur et des biens affectés à son commerce à la procédure collective, l'entreprise sociétaire projette le voile de la personne morale pour mettre à l'abri le patrimoine des dirigeants qui ne sont tenus, en principe³⁶³, qu'à hauteur de leurs apports. Le droit français a réagi à cette situation préjudiciable pour le crédit³⁶⁴, afin d'atteindre les dirigeants responsables³⁶⁵. S'inspirant de l'expérience française, le CCM a retenu deux sortes de sanctions pécuniaires, l'obligation de combler le passif social (a) et l'extension du redressement aux dirigeants (b). Mais le pouvoir sanctionnateur du tribunal s'étend à une sanction professionnelle, celle de la déchéance commerciale (c).

a. L'obligation de combler le passif social.

L'action en comblement du passif est l'une des manifestations de la responsabilité civile des dirigeants qui devront répondre de leur gestion envers la personne morale qu'ils dirigent. Les pouvoirs du tribunal sont des plus amples, puisqu'il peut se saisir d'office. Ensuite, son pouvoir souverain lui permet d'apprécier discrétionnairement les

³⁶³- Une exception est faite pour les associés de la SNC et des commandités qui sont tenus indéfiniment et solidairement.

³⁶⁴- Voir pour plus de détails N. Fadel- Raad, L'abus de la personnalité morale, thèse Paris, 1991.

³⁶⁵- Ainsi l'action en comblement du passif a été créée par la loi du 16 novembre 1940 pour les SA et par le décret du 9 août 1953 pour les SARL.

conditions de l'action, la sanction appropriée et les personnes qui en font l'objet.

S'agissant des conditions, on retrouve les éléments consacrés par le droit commun de la responsabilité civile, lesquels acquièrent un aspect particulier en raison du contexte dans lequel ils s'expriment, d'où la faute, le préjudice et le lien de causalité. Mais avant tout, il est nécessaire de rappeler l'évidence de la condition relative à l'existence d'une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise. Ainsi, le tribunal doit constater l'existence de l'insuffisance d'actif, dès l'ouverture de la procédure. Le préjudice devant en effet être lié à l'exploitation antérieure au jugement d'ouverture et non à la continuation de celle-ci en période d'observation³⁶⁶.

Ensuite, le tribunal doit relever une faute de gestion qui serait commise par les dirigeants. L'absence d'une définition légale de cette notion laisse au tribunal un large pouvoir d'appréciation. La cour d'appel de commerce de Marrakech a décidé qu'elle peut consister non seulement dans une gestion défectueuse ou d'une négligence, mais aussi dans une simple violation de la loi ou encore des statuts de la société. Ainsi, en est-il du défaut de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal et la continuation de l'exploitation d'une façon abusive³⁶⁷. Il a été également établi que la fraude réside dans une incompétence professionnelle du dirigeant ou une mauvaise foi de sa part et il suffit d'un manquement, mineur soit-il, en matière de gestion³⁶⁸.

A titre de comparaison, le juge français a retenu comme faute de gestion, la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire dans l'intérêt des dirigeants³⁶⁹, la conclusion d'accords ruineux pour la société³⁷⁰, des

³⁶⁶- Cass. com. 5 déc. 1985, Rev. soc. 1985, p. 464, note, Honorat.

³⁶⁷- C.A com. Marrakech, 6 fév. 2002, arrêt n°= 8/02, aff. n°= 15/99, G.T.M n°= 92, janv-fév. 2002, p. 212 et s.

³⁶⁸- Trib. com. Agadir, 21 fév. 2012, n°= 22, aff. 410/34/10 (inédit).

³⁶⁹- Cass. com. 8 oct. 1996, JCP 1997, E, II, 917, note J. Daigre.

³⁷⁰- Com. 11 juil. 1995, JCP 1995, E, II, 22549, note D. Gibirila.

investissements importants sans prévision de financement à long terme³⁷¹, etc....

Enfin, le tribunal doit mettre en évidence le lien de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif. Dans l'affaire précitée, les juges de Marrakech ont précisé que le lien de cause à effet est établi, dès lors que l'insuffisance d'actif n'aurait pas été produite si un redressement a pu intervenir en temps utile en déclarant la cessation des paiements dans le délai légal.

Le pouvoir du tribunal se caractérise également par une appréciation tant, du montant de la condamnation que de l'imputation de la responsabilité aux personnes concernées. En ce qui concerne le montant de la réparation, l'appréciation discrétionnaire trouve sa limite dans le fait qu'elle ne peut dépasser le montant de l'insuffisance de l'actif ou de l'accroissement du passif. Toutefois, l'insuffisance d'actif peut ne pas être connue avec exactitude au moment où le tribunal se trouve saisi, la condamnation peut dans ce cas être provisionnelle, puis majorée une fois le montant de l'insuffisance d'actif est déterminé si la loi ou le statuts prévoient une succession³⁷².

Pour ce qui est des personnes concernées, le juge peut décider que le montant de la sanction soit supporté en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou seulement certains d'entre eux. Plus encore, la cour de cassation française a décidé qu'en cas de décès du dirigeant, la sanction peut être supportée par ses héritiers³⁷³.

b. Le prononcé du redressement judiciaire des dirigeants fautifs.

L'extension du redressement judiciaire aux dirigeants est prévue par deux dispositions. Tout d'abord, conformément à l'article 705 du CCM, le tribunal doit prononcer cette sanction à l'égard des dirigeants

³⁷¹ - Com. 19 mars 1996, JCP 1996, E, I, 3960, obs. P. Pétel.

³⁷² - Y. Guyon, op. cit., n°= 1373.

³⁷³ - Cass. com. 6 fév. 1976 et 9 mai 1982, cité par F. Lemeunier, *in* Entreprises en difficultés, Encycl. Delmas, 1995, p. 206.

condamnés à combler tout ou partie du passif social et qui refusent de s'acquitter de cette dette. Le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation, il est lié.

La deuxième hypothèse est celle prévue par l'article 706 qui énumère sept cas constituant des faits positifs dont la commission justifie la sanction. Il en est ainsi lorsque le dirigeant a disposé des biens de la société comme des siens propres ou lorsque sous le couvert de la société masquant son agissement, a fait des actes de commerce dans un intérêt personnel. Ainsi, il a été décidé que la poursuite de l'exploitation pour les besoins de la liquidation, sans autorisation du tribunal constitue une disposition de l'entreprise comme un bien personnel³⁷⁴.

Le troisième cas est celui qui consiste pour le dirigeant de faire des biens ou du crédit de la société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement. Ce cas constitue également un délit d'abus de biens sociaux réprimé par le droit des sociétés³⁷⁵. La sanction est également encourue par le dirigeant qui aurait poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements. Il en est de même du dirigeant qui a failli aux obligations comptables tel qu'il s'est abstenu de tenir une comptabilité conforme aux règles légales ou d'avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la société ou encore d'avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière. Enfin, la sanction est encourue par le dirigeant pour avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif.

³⁷⁴ - C.A. com. Casablanca, 8 juin 2007, n°= 3187/2007, aff. n°= 528/07/11 (inédit).

³⁷⁵ - Il est prévu par le n°= 3 de l'article 384 de la loi sur la SA et l'article 107 de la loi sur les autres formes de sociétés. Voir sur l'abus de biens sociaux, H. MAGHRAOUI, L'abus de biens sociaux, conférence sous la direction du Pr. A. Squalli, D.E.S.A droit des affaires, 2001, Fès.

Les faits montrent que ce sont les infractions relatives à la tenue de la comptabilité qui sont les plus fréquentes³⁷⁶. Il n'est pas rare que le chef de l'entreprise n'en détienne aucune³⁷⁷ ou qu'elle ne soit guère conforme aux prescriptions légales³⁷⁸. L'établissement d'états de synthèse fictifs, de sorte que ceux déposés auprès de l'administration fiscale ne correspondent pas à la comptabilité réelle n'est pas un fait rare³⁷⁹.

Plus souvent, l'irrégularité de la comptabilité n'est que le reflet de la gestion irrégulière de l'entreprise, elle exprime d'autres faits qui sont en l'occurrence sujets à sanction. Comme on l'a montré, à propos d'une espèce, les faits commis par le dirigeant ne tiennent pas uniquement à une irrégularité isolée, mais ils rentrent, dans leur ensemble, dans l'énumération de l'article 706³⁸⁰.

D'autre part, à analyser les décisions judiciaires, on rencontre souvent dans le rappel des faits que les dirigeants ont poursuivi l'exploitation d'une façon abusive, surtout que les sociétés qui perdent partiellement leur capital ne procèdent pas systématiquement à sa reconstitution, conformément aux prescriptions en vigueur³⁸¹. L'article 706 n°=4 précise que la sanction ne peut être prononcée que si l'exploitation abusive est conduite dans un intérêt personnel. Cette condition peut revêtir différents aspects. Ainsi, le transfert de fonds au compte personnel du dirigeant, en dépit de l'interdiction du chéquier a été considéré comme un abus favorisant l'intérêt personnel³⁸². Cependant, le tribunal de commerce de Marrakech a présumé l'intérêt

³⁷⁶ - Infra

³⁷⁷ - P. ex. C.A com. Casablanca, 18 janv. 2008, n°= 211/2008, aff. n°= 4621/07/2011 ; Trib. com. Casablanca, 2 juillet 2007, n°= 174/2007, aff. n°= 337/10/03 (inédits).

³⁷⁸ - P. ex. Trib. com. Meknès, 28 juin 2005, n°= 27, aff. n°= 62-2000/6 ; Trib. com. Meknès, 26 mai 2005, n°= 27, aff. n°= 62-2004/6, (inédits).

³⁷⁹ - Trib. com. Marrakech, 27 juin 2001, n°= 34-01, Rev. L'avocat, n°= 41, mai 2002, p. 247.

³⁸⁰ - Trib. com. Casablanca, 3 juil. 2000, n°= 177/2000, aff. n°= 9176/99/10, G.T.M sep-oct. 2000, n°= 84, p. 208.

³⁸¹ - P. ex. Trib. com. Tanger, 17 juin 2014, n°= 13/19/13, Le journal de tanger, 19 sep. 2014 ; Trib. com. Agadir, 21 fév. 2012, n°= 22, aff. n°= 411/34/10 (inédit).

³⁸² - C.A. com. Fès, 13 avr. 2011, n°= 12, aff. n°= 67.2009, Recueil jurisp. C.A. com de Fès ; Trib. com. Oujda, 28 oct. 2009, aff. n°= 06/2007 (inédit).

personnel en relevant que ceci est constitué faute pour le dirigeant d'entreprendre la reconstitution du capital³⁸³. Certes, le défaut de reconstitution du capital est une négligence de la part du dirigeant, mais elle ne présume pas forcément de l'existence d'un intérêt personnel. Comme on l'a fait observer, le tribunal aurait pu, par exemple, vérifier si le dirigeant continuait à percevoir sa rémunération, malgré le cumul du passif³⁸⁴.

Par ailleurs, l'extension de la procédure aux dirigeants pour faute présumée prévalait dont le système français sous l'empire de la législation de 1967. Avec l'avènement de la loi de 1985, la responsabilité ne peut être engagée que pour faute prouvée. Au Maroc, en dépit de cette décision, la jurisprudence dominante est de n'étendre la procédure aux dirigeants que si la faute a été rapportée. Comme illustration, la cour d'appel de commerce de Marrakech a écarté la demande d'extension de la procédure au dirigeant, au motif qu'il n'a pas été prouvé que celui-ci ait commis une faute de gestion ou qu'il ait agi dans son intérêt personnel³⁸⁵. La même attitude a été prise quand il n'a pas été prouvé que la personne en question n'est pas un dirigeant de droit ou de fait³⁸⁶. La cour de cassation, à son tour, exige que l'intérêt personnel soit caractérisé, prouvé et nullement présumé³⁸⁷. De même, si les irrégularités concernant la comptabilité ont été corrigées avant l'instance de l'appel, il n'ya pas lieu de sanction³⁸⁸.

La preuve peut être déduite d'un aveu implicite du dirigeant. Par exemple, l'intérêt personnel a été prouvé par le chef de l'entreprise qui a affirmé en chambre de conseil qu'il exploite le siège social en habitation afin de limiter les dépenses, lequel argument a été repoussé par les

³⁸³- Trib. com. Marrakech, 30 août 2002, n°= 385/2002, aff. n°= 325/2002/10, REMADAE, n°= 5, mai 2004, p. 163.

³⁸⁴- A. El Hammoumi, note sous la décision précitée, REMADAE, n°= 7, janvier 2005, p. 17 à 19.

³⁸⁵- C.A com. Marrakech, 2 mars 2004, n°= 212, www. Justice. gov. ma/ar/législation/24.aspx, 25 sep. 2012.

³⁸⁶- C.A. com. Marrakech, 21 mars 2007, n°= 232, aff. n°= 21/2007 (inédit).

³⁸⁷- C. Cass. 7 oct. 2009, n°= 1904, aff. n°= 1140/3/1/2006.

³⁸⁸- C.A com. Fès, 19 avr. 2006, t n°= 32, aff. n°= 51/05, (inédit).

juges qui font relever qu'il s'agit bel et bien d'une disposition des biens de l'entreprise à des fins personnelles³⁸⁹.

L'extension du redressement judiciaire est une sanction plus grave que l'obligation au passif social, raison pour laquelle le législateur l'a insérée dans des cas précis. Le tribunal est donc appelé à une interprétation restrictive des dispositions en question. La gravité de cette sanction fait que le tribunal ne dispose pas d'un grand pouvoir d'appréciation, contrairement à l'action en comblement du passif.

c. La déchéance commerciale.

Il s'agit d'une nouveauté introduite par le CCM, contrairement à l'ancien dispositif de 1913 et de la législation française qui est restée fidèle à l'institution ancienne de la faillite personnelle qui est-elle même une sorte de déchéance³⁹⁰. Les faits justificatifs de la déchéance commerciale sont nombreux et peuvent concerner aussi bien le dirigeant d'une société que l'entrepreneur individuel et ses effets sont des plus drastiques sur la vie du commerçant.

c-1- Faits justificatifs de la déchéance.

Les faits justifiant la déchéance sont prévus par les articles 712 à 715 du CCM, ils concernent soit l'entrepreneur individuel ou les dirigeants d'une société, soit les deux en même temps. S'agissant du premier, les faits consistent, selon l'article 712, dans la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire conduisant à la cessation des paiements ou dans l'omission de tenir une comptabilité conforme aux dispositions légales ou dans le fait de faire disparaître tout ou partie des documents comptables, ou encore dans le détournement ou la dissimulation de tout ou partie de l'actif ou l'augmentation frauduleuse du passif. Généralement, ces faits sont parfois commis d'une façon cumulative.

³⁸⁹ - C.A com. Casablanca, 11 nov. 2002, arrêt n°= 442/2002, aff. n°= 371/2002/10, cité par Y. Melhaoui, *in* Les effets de l'inexécution du plan de continuation, REMADAE, n°= 11, oct. 2006, p. 83.

³⁹⁰ - Art. 185 et s. de la loi de 1985.

Souvent, l'augmentation frauduleuse du passif se traduit par une irrégularité comptable, si bien que la personne concernée continue l'exploitation en cumulant un passif considérable qui ne peut conduire qu'à la cessation des paiements³⁹¹.

S'agissant des dirigeants d'une société commerciale, la déchéance est encourue, selon l'article 713, s'il a été commis l'un des faits prévus par l'article 706 justifiant l'extension de la procédure et conformément à l'article 715, si les personnes concernées ne s'acquittent pas du paiement du passif mis à leur charge dans le cadre de l'action en comblement du passif. La déchéance est conçue dans ce cas comme sanction à la recalcitrance du dirigeant³⁹².

Enfin, il existe des faits qui justifient la déchéance commerciale qu'ils soient commis par l'entrepreneur individuel ou le dirigeant. Il s'agit, d'après l'article 714 d'avoir exercé, en dépit d'une interdiction, une activité commerciale ou artisanale ou dirigé ou administré une société commerciale, d'avoir intentionnellement effectué des achats en vue d'une revente au dessous des cours ou usé de moyens ruineux pour se procurer de fonds afin d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure. De même, il s'agit d'avoir souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ou d'avoir omis de déclarer la cessation des paiements dans le délai de 15 jours. Enfin, il s'agit d'avoir procédé, de mauvaise foi, à un paiement préférentiel pendant la période suspecte.

On remarque que s'agissant de ces faits, la loi exige une mauvaise intention, sauf pour le défaut de déclaration de la cessation des paiements où une simple omission suffit. Ceci est compréhensible, d'une part, eu égard à la gravité de la sanction et d'autre part, parce que la continuation de l'exploitation malgré la survenue de l'état de

³⁹¹- P.ex. Trib. com. Oujda, 2 avr. 2005, n°=5/06 ; Trib. com. Casablanca, 12 juin 2000, jugement n°= 164/2000 (inédits).

³⁹²- C.A. com. Casablanca, 8 juin 2007, n°= 3187, préc.

cessation des paiements non déclaré constitue un abus à l'égard de l'entreprise et des créanciers. Toutefois, le défaut de déclaration de la cessation des paiements, s'il s'avère qu'une procédure de prévention a été déjà initiée par le dirigeant, n'expose pas ce dernier à la sanction³⁹³.

Signalons, enfin, que la déchéance commerciale peut être cumulée avec l'extension de la procédure au dirigeant³⁹⁴.

c-2- Effets de la sanction.

Conformément à l'article 711 du CCM, la personne déchue se trouve interdite de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement toute entreprise ou société commerciale ayant une activité économique. De même, selon l'article 718, la personne frappée de déchéance se trouve incapable d'exercer une fonction publique élective, à compter de la notification à l'intéressé par l'autorité compétente.

De plus, pour les dirigeants, ils se trouvent, en vertu de l'article 717, privés du droit de vote pendant les assemblées, lequel est exercé par un mandataire désigné par le tribunal, à la requête du syndic. De surcroît, le tribunal dispose d'un pouvoir souverain d'enjoindre à ces dirigeants ou à certains d'entre eux, de céder leurs droits sociaux ou d'ordonner leur cession forcée. Le produit de la vente étant alors affecté à couvrir une part de l'insuffisance d'actif mise à leur charge.

A cet égard, il est nécessaire de souligner l'importance du pouvoir du juge. En effet, s'il se trouve lié pour la prononciation de la déchéance, une fois qu'un ou plusieurs des faits dont il est question sont caractérisés, il retrouve son appréciation discrétionnaire sur plusieurs points. D'abord, il peut moduler la durée de la sanction sans qu'elle soit inférieure à 5 ans, c'est à dire qu'il lui est loisible d'allonger ou d'abrèger cette durée tout en respectant le minimum légal. Son appréciation

³⁹³- C.A. com. Casablanca, 6 juin 2007, n°= 3712/2007, aff. n°= 2367/2007/11 (inédit).

³⁹⁴- C.A. com. Casablanca, 23 fév. 2009, n°= 43/2009, aff. n°= 227/25/2008 ; 24 nov. 2008, n°= 257/2008, aff. n°= 199/25/2008 (inédits).

tiendra compte nécessairement de la gravité du fait commis et de l'importance du préjudice, lequel pourra être apprécié en terme d'emploi perdus et de passif cumulé. Généralement, les juges fixent cette durée au minimum³⁹⁵.

Ensuite, il lui est possible d'ordonner l'exécution provisoire du jugement prononçant la déchéance. Enfin, le tribunal est souverain dans la détermination du niveau du relevé de la déchéance et de l'incapacité d'exercer une fonction élective, dans le cadre de l'article 720.

La réhabilitation du chef de l'entreprise, lorsque ses conditions sont réunies ne nécessite pas l'intervention de nouveau du tribunal pour la prononcer, elle est acquise de plein droit au jour du jugement de relèvement total ou du jugement de clôture de la procédure pour extinction du passif.

En conclusion, les effets néfastes de la déchéance commerciale à l'égard de la vie de la personne concernée aussi bien professionnelle que privée fait qu'en pratique les tribunaux ne prononcent une telle mesure que s'ils sont saisis et que les faits justificatifs sont bel et bien établis³⁹⁶. En témoigne le refus des juges à en prononcer, dès lors que le rapport du syndic n'est pas encore établi³⁹⁷ ou qu'il n'a fait mention d'aucune irrégularité³⁹⁸. De même, pour des considérations psychologiques, les juges étaient réticents au début de l'application de la loi vis à vis de la prononciation de cette mesure. Ce n'est qu'au fur et à mesure de la pratique que les tribunaux ont observé une certaine rigueur³⁹⁹.

³⁹⁵- Trib. com. Marrakech, 24 nov. 2004, n°= 97/2004 ; Trib. com. Casablanca, 18 mars 2002, n°= 101/2003, aff. n°= 53/2002/10 (inédits).

³⁹⁶- Trib. com. Meknès, 22 sep. 2005, n°= 40 : La particularité de cette affaire est que dès l'établissement du rapport de l'expertise sur la situation financière de l'entreprise, l'expert a fait état d'une comptabilité altérée, sinon inexistante, d'un cumul d'un passif important, (inédit).

³⁹⁷- Trib. com. Casablanca, 8 mai 2000, n°= 128/2000, aff. n°= 74-111/2000/10, (inédit).

³⁹⁸- Trib. com. Casablanca, 6 mars 2000, n°= 68/2000, aff. n°= 18/2000/10, (inédit).

³⁹⁹- Entretien avec des juges au niveau du tribunal de commerce de Meknès, mai 2007.

2. Les règles de poursuite des dirigeants.

Le pouvoir sanctionnateur du tribunal peut être mis en œuvre suite à son initiative dans la mesure où il peut se saisir d'office. Cette saisine qui doit être précédée d'une information sur le comportement du dirigeant peut être facilitée par le bilan du syndic qui pourra mettre en œuvre l'insuffisance d'actif ou un comportement visé par les articles correspondants, notamment les irrégularités de la comptabilité. La saisine du tribunal peut être l'œuvre du syndic dont la mission lui permet d'établir la défaillance des dirigeants. Par ailleurs, le tribunal ne peut statuer qu'après avoir entendu le rapport du juge-commissaire.

Cependant, le pouvoir d'étendre la procédure aux dirigeants ou de prononcer la déchéance commerciale ne peut être mise en œuvre par le tribunal que si la société est en redressement, en raison du caractère accessoire de la sanction. S'agissant de la cessation des paiements, la cour de cassation française a pris le soin de préciser qu'elle n'est pas requise chez le dirigeant poursuivi, dès lors que la procédure est ouverte contre la société⁴⁰⁰. Le tribunal n'a pas donc à vérifier la situation financière du dirigeant mis en cause. De même, la date de la cessation des paiements est celle que le tribunal a fixée dans le jugement d'ouverture⁴⁰¹.

Quant à la procédure, elle est la même dans tous les cas. Selon l'article 709 de la loi⁴⁰², le tribunal ne peut statuer qu'après avoir convoqué le ou les dirigeants mis en cause par le biais du greffe, huit jours au moins avant leur audition. Le syndic est convoqué dans les mêmes termes. Le juge-commissaire expose son rapport devant le tribunal qui statue en audience publique.

⁴⁰⁰ - Cass. com. 16 juin 1987, Bull. Joly, 1987, 727.

⁴⁰¹ - Art. 707 al. 2 du CCM.

⁴⁰² - Cet article intervient au chapitre relatif aux sanctions patrimoniales, mais comme la déchéance commerciale peut être encourue pour commission des faits prévus par l'article 706, la procédure prévue par l'article 709 est donc applicable.

Les décisions sont notifiées aux parties par le greffe, mentionnées au registre de commerce, publiées dans un journal d'annonces légales et au bulletin officiel, et affichés au panneau réservé à cet effet au tribunal.

L'action se prescrit par trois ans, soit un délai qui commence à courir du jour jugement arrêtant le plan, ou du jour du jugement de la liquidation judiciaire.

Sous-section II : Particularisme de la compétence du tribunal de commerce en matière de difficultés de l'entreprise.

La procédure collective n'est pas un procès ordinaire, eu égard aux intérêts qu'elle met en jeu. Le dénouement du contentieux abondant qui se développe autour de la procédure nécessite des règles de compétence propres, à même de permettre d'assurer la rapidité, mais surtout l'efficacité. En traitant des conditions d'ouverture des procédures de traitement des difficultés de l'entreprise, le législateur a prévu une disposition réglant d'une manière générale tant la compétence territoriale que la compétence d'attribution. Il en résulte une concentration du contentieux devant le tribunal de la procédure conduisant à l'élargissement de la compétence d'attribution (I) et une compétence territoriale spécifique (II).

I. Elargissement de la compétence d'attribution du tribunal de la procédure.

Contrairement à d'autres pays où la connaissance des procédures collectives relève des tribunaux de l'ordre judiciaire, comme la Grande -Bretagne, la Hollande et l'Allemagne⁴⁰³ ou tantôt des tribunaux ordinaires, tantôt des tribunaux de commerce, comme la

⁴⁰³- Pour le cas de l'Allemagne, voir F. Trockels, Aperçu du nouveau régime de l'insolvabilité en Allemagne, Rev. proc. coll. 1996, 23.

France, le Maroc a opté pour des tribunaux spécialisés en matière commerciale. Plus précisément, les procédures collectives sont un monopole des tribunaux de commerce, ce qui n'est sans entrainer des conséquences importantes de point de vue procédural (A). Mais ce monopole n'est pas limité. Le tribunal de commerce peut se voir compétent pour connaître d'actions relevant normalement de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire, dès que les actions en question se trouvent rattachées à la procédure, c'est le principe de l'extension de la compétence d'attribution du tribunal de commerce (B).

A. Les procédures de redressement judiciaire, un monopole du tribunal de commerce – Conséquences.

Malgré l'évidence d'un tel principe, il est à noter qu'il n'a pas été consacré avec l'insistance nécessaire. En effet, la compétence du tribunal de commerce en matière de difficultés des entreprises n'est pas citée en tant que tel dans le livre V du CCM. Dans ses dispositions finales, l'article 735 précise d'abord que ces dispositions entreront en vigueur une année après la date de publication de la présente loi et l'article 736 enchaîne par une précision importante, celle qui prévoit l'institution de juridictions compétentes. C'est qu'à cette époque, le projet de loi n°= 53-95 instituant les juridictions de commerce était en cours de discussion parlementaire ; il a été promulgué le 12 février 1997⁴⁰⁴.

Mais, l'on ne peut que s'étonner avec les premiers commentateurs⁴⁰⁵ de cette loi de l'absence des « difficultés des entreprises » dans les dispositions relatives à la compétence d'attribution des juridictions de commerce, en l'occurrence, les articles 5 à 9. C'est à propos de la compétence territoriale et plus précisément l'article 11 que cette matière a été citée comme relevant des juridictions de commerce.

⁴⁰⁴- B.O n°= 4482 du 15/05/1997, p. 520.

⁴⁰⁵- M. M. Idrissi, Les tribunaux de commerce au Maroc, éd. Babel, 1998, p. 97.

Ainsi, l'article 560 du CCM devra être lu dans le sens que tout commerçant, tout artisan ou toute société commerciale qui n'est pas en mesure de payer à l'échéance ses dettes exigibles est assujéti à une procédure de traitement de ses difficultés au niveau du tribunal de commerce.

Toute personne qui ne relève pas de ces catégories ne peut se voir attraité devant une telle juridiction pour se voir appliqué la procédure en question. Une personne exerçant à titre civil dont le juge naturel est le tribunal de première instance ne peut bénéficier d'une procédure de redressement judiciaire. C'est dire que les procédures collectives sont l'apanage des tribunaux de commerce, contrairement au système dualiste français dont la compétence est partagée entre les tribunaux de grande instance et les tribunaux de commerce.

Ceci entraîne au moins deux conséquences. Tout d'abord, quelles que soient la qualité du créancier et la nature de la créance, la compétence d'attribution du tribunal de commerce n'est pas affectée. Ainsi, le créancier qui n'a pas la qualité de commerçant ne peut bénéficier de l'inopposabilité des règles du droit commercial⁴⁰⁶, en l'occurrence, celles régissant le redressement judiciaire de son débiteur. La cour de cassation établit que ces règles s'appliquent que la créance à l'origine de la cessation de paiements soit de nature commerciale ou civile⁴⁰⁷. En d'autres termes, débiteur étant commerçant, le monopole du tribunal de commerce n'est affecté par aucune considération, tant il est vrai qu'il fait partie de l'ordre public économique et social⁴⁰⁸.

D'autre part, la corrélation entre le monopole du tribunal de commerce et la qualité de commerçant soulève une question d'ordre procédural, celle de savoir, à défaut de cette qualité, si le tribunal

⁴⁰⁶- Le principe est énoncé par l'article 4 du code de commerce « *Lorsque l'acte est commercial pour un contractant et civil pour l'autre, les règles du droit commercial s'appliquent pour la partie pour qui l'acte est commercial ; elles ne peuvent être opposées à la partie pour qui l'acte est civil, sauf disposition spécial contraire* ».

⁴⁰⁷- C.cass, 26 sep. 2001, n°= 1964, aff. n°= 3198/92, G.T.M n°= 90, p. 129.

⁴⁰⁸- Trib. com. Marrakech, 7 avr. 1999, G.T.M n°= 88, p. 203 ; C.A com. Fès, 7 déc. 2005, arrêt n°= 76, aff. n°= 7505 et 28 juin 2006, arrêt n°= 40, aff. n°= 16-06, (inédits).

conclura à son incompétence ou à l'irrecevabilité de l'action. L'exception d'incompétence en raison de la matière suppose que la compétence soit partagée avec un autre tribunal, ce qui n'est pas le cas au Maroc, c'est donc de l'irrecevabilité qu'il s'agit⁴⁰⁹. Dans tous les cas, l'application de la procédure collective ne peut avoir lieu à défaut de conditions substantielles, en l'occurrence, la qualité de commerçant⁴¹⁰. Cependant, le tribunal de commerce de Casablanca, saisi d'une tierce opposition dans le but de voir prononcer le défaut de compétence pour défaut de qualité de commerçant, a évité de prendre parti sur ce débat et a débouté le tiers de sa demande⁴¹¹.

Le monopole du tribunal de commerce ne se limite pas à l'ouverture et à l'administration de la procédure, mais s'étend à d'autres actions qui ont un rapport avec celle-ci, tant que la procédure n'est pas encore clôturée.

B. Extension de la compétence d'attribution du tribunal de commerce dans les difficultés de l'entreprise.

Le principe d'extension de la compétence d'attribution du tribunal est énoncé par l'alinéa 2 de l'article 566 du CCM. L'objectif est de centraliser auprès d'une même juridiction toutes les contestations concernant la procédure et qui pourraient être dispersées, échappant en l'occurrence, à la compétence du tribunal saisi initialement. Il s'agit d'assurer une bonne administration de la procédure. Mais le problème est de délimiter le domaine de la compétence du tribunal. Il convient donc de distinguer entre les actions qui rentrent dans le champ de l'article 566 (1) de celles qui constituent une limite à la compétence du tribunal (2).

⁴⁰⁹- Pour plus de détails sur cette question, voir, M. Akherif, op. cit. n°= 242.

⁴¹⁰- Cass. com. 12 fév. 1985, Bull. civ. IV, n°= 59, p. 50.

⁴¹¹- Trib. com. Casablanca, 8 fév. 1999, G.T.M, n°= 83, juillet-août 2000, p. 202.

1. Champ de compétence d'attribution du tribunal de la procédure.

Mis à part la procédure collective, la délimitation du champ de compétence du tribunal a été l'œuvre de la jurisprudence. En France, les premières décisions ont conduit à un empiètement dans les prérogatives d'autres juridictions, ce qui a été à l'origine d'un arrêt de principe de la cour de cassation datant du 29 octobre 1888, en vertu duquel, le tribunal est compétent pour les contestations « *nées de la faillite ou sur lesquelles l'état de faillite exerce une influence juridique* »⁴¹².

Cette formule a été suivie par les tribunaux au fil des réformes qui se sont succédées pour être à l'origine de l'article 174 du décret français de 1985, repris ainsi par l'article 566 du CCM. L'alinéa 3 de cet article dispose qu'« *est particulièrement considérée comme une action relevant de cette compétence, l'action se rapportant à l'administration de la procédure ou celle dont la solution requiert l'application du présent titre* (Titre II: Les procédures de traitement des difficultés de l'entreprise) ». Schématiquement, ces actions peuvent être classées en deux grandes catégories : les actions nées de la procédure collective (a), les actions subissant l'influence de la procédure (b).

a. Les actions nées de la procédure collective.

Ces actions ne soulèvent aucune difficulté, dès que le litige puise son origine dans la réglementation relative au redressement et à la liquidation judiciaires. On rencontre deux sous-catégories.

a-1- Les actions découlant du déroulement normal de la procédure collective.

Ce sont les actions qui naissent du déroulement de la procédure collective et qui ne peuvent être conçues en dehors de ce contexte. L'exemple le plus illustratif est celui qui fait que le tribunal est compétent pour prononcer l'arrêt des poursuites individuelles. Malgré

⁴¹²- Ripert et Roblot, op. cit. n°= 2922.

sa consécration textuelle et son évidence, l'extension de compétence, dans ce cadre, a été réitérée à plusieurs reprises⁴¹³.

En France, il s'agit pour l'essentiel des oppositions contre les décisions du juge-commissaire. En effet, ce dernier agit en qualité de juridiction de premier degré pour bon nombre de matières relevant de sa compétence en période d'observation. Le tribunal est alors l'instance tranchant les recours contre les décisions de type juridictionnel émanant de cet acteur. Il en est ainsi en matière de mesures conservatoires telles que les appositions des scellés ou la prescription d'inventaire. Au Maroc, le tribunal n'est pas compétent pour ce genre de recours, ce qui lui ôte une telle extension. Le recours est fait devant la cour d'appel de commerce.

a-2- Actions ne concernant pas le déroulement de la procédure collective mais mettant en jeu la réglementation de celle-ci.

Il s'agit d'actions qu'on ne rencontre pas fréquemment dans toutes les procédures, mais qui font appel aux règles gouvernant la procédure. Cette catégorie d'actions rentre dans le champ de l'article 566, alinéa 3 en ce que leur solution requiert l'application de la réglementation relative aux procédures de traitement des difficultés de l'entreprise.

On peut citer à titre d'exemple les demandes de mainlevée judiciaire concernant un bien de l'entreprise en redressement, bien que la saisie ait été ordonnée par un tribunal de l'ordre judiciaire⁴¹⁴. Les cour d'appel de commerce semblent très favorables à ce genre d'extension. Elles ont fait relever que quand bien même la saisie entre les mains du tiers ait été ordonnée par le président du tribunal de

⁴¹³- Voir à titre d'illustration, Trib. com. Casablanca 8 fév. 1999, G.T.M n°= 83, p. 202 ; C.A com. Fès, 8 oct. 2002, arrêt n°= 1058, aff. n°= 1035/02 ; 4 déc. 2002, arrêt n°= 20, aff. n°= 14/02 ; 23 nov. 2005, arrêt n°= 72, aff. n°= 63-05 ; 19 avr. 2006, arrêt n°= 568, aff. n°= 375-06 (inédits).

⁴¹⁴- Trib. com. Meknès, 8 fév. 2006, aff. n°= 20/2006/1 ; Trib. com. Casablanca, 25 oct. 1999, n°= 103/99, aff. n°= 88/3894, Bassamat et al [www . jurisprudence.ma](http://www.jurisprudence.ma).

première instance, le tribunal de la procédure demeure compétent pour connaître de la demande de mainlevée, étant donné que la solution passe par l'application du livre V du code de commerce⁴¹⁵.

En France, la compétence du tribunal a été retenue pour connaître d'une action en responsabilité contre un banquier dispensateur de crédit, mais cette solution a été écartée dans une autre espèce⁴¹⁶.

b. Les actions subissant l'influence du redressement.

Il s'agit de litiges qui ne seraient pas nés si l'entreprise n'était pas tombée en redressement ou en liquidation judiciaires ou qui auraient pu naître si le débiteur était *in bonis* exerçant alors une influence sur les solutions qui leur sont données, notamment en améliorant le paiement des créanciers⁴¹⁷. L'extension de la compétence du tribunal à ce genre de litiges s'explique par le fait que la procédure collective a pour cible l'activité juridique du débiteur dans sa globalité et tend ainsi à la reconstitution et éventuellement la réalisation du patrimoine⁴¹⁸.

Le tribunal initialement saisi ne peut prétendre à une bonne administration de la procédure qu'en regroupant le contentieux devant lui. Il en est ainsi, par exemple, d'une action relevant du statut personnel ayant trait à l'actif du chef de l'entreprise⁴¹⁹, ou d'un litige ayant trait à un acte adoulaire mettant en jeu le patrimoine du débiteur⁴²⁰.

⁴¹⁵- C.A com. Fès, 19 avr. 2006, n°= 568, aff. n°= 375-06 21 ; 24 déc. 2005, n°= 81, aff. n°= 78/05 ; 23 nov. 2005, n°= 70, aff. n°= 47/05 ; 4 déc. 2002, n°= 20, aff. n°= 14/02, Recueil jurisp. C.A com. Fès 2003; C.A com. Casablanca, n°= 996/2000, aff. n°= 964/2000/4, Bassamat et al [www . jurisprudence.ma](http://www.jurisprudence.ma). le 2 mai 2015.

⁴¹⁶- Versailles, 28 sep. 1989, Gaz. Pal., 1990, 1, 52.

⁴¹⁷- Y. Guyon, op. cit., n°= 1155.

⁴¹⁸- Ripert et Roblot, op. cit., n°=2922.

⁴¹⁹- C.A. com. Marrakech, 26 nov. 2008, n°= 1332, aff. n°= 100/2007, Bassamat et al [www . jurisprudence.ma](http://www.jurisprudence.ma). 2 mai 2015.

⁴²⁰- C.A. com. Marrakech, 8 mai 2008, n°= 579, aff. n°= 604/2008, Bassamat et al [www . jurisprudence.ma](http://www.jurisprudence.ma). 2 mai 2015.

Par ailleurs, l'article 703 dispose que le tribunal qui a ouvert la procédure demeure compétent pour prononcer les sanctions patrimoniales⁴²¹. Celles-ci ne peuvent être envisageables que si une procédure est ouverte.

L'exemple français nous fournit quelques illustrations⁴²² comme l'action paulienne exercée par le syndic, l'action tendant à la réalisation de l'apport du commanditaire et à la libération des actions de la société débitrice, l'action exercée contre une caution du débiteur défaillant, etc.

Signalons, enfin, que cette extension de compétence est à l'origine d'une saisine quantitativement importante des tribunaux de commerce. Rappelons que d'après les données du ministère de la justice, sur une procédure ouverte se greffe neuf actions relative à l'extension de compétence du tribunal⁴²³. Par ailleurs, celle-ci est accueillie favorablement par les juges d'appel qui précisent, en outre, qu'elle devrait s'appliquer aussi bien aux décisions de fond relevant du tribunal qu'aux mesures d'urgence⁴²⁴.

Cependant, cette extension ne peut avoir un caractère absolu, parce qu'elle mettrait en cause les principes de base du système judiciaire et peut conduire à des décisions rendues sous l'influence de la nécessité du redressement judiciaire, d'où les limites à observer.

2. Limites de la compétence d'attribution du tribunal.

Si le juge commercial semble sensible à toute extension de la compétence en faveur du tribunal de la procédure du redressement judiciaire dès que le litige en question frôle les règles du livre V du code de commerce, celle-ci ne peut s'étendre à des actions dont la connaissance est dévolue, par nature, à une autre juridiction. Ainsi, les actions qui rentrent dans le champ de compétence des juridictions

⁴²¹ - Supra, p. 135.

⁴²² - Ripert et Roblot, *ibidem*.

⁴²³ - Supra, p. 103.

⁴²⁴ - C. A com. Fès, 23 nov. 2005, arrêt n°= 72, aff. n°= 63-05, Recueil jurisp. C.A. com Fès.

administratives ne peuvent être tranchées par le tribunal de la procédure. C'est le cas de litiges opposant le débiteur à l'administration fiscale à raison d'impôts et qu'on retrouve fréquemment à l'occasion d'un redressement judiciaire. A cet égard, les juges relèvent que la loi a attribué la compétence aux tribunaux administratifs en vertu de l'article 8 du dahir du 10 août 1993 pour connaître des litiges à raison d'impôts⁴²⁵. En France, afin de limiter le contentieux relatif à cette matière, le conseil d'Etat est intervenu pour définir le champ de compétence en certaines matières comme les contrats administratifs⁴²⁶.

Il en est de même des actions qui sont de la compétence des juridictions répressives qui seules, peuvent connaître, en l'occurrence, de la banqueroute et de celles qui relèvent des tribunaux de première instance telles que les actions immobilières et les conflits entre employeurs et salariés.

Il en va également des actions qui ne sont pas nées de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires ou sur lesquelles celle-ci n'exerce pas d'influence. En effet, plus le lien avec la procédure devient lâche, plus la compétence échappe au tribunal en question.

La cour de cassation française aurait nié la compétence du tribunal, si le litige portant sur des faits antérieurs à l'ouverture du redressement judiciaire s'était présenté de la même manière, au cas où le débiteur n'avait pas été soumis à la procédure collective.⁴²⁷ D'autre part, en France l'action en responsabilité contre les auxiliaires spécialisés qui interviennent dans la procédure de redressement judiciaire (administrateur, représentant des créanciers, commissaire à l'exécution du plan et liquidateur) est, conformément au décret de 1985, de la compétence du tribunal de grande instance. Faute de disposition

⁴²⁵ - C.A com. Fès, 9 nov. 2005, arrêt n°= 65, aff. n°= 63-05 (inédit) ; Trib. com. Meknès, ord. 4 avr. 2004, aff. n°= 20/04, (inédit) ; pour le cas de la France, Amiens, 26 oct. 1989, Petites affiches, fév, 1990, p. 17, note Dadouche.

⁴²⁶ - Avis du C.E 20 janv. 1992, Rev. proc. coll. 1992, 184, obs. Dureuil.

⁴²⁷ - Cass. com. 8juin 1993, Rev. proc. coll. 1994, 147, note A. Lienard.

expresse dans ce sens et en analysant l'article 5 de la loi sur les juridictions de commerce, il semble qu'au Maroc, c'est le tribunal de première instance qui est compétent.

II. Spécificité de la compétence territoriale du tribunal de commerce en matière de difficultés de l'entreprise.

La compétence territoriale des tribunaux de commerce obéit à un principe qui paraît s'appliquer d'une façon stricte (A). En effet, le législateur marocain n'a pas aménagé des situations dans lesquelles la compétence passe à un tribunal d'un autre ressort (B). De même, il a observé le silence quant à la question de l'exception d'incompétence (C).

A. Principe régissant la compétence territoriale du tribunal des difficultés de l'entreprise.

La compétence territoriale est régie par plusieurs règles dont la combinaison permet de faire ressortir un principe en la matière (1). L'application de ces règles permet ainsi au tribunal de résoudre quelques problèmes, comme celui du transfert extemporané du siège de l'entreprise (2).

1. Contenu du principe de la compétence territoriale.

Les règles régissant la matière de la compétence territoriale du tribunal de commerce dans les difficultés des entreprises permettent d'établir que le critère pris en compte est celui du domicile professionnel (a). Néanmoins, en fait, ce critère n'est pas dépourvu d'ambiguïté dans la pratique (b).

a. Signification du critère du domicile professionnel.

Plusieurs textes traitent de la compétence territoriale du tribunal. Dans un ordre chronologique, le CCM, à propos des conditions de l'ouverture de la procédure, a prévu dans l'article 566 la règle selon laquelle «*Est compétent le tribunal du principal établissement du*

commerçant ou du siège social de la société ». Ensuite, la loi n°= 53-95 instituant les juridictions de commerce est intervenue pour traiter de la compétence territoriale en matière commerciale. L'article 11 spécifie la matière des entreprises en difficulté et réitère la règle déjà énoncée par l'article 566 précité. Il s'ensuit que la compétence territoriale du tribunal de commerce est rattachée au critère de l'établissement du commerçant en redressement judiciaire ou du siège social de la société en difficultés.

Ce principe est dérogatoire aux dispositions du droit commun, car la compétence territoriale dépend d'habitude du lieu du domicile du défendeur⁴²⁸. La dérogation trouve sa justification dans le fait qu'il ne s'agit pas de trancher un litige de nature purement privée. L'évolution du droit des procédures collectives a été telle que le centre de préoccupation est désormais, l'entreprise qu'il faut sauver avec les emplois qui s'y rattachent.

Par ailleurs, le décret français du 27 décembre 1985 dispose dans son article 1^{er} que « Le tribunal territorialement compétent pour connaître de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est celui dans le ressort duquel le débiteur a le siège de son entreprise... ».

Ce critère est en réalité opportun, car pour établir un diagnostic adéquat et arrêter la solution opportune, la proximité de l'entreprise du tribunal est requise⁴²⁹.

b. Traduction pratique du critère du domicile professionnel.

Conformément aux dispositions précitées, lorsque l'entreprise est exploitée par une personne physique, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel se trouve l'établissement du commerçant. La loi

⁴²⁸ - L'article 28 du CPC prévoit qu'en matière de faillite, la compétence revient au tribunal du lieu du domicile ou de la dernière résidence du failli. Mais la règle énoncée par l'article 566 du CCM en tant que disposition spéciale prime celle-ci.

⁴²⁹ - C. Sbaï, op. cit. Tome II, n°= 204.

parle de « principal établissement », car elle a imaginé le cas où le commerçant ou l'artisan exploite plusieurs unités de production. Il s'agit donc de l'unité à partir de laquelle le commerçant dirige son activité commerciale. Par cette disposition, on a reproché au législateur le fait d'avoir prévu uniquement le cas où le commerçant entreprend la même activité dans plusieurs établissements, omettant de la sorte le cas où des activités différentes sont exercées dans différents ressorts, ce qui est de nature à générer une situation de litispendance⁴³⁰.

En réalité, peu importe que les établissements aient ou non la même activité, car la procédure est dirigée contre la même personne physique qui n'a qu'un seul patrimoine, les établissements considérés n'ont pas la personnalité morale. D'autre part, la réglementation relative au registre de commerce règle la situation de la pluralité des établissements. Ainsi, l'article 42 du CCM enjoint au commerçant d'indiquer dans la déclaration d'immatriculation « le lieu où est situé le siège de son entreprise ou son principal établissement et le lieu des établissements qui en relèvent... ».

De même, « En cas d'ouverture d'une procédure d'une ou plusieurs succursales ou agences, ou en cas de création d'une nouvelle activité » une inscription modificative est requise auprès du registre local du principal établissement. Il en résulte que conformément à ce qui est inscrit régulièrement au registre de commerce, le tribunal compétent est celui du ressort du principal établissement. Si les inscriptions ne sont pas conformes aux règles en vigueur, le juge a le pouvoir de rétablir la situation et d'assujettir le débiteur au tribunal concerné.

S'agissant des sociétés, la compétence revient au tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège social et ce, même si la difficulté concerne une succursale ou une agence. Le tribunal se base sur le registre de commerce qui indique le siège social et éventuellement, les

⁴³⁰- M. Akherif, thèse. péc. n°= 245.

lieux des succursales au Maroc⁴³¹. Il y a lieu de noter que ce siège doit correspondre à la réalité, car les indications qui figurent sur le registre de commerce n'établissent qu'une simple présomption. Le pouvoir judiciaire doit donc être vigilant aux distorsions éventuelles entre les mentions statutaires et la réalité.

En particulier, la question du siège social peut poser quelques problèmes, notamment si le siège réel est différent du siège statutaire. La jurisprudence française est constante quant à l'inopposabilité du siège statutaire s'il ne correspond pas à la réalité⁴³². Tout transfert fictif est considéré comme non avvenu⁴³³.

En présence d'une société faisant partie d'un groupe, le principe de l'indépendance juridique de la société permet de conclure à la compétence du tribunal du lieu de cette dernière. Dans des cas pareils, on a cependant retenu, en France, la compétence du tribunal du lieu de la société dominante⁴³⁴. Pour déroger qu'elle soit, cette solution ne doit être admise que si la preuve de la fictivité des filiales est bien établie, l'autonomie juridique des filiales ne devant pas être facilement remise en cause⁴³⁵.

Signalons que les dispositions relatives à la compétence territoriale du tribunal en matière de procédure de traitement des difficultés de l'entreprise sont impératives qu'on ne peut déroger au principe de la compétence territoriale⁴³⁶. Ainsi, le tribunal de commerce de Fès avait renvoyé l'affaire devant celui de Meknès, au motif qu'avant de se prononcer sur l'affaire, ce dernier a démarré son activité et que l'entreprise en question relève bel et bien de son ressort territorial⁴³⁷.

⁴³¹- Ces mentions doivent figurer dans la déclaration d'immatriculation, conformément au paragraphe 5 de l'article 45 du CCM.

⁴³²- Cass. com. 24 nov. 1982, Rev. soc. 1983, 750, note J.H.; cass. com. 14 déc. 1993, RJDA 1994, 452.

⁴³³- Cass. com. 8 mars 1988, D. 1988, somm. 339.

⁴³⁴- Par ex. Paris, 12 mai 1987, D. 1989, somm. 5, obs. F. Derrida.

⁴³⁵- M. Jeantin, op. cit., n°= 616.

⁴³⁶- Trib. com. Marrakech, 7 avr. 1999, G.T.M n°= 88, p. 203.

⁴³⁷- Trib. com. Fès, 7 nov. 2001, n°= 46, aff. n°= 23-2001/6 (inédit).

Ce principe a été consacré par la cour de cassation française dès les premières années de l'application de la loi du 25 janvier 1985⁴³⁸. Il s'ensuit que toute clause attributive de compétence est nulle et de nul effet⁴³⁹.

Pour les groupements d'intérêt économique à caractère commercial, le tribunal compétent est celui du ressort du siège, lequel est déterminé par l'inscription faite au registre de commerce⁴⁴⁰.

2. La problématique des transferts du siège professionnel.

Le législateur marocain n'a pas traité de la question du transfert du domicile professionnel du débiteur (a). En effet, il se peut que le chef de l'entreprise soit animé d'une mauvaise intention désirant, en l'occurrence, organiser son insolvabilité ou retarder l'ouverture de la procédure en transférant son siège d'activité dans le ressort d'un autre tribunal pour contourner la règle de la compétence territoriale. En France, cette question a fait l'objet d'une disposition réglementaire (b).

a. Transfert du siège professionnel en droit marocain.

S'il est permis de suspecter les actes effectués par le chef de l'entreprise pendant la période suspecte, n'y a-t-il pas lieu d'afficher les mêmes réserves à propos du transfert du domicile professionnel ? Deux situations peuvent se présenter dont la plus simple est celle où le transfert est opéré après la saisine du tribunal. Dans ce cas, le tribunal initialement compétent, c'est à dire celui dans le ressort duquel se trouvait l'ancien siège de l'entreprise, demeure saisi de l'affaire. Le transfert n'ayant alors aucune influence sur la compétence territoriale, du moment que le pouvoir judiciaire a mis sa main sur l'affaire. Toutefois, autre a été la justification du juge qui a débouté le débiteur de sa demande de transfert. Le motif en a été la possibilité de diminution

⁴³⁸ - Cass. com. 21 juil. 1987, D. 1988, 169, note Rémy.

⁴³⁹ - Cette solution a été consacrée également par la jurisprudence française. Voir par ex. Paris, 17 déc. 1987, JCP, E, 1988, 15335, obs. Cabrillac et D. Vivant.

⁴⁴⁰ - Les G.I.E sont assujettis à l'immatriculation en vertu de l'article 48 du CCM.

de l'actif de l'entreprise et la préjudiciabilité du transfert aux créanciers⁴⁴¹.

En revanche, le problème se pose si le transfert a été opéré au moment où l'entreprise est déjà en cessation des paiements, mais avant que le tribunal n'ait été saisi. Dans ce cas, quel est le tribunal territorialement compétent ? Est-ce celui de l'ancien siège ou établissement ou celui du nouveau ?

La jurisprudence diffusée, jusque là, ne fait pas, à notre connaissance, état d'une telle problématique. L'on ne peut que dire qu'en l'état actuel des textes que c'est le tribunal dont le ressort duquel le transfert a été effectué, respectant le formalisme légal, qui est compétent. Ainsi, saisi d'une tierce opposition, le tribunal de commerce de Casablanca a remarqué qu'effectivement le débiteur avait transféré son siège social peu de temps avant d'être saisi et a décidé de son incompétence renvoyant l'affaire devant le tribunal de commerce d'Agadir⁴⁴².

Mais qu'en serait-il si le débiteur n'a pas procédé à sa radiation, de sorte que le tribunal du nouveau ressort n'a aucune trace du débiteur dans son registre de commerce local ? La réponse commande à chercher dans la réglementation relative au registre de commerce les solutions adéquates⁴⁴³ et de les combiner avec les caractéristiques du droit des entreprises en difficultés. D'une part, l'article 61, alinéa 2 du CCM consacre l'inopposabilité aux tiers qui peuvent, en l'occurrence, s'en prévaloir, de tous actes ou faits sujets à mention modificative que si ces derniers ont été inscrits régulièrement au registre de commerce. Dans cette optique, on peut dire que le transfert au nouveau siège est inopposable aux créanciers pouvant assigner leur débiteur devant le

⁴⁴¹- Trib. com. Casablanca, 8 nov. 2010, n°= 201/2010, aff. n°= 201/2010, et n°= 209/25/2010 (inédit).

⁴⁴²- Trib. com. Casablanca, 15 août 2003, aff. n°= 241/2003/10, cité par M. Kartoum, Le pouvoir du juge dans l'institution d'un équilibre entre les droits du débiteur et des créanciers, Rev. Tr. com. n°= 2, déc. 2006, p. 65.

⁴⁴³- Il s'agit essentiellement de la section 3 du chapitre II du livre premier du CCM.

tribunal de l'ancien ressort. D'autre part, comme on a dit, l'exception d'incompétence peut être soulevée d'office par le tribunal, lequel, saisi de la déclaration du débiteur peut juger qu'il est incompétent. La compétence revient au tribunal de l'ancien ressort dont le registre de commerce local fait figurer l'immatriculation du débiteur.

Mais les règles concernant les inscriptions n'établissent que des présomptions simples qui peuvent être combattues par la preuve contraire. Ainsi, même si le transfert a été régulièrement inscrit au registre de commerce, la compétence peut être dévolue au tribunal de l'ancien siège ou établissement si on arrive à établir la mauvaise foi du débiteur. C'est la solution qui prévalait en France avant 1989.

b. Le transfert du siège professionnel en droit comparé : le cas français.

La loi française du 25 janvier 1985 n'a pas traité de la question du transfert du domicile professionnel. Les tribunaux se déclaraient alors compétents chaque fois que le transfert était effectué régulièrement en respectant le formalisme relatif à l'inscription du nouveau domicile au registre de commerce et des sociétés.

Cependant, des pratiques dilatoires ont vu le jour suite au constat de l'hétérogénéité des solutions adoptées par le pouvoir judiciaire⁴⁴⁴. En effet, des études menées à l'échelle régionale ont montré que certains tribunaux se prononçaient plus en faveur du plan de continuation et se montraient indulgents quant à la prononciation de sanctions à l'égard des dirigeants⁴⁴⁵. Pour les chefs de l'entreprise, de tels ressorts ont été considérés comme des « paradis juridictionnels » ou des « opportunités » qu'il fallait exploiter en y transférant le siège de l'entreprise.

⁴⁴⁴ - Pour illustration B. Challe, La loi du 25 janvier 1985 : Bilan de trois années d'application dans le ressort de la cour d'appel de Versailles, Rev. Trim. de la cour d'appel de Versailles 1989, n°= 12, p. 89.

⁴⁴⁵ - Ibidem, cette étude a mis en relief que certains tribunaux ont arrêté entre 1985 et 1987 trois fois de plans de continuations que d'autres.

Cette pratique n'a pas laissé indifférent le pouvoir judiciaire qui a aussitôt réagi, d'abord par le biais du ministère public qui n'a pas manqué d'user de la voie d'appel⁴⁴⁶, lorsque le transfert était douteux quant à sa régularité et ensuite par le juge du second degré qui n'a pas hésité à restaurer la compétence au tribunal du siège initial.

Cette réaction corroborée à la jurisprudence antérieure à la loi du 25 janvier 1985 qui écartait la règle de compétence en présence d'un transfert à un siège fictif, est alors maintenue⁴⁴⁷, a stimulé la conscience du pouvoir réglementaire, d'où le décret du 29 mai 1989. Désormais, le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège social initial demeure compétent jusqu'à l'expiration du sixième mois qui suit l'inscription modificative au registre de commerce et des sociétés. La compétence du tribunal du nouveau ressort est, en l'occurrence, liée par l'écoulement de ce délai.

Il est à noter que le décret français n'a prévu ces dispositions que pour les personnes morales. Les entreprises individuelles sont donc justiciables devant le tribunal du nouveau ressort s'il n'y a pas de fictivité du nouveau domicile ou de mauvaise intention de la part du débiteur.

Notre législateur n'a pas suivi son homologue français relativement à cette question de transfert du siège social, peut être parce qu'il n'a pas voulu anticiper sur une pratique dont l'usage n'est pas certain au Maroc et qu'il ne convient pas d'encombrer la loi par des dispositions exceptionnelles.

B. Rigueur du principe relatif à la compétence territoriale du tribunal de commerce dans les difficultés de l'entreprise.

L'aménagement du principe de la compétence territoriale en matière de traitement des difficultés de l'entreprise paraît difficile à

⁴⁴⁶ - Le pouvoir d'investigation du ministère public a mis en relief qu'en cas de transfert, l'ouverture de la procédure est faite sur déclaration instantanée du débiteur et ce, aussitôt que le transfert est réalisé in P. Jeannerot, L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire, Thèse Paris, 1995, n°= 569.

⁴⁴⁷ - Cass. com. 21 juil. 1987, D. 1988, 169, note Rémyery.

admettre dans le contexte de notre pays(1). La convention des parties sur la désignation du tribunal compétent ne peut donc mettre en échec ce principe (2).

1. Limitation de l'aménagement du principe de la compétence territoriale.

En droit marocain, aucune règle ne prévoit une exception au principe régissant la compétence territoriale. Toutefois, en présence d'une confusion de patrimoine, ce principe peut être adapté à cette situation particulière. En effet, la compétence du tribunal est appelée à connaître une extension en cas de confusion de patrimoine, si bien que même si une entreprise se trouve dans un autre ressort, le tribunal initialement saisi reste compétent. Cela suppose qu'un autre tribunal est également compétent en raison du siège de l'entité dont le patrimoine est inclus dans la confusion. En réalité, il ne s'agit pas à proprement parler d'une extension de compétence car il n'y a qu'une seule entreprise et une procédure unique⁴⁴⁸. L'intérêt de cette extension est de permettre une bonne administration de la procédure, notamment la constitution d'une masse commune de biens⁴⁴⁹.

La véritable dérogation au principe de la compétence territoriale est celle qui est prévue par la loi française et qui consiste à renvoyer l'affaire devant un autre tribunal. En effet, l'alinéa 3 de l'article 7 de la loi de 1985 prévoit que lorsque les intérêts en présence le justifient, le président du tribunal ou le ministère public peuvent saisir la cour d'appel d'une requête pour renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, compétente dans le ressort de cette cour. La réforme de 1994 a renforcé cette dérogation en précisant que la cour de cassation saisie dans les mêmes conditions, peut renvoyer l'affaire devant une juridiction du ressort d'une autre cour d'appel. L'objectif de ce renvoi est d'éviter des rapports de sensibilité pouvant naître en

⁴⁴⁸ - Voir p. ex. Trib. com. Rabat, jugement du 05/01/2000, aff. Hamri (inédit), mais dans cette affaire toutes les entreprises concernées relevaient du même tribunal.

⁴⁴⁹ - Cf. C. Saint Alary Houin, op. cit. n°= 360.

raison de la procédure. Il en est ainsi par exemple, lorsqu'un juge consulaire du tribunal est soumis à une procédure collective ou si la mise sous redressement de l'entreprise concernée est de nature à provoquer un trouble régional.

Reste enfin le cas des entreprises multinationales dont le redressement judiciaire met en présence les règles du droit international privé et celles du droit des procédures collectives. S'agissant de la compétence territoriale, il n'est pas certain que le critère du siège social soit retenu, car la méthode conflictuelle se heurte à l'ordre public national. Les procédures collectives internationales doivent ainsi faire l'objet de conventions bi ou multinationales pour déterminer les règles de compétence territoriale⁴⁵⁰.

2. Ineffectivité de la clause attributive de compétence en matière de difficultés des entreprises.

En traitant de la compétence territoriale des juridictions de commerce, l'article 12 de la loi n°= 53-95 a prévu la possibilité pour les parties de convenir par écrit de désigner le tribunal compétent. La question est de savoir si cette disposition est applicable en matière des difficultés de l'entreprise.

Dans son jugement du 7 avril 1999, le tribunal de commerce de Marrakech a dans ses attendus fait référence à la nécessité de respecter la volonté des parties, conformément aux articles 11 et 12 de la loi n°= 53-95. La décision a relevé que le n°= 2 de l'article 11 prévoit la faculté pour les parties de choisir le tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège social ou le principal établissement du commerçant. Ensuite, elle a admis la possibilité pour le créancier et le débiteur de donner compétence à un tribunal désigné par eux dans une convention écrite⁴⁵¹.

⁴⁵⁰- Voir pour plus de détails, Trochu, *Conflits des lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Rev. soc. 1979, p. 567.

⁴⁵¹- Remarquons que cette décision a été rendue au lendemain de l'entrée en vigueur des juridictions de commerce et aux premières applications du livre V du CCM.

Comme la doctrine qui a commenté cette décision⁴⁵², on ne peut s'arranger du côté de telles solutions. Tout d'abord, le n°= 2 de l'article 11 ne prévoit aucune option que le débiteur et les créanciers peuvent exercer. Le tribunal a fait une mauvaise interprétation de cette disposition, en ce sens qu'il a confondu entre siège social et établissement du commerçant, lesquels se ramènent à la même et unique notion, celle que le législateur français désigne par le terme, siège de l'entreprise (article 1 du décret du 27 décembre 1985). Lorsque le débiteur est une personne physique, c'est le tribunal du principal établissement qui est compétent. Pour la société, c'est le tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège social qui l'est. En d'autres termes, le débiteur ne peut avoir, en même temps, un siège social et un principal établissement que la compétence territoriale sera partagée entre deux tribunaux et que ce dernier pourrait convenir avec ses créanciers d'attribuer compétence à l'un ou l'autre.

S'agissant de l'applicabilité de l'article 12 de la loi n°= 53-95, on ne peut admettre que la convention des parties puisse faire échec à la compétence normalement reconnue au tribunal concerné. Tout d'abord, dans un domaine tel que celui des difficultés de l'entreprise où les règles en vigueur sont d'ordre public, la volonté des parties n'a qu'un rôle mineur pour influencer la procédure⁴⁵³. De même, admettre que les parties puissent convenir de désigner le tribunal compétent peut conduire, outre à une répartition inéquitable des affaires entre les différentes juridictions, à des solutions inadaptées, tant il est vrai que la proximité de l'entreprise au tribunal est requise pour des décisions opportunes. D'autre part, l'application de l'article 12 en la matière revient à dénuer le tribunal de l'un de ses pouvoirs les plus importants que la loi lui a reconnu, celui de se saisir d'office. Le tribunal ne peut en

⁴⁵²- M. Akherif, thèse préc. n°= 253.

⁴⁵³- Sous réserve de quelques domaines où il y a lieu de respecter cette volonté. Ainsi, par exemple, l'impossibilité d'imposer des charges aux créanciers auxquelles ils n'ont pas consenties dans le plan de continuation.

effet user d'une telle prérogative si les parties conviennent de donner compétence à un autre tribunal.

Le tribunal de Marrakech a sans doute interprété l'article 12 isolément, sans rapprochement avec l'article 11 qui le précède. Le fragment de l'article 12 qui dispose que les parties peuvent « *dans tous les cas* » désigner le tribunal compétent par une convention écrite peut signifier que cette possibilité est ouverte quelque soit le domaine en matière commerciale. Mais il est à remarquer avec une partie de la doctrine que l'article 11 déroge aux règles de la compétence territoriale telles qu'elles sont prévues par l'article 28 du C.P.C, l'article 12 ne peut de plus déroger à une exception⁴⁵⁴.

C. L'exception d'incompétence, incident de procédure.

L'exception d'incompétence est un incident de procédure qui peut être soulevé par le débiteur qui entend retarder l'ouverture de la procédure ou par le créancier qui désire que la procédure soit portée devant un tribunal pour des raisons qui lui sont propres. Dans tous les cas, cela peut avoir des effets pervers sur la situation de l'entreprise et peut porter atteinte aux intérêts en présence. Le législateur marocain n'a pas prévu en la matière une procédure spéciale laissant ainsi le soin au tribunal de puiser dans le droit commun les règles à appliquer.

Ainsi, il y a lieu de faire application des règles du code de procédure civile, plus précisément les articles 16 et 17. Il est à noter également que l'article 8 de la loi n°= 53-95 instituant les juridictions de commerce n'a écarté l'application de l'article 17 qu'à propos de l'exception d'incompétence en raison de la matière. Dès lors, le tribunal dispose de la faculté de statuer sur cet incident soit par jugement séparé, soit en joignant l'incident au fond. Dans le cas où le juge entend écarter l'exception estimant qu'elle est non fondée, la diligence commande de statuer en joignant l'incident au fond, soit une solution

⁴⁵⁴- M. Lefrouji, op. cit. p. 74.

qui a été retenue par le tribunal de commerce de Marrakech⁴⁵⁵. Cette solution traduit le souci du pouvoir judiciaire de conforter l'impératif de l'expéditivité de la procédure.

Toutefois, si on peut mettre à l'actif de ce jugement un tel souci, l'on ne peut qu'émettre des réserves quant à l'applicabilité du premier alinéa de l'article 16 du C.P.C, en ce qu'il dispose que « *Toute exception d'incompétence, en raison de la matière ou du lieu, doit être soulevée par les parties...* ». En effet, le jugement en question a relevé que seule la partie qui a intérêt doit soulever ladite exception, ce qui n'est guère compatible avec les règles du droit des procédures collectives, tant il est vrai que l'intérêt de l'entreprise prime tous les intérêts catégoriels. Si le tribunal a le pouvoir de se saisir d'office pour ouvrir une procédure de redressement judiciaire, il en va de même pour l'exception d'incompétence, sans que cette possibilité soit restreinte aux parties à la procédure. La cour de cassation française a eu l'occasion de consacrer ce principe dès les premières applications de la loi du 25 janvier 1985⁴⁵⁶.

D'autre part, le jugement précité n'a pas manqué de souligner que les règles gouvernant la procédure de redressement judiciaire font partie de l'ordre public économique et social, en l'occurrence, les règles relatives à la compétence territoriale. Or, ce caractère n'est pas compatible avec la limitation aux parties précédemment désignées de l'exception d'incompétence⁴⁵⁷.

Celle-ci doit donc être soulevée d'office, comme l'a fait le tribunal de commerce de Fès qui a décidé qu'il n'est pas territorialement compétent et a, conformément à l'alinéa 4 de l'article 16 du C.P.C renvoyé l'affaire devant le tribunal de commerce de Meknès se trouvant ainsi saisi de plein droit⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ - Trib. com. Marrakech, 7 avr. 1999, aff. n°= 1/ 98, préc.

⁴⁵⁶ - Cass. com. 11 juin 1985, Gaz. pal. 1985, 2, 746, note Guinchard et Moussa.

⁴⁵⁷ - Cette position a été prise également parla doctrine marocaine avant la promulgation du code de commerce de 1996. Voir C. Sbaï, op. cit. n°= 207/2.

⁴⁵⁸ - Trib. com. Fès, 7 nov. 2001, aff. n°= 46/2001(inédit).

Le pouvoir judiciaire est donc appelé, devant l'absence de règles procédurales spécifiques, d'en forger en confortant les règles du droit commun au particularisme du droit des entreprises en difficultés. Le tribunal doit donc être vigilant dans l'application des règles de la procédure civile conçues, essentiellement, pour la protection des intérêts privés. Celles-ci ne doivent recevoir application qu'autant qu'elles sont compatibles avec la lettre et l'esprit du livre V du code de commerce.

En conclusion, le tribunal apparaît ainsi comme le centre névralgique du traitement de la défaillance de l'entreprise, ce qui explique son intervention dans les étapes cruciales de la procédure. La multitude des intérêts rattachés à l'entreprise explique l'ampleur et la pluripotence de son pouvoir décisionnel, nécessaire à la réalisation des finalités socio-économiques qui inspirent la nouvelle réglementation. Mais si le rôle du tribunal est essentiel pour imposer des mesures, il demeure que son intervention est relativement ponctuelle, si bien qu'il s'avère nécessaire de faire suivre et accélérer la procédure par un organe quasi-permanent, le juge-commissaire.

CHAPITRE II : L'INSTITUTION DU JUGE-COMMISSAIRE, EXPRESSION DE LA CONSUBSTANTIATION DU POUVOIR JUDICIAIRE ET DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE

Le juge-commissaire est une institution spécifique au domaine des procédures collectives, elle est l'expression de la différenciation et de l'organisation de l'appareil judiciaire dans l'intérêt de l'entreprise et de ses différents partenaires.

Le Maroc a adopté cette institution en 1913, alors que le droit antérieur, celui islamique connaissait une organisation judiciaire reposant sur le système du juge unique. En matière de faillite, un seul juge cumulait les fonctions d'administration et de traitement du contentieux, de sorte qu'il représentait aussi bien le débiteur que les créanciers, et pouvait seul ou assisté, réaliser l'actif, vérifier les créances et procéder à la distribution du produit de la réalisation de l'actif entre les créanciers⁴⁵⁹. Au lendemain du protectorat, l'institution du juge-commissaire a vu le jour, à travers la promulgation du code de commerce du 12 août 1913 s'inspirant de celui français de 1807. On percevait déjà dans cette législation l'importance du rôle de cet acteur, au point de susciter l'intérêt d'une littérature fort autorisée⁴⁶⁰ ne manquant pas de souligner, par la même occasion, l'insuffisance des moyens d'actions d'alors pour accomplir une tâche de compromis entre des intérêts conflictuels.

Cette institution trouve sa raison d'être dans le fait que le traitement des difficultés des entreprises ne peut être mis à la charge du seul tribunal, faut-il un acteur (judiciaire) qui doit communiquer avec

⁴⁵⁹- M. I. Chaffi « Al Oum », Tome III, 1^{ère} édition, Maison du livre, Beyrouth, 1993, p. 273 et s, (en arabe).

⁴⁶⁰- La doctrine française ne manque pas de rapporter, comme témoignage à l'importance du rôle du juge commissaire l'œuvre de Balzac « ... sur le vu du bilan, le tribunal de commerce nomme aussitôt un juge-commissaire qui veille aux intérêts de la masse des créanciers inconnus et doit aussi protéger le failli contre les entreprises vexatoires de ses créanciers irrités : double rôle qui serait magnifique à jouer si les juges-commissaires en avaient le temps... » (Extrait de « César Birotteau », 1837).

les autres organes de la procédure et de prendre les mesures qui s'imposent au moment opportun. C'est ce qu'exprime l'article 638 du code de commerce de 1996 reprenant les termes de l'article 14 de la loi française de 1985 «*Le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence*».

A lire les textes, le juge-commissaire apparaît comme un personnage central de la procédure. Son rôle est tellement multiple qu'il rejailit aussi bien sur le redressement de l'entreprise que sur la situation des créanciers (Section I). Il est appelé à trancher des litiges et assurer des fonctions administratives dans un laps de temps relativement court, ce qui suppose des moyens et des instruments d'action efficaces (Section II).

Section I : Multiplicité du rôle du juge-commissaire.

Le juge-commissaire a un rôle multiple qui s'étale depuis l'ouverture de la procédure jusqu'à sa clôture. Pendant la période d'observation, il entreprend un ensemble de mesures dont l'objectif en fait le garant de la sauvegarde du patrimoine de l'entreprise (I). Parallèlement, il contribue à la préparation de la solution et lorsque la liquidation judiciaire est prononcée, il intervient par le biais de son pouvoir de décider des modes de réalisation de l'actif (II).

I. Le juge commissaire garant de la sauvegarde patrimoniale de l'entreprise.

Quoique la loi a prévu une période d'observation destinée à diagnostiquer l'entreprise et à établir un bilan sur sa situation, le législateur a entendu mettre à profit cette période pour préparer le redressement dès cet instant. Dans cette optique, il s'avère urgent d'assurer l'intégrité du patrimoine, laquelle mission tourne autour de la protection de l'actif de l'entreprise aussi bien contre les agissements du

débiteur que la réclamation des créanciers ou des tiers(A). D'autre part, il est impérieux de connaître et de fixer le passif, ce à quoi le juge-commissaire contribue amplement (B).

A. Le juge-commissaire garant de la protection de l'actif de l'entreprise.

La poursuite de l'activité après l'ouverture de la procédure fait que l'actif de l'entreprise subit des fluctuations du fait des mouvements d'entrée et de sortie. Sa protection requiert un contrôle permanent de ces mouvements. Le juge-commissaire est alors investi du pouvoir de prescrire certaines mesures ayant un caractère conservatoire (1) et d'autoriser l'accomplissement de certains actes qui sont de nature à mettre en danger l'intégrité du patrimoine (2). D'autre part, le rôle du juge-commissaire s'affirme également en tant que juridiction de premier degré pour connaître des actions en revendication, par lesquels les créanciers entendent récupérer des biens prétendus comme siens (3).

1. La protection de l'actif par les prescriptions du juge-commissaire et l'appréciation de sa consistance.

Il s'agit pour l'essentiel de mesures conservatoires ayant trait à l'inventaire, à l'apposition de scellés, au courrier du débiteur et à la rémunération du débiteur. L'objectif de ces mesures est également de connaître la consistance de l'actif de l'entreprise et d'en contrôler les sorties éventuelles, afin de juger de la possibilité du redressement. En réalité, l'efficacité de ces prescriptions reste limitée qu'elles concernent les biens de l'entreprise (a) ou la personne du débiteur (b).

a. Efficacité limitée des prescriptions relatives aux biens de l'entreprise.

Les biens de l'entreprise peuvent être multiples et de différentes catégories juridiques. Pour cerner leur consistance, deux techniques sont classiquement admises et consacrées par la loi : l'apposition des scellés et l'inventaire. Seulement la première reste d'une efficacité

limitée pour éviter la dilapidation de l'actif. La seconde est souvent difficile à mettre en œuvre.

a-1- Assiette limitée de la prescription des scellés.

Pour protéger l'entreprise et éviter tout détournement, le juge-commissaire dispose du pouvoir d'ordonner d'apposer des scellés sur les biens meubles de l'entreprise. Ce pouvoir était également reconnu au juge-commissaire sous l'empire de l'ancien code de commerce⁴⁶¹, mais il était peu usité en raison de l'ouverture tardive de la procédure.

Le caractère facultatif de cette mesure a été à l'origine de pratiques différentes entre les tribunaux. Par exemple, au niveau du tribunal de commerce de Casablanca, le juge-commissaire ne prescrit généralement cette mesure que s'il est saisi d'une demande émanant du syndic. Contrairement, dans certains tribunaux comme celui de Marrakech, on y a procédé d'office dans les premières affaires, avant de regagner la pratique du tribunal de Casablanca⁴⁶².

La loi n'a pas décrit la procédure à suivre, ce qui donne application aux articles 221 et suivants du CPC. Ainsi, les parties intéressées sont convoquées par les soins du greffier qui leur précise la date et l'heure de l'inventaire. Un procès verbal est dressé en présence du syndic puis remis au juge-commissaire. Certaines ordonnances du juge-commissaire se contentent d'indiquer qu'il est fait droit à la demande du syndic sans indiquer de détails sur l'opération⁴⁶³. D'autres, par contre, prennent le soin d'indiquer la référence aux dispositions du CPC en précisant que l'apposition des scellés sera faite par les soins du greffier en présence du syndic⁴⁶⁴.

⁴⁶¹- L'article 213 de l'ancien code reconnaissait le pouvoir d'ordonner cette mesure au tribunal, sauf si le juge-commissaire estime qu'il est nécessaire de procéder à l'inventaire immédiatement.

⁴⁶²- Cette tendance a été mise en évidence suite à des visites périodiques aux tribunaux correspondants.

⁴⁶³- P. ex. Trib. com. Tanger, ord. n°= 8/2003 du 2 fév. 2003, (inédit).

⁴⁶⁴- P. ex. Trib. com. Rabat, ord. n°= 12/2004 du 19 janv. 2004, (inédit).

Néanmoins, une difficulté subsiste, celle de déterminer l'assiette des biens concernés par les scellés. Le problème se pose avec acuité en présence d'une entreprise individuelle où le débiteur répond de son patrimoine entier. Les biens personnels peuvent-ils être concernés ? S'il l'on considère le principe de l'unité du patrimoine, théoriquement les scellés peuvent s'étendre à ces biens. Cependant, en pratique l'intérêt est focalisé aux biens affectés à l'exploitation de l'activité.

En réalité, l'efficacité de cette mesure reste limitée, car le débiteur malhonnête procède, le plus souvent, à l'organisation de son insolvabilité bien avant l'ouverture de la procédure. La pratique montre d'autre part que dès les premiers signes de difficultés, le débiteur cherchant des liquidités immédiates, recourt à la vente des biens de l'entreprise (stock de marchandises ou des meubles de l'entreprise) de sorte que les scellés ne présentent guère d'intérêt. De plus, l'apposition des scellés n'est pas possible pour certains biens, le juge-commissaire peut donc les distraire en vue de leur utilisation, c'est le cas des marchandises périssables. On comprend donc que cette mesure conservatoire est surtout valable pour les outils de production qui ont une grande valeur pécuniaire. De toutes les façons, cette mesure étant provisoire, la loi a prévu la possibilité pour le juge-commissaire de lever les scellés.

a-2- La prescription d'inventaire, une pratique non systématique.

L'inventaire est également une mesure qui permet d'apprécier le patrimoine de l'entreprise en procédant à une énumération des éléments actif et passif de celle-ci. Il est généralement lié à l'apposition des scellés, et c'est le syndic qui s'en charge seul ou assisté d'un expert s'il y a lieu. Il doit être en principe contradictoire, en présence du débiteur, afin d'avoir une valeur probante. L'intérêt de cette mesure est d'identifier les biens de l'entreprise en distinguant ceux qui sont grevés de charges ou ceux faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété.

Signalons que l'inventaire était obligatoire sous l'empire du code de commerce de 1913. Actuellement, même s'il s'agit d'une simple faculté, il est souhaitable de se livrer systématiquement à une telle mesure lorsque l'objet en est d'une grande importance, car outre l'intérêt de connaître l'importance de l'actif de l'entreprise, elle permettra d'éviter des revendications de la part de vendeurs ou de créanciers indifférents au redressement⁴⁶⁵. Ainsi, même si « *l'absence d'inventaire ne fait pas obstacle à l'exercice des actions en revendication ou en restitution* »⁴⁶⁶, la preuve sera relativement facile à établir dans une certaine mesure. Le vendeur bénéficiaire de la clause de réserve de propriété aura ainsi à établir que le bien litigieux existe toujours dans le patrimoine du débiteur.

Une autre conséquence de l'inventaire. Elle concerne également le régime de la preuve à savoir, la charge probante. Selon certains auteurs⁴⁶⁷, lorsqu'il est procédé à un inventaire, il se produit un renversement de celle-ci, c'est le mandataire de justice qui doit prouver que les biens litigieux appartiennent ou non au patrimoine de l'entreprise.

La pratique nous renseigne que l'inventaire n'est pas une mesure fréquente. Lorsqu'il est ordonné, le juge-commissaire veille à ce qu'il soit accompli par le syndic en présence obligatoire du débiteur. Souvent, le chef de l'entreprise se trouve avoir procédé lui même à cette opération dans le cadre de l'établissement de la situation annuelle. Le syndic, tout en sachant que l'inventaire ainsi établi n'a aucune valeur probante peut, néanmoins, s'en inspirer pour établir le sien. Si l'inventaire n'a pas été établi par le syndic, mais uniquement par le chef de l'entreprise dans le cadre de la gestion courante, rien n'empêche de l'adjoindre aux documents du dossier⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ - L'inventaire avait un caractère obligatoire dans le code de 1913.

⁴⁶⁶ - Art. 648, al. 2 du CCM.

⁴⁶⁷ - F. Perochon, Les créanciers et la clause de réserve de propriété, Colloque C.R.A.J.E.F.E de Nice, mars 1991, « L'application de la loi du 25 janvier 1985, bilan », p. 110.

⁴⁶⁸ - Entretien avec un juge commissaire, tribunal de commerce de Mèkès, 2005 - 2006.

Toutefois, l'inventaire est une opération qui n'est pas toujours facile, surtout lorsque les biens qu'il s'agit d'inventorier sont des choses de genre dont le comptage fait appel parfois à des techniques laborieuses, d'où le recours à un expert pour assister le syndic. L'expérience marocaine révèle que la fréquence de sa prescription est fonction de la nature de l'activité, des causes de difficultés et de l'attitude du syndic. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une activité de distribution, l'inventaire est fréquemment prescrit. Il en est de même si les causes de difficultés révèlent une mévente ou une forte concurrence. Mais généralement, si le syndic le requiert, le juge-commissaire ne fait qu'ordonner cette mesure.

S'agissant des formalités relatives à l'inventaire, notre loi a gardé le silence. L'article 51 du décret français du 27 décembre 1985 précise qu'il est établi en double exemplaire dont l'un est conservé par l'administrateur, le représentant des créanciers ou le liquidateur et l'autre est déposé au greffe. Aucune forme particulière n'est exigée, un inventaire sous-seing privé fait foi.

Comme l'apposition des scellés, l'inventaire peut se révéler inefficace dans la mesure où aucune déclaration d'intérêts n'est exigée pour les commerçants. Les documents comptables renseignent peu sur les biens inventoriés. Par-dessus tout, dans notre pays, l'importance du secteur informel pèse lourd sur la composition patrimoniale des entreprises, car en l'absence d'une facturation systématique, on procède souvent à de fausses déclarations. Les opérations douteuses ont pour support un compte bancaire tenu chez un autre banquier.

En réalité, ce problème ne concerne pas uniquement le Maroc, il est rencontré avec plus ou moins d'acuité dans d'autres pays. Ainsi, on n'a pas hésité en France à recommander d'instaurer à l'instar de l'Allemagne, l'obligation pour les débiteurs de déclarer tous leurs biens⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ - Y. Guyon « Droit des affaires », Tome II, 6ème édition, n°= 1200.

b. Inefficience des prescriptions ayant trait au débiteur en personne.

Les prescriptions du juge commissaire peuvent également concerner le débiteur en qualité de dirigeant de l'entité en redressement judiciaire. La loi a prévu deux mesures, la remise du courrier au syndic et la rémunération du débiteur, mais on se demande si ces prescriptions peuvent favoriser le redressement.

b-1- Facilité de détournement du courrier.

Le juge-commissaire dispose de la faculté de prescrire de remettre au syndic les lettres qui sont adressées au chef de l'entreprise⁴⁷⁰. Rappelons que la loi fait obligation à tout commerçant de classer les originaux des correspondances reçues ou envoyées et de les conserver pendant dix ans à compter de leur date⁴⁷¹. Celles-ci peuvent fournir des informations précieuses relatives au patrimoine de l'entreprise et constituer, en l'occurrence, des éléments de preuve des litiges concernant les biens du débiteur. Il en est de même s'agissant de la politique menée par les gérants et des intérêts qu'ils peuvent avoir dans d'autres entreprises. En mettant en œuvre une telle prescription, le juge-commissaire peut entraver toute initiative de détournement. L'ouverture du courrier peut avoir lieu en présence du chef de l'entreprise qui se fait remettre immédiatement les lettres ayant un caractère purement personnel.

Concernant la pratique, le syndic peut être confronté à l'opposition de la poste, affichant une vigilance particulière en matière de réexpédition⁴⁷². Dans cette optique, l'ordonnance du juge-commissaire se révèle être une pièce maîtresse dans la mise en jeu de

⁴⁷⁰- Art. 651 al. 1 du CCM. Cette disposition est contraire à celle de l'article 12 de la constitution marocaine, mais elle trouve sa justification dans le besoin imminent de sauver l'entreprise et les intérêts qui s'y rattachent.

⁴⁷¹- Art. 26 du CCM.

⁴⁷²- Art. 209 et s. de l'instruction générale n°= 500-34 sur le service des postes, télégraphes et téléphones, 12 juin 1972, livre II, fasc. 5.

cette mesure conservatoire. Au fait, la réticence de la poste est levée dès que le syndic se présente au responsable local de l'office des postes et télécommunications muni du jugement d'ouverture et de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la remise du courrier⁴⁷³. Le responsable local en avise le service de tri, afin que la réexpédition ait lieu entre les mains du syndic désignant son domicile professionnel. Lorsqu'il s'agit d'un greffier, celle-ci a lieu au greffe du tribunal de la procédure. Le problème de la rémunération de ce service ne semble pas posé.

En France, une instruction de la poste datant du 26 avril 2001 prévoit que l'administrateur judiciaire ou le mandataire doit souscrire un contrat de réexpédition dès sa nomination et régler les sommes afférentes à l'administration (environ 18,3 Euros). Ces derniers se sont opposés à cette instruction prétendant à la gratuité du service et certains jugements leur donnant raison se sont vus infirmés par les cour d'appel concluant à la nécessité de respecter ladite instruction⁴⁷⁴.

Cette prescription semble avoir un caractère naïf, car un chef d'entreprise malhonnête peut facilement s'en dérober en changeant d'adresse.

b-2- La récompense du débiteur entre la clémence et la souveraineté du juge.

La récompense du débiteur est l'expression de la clémence du juge envers le débiteur. Le facteur qui inspire le juge est le degré de collaboration du chef de l'entreprise à l'élaboration de la solution.

⁴⁷³ - Entretien 25 sep. 2008: durant le déroulement des premières procédures où les services de poste ont été appelés à la mise en œuvre de la remise du courrier au syndic, on a assisté à une résistance de la part de cette administration. Malgré la présentation par le syndic des décisions du pouvoir judiciaire relatives à la procédure, cette administration opposait le secret des correspondances et par conséquent leur caractère personnel. Ce n'est qu'au fur et à mesure de la pratique que l'habitude s'est instaurée de répondre rapidement à l'autorisation du juge-commissaire. Un expert comptable ayant été désigné syndic à plusieurs reprises affirme avoir reçu une correspondance de la part de la poste l'informant de l'acceptation de la remise du courrier environ une année après le jugement décidant du sort de l'entreprise.

⁴⁷⁴ - Versailles, 12 juin 2002, soinejuris n°= 43150. Sur l'ensemble de la question, voir, B. Soinne, Le droit des procédures collectives et la poste, Rev. proc. coll. déc. 2002, n°= 4, p. 227.

Pratiquement, le chef de l'entreprise présente sa demande au juge-commissaire qui, après avoir requis l'avis du syndic, rend une ordonnance indiquant le montant de la rémunération devant lui être allouée et les modalités de sa perception⁴⁷⁵. Lorsque le syndic est doté d'une mission d'assistance, c'est lui qui se charge de l'accomplissement de cette mesure. Une preuve doit être conservée, le syndic en rend compte au juge-commissaire. En cas de mission de surveillance, le chef de l'entreprise peut lui-même procéder à la perception de sa rémunération, mais le syndic doit surveiller l'accomplissement de cette opération.

Quant au montant, le juge-commissaire, disposant d'un pouvoir discrétionnaire, tient compte d'un faisceau d'indices. Dans son ordonnance du 9 août 2001, après avoir rappelé son pouvoir souverain en la matière, le juge-commissaire a tenu compte de la situation sociale du demandeur, de la situation financière de l'entreprise et du coût de la vie⁴⁷⁶.

La rémunération du chef de l'entreprise n'est pas exempte de problèmes dans la mesure où il faut savoir si elle peut toujours être de mise en cas d'éviction de la gestion, le syndic étant alors investi d'une mission de représentation. La cour d'appel de commerce de Marrakech a décidé qu'à défaut de prouver qu'il gère encore son entreprise, le débiteur ne peut se voir bénéficier des dispositions de l'article 652 du CCM, donc il ne peut recevoir ni rémunération, ni subsides⁴⁷⁷. Cette décision s'inscrit dans le sillage de la jurisprudence française qui a refusé toute rémunération au débiteur en cas de liquidation judiciaire, même avec poursuite de l'activité⁴⁷⁸. La même décision a été prise à

⁴⁷⁵- Dans le silence de la loi, l'avis du syndic n'est pas obligatoire, mais la pratique s'est instaurée auprès de certains tribunaux, en l'occurrence ceux de Casablanca, Marrakech et Rabat de consulter le syndic à cet effet.

⁴⁷⁶- Trib. com. Marrakech, ord. 9 août 2001, n°= 91/2001, aff. n°= 7/2000, (inédit).

⁴⁷⁷- C.A com. Marrakech, 29 oct. 2002, n°= 923, aff. n°= 105/6/02, (inédit).

⁴⁷⁸- Cass. com. 23 fév. 1983, Rev. soc. 1984, p. 65, note D. de Brisis.

l'égard du gérant de fait, puisque l'application de la disposition en question concerne la situation de droit et non de fait⁴⁷⁹.

En réalité, l'idée d'octroyer une rémunération ou d'allouer des subsides au débiteur n'est pas étrangère au système marocain dont la culture musulmane est imprégnée de clémence envers les personnes en gêne financière. La tradition séculaire en droit musulman nous enseigne que le juge, le « Hakam » ou le « sultan » avait toute la latitude de décider d'une subvention du failli pour faire face aux besoins quotidiens de sa nourriture et de son habillement, ainsi que ceux de l'époux et de ses enfants mineurs, conformément aux usages locaux⁴⁸⁰.

2. La protection de l'actif par les autorisations du juge-commissaire : contrôle des sorties des biens de l'entreprise.

Le juge-commissaire intervient également par le biais du pouvoir d'autoriser l'accomplissement de certains actes ou opérations pouvant avoir une incidence sur le redressement et le paiement des créanciers. Ces autorisations s'articulent autour de plusieurs axes : les actes du débiteur qui peuvent être étrangers à la gestion normale, à l'égard desquels la loi s'est montrée laconique (a), la constitution de suretés et l'accomplissement de transactions et de compromis (b), le paiement de certaines créances (c) et le mouvement sur le compte des droits sociaux (d).

a. Laconisme de la loi relatif à l'autorisation par le juge-commissaire d'actes étrangers à la gestion normale.

Contrairement à la loi française, le législateur marocain a observé le silence quant à l'institution d'un droit de regard du juge-commissaire sur la gestion de l'entreprise par le débiteur pendant la période d'observation. Le constat est d'autant plus important que l'ouverture de la procédure ne dessaisit pas le chef de l'entreprise. L'on

⁴⁷⁹- T.G.I Douai, 28 avr. 1989, Rev. proc. coll. 1990, p. 381, obs. Dureuil.

⁴⁸⁰- M. Zouhayli, préc. p. 274.

crain ainsi que ce dernier accomplisse des actes qui entraveraient le redressement. De plus, à supposer l'autorisation du juge-commissaire requise, cela pose la question de son étendue.

a-1- Arguments plaidant en faveur de la nécessité d'une autorisation.

Reprenant les termes de l'article 33 de la loi française du 25 janvier 1985, l'article 578 du CCM dispose que « *Le juge-commissaire autorise le chef de l'entreprise ou le syndic à consentir une hypothèque ou un nantissement, à compromettre ou à transiger* », mais il n'en a pas repris le premier fragment qui précise que le juge-commissaire « *autorise le chef de l'entreprise (ou l'administrateur) à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise* ». Cela signifie-t-il que le débiteur peut accomplir n'importe quel acte de gestion en dehors de ceux qui sont cités par cette disposition sans en demander l'autorisation à ce dernier ? Il est vraisemblable que la réponse ne peut être affirmative.

Il y a lieu de noter d'emblée qu'il y a une similitude entre les articles 578 et celui 555 alinéa 5 du CCM en ce qu'ils consacrent la nécessité d'une autorisation judiciaire pour certains actes qui pourraient être accomplis par le chef de l'entreprise. Seulement, le législateur a expressément subordonné l'accomplissement « *d'acte(s) de disposition étrangers à la gestion normale de l'entreprise* » à l'autorisation du président du tribunal lorsque le débiteur bénéficie d'une suspension provisoire des poursuites pour faciliter la conclusion du règlement amiable⁴⁸¹. L'objectif étant toujours le même, celui de protéger l'entreprise contre des actes irréflechis du débiteur ou contre des manœuvres dilatoires éventuelles. Donc, si une autorisation judiciaire est requise à un stade où l'entreprise n'est pas encore en cessation des paiements, il en va à plus forte raison lorsqu'une procédure collective est ouverte.

⁴⁸¹- Supra, p 54.

D'autre part, la loi a entendu limiter la plénitude des pouvoirs du chef de l'entreprise, raison pour laquelle la loi a prévu un « dessaisissement à géométrie variable »⁴⁸². Ce dernier ne peut donc accomplir n'importe quel acte au mépris de l'intérêt de l'entreprise et de ses créanciers. Un droit de regard doit être alors reconnu au pouvoir judiciaire. Par ailleurs, même si le jugement d'ouverture n'investit le syndic que d'une mission de surveillance, ce dernier demeure le seul à décider de la continuation des contrats en cours, le débiteur conservant tous ses pouvoirs de gestion n'a dans cette sphère aucun pouvoir de décision.

De plus, lorsqu'il y a dessaisissement total du débiteur au profit du syndic, la gestion de l'entreprise requiert quasi-systématiquement l'autorisation du juge-commissaire, il en va *a fortiori* pour le débiteur qui peut être tenté de favoriser certains créanciers ou de détourner l'actif de l'entreprise pour des fins personnelles.

Enfin, la loi a prévu un régime de nullité de certains actes, afin de protéger l'entreprise et les créanciers contre les agissements du débiteur (articles 681 à 685 du CCM). Le tribunal peut être saisi par le syndic d'une action en nullité d'un acte accompli par le chef de l'entreprise au cours de la période suspecte dans le but de reconstituer l'actif de l'entreprise. Ainsi s'il est permis de critiquer des actes effectués par le débiteur dans le passé, une habilitation judiciaire est alors requise pour les actes dont les retombées sont à venir.

Il s'ensuit que malgré l'absence de la disposition en question, le débiteur est tenu de demander une autorisation au juge-commissaire pour des actes qui peuvent compromettre gravement l'avenir de l'entreprise.

Mais l'on se demande ce qu'est un acte contraire à la gestion normale de l'entreprise. D'autre part, quelle est la sanction qui se rattache à l'accomplissement d'un tel acte au mépris de l'autorisation du

⁴⁸²- C. Saint Alary Houin, « Droit des entreprises en difficulté », Montchrestien, Ed. 1996, n°= 494 et s.

juge-commissaire ? La jurisprudence française a eu l'occasion de préciser ce qu'est un acte de gestion courante pour en déduire *a contrario* celui qui tombe sous le coup de l'autorisation judiciaire. Il doit s'agir d'opérations réellement courantes, conformes aux usages de commerce et ne portant pas sur des valeurs importantes⁴⁸³. Ainsi, selon cette jurisprudence, tout acte qui ne présente pas ces caractères serait un acte étranger à la gestion normale de l'entreprise. Il en est ainsi de la vente de biens immobiliers⁴⁸⁴ ou de la cession du fonds de commerce⁴⁸⁵.

S'agissant de la sanction de la violation de l'autorisation judiciaire, elle est d'abord civile consistant en une nullité de l'acte. Elle est également pénale, l'article 203 de la loi française de 1985 punissant le débiteur d'une amende de 200 Euros et/ou d'un emprisonnement de deux ans.

On devine donc que dans le silence de la loi marocaine relativement à cette question, nos tribunaux auront à forger une solution qui est de nature à préciser les principes en la matière. Ainsi, parmi les rares décisions publiées dans ce contexte, à notre sens, on note celle émanant du juge commissaire désigné par le tribunal de commerce de Fès dans l'affaire « Société de carburant Salama ». En l'espèce, le représentant légal de l'entreprise a saisi ce dernier d'une demande d'autorisation de vente de l'immeuble supportant la station d'essence pour la transférer en dehors du périmètre urbain. Le juge commissaire a décidé de son incompétence, au motif que cela rentre dans les actes de gestion qui relèvent des pleins pouvoirs des dirigeants de l'entreprise en question⁴⁸⁶. L'ordonnance précise que les actes de gestion ne peuvent être censurés par le juge, ce qui prête à discussion, car en plus des arguments avancés, le système adopté par notre pays en

⁴⁸³ - Cass. com. 23 juin 1981, Bull. civ. IV, n°= 291 ; Cass. com. 8 mars 1983, Bull. civ. IV, n°= 97.

⁴⁸⁴ - C. Saint-Alary Houin, La gestion de l'entreprise pendant la période d'observation, RTD com. 1986, n°= spec. p. 37.

⁴⁸⁵ - Y. Guyon, op. cit. n°= 1210.

⁴⁸⁶ - Trib. com. Fès, ord. 19 juil. 2007, n°= 181, aff. n°= 10-99-06, Rev. sem. juris. aff. Centre de recherche MDJA, Faculté de droit de Fès, 2008, n°= 1, p. 4.

matière des difficultés des entreprises est celui d'une prise en charge judiciaire. Donc, on ne peut se retrancher derrière l'immixtion dans les affaires internes de l'entreprise pour laisser le débiteur agir comme il l'entend, un contrôle et une surveillance judiciaires sont nécessaires pour le redressement.

Cependant, si l'autorisation du juge-commissaire est nécessaire, ce dernier peut-il autoriser n'importe quel acte, quelles que soient ses conséquences financières ?

a-2- Etendue de l'autorisation du juge-commissaire.

La question de l'autorisation du juge commissaire n'est pas exempte de discussion. En effet, une habilitation judiciaire démesurée peut avoir des conséquences néfastes sur l'entreprise. Théoriquement, l'on craint-on que sous le couvert de la vente d'un élément de l'entreprise, le juge-commissaire autorise une cession d'une branche d'activité, voire même une cession totale de l'entreprise.

La plupart des auteurs évoquent l'article 81 de la loi du 25 janvier 1985 qui donne compétence au tribunal pour décider de telles cessions⁴⁸⁷. En effet, les cessions de branches complètes d'activité ou de l'entreprise ne se conçoivent que dans le cadre d'un plan, la période d'observation étant provisoire et transitoire. On a fait remarquer qu'un apport partiel d'actif à une autre société, quoique rentrant dans les pouvoirs des organes sociaux ne doit pas être réalisé au cours de la période d'observation, car il engage l'avenir de la société⁴⁸⁸. Confortant cette position, la cour de Toulouse estime que l'autorisation du juge-commissaire ne concerne que « *les éléments mineurs du patrimoine de l'entreprise et ne s'applique qu'à l'aliénation de biens qui laissent subsister*

⁴⁸⁷ - M. Jeantin « Instruments de paiements et de crédit et entreprises en difficulté », Dalloz, 2^{ème} éd., n°= 631 ; G. Daublon, La loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises et la vente d'immeubles, Défrénois 1986, 817.

⁴⁸⁸ - Y. Guyon, op. cit., n°= 1210.

cette entreprise comme par exemple, une machine, un stock de marchandises ou une créance »⁴⁸⁹.

Au Maroc, faute de recours, cette question n'a pas encore fait l'objet de débats jurisprudentiels, les cour d'appel de commerce n'ont pas hésité à reconnaître la compétence du juge-commissaire à connaître de toutes les difficultés relatives à la procédure collective et de prescrire toute mesure d'urgence rentrant dans la mission de veiller au bon déroulement de la procédure⁴⁹⁰. Mais l'autorisation du juge-commissaire de procéder à des cessions d'éléments déterminants au sein de l'actif de l'entreprise dépasse le cadre d'action du juge-commissaire tel qu'il est prévu par la loi (article 638 du CCM).

b. Autorisation par le juge-commissaire de la constitution de sûretés, de transactions et de compromis.

Si dans un but conservatoire, la loi a incité le débiteur (et le syndic en cas de négligence de ce dernier) d'effectuer tous les actes nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise, notamment l'inscription des sûretés, elle a en l'occurrence prohibé toute inscription d'hypothèques, nantissements ou privilèges que le débiteur serait tenté de faire postérieurement au jugement d'ouverture⁴⁹¹. L'objectif étant de bloquer le patrimoine de l'entreprise et de respecter le principe du traitement égalitaire des créanciers.

Cependant, cette interdiction n'est pas absolue. Le juge commissaire peut en vertu de l'article 578 du CCM autoriser le chef de l'entreprise ou le syndic à consentir une hypothèque ou un nantissement. En pratique, l'interdiction de consentir une hypothèque peut n'avoir aucun effet si le conservateur foncier ignore que l'entreprise en question est soumise à une procédure de redressement judiciaire. Par conséquent, le débiteur peut passer outre l'autorisation

⁴⁸⁹ - C.A Toulouse, 13 Mai 1987, Rev. dr. bancaire 1988, n°= 8, p. 136, obs. F. Dekeuwer-Defossez.

⁴⁹⁰ - Voir à titre d'exemple l'arrêt de la cour d'appel de Fès, n°= 32 du 28 mai 2003 (inédit).

⁴⁹¹ - Art. 666 du CCM.

du juge-commissaire et favoriser certains créanciers. Ceci n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une sûreté devant être inscrite au registre de commerce comme le nantissement du fonds de commerce.

Mais la question reste posée de savoir si ces deux sûretés sont citées à titre indicatif ou limitatif. Partant des travaux préparatoires de la loi en France⁴⁹², la doctrine française et à travers elle, celle marocaine ont admis que l'autorisation du juge-commissaire peut être étendue à d'autres garanties, l'hypothèque ainsi que le nantissement n'en sont qu'une illustration législative⁴⁹³.

La transaction est définie par le D.O.C⁴⁹⁴ comme étant « *un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennant la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions réciproques, ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un droit à l'autre partie* ». La dangerosité d'une telle opération réside dans le fait qu'elle peut appauvrir le patrimoine de l'entreprise en diminuant la valeur de l'actif, raison pour laquelle, elle ne peut être effectuée qu'à travers une autorisation du juge-commissaire. Ce dernier aura donc à apprécier le profit que l'entreprise pourra tirer de la transaction par rapport à la valeur de la concession.

Quant au compromis qui est fréquent en matière commerciale, il permet à un arbitre de trancher un litige. Tout d'abord, le recours à un tel procédé se révèle onéreux⁴⁹⁵ et la sentence arbitrale risque d'être défavorable au débiteur, ce qui aggravera sa situation. L'autorisation du juge-commissaire est donc requise.

Cependant, l'autonomie du juge-commissaire est limitée par l'alinéa 2 de l'article 578 qui soumet le compromis ou la transaction à l'homologation du tribunal si son objet est d'une valeur indéterminée ou excède la compétence en dernier ressort du tribunal. Il convient de

⁴⁹²- J.O Déb. Ass. Nat. 15 oct. 1984, p. 4711.

⁴⁹³- C. Saint Alary Houin, op. cit. n°= 523; M. Chebbou, op. cit. p. 322.

⁴⁹⁴- Art. 1098 du D.O.C.

⁴⁹⁵- B. Oppetit, Justice étatique et justice arbitrale, Etudes Bellet, Dalloz, 1991, p. 415.

rapporter que le tribunal de commerce n'est désormais compétent, en vertu de la loi n°= 18.02 du 13 juin 2002⁴⁹⁶ que lorsque l'objet du litige dépasse 20 000 Dirhams. La conséquence de cette réforme est que les tribunaux de commerce ne sont plus compétents en dernier ressort, mais uniquement en premier ressort, ce qui signifie que l'autorisation du juge-commissaire est dorénavant soumise à l'homologation du tribunal. C'est dire que le juge-commissaire perd de son autonomie, dans la mesure où le compromis ou la transaction doivent d'abord être autorisés et homologués par le tribunal, même si l'objet est d'une faible valeur.

c. Autorisation de paiements de certaines créances.

Il arrive fréquemment que les biens de l'entreprise soient l'objet de garanties de certaines créances que le débiteur aurait contractées antérieurement à l'ouverture de la procédure. A cet égard, l'article 657 du CCM pose la règle importante de l'interdiction de payer les dettes antérieures, afin d'éviter une aggravation du passif et de traiter les créanciers de manière égalitaire. Cependant, ce principe comporte une exception dont la mise en jeu relève du pouvoir du juge-commissaire. L'alinéa 2 de l'article 657 dispose que « *Le juge-commissaire peut autoriser le syndic à payer des créances antérieures au jugement pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise* ». Le juge-commissaire dispose alors d'un pouvoir souverain comme en matière d'autorisation de constitution de sûretés ou de compromis et de transactions. En effet, il doit s'assurer d'abord que le bien en question est gagé ou retenu d'une manière légitime et que la poursuite de l'activité de l'entreprise n'est possible qu'à travers la récupération du bien en question. Autrement, son autorisation ne ferait qu'affecter la trésorerie de l'entreprise par le biais d'une augmentation du passif.

⁴⁹⁶- Loi promulguée par le dahir n°= 1.02.108 complétant la loi n°= 53-95 instituant les tribunaux de commerce, B.O n°= 3-5029, 12 août 2002, p. 2263.

Le juge-commissaire est donc appelé à une plus grande vigilance et doit se garder de donner des autorisations hasardeuses, car le principe demeure celui de l'interdiction des paiements des dettes antérieures au jugement d'ouverture, l'exception devant toujours être d'appréciation rigoureuse.

En comparant la rédaction du texte marocain avec son équivalent en droit français (l'article 33 de la loi du 25 janvier 1985), on remarque que ce dernier a permis au juge-commissaire d'autoriser le chef de l'entreprise ou l'administrateur, alors que le premier ne prévoit d'autoriser que le syndic. Cette restriction n'est pas justifiée dans la mesure où le débiteur est censé mieux connaître son outil de production et l'importance des biens grevés pour la continuité de l'exploitation. Mais rien n'empêche ce dernier à inciter le syndic à demander une autorisation du juge-commissaire⁴⁹⁷. D'autre part, si les deux textes ont donné au juge un pouvoir souverain pour décider de l'autorisation en question, ils n'ont pas en revanche prévu la possibilité pour le juge-commissaire d'agir d'office, ce qui permettrait de suppléer à la défaillance ou l'omission du syndic.

D'une façon générale, on doit s'attendre à un usage exceptionnel de cette faculté par crainte d'aggraver le passif. Ainsi, a été refusée la demande d'autorisation de payer un créancier retenant un véhicule de transport, au motif que celui-ci n'était pas nécessaire à l'exploitation de l'entreprise et que sa valeur pécuniaire était jugée faible⁴⁹⁸.

d. Autorisation par le juge-commissaire de mouvoir les droits sociaux des dirigeants.

L'incidence de l'ouverture d'une procédure collective sur les droits sociaux est telle qu'il en résulte, conformément à l'article 650 du CCM une inaccessibilité touchant les parts sociales, les actions ou les certificats d'investissements ou de droits de vote des dirigeants de droit

⁴⁹⁷- La doctrine marocaine est allée jusqu'à admettre la possibilité pour le débiteur d'en référer au juge-commissaire en cas de carence du syndic. M. Lefrouji, op. cit. p. 331.

⁴⁹⁸- Trib. com. Casablanca, ord. 3 mai 2003, aff. n°= 309/2003, (inédit).

ou de fait, rémunérés ou non et ce, dès le jugement d'ouverture. Ces droits sont alors affectés par le syndic à un compte spécial bloqué et les dirigeants ne peuvent ainsi quitter la société. Néanmoins, ces derniers continuent à exercer les fonctions afférentes à leurs droits telles que la participation aux assemblées et l'exercice du droit de vote, l'interdiction ne visant que les actes de disposition.

L'intervention du juge commissaire a trait à la possibilité d'autoriser d'effectuer des mouvements sur le compte en question. Cependant, celle-ci ne peut s'étendre à l'aliénation des droits sociaux, un tel pouvoir revenant au tribunal dans les conditions qu'il détermine.

L'incessibilité des droits sociaux est une mesure conservatoire qui permet de maintenir les dirigeants de la société en place, afin de leur appliquer éventuellement les sanctions afférentes à une mauvaise gestion. L'expérience révèle que les juges commissaires se montrent réservés quant à l'usage de cette faculté. Certains justifient cette attitude par la nécessité de prendre le maximum de précautions⁴⁹⁹.

3. La protection de l'actif contre les revendications et l'autonomie juridictionnelle du juge commissaire.

L'importance du droit de propriété a fait que le droit des procédures collectives a maintenu en faveur de son titulaire, le droit de revendiquer son bien, contrairement au titulaire d'un droit de créance qui ne peut poursuivre le débiteur après l'ouverture de la procédure. En effet, la revendication porte sur un droit réel et non sur un droit de créance. Mais le redressement de l'entreprise ne peut être atteint si l'actif est détruit. La loi a donc cherché à trouver un compromis entre ces deux impératifs en faisant du juge-commissaire une juridiction à même de trancher les litiges relatifs à la revendication d'une façon expéditive et partant, d'accélérer la procédure.

⁴⁹⁹- Entretien au niveau du tribunal de commerce de Casablanca, sep. 2003.

Ainsi, lorsque le débiteur reconnaît le droit du revendiquant, il n'y a pas de contestation. Le transfert de propriété au débiteur ne s'est pas effectué, le revendiquant reprend son bien, lequel est considéré n'avoir jamais intégré le patrimoine de l'entreprise. De même, il n'y a pas lieu à demander une reconnaissance de son droit de propriété si le bien concerné a fait l'objet d'un contrat publié⁵⁰⁰. Toutefois, lorsqu'il y a lieu à revendication et que le débiteur et le revendiquant demeurent en désaccord, le juge-commissaire doit départager les parties⁵⁰¹. Le résultat d'une telle action emporte des conséquences importantes à l'égard des parties et de l'entreprise en question (b). Il convient donc de vérifier minutieusement ses conditions (a).

a. Vérification des conditions de la revendication par le juge commissaire.

Il convient de distinguer entre les biens faisant l'objet d'une réserve de propriété et ceux qui ne le sont pas. Dans ce dernier cas, les conditions sont communes à toutes les revendications.

a-1- Conditions communes à toutes les revendications.

La revendication n'est admise qu'à la réunion d'une condition de forme et de deux conditions de fond relatives au bien revendiqué.

- Condition du délai : la revendication ne peut être exercée que dans le délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture ou de la résiliation ou du terme du contrat pour les biens faisant l'objet d'un contrat en cours⁵⁰². Cette condition est facile à vérifier et permettra au juge-commissaire de rejeter la demande en cas de dépassement du délai, et donc d'accélérer la procédure⁵⁰³. Ce délai ne commence à courir qu'au jour de l'ouverture de la procédure pour les

⁵⁰⁰ - Art. 668 du CCM.

⁵⁰¹ - Selon l'article 675, le juge-commissaire ne peut intervenir qu'à défaut d'accord entre le débiteur et le revendiquant.

⁵⁰² - Art. 667 du CMM.

⁵⁰³ - P. ex. Ord., Trib. com. Oujda, 29 avr. 2005, aff. n°= 2/2004/05 (inédit).

biens faisant l'objet d'un contrat en cours. Passé ce délai, le propriétaire revendiquant est forclos et ne peut prétendre à un relevé de forclusion.

Cependant, il convient de lever la confusion entre la forclusion du créancier pour d'autres créances et son droit de revendication. Les deux questions sont distinctes, le propriétaire en question est en droit de revendiquer son bien à tout moment si une clause résolutoire est insérée dans le contrat. Ainsi, il a été décidé que si le contrat précise que la résolution a lieu dans les huit jours de la liquidation éventuelle du débiteur, il n'y a pas lieu à forclusion du revendiquant⁵⁰⁴.

Signalons que la jurisprudence française a considéré que le délai dont il est question est un délai préfix, non susceptible de suspension ou d'interruption⁵⁰⁵. Ce délai paraît être le résultat d'un compromis entre l'impératif de redressement et le souci de respecter le droit de propriété.

- Le bien doit être identifié : le droit de propriété implique que la chose revendiquée soit individualisée. Le juge-commissaire pourra ainsi s'aider de l'inventaire qui est une preuve de l'identification du bien litigieux.

- Existence en nature : l'identification ne suffit pas, le bien doit exister tout d'abord dans le patrimoine de l'entreprise, sinon la revendication est paralysée. Ensuite, il doit exister en nature, ce qui est rare lorsque l'activité de l'entreprise est celle de transformation. La jurisprudence française admet néanmoins, la revendication même lorsque les qualités initiales ont subi une modification, tout en indemnisant l'acheteur du travail qu'il a effectué⁵⁰⁶. Si le meuble a fait l'objet d'une incorporation, la revendication ne paraît possible que si sa récupération peut se faire aisément sinon, il devient immeuble par nature et il ne peut dès lors être revendiqué⁵⁰⁷. L'existence en nature

⁵⁰⁴ - C.A com. Fès, 26 oct. 2005, arrêt n°= 62, aff. n°= 31-05 (inédit).

⁵⁰⁵ - Cass. com. 29 mai 1984, RTD. com. 1985, 566, obs. Hémard et Bouloc ; Cass. com. 25 mars 1997, D. aff. 1997, 577.

⁵⁰⁶ - Com. 6 mars 1990, Versailles, 7 juin 1990, D. 1991, somm. 46, obs. F. Perochon .

⁵⁰⁷ - Com. 13 févr. 1991, Bull. civ. IV, n°= 41.

soulève toujours des difficultés, car souvent le bien a déjà fait l'objet d'une transformation ou d'une incorporation.

En France, les solutions jurisprudentielles ont été consacrées par la réforme de 1994 dont les dispositions sont reprises par l'article 673 du CCM. Ainsi, les biens incorporés dans un autre bien mobilier peuvent faire l'objet d'une revendication à la double condition que leur récupération, si elle est possible, n'entraîne aucun dommage matériel pour le bien en question et pour le bien incorporant, et sans que cette récupération entraîne une dépréciation excessive des autres actifs de l'entreprise.

a-2- Conditions en présence d'une réserve de propriété.

En présence d'une réserve de propriété, d'autres conditions doivent être réunies. Ainsi, le juge-commissaire devra s'assurer de l'existence d'un écrit mentionnant la clause d'une façon claire et non ambiguë. Un pouvoir d'interprétation lui est alors conféré, mais la loi précise, dans un but de tempérer le régime probatoire, qu'elle « *peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties* »⁵⁰⁸. La clause doit avoir été rédigée avant la livraison de la marchandise⁵⁰⁹. De même, les parties doivent avoir convenues de la clause, c'est à dire que l'acquéreur en a eu connaissance, celle-ci subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix.

Le prix ne doit pas avoir été payé, sinon la revendication est évidemment paralysée. Le vendeur ne pourra pas récupérer son bien s'il est payé immédiatement de sa créance. Toutefois, selon l'article 674 du CCM, le paiement peut être différé si le juge-commissaire accorde au débiteur, avec le consentement du revendiquant, un délai de règlement. Pour inciter les revendiquants à accepter un tel accord, l'article 674 les assimile aux créanciers de l'article 575. Le juge-commissaire peut en

⁵⁰⁸ - Art. 673 du CCM.

⁵⁰⁹ - Art. 672 du CCM.

effet estimer que le bien revendiqué représente une grande utilité pour qu'il fasse obstacle à la revendication.

b. Impact de la revendication sur la valeur de l'actif de l'entreprise.

La revendication peut avoir un effet pervers sur le redressement de l'entreprise. En effet, si l'action réussit, le bien est restitué au vendeur quittant ainsi le patrimoine de l'entreprise, ce qui peut vider l'actif et amplifier la crise. Le redressement peut s'avérer dans ce cas un objectif difficile à atteindre.

Ce résultat est d'autant plu vrai que le revendiquant bénéficie d'une clause de réserve de propriété. Or, dans le contexte actuel, la plupart des achats de l'entreprise se font à crédit, et les créanciers soucieux de leur paiement retardent le transfert de propriété, afin d'échapper à la procédure. L'esprit de la loi s'accommode donc mal avec la mise en jeu des clauses de réserve de propriété. Comme le souligne la doctrine française⁵¹⁰, la multiplication de ces clauses constitue un obstacle sérieux au redressement, l'entreprise est privée de ses marchandises achetées à crédit aussitôt après sa mise en redressement. C'est la raison pour laquelle, elle avait émis le souhait que la réforme de 1994 rétablisse l'inopposabilité aux créanciers des clauses de réserve de propriété.

Le législateur marocain aurait pu prendre en considération le danger des clauses de réserve de propriété pour le redressement, afin de limiter leurs effets à l'égard de l'entreprise. Une sensibilité du juge-commissaire à ce constat le conduirait à une appréciation rigoureuse des conditions de la revendication.

En conclusion, on peut dire que le juge-commissaire est garant de la protection de l'actif de l'entreprise, eu égard à l'étendue de son

⁵¹⁰- C. Saint Alary Houin, op. cit. n°= 732. Dans le même sens, B. Soinne qui assimile les revendications au « talon d'Achille » du redressement de l'entreprise, Rev. proc. coll. 1991-2, n°= 3, p. 21.

pouvoir décisionnel. Parallèlement, son rôle n'en est pas moins important quant il s'agit de déterminer le passif de l'entreprise pour apprécier l'opportunité d'un redressement.

B. Importance du rôle du juge-commissaire dans la fixation du passif de l'entreprise.

La détermination du passif est une étape cruciale de la procédure, raison pour laquelle, la loi lui a prévu un chapitre comprenant seize articles, 686 à 701. Le juge-commissaire y joue un rôle de premier plan, puisqu'il connaît des contestations éventuelles relatives aux créances déclarées et est compétent en matière de relevé de forclusion. Le juge commissaire se trouve alors devant deux catégories de créanciers, ceux diligents (1) et ceux négligents (2).

1. Le rôle du juge commissaire face aux créanciers diligents.

Il s'agit de se prononcer sur le sort des créances déclarées, soit une étape très importante, car c'est à partir de ce moment que le passif de l'entreprise sera connu et par voie de conséquence, seront appréciées les possibilités de redressement. L'intervention du juge commissaire est nuancée : sa décision rentre dans plusieurs cas de figure (b) et la vérification des créances n'est pas toujours obligatoire (a).

a. La vérification des créances entre le caractère obligatoire et le caractère facultatif.

A vrai dire, le juge-commissaire n'intervient pas directement dans la phase de vérification des créances déclarées. Celle-ci étant l'affaire des auxiliaires de justice, à savoir le syndic qui en accomplit la tâche essentielle et les contrôleurs qui agissent en qualité d'assistants⁵¹¹. Cependant, le rôle de cet acteur émerge lorsqu'il s'agit d'exercer l'option de la vérification ou non des créances.

⁵¹¹- Art. 693, al. 1 du CCM.

En effet, le juge-commissaire peut, lorsqu'il estime qu'une telle opération est inutile, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à la vérification des créances, mais cette décision est subordonnée à la réunion de certaines conditions précisées par l'article 691 de la loi. Tout d'abord, il faut qu'il y ait cession ou liquidation judiciaire. Ensuite, la dispense de vérification ne peut concerner que les créances chirographaires. Enfin, le juge-commissaire ne peut prendre une telle décision que « *s'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées* ». Par ailleurs, l'étude que nous avons menée sur le rendement de la réalisation de l'actif des entreprises en liquidation judiciaire a révélé la précarité de la situation des créanciers chirographaires⁵¹².

En fait, les créanciers chirographaires sont toujours dans une situation précaire, car devancés par ceux privilégiés dont le montant de la créance est souvent important. En cas de liquidation, s'il s'avère que le passif chirographaire ne sera pas atteint par la distribution du produit de la vente, il sera vain de perdre du temps dans sa vérification. Malgré cet avantage, cette règle est jugée, par un auteur, comme peu démocratique, car elle écarte dès le début de la procédure un créancier chirographaire qui n'aura pas le moyen de contester les déclarations des créanciers privilégiés⁵¹³. Sur le plan pratique, les juges commissaires ont fait preuve de diligence en exerçant systématiquement l'option de la vérification de créances exprimant leur souci de sauvegarder le droit des créanciers.

Ce pouvoir important dont dispose le juge-commissaire trouve sa limite en l'absence des conditions précitées. La vérification des créances déclarées est alors incontournable dans l'hypothèse de l'arrêté d'un plan de continuation. Par ailleurs, le juge-commissaire ne peut exclure la vérification, même en cas de liquidation ou de cession totale, lorsqu'il s'agit d'une personne morale dont il y a lieu de mettre à la

⁵¹²- Infra, p. 650.

⁵¹³- Y.Guyon, op. cit. n°= 1313.

charge des dirigeants sociaux tout ou partie du passif social sur la base de l'article 704 du CCM⁵¹⁴.

b. L'issue de la vérification des créances.

Conformément à l'article 695 du CCM, le juge commissaire peut prendre quatre types de décisions : il peut admettre une créance, la rejeter ou constater qu'une instance est en cours (voir les articles 654 et 655 du CCM) ou se déclarer incompétent. Cette disposition pose la question de savoir si ces décisions sont citées à titre limitatif ou indicatif⁵¹⁵. La cour d'appel de commerce de Casablanca a pris le soin de préciser que le pouvoir décisionnel du juge-commissaire ne peut sortir de ce cadre, consacrant ainsi le caractère limitatif des décisions précitées⁵¹⁶.

Lorsqu'il s'estime incompétent, le juge-commissaire ne doit aucunement empiéter sur la compétence d'une autre juridiction, autrement il excéderait ses pouvoirs. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de statuer sur une inscription de faux, de vices de consentement, d'incapacité, etc.⁵¹⁷ La jurisprudence lui a également nié toute compétence lorsque la créance est fiscale⁵¹⁸. En revanche, le juge-commissaire a été déclaré compétent en présence d'une créance de la CNSS⁵¹⁹. Dans tous les cas, en cas d'incompétence, la décision est notifiée au demandeur qui dispose d'un délai de deux mois pour saisir la juridiction compétente.

⁵¹⁴- Art. 691 du CCM.

⁵¹⁵- Sur le clivage doctrinal en France, voir : J.M. Deleneuve, Les limites de la compétence du juge-commissaire en matière d'admission des créances, Rev. proc. coll. 1995, n°= 4, p. 392 ; C. Saint-Alary Houin, op. cit. n°= 812.

⁵¹⁶- C.A. com. Casablanca, 18 juil. 2003, aff. n°= 1594/11/2003, G.T.M 2004 , n°= 98, p. 164.

⁵¹⁷- Voir pour des exemples, A. C. Sbaï, Al wassit en procédures de prévention des difficultés des entreprises et les procédures de traitement, Tome 3, Al maârif, 2 ème édition, 2000, p.220.

⁵¹⁸- C.A. com. Marrakech, 15 oct. 2002, aff. n°= 836/01 (inédit).

⁵¹⁹- C.A. com. Marrakech, 25 juil. 2000, aff. n°= 321/00 (inédit).

En ce qui concerne la procédure, le juge commissaire est tenu par le biais du greffe, lorsque la créance est contestée, de convoquer le créancier ainsi que le chef de l'entreprise par lettre recommandée avec accusé de réception. Un débat contradictoire est alors organisé. La décision doit être notifiée aux parties dans les huit jours par le greffier avec accusé de réception. Le même formalisme est observé lorsque le juge-commissaire statue sur la compétence.

Pour les créances admises sans contestation, la décision fait l'objet d'une notification par simple lettre précisant le montant admis, ainsi que les sûretés et les privilèges dont la créance est éventuellement assortie⁵²⁰. Dans ce cas, elles sont portées sur l'état des créances admises.

En pratique, les décisions d'admission ou de rejet des créances ou d'incompétence prononcées par le juge-commissaire sont portées sur un état qui est déposé au greffe⁵²¹. Cet état fait l'objet d'une publication au B.O. Un tel formalisme est très important, notamment pour permettre aux parties intéressées de former leur recours éventuels contre les décisions du juge-commissaire.

2. Le rôle du juge commissaire face aux créanciers négligents : la forclusion.

La discipline imposée par la loi aux créanciers d'agir avec diligence a été à l'origine d'un contentieux abondant. En effet, le manque de diligence des créanciers a fait que la forclusion est « monnaie courante ». D'un côté, les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture devant déclarer leur créance dans un délai de deux mois⁵²² à compter de

⁵²⁰ - Voir par exemple, les ordonnances des juge-commissaires du Trib. com. Casablanca dans l'affaire société Imprimerie nouvelle Apl, n°= 297 du 27/02/2003 et celle du Trib. com. Fès dans l'affaire n°= 10/2000/6 du 13 août 2001 (inédits).

⁵²¹ - En France, la jurisprudence oblige le juge-commissaire à émettre pour chaque créance une ordonnance autonome. Cass. com. 28 janv. 1997, Rev. proc. coll. 2000, n°= 5, p. 200, obs. B. Soinne.

⁵²² - Art. 686 du CCM.

la publication du jugement au B.O⁵²³ se sont révélés négligents. D'un autre côté, les créanciers publics, en particulier, avaient mal interprété l'alinéa 1^{er} de l'article 686 du CCM. Ils étaient donc surpris par la forclusion et espéraient être relevés de cette sanction en avançant diverses allégations. Les juges commissaires avaient donc matière, surtout dans les premières années d'application de la loi, à faire connaître aux créanciers leur lecture de l'article précité, en précisant les conditions du relevé de forclusion (a) et le domaine de cette sanction (b).

a. Vérification des conditions du relevé de forclusion.

Les conditions du relevé de forclusion sont précisées par l'alinéa 1 de l'article 690 du CCM. Il s'agit du délai dans lequel le créancier doit introduire l'action en relevé de forclusion et de la nécessité de prouver que la défaillance ne lui est pas imputable. A cet égard, la vérification n'est autre que l'expression de la souveraineté du pouvoir judiciaire dans la détermination de la situation du créancier.

a-1- Le délai de l'action en relevé de forclusion : une maladresse légale.

Le juge-commissaire vérifie que l'action en relevé de forclusion est introduite dans le délai d'un an à compter du jugement d'ouverture. Il est intéressant de remarquer que ce délai ne commence pas à courir de la publication du jugement d'ouverture au B.O, à l'instar du délai de la déclaration de la créance, mais du jour où le tribunal a décidé de l'ouverture de la procédure. Or, il n'est pas rare de voir cette publication se faire tardivement, de sorte que le créancier n'a en fait qu'un délai très court pour agir s'il ne pouvait prendre connaissance de l'ouverture de la procédure collective. Le délai légal risque souvent d'être abrégé par le

⁵²³ - Art. 687. Ce délai est augmenté de deux mois pour les créanciers domiciliés hors du Maroc. De même, l'alinéa 2 précise que pour le cocontractant de l'article 573, ce délai expire 15 jours après la date à laquelle la renonciation à continuer le contrat est acquise, si cette date est postérieure à celle de deux mois.

circuit administratif de la formalité de publicité⁵²⁴, qui devra être accomplie selon l'article 569 du CCM dans les huit jours de la date du jugement. Cette situation serait absurde comme le fait remarquer un auteur, car il se pourrait que le délai pour demander le relevé de forclusion soit expiré alors que le créancier peut encore faire sa déclaration⁵²⁵.

Cette rigueur est sévèrement critiquée dans le milieu professionnel, surtout de la part des banquiers. Ces derniers sont donc appelés à la plus grande vigilance, surtout qu'il y a un autre moyen d'information prévu par la même disposition, celui de la publication à un journal d'annonces légales. En France, la diligence d'un créancier est allée jusqu'à une déclaration effectuée avant la publication prescrite, laquelle a été considérée par la cour de cassation comme régulière et recevable⁵²⁶.

En pratique, les juges commissaires font application stricte de l'alinéa 1 de l'article 690 du CCM, malgré l'allégation des créanciers de la difficulté de s'informer⁵²⁷. N'est donc pas relevé de la forclusion, un créancier qui ne s'est pas présenté en temps utile.

a-2- Appréciation du défaut d'imputabilité de la défaillance au créancier.

Le créancier doit prouver, en outre, que le défaut de déclaration ne tient pas à son attitude. La loi parle de défaillance qui n'est pas due au fait du créancier. Il s'agit de circonstances de fait dont l'appréciation

⁵²⁴ - A titre d'illustration, nous rapportons l'affaire n°= 01-6/6 dont le jugement du tribunal de commerce de Tanger a été rendu le 15/11/2001 et dont la publication au B.O n'est intervenu que le 15/05/2002, soit 6 mois plus tard (B.O n°= 4672 du 15 mai 2002, p. 2510). Les créanciers n'avaient alors que la moitié de la période légale pour déclarer leurs créances s'ils ignoraient l'ouverture de la procédure.

⁵²⁵ - Y. Guyon, op. cit. n°= 1236.

⁵²⁶ - Cass. com. 9 déc. 1997 (inédit) in R.P.C n°=1, mars 2002, p. 34.

⁵²⁷ - Ainsi en est-il d'une ordonnance du juge-commissaire confirmée en appel dont les faits révèlent que le jugement d'ouverture est intervenu le 28/11/2001, alors que l'action en relevé de forclusion n'a été exercée qu'au 30/01/2003, soit environ quatorze mois plus tard. C.A com. Fès, 21 mai 2003, arrêt n°= 24, aff. n°= 03/32, (inédit).

relève du pouvoir souverain du juge-commissaire. Le créancier devra ainsi établir que sa défaillance est due à un événement extérieur à sa volonté, cas d'une force majeure ou fait d'un tiers, une grève de poste par exemple⁵²⁸. Il pourra également exiger du fait que la publication au B.O ne s'est pas faite en temps utile.

A cet égard, il est intéressant de remarquer que l'appréciation de cette condition a connu une évolution car au début, elle était empreinte de rigueur et a commencé à s'atténuer suite à certains abus commis par le débiteur. Globalement, on a constaté la rareté des cas où le créancier a été relevé de la forclusion en raison du fait que les allégations généralement rapportées n'ont pas emporté la conviction de nos juge-commissaires⁵²⁹.

Ainsi, on a considéré que la maladie ne constitue pas une circonstance pouvant relever le créancier de la forclusion. Le juge-commissaire a repoussé cet argument en précisant que la loi a permis au créancier de présenter sa déclaration de créance par l'intermédiaire d'un préposé ou d'un mandataire de son choix. Cette décision a été confirmée par les cour d'appel de commerce de Marrakech⁵³⁰ et de Fès⁵³¹. De même, l'analphabétisme n'a pas été retenu en tant que fait non imputable au créancier⁵³².

La rigueur dans l'appréciation des événements pouvant relever le créancier de la forclusion a été telle que la cour de Marrakech a considéré que l'erreur dans la transcription de la désignation du débiteur au B.O ne peut exonérer ce dernier à déclarer sa créance, ne serait ce qu'à titre de diligence⁵³³.

⁵²⁸- M. Lefrouji, Difficultés des entreprises et procédures judiciaires de traitement, Ed. An-najah, 2000, p. 367. (en arabe).

⁵²⁹- M. Chebbou, op. cit. p. 534.

⁵³⁰- C.A com. Marrakech, 18 avr. 2000, aff. n°= 176/2000 et 27 juin 2000, aff. n°= 358/2000 (inédits).

⁵³¹- C.A com. Fès, 26 mars 2003, arrêt n°= 11, aff. n°= 20/02 (inédit).

⁵³²- C.A com. Marrakech, 16 mai 2000, aff. n°= 185/2000 (inédit).

⁵³³- C.A com. Marrakech, 2 mai 2000, aff. n°= 174/2000 (inédit).

Cependant, cette rigueur n'est désormais pas partagée par les juges d'appel de Casablanca. Ainsi, le domicile situé dans une région inaccessible au transport ne permettant pas au créancier de disposer du B.O en temps utile a été retenu comme un fait relevant de la forclusion⁵³⁴.

De même, a été relevé que l'avertissement envoyé par le syndic à une agence bancaire qui a fait l'objet d'une fusion-absorption ne peut être considéré comme réglementaire et ne peut de ce fait produire ses effets en l'opposant au créancier⁵³⁵. Cette affaire mérite que l'on s'y arrête étant donné que le secteur bancaire s'est lancé dans la voie de la concentration et que nos juges seront probablement saisis d'un contentieux abondant en la matière. En l'espèce, le débiteur avait bénéficié d'un crédit consenti par la banque ABN-Amro et garanti par une hypothèque immobilière et par un nantissement sur le fonds de commerce. A l'ouverture de la procédure, le créancier avait déjà fait l'objet d'une absorption par la BMCE. La formalité de l'avertissement personnel a été effectuée par le syndic conformément à l'article 686 du CCM, mais le pli postal était revenu avec la mention « sans objet ». La question est de savoir si la fusion-absorption peut constituer un fait justifiant le relevé de forclusion si l'avertissement était fait au nom de la société absorbée?

La réponse commande d'apprécier les conséquences de cette technique de concentration vis à vis du débiteur. Selon l'article 224 de la loi sur la S.A, la fusion entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute à la société bénéficiaire, c'est à dire qu'en l'espèce, la BMCE est devenue créancière du débiteur à la place de la banque ABN-Amro. Ainsi l'avertissement envoyé à celle-ci est supposé être fait à la première qui aurait dû procéder à une inscription modificative au registre de commerce. Le juge-commissaire a fait relever que l'avertissement devait être envoyé au siège social de la

⁵³⁴ - Ord. Trib. com. Casablanca, 26 mars 2003, aff. n°= 292/2003 (inédit).

⁵³⁵ - Ord. Trib. com. Meknès, 2 mars 2007, aff. n°= 01/2007 (inédit).

banque absorbante. Certes l'article 686 précise que le syndic doit avertir les créanciers concernés personnellement et, s'il y a lieu à domicile élu. Mais doit-on en comprendre que l'avertissement doit avoir lieu au siège social ? Avertir une agence bancaire ou une succursale ne signifie t-il pas que cette formalité a été accomplie en conformité à l'article 686 ? A notre avis, la réponse ne peut être qu'affirmative. La pratique montre que lorsqu'il s'agit de banquiers, le syndic n'avertit que l'agence dispensatrice du crédit, d'autant plus qu'en fait, la décision d'octroi du crédit en deçà d'un certain seuil, est faite au niveau de ces agences. Dans le même sens, malgré son absorption, la société continue, en fait, à vivre au sein de la société absorbante⁵³⁶. Par ailleurs, l'insertion de cette formalité dans un cadre très strict est contraire à la discipline qu'impose la procédure aux créanciers, ceux-ci doivent observer une attitude diligente, notamment lorsqu'il s'agit de professionnels de crédit comme en l'espèce. Nous pensons enfin, qu'une telle décision est dictée plus par une considération sociale que par une considération juridique. Elle s'inscrit, à notre sens, dans la politique du pouvoir judiciaire à instaurer un équilibre entre le redressement de l'entreprise et le maintien de l'efficacité des sûretés.

b. Détermination du domaine de la forclusion par le juge commissaire.

L'article 686 du CCM a excepté de la formalité de la déclaration certains créanciers, à savoir, les salariés et les créanciers titulaires de sûretés ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat de crédit-bail publié, pour le caractère solide des garanties assises sur la possession. Cette catégorie de créanciers (sauf les salariés) doit être avertie personnellement sinon, la forclusion lui est inopposable.

Mais quel est le sens de sûretés consacré par la disposition précitée ? Les juges commissaires ont été sollicités pour projeter leur

⁵³⁶ - Pour plus de détails sur cet aspect de la question, voir N. Abdi, L. Talbi, La fusion SAMIR-SCP, cours de 3^{ème} cycle, U.F.R Droit des affaires, Fès, sous la direction du professeur A. Squalli, Année 2001-2002.

lumière en la matière et leurs décisions ont été approuvées par les juges du second degré. Ainsi, la cour d'appel de commerce de Marrakech a précisé qu'il s'agit des garanties conventionnelles que le débiteur consent à son créancier sur ses biens⁵³⁷. Il en est ainsi d'une banque bénéficiaire d'une hypothèque qui n'a pas été avisée personnellement par le syndic⁵³⁸.

De même, à propos d'un litige portant sur une caution bancaire, le tribunal de commerce de Rabat a jugé qu'on entend par sûretés au sens de l'article 686 du CCM, les sûretés ayant fait l'objet d'une publication, pourvue que cette formalité permet de faire connaître aux tiers un fait qu'il ignorent et ce, par dépôt, enregistrement, inscription ou publicité, si bien que les cautions bancaires prévues par la loi du 6 juillet 1993 ne sont pas considérées comme des sûretés devant faire l'objet d'une publication⁵³⁹.

D'une façon générale, le problème s'est posé dans notre pays avec les administrations publiques qui ne déclaraient pas à temps. Celles-ci estimaient que la forclusion ne leur est pas opposable parce qu'elles jouissent d'un privilège leur procurant le bénéfice d'être avertis personnellement et, s'il y a lieu, à domicile élu.

A ce niveau, il convient de souligner que la pratique des juges commissaires n'est pas homogène. Pour ceux siégeant aux tribunaux relevant de la cour d'appel de commerce de Fès, ils considèrent que ces organismes ne jouissent pas du privilège d'être avertis personnellement. Ils encourent donc la forclusion s'ils ne déclarent pas dans le délai légal. Cette pratique est approuvée par la cour dont ils relèvent. En effet, on a pu établir d'abord, qu'il convient de lever la confusion entre un créancier privilégié et un créancier titulaire de sûretés au sens de l'article précité, considérant que le premier bénéficie d'un droit de préférence s'exerçant sur les biens meubles du débiteur, conformément

⁵³⁷ - C.A com. Marrakech, 14 mai 2002, arrêt n°= 233, aff. 699/01 (inédit).

⁵³⁸ - C.A com. Fès, 2 avril 2003, arrêt n°= 12, aff. n°= 02/23 (inédit).

⁵³⁹ - Trib. com. Rabat, 12 fév. 2002, n°= 246, aff. n°= 4/698/2001, REMADAE, n°= 2, mai 2003, p. 159.

à la législation le régissant et que le privilège n'est susceptible d'aucune publication, ce qui n'engendre guère l'obligation pour le syndic d'avertir personnellement son titulaire. Le second est un créancier muni d'une garantie contre la défaillance de son débiteur. De la sorte, la créance de la C.N.S.S qui est constituée conjointement d'un prélèvement sur le salaire et d'une cotisation de l'entreprise, devenant de la sorte une propriété de cet organisme et non des salariés⁵⁴⁰.

Pour le trésor public, on a assisté à une position particulière du tribunal de commerce de Rabat qui a considéré d'une façon constante que cet organisme est titulaire d'un privilège, en vertu du code de recouvrement des créances publiques, devant de la sorte, être averti personnellement, faute de quoi il ne peut être forclos⁵⁴¹. A notre avis, le respect des termes de l'article 686 s'impose en ce sens que, même titulaire d'un privilège, la déclaration de la créance est obligatoire au trésor public, tant qu'il n'a pas procédé à la publication de sa sûreté. Par ailleurs, la cour d'appel de commerce de Fès précise clairement que le syndic n'est aucunement tenu d'avertir le trésor public, même s'il connaissait préalablement l'existence d'une créance en faveur de cet organisme⁵⁴². Au fil de la pratique, certains syndics procèdent quand même à leur avertissement, même s'ils n'en sont pas obligés.

Enfin, il est à signaler que la loi n'a pas précisé la procédure à suivre pour être relevé de la forclusion, la jurisprudence a adopté celle prévue par le CPC indiquant que la demande doit être faite par requête introductive d'instance et doit être dirigée contre le syndic⁵⁴³. En outre, que la procédure doit garantir les droits de défense en ce sens que le débiteur et les organes de la procédure doivent être convoqués par le juge commissaire.

⁵⁴⁰ - C.A com. Fès, 2 oct. 2002, n°= 14, aff. n°= 02/06 ; n°=41 du 17 sep. 2003, aff. n°= 03/41 (inédits).

⁵⁴¹ - P. ex. ord. n°= 13/2002, 6 mai 2002, aff. n°= 5/35/1999 ; ord. n°= 14/2002, 18 mai 2002, aff. n°= 5/42/2000 (inédits).

⁵⁴² - C.A com. Fès 21 mai 2003, n°= 24, aff. n°= 03/32 (inédit).

⁵⁴³ - C.A com. Casablanca, 18 déc. 2000, aff. n°= 2443/2000/11, REMADAE, 2003, n°= 3, p.180.

II. Importance du rôle du juge commissaire dans la liquidation judiciaire: fixation du mode de réalisation de l'actif de l'entreprise.

L'importance de la décision du tribunal quant au sort de l'entreprise fait qu'elle est précédée par un processus d'élaboration qui requiert le maximum de minutie, notamment lorsqu'il s'agit d'un plan de redressement. L'intervention du juge-commissaire est de faible intensité dans cette étape⁵⁴⁴. En revanche, si la solution retenue est la liquidation judiciaire, ses pouvoirs redeviennent des plus amples dans la procédure. En effet, animée de l'esprit de sauvetage de l'entreprise, la loi même en traitant de la liquidation judiciaire, a prévu des mécanismes de redressement *via* l'amélioration des conditions de la réalisation de l'actif, laquelle tâche repose en grande partie sur le juge-commissaire. Ce dernier est en effet investi d'un pouvoir de décision qui permet (théoriquement) à l'opération de liquidation de tirer le meilleur profit pour les créanciers, mais aussi pour l'entreprise et l'emploi. Il dispose de la possibilité de choisir entre deux procédés de réalisation de l'actif, la cession d'unités de production qui pose, néanmoins, la problématique de sa définition (A) ou la cession des biens à titre isolé (B).

A. La cession d'unités de production : absence d'une définition légale et apport du juge.

Lorsque l'entreprise est d'une taille relativement importante exploitant divers établissements ou des ensembles susceptibles d'exploitation autonomes, la cession qui permet de rapporter le meilleur prix est celle portant sur la globalité des éléments formant une unité productive homogène, celle-ci étant présumée toujours rentable. Contrairement, le démantèlement en divers éléments intéressant rarement l'acquéreur éventuel ne permet guère à l'actif de l'entreprise d'être réalisé dans de bonnes conditions. Le rôle du juge-commissaire paraît, dans cette optique, d'une importance capitale, en ce sens qu'il

⁵⁴⁴- Voir, p. 472 et s.

peut mettre en œuvre ce procédé de réalisation de l'actif prévu par l'article 623 de la loi. Le juge-commissaire doit d'abord distinguer au sein de l'entreprise ces unités de production, d'où la problématique de la définition d'une telle entité (1). D'autre part, comme le fonds de commerce constitue un bien essentiel à la vie commerciale, cela nous invite à poser la question de savoir s'il constitue une unité de production (2).

1. Problématique soulevée par la notion d'unité de production.

Le problème soulevé par la notion d'unité de production tient essentiellement à l'absence d'une définition légale. Si l'attitude du législateur introduit une souplesse en la matière, il demeure que le risque d'une définition différente adoptée par les juridictions est de nature à traiter inéquitablement les entreprises en liquidation judiciaire.

Ce débat n'a pas encore pris chemin vers nos juridictions. Néanmoins, parmi les rares affaires où le juge-commissaire a mis en œuvre l'article 623, on peut dégager des éléments de réponse. Ainsi dans une espèce, l'unité en question comprend une minoterie avec les pièces de rechange, le matériel d'emballage, le matériel de transport, le matériel de bureau et l'immeuble sur lequel est bâtie la minoterie avec ses dépendances⁵⁴⁵. Dans l'affaire société de transport urbain « Al Hanae », l'unité de production était constituée d'un droit d'exploitation de certaines lignes de transport, d'un ensemble de bus, de véhicules de transport pour la réparation, de pièces de rechange, de matériel et d'outillage et de l'immeuble où siège la société⁵⁴⁶. On peut donc déduire que selon le pouvoir judiciaire, l'unité de production réside dans un ensemble de moyens matériels et humains associés en vue de l'exercice d'une activité économique. En réalité, dans ces deux affaires, l'unité de production consistait dans l'entreprise dans son ensemble, ce qui est

⁵⁴⁵- Trib. com. Casablanca, ord. Juge-commissaire, 29 mai 2008, aff. « Grands moulins de Mohammédia ».

⁵⁴⁶- Trib. com. Rabat, 17 déc. 2007, aff. « Transport Al Hanae », n°= 539/2007, (inédit).

tout à fait admissible. L'alinéa premier de l'article 623 parle, en effet, d'unités composées de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier.

En France, plusieurs juridictions empruntent les éléments constitutifs de l'entreprise pour définir l'unité de production à savoir, un actif, une force de travail et une activité⁵⁴⁷. Le tribunal de commerce de Lyon qui a inauguré l'affinement de cette notion l'a définie comme un ensemble de biens qui, nécessairement associé à une force de travail, concourt par elle-même soit à une transformation de la matière, soit, de manière plus généralement, à une création de valeur ajoutée⁵⁴⁸. La cour d'appel de Paris a mis le point sur l'existence de moyens matériels et humains permettant la poursuite ou la naissance d'une activité économique⁵⁴⁹. Plus encore, les juges suprêmes français considèrent qu'il y a cession d'unité de production, même s'il y a eu interruption temporaire d'activité, pourvu qu'un transfert d'unité économique s'est réalisé⁵⁵⁰.

2. Cas particulier du fonds de commerce.

Qu'en est-il alors du fonds de commerce ? Constitue t-il une unité de production ? La question est d'autant plus importante que ce bien compte parmi les biens les plus importants de la vie commerciale et il s'avère qu'il est fréquemment le seul actif à réaliser. Quoique le débat ne soit pas abordé de front, il découle de l'analyse des publicités afférentes à la réalisation des actifs que le pouvoir judiciaire qualifie la cession du fonds de commerce comme une cession d'un bien isolé. Ceci est le cas, que la liquidation judiciaire ait été décidée suite à un arrêt d'activité ou suite à une conversion du redressement. Pourtant, la pratique montre que les circonstances permettent de considérer qu'il peut s'agir d'une unité de production. Ainsi en est-il de ces deux

⁵⁴⁷ - B. Soinne, La problématique du plan de cession, préc. n°= 6.

⁵⁴⁸ - Trib. com. Lyon, 29 juil. 1986, D. 1987, somm. 93, obs. F. Derrida ; 6 sep. 1996, JCP, 1997, I, 4004, obs. M. Cabrillac.

⁵⁴⁹ - Paris, 27 fév. 1990, Gaz. pal. 1991, I, 314, note J.P. Marchi.

⁵⁵⁰ - Cass. soc. 8 juil. 1922, Dict. perm. bull. 97, 8079.

entreprises de pharmacie qui étaient cédées au titre de cession de biens isolés, alors que l'activité était maintenue avec conservation du même actif qui existait déjà quand l'entreprise était *in bonis* et maintien du personnel en place⁵⁵¹.

En France, la cession du fonds officinal en tant qu'unité de production n'est pas rare⁵⁵². La cour de cassation, à son tour, relève que la cession du fonds de commerce ne constitue une cession d'unité de production que s'il y a conservation des salariés par l'acquéreur⁵⁵³.

Enfin, retenons que l'absence d'une définition de l'unité de production peut être source d'un problème sérieux. En plus du risque de se trouver en présence de définitions différentes d'une juridiction à l'autre, le problème se dédouble d'un risque de confusion entre les deux régimes de la cession de l'entreprise et de la liquidation judiciaire. Par ailleurs, dans les deux affaires « Grands moulins de Mohammédia » et « Transport Al Hanae » précitées, l'ordonnance du juge-commissaire précisait que l'offre doit comporter les indications dont il est question dans l'article 604 laissant présumer la possibilité d'étaler le paiement sur des années à l'instar d'un plan. Par ailleurs, l'expérience française montre que la cession d'unité de production apparaît souvent comme un « sous-produit » de la cession et lui appliquent les dispositions relatives à la cession⁵⁵⁴. De la sorte, la situation peut être profitable aux repreneurs peu scrupuleux qui entendent élargir le périmètre de la reprise.

En choisissant ce mode de liquidation judiciaire, le juge-commissaire est également garant de la transparence de la procédure en incitant le syndic à déposer les offres qui lui ont été soumises au greffe, afin que tout intéressé puisse en prendre connaissance. Ces offres

⁵⁵¹- Tel est le cas de deux entreprises de pharmacie d'officine : Trib. com. Meknès, aff. n°= 8/05 et 13/05.

⁵⁵²- Trib. com. Paris, 26 mai 1998, Bull. pharm. 1998, n°= 3, p. 11; Trib. com. Lyon, 13 avr. 1998, Rep. phar. 1998, 1998, n°= 2304.

⁵⁵³- Cass. com. 22 oct. 1996, Rev. jurisp. com. 1998, 293, obs. C. Saint-Alary Houin.

⁵⁵⁴- Ph. Jeannerot, thèse préc. n°= 832.

doivent lui être communiquées afin de procéder à leur examen. Dans un premier temps, le juge-commissaire doit veiller à ce qu'aucune des personnes interdites par l'alinéa 5 de l'article 623 de la loi n'ait soumis son offre⁵⁵⁵. Ensuite, il effectue son choix après avoir entendu le chef de l'entreprise, les contrôleurs, et s'il y a lieu, le propriétaire des locaux dans lesquels l'unité de production est exploitée. Le juge-commissaire doit retenir l'offre qui paraît présenter un caractère sérieux et qui permet dans les meilleures conditions d'assurer durablement l'emploi et le paiement des créanciers.

En pratique, la cession d'unités de production est très rare, sinon inexistante, tout comme la cession. La cession de biens isolés de l'entreprise en liquidation judiciaire est en fait la règle dans notre pays⁵⁵⁶.

B. Pouvoir du juge-commissaire en matière de cession de biens isolés.

Les biens de l'entreprise peuvent être cédés isolément. Ils consistent en des immeubles ou des meubles corporels ou incorporels. Là encore, le juge-commissaire dispose d'un pouvoir considérable puisqu'il est investi par la loi de choisir la modalité convenable et fixer les formes de la cession qui permet de réaliser l'actif dans les meilleures conditions de prix. Les procédés varient selon qu'il s'agit de meubles (a) ou d'immeubles (b).

1. Les modalités de la vente des immeubles.

L'article 622 de la loi pose le principe de la vente selon les règles de la saisie immobilière (a), mais il donne la possibilité au juge-commissaire de procéder, le cas échéant à une vente amiable (b).

⁵⁵⁵ - Il s'agit du débiteur, des dirigeants de droit ou de fait de la personne morale concernée, et parent ou allié de ceux-ci jusqu'au deuxième degré inclusivement.

⁵⁵⁶ - Infra, p. 637.

a. Vente selon les règles de la saisie immobilière.

Les pouvoirs du juge-commissaire se manifestent par la fixation de la mise à prix et les conditions essentielles de la vente en déterminant les modalités de la publicité afin d'informer tout intéressé. En pratique, le juge-commissaire invite le chef de l'entreprise et le syndic pour recueillir leur opinion ainsi que les observations des contrôleurs avant d'ordonner la vente⁵⁵⁷. Le reste des règles régissant la procédure est précisé par le code de procédure civile (articles 469 et suivants). En résumé, il convient d'inscrire le procès-verbal à la diligence de l'agent d'exécution par le conservateur sur le titre foncier si l'immeuble est immatriculé ou, de le transcrire sur le registre spécial du tribunal de première instance.

Il est à remarquer que certaines règles relatives à la saisie immobilière sont inadaptées dans ce contexte. Tout d'abord, l'article 475 du CPC précise que le poursuivi continue à détenir les immeubles en qualité de séquestre, or le débiteur en liquidation judiciaire est dessaisi automatiquement, c'est le syndic qui le représente. Ensuite, selon l'article 476 du CPC le président du tribunal de première instance peut, par ordonnance motivée proroger le délai de l'adjudication, ce qui pose le problème de l'organe compétent dans le contexte de la liquidation judiciaire, est-ce le juge-commissaire ou le président du tribunal de commerce? Il semble que dans le but d'accélérer la procédure, c'est le juge-commissaire qui devra connaître de telles demandes. Les faits confirment, par ailleurs, cette compétence⁵⁵⁸.

b. Option du juge-commissaire pour la vente à l'amiable.

Ce procédé est utilisé lorsque la consistance des immeubles, leur emplacement ou les offres reçues est de nature à permettre une vente aux meilleures conditions. Le juge-commissaire dispose ainsi d'une

⁵⁵⁷- Voir M. Chebbou, op. cit. p. 415.

⁵⁵⁸- Supra, p. 76.

option entre l'adjudication à l'amiable et la vente de gré à gré⁵⁵⁹. Dans le premier cas, il fixe la mise à prix, dans le second, il détermine les conditions de la vente.

On remarque que la loi marocaine n'a pas édicté la procédure à suivre en la matière. Les articles 132 et suivants du décret français du 27 décembre 1985 précisent que la vente est faite devant le notaire en opérant l'adjudication ou en dressant en la forme authentique l'acte de cession de gré à gré. Mais l'intervention du notaire en la matière risque d'alourdir les frais de la procédure, raison pour laquelle les ventes sont faites par le syndic⁵⁶⁰.

2. La vente de meubles.

La vente des meubles est régie par l'article 624 de la loi, elle a lieu aux enchères publiques, mais une vente de gré à gré peut être ordonnée également par le juge-commissaire. Dans ce cas, il doit d'abord recueillir les observations des contrôleurs, le chef de l'entreprise devant au préalable être entendu ou dûment appelé. La vente amiable doit faire l'objet d'un projet qui doit être soumis au juge-commissaire, afin de contrôler les abus éventuels, à travers la vérification du respect des conditions qu'il a fixées.

La question semble posée pour le fonds de commerce dont la cession est régie par les articles 81 et suivants du code de commerce. Ainsi, il y a lieu d'appliquer ces dispositions en tant qu'elles sont compatibles avec celles régissant la liquidation judiciaire⁵⁶¹. Dans ce cas, si la vente du fonds de commerce s'effectue en tant que cession d'une unité de production, il convient de suivre la procédure décrite à l'article 623. Si le fonds de commerce est considéré comme un bien isolé, le juge-

⁵⁵⁹ - La vente de gré à gré suppose que le syndic a reçu des offres et qu'il estime que le bien est susceptible de susciter de meilleures offres, auquel cas il en avise le juge-commissaire qui peut décider d'une telle modalité.

⁵⁶⁰ - Les honoraires du notaire oscillent généralement autour de 1% de la valeur du bien immeuble, ce qui représente une part importante du produit de la réalisation de l'immeuble en question.

⁵⁶¹ - A.C. Sbaï, op. cit., p.101.

commissaire décide de la vente de gré à gré ou de l'adjudication amiable. Le juge-commissaire doit toujours choisir la méthode qui permet de tirer le meilleur profit. Ainsi, a été décidée une vente aux enchères publiques d'un fonds de commerce de pharmacie qui permettaient aux candidats repreneurs, en l'occurrence des pharmaciens, de surenchérir. Dans cette affaire, le prix d'adjudication a dépassé de 63 % la mise à prix⁵⁶².

C'est dans ce souci qu'un auteur a insisté sur la nécessité du respect des délais et de la possibilité de surenchère telles qu'elles sont réglementées par les dispositions régissant la cession du fonds de commerce en dehors des difficultés de l'entreprise⁵⁶³. Par ailleurs, le ministre de la justice française a insisté sur la nécessité de respecter la publicité légale relative au fonds de commerce car elle est compatible avec les dispositions régissant la vente de ce bien dans le cadre de la liquidation judiciaire⁵⁶⁴.

Enfin, s'agissant des mainlevées, on a fait remarquer que la vente aux enchères publiques purge les inscriptions portant sur le fonds de commerce, alors que dans le cas de la vente amiable, c'est l'acquéreur qui doit demander au juge-commissaire d'ordonner la radiation des inscriptions en question⁵⁶⁵.

Section II : Moyens et instruments d'action du juge-commissaire.

La diversité des tâches que le juge-commissaire est appelé à accomplir pendant la période d'observation, ainsi que pendant le déroulement de la liquidation judiciaire et qui se résume, selon les termes de la loi, en la protection des intérêts en présence et le

⁵⁶²- Trib. com. Tanger, Affaire n°= 6-01/6, jugement de liquidation judiciaire n°= 909 du 15/11/2001, (inédit).

⁵⁶³- S. Jaffrain, Modalités de vente d'un fonds de commerce dans le cadre d'une liquidation judiciaire, JCP E, n°=2, 205.

⁵⁶⁴- Rép. Min. n°= 11206, 1 oct. 1998, J.O Sénat Q, 3 déc. 1998, p. 3879.

⁵⁶⁵- M. Chebbou, op. cit. p. 428.

déroulement rapide de la procédure, suppose des moyens adéquats pour ce faire. En effet, le juge-commissaire doit d'abord être bien informé, afin de peser le pour et le contre de la décision qu'il va prendre, d'où la nécessité de faire appel aux sources d'information (I). Celles-ci sont relativement diverses, mais inefficaces. Au stade de la décision le juge-commissaire procède par des ordonnances (II).

I. Les sources d'information du juge-commissaire : diversité et inefficacité.

L'information du juge-commissaire constitue l'élément essentiel sur laquelle repose l'exercice de sa mission. La loi a ainsi prévu différentes sources d'informations, de sorte que non seulement les organes de la procédure sont concernés, mais aussi toute personne qui pourra détenir des renseignements relatifs à l'entreprise. Le chef de l'entreprise étant intéressé au premier abord (A). La loi a également prévu une participation du ministère public, afin que l'information soit la plus complète possible (B). Mais ces sources demeurent d'une efficacité incertaine pour informer convenablement.

A. Information du juge-commissaire par le chef de l'entreprise et les organes de la procédure.

L'association à la procédure collective de différents organes fait que ceux-ci détiennent des informations sur la marche de l'entreprise au fur et à mesure du déroulement de la procédure (2). Le chef de l'entreprise, en l'occurrence, peut fournir des renseignements qui peuvent éclairer le pouvoir judiciaire sur la solution à prendre (1). Seulement, il n'existe pas de cadre réglementant le contact entre ces deux acteurs, faisant que le juge ne peut tabler sur cette voie d'information.

1. Efficacité limitée de l'information du juge commissaire par le chef de l'entreprise.

En tant que personne intéressée au premier plan par la procédure collective, le débiteur devrait connaître en principe, les faiblesses et les points forts de l'entreprise. Le juge-commissaire peut avoir une idée préalable sur celle-ci, si la procédure est ouverte suite à une déclaration de cessation de paiements. En effet, la loi fait obligation au débiteur de déposer au greffe sa demande accompagnée des états de synthèse du dernier exercice comptable, de l'évaluation de son patrimoine (actif et passif) et du tableau des charges⁵⁶⁶. Un complément d'information pourra être recherché au greffe si le débiteur satisfaisait à l'obligation de dépôt des documents comptables à la fin de chaque exercice, ce qui n'est pas certain. L'information au registre de commerce reste également limitée.

Lorsque la procédure est ouverte sur assignation, la demande du créancier ne comporte généralement pas d'informations pertinentes, sur lesquelles le juge commissaire pourra se baser. En revanche, lorsque la procédure est ouverte sur saisine d'office, il est possible que l'information soit diffusée auprès du président du tribunal, étant donné que cette pratique est subsidiaire à un règlement amiable ou à un ébruitement de l'affaire en question. Mais comme la saisine d'office est rare,

La principale contrainte dans la recherche de l'information auprès du débiteur reste l'absence d'un cadre réglementaire. En effet, la loi n'a pas prévu des dispositions prévoyant une telle possibilité comme pour le président du tribunal. Le juge commissaire n'utilise donc pas de cette source, sauf en ce qui concerne les informations comprises dans la déclaration de cessation de paiements éventuels dont l'efficacité est très limitée.

⁵⁶⁶- Art. 562 du CCM.

2. Variabilité de l'information du juge-commissaire par les organes de la procédure.

On veut par organes de la procédure, le syndic et les contrôleurs. Dans cette optique, il est à signaler que les contrôleurs ne participent que modestement à la procédure sauf les banquiers (b). Le syndic, agissant sous la tutelle du juge-commissaire, reste la source d'information privilégiée (a).

a. Le syndic, source privilégiée de l'information.

Dès sa nomination, le syndic prend contact avec le chef de l'entreprise afin d'exercer leurs pouvoirs respectifs. Ainsi, qu'il soit investi d'une mission de surveillance, d'assistance ou de gestion de l'entreprise, le syndic est informé auprès du débiteur et transmet au juge-commissaire les renseignements qu'il a pu recueillir.

De plus, la loi reconnaît au syndic le pouvoir d'obtenir communication des renseignements pouvant l'informer sur la situation économique et financière de l'entreprise, auprès des commissaires aux comptes, des administrations et organismes publics ou de toute autre personne et ce, nonobstant toute disposition législative contraire. Le syndic en rend ainsi compte au juge-commissaire⁵⁶⁷. Cette solution est logique dans la mesure où c'est le syndic qui est chargé de mener les opérations de redressement et de liquidation judiciaire à partir du jugement d'ouverture jusqu'à la clôture de la procédure. Il doit donc se rendre auprès des différents acteurs de la procédure, le pouvoir judiciaire, ne pouvant être d'une telle proximité, garde alors le pouvoir de surveillance en recevant périodiquement les rapports du syndic.

Des personnes concernées, le commissaire aux comptes se révèle être un acteur qui peut jouer un rôle primordial dans l'information. Tout d'abord, la loi lui a reconnu un droit d'alerte, dès que sont apparus « *des faits qui sont de nature à compromettre la continuité*

⁵⁶⁷ - Art. 581 du CCM.

de l'exploitation »⁵⁶⁸. Cela signifie que ce dernier suit de très près et constamment la marche de l'entreprise. Sa mission de vérification des valeurs et de la comptabilité de l'entreprise⁵⁶⁹, ainsi que du rapport de gestion lui confère des renseignements très pertinents qui sont d'une utilité considérable pour la procédure. Il peut donc informer le syndic sur les faits délictueux dont il a eu connaissance. D'autre part, les commissaires aux comptes sont tous des experts comptables, comme la plupart des syndics (tiers désignés), ce qui facilite la communication des renseignements utiles à la procédure.

Toutefois, le commissaire aux comptes n'est obligatoire qu'à partir d'un certain seuil qui fait que la majorité des entreprises en difficultés n'en disposent pas. Dans ces conditions, le syndic doit exploiter d'autres voies.

S'agissant des organismes publics : l'administration fiscale pourra renseigner sur les impôts en cours de liquidation, la CNSS pourra communiquer au syndic les renseignements concernant les cotisations et le service central des incidents de paiements indiquera l'interdiction éventuelle de chéquier. Mais là encore, ces informations ne sont pas toujours complètes pour rendre compte de la situation.

Les banquiers notamment, peuvent jouer un rôle considérable dans l'information du pouvoir judiciaire. En effet, les concours bancaires sont toujours subordonnés à une étude préalable des capacités de remboursement de l'entreprise, étude faite à partir des documents comptables que le débiteur doit fournir. Cependant, ces études se révèlent parfois impertinentes dans la mesure où ce dernier, cherchant des fonds par n'importe quel moyen, peut présenter des documents fallacieux.

Le personnel peut également détenir des renseignements à même d'informer très utilement le syndic, notamment si l'origine des difficultés réside dans un conflit social. En général, un personnel avisé

⁵⁶⁸ - Art. 546 du CCM relatif à la prévention interne.

⁵⁶⁹ - Art. 166 de la loi sur la S.A.

connaît bien l'entreprise à laquelle il appartient et permet d'attirer l'attention du syndic sur les causes des difficultés et sur la conduite à tenir pour les combattre. Il peut même renseigner sur les chances de redressement.

En gros, malgré cette diversité de sources d'informations, celles-ci restent fragmentaires. Le syndic, de son côté, n'en exploite que partiellement, en raison de son indisponibilité.

Le syndic est donc l'organe qui assure le relais des informations entre les différents acteurs intéressés et le juge-commissaire. Le juge-commissaire peut en effet, demander au tribunal de remplacer le syndic si ce dernier faille à cette obligation.⁵⁷⁰ D'autre part, c'est par le biais de cette information que le juge-commissaire contrôle le respect des délais et par conséquent veille au déroulement rapide de la procédure.

b. Information timide du juge-commissaire par les contrôleurs.

Les contrôleurs sont des organes dont la fonction d'assistance au juge-commissaire (mais aussi au syndic) s'exprime à travers l'information et la consultation. Leur désignation relève du pouvoir du juge-commissaire.

Contrairement au syndic qui est nommé obligatoirement par le tribunal dans le jugement d'ouverture, les contrôleurs sont désignés par le juge-commissaire. Cette nomination s'impose au juge dès que des créanciers se sont portés volontaires à la fonction de contrôleur. Le juge-commissaire doit veiller à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre soit choisi parmi ceux chirographaires.

⁵⁷⁰ - Voir dans ce sens le jugement du tribunal de commerce de Rabat, n°= 15, aff. n°= 5-15/99 du 20/06/2001, Rev. Al Ichâe, n°= 25, p. 234 (en arabe). Dans cette affaire, le tribunal a rappelé qu'il est compétent, en vertu de l'article 644 de connaître des demandes du juge-commissaire de remplacement du syndic et non des demandes visant une déclaration de refus de remplacement.

Toutefois, si le juge-commissaire dispose d'une liberté d'appréciation à l'égard de ces personnes, la loi lui fait obligation d'écarter d'office tout parent ou allié jusqu'au quatrième degré inclusivement du chef de l'entreprise. En revanche, les banques possédant des structures organisées suivent de près la marche des affaires de leurs débiteurs et demandent souvent à être désignées⁵⁷¹.

Le juge-commissaire dispose ainsi d'un instrument d'information sur le déroulement de la procédure. Au cours de la préparation du projet de plan de redressement, les propositions de règlement de dettes sont communiquées par le syndic aux contrôleurs qui peuvent alors présenter leurs observations⁵⁷². A cet égard, ils expriment l'opinion des créanciers quant au règlement du passif, mais ils ne disposent d'aucun pouvoir de décision, lequel reste l'apanage du juge-commissaire.

En matière de liquidation judiciaire, ils peuvent informer le juge-commissaire sur la valeur des immeubles à vendre, afin que la réalisation de l'actif puisse se faire dans des conditions avantageuses. Il en est de même de la cession d'unités de production et des autres biens de l'entreprise.

Or, la pratique est toute autre. L'information par les banquiers est rudimentaire, puisqu'elle se limite aux mouvements bancaires. L'implication des contrôleurs dans la procédure est vraiment modeste pour prétendre à une information fiable et complète du juge sur l'entreprise.

⁵⁷¹- voir p. ex. pour des décisions qui font ressortir que les contrôleurs sont surtout des établissements bancaires ou des organismes publics comme l'administration des douanes ou la CNSS, Trib. com. Meknès, 21 juil. 2005, n°= 37, aff. n°= 39-04/6 ; 22 déc. 2005, n°= 83, aff. n°= 06-05/6 (inédits); Trib. com. Marrakech, 20 avr. 1999, aff. n°= 1/98, préc. ; Trib. com. Casablanca, 28 sep. 1999, af. n°= 1265/99/11 (inédit).

⁵⁷²- Art. 572 du CCM.

B. Rôle limitée du ministère public dans l'information du juge-commissaire.

Le ministère public fait également partie des sources d'informations que le juge-commissaire peut solliciter. L'article 641 (alinéa 2) du CCM permet à ce dernier de se faire communiquer auprès du procureur du Roi, s'il le demande, tous les renseignements qu'il détient et qui peuvent être utiles à la procédure et ce, nonobstant toute disposition législative contraire. Cette communication peut s'effectuer d'office.

Il n'est pas rare que le débiteur ou les dirigeants sociaux soient l'objet d'une instruction pénale pour des faits qu'ils ont commis avant l'ouverture de la procédure collective. Le ministère public en charge d'une telle affaire détient alors des informations précieuses concernant, non seulement les personnes en question, mais aussi l'entreprise. Ainsi, un abus de biens sociaux révèle la cause des difficultés et peut éclairer le juge-commissaire sur les possibilités de redressement de l'entreprise et de la solution à proposer.

De façon générale, en tant que protecteur de l'ordre public économique, le ministère public peut détenir des informations sur l'activité des entreprises qui sont de nature à nuire à l'économie par des pratiques illicites. Lorsqu'une procédure collective est ouverte contre une entreprise concernée, il peut sur simple initiative fournir les renseignements relatifs. Faut-il encore que cette communication soit faite en temps utile. La loi n'a exigé aucune forme particulière, elle peut être faite par écrit ou oralement.

Il faut noter que le procureur du Roi n'est pas obligatoirement celui qui est auprès du tribunal de commerce, le ministère public du tribunal de première instance pourra agir à cet effet. Ainsi, l'information concernant l'entreprise disposant de plusieurs établissements situés dans des régions de différents ressorts, pourra être communiqués par le parquet local. Dans cette optique, il convient de noter que le ministère public du tribunal de commerce n'a qu'un rôle limité, de sorte que la

poursuite pour infractions au droit des affaires est de la compétence du ministère public des tribunaux de l'ordre judiciaire⁵⁷³. L'information pertinente pourra donc être recherchée auprès de ce dernier.

En réalité, la communication entre le juge-commissaire et le ministère public n'est pas la hauteur des attentes de la loi, sauf lorsqu'il s'agit de rapports personnels permettant des contacts informels importants.

En somme, les informations relatives à l'entreprise en difficulté sont généralement dispersées, raison pour laquelle, la loi a prévu la possibilité de s'adresser à toute personne pouvant détenir des renseignements utiles à la procédure. Mais il reste que le syndic est l'acteur le mieux placé pour recueillir ces informations. Faut-il qu'il soit disponible pour exécuter cette tâche. Les faits montrent que malgré la diversité des sources d'information, celle-ci demeure souvent obscure sauf dans les affaires ébruitées.

II. Les moyens de la matérialisation du pouvoir décisionnel du juge-commissaire.

Conformément à l'article 639 de CCM, le juge-commissaire « *statue par ordonnance...* ». L'ordonnance est ainsi le moyen qui matérialise le pouvoir juridictionnel du juge-commissaire, d'où la nécessité de connaître son régime (B). Mais l'ordonnance n'est pas le seul instrument par lequel il exerce ses prérogatives, le juge-commissaire établit également des rapports. Seulement, si le régime de l'ordonnance peut être déduit de l'ensemble des textes, dans le cas du rapport, la loi n'en dit mot (A).

A. Les rapports du juge-commissaire : absence d'un régime.

Généralement, les rapports sont destinés à décrire une situation de droit ou de fait intéressant l'entreprise, son chef ou ses partenaires,

⁵⁷³- Infra, p. 242.

afin que le tribunal en soit suffisamment informé pour décider en connaissance de cause. Seulement, la loi n'a pas prévu une règle générale relative aux rapports du juge-commissaire. Elle s'est contentée de préciser les cas où il est tenu de les établir (1), sans se prononcer sur leur valeur (2).

1. Les hypothèses d'établissements des rapports.

La loi fait état de trois situations dans lesquelles le juge-commissaire doit établir un rapport : la prononciation de la liquidation en cours de période d'observation (a), la clôture des opérations de liquidation judiciaire (b) et le cas de la prononciation des sanctions patrimoniales (c).

a. Cas de la prononciation de la liquidation judiciaire en cours de période d'observation.

Le législateur a fait du redressement de l'entreprise l'objectif essentiel du traitement des difficultés. Ainsi, l'article 571 du CCM consacre le principe de la continuité de l'activité après le prononcé du redressement, précisant en l'occurrence, que le prononcé du jugement n'entraîne pas la déchéance du terme. Ce n'est que si cet objectif ne peut être atteint que le tribunal peut ordonner la cessation totale ou partielle de l'activité et prononcer la liquidation. Cette situation suppose donc qu'à l'ouverture de la procédure, le tribunal n'a pas pu conclure à la situation irrémédiablement compromise et ce n'est qu'en observant l'entreprise qu'il a été convaincu de l'impossibilité d'un plan de redressement.

Cependant, eu égard aux retombées d'une telle décision, l'article 572 du CCM a subordonné la décision du tribunal saisi d'office, ou à la demande du syndic, d'un contrôleur ou du chef de l'entreprise au rapport du juge-commissaire. Ce rapport est destiné donc à éclairer le tribunal sur la situation de l'entreprise et surtout à montrer qu'elle est dans une situation d'impasse.

Le syndic reste l'organe le mieux placé pour saisir le tribunal d'une telle demande et la pratique montre que le rapport du juge commissaire n'est en fait que la reproduction des motifs avancés par le syndic. Généralement, il s'agit de l'abandon de l'entreprise par son chef⁵⁷⁴, ou d'un débiteur qui refuse de coopérer en s'abstenant de fournir les documents comptables⁵⁷⁵.

b. Cas de la clôture des opérations de la liquidation judiciaire.

Si à tout moment le tribunal peut prononcer la liquidation judiciaire après le prononcé du redressement, l'article 635 du CCM lui permet également, à tout moment, de prononcer la clôture des opérations de la liquidation judiciaire. De la même manière que précédemment, sur rapport du juge-commissaire, le tribunal peut agir d'office, le chef de l'entreprise étant appelé. Cette fois-ci, le rapport doit montrer notamment que le passif exigible est totalement payé ou que le syndic dispose des sommes nécessaires pour désintéresser les créanciers, laquelle hypothèse est rare pour ne pas dire impossible, parce qu'autrement le redressement était possible. L'hypothèse la plus fréquente est celle qui montre que la poursuite des opérations de la liquidation judiciaire est impossible en raison de l'insuffisance d'actifs.

Contrairement au cas précédent, le rapport du juge-commissaire est très utile étant donné que c'est cet organe qui a fixé les modes de réalisation de l'actif. Le rapport fait alors état du rapprochement entre le passif et le produit de réalisation de l'actif.

c. Cas de la prononciation des sanctions patrimoniales.

Les sanctions patrimoniales consistent à mettre tout ou partie du passif de l'entreprise à la charge des dirigeants et/ou à leur étendre la procédure de redressement. L'article 709 du CCM dispose que « *le*

⁵⁷⁴ - P. ex. Trib. com. Casablanca, 13 oct. 2002, n°= 402/ 02, aff.n°= 280/02/10 (inédit).

⁵⁷⁵ - P. ex. Trib. com. Meknès, 26 mai 2005, n°= 27/05, aff. n°= 62-2004/ 6 (inédit).

tribunal statue en audience publique, le juge-commissaire entendu en son rapport.».

Il semble que l'établissement de ce rapport tient au fait que le tribunal compétent pour prononcer les sanctions patrimoniales est celui qui a ouvert la procédure⁵⁷⁶ et que le juge-commissaire relevant de la même juridiction connaît relativement la susceptibilité d'implication des dirigeants dans la gestion défectueuse. De la même manière, il paraît plus judicieux de se baser sur le rapport d'un juge avant de sanctionner.

Ce rapport peut en effet renseigner le tribunal sur les agissements du débiteur ou des dirigeants pouvant tomber sous le coup des articles 704 à 706 et justifiant en l'occurrence les sanctions en question. En pratique, le rapport du juge commissaire reproduit les faits révélés par le syndic en précisant la disposition qui a été violée⁵⁷⁷.

Signalons que la loi ne fait pas allusion au rapport du juge-commissaire lorsqu'il s'agit de sanctions qui relèvent de la compétence des juridictions répressives⁵⁷⁸. Ce rapport ne peut être que bénéfique pour l'instruction pénale.

On remarque ainsi que contrairement à son homologue français, le législateur marocain a restreint les pouvoirs du juge-commissaire en limitant l'établissement de son rapport aux trois cas précités. Il aurait fallu permettre au tribunal de se baser sur un tel document dans des situations très importantes de la procédure.

Remarquons qu'à propos de la préparation de la solution, l'article 579 précise que le tribunal décide au vu du rapport contenant le bilan financier, économique et social et les propositions du syndic, celles-ci doivent être remises au juge-commissaire. Mais la loi ne précise pas pour quelle fin. Est ce que le juge pourra formuler des observations que le syndic devra prendre en considération ? Dans le silence de la loi,

⁵⁷⁶ - Art. 70 du CCM.

⁵⁷⁷ - P. ex. Trib. com. Meknès, 26 mai 2005, préc.

⁵⁷⁸ - Les juridictions répressives sont compétentes pour connaître de la banqueroute et des autres infractions (articles 721 à 724).

il ne semble pas que ce soit le cas. Le législateur aurait pu être plus précis quant au rôle du juge-commissaire à ce stade de la procédure. Il en est de même lorsque le tribunal décide, sur le rapport du syndic, de modifier les objectifs et les moyens du plan sur la base de l'article 597. Le législateur aurait du octroyer une telle tâche au juge-commissaire ou au moins soumettre le rapport du syndic à sa ratification. Le législateur aurait pu également exiger un rapport du juge-commissaire lorsque, suite à l'inexécution par l'entreprise des engagements fixés par le plan, le tribunal décide de prononcer la résolution du plan et passe à la liquidation judiciaire (article 602).

Le défaut de telles interventions est de nature à amenuiser le rôle du juge-commissaire au profit du syndic. Le pouvoir décisionnel du tribunal risque ainsi de subir l'influence de cet organe et l'on craint en conséquence de voir le pouvoir judiciaire un simple appareil qui ne fait qu'homologuer et approuver sans discuter les propositions du syndic⁵⁷⁹.

2. Valeur des rapports du juge-commissaire.

Certes les rapports du juge-commissaire ne tranchent aucun litige et ne font appel à aucune demande, ils ne sont pas des décisions judiciaires susceptibles de recours. Leur établissement se fait sur la base d'une disposition législative. Mais la loi n'en a pas précisé la forme, ni la sanction de leur défaut.

S'agissant de leur forme et devant le silence des textes, la jurisprudence française a conclu à la possibilité de présenter un rapport écrit ou oral lorsque le juge-commissaire fait partie de la formation collégiale qui l'a désigné⁵⁸⁰. En revanche, le rapport doit être écrit si ce dernier est désigné en dehors de cette formation⁵⁸¹. Certes, l'oralité du

⁵⁷⁹ - Il en était ainsi sous l'empire du code de commerce de 1913. Voir pour plus de détail S.A. Squalli « Droit et pratique marocains en matière de faillite des entreprises ou la nécessité d'une réforme immédiate. » Actes du colloque, Droit et pratique au Maroc, Fès 1994, p.199.

⁵⁸⁰ - Cass. com. 29 mars 1989, JCP E 1990, 15841, note Baudrum. ; Cass. com. 16 avr. 1991, Bull. civ. 1991, 145.

⁵⁸¹ - Dijon, 2 avr. 1996, Bull. inf. c. cass. 1996, n°= 1265.

rapport permet un gain de temps, mais l'écrit permet une réflexion profonde et laisse une preuve de la position du juge. Nos tribunaux, habitués à la procédure écrite, optent pour les rapports écrits. Quant au contenu, le juge-commissaire n'est pas tenu de suivre un modèle précis, il doit seulement relever les points essentiels avec les motivations nécessaires, afin que le tribunal puisse décider de façon opportune.

La loi a également observé le silence quant à la validité de la décision du tribunal en l'absence du rapport du juge-commissaire. La jurisprudence française a eu à se prononcer très tôt sur cette question concluant à la nullité de la procédure, étant donné qu'il s'agit de la violation d'une formalité essentielle qui est d'ordre public⁵⁸². La pratique de nos tribunaux montre que ce rapport est établi de façon habituelle et c'est sur sa base que le tribunal apprécie la situation. Lorsqu'il fait défaut, le tribunal reporte l'affaire et relance le juge-commissaire pour présenter son rapport.

Cependant, la question demeure posée devant la cour d'appel de commerce qui, lorsqu'elle infirme un jugement refusant d'ouvrir la procédure, estime qu'il y a cessation des paiements et doit alors statuer, alors que ledit rapport n'a pas été établi. Afin de respecter les prérogatives de chacun des organes de la procédure, il y a lieu à renvoyer l'affaire devant le tribunal dont la décision a fait l'objet de l'appel, afin qu'il soit procédé à la désignation du juge-commissaire et à l'établissement par les soins de ce dernier du rapport en question. Autrement dit, il n'y a pas lieu à évoquer l'affaire. La cour de cassation française a relevé qu'en raison de l'effet dévolutif de l'appel, la juridiction concernée peut rendre sa décision sans encourir aucune censure⁵⁸³.

⁵⁸²- Cass. civ. 24 juill. 1893, rapp. B. Soinne in *Traité des procédures collectives*, 2^{ème} édition, Librairie de la cour de cassation, 1995, p. 519.

⁵⁸³- Cass. com. 24 oct. 1978/D. 1979.89, note Derrida.

B. Le régime des ordonnances du juge-commissaire.

L'ordonnance est l'instrument d'action du juge-commissaire qui rend compte, le plus de son pouvoir décisionnel. Celle-ci est rendue essentiellement, suite à une demande, contestation ou revendication relevant de sa compétence, mais aussi suite à une réclamation formulée contre le syndic. Il est en effet à remarquer que les juges commissaires sont en charge d'un contentieux abondant, exprimant l'ampleur de leur rôle au niveau des procédures collectives (1). Cette nature particulière du contentieux soumis au juge-commissaire confère aux ordonnances qu'il émet un régime particulier tenant à la procédure suivie (2), mais surtout aux recours qui peuvent être exercés à cet effet (3).

1. Aspects quantitatifs de l'intervention du juge commissaire.

Les données du ministère de la justice en 2005 font ressortir que les juges commissaires étaient saisis d'un contentieux estimé à 707 affaires, soit presque 90 demandes par juge⁵⁸⁴. Ce premier bilan montre déjà l'importance quantitative de la mission de cet acteur. Ce constat devient plus significatif, quand on sait qu'au titre de la même année, les tribunaux ont été saisis de 992 affaires. Autrement-dit, le juge commissaire était en charge de 41,6% des affaires de procédures collectives.

La répartition de cet effectif entre les huit juges commissaires n'a pas été établie par le ministère de tutelle. Cependant, en 2008 à Rabat, les affaires enregistrées auprès du juge commissaire se sont élevées à 1069 sur un total de 1184 dossiers⁵⁸⁵. Autrement dit, 90% de l'effectif total concernant les procédures était dévolue à cette institution.

A Tanger, les données ont été collectées sur une tranche de seize ans d'activité (1998-2014). Ainsi, on a totalisé un effectif de 1179 affaires déferées devant le juge commissaire avec deux pics, enregistrés

⁵⁸⁴ - Rev. Tr. com. déc. 2006, n°=1, spéc.

⁵⁸⁵ - Ces données ont été publiées sur le site tcrabat.gov.ma, consulté en janvier 2013.

en 2005 et 2008, avec respectivement 287 et 469 affaires⁵⁸⁶. Pendant cette période, le tribunal a connu un volume litigieux de 389. Autrement dit, chaque fois que la formation collégiale est saisie, le juge commissaire est sollicité trois fois. De la même manière, à Oujda, le juge commissaire a connu de 191 affaires, un effectif qui tend vers le double de celui du tribunal⁵⁸⁷.

Mis à part le caractère conflictuel de la procédure de traitement des difficultés des entreprises qui explique grandement cette sollicitation importante du juge commissaire, il faut ajouter le fait que cet acteur s'est reconnu, en vertu des articles 638 et 639 du CCM, une compétence très large englobant celle du juge des référés. La cour d'appel de commerce de Fès a rendu des arrêts édifiants dans ce sens⁵⁸⁸.

2. Procédure suivie devant le juge-commissaire.

Excepté la détermination du passif de l'entreprise, la loi n'a pas prévu des dispositions d'ensemble quant à la procédure suivie devant le juge-commissaire. Ceci vaut aussi bien pour notre pays que pour la France. Néanmoins, la jurisprudence appuyée par la doctrine a dégagé quelques principes concernant le mode de saisine (a), le respect du contradictoire (b) et les formalités régissant la décision du juge (c).

a. Mode de saisine du juge commissaire.

Le juge-commissaire est saisi en principe par requête, mais on estime qu'une simple lettre peut également être admise, pourvu qu'elle précise qu'il s'agit d'une sollicitation du juge-commissaire et non d'un autre organe de la procédure⁵⁸⁹. Le demandeur n'est pas tenu de

⁵⁸⁶- Source : greffe du tribunal de commerce de Tanger.

⁵⁸⁷- Données publiées en ligne www.cacfès.gov.ma, consulté de 2009 à 2011.

⁵⁸⁸- C.A com, 28 mai 2003, n°= 30, aff. n°= 18.03 et n°= 32, aff. n°= 21.03, Recueil jurisp. C.A com Fès, 2004, p. 184 et 194 ; 16 oct. 2002, n°= 17, aff. n°= 12.02, Recueil jurisp. C. A com Fès, 2003, p. 30.

⁵⁸⁹- M. Armand-Prevost « Le juge-commissaire », in « Le nouveau droit des défaillances d'entreprises », Dalloz 1995, p. 119.

respecter des indications si ce n'est celles de l'article 31 du CPC (identité, domicile, objet de la demande,...).

Cependant, en matière de détermination du passif de l'entreprise, la déclaration des créances doit comporter certaines mentions précisées par l'article 688 du CCM⁵⁹⁰. Le créancier a donc intérêt à respecter les énonciations prescrites, car il s'agit d'établir un droit de créance qui doit être prouvé. La loi n'a toutefois imposé aucune forme particulière, une déclaration sur papier libre peut faire alors foi⁵⁹¹.

D'un autre côté, le juge-commissaire peut se saisir d'office, la loi a prévu ce mode de saisine lorsque l'intervention du juge a pour objet une fonction d'administration ou de gestion des biens de l'entreprise, comme s'il s'agit d'ordonner des scellés.

En général, nos juges commissaires se montrent assez souples pour admettre des requêtes qui comportent le minimum d'indications substantielles, dès que cela profite au traitement des difficultés de l'entreprise.

b. Le respect du contradictoire devant le juge commissaire.

Le respect du contradictoire est un principe directeur qui garantit les droits de la défense. Cependant, ce principe n'est pas toujours obligatoire devant le juge commissaire, en ce sens qu'on a fait remarquer qu'il n'en est ainsi que lorsque la loi exige la convocation et l'audition des parties⁵⁹². Or, la loi n'a prévu une telle formalité que dans

⁵⁹⁰- La nature juridique de cette déclaration, lorsqu'elle est effectuée par un mandataire a donné lieu à une controverse doctrinale en France : s'agit-il d'une demande en justice ou d'un acte de procédure ? La cour de cassation, par arrêt du 14 décembre 1993, a mis fin à ce débat en se prononçant en faveur de la qualification de demande en justice. JCP 1994, E, II, 575, note Campana et Calendini.

⁵⁹¹- M. Jeantin et P. Le Cannu « Droit commercial : Entreprises en difficulté », Dalloz 1999, n°= 875.

⁵⁹²- A. Orth, Le rôle du juge-commissaire dans la nouvelle législation des entreprises en difficulté, Petites affiches, 1985, n°= 142, p. 25.

des cas isolés⁵⁹³, raison pour la quelle, la jurisprudence s'est affranchie de ce cadre légal étroit pour imposer au juge de respecter ce principe, chaque fois que la demande se révèle être de nature contentieuse.

Ainsi, la cour de Casablanca a imposé au juge-commissaire de respecter ce principe lorsqu'il est saisi d'une demande de relevé de forclusion⁵⁹⁴. Cette exigence a été adoptée également par la cour de Grenoble en matière de revendication⁵⁹⁵. Mais eu égard à la nécessité de décider parfois en toute urgence, afin de ne pas compromettre le redressement de l'entreprise, on n'a pas hésité à formuler que ce principe ne peut être absolu et peut être sujet à des exceptions dont l'appréciation revient au juge même⁵⁹⁶.

Le respect du principe du contradictoire est matérialisé par les conclusions écrites de chaque partie, mais la jurisprudence française a admis l'oralité de la procédure, si bien que les prétentions des parties peuvent être formulées au cours de l'audience⁵⁹⁷. Dès lors, la présence des parties est obligatoire, lesquelles peuvent ou non être assistées d'un avocat. Dans cette optique, il est intéressant de relever que la jurisprudence marocaine a décidé de l'obligation d'être représenté par un avocat en matière de relevé de forclusion⁵⁹⁸. Cette obligation a été jugée contraignante pour la procédure raison pour laquelle, il a été proposé de la restreindre aux parties, débiteur et créancier⁵⁹⁹.

c. La décision du juge-commissaire.

Comme toute décision judiciaire, celle du juge-commissaire doit obéir à la forme prévue à l'article 50 du CPC. Cette forme permet en effet

⁵⁹³- Voir par exemple, les articles 622 à 625 relatifs à la réalisation de l'actif dans le cadre de la liquidation judiciaire.

⁵⁹⁴- C.A com. Casablanca, 8 déc. 2000, Aff. n°= 11/2000/2443, REMADAE, 2003, n°= 3, p. 180.

⁵⁹⁵- C.A Grenoble, 3 fév. 1988, Gaz. pal. 1988, 2, 477, note Benézera.

⁵⁹⁶- M. Armand Prevost, op. cit., p. 119.

⁵⁹⁷- Cass. com. 31 janv. 1995, R.J.D.A. 5/95, n°= 640.

⁵⁹⁸- Ord. Trib. com. Casablanca, 19 mars 2003, aff. n°= 236, (inédit).

⁵⁹⁹- M. Chebbou, op. cit. p. 557.

aux parties de comprendre leurs droits et leurs obligations en découlant.

Sous l'empire de la loi française de 1967, la cour de cassation a approuvé le fait pour le juge-commissaire de rendre son ordonnance sans débat préalable, ni motivation, pouvant ainsi résulter d'un simple avis favorable au bas de la requête présentée par le syndic⁶⁰⁰. Cette souplesse demeure toujours de mise, afin de permettre une économie de temps.

Mais, la décision du juge-commissaire doit être en principe être motivée, afin que les parties puissent agir en conséquence, notamment pour exercer les voies de recours. La pratique marocaine montre, plus souvent, que lorsque le juge-commissaire entend donner droit au demandeur, il reprend les arguments avancés par ce dernier en précisant que la demande est suffisamment motivée⁶⁰¹.

Afin d'unifier la forme des ordonnances des juge-commissaires à travers tout le Royaume, les tribunaux de commerce se sont dotés d'un modèle pré-imprimé contenant les différentes subdivisions à remplir pour chaque espèce.

S'agissant du délai dans lequel le juge-commissaire doit rendre son ordonnance, il est à relever que la loi n'a prévu aucune disposition dans ce sens. La décision peut tarder à venir, ce qui peut nuire à l'intérêt des parties. Afin d'éviter les retombées d'une telle lenteur, la loi française permet au tribunal de se saisir d'office ou d'être saisi, si le juge-commissaire n'a pas statué dans un délai raisonnable. Le législateur marocain n'a pas opté pour une telle solution, évitant des interférences de compétence au sein du pouvoir judiciaire. Le juge-commissaire marocain endosse donc une responsabilité morale, tant il est vrai qu'il est chargé par la loi de veiller au déroulement rapide de la procédure et de protéger les intérêts en présence

⁶⁰⁰- Cass. com. 7 déc. 1971, Bull. civ. IV, n°= 293.

⁶⁰¹- P. ex. Ord. Trib. com. Marrakech, n°= 3/2001 du 8 fév. 2001, aff. n°= 5/99 et n°= 165/2003 du 2 sep. 2003, aff. n°= 17/15/2002, cités par M. Chebbou, op. cit. p. 562.

Enfin les ordonnances du juge-commissaire sont immédiatement déposées au greffe⁶⁰². Dans le défaut de dispositions spéciales⁶⁰³, la notification est faite conformément aux règles générales, décrites par les articles 37 à 39 du CPC, le syndic peut en prendre connaissance au greffe. Mais là encore quelles sont les parties destinataires de la décision ? Cette question a soulevé de vives critiques en France sous l'empire de l'ancienne législation, puisque le juge-commissaire pouvait rendre ses décisions en précisant avec discrétion les destinataires sans qu'il puisse se voir reprocher d'avoir négligé telle ou telle partie⁶⁰⁴. Des auteurs avaient déjà suggéré, dans le souci de respecter l'égalité des créanciers, que l'ordonnance ne soit notifiée à personne⁶⁰⁵. Avec le dépôt au greffe, les parties concernées peuvent en prendre connaissance, en cas de défaut de notification.

Dés leur dépôt, les ordonnances du juge-commissaire sont, selon l'article 728 du CCM, exécutoires de plein droit⁶⁰⁶ et à défaut de recours, elles acquièrent l'autorité de la chose jugée.

3. Les voies de recours contre les ordonnances du juge commissaire.

Les voies de recours constituent le titre VI du CCM (articles 728 à 732) qui en comporte le régime d'ensemble. Classiquement on distingue entre les voies de recours qui sont ouvertes aux parties (a) et celles qui sont destinés aux tiers (b).

⁶⁰²- Art. 639 du CCM.

⁶⁰³- Comme disposition spéciale, on cite l'article 696 du CCM qui consacre la notification aux parties par le greffier ou par lettre simple concernant les décisions statuant sur la vérification des créances.

⁶⁰⁴- Cass. civ. 15 fév. 1971, Bull. civ. IV, n°= 46, RTD com. 1972. 507, obs. R. Houin.

⁶⁰⁵- Argenson et Toujas, Règlement judiciaire- Liquidation judiciaire, Faillite, Traité, éd. 1973, T. 1, n°= 186.

⁶⁰⁶- Voir pour plus de détails, M. Smahi, Le régime de l'exécution provisoire des jugements civils dans le droit marocain, thèse Rabat 1996, université Med V.

a. Voies de recours ouvertes aux parties.

La parcimonie avec laquelle notre législateur a agi en matière de voies de recours a été à l'origine d'un clivage doctrinal axé sur la juridiction compétente en la matière et sur la voie de recours proprement-dite, par laquelle une partie insatisfaite espère recouvrir ses droits prétendus⁶⁰⁷.

S'agissant de la juridiction compétente, une partie de la doctrine marocaine a adopté le régime français en ce qu'il consacre le tribunal du juge-commissaire comme juridiction compétente en matière de recours contre les décisions de ce dernier, la cour d'appel de commerce ne pouvant alors être saisie qu'exceptionnellement⁶⁰⁸. A cette opinion, on a rétorqué le fait que cette possibilité prévue par l'article 212 de l'ancien code de commerce n'est plus de mise, en raison de l'abrogation de cette disposition et de l'absence en droit marocain processuel d'un recours pareil⁶⁰⁹. Quant aux recours, l'appel reste la voie principale, mais peut-on exclure l'opposition ?

a-1- L'appel contre les ordonnances du juge commissaire.

Il ressort de l'article 730 du CCM que l'appel est formé par déclaration au greffe du tribunal dans le délai de dix jours à compter de la notification de la décision concernée, sauf disposition contraire contenue dans la loi.

Le législateur a, néanmoins, été plus précis quant au recours contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en matière de vérification des créances. L'article 697 du CCM précise que qu'elle soit d'admission ou de rejet, cette décision est susceptible d'appel par le créancier, le débiteur ou le syndic dans un délai de quinze jours, à

⁶⁰⁷- Sur l'absence d'un régime spécial des voies de recours, voir : A. Slimani, Voies de recours des décisions rendues en matière de difficultés de l'entreprise, REMADAE, déc. 2002, n°= 1, p. 25, (en arabe).

⁶⁰⁸- A. C. Sbaï, Les procédures de prévention des difficultés de l'entreprise et les procédures de traitement, Tome III, op. cit. p. 161.

⁶⁰⁹- M. Chebbou, op. cit. p. 579.

compter de la notification pour les premiers et de la décision pour ce dernier. Toutefois, l'appel ne peut être ouvert pour le créancier dont la créance a été discutée et qui n'a pas répondu dans le délai légal de trente jours (article 693 alinéa 3), lorsque la décision du juge-commissaire confirme la proposition du syndic.

A noter que parfois l'appel a été admis dans un délai supérieur à dix jours et inférieur à quinze jours, en raison de la confusion entre le délai d'appel en matière de vérification des créances et les autres matières⁶¹⁰.

Quant aux effets de l'appel, il y a lieu de souligner qu'en vertu de l'article 728 du CCM, les ordonnances du juge-commissaire sont exécutoires de plein droit et qu'il n'y a pas lieu à un effet suspensif. D'autre part, en raison de l'effet dévolutif, lorsque la cour annule ou infirme l'ordonnance, elle doit évoquer si l'affaire est en état d'être jugée⁶¹¹.

a-2- L'opposition contre les ordonnances du juge commissaire.

La base légale de l'opposition en matière des entreprises en difficulté est l'article 729 du CCM. Cette disposition traite de l'opposition contre les décisions en matière de redressement et de liquidation judiciaire quelque soit l'organe judiciaire qui en est l'auteur. Mais c'est l'article 700 qui parle expressément d'opposition contre les décisions définitives du juge-commissaire et ce, à l'occasion de la vérification des créances.

Or, depuis la loi n°= 18-02 complétant la loi n°= 53-95, il n'y a plus de taux de compétence en dernier ressort du tribunal. Les tribunaux de commerce ne statuent qu'au premier ressort, ce qui fait

⁶¹⁰- C.A com. Marrakech, 21 janv. 2003, aff. n°= 1080/6/02 ; cet arrêt se réfère à l'article 697 du CCM, alors que l'objet du litige portait sur la revendication de biens, cité par M. Chebbou, op. cit. p. 583.

⁶¹¹- Art. 19 de la loi n°= 53-95 instituant les juridictions de commerce qui renvoie au code de la procédure civile (art. 146).

que le juge-commissaire ne rend plus des décisions définitives. Il en découle que l'appel est toujours ouvert contre les ordonnances de ce dernier. Faut-il en conclure que la partie concernée n'a d'autre alternative que la voie d'appel même si l'ordonnance a été rendue par défaut ? A cette question, la cour d'appel de commerce de Casablanca a relevé que la partie intéressée dispose d'une option entre les deux voies⁶¹². L'arrêt a fait état du fait que si le jugement rendu par défaut en matière de procédures collectives est susceptible d'opposition, il est susceptible en même temps d'appel. Par conséquent, l'intéressé a le droit de choisir entre les deux voies tant qu'aucune disposition ne l'interdit.

Cependant, la cour de cassation a exclu implicitement cette option en n'admettant que la voie de l'appel comme voie de recours contre les décisions du juge-commissaire⁶¹³ et ce, au motif qu'aucune disposition ne prévoit l'opposition devant le tribunal qui l'a désigné⁶¹⁴.

b. La tierce opposition en matière d'ordonnances du juge commissaire.

La tierce opposition est une voie de recours qui permet à toute personne qui a intérêt de former opposition contre une décision judiciaire qui a causé préjudice à ses droits et lors de laquelle ni elle, ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés⁶¹⁵.

Ainsi, les tiers à la contestation dont le juge-commissaire a rendu son ordonnance peuvent, conformément à l'article 729 du CCM, du fait du préjudice qu'ils ont subi, former leur opposition par déclaration au greffe du tribunal dans le délai de dix jours du prononcé de la décision ou de sa publication au B.O si cette publication est prescrite. Ce délai, en matière de vérification des créances, est de quinze jours à compter de la

⁶¹²- C.A com. Casablanca, n°= 503/2001 du 23/02/2001, (inédit).

⁶¹³- C.cass, 26 oct. 2005, n°= 1092, ch. com., aff. n°= 148/3/1/2005, REMADAE, oct. 2006, n°= 11, p. 137.

⁶¹⁴- Infra, p. 361.

⁶¹⁵- Art. 303 du CPC.

publication au B.O de l'état des créances dont il est question à l'article 698.

Le juge-commissaire statue, après avoir entendu ou dûment appelé le syndic et les parties intéressées. Mais auparavant, il doit bien vérifier les conditions de la tierce opposition notamment, la qualité et le délai.

On remarque que le législateur n'a pas opté, à l'instar de son homologue français pour un régime dérogatoire. Le recours en France contre les ordonnances du juge-commissaire est porté devant le tribunal qui agit en tant qu'instance d'appel. Le délai de recours qui était initialement plus abrégé que dans le cas marocain, huit jours à compter du dépôt de l'ordonnance au greffe, a été porté par la réforme de 1994 à quinze jours. La décision du tribunal n'est alors susceptible ni d'appel ni d'aucune autre voie de recours, sauf en matière de revendication. Le législateur français a donc fait de l'appel contre les ordonnances du juge-commissaire une voie exceptionnelle réservée à des cas particuliers. Il en est ainsi de l'admission ou du rejet des créances, de la substitution des garanties et du relevé de la forclusion⁶¹⁶.

En conclusion, on peut dire que la loi a doté le juge-commissaire d'une diversité de moyens se matérialisant par un pouvoir permanent s'exerçant le long de la procédure, de sorte qu'il devient l'acteur principal du redressement de l'entreprise. Par rapport à l'ancienne législation, certaines prérogatives sont maintenues, d'autres ont vu le jour en raison de l'esprit de la nouvelle loi.

Sur le plan pratique, la doctrine qui s'est penchée sur l'étude de l'expérience marocaine sous l'empire de l'ancienne législation a fait remarquer que le juge-commissaire était pratiquement écarté de la procédure et se contentait d'homologuer les décisions du syndic⁶¹⁷. Elle

⁶¹⁶ - M. Armand Prevost, préc., p. 126.

⁶¹⁷ - A. Squalli, « Droit et pratique marocaine en matière de faillite des entreprises ou la nécessité d'une réforme immédiate », Actes du colloque « Droit et pratique au Maroc », Fès 1994, p. 207.

avançait deux critères au moins qui sont à l'origine de cette donne, le défaut de spécialisation du juge-commissaire et son encombrement par d'autres missions. Avec la création des tribunaux de commerce, ces critères semblent être atténués. Le juge-commissaire n'est plus encombré par les affaires civiles ou sociales qui sont de la compétence des tribunaux de première instance. On assiste ainsi à une spécialisation du juge en matière commerciale, en l'occurrence, les entreprises en difficultés.

Ceci nous amène à conclure à sa place incontournable dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises auxquelles il s'identifie. Ainsi sa nomination par le tribunal est obligatoire⁶¹⁸ et sa substitution s'impose de toute urgence le cas échéant⁶¹⁹. Après avoir opté arbitrairement à sa nomination parmi la formation collégiale en charge de l'entreprise⁶²⁰ ou en dehors de celle-ci⁶²¹, la tendance est tournée plutôt vers cette dernière alternative en le déchargeant de toute tâche autre que le traitement des difficultés de l'entreprise. A leur tour, les juges commissaires ont manifesté leur volonté de s'impliquer davantage dans les procédures et se sont engagés à adapter leur formation aux différents aspects techniques de la loi⁶²².

En conclusion, le juge commissaire est une institution qui trouve sa raison d'être dans la nécessité d'assurer un contact permanent du pouvoir judiciaire avec l'entreprise en difficultés et partant, d'assurer l'administration quotidienne de la procédure. Ceci

⁶¹⁸- C.A com . Casablanca, 20 janv. 2000, aff. n°= 207/99/11 ; 30 mars 2001, aff. n°= 2078/99/11(inédits).

⁶¹⁹- Trib. com. Casablanca, 2 sep. 2003, aff. n°= 216 (inédit).

⁶²⁰- Le juge-commissaire appartenant à la formation collégiale : Trib. com. Rabat, 23/06/1999 (inédit); Trib. com. Meknès, 05/03/2002 (inédit) ; Trib. com. Casablanca, 29/04/2002 (inédit) ; Trib. com. Marrakech, 7 avr. 1999, aff. n°= 1/98, G.T.M, 2000, n°= 81, p. 195.

⁶²¹- Le juge-commissaire désigné en dehors de la formation collégiale : Trib. com. Rabat, 29 déc. 1998, aff. n°= 4/98/677, Rev. Al Ichâe, 27 janv. 1999, n°= 18, p. 256 ; Trib. com. 27 janv. 1999, Rev. Al Ichâe, préc., p. 252; Trib. com. Meknès, 09/10/2003 (inédit).

⁶²²- Durant notre visite de certains tribunaux, les juges-commissaires concernés n'ont pas manqué de nous faire part de leur satisfaction de leur spécialisation de fait en la matière et de l'enrichissement de leurs connaissances en matière de comptabilité et de finances.

se traduit par une plurifonctionnalité de cet acteur. Il agit, en effet, tantôt en qualité de juge rapporteur, tantôt en qualité de juge des référés de la procédure. Par certains aspects, il empreinte le rôle de juge de l'exécution. Ce faisant, il n'est plus un simple délégué du tribunal qui l'a nommé, mais son rôle s'affirme en tant que juridiction tout à fait autonome.

Néanmoins, pour exécuter à bon escient cette multitude de tâches, il est nécessaire d'assurer le climat adéquat. Dans cette optique, il est impérieux de revoir la législation de façon à assurer la suppléance en cas d'indisponibilité, afin d'éviter tout retard ou blocage de la procédure. Sur le plan de son information, il faut doter le juge commissaire davantage de pouvoirs pour en obtenir en temps utile et surtout pour assurer une fluidité de la communication entre cet acteur et le ministère public.

CHAPITRE III : LE MINISTERE PUBLIC, LE PARENT PAUVRE DE LA REFORME DU DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES.

L'intervention du ministère public au niveau du traitement des difficultés des entreprises est une constante du droit marocain des procédures collectives. En effet, le code de 1913 reconnaissait déjà des pouvoirs propres à cet organe. S'agissant de l'actuelle législation, il est à remarquer que l'affirmation du parquet, en tant qu'organe faisant partie de la mosaïque judiciaire, a été consacrée par le livre V du code de commerce de 1996, avant que la loi sur les juridictions de commerce prévoyant sa présence au sein de ces institutions ne soit promulguée. Ceci témoigne d'une volonté affirmée de faire de cet organe une partie prenante à la procédure. De fait, la notion de l'ordre public a connu un développement si considérable qu'il englobe, désormais, les différents aspects de la vie économique et sociale. L'entreprise est conçue, dans cette optique, comme une cellule où l'intérêt privé s'éclipse devant l'intérêt général dont le parquet est garant⁶²³. Les dispositions ayant trait au règlement de sa défaillance sont, ainsi, d'ordre public, si bien que le ministère public se trouve du coup concerné.

Or, cela devrait se traduire par l'association du ministère public à toutes les étapes de la procédure, du moins, celles jugées plus importantes où le sort de l'entreprise et de ses partenaires est fixé. Autrement dit, le rôle de cet organe devrait être de la même importance que les autres structures judiciaires intervenant dans la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise. Ses pouvoirs devraient être plus prononcés que ceux qui étaient prévus par le code de commerce de 1913. Mais à lire la loi, on se rend compte du coup que le ministère public n'a pas une réelle emprise sur la procédure.

⁶²³- B. Soinne, L'intervention du ministère public dans les procédures collectives, D. 1983, chron. 11.

S'il est vrai que son intervention est plus marquée que dans le passé en détenant le pouvoir de déclencher la procédure autant que le tribunal se saisissant d'office (section I), il reste en revanche qu'après le jugement d'ouverture son rôle s'amenuit pour se limiter à l'exercice des voies de recours quand les conditions sont réunies (section II).

Section I : Le pouvoir du ministère public de déclencher la procédure.

Le droit de demander l'ouverture d'une procédure collective de la part du ministère public est le résultat de l'évolution de la notion de l'ordre public. Ainsi, les difficultés de l'entreprise ne sont plus considérées comme une affaire privée concernant uniquement le débiteur et ses créanciers, mais l'intérêt de toute la collectivité s'y trouve impliqué. La fragilisation du tissu économique par la transmission de la défaillance d'une entreprise à l'autre est un trouble de l'ordre socio-économique qui ne peut, désormais, laisser indifférents, les pouvoirs publics. Si dans notre pays, la reconnaissance au ministère public du droit de déclencher une procédure de redressement judiciaire fait partie de l'un des apports du livre V du code de commerce de 1996 (I), il importe d'apprécier l'effectivité de l'usage de cette faculté pour montrer à quel point le parquet est sensible à la protection de l'ordre public en question (II).

I. Reconnaissance du droit du ministère public de demander l'ouverture d'une procédure collective.

Sous l'empire de l'ancienne législation, l'action du ministère public était tributaire du déclenchement d'une procédure par l'une des parties habilitées, ce dernier ne pouvait agir à cette fin. Cette exclusion puise sa source dans la conjoncture historique qui a été à l'origine de la mise en place du code de commerce de 1913. La consécration du droit du ministère public de demander l'ouverture d'une procédure collective

(B) est en effet indissociable de l'histoire de l'admission de cet organe auprès des tribunaux de commerce (A).

A. Admission du ministère public auprès des tribunaux de commerce.

L'admission du ministère public auprès des juridictions de commerce s'est faite, dans notre pays, sans problèmes. Cependant, si on considère que les jalons de la législation commerciale ont été posés par la France, au lendemain du protectorat, il devient évident de retracer l'histoire du ministère public avec ces institutions. En effet, le parquet et la magistrature consulaire en France sont deux acteurs d'une histoire où la symbiose a germé pendant une longue période. L'intervention du ministère public dans le domaine commercial, dans son ensemble, était source d'un débat entre l'école orthodoxe dont les partisans accusait cette intervention d'atteinte à l'indépendance de la justice consulaire et l'école moderne conduite par les réformateurs aspirant à une organisation judiciaire uniforme, mettant en place un ministère public, à l'instar des tribunaux civils⁶²⁴.

Ce débat n'a été sans rejaillir sur l'évolution de la place du parquet d'abord, au niveau de la juridiction consulaire, puis sur sa fonction dans les procédures collectives. Les prémisses de l'admission de cet organe pour intervenir auprès de ces juridictions étaient senties après la révolution. L'idée se basait sur la nécessité d'instaurer un droit de regard des autorités publiques sur les opérations de faillite afin d'en assurer la transparence. On parlait alors d'un commissaire du gouvernement devant siéger au tribunal pour assurer le contrôle de la procédure⁶²⁵. Ce projet se heurta, cependant, à la résistance des juges consulaires pour être abandonné.

Les réformateurs mettaient l'accent sur la médiocrité de la justice consulaire en appréciant le rendement du juge civil et du juge

⁶²⁴- R. Ithurbide, Histoire critique des tribunaux de commerce, LGDJ, Paris, 1970, p. 178.

⁶²⁵- Cl. Dupouy, Le droit des faillites en France avant le code de commerce, Paris, 1960, p.202.

consulaire, tant en quantité qu'en qualité. Les pratiques déviantes des débiteurs agissant de concert avec certains créanciers ne pouvaient être contenues, selon ce courant, qu'en instaurant un ministère public à même de dissuader la fraude et la spéculation dont la faillite était le support.

Lorsque l'occasion s'est faite sentir d'établir un code de commerce auquel Napoléon devait participer, la carence des tribunaux consulaires était d'un bruit strident pour qu'on ne l'on réclame pas la présence d'un ministère public avec des pouvoirs propres au sein de ces juridictions. L'admission de l'intervention de cet organe est ainsi consacrée, sous une querelle dont les stigmates n'ont dégénéré qu'au fil des réformes⁶²⁶ et surtout par le code de 1807.

De là, la présence du parquet au sein de la législation de 1913 est admise avec évidence, du moment que notre pays a opté pour une magistrature professionnelle. Son rôle au niveau des procédures collectives n'a occasionné aucune polémique du genre français.

B. Consécration du droit de demander l'ouverture d'une procédure collective.

La consécration du droit pour le ministère public de demander l'ouverture d'une procédure collective représente l'une des dernières étapes des réformes successives du droit de la faillite⁶²⁷. L'intervention de cet organe auprès du tribunal avait surtout un caractère répressif, l'article 362 de l'ancien code de commerce permettait au parquet de poursuivre le débiteur pour banqueroute. Mais il ne lui était pas possible de demander l'ouverture d'une procédure de faillite. En effet, en vertu de l'article 200 du même texte, le débiteur pouvait être déclaré en faillite suite à un jugement du tribunal de première instance sur la

⁶²⁶- Certains présidents de tribunaux de commerce d'une grande notoriété n'ont pas hésité à prétendre que la présence du ministère public ne représente qu'un danger pour la dignité de la justice. Cf Ithurbide, op. cit. p. 181.

⁶²⁷- Pour plus de détails, voir M. Antoine la fortune, Le ministère public et l'entreprise en difficultés, Les petites affiches, n°= 5, spec. p. 21.

base d'une déclaration du débiteur, de l'assignation d'un ou plusieurs créanciers ou d'office. Donc, seules ces parties étaient habilitées à déclencher la procédure à l'exclusion du ministère public.

Sur ce point, la législation marocaine accusait un retard par rapport à celles égyptienne et tunisienne⁶²⁸. La première donne le pouvoir au ministère public de déclencher la procédure s'il estime que le débiteur est en cessation des paiements ou qu'il a dissimulé les biens affectés à son commerce. Quant à la seconde, elle consacre la participation de cet organe à l'ouverture de la procédure d'une manière indirecte, car l'article 446 de la revue commerciale tunisienne précise que le tribunal décide après avoir entendu le ministère public.

Le rôle du ministère public marocain se limitait donc à la mise en œuvre du dispositif pénal et à quelques prérogatives, telles que la présence facultative aux opérations d'inventaire (art. 237), la possibilité de demander tout document relatif à l'infraction de banqueroute et la réception de la demande de réhabilitation judiciaire (art. 382).

Ce pouvoir reconnu au parquet puise sa source dans le code de commerce français de 1807. Seulement en France, le rôle de cet organe a évolué parallèlement à la législation du droit des procédures collectives. La période allant de 1967 à 1981 a fait du ministère public un organe à part entière de la procédure. Non seulement l'ordonnance de 1967, mais aussi d'autres textes lui ont reconnu un parfait droit à l'information qui lui permet d'être à cheval de la procédure et partant, d'y intervenir activement. Désormais, l'information circule dans les deux sens entre le parquet et le tribunal. Le ministère public utilisait alors la technique de la communication de l'information pour inciter le tribunal à se saisir d'office⁶²⁹.

⁶²⁸ - C. Sbaï, op. cit. p. 471.

⁶²⁹ - C. Labrusse, L'évolution du droit français de la faillite depuis le code de commerce, *in* Faillites, sous la direction de Rodière, Paris, 1970, p. 5-54.

Cette pratique se développa de façon à ce que les procédures de faillites ouvertes d'office par le tribunal l'étaient sur avis du parquet⁶³⁰. Le procureur de la république informe le président du tribunal qui en communique au tribunal. Une loi du 15 octobre 1981 est alors intervenue pour reconnaître au ministère public le droit de saisir directement le tribunal d'une demande d'ouverture une procédure de règlement judiciaire et de liquidation des biens.

Ces différentes étapes n'ont pas retenu l'attention du législateur marocain. Quand l'occasion s'est présentée de réformer le droit des procédures collectives, le projet de 1988 n'a entendu guère modifier le cadre de l'ouverture de la procédure, si bien que l'article 502 dudit projet n'a fait que reproduire l'article 200 du code de 1913⁶³¹. Le ministère public était écarté une nouvelle fois des personnes habilitées à agir dans ce sens. Il a fallu attendre la refonte de l'édifice législatif relatif à la matière commerciale pour voir enfin le ministère public doté du pouvoir de saisir le tribunal pour demander l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise. La consécration d'un tel droit a donc germé pendant plus de trois quarts du siècle passé et l'a été à l'occasion de l'abrogation de l'ancien code de commerce par celui de 1996, dont le livre V est le support.

II. Mise en œuvre du droit de demander l'ouverture de la procédure.

A présent que le pouvoir de déclencher une procédure de redressement judiciaire par le ministère public est consacré, l'on est en droit de se poser la question de l'effectivité de ce droit (B). Mais avant tout, de quel ministère public s'agit-il et quel est son cadre d'action ?(A).

⁶³⁰- J. Percerou, op. cit. Tome I, n°= 320.

⁶³¹- C. Sbaï, op. cit. p. 148.

A. Le ministère public concerné par le déclenchement de la procédure.

L'on est amené à se poser raisonnablement la question, avec un auteur⁶³², de savoir quelle acception du ministère public, le législateur s'est fait. Autrement dit, l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, peut elle être demandée uniquement par le ministère public auprès du tribunal de commerce compétent ou par celui siégeant auprès de n'importe quelle juridiction, indépendamment de sa compétence territoriale ou de sa compétence en raison de la matière ? La question mérite d'être posée quand on sait que cet organe est régi par l'indivisibilité. La solution du droit français ne peut être transposée au contexte marocain, en ce sens que les tribunaux consulaires français n'ont pas un ministère public propre, si bien que c'est le procureur de la république du tribunal de première instance du ressort du tribunal de commerce compétent qui agit en cette qualité⁶³³.

La doctrine marocaine estime que cette demande doit rester limitée au ministère public siégeant auprès du tribunal de commerce concerné⁶³⁴, avec possibilité pour tout autre ministère public d'informer ce dernier de tout renseignement qui pourrait prédire d'une cessation des paiements concernant toute entreprise, tels que des protêts, des condamnations pénales, etc. Cette solution est conforme à l'éthique de la magistrature, surtout que dans les régions éloignées, seul le procureur du Roi et ses substituts relevant d'autres juridictions peuvent disposer d'informations concernant l'entreprise.

Mais le tribunal compétent peut-il rejeter la requête d'un ministère public, au motif qu'il ne siège pas dans la même enceinte judiciaire habilitée à ouvrir une procédure de redressement judiciaire ? La pratique ne nous fournit pas d'exemple en la matière, mais la réponse n'est pas tellement évidente pour qu'on puisse prendre parti.

⁶³²- M. Lefrouji, op. cit., p. 99.

⁶³³- Art. 412 du code de l'organisation judiciaire français.

⁶³⁴- M. Lefrouji, *ibidem* ; M. Akherif, op. cit. n°= 223.

Aux arguments déjà avancés et auxquels s'ajoute une « spécialité de fait »⁶³⁵, se dresse la nécessité de la protection de l'ordre public économique qui a une portée nationale intéressant le ministère public indépendamment du lieu où il siège. Du moins, lorsque les difficultés ont pour origine un établissement implanté dans un ressort différent de celui du siège social, on doute que le ministère public dudit ressort ne puisse demander l'ouverture de la procédure. D'autre part, le ministère public constitue un organe caractérisé par l'indivisibilité, perçu sous l'angle de la représentation du pouvoir exécutif⁶³⁶, il est donc judicieux d'admettre la requête de cet organe quel soit implanté dans le ressort territorial du tribunal de commerce ou non. Par-dessus tout, le souci majeur est d'intervenir à temps, au moment où la défaillance de l'entreprise est à peine à endiguer. Pourquoi refuserait-on alors une requête pour défaut de qualité du parquet concerné si le traitement des difficultés peut intervenir tôt ? Le redressement de l'entreprise doit primer les violations mineures éventuelles de la loi, si elles en sont ainsi.

B. L'action du ministère public entre l'admission et l'exclusion.

La loi a prévu plusieurs situations dans lesquelles une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires peut être ouverte. On devrait donc s'attendre à ce que le ministère public puisse agir dans toutes ces situations étant donné que l'ordre public économique et social passe avant les intérêts privés. Or, il paraît que la loi a, d'une manière inexplicite, procédé sélectivement en dotant le ministère public du pouvoir de demander l'ouverture de la procédure dans certaines hypothèses (1), mais en l'en niant dans d'autres situations (2).

⁶³⁵ - M. Idrissi, La pratique des tribunaux de commerce, Babel, éd. 1999, p.39 (en arabe).

⁶³⁶ - R. Badinter, Le procureur et le consul, Rev. jurisp. com. 1981, n°= 7-8.

1. Hypothèses d'admission du parquet dans l'ouverture de la procédure.

La loi, en traitant des conditions de l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise, a prévu deux articles précisant les parties habilitées à agir dans ce sens. A ce titre, le parquet est habilité à agir pour demander l'ouverture d'une procédure tout court (a) ou une liquidation judiciaire immédiate (b). Mais on peut songer à d'autres hypothèses où l'action du ministère public est admise (c).

a. Demande d'ouverture de la procédure ab-initio.

La loi a d'abord consacré l'hypothèse normale et tout à fait naturelle de la déclaration de cessation des paiements du débiteur⁶³⁷ pour préciser dans l'alinéa 2 de l'article 563 du CCM que « Le tribunal peut aussi se saisir d'office ou sur requête du ministère public, notamment en cas d'inexécution des engagements financiers conclu dans le cadre de l'accord amiable prévu à l'article 556 ».

Ainsi, le déclenchement de la procédure par le ministère public est, dans cette optique, la manifestation de la nécessité de la protection de l'ordre public. Le tribunal de commerce de Marrakech l'a bien souligné dès la première affaire dont il a été saisi, précisant que la procédure de traitement des difficultés des entreprises fait partie de l'ordre public économique et social⁶³⁸.

La rédaction de l'article 563 a laissé croire que la demande d'ouverture de la procédure, en l'occurrence, du ministère public est conditionnée. C'est-à-dire que ce n'est qu'en cas où il y a eu au préalable conclusion d'un accord amiable et que les engagements financiers y souscrits n'ont pas été honorés par le débiteur que le ministère public peut demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire

⁶³⁷- Art. 561 du CCM.

⁶³⁸- Trib. com. Marrakech, aff. n°= 1/98, GTM, n°= 88, p. 203.

à l'égard de l'entreprise concernée. Le parquet serait dénué alors de la possibilité d'agir à défaut de règlement amiable⁶³⁹.

Cette interprétation ne serait prévaloir, car tout d'abord, cette disposition prévoit en même temps une saisine d'office du tribunal, laquelle possibilité était déjà consacrée par l'ancienne législation et on ne serait revenir sur un acquit⁶⁴⁰. De même, on ne saurait prétendre à une prise en charge judiciaire des difficultés de l'entreprise, alors qu'on prévoie des restrictions de saisine du tribunal de la part du garant de l'ordre public économique.

Ensuite, la loi impose au débiteur de déclarer sa cessation des paiements dans les quinze jours, l'esprit de la loi est donc de permettre d'ouvrir la procédure de redressement judiciaire aussitôt que possible⁶⁴¹. Cet objectif ne peut être atteint en conditionnant la possibilité pour le tribunal et le ministère public de n'agir que s'il y a eu conclusion préalable d'un accord amiable.

Enfin, si le tribunal et le ministère public ne pourraient agir qu'en cas d'inexécution de l'accord par le débiteur, l'ouverture de la procédure serait laissée au bon gré du débiteur et du créancier, ce qui ne peut être l'intention du législateur.

En réalité, cette interprétation est due à la différence entre les versions arabe et française du texte. L'inexécution de l'accord amiable a été citée par le législateur en guise d'exemple pour lier l'échec de la tentative de prévention à l'ouverture de la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise⁶⁴². Le ministère public peut demander l'ouverture de la procédure si les engagements financiers conclu dans l'accord amiable s'il en a été conclu un et en dehors d'un tel accord si l'on estime que l'entreprise est en cessation des paiements. Par ailleurs,

⁶³⁹ - El Majdoubi, El Idrissi, prec., p. 53.

⁶⁴⁰ - Art. 200 de l'ACCM.

⁶⁴¹ - Art. 560 du CCM.

⁶⁴² - Par ailleurs, en cas d'inexécution des engagements financiers du règlement amiable, il y a déchéance de tous les délais de paiements prévus par l'accord ce qui est de nature à mettre l'entreprise en cessation des paiements.

les tribunaux ont rappelé à plusieurs que le ministère public peut agir à cette fin en dehors de toute procédure de désignation d'un conciliateur⁶⁴³. De la même manière, la pratique a montré, aussitôt, que dans certaines affaires, l'ouverture de la procédure a été faite par requête du ministère public, après s'être communiqué de la part du président du tribunal du dossier relatif à l'échec de la conclusion de l'accord amiable⁶⁴⁴.

b. Demande par le parquet de la liquidation judiciaire immédiate.

La seconde hypothèse est celle consacrée par l'article 619 du CCM qui traite des conditions de la liquidation judiciaire. L'alinéa 2 précise que les règles de procédure prévues aux articles 560 à 570 sont applicables, incluant alors l'article 563 précité. Ainsi, le ministère public peut saisir le tribunal d'une demande de liquidation judiciaire s'il estime que la situation est irrémédiablement compromise.

A ce niveau une question s'impose, celle de savoir si le ministère public, tout comme le créancier peut demander au tribunal de prononcer la liquidation judiciaire et subsidiairement le redressement judiciaire de l'entreprise. Autrement dit, la demande de l'application de l'article 619 est-elle exclusive de celle de l'article 563 ? Devant le silence de la loi marocaine, il est intéressant de relever que l'article 7 du décret français du 27 décembre 1985 dispose que la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est à peine d'irrecevabilité qui doit être soulevée d'office, exclusive de toute autre demande.

Cependant, la cour de cassation française s'est refusée d'imposer au juge une lecture restrictive de cette disposition retenant que la demande tend en toute hypothèse à l'ouverture d'une procédure collective quelque soit l'aspiration du demandeur. L'annotateur souligne

⁶⁴³- P. ex. Trib. com. Casablanca, 3 juil. 2000, aff. n°= 9176/99/10, GTM, n°= 84, p. 208.

⁶⁴⁴- P. ex. Aff. Espace Télécommunication, Trib. com. Rabat, 12 juil. 2000 (inédit).

qu'il n'a jamais été dans l'esprit des auteurs de la réforme de contingentier les demandes, car il n'y a aucun moyen de faire un choix éclairé à ce sujet⁶⁴⁵. En pratique, on a enregistré des cas où le ministère public, agissant en qualité de partie jointe, demander au tribunal de rejeter l'assignation en liquidation judiciaire du créancier et subsidiairement d'ouvrir une procédure de redressement⁶⁴⁶.

Le ministère public peut donc valablement demander la liquidation judiciaire estimant que la situation est irrémédiablement compromise, alors que le tribunal décide d'une procédure de redressement judiciaire ouvrant en l'occurrence une période d'observation à l'issue de laquelle il peut adopter un plan.

c. Autre hypothèse : situation où le créancier peut agir.

Au delà de ces hypothèses, on n'a pas hésité à reconnaître à cet organe le pouvoir d'agir dans toutes les situations où ce droit est ouvert en faveur du créancier⁶⁴⁷. Dans ce cas, le parquet n'agirait pas pour protéger le créancier, mais c'est de l'ensemble de la collectivité qu'il s'agit, car on estime que le défaut de paiement est une atteinte au crédit et à l'emploi. Il s'agit donc d'une perturbation de l'ordre économique et social dont la protection revient au ministère public⁶⁴⁸. Cette hypothèse trouve donc sa justification dans l'interprétation extensive de la notion de l'intérêt général qui comprend désormais l'intérêt économique et celui social, d'où les entreprises en difficultés.

⁶⁴⁵- Cass. com. 29 mai 2001, Rev. proc. coll. 2002, n°=1, p. 58, obs. J. M. Deleneuveille.

⁶⁴⁶- Trib. com. Casablanca, 22 janv. 2001, aff. n°= 11/5/2000, Hilti mafex c/ Casamarbre, préc. ; Trib. com. Rabat, 12 déc. 2001, aff. n°= 5/35/2001, Eurpanord c/ Minoterie Sidi slimane, cité par M. Lefrouji, p. 169.

⁶⁴⁷- A. Ghomija, La nouvelle conception du rôle du ministère public auprès des tribunaux de commerce, L'événement juridique, 1999, n°= 12, p. 9 (en arabe).

⁶⁴⁸- En France, cette idée est exprimée clairement par le Garde des sceaux dans ses instructions aux procureurs généraux au lendemain de la loi du 15 octobre 1981 : Il ne s'agit plus tellement de régler les créanciers que de trouver des solutions économiques et sociales aux difficultés des entreprises. Instructions n°= 99 NP et 82-07 du 30 novembre 1981 et 24 juin 1982 in Ph. Jeannerot, thèse préc. n°= 377.

Il s'ensuit que le ministère public pourrait agir en vertu de l'article 602 du CCM au même titre que le créancier ou le tribunal agissant d'office. En cas d'inexécution par le débiteur des engagements fixés par le plan, le parquet a la possibilité de saisir le tribunal pour prononcer la résolution du plan et ouvrir une procédure de liquidation judiciaire.

En réalité, dans cette situation c'est le créancier qui est le mieux placé pour demander la résolution du plan, car c'est lui qui devra réclamer le paiement. Le tribunal peut être dans une situation moralement embarrassante, car arrêtant la solution de la continuation, il lui est difficile théoriquement de remettre en cause sa décision. Tout se passerait comme s'il a fait une mauvaise appréciation de la situation de l'entreprise. D'autre part, le silence du créancier pourrait être interprété de la part du tribunal comme un octroi implicite d'un délai de paiement qu'il convient de donner au plan le maximum de chance pour réussir. Le ministère public serait donc à même de lever la réticence éventuelle des différents acteurs pour demander la résolution du plan et la prononciation de la liquidation judiciaire. Mais généralement, le syndic chargé du suivi de l'exécution du plan en référerait au tribunal dans son rapport périodique, si bien que le ministère public ne pourra que confirmer la demande du syndic⁶⁴⁹.

2. Hypothèses d'exclusion du parquet du droit d'agir.

Dans d'autres situations, la loi a exclu le ministère public du champ des acteurs pouvant agir pour l'ouverture d'une procédure. Il en est ainsi des hypothèses de la demande de la conversion du redressement en liquidation judiciaire en cours de période d'observation (a) et de l'ouverture d'une procédure à l'égard des dirigeants (b).

⁶⁴⁹ - P. ex. Trib. com. Casablanca, 27 janv. 2003, jugement n°= 30-2003, aff. n°= 416-2002-10 ; Trib. com. Meknès, 10 mai 2007, jugement n°= 18, aff. n°= 02-07/6 ; 17 mai 2007, jugement n°= 20, aff. n°= 10-07/6 (inédits).

a. Exclusion du ministère public de la demande de conversion du redressement en liquidation judiciaire.

Tout d'abord, le jugement d'ouverture qui ne retient pas la liquidation judiciaire immédiate permet une continuation de l'exploitation et la gestion de l'entreprise selon le mode choisi par le tribunal conformément à l'article 576 du CCM, en attendant de sceller son sort par un autre jugement prononcé à l'issue de la période d'observation. Cependant, l'article 572 du CCM donne le pouvoir au tribunal d'ordonner à tout moment la cessation totale ou partielle de l'activité et prononcer la liquidation judiciaire. Outre la saisine d'office, les personnes habilitées à saisir le tribunal dans ce sens sont le syndic, un contrôleur ou le chef de l'entreprise. Le ministère public n'a pas cette faculté.

Cette exclusion nous paraît injustifiée, car si l'article 619 du CCM ouvre le droit au ministère public de demander au tribunal de prononcer immédiatement la liquidation judiciaire, parce qu'il estime que la situation est irrémédiablement compromise, il en va à plus forte raison pendant la période d'observation. En effet, le défaut de prononciation d'une liquidation judiciaire immédiate témoigne soit, de la possibilité pour l'entreprise de se redresser si le tribunal a la certitude de la non-réalisation de la condition précitée, soit et surtout de la difficulté de s'assurer de celle-ci. Une période d'observation est alors ouverte pour établir un diagnostic et un pronostic, sous réserve d'une saisine du tribunal à tout moment pour ordonner la cessation totale ou partielle de l'activité et la prononciation de la liquidation judiciaire.

Le but de cette disposition, tant que les objectifs de sauvetage de l'entreprise et du maintien de l'emploi ne seront pas atteints, est de permettre, en évitant un dépeçage d'actif à l'opération de l'apurement du passif de se réaliser dans de bonnes conditions. L'ouverture aussitôt d'une procédure de liquidation judiciaire en est alors un moyen, d'où la nécessité d'élargir la fourchette des personnes habilitées à agir.

Donc, en comparant les articles 572 et 619 du CCM, on remarque que chacune de ces dispositions intervenant dans un contexte précis, consacrent le droit d'agir aux mêmes acteurs et pour la même finalité, sauf que l'article 572 a exclu le ministère public de ce droit. Aucune explication ne peut, à notre avis, justifier cette restriction.

b. Exclusion du ministère public de la demande d'ouverture d'une procédure à l'égard des dirigeants.

La seconde hypothèse d'exclusion de cet organe du droit d'agir est celle qui concerne l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant qui a commis l'un des faits dont il est question à l'article 706 du CCM. L'article 708 du CCM limite ce droit au syndic et au tribunal pouvant se saisir d'office. Le ministère public n'est donc pas habilité à demander l'extension de la procédure aux dirigeants d'une société, objet d'une procédure collective.

Là encore, on ne peut que s'étonner de la restriction posée par le législateur. N'est-il pas paradoxal de permettre au parquet de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard d'une société, selon les termes de l'article 563 du CCM et de l'écartier quand il s'agit d'étendre la procédure aux dirigeants qui ont commis des actes ayant mis l'entreprise en difficultés ? La question est d'autant pertinente qu'il s'agit de sanctionner des personnes ayant porté atteinte à la morale des affaires et donc à l'ordre publique économique et social. Bien plus, parmi les faits justifiant cette extension, on trouve l'abus de biens sociaux⁶⁵⁰. Or cette infraction, s'agissant des sociétés *in-bonis*⁶⁵¹ est réprimée par le droit pénal des sociétés qui renvoie aux règles du code pénal et du code de la procédure

⁶⁵⁰ - Art. 706, n°= 3 du CCM.

⁶⁵¹ - P. ex. pour la S. A : art. 384 n°= 3 de la loi n°= 17-95 du 30 août 1996 sur la S.A ; pour la S.A.R.L, art. 107 n°= 3 de la loi n°= 5-96 du 13 février 1997 sur les autres formes de sociétés.

pénale dont le ministère public siégeant auprès des juridictions du droit commun est un acteur principal⁶⁵².

Une comparaison avec la loi française nous permet de conclure, sans rappel, que le pouvoir du ministère public est tellement important qu'il n'est exclu du droit de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en aucune situation où la loi en dispose ainsi. Dans les deux hypothèses précédentes, ce droit est reconnu au parquet en vertu des articles 36 et 182 respectivement de la loi du 25 janvier 1985.

C'est dire que relativement au déclenchement de la procédure de traitement des difficultés des entreprises, le législateur a manifesté une volonté d'associer le ministère public, seulement il a procédé parcimonieusement se refusant de tirer profit de l'expérience française dont la consécration d'un tel droit s'est faite par des réformes successives pour atteindre un niveau plus intense dans la législation de 1985⁶⁵³. La timidité entreprise par le législateur envers cet organe ne peut qu'influencer la mise en œuvre de son droit.

C. Rareté du déclenchement de la procédure par le ministère public.

Malgré la reconnaissance du droit d'action pour le ministère public, le déclenchement de la procédure n'est souvent pas l'œuvre de cet organe. Les causes peuvent être multiples, mais elles ne sauraient justifier entièrement cette réticence qui exacerbe le défaut d'emprise de cet organe sur la procédure (1). Quand le ministère public passe à l'action, cela se fait selon des règles qui respectent le particularisme des procédures collectives (2).

⁶⁵²- Pour plus de détails sur cette infraction, voir, H. Maghraoui, L'abus de biens sociaux, conférence de D.E.S.A Droit des affaires, sous la direction du Pr. A. Squalli, Fès 2001.

⁶⁵³- Sur cette évolution, voir, R. Badinter, Le procureur et le consul, Rev. jurisp. com. 1981,245.

1. Les causes de l'usage marginal du déclenchement de la procédure par le ministère public.

L'usage du droit du ministère public de saisir le tribunal d'une demande d'ouverture d'une procédure collective reste à nos jours exceptionnel. Les causes peuvent être nombreuses, mais il semble qu'on peut accuser d'une part le système d'information (a). Mais d'autre part, ne peut-on pas affirmer que le ministère public affiche une certaine inertie laissant les autres acteurs agir ? La passivité de cet organe est également en cause (b).

a. Causes liés au système de l'information.

L'effectivité du droit d'action suppose une garantie du droit à l'information. Or, on constate que ce droit est mal défini, l'information du ministère public est souvent recueillie de manière informelle.

a-1- Un droit à l'information mal défini.

Contrairement au président du tribunal et au juge-commissaire dont le droit à l'information a été organisé par la loi d'une manière claire de sorte qu'ils se trouvent dotés d'un véritable pouvoir d'investigation⁶⁵⁴, la loi n'a pas agi de même à l'égard du ministère public. Il n'y a en effet aucune disposition comme celle de l'article 548 ou 641 du CCM qui consacre expressément le droit pour le parquet de demander l'information auprès des administrations ou organismes publics, du commissaire aux comptes, ou autres. Pourtant, on n'a pas hésité à lui reconnaître implicitement un tel droit⁶⁵⁵.

Sur ce point, la réforme de 1996 n'a pas été d'une grande avancée par rapport à celle de 1913. L'ancien code de commerce consacrait un droit à l'information du ministère public en vertu de l'article 236 imposant au juge-commissaire d'informer le procureur du Roi de la situation globale du patrimoine objet de la procédure, les

⁶⁵⁴- Supra, p. 40 et 196.

⁶⁵⁵- M. Akherif, thèse préc. p. 342.

causes et les circonstances de la faillite, ainsi que ses observations. Cette circulation de l'information à sens unique a été équilibrée par le code de 1996 qui, dans son article 641 alinéa 2, précise que le procureur du Roi communique au juge-commissaire, sur la demande de celui-ci ou d'office, nonobstant toute disposition législative contraire, tous les renseignements qu'il détient et qui peuvent être utiles à la procédure.

Il reste donc que l'information du ministère public la plus fréquente en pratique est celle organisée traditionnellement par le code de procédure civile. En effet, la communication à cet organe est laissée au gré du tribunal, mais elle devient obligatoire dans les cas déterminés par la loi, en l'occurrence, lorsque les causes ont trait à l'ordre public⁶⁵⁶. Or, les difficultés des entreprises sont considérées comme des causes se rattachent à l'ordre public économique et social⁶⁵⁷, ce qui met le tribunal dans l'obligation d'en communiquer au procureur du Roi. Ce dernier, en dehors de l'hypothèse prévue par l'article 9 du CPC, peut requérir cette communication. En réalité, cette formalité se fait systématiquement, mais l'information ainsi recueillie est postérieure à la saisine du tribunal, elle ne permet au ministère public que d'être au courant qu'une procédure est demandée. L'article 563 du CCM étant consommé, la communication ne lui permet donc pas de déclencher la procédure, sauf à agir comme partie jointe.

Néanmoins, on a vu dans l'article 559 du CCM une disposition dont l'application est de nature à mettre cet organe dans la position de déclencher l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise⁶⁵⁸. En effet, dans le cas où un règlement amiable se trouve couronné par un consensus entre les créanciers et le débiteur, l'accord et le rapport d'expertise peuvent être communiqués à l'autorité judiciaire. La généralité de ce terme a laissé conclure à la possibilité pour le ministère public d'utiliser cette voie pour s'informer sur

⁶⁵⁶- Art. 8 et 9 du CPC.

⁶⁵⁷- Voir dans ce sens C. A. com. Marrakech, 7 avr. 1999, aff. n°= 1/98, G.T.M n°= 88, p.203.

⁶⁵⁸- A. Ghomija, art. préc. p.10.

l'entreprise et partant, saisir l'opportunité de demander le tribunal d'ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire⁶⁵⁹.

Mais, eu égard à la faiblesse du recours à la procédure du règlement amiable, l'application de l'article 559 reste d'une application très rare. En guise d'illustration, nous rapportons un exemple de cette situation enregistré au niveau du tribunal de commerce de Rabat. Rappelons l'affaire de la société « Espace Télécommunication » où un conciliateur a été désigné, mais aucun accord n'a été conclu. L'affaire a été transmise du président au procureur du Roi qui a saisi le tribunal d'une demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, cinquante cinq jours après. La demande du ministère public a été basée sur le rapport du commissaire aux comptes, de la déclaration du chef de l'entreprise et surtout du rapport du conciliateur. De la sorte, on a été informé de la perte des trois quart du capital social et de l'impossibilité de rééchelonner les dettes⁶⁶⁰.

L'information ainsi recueillie est passive car elle n'exige pas une initiative particulière du ministère public, si bien que dans l'affaire précitée le président du tribunal pouvait transmettre également le dossier au tribunal pour se saisir d'office, la cessation des paiements était facile à établir.

Le droit à l'information peut être également puisé dans le registre de commerce. Le décret du 18 janvier 1997 pris pour l'application des dispositions relatives au registre du commerce impose, à travers son article 11, au président du tribunal ou au juge chargé de la surveillance dudit registre d'informer le ministère public de toute déclaration tombant sous le coup de l'article 64 du code de commerce⁶⁶¹. Toutefois, cette communication est conditionnée par la

⁶⁵⁹ - M. Baaj, Le rôle du ministère public dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises, thèse Fès, 2006, p. 131.

⁶⁶⁰ - Cité par A. Jebrouni, préc. p. 125 : aff. du règlement amiable n°= 1/99, communication du dossier au ministère public le 10 avril 2000, saisine du tribunal de commerce le 5 juin 2000. Voir également annexe IX.

⁶⁶¹ - Cet article consacre la sanction de toute indication inexacte donnée de mauvaise foi en vue de l'immatriculation ou de l'inscription au registre de commerce.

supposition de ces derniers que la déclaration est douteuse. L'information du ministère public reste donc liée à l'appréciation souveraine des juges concernés.

Le registre de commerce peut fournir, certes, des informations précieuses sur l'entreprise, notamment par le biais des inscriptions des nantissements et privilèges portant sur le fonds de commerce renseignant ainsi sur l'importance des créances et la qualité des créanciers, mais il faudrait trouver un moyen de coordination, afin de permettre au ministère public de s'informer en temps utile.

Ces différentes hypothèses expriment clairement que le droit du ministère public à l'information n'est pas défini de la façon qui lui permettrait d'être un acteur qui participerait activement et productivement au déclenchement des procédures de redressement judiciaire. Pour suppléer à cette imperfection législative, ce dernier peut s'informer d'une manière informelle.

a-2- L'incertitude de l'efficacité du mode informel de l'information du ministère public.

Par sa double nature de structure composant le tribunal de commerce et d'organe soumis au même régime que son homologue des tribunaux de l'ordre judiciaire, le ministère public peut nouer des liens lui permettant de s'informer sur les difficultés des entreprises d'une manière informelle.

Tout d'abord, au niveau du tribunal de commerce et à travers le contentieux commercial dont il est saisi, le ministère public peut s'informer valablement sur les entreprises relevant de son ressort. L'organisation du tribunal et l'appréciation du contentieux commercial tant en quantité qu'en qualité sont deux facteurs qui doivent être mis à profit pour une information pertinente et une maîtrise du tissu économique régional.

Par exemple au titre de l'année 2005, les injonctions de payer, les ordonnances sur requête et les affaires sur le fond ont totalisé

respectivement 12.557, 14.386 et 23.571 sur l'ensemble des affaires enregistrés à l'échelle nationale⁶⁶². Donc, an niveau même du tribunal de commerce où le ministère public siège, ces données présentent une source précieuse permettant d'informer sur la fréquence des poursuites pour paiement d'une entreprise et partant, sur sa défaillance. Concernant les affaires sur le fond, l'information pourra être axée sur les conflits entre actionnaires, les blocages éventuels, c'est à dire de situations qui présument de l'existence de difficultés pouvant conduire à une cessation des paiements.

Mais la réalité du contentieux commercial n'a pas pour source unique le tribunal de commerce. En effet, si le ministère public pourra s'informer directement à partir de la fréquence des incidents de paiement et des protêts enregistrés, il est à remarquer que sur une période s'étalant sur 21 mois (2003-2004) et sur un échantillon de 6385 affaires, l'étude a montré que 2192 seulement des tireurs de chèques sans provision sont des hommes d'affaires, les 4193 restants appartiennent aux diverses catégories en dehors du commerce⁶⁶³.

A cette donnée, s'ajoute celle de la compétence à raison du quantum⁶⁶⁴ et le fait qu'en matière de protêt, les formalités sont effectuées auprès du secrétariat-greffe du tribunal au domicile de celui sur qui le chèque était payable ou à son dernier domicile connu⁶⁶⁵. Pour la lettre de change, les règles sont presque les mêmes⁶⁶⁶. C'est pour dire dans cette optique que les informations concernant les incidents de paiements éventuels de l'entreprise en question peuvent être tellement

⁶⁶²- Statistiques élaborées par le ministère de la justice, voir pour leur ventilation par tribunal, Rev. trib. com. n°= 2, déc. 2006, p. 208-209.

⁶⁶³- Discours d'inauguration présenté par le ministre de la justice lors de la campagne de sensibilisation sur le thème « Pour un meilleur partenariat entre les banques et les PME au service du développement humain », Rabat 23 novembre 2003, Rev. tr. com. préc. p.9.

⁶⁶⁴- Sur un ensemble de 19.042 affaires concernant le chèque sans provision, 48,54% ont une valeur de moins de dix mille dhs et 64,25% ont une valeur de moins de vingt mille dhs, étude préc.

⁶⁶⁵- Art. 297 du CCM.

⁶⁶⁶- Art. 209 du CCM.

éparpillées territorialement qu'ils ne retiennent guère l'attention du ministère public du tribunal de commerce compétent. La compétence peut donc être dévolue au tribunal de première instance ou un tribunal de commerce qui est autre que celui dans le ressort duquel siège l'entreprise.

Certes, en l'état actuel des choses, le ministère public siégeant auprès du tribunal de première instance ne peut demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire même s'il a la certitude de la cessation des paiements de la personne concernée, parce qu'autrement, on priverait le ministère public du tribunal de commerce compétent de sa prérogative essentielle, de même qu'on favoriserait la création d'interférences et par conséquent une lenteur procédurale inutile⁶⁶⁷. Seulement, la loi n'organise pas le lien entre ces deux organes, d'où la nécessité et l'intérêt de créer de manière informelle des canaux de communication à même de permettre au parquet compétent de déclencher la procédure.

Rien n'empêche en effet, le ministère public du tribunal de première instance d'informer son homologue du tribunal de commerce de tout fait qui pourrait prédire de l'existence de difficultés. Théoriquement, cela est possible en organisant une méthode de communication entre les procureurs du Roi des juridictions respectives ou entre les procureurs généraux du Roi de la cour d'appel et de la cour d'appel de commerce dont les ressorts se recourent.

Cependant en pratique, des difficultés peuvent avoir lieu, en raison du fait que le ministère public des juridictions du droit commun ne traite pas uniquement des infractions du monde des affaires, il est submergé par d'autres affaires. Les statistiques précitées montrent que les incidents de paiement sont plus fréquents en milieu civil qu'en milieu commercial. Il n'est donc pas aisé d'exercer sa fonction naturelle et de s'adjoindre, en même temps, une tâche supplémentaire de tri et

⁶⁶⁷- Voir dans ce sens, El Mahjoubi El Idrissi, La pratique des tribunaux de commerce, préc. p. 39 ; M. Lefrouji, La cessation des paiements, préc. p. 99.

d'information. Cela nécessite non seulement une disponibilité et des moyens humains et matériels⁶⁶⁸, mais également et surtout une disposition de vouloir coopérer.

D'autre part, la communication de l'information n'est pas en soi une fin, c'est la qualité de cette information qui compte. En effet, pour permettre au ministère public de saisir le tribunal de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, il faudrait s'assurer que certaines conditions, au moins, soient réunies. Autrement-dit, le détenteur de l'information doit avoir la certitude qu'il s'agit d'une personne justiciable des procédures collectives et que son siège soit connu pour déterminer quel ministère public en serait destinataire. Il n'est pas nécessaire de s'assurer de la cessation des paiements, car il ne s'agit que d'informer, une telle tâche est non seulement malaisée mais revient au ministère public du tribunal de commerce compétent. Ce dernier peut donc être amené à développer un effort supplémentaire, car l'information qui consiste en un protêt ne signifie pas obligatoirement que l'entreprise est en cessation de paiements.

La communication de l'information d'une manière informelle peut être également organisée au sein de la même enceinte judiciaire entre le président du tribunal et le procureur du Roi surtout au niveau du stade de la prévention externe. Mais la pratique montre que celle-ci est d'un usage rarissime. Par ailleurs, même si une information s'avère nécessaire, le président du tribunal peut la communiquer au tribunal pour une éventuelle saisine d'office au lieu du ministère public. Tout dépend de l'organisation mise en place et de la politique menée à l'échelle du tribunal de commerce.

C'est pour dire enfin que malgré l'avantage de la souplesse que procure le caractère informel de la communication de l'information, les difficultés ne manquent pas pour permettre au ministère public de

⁶⁶⁸ - L'informatique est un moyen, entre autres, qui permet de faciliter ce travail. Malheureusement, cet outil n'est pas encore généralisé dans toutes les juridictions et son maniement nécessite une formation adaptée. Cet handicap pesait également de son poids en France, voir, P. Estoup, La justice française, Justice 1990, n°= 3, p. 19 et s.

déclencher la procédure d'une façon circonspecte. En effet, l'efficacité de tout système d'information est basée sur la perspicacité, la pertinence, l'exactitude et la précision, soient des qualités difficiles à réunir en l'état actuel de l'organisation de notre système judiciaire. L'outil informatique devrait contribuer à l'amélioration de ce système⁶⁶⁹.

b. La passivité du ministère public pour le déclenchement de la procédure.

La rareté du déclenchement par le ministère public de la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise n'a pas pour cause unique la défaillance du système de l'information, d'autres facteurs peuvent expliquer ce constat. On cite à titre principal, la passivité de cet organe. En effet, en dehors des caractéristiques du cadre législatif, la saisine du tribunal suppose une initiative propre et une volonté du parquet à s'impliquer dans la vie économique.

Seulement, il existe un facteur d'ordre psychologique qui inhibe l'action du ministère public. Tout d'abord, comme pour toute intervention judiciaire, cet organe craint que son action ne soit pas opportune risquant de déstabiliser l'entreprise. Donc à l'image du tribunal qui évite d'ouvrir une procédure dans des situations équivoques, le ministère public préfère garder une attitude passive plutôt que de se porter responsable des conséquences d'une intervention hâtive. Une action irréfléchie en ferait non pas un protecteur de l'ordre public économique et social, comme il est censé être, mais son perturbateur.

Donc pour pouvoir agir, il est nécessaire qu'il ait la certitude que le sujet en question est en cessation de paiement. Or, comme on l'a déjà dit, celle-ci n'est pas facile à caractériser en raison du caractère

⁶⁶⁹ - Malgré la volonté du ministère de la justice d'informatiser les juridictions, la couverture de l'ensemble des tribunaux n'est pas encore réalisée. Par ailleurs, on a assisté que l'usage de l'informatique est en deçà du niveau requis. Ce phénomène constitue dans l'ensemble une contrainte à l'administration d'une bonne justice, voir M. Benmir, L'administration judiciaire au Maroc, REMALD, série l'administration et le droit, n°= 2, 2002.

fragmentaire de l'information et de l'investissement en temps qu'elle nécessite.

D'autre part, la pluralité des acteurs pouvant déclencher la procédure est de nature à polariser l'inertie du ministère public. Celui-ci peut en effet estimer que le créancier est mieux placé pour connaître la situation de son débiteur, lui laissant ainsi le soin de passer à l'assignation. Par ailleurs, la doctrine admet que l'intervention du ministère public doit demeurer exceptionnelle et se limiter aux cas où la cessation des paiements cause un trouble à l'ordre public économique et social⁶⁷⁰. Celle-ci déplorerait une action systématique au lieu et place des administrations qui sont créanciers de l'entreprise.

De même, si on considère qu'une intervention judiciaire est nécessaire, le ministère public pourrait compter sur le tribunal qui pourrait se saisir d'office. Dans cette optique, l'expérience française montre que le parquet, malgré le pouvoir d'investigation dont il est investi par la loi et l'important degré de son implication dans le déclenchement de la procédure, celui-ci préfère informer le tribunal pour susciter sa saisine d'office au lieu d'agir lui-même⁶⁷¹.

L'inertie du ministère public dans le déclenchement des procédures collectives n'est donc pas un phénomène endémique de notre pays. Relativement au contexte marocain, on serait tenté de dire que la mise en place de cet organe d'une façon permanente auprès de ces nouvelles institutions que sont les juridictions de commerce constitue une réforme brutale qui nécessite du temps pour donner ses fruits. En effet, pour se libérer de la tâche classique de n'agir qu'en vertu des dispositions pénales, il faut du temps pour permettre au ministère public de s'adapter à la nouvelle conception du rôle du pouvoir judiciaire dans la vie des entreprises. Une sensibilité aux bienfaits de l'ouverture d'une procédure devrait combattre la passivité de cet organe.

⁶⁷⁰ - Y. Guyon, op. cit. n°= 1136; voir contra, M. Baaj, thèse préc, p. 190.

⁶⁷¹ - Ph. Jeannerot, préc. n°= 384.

En conclusion, le droit du déclenchement des procédures de traitement des difficultés des entreprises par le ministère public reste encore inefficace. Une première évaluation de la fréquence de l'usage d'une telle possibilité a conclu à l'absence de toute requête durant la première année de l'entrée en vigueur des tribunaux de commerce⁶⁷². Les cas d'action du ministère public restent isolés, on cite à titre d'exemple en dehors de l'affaire « Espace Télécommunication », l'espèce où le tribunal a pris le soin de préciser, en vérifiant les conditions de sa saisine, que la requête du ministère public est présentée dans le cadre de l'article 563 du CCM et non celle de l'article 556 du CCM qui établit le lien avec le défaut d'exécution des engagements financiers du règlement amiable⁶⁷³. On peut citer également le cas où le chef de l'entreprise, pharmacien de nationalité étrangère a été poursuivi pour émission de chèques sans provision devant le parquet du tribunal de commerce de Marrakech. Celui-ci a mené une enquête grâce au service de la police judiciaire, laquelle a conclu à la disparition du débiteur de la vie des affaires au Maroc. Le tribunal a été saisi par le ministère public pour l'ouverture d'une procédure collective⁶⁷⁴. Cette affaire a eu beaucoup d'écho auprès des instances professionnelles et a été tellement ébruitée pour que le ministère public se montre indifférent. Mais généralement, même dans les affaires les plus ébruitées, il se contente d'agir en qualité de partie jointe⁶⁷⁵.

Comme donnée chiffrée, nous avons mené une étude portant sur un échantillon de 98 procédures ouvertes auprès des six tribunaux du Royaume, depuis leur démarrage jusqu'en 2011. Le résultat a été tel que le déclenchement des procédures sur requête du ministère public représente un taux de 4,08% de l'ensemble des modes de saisine prévus

⁶⁷²- El Mahjoubi El Idrissi, préc. p. 53.

⁶⁷³- Trib. com. Agadir, 14 mai 1999, aff. n°= 03/99 (inédit).

⁶⁷⁴- Trib. com. Marrakech, 20 avr. 2000, aff. 1/98, Rev. L'avocat, déc. 2000, n°= 37-38, p.185.

⁶⁷⁵- On cite encore l'affaire Dounia P.L.M qui a suscité l'intérêt des médias sans que le ministère public ait pris l'initiative de déclencher l'ouverture de la procédure. Trib. com. Marrakech, 7 avr. 1999, G.T.M, mars-avril 2000, n°= 81, p. 195.

par la loi⁶⁷⁶. En France, dans les trois années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la réforme de 1985, l'ouverture des procédures sur saisine du ministère public en Midi-Pyrénées a été de l'ordre de 3,3%⁶⁷⁷. Il semble que le constat de la passivité du ministère public dans la mise en œuvre des procédures collectives n'est pas propre à notre pays.

2. Règles de forme du déclenchement de la procédure par le parquet.

Le particularisme des règles de forme présidant à la saisine du tribunal par le ministère public tient à la modalité de cette saisine (a) et aux règles de la prescription (b).

a. Modalité de saisine du tribunal par le parquet.

Contrairement au créancier qui agit par voie d'assignation, le procureur du Roi peut demander l'ouverture de la procédure par simple requête⁶⁷⁸. Celle-ci n'est pas enserrée dans un formalisme particulier à l'instar de ce qui est prévu par la législation française.

En effet, l'article 9 du décret français du 27 décembre 1985 précise que le procureur de la République présente au tribunal une requête indiquant les faits motivant sa demande. Le président du tribunal fait convoquer par les soins du greffier, suivant acte extrajudiciaire, le débiteur à comparaître devant le tribunal en chambre de conseil dans le délai qu'il fixe. A cette convocation est jointe la requête du procureur de la République, lequel est avisé de la date de l'audience.

Au Maroc, malgré le défaut de précision, le schéma est pareil. La requête doit indiquer les faits qui ont motivé la demande du ministère public. Par exemple, dans l'affaire précitée, le procureur du Roi a fait état de la fréquence des protêts et de l'abandon de l'entreprise par son

⁶⁷⁶ - Infra, p. 423.

⁶⁷⁷ - Infostat, 1988, ministère de la justice française, p. 1 et s.

⁶⁷⁸ - Art. 563, al. 2 du CCM.

chef. Dans l'affaire « Espace Télécommunication », le parquet s'est basé, entre autres, sur le rapport du conciliateur qui a mis en évidence la perte de plus de trois quarts du capital et sur l'échec de toute conciliation. L'essentiel pour le ministre public est de rapporter tout fait de nature à emporter la conviction du tribunal de l'existence de la cessation des paiements.

Ceci n'est pas le cas lorsque le parquet agit en qualité de partie jointe. La pratique a montré en effet qu'en de telles circonstances, il se contente d'insister sur l'application de la loi. De même, son intervention se limite à la sollicitation du tribunal de donner droit à la demande du chef de l'entreprise, lorsque la saisine est faite par déclaration de cessation des paiements⁶⁷⁹. Lorsque la situation n'est pas claire, le ministère public demande d'effectuer une expertise afin de s'assurer si la situation n'est pas irrémédiablement compromise⁶⁸⁰.

Le tribunal veille surtout à la convocation du débiteur en chambre de conseil et en présence du ministère public pour recueillir ses explications.

b. Règles relatives à la prescription de l'action du parquet.

La loi n'a pas prévu un principe régissant la prescription du droit du déclenchement d'une procédure de traitement des difficultés des entreprises, si bien que le ministère public peut exercer son droit tant que les conditions en sont réunies. Toutefois, l'indifférence du législateur à l'égard de la nature de la dette constitutive de la cessation des paiements fait que les règles de la prescription dans les matières civile et commerciale donnent naissance à deux régimes différents.

⁶⁷⁹ - P. ex. demande de redressement judiciaire : Trib. com. Agadir, 14 mai 1999, aff. n°= 2/99, Rev. Al Mourafaâ, n°= 10, p. 33 ; 14 mai 1999, aff. n°= 3/99, Rev. Al Ichâe, n°= 20, p. 212 ; Trib. com. Casablanca, 25 sep. 2004, aff. n°= 181/2000/10, inédit ; Trib. com. Marrakech, 20 avr. 2000, aff. n°= 1/98, G.T.M n°= 88, p. 178.

⁶⁸⁰ - Trib. com. Meknès, 14 mai 2002, jugement n°= 5, aff. n°= 08-01/6 ; Trib. com. Tanger, 15 nov. 2001, jugement n°= 909, aff. n°= 6-01/6 ; Trib. com. Oujda, 21 nov. 2001, jugement n°= 02/01, aff. n°= 02/2001/5 ; (inédits).

Ainsi, lorsque la dette est civile, ce qui n'est pas rare dans le cas d'une entreprise individuelle, la prescription est d'une durée de quinze ans⁶⁸¹, sous réserve des exceptions prévues par les articles 388 à 392 du D.O.C. En revanche, pour la dette de nature commerciale, la prescription est d'une durée abrégée, cinq ans, conformément à l'article 5 du CCM. Le ministère public qui entend baser sa requête sur telle ou telle dette non payée se trouve donc lié par ces délais. Seulement en pratique, l'existence de plusieurs dettes de dates différentes permet au parquet de déclencher la procédure tant que la cessation des paiements est consommée. Comme on l'a fait remarquer, il est difficile d'imaginer que les dettes du débiteur se prescrivent à une même date⁶⁸². Il en résulte qu'en fait, le droit du ministère public de déclencher la procédure n'est pas enserré dans un délai rigoureux.

Néanmoins, la loi a prévu des situations où ce droit ne peut s'exercer que dans une durée vraiment limitée. Ceci vaut non seulement pour le ministère public mais pour tout demandeur. Ainsi, lorsque la cessation des paiements est intervenue antérieurement au décès ou au retrait de l'activité du commerçant ou de l'artisan, le ministère public ne peut demander l'ouverture de la procédure à l'encontre de l'entreprise que dans l'année de ces événements⁶⁸³. A la situation du décès est assimilée la dissolution de la société. Passé ce délai, l'action du parquet se trouve prescrite. Dans le même sens, la prescription est annuelle au regard de l'associé dans la S.N.C qui s'est retiré de la société si la cessation des paiements est antérieure à sa retraite.

Section II : Rôle amenuisé du ministère public dans le déroulement de la procédure.

Si le ministère public s'est vu reconnaître le droit de déclencher une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise, il se trouve en revanche marginalisé dans le déroulement de la procédure (I). Son

⁶⁸¹ - Art. 372 du D.O.C.

⁶⁸² - C. Sbaï, préc. Tome II, p. 272.

⁶⁸³ - Art. 564 du CCM.

intervention est en effet réduite à quelques prérogatives dont l'influence sur le cours de la procédure n'est pas assez importante (II). Partant de cet état de fait, cet organe a réagi d'une manière à exercer pleinement les prérogatives qui lui sont dévolues (III).

I. Marginalisation du ministère public dans le déroulement des procédures.

A lire les textes, on s'aperçoit que le législateur n'a pas entendu associer le ministère public au déroulement de la procédure, à côté des autres formations du pouvoir judiciaire. En effet, à l'importance du rôle du juge-commissaire et du tribunal s'oppose une tâche toute réduite du parquet. Ceci se matérialise non seulement par une absence d'emprise sur la procédure (A), mais aussi, d'une façon curieuse, par l'éviction de cet organe dans la mise en œuvre des sanctions à caractère civil et économique (B).

A. Défaut d'emprise du ministère public sur la procédure.

Schématiquement, on peut dire que le ministère public n'a aucun pouvoir sur les auxiliaires de la justice (1) et son intervention au niveau des étapes cruciales de la procédure est quasi-inexistante (2).

1. Absence de lien entre le parquet avec les auxiliaires de la justice.

Tout d'abord, il y a lieu de noter que le ministère public n'a aucun pouvoir sur les organes de la procédure. La loi n'a prévu aucun lien entre le ministère public et le syndic, encore moins avec les contrôleurs. En effet, dans le chapitre I du titre IV du livre V du CCM relatif aux organes de la procédure, l'emprise est donnée au juge-commissaire qui se révèle être l'organe judiciaire qui dispose du pouvoir de contrôle sur les auxiliaires de justice.

Ainsi, même si la désignation du syndic s'est faite en violation de l'alinéa 2 de l'article 637 du CCM ou que celui-ci n'exerce pas sa tâche

convenablement, nuisant en l'occurrence aux intérêts en présence, le ministère public ne peut demander au tribunal de le remplacer. La partie habilitée à agir dans ce sens est exclusivement le juge-commissaire agissant d'office ou sur réclamation du débiteur ou d'un créancier⁶⁸⁴.

Comparativement avec le régime français, le procureur de la République a le pouvoir non seulement de demander le remplacement des auxiliaires de la justice, mais de solliciter, au contraire, l'adjonction d'un ou plusieurs administrateurs ou demander la modification de leur mission⁶⁸⁵. Ce pouvoir s'étend également aux dirigeants de l'entreprise dont l'évincement peut être demandé par le parquet au tribunal⁶⁸⁶.

Cette absence de lien entre le ministère public et les auxiliaires de justice amenuise l'assiette de l'information de cet organe. De même, il présente l'inconvénient de ne pas induire chez ces derniers le sentiment psychologique qu'ils sont contrôlés dans l'exercice de leur tâche, ce qui devrait normalement, si c'était le cas, les inciter à s'impliquer davantage dans la procédure.

2. Défaut de participation au niveau des grandes étapes de la procédure.

En faufilant les textes, on s'aperçoit aisément qu'au cours du déroulement de la procédure, le ministère public est le grand absent. Il est en effet évincé de la participation à l'observation de l'entreprise (a). De même, son intervention au niveau du processus de la détermination du sort de l'entreprise est minime (b).

a. Eviction du parquet dans l'observation de l'entreprise.

L'observation de l'entreprise est une étape cruciale de la procédure, étant donné qu'il importe de diagnostiquer les causes de la

⁶⁸⁴ - Art. 644 du CCM.

⁶⁸⁵ - Art. 12 et 31 de la loi de 1985.

⁶⁸⁶ - Art. 23 de la même loi.

défaillance et d'avancer un pronostic sur la situation qui sera matérialisé par un jugement décidant du sort de l'entreprise. Il s'agit donc pour le pouvoir judiciaire d'agir par toutes ses composantes afin d'assurer le redressement éventuel ou de liquider l'entreprise en respect des objectifs de la loi. Ceci devrait laisser présumer que le ministère public dispose d'un certain pouvoir pour participer à cette fin. Or il n'en est rien.

Tout d'abord, il n'a aucune maîtrise sur la durée de la période d'observation, si bien qu'il est dénué de la faculté de demander au tribunal de la renouveler⁶⁸⁷. Son homologue français, dans le cadre du régime général, a seul, le pouvoir de solliciter le tribunal d'une prolongation de douze à dix-huit mois, c'est un droit exclusif⁶⁸⁸.

Concernant les mesures conservatoires durant cette période, on remarque que le code de commerce de 1913 permettait, à travers l'article 237, au ministère public d'assister aux opérations d'inventaire, alors que dans l'actuel code cette possibilité n'est pas prévue. Ceci est du vraisemblablement au fait que le tribunal de première instance était en même temps le tribunal de la procédure de la faillite et la juridiction répressive pour les infractions rattachées. Il fallait donc permettre au parquet d'assister à l'opération d'inventaire pour apprécier les conditions de l'infraction de banqueroute. Avec la nouvelle réforme, les tribunaux de commerce ne sont pas des juridictions répressives et le ministère public y siégeant ne peut mettre en œuvre les poursuites pour banqueroute⁶⁸⁹.

En ce qui concerne la gestion de l'entreprise, le ministère public n'a aucune intervention. A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que le régime français prévoit la possibilité de conclure un contrat de location-gérance durant la période d'observation. Dans ce cas, seul le procureur de la République dispose du pouvoir de solliciter une telle

⁶⁸⁷ - Sur les raisons d'un tel privilège voir M. Baâj, thèse préc. p. 89 et s.

⁶⁸⁸ - Art. 8, al. 2 de la loi de 1985.

⁶⁸⁹ - Voir cette question en général L. Sahrane, Le droit des affaires entre la pénalisation et la dépenalisation, thèse Fès, 2015.

technique de renflouement de l'entreprise⁶⁹⁰. La loi marocaine n'a pas prévu ce mécanisme.

Enfin, la saisine du tribunal en vue d'ordonner la cessation totale ou partielle de l'activité et prononcer la liquidation judiciaire n'est guère possible. Il est curieux de voir l'article 572 ouvrir cette possibilité pour tous les acteurs à l'exception du ministère public. En effet, outre le tribunal qui peut se saisir d'office, sa sollicitation peut émaner du syndic, d'un contrôleur ou du chef de l'entreprise, le juge-commissaire intervenant par le biais d'un rapport établi sur la question.

L'exclusion du ministère public durant la période d'observation n'est donc pas due à une maladresse du législateur, mais elle émane d'une volonté d'en réserver la maîtrise aux autres composantes du pouvoir judiciaire, à savoir le tribunal et le juge-commissaire qui agissent tantôt directement, tantôt par le biais des auxiliaires exerçant leur tâche sous leur contrôle.

b. Marginalisation du ministère public dans le processus de la discussion sur le sort de l'entreprise.

A l'issue de la période d'observation, le tribunal doit décider du sort de l'entreprise, une décision d'une telle importance que le législateur a manifesté sa volonté que ça soit dans un cadre de consultation. Le tribunal est, certes, l'autorité que détient le pouvoir de décision, mais ses lumières doivent être éclairées par différents intervenants de la procédure.

Dans cette optique, l'article 590 est l'une des rares dispositions de la loi qui réunit l'ensemble des acteurs de la procédure. Ainsi, tout d'abord le tribunal statue au vu du rapport du syndic. L'intervention du juge-commissaire, avons nous dit, s'est forgée en pratique par la présentation d'un rapport malgré qu'il n'en soit pas prévu ainsi par la loi⁶⁹¹. De plus, le tribunal ne peut statuer qu'après avoir procédé à

⁶⁹⁰ - Art. 42, al. 2 de la loi de 1985.

⁶⁹¹ - Supra, p. 202 et s.

l'audition du chef de l'entreprise et des contrôleurs. D'autre part, la loi n'a entendu associer le personnel de l'entreprise à la procédure que d'une manière parcimonieuse en leur réservant des situations ponctuelles, en l'occurrence, la fixation du sort de l'entreprise.

Le ministère public reste ainsi le seul organe que se trouve exclu du droit d'intervenir, en ce sens que l'audition de ces différents acteurs au niveau de la chambre de conseil est assimilée à une véritable audience non publique tenue en respect du principe du contradictoire⁶⁹². Tout ce qu'il peut faire, c'est d'attendre qu'il soit avisé par le tribunal de la date de l'audience afin qu'il présente ses conclusions. Comme tel, le ministère public risque de se borner, comme en procès civil, à conclure à la nécessité d'appliquer la loi.

Cependant, certains tribunaux de commerce n'ont pas opté pour une interprétation rigoureuse de l'article 590 et ont manifesté leur volonté d'associer le ministère public à la procédure en lui permettant d'assister en chambre de conseil, en même temps que les autres acteurs. Par ailleurs, ce dernier estime que l'article 590 ne permet pas d'exclure les acteurs cités expressément, mais n'empêche pas d'élargir cette liste en l'incluant⁶⁹³.

A l'audience, la présence du ministère public est obligatoire en vertu de l'article 10 du code de procédure civile. Ses conclusions peuvent être écrites ou orales. En réalité, sauf dans cas exceptionnels où le parquet affiche un intérêt particulier à l'affaire⁶⁹⁴, celles se limitent à

⁶⁹² - Y. Guyon, *op. cit.* n°= 1263.

⁶⁹³ - M. Baaj, thèse préc. 85 ; voir également Ghoumija, art. préc.

⁶⁹⁴ - Parmi les rares cas où nous pouvons enregistrer des propositions du ministère du public qui diffèrent de celles du syndic, on peut rapporter l'affaire Dounia P.L.M où le ministère public avait opté pour l'offre de continuation de la C.I.H, alors que le syndic proposait de retenir celle de Risma-Accor, Trib. com. Marrakech, 20 avr. 2000, aff. n°= 1/98, préc. ; On peut citer également le cas d'un plan de cession où il a été en faveur d'un candidat autre que celui proposé par le syndic. Le tribunal a finalement adopté la même offre que le ministère public. Trib. com. Meknès, 17 mai 2007, jugement n°= 19, aff. n°= 9-07/6 (inédit).

confirmer la solution proposée par le syndic⁶⁹⁵. Dans certains cas, il ne produit même pas de conclusions⁶⁹⁶.

Après la fixation du sort de l'entreprise, le rôle du ministère public reste toujours marginal, si bien qu'il n'a aucun contrôle sur le déroulement du plan éventuellement arrêté par le tribunal. Le suivi de l'entreprise étant dévolu au syndic agissant sous l'autorité du juge-commissaire⁶⁹⁷.

B. Absence du pouvoir du ministère public de mise en œuvre du dispositif pénal.

La présence du ministère public au niveau du tribunal est normalement consubstantielle de la mise en œuvre du dispositif pénal. Or, la loi n'a attribué aucun rôle, en matière d'infractions relatives aux difficultés des entreprises, au parquet siégeant au niveau des tribunaux de commerce. En effet, aussi bien pour la prononciation des sanctions patrimoniales que pour la poursuite pour déchéance commerciale ou banqueroute, le ministère public se trouve en position marginale.

Les sanctions patrimoniales qui peuvent s'abattre sur les dirigeants de l'entreprise sont prévues par les articles 703 à 710. Elles sont de deux sortes, la mise à la charge des dirigeants de l'insuffisance d'actif constatée et l'ouverture contre eux d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire au cas où il a été relevé à leur égard l'un des faits mentionnés par l'article 706. Pour la mise en œuvre de ces sanctions, le tribunal est saisi d'office ou par le syndic. L'article 708 ne reconnaît au ministère public aucun droit d'agir.

⁶⁹⁵ - P. ex : Trib. com. Meknès : Plans de continuation : 16 mars 2006, jugement n°= 17, aff. Sté Nodal, n°= 6-06/6 ; 23 mars 2006, n°= 19, aff. n°= 13-06/6 ; 14 sep. 2006, jugement n°= 48, aff. Super-marché Carrefour, n°= 49-06/6 (inédits). Plan de cession : 3 mai 2007, jugement n°= 16, aff. Sofimar, n°= 06-07/6 (inédits).

⁶⁹⁶ - P. ex. Trib. com. Casablanca, 30 juil. 1998, jugement n°= 333/98 ; 3 mars 1998, jugement n°= 351/98 ; Trib. com. Marrakech, 22 oct. 1999, jugement n°= 12/99, cité par A. Abbad, préc. p. 114-115.

⁶⁹⁷ - Art. 640 du CCM.

Ceci n'est pas le cas concernant la déchéance commerciale, car l'article 716 a élargi l'assiette des personnes pouvant demander au tribunal de prononcer une telle mesure. A côté, de la modalité de saisine d'office et en plus du syndic, le procureur du Roi peut saisir le tribunal à cette fin.

Ainsi, il y a exclusion du ministère public dans le cadre des sanctions patrimoniales et reconnaissance de son droit d'agir en matière de déchéance commerciale. Ceci suscite la curiosité en ce sens que les faits qui justifient l'application des sanctions patrimoniales peuvent également donner lieu à la prononciation de la déchéance commerciale. Par ailleurs, l'article 713 renvoie aux faits prévus à l'article 706. Seulement, l'article 714 adjoint une autre liste de faits dont la caractérisation impose au tribunal de prononcer la déchéance du dirigeant concerné. Cette liste additive paraît être le seul motif qui peut justifier l'admission du ministère public dans cette dernière hypothèse.

Cependant en pratique, la gravité des conséquences de la déchéance sur le devenir du dirigeant et son impact sur le redressement paralyse l'initiative du pouvoir judiciaire. Pour s'en rendre compte, il suffit de constater la rareté de la prononciation d'une telle mesure. A titre d'exemple, durant cinq ans d'exercice du tribunal de commerce de Meknès, un seul jugement prononçant la déchéance commerciale a été enregistré⁶⁹⁸. En l'espèce, le ministère public s'est contenté de conclure à la nécessité d'appliquer la loi.

Enfin, s'agissant de la banqueroute et autres infractions prévues par les articles 721 à 724, il n'est pas inutile de rappeler que la compétence pour en connaître revient à la juridiction répressive et non au tribunal de commerce⁶⁹⁹. L'incompétence du tribunal de la procédure fait ainsi que le ministère public y siégeant ne peut exercer l'action publique, celle-ci étant du droit du procureur du Roi près du tribunal de

⁶⁹⁸ - Trib. com. Meknès, 22 sep. 2005, aff. Super marché « Carrefour », n°= 04-59/6, n°= 40 (inédit).

⁶⁹⁹ - Les règles de procédure sont prévues à la section 3 du chapitre III (du titre V du Livre V) relatif à la banqueroute et autres infractions.

première instance⁷⁰⁰. Tout ce que le premier peut faire est de porter à la connaissance de ce dernier les faits constitutifs des infractions concernées.

Mais là encore, peut-on prétendre à une relation entre les parquets respectifs qui serait d'un tel automatisme qui permettrait le déclenchement de l'action publique? Une réponse positive n'est pas certaine, car le cadre de cette relation n'est pas réglementé. Les observateurs n'ont pas manqué de souligner que de façon générale il y a une rupture entre le ministère public des juridictions répressives et celui des juridictions de commerce⁷⁰¹. Il n'y a en effet ni circulaires, ni recommandations pouvant établir la manière dont cette relation pourra être conduite. Il n'y a qu'à compter sur une organisation informelle en la matière, ce qui n'est guère une garantie pour l'effectivité du rôle du ministère public dans la mise en œuvre du dispositif pénal.

Face à cette marginalisation du parquet du tribunal de commerce, quel pouvoir lui reste t-il dans le déroulement de la procédure ?

II. Les pouvoirs résiduels du ministère public dans la procédure.

Les pouvoirs du ministère public sont ainsi tellement résiduels qu'il s'avère impérieux d'effectuer une lecture attentive des textes pour déceler son cadre d'action pendant le déroulement de la procédure. Mise à part la possibilité d'exercer les voies de recours dont il est question au titre IV du livre V (B), il conserve quelques prérogatives qui peuvent ou non influencer le déroulement de la procédure (A).

⁷⁰⁰- La position du législateur marocain concernant la limitation de la compétence des tribunaux de commerce aux infractions à caractère purement économiques a été saluée par la doctrine. C. Sbaï, op. cit. Tome II, p. 197.

⁷⁰¹- N. Oulehri, Le rôle effectif du parquet dans la poursuite des infractions relatives au droit des affaires devant les juridictions de commerce, REMADAE, n°=5, mai 2004, p. 7.

A. Prérogatives du ministère public en dehors de l'exercice de voies de recours.

Le ministère public conserve le pouvoir d'informer le juge-commissaire au cas où il s'avère détenir des informations sur l'entreprise ou sur son dirigeant (1). De même, il peut solliciter, s'il l'estime utile, le tribunal pour autoriser la continuation de l'activité dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire (2).

1. La fonction informatrice du ministère public.

Le procureur du Roi peut contribuer au bon déroulement de la procédure par le biais de la communication de l'information qu'il détient éventuellement. L'article 641 semble être l'une des rares dispositions qui a tourné le regard vers le ministère public, lorsqu'elle dispose qu'il « *communiquera au juge-commissaire, sur la demande de celui-ci ou d'office, nonobstant toute disposition législative contraire, tous les renseignements qu'il détient et qui peuvent être utiles à la procédure* ».

En réalité, cette disposition ne reconnaît pas un pouvoir au ministère public autant qu'elle consacre le pouvoir d'investigation du juge-commissaire, sachant bien que le parquet visé peut être celui du tribunal de commerce ou celui du tribunal de l'ordre judiciaire. Quoiqu'il en soit, ce texte reconnaît implicitement que le ministère public peut être une source précieuse d'informations.

Néanmoins, la mise en œuvre de l'article 641, alinéa 2 peut rencontrer des difficultés, dans la mesure où l'expression de renseignements « *qui peuvent être utiles à la procédure* » est susceptible d'être interprétée différemment. Il est parfois difficile de distinguer entre ce qui est utile à la procédure et ce qui ne l'est pas. L'appréciation du juge-commissaire peut être différente de celle du ministère public, si bien que des renseignements jugés inutiles par ce dernier peuvent sembler déterminants aux yeux du premier. Etant détenteur de l'information, c'est le procureur du Roi qui détermine les

renseignements à communiquer, mais rien n'empêche le juge-commissaire à demander un complément d'information, le cas échéant.

Cette divergence de vision risque d'engendrer un rapport de sensibilité entre ces deux acteurs, allant éventuellement jusqu'à bloquer tout processus de communication. Heureusement la pratique est autre, d'abord parce que le juge-commissaire est investi d'un réel pouvoir d'investigation qui lui permet, en principe, d'être mieux informé. Si une information paraît être complémentaiement utile, une sollicitation du parquet du tribunal de l'ordre judiciaire est préférable à celle du procureur du Roi du tribunal de commerce, en raison de la compétence du premier en matière pénale. Ensuite, par leur qualité de magistrats professionnels et leur cohabitation au sein de la même enceinte judiciaire, la relation de travail est censée être caractérisée par la collaboration⁷⁰². Par ailleurs, la circulation de l'information se fait en général directement dans leurs bureaux respectifs.

2. Demande d'autorisation de continuation de l'activité de l'entreprise en liquidation judiciaire.

A côté de la fonction informatrice, le ministère public peut jouer un rôle non négligeable pour servir les intérêts rattachés à l'entreprise en liquidation judiciaire. Selon l'article 620, alinéa 2, le procureur du Roi est habilité à saisir le tribunal d'une demande d'autorisation de l'activité lorsqu'une opération de liquidation judiciaire est en cours. C'est là un pouvoir non négligeable que le parquet exerce concurremment avec le syndic, lui permettant d'exercer une certaine maîtrise sur la procédure de liquidation judiciaire, le tribunal pouvant également agir d'office. Ce dernier est souverain dans l'appréciation de la demande du procureur

⁷⁰² - Ceci n'est pas le cas en France où l'intervention du ministère public n'est pas accueillie favorablement en raison de la différence de statuts du parquet et des juges consulaires. Certains présidents de tribunaux de commerce contestaient sans relâche le courant des réformateurs. Il en est ainsi d'une doctrine autorisée, juge consulaire qui affirmait que « même en matière de faillite, nous ne voyons que des inconvénients à la présence du ministère public prés des tribunaux de commerce et nous concluons à son danger pour une bonne administration et la dignité de la justice », Ithurbide « Histoire critique des tribunaux de commerce », préc. p. 181.

du Roi, lequel doit, pour emporter la conviction du tribunal, prouver que l'intérêt général ou l'intérêt des créanciers est subordonné à la continuation de l'activité.

Cette possibilité n'est donc en général utilisée que si l'activité est maintenue, soit le cas où l'entreprise est en période d'observation ou qu'un plan de continuation a été résolu. Par ailleurs, comme il est loisible au tribunal d'autoriser d'office la continuation de l'activité, le ministère public est tenté de lui laisser le soin d'agir estimant qu'il peut mieux en juger. D'autre part, la pratique a montré que le rôle essentiel dans la procédure est joué par le syndic qui demeure l'acteur le plus informé et le mieux placé pour juger de l'intérêt général et de l'intérêt des créanciers et si la continuation de l'activité est de nature à servir ces intérêts.

Mises à part ces prérogatives consacrées textuellement, on a enregistré des cas où le ministère public a pris l'initiative de saisir le tribunal afin qu'il prenne les mesures nécessaires au bon déroulement de la procédure. Ainsi, suite à la mutation du juge-commissaire, le procureur du Roi a demandé au tribunal de procéder à la désignation d'un juge-commissaire remplaçant. Le tribunal a fait droit à la demande du ministère public estimant qu'il a qualité à agir dans ce sens⁷⁰³.

B. L'exercice des voies de recours.

Les voies de recours font l'objet du titre VI du livre V du code, soit 5 articles au sein d'un édifice de 188 articles. Contrairement à son homologue français qui a essayé, autant que faire se peut, de poser des règles précises en tenant compte du particularisme des procédures collectives⁷⁰⁴, le législateur marocain a posé des règles d'ordre général sans précision particulière quant aux décisions susceptibles de recours ou aux acteurs intéressés. Donc à la question de la qualité du ministère

⁷⁰³ - Trib. Casablanca, 02/09/2003, aff. n°= 216 (inédit).

⁷⁰⁴ - En France, les voies de recours sont réglementées par les articles 171 à 177 de la loi du 25 janvier 1985. Leur complexité a rendu impérieuse leur réforme en 1994.

public et des voies de recours qu'il est habilité à mettre en œuvre (1), la jurisprudence a apporté des éclaircissements (2).

1. Problématique de la qualité du ministère public dans l'exercice des voies de recours.

Le titre VI précité s'est contenté de consacrer l'opposition, la tierce opposition, l'appel et le pourvoi en cassation comme voies de recours. S'agissant de la qualité du ministère public à en user, la loi n'en dit mot, laissant ainsi la porte ouverte à l'application des règles du code de procédure civile conformément au renvoi de l'article 19 de la loi instituant les juridictions de commerce.

Dés lors, la tierce opposition reste une voie de recours qui est impropre à cet organe. Quant à l'opposition, l'article 7 du C.P.C précise que le procureur du Roi dispose de toutes les voies de recours, à l'exception de celle-ci, lorsqu'il agit d'office comme demandeur ou défendeur.

Dans cette optique, l'appel est la seule voie par laquelle le ministère public peut exercer son recours. Il en est ainsi lorsqu'il fait usage des articles 563, 620 ou 716 du C.C.M, c'est à dire, lorsqu'il agit en qualité de demandeur de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires ou de demandeur de la continuation de l'activité de l'entreprise en liquidation judiciaire ou enfin, lorsqu'il saisit le tribunal pour demander la prononciation de la déchéance commerciale à l'égard du dirigeant. Par ailleurs, l'opposition contre le jugement d'ouverture de la procédure n'est pas recevable étant donné qu'il est susceptible d'appel⁷⁰⁵.

La qualité du ministère public à interjeter appel contre les décisions rendues en matière des difficultés des entreprises a fait l'objet d'un clivage doctrinal au Maroc. D'un côté, on considère que cet organe est garant du respect de la loi et de la protection de l'ordre public

⁷⁰⁵- M. Lefrouji, Difficultés des entreprises et procédures judiciaires de traitement, éd. Babel 2001, p. 247.

économique et social, en l'occurrence la défaillance des entreprises, ce qui lui ouvre le droit, en dépit de l'absence de toute consécration textuelle, de former appel contre les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaires, mais aussi en matière de déchéance commerciale, et ce, même s'il n'a pas agi comme partie principale⁷⁰⁶. Cette voix se base d'une part, sur la généralité des termes de l'article 730 du C.C.M et d'autre part, sur la jurisprudence parisienne fixée au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1895⁷⁰⁷.

A cette opinion, on a reproché son influence par la jurisprudence française. Celle-ci a été fixée à une époque où le législateur, conduit par la volonté politique d'interventionnisme étatique dans le domaine économique, a donné au ministère public des pouvoirs exorbitants qui lui permettent de contrôler la procédure par le biais des recours qu'il peut exercer⁷⁰⁸. Cette jurisprudence ne peut ainsi servir comme base dans le contexte marocain dont la réforme du code de commerce est intervenue à la fin des années 90, une époque caractérisée par le désengagement des pouvoirs publics dans l'économie du pays⁷⁰⁹.

Sans entrer dans ces considérations, on a avancé tout simplement que les articles 728 à 731 du C.C.M n'ont pas réservé au ministère public le droit d'interjeter appel, lorsqu'il n'agit pas à titre principal en première instance⁷¹⁰. L'exception ne peut être admise que si

⁷⁰⁶ - M. Baâj, thèse préc. p. 105 ; A. Ghomija, préc. p. 13.

⁷⁰⁷ - C.A Paris, 30 juil. 1987 *in* Derrida, Godé, Sortais, La réforme du droit des entreprises en difficultés, Dalloz 1994, p. 267.

⁷⁰⁸ - Les articles 171 à 174 de la loi française du 25 janvier 1985 reconnaît au ministère public d'interjeter appel à l'encontre de toutes les décisions statuant sur le sort de l'entreprise à savoir le jugement d'ouverture, le jugement statuant sur la période d'observation, sur la poursuite de l'activité ou sur l'autorisation de location-gérance, le jugement arrêtant le plan ou convertissant le redressement en liquidation judiciaire, le jugement modifiant le plan. Dans certains cas, l'appel est une exclusivité du ministère public, comme par exemple l'appel contre les jugements arrêtant, rejetant ou modifiant le plan de cession.

⁷⁰⁹ - M. Akherif, préc. p. 357.

⁷¹⁰ - A. Slimani, Les voies de recours contre les décisions rendues en matière de difficultés des entreprises, REMADAE, n°= 1, déc. 2002, p. 29.

elle est consacrée par un texte. Les règles du C.P.C (articles 6 à 10) reçoivent donc application⁷¹¹.

Le législateur a donc laissé le soin au juge d'instaurer une pratique en la matière. Quelle est donc la position de la jurisprudence ?

2. Position de la jurisprudence sur l'exercice des voies de recours par le parquet.

La jurisprudence marocaine semble constante dans sa position à l'égard de la recevabilité de l'appel du ministère public. La cour d'appel de commerce de Marrakech a eu à se prononcer sur cette question dans deux arrêts et a réaffirmé sa position qui veut que le ministère public n'a pas qualité à interjeter appel dans les cas où l'ouverture de la procédure a été faite par une autre partie, en l'occurrence, le débiteur ou le créancier.

Dans l'affaire Dounia P.L.M qui a eu beaucoup d'échos médiatique, le tribunal de commerce de Marrakech avait arrêté un plan de continuation écartant en l'occurrence l'offre de reprise présentée par la banque C.I.H, laquelle avait retenu l'intérêt du ministère public⁷¹². Ce dernier avait interjeté appel du jugement prétendant que sa qualité découle de sa fonction de protecteur de l'ordre public économique et social attaché aux difficultés des entreprises et de sa qualité de partie principale qu'elle ait déclenché la procédure ou non.

La cour d'appel de commerce de Marrakech a déclaré cet appel non recevable en la forme⁷¹³. Dans une série étoffée d' « attendu », elle a relevé d'abord que l'acquisition par le ministère public de la qualité de partie principale au procès doit être prévue par la loi et qu'en matière civile et commerciale, la loi n'en dispose ainsi qu'exceptionnellement. Elle a fait également référence à la jurisprudence de la cour suprême,

⁷¹¹ - A. Chekroun, Le régime marocain des voies de recours en matière de redressement et de traitement des difficultés des entreprises, Rev. Al Mountada, n°= 3, 2002, p. 81.

⁷¹² - Trib. com. Marrakech, 20 avr. 2000, jugement n°= 2/2000, aff. n°= 1/98, préc.

⁷¹³ - C.A com. Marrakech, 21 déc. 2000, n°= 761, aff. n°= 384-449/00, Rev. tr. com. n°= 1, mai 2004, p. 301.

arrêt n°= 833/62 du 2 juillet 1962 (Revue de jurisprudence et de droit n°= 55-56) qui précise que l'appel ne peut être exercé que par une personne ayant déjà été partie en première instance, soulignant de ce fait que le ministère public doit avoir agi comme demandeur ou défendeur. En ce qui concerne le code de commerce, la cour a relevé qu'aucun texte n'octroie au ministère public la qualité de partie principale en matière des entreprises en difficulté, imposant ainsi, conformément à l'article 19 de la loi instituant les juridictions de commerce, l'application des règles du code de procédure civile, notamment, les 6, 7 et 8.

La combinaison de ces textes fait ressortir, selon la cour, deux principes. Le ministère public n'acquiert la qualité de partie qu'en vertu de dispositions spéciales lui permettant d'agir en tant que demandeur ou défendeur et disposant de voies de recours, sauf l'opposition. Le deuxième principe est que l'intervention du ministère public en tant que partie jointe ne lui ouvre guère le droit d'user des voies de recours. Ce dernier n'intervient alors que pour inciter à l'application de la loi, si bien que son opinion doit être impartiale puisqu'il n'est la partie adverse de quiconque.

La cour a conclu enfin qu'« attendu que le ministère public est intervenu d'office dans le cadre du pouvoir qui lui est reconnu par l'article 8 du code de la procédure civile, il est considérée comme partie jointe et il ne peut, dès lors, exercer aucun recours »⁷¹⁴, son appel est donc irrecevable.

Le même scénario s'est reproduit environ quatre ans après devant la même cour, saisie cette fois de l'appel du procureur du Roi du tribunal de commerce d'Agadir⁷¹⁵. En l'espèce, le ministère public a interjeté appel du jugement d'ouverture décidant du redressement judiciaire de l'entreprise « Sahara maintenance ». Ce dernier a argué d'abord, du fait que l'article 563 du code de commerce lui reconnaît

⁷¹⁴ - Traduction personnelle.

⁷¹⁵ - Trib. com. Agadir, 27 oct. 2003, aff. n°= 50/03 (inédit).

implicitement la qualité de partie principale, puisqu'il lui ouvre le droit de déclencher la procédure et que cette qualité découle, en l'espèce, de l'exception d'incompétence qu'il a soulevée lui-même. Ensuite, il a excipé du fait que la jurisprudence s'est fixée d'admettre au ministère public d'exercer les voies de recours contre les décisions rendues en matière d'état civil, en dépit de l'absence de toute disposition législative et qu'il convient d'agir de même en matière des entreprises en difficultés afin de permettre de renforcer le rôle de la magistrature assise. Enfin, le procureur du Roi s'est référé à l'expérience française qui consacre un tel droit au parquet malgré que les tribunaux consulaires ne disposent pas d'un ministère public propre.

Ces arguments n'ont pas emporté la conviction de la cour d'appel qui, sans reproduire tous les motifs de l'arrêt du n°= 761 du 21 décembre 2000, s'est contentée d'insister sur le fait que le ministère public n'acquiert la qualité de partie principale dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises que s'il a déclenché la procédure conformément à l'article 563 et que l'appel, selon la jurisprudence de la cour suprême n°= 833/62 ne peut être exercé que par une personne ayant qualité de partie en première instance⁷¹⁶.

La position de la cour d'appel de commerce de Marrakech est donc claire et ferme, tant que le ministère public n'a pas pris l'initiative pour le déclenchement de la procédure, il n'a pas qualité à exercer les voies de recours prévues par la loi.

En ce qui concerne l'expérience française dont le ministère public prévaut, l'arrêt n°= 761 précité a pris le soin de préciser que celle-ci n'est pas transposable au contexte marocain, car la législation française consacre le droit du ministère public d'interjeter appel par le biais de l'article 171 de la loi du 25 janvier 1985 et ce, même si celui-ci n'est pas partie principale à la procédure.

⁷¹⁶ - C.A. com. Marrakech, 9 mars 2004, arrêt n°= 243. Voir pour le rappel des faits de l'espèce, l'arrêt de la cour de cassation n°= 250, 13 fév. 2002, aff. n°= 142-01, REMADAE, déc. 2002, n°= 1, p. 94.

Cette position trouve également un appui dans un arrêt de la cour d'appel de commerce de Fès qui, après avoir relevé que les parties à la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise sont le débiteur, le créancier poursuivant et le ministère public, a souligné que le créancier poursuivant est celui sur la base de l'assignation duquel la procédure a été ouverte⁷¹⁷. En l'espèce, la liquidation judiciaire a été prononcée suite à la déclaration de cessation des paiements du débiteur. Un créancier a interjeté appel, lequel a été déclaré irrecevable pour défaut de qualité. La cour souligne que tout recours formé par une personne autre que le débiteur qui a déclenché la procédure est irrecevable. Il s'ensuit que le ministère public à son tour n'a pas qualité à former appel dans ces conditions.

La jurisprudence de la cour d'appel de commerce semble donc fixée sur l'inadmission de l'appel du ministère public dans le cas où la procédure n'est pas ouverte sur sa demande. Cette position présente l'avantage de l'expéditivité de la procédure, car après tout, l'appel est un incident procédural qui est de nature à retarder le traitement des difficultés de l'entreprise. En revanche, c'est une garantie de l'administration d'une bonne justice à l'égard de l'entreprise et ses partenaires.

L'on ne peut enfin que conclure à l'insuffisance du rôle du ministère public dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises, une insuffisance due en grande partie à une carence du législateur qui a pris l'expérience française comme modèle d'inspiration en l'écartant lorsqu'il s'est agi de préciser son rôle. La place du ministère public dans les deux systèmes marocain et français relève d'un paradoxe. En effet, alors qu'en France le ministère public ne fait pas partie des composantes du tribunal consulaire, mais a un pouvoir aussi large qu'on accuse le manque d'effectif, au Maroc, cet organe est une structure siégeant de façon permanente au tribunal de commerce, mais son pouvoir est tellement marginal qu'on se demande sur son utilité.

⁷¹⁷ - C.A. com. Fès, 22 avr. 2003, arrêt n°= 18, aff. n°= 22/03 (inédit).

L'on est ainsi en droit de se demander comment cet organe a pu réagir face à cette parcimonie législative.

III. Réaction du ministère public à son marginalisation dans les procédures collectives.

Face à l'accablement de son rôle en matière de procédures de traitement des difficultés des entreprises au second plan, le ministère public s'est vu dans une situation embarrassante. En effet, ce dernier devra agir dans le respect de la loi, mais en même temps, il devra jouer son rôle de garant de l'ordre public économique et social. La levée de ce paradoxe a poussé cet organe à agir pleinement chaque fois que la loi lui en a ouvert le droit (A) et à faire appel à une intervention législative pour élargir son champ d'action (B).

A. Plénitude de l'exercice des prérogatives du parquet dans les procédures collectives.

Conscient de l'étroitesse de son champ d'action, le ministère public a entendu exercer pleinement ses prérogatives consacrées par la loi. Ainsi, les données statistiques qu'on a pu recueillir montrent que cet organe est loin de rester inactif face à la défaillance des entreprises. Les tribunaux de commerce concernés par notre étude sont ceux de Casablanca, Rabat et Marrakech.

Certes, au niveau du tribunal de commerce de Casablanca, l'intervention du ministère public est relativement la plus importante, comparée aux autres tribunaux du Royaume. Ce dernier est intervenu 243 fois au niveau des procédures collectives au titre de l'année de 2008 sur l'ensemble de son activité estimée à 11931 affaires, ce qui représente un taux de 2%. Donc, à chaque fois que le ministère public intervient une cinquantaine de fois dans le cadre des pouvoirs qui lui sont dévolus auprès des tribunaux de commerce, une intervention dans le cadre des procédures de traitement des difficultés des entreprises est enregistrée. Perçu sous cet angle, ce genre d'intervention paraît un

domaine d'activité très restreint. Toutefois, en prenant en considération uniquement les interventions au niveau du contentieux commercial, à savoir les affaires sur le fond, l'intervention du ministère public au niveau des procédures collectives représente ainsi 23% de l'activité de cet organe auprès du tribunal. Ce chiffre est très intéressant étant donné la large fourchette de compétence, en raison de la matière, des tribunaux de commerce. Schématiquement, sur quatre affaires appelant l'intervention du parquet au niveau du tribunal de commerce de Casablanca, une, concerne une procédure de redressement judiciaire.

Rubriques	Effectif
Affaires commerciales	802
Procédures collectives	243
La procédure du curateur	10363
Correspondances générales	362
Correspondances ministérielles	70
Correspondances secrètes	36
Assistance judiciaire	25
Autres	30
Total	11931

Tableau XI : Intervention du parquet auprès du tribunal de commerce de Casablanca en 2008.⁷¹⁸

Concernant l'ensemble de l'activité du tribunal de commerce, l'intervention du parquet paraît remarquable. En effet, sur un total de 272 affaires enregistrées au titre de la rubrique de procédures de traitement des difficultés des entreprises, le parquet est intervenu 243 fois, ce qui représente un taux d'intervention de 89,34%. Ainsi, chaque fois que le tribunal de commerce est saisi une dizaine de fois, le ministère public intervient 9 fois. Autrement dit, selon les données

⁷¹⁸- Statistiques publiées en ligne (2014) [www : tccasa.ma](http://www.tccasa.ma).

statistiques de l'année 2008, seule une procédure échappe à l'intervention du ministère public au niveau du tribunal de commerce de Casablanca.

Au niveau de la cour d'appel de commerce de Casablanca, le nombre des affaires enregistrées a été de 340 en 2008. Ce chiffre est dépassé par le total de l'intervention du ministère public auprès de cette cour la même année et qui est de 366⁷¹⁹. Aucune explication ne nous a été fournie à ce sujet. Il semble que l'exercice de l'appel par le parquet est pour cause.

Quant au tribunal de commerce de Rabat, les données nous fournissent une ventilation de l'activité du ministère public y siégeant d'une façon plus détaillée.

Année	2004	2005	2006	2007	2008	TOTAL
Affaires sur le fond	136	154	185	128	78	681
Affaires de référés	17	3	0	0	0	20
Procédures collectives	59	127	78	54	20	338
Préparation de la solution	0	18	63	48	22	151
Amendes pour non production des états de synthèse	0	22	8	0	0	30
Autres	33	79	9	0	0	121
TOTAL	245	403	343	230	120	1341

Tableau XII : Activité du ministère public auprès du tribunal de commerce de Rabat.⁷²⁰

Ainsi, en prenant en considération uniquement les interventions en matière de fond, l'activité du ministère public dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises représente environ 36%. Cette part qui oscille entre 25% et 45% entre 2005 et 2008 est relativement importante, puisqu'en moyenne sur trois interventions, une l'est dans le cadre des procédures collectives. Par ailleurs, en 2005, cette

⁷¹⁹ - Source : ces données ont été publiées sur le site caccasablanca.ma. 23 mars 2014.

⁷²⁰ - Statistiques publiées en ligne (en 2014) [www : tcrabat.ma](http://www.tcrabat.ma).

intervention a avoisiné celle enregistrée dans la rubrique des affaires sur le fond (145 contre 154). De même, concernant les différentes étapes de la procédure, le ministère public est intervenu au niveau de la préparation de la solution 151 fois. Donc sur l'ensemble de son activité en matière de procédures collectives, celui-ci intervient à raison de 30% dans le processus de détermination du sort de l'entreprise.

En établissant le lien avec les affaires de traitement des difficultés des entreprises, on s'aperçoit qu'en 2008, le tribunal de commerce de Rabat a enregistré 115 affaires dont 59 concernent la préparation de solution. Le ministère public a agi à raison de 20 fois concernant les affaires en cours et 22 fois dans les affaires de préparation de la solution. Autrement dit, l'activité de ce dernier auprès du tribunal de commerce est de l'ordre de 35% dans les affaires en cours et de 37% dans les affaires de préparation de la solution. L'activité globale est de 36,5%.

Enfin, à l'échelle du tribunal de commerce de Marrakech, la sollicitation ainsi que l'intervention du ministère public correspond à un effectif de 10768 durant cinq ans d'activité, dont 434 concerne les procédures collectives. En termes de parité, l'intervention de cet organe au niveau du redressement judiciaire est donc de l'ordre de 4%. Toutefois, en excluant les affaires de pure administration judiciaire ainsi que l'intervention dans la procédure de désignation d'un curateur, ce pourcentage augmente d'une manière considérable. Autrement dit, dans l'ensemble des affaires sur le fond quantifiées à 1303, l'intervention du parquet est de l'ordre du tiers. D'un autre côté, il faut savoir que le tribunal de commerce de Marrakech a enregistré 61 procédures de traitement des difficultés des entreprises. C'est-à-dire que la demande ou le déclenchement d'une procédure provoque sept fois l'intervention du parquet.

Année	Intervention du M.P	TOTAL
2004	71	177
2005	113	378
2006	59	303
2007	104	224
2008	87	221
TOTAL	434	1303

Tableau XIII : Effectif de l'intervention du parquet dans les procédures collectives au niveau du tribunal de commerce de Marrakech. M.P = Ministère public⁷²¹.

Ainsi, en prenant l'année 2008 comme référence, l'intervention du ministère public auprès des deux tribunaux de commerce de Casablanca et de Rabat est de l'ordre de 285 sur un total de 387 affaires de procédures collectives. Donc, schématiquement, cet organe s'associe, dans cette optique, dans 75% des cas.

Dés lors, on peut dire que malgré que la loi n'a pas offert au ministère public un large champ d'activité, en limitant son intervention dans bien de domaines, ce dernier a entendu s'affranchir de toute exclusion pour saisir toute opportunité d'action chaque fois la loi le lui a permis. Signalons en l'occurrence, qu'au niveau de la préparation de la solution, le ministère public veille activement à ce que son empreinte soit enregistrée.

B. Appel à une intervention législative pour l'élargissement du champ d'action du ministère public dans les procédures collectives.

Au lendemain de la promulgation du code de commerce de 1996, l'ensemble des praticiens, notamment le corps de la magistrature, a mis l'accent sur la restriction des pouvoirs du ministère public près des

⁷²¹- Statistiques publiées en ligne (2014) [www : tcmarrakech.ma](http://www.tcmarrakech.ma)

juridictions de commerce, tels qu'ils sont consacrés par le livre V du code, en l'occurrence en matière de traitement des difficultés des entreprises. Ainsi, plusieurs voies se sont élevées pour réclamer l'élargissement des pouvoirs d'une telle institution, afin de jouer pleinement son rôle de protecteur de l'ordre public économique et social. Ainsi, on a insisté plus particulièrement sur la nécessité d'associer le ministère public au processus de la prévention des difficultés (1) et de lui permettre d'agir plus activement au niveau de la procédure (2). On a également proposé de le doter du pouvoir de mettre en œuvre le dispositif pénal afférent aux procédures collectives (3).

1. Nécessité d'associer le ministère public dans le processus de la prévention.

A lire les textes relatifs à la prévention, on est surpris de remarquer que le ministère public en est le grand absent. Si l'on exclut l'article 563 du CCM figurant au titre des procédures de traitement des difficultés des entreprises et qui prévoit que « *Le tribunal (peut être saisi) sur requête du ministère public, notamment en cas d'inexécution des engagements financiers conclus dans le cadre de l'accord amiable prévu à l'article 556* », aucune disposition n'évoque cet acteur. En effet, le président du tribunal demeure l'acteur judiciaire qui a une main mise dans le processus de la prévention et du règlement amiable.

Cette marginalisation ne nous paraît injustifiée sur le seul constat qu'on a fait du parquet le protecteur de l'ordre public économique et social. En effet, comment lui reconnaître un tel statut, alors qu'on ne l'a pas associé à la cause de la prévention des difficultés des entreprises ? Pourtant, au niveau de la prévention externe, le ministère public peut jouer un rôle de premier plan, en vertu des investigations qu'il peut mener dans ce sens. Rappelons que la communication du parquet siégeant au tribunal de première instance avec son homologue du tribunal de commerce est plus fluide et plus commode qu'avec le président du tribunal de commerce. En effet, loin d'être enserrée dans un formalisme rigoureux, celle-ci peut être faite par

simple communication téléphonique permettant un gain de temps précieux, surtout que la prévention requiert une information au moment opportun.

La loi devrait normalement impliquer davantage le ministère public dans le processus de la prévention et prévoir la communication de documents et l'information entre cet acteur et le président du tribunal de façon précise, sans qu'il y ait besoin de passer par l'usage de l'article 9 du CPC et ce, afin d'éviter une inertie éventuelle de part et d'autre.

En France, en plus des dispositions légales faisant du parquet une partie prenante à la prévention, en l'occurrence, celles de la loi du 26 juillet 2005, la jurisprudence semble réceptive à son implication active lors de la conciliation. Plusieurs décisions montrent que son avis est accueilli favorablement⁷²².

Enfin, signalons que l'entretien avec les magistrats pour recueillir leurs avis sur les insuffisances du dispositif de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, annexé au rapport de l'USAID, a souligné que certains juges dont le président du tribunal de commerce de Meknès ont fait état des effets négatifs de l'éviction du ministère public de la prévention externe, malgré « ses moyens d'investigation nettement supérieurs à ceux du président du tribunal »⁷²³.

2. Appel à une intervention plus poussée dans le déroulement de la procédure.

En l'état actuel de la législation, on a surtout mis le point sur la nécessité de permettre au ministère public d'interjeter appel, qu'il ait agi à titre de partie principale ou de partie jointe⁷²⁴. En effet, on a

⁷²² - P. ex. Cass. com. 31 janvier 2012, n°= 10-24-019, D 2012, 431 ; 10 janvier 2012, n°= 10-24-426, D, 2012, 216, par A. Lienhard, rapp. N. Lyazami, thèse préc. p. 373.

⁷²³ - Propos de A. Trid, rapport de l'USAID, annexe II, préc.

⁷²⁴ - Supra, p. 248.

d'abord mis en avant le fait que si notre législateur s'est inspiré de son homologue français, il aurait pu agir de même s'agissant de l'exercice de l'appel par cet organe. L'article 171 de la loi française de 1985 précise explicitement que le jugement d'ouverture de la procédure est susceptible d'appel de la part du débiteur, du créancier et du ministère public même s'il n'a pas agi à titre principal.

Ensuite, on a fait valoir que si les procédures collectives s'attachent à l'ordre public, cela requiert la consécration du droit du ministère public d'interjeter appel de tout jugement concernant la procédure, en reconnaissant ainsi à ce dernier la qualité de partie principale quelqu'un soit le mode de déclenchement⁷²⁵. D'autre part, se demande-t-on, quelle est la finalité d'instituer un parquet auprès des tribunaux de commerce si on l'exclut d'exercer toute voie de recours. Comment peut-on aspirer à une protection de l'ordre public, si le ministère public ne peut interjeter appel que d'une façon conditionnée ?

Enfin, on argué du fait que la possibilité pour cet organe d'exercer des voies de recours ne cause préjudice à aucune partie, en l'occurrence, le débiteur et le créancier, du moment qu'il ne constitue pas leur partie adverse. Bien au contraire, son association au recours enrichirait le débat et éclairerait davantage le tribunal, afin qu'il puisse décider à bon escient.

En réalité, si la consécration du droit du ministère public d'interjeter appel contre tout jugement de la procédure présente l'avantage de produire impartialement un autre avis, cette voie de recours constitue, avant tout, un incident de la procédure qui pourrait en retarder l'issue voire instaurer une instabilité des décisions qui pourraient être prise en conformité avec l'esprit de la loi.

A côté de l'appel aux voies de recours, on a appelé à la consécration des prérogatives civiles et administratives du ministère public auprès des tribunaux de commerce. Ainsi en est-il du système de

⁷²⁵ - M. A. El bakkali El Hassani, Le rôle du ministère public dans les difficultés des entreprises, article publié au portail addala.gov.ma, juin 2015.

l'assistance judiciaire⁷²⁶. Il peut arriver qu'un débiteur n'ait pas les moyens de se procurer une défense convenable, le parquet peut ainsi jouer un rôle pareil à celui qu'il a l'habitude d'assurer en matière civile. Ce système trouve tout son intérêt lorsque les difficultés de l'entreprise sont très avérées ou lorsque le débiteur est une entreprise individuelle de taille relativement modeste.

De la même manière, on a fait appel à l'octroi au même parquet de contrôler et d'inspecter les bureaux des huissiers de justice, à l'instar de son homologue siégeant aux tribunaux de première instance pour avoir accès aux registres détenus par ces fonctionnaires. Cela permettrait au ministère public de dénicher d'éventuelles transgressions de la loi et d'avoir des informations sur les entreprises implantées dans le même ressort.

3. Appel à la mise en œuvre par le parquet du dispositif pénal du livre V du code de commerce.

En l'absence de toute disposition permettant au ministère public siégeant auprès des tribunaux de commerce de mettre en œuvre le dispositif pénal en matière de procédures de traitement des difficultés des entreprises, la compétence est alors dévolue au parquet des tribunaux de première instance. Cet état de fait trouve des partisans qui s'appuient sur l'origine historique des juridictions de commerce, à savoir, la législation française qui a classé, à travers la loi sur l'organisation judiciaire, les tribunaux de commerce parmi les juridictions spécialisées non pénales⁷²⁷. L'institution du ministère public auprès de ces juridictions apparaît ainsi une nécessité requise par l'organisation judiciaire. L'octroi d'un rôle en matière pénale serait de nature à priver cet organe de sa mission réelle et de participer à la procédure en tant que partie essentielle à son dénouement⁷²⁸.

⁷²⁶ - Prévu par le décret royal du 1^{er} novembre 1966.

⁷²⁷ - M. El Majdoubi Idrissi, La pratique des tribunaux de commerce, prec ., p. 43 (en arabe).

⁷²⁸ - R. Mechaka, Le rôle pénal du ministère public devant les juridictions de commerce, Table ronde organisée par le barreau de Kénitra, 4 mars 2004.

Toutefois, un courant dominant du milieu de la magistrature appelle éminemment à une intervention législative pour doter le ministère public du pouvoir de mettre en œuvre le dispositif pénal. Beaucoup de justifications justifieraient cet appel, à savoir essentiellement le fait que la mission principale et naturelle de cette institution est le déclenchement de l'action publique. Les prérogatives dont il se trouve doté en matière commerciale ne seraient qu'une complaisance de la part du législateur jugeant utile d'éclairer davantage la formation collégiale qui doit décider⁷²⁹.

D'autre part, mais surtout, l'intervention du procureur du Roi près le tribunal de première instance ne dispose pas de moyens matériels et effectifs pour jouer pleinement son rôle en matière pénale au niveau des procédures de traitement des difficultés des entreprises⁷³⁰. Pour ce faire, il faudra beaucoup de temps à ce dernier pour s'initier avec les faits de la procédure avant d'agir, alors qu'on est dans un domaine où les mesures urgentes se font sentir à tous les niveaux.

Enfin, la fonction informatrice du ministère public prévue par l'article 641 du CCM ne pourra pas être effective si le procureur du Roi n'a pas d'autorité sur la police judiciaire du lieu du tribunal de commerce compétent⁷³¹.

⁷²⁹- M. A. El bakkali El Hassani, Le rôle du ministère public dans les difficultés des entreprises, préc.

⁷³⁰- Ibidem.

⁷³¹- L. Ouhmane, Le rôle du ministère public dans les tribunaux de commerce à la lumière du code de commerce et du code pénal, Rev. L'avocat n°= 48, ed. Hay Mohammadi, Marrakech, p. 134.

TITRE II : L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE FACE AUX JURIDICTIONS SUPERIEURES

S'il est vrai que l'essentiel de la procédure se déroule au niveau du tribunal de commerce en raison de la différenciation de l'appareil judiciaire et de la nécessité de trouver une solution aussitôt que possible, il demeure que l'organisation judiciaire en matière de difficultés de l'entreprise est respectueuse des grands principes du droit processuel, d'où la possibilité de la connaissance de la matière par les juridictions qui se trouvent au niveau supérieur de la pyramide juridictionnelle. Ainsi comme dans un procès ordinaire, les juges du second degré et les juges suprêmes peuvent être amenés à intervenir dans la défaillance de l'entreprise.

Cependant, conformément au droit commun cette intervention n'a pas la même connotation. La cour d'appel de commerce agit en qualité de juridiction de second degré (Chapitre I), elle s'avère ainsi un second pôle de décision dont l'intervention est de nature à influencer considérablement le cours de la procédure. En effet, par le biais de l'effet dévolutif de l'appel, les juges du second degré peuvent être amenés à réformer ou à annuler la décision prise au premier degré, permettant de donner au procès une autre tournure.

La cour de cassation, quant à elle, garde sa mission classique et intervient pour servir le contrôle de la légalité (Chapitre II). Son intervention n'a pas une connotation décisionnelle, mais elle est loin d'être négligeable. Certes, les juges suprêmes font jeter leurs lumières sur les points de droit sur lesquels les juges du fond divergent ou se trompent. De la sorte, si les juridictions inférieures ne se montrent pas dissidentes, les premiers auront contribué directement à imposer une certaine discipline à leurs homologues du fond, et par là, à conduire les procédures dans un sens plus ou moins défini. Mais surtout, il nécessaire de savoir si la haute juridiction se contentera de contrôler la

régularité des décisions prononcées au fond sans s'affranchir de ce rôle classique. La question mérite d'être posée dans un contexte aussi sensible que les difficultés des entreprises et où le pouvoir souverain du juge du fond est fort reconnu par le livre V du code de commerce.

CHAPITRE I : LA COUR D'APPEL DE COMMERCE, SECOND PÔLE DE DECISION EN MATIERE DE DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE

Au niveau de la cour d'appel de commerce, le pouvoir judiciaire est représenté par la formation collégiale appelée communément, la cour et le premier président. La première constitue un organe qui détient un pouvoir de décision qui peut influencer le cours de la procédure d'une façon remarquable. Il suffit par exemple, suite à un recours en appel, pour le tribunal de commerce et les juges du second degré d'apprécier différemment la situation financière de l'entreprise, les uns estimant que la situation est irrémédiablement compromise et les autres, qu'il y a cessation des paiements avec espoir de redressement pour voir la cour d'appel de commerce changer le sort de l'entreprise. De la même manière, la consistance du passif pourra se voir diminuée ou augmentée par la cour d'appel de commerce, suite à un recours contre une décision rendue à l'occasion de la détermination du passif. Ce pouvoir est d'autant plus important que l'insatisfaction est le maître mot en la matière.

D'autre part, la cour d'appel de commerce est le lieu de rencontre des voies de recours contre non seulement les décisions émanant du tribunal de commerce, mais également contre les ordonnances du juge commissaire. Or comme on a vu, ce dernier est submergé par les affaires concernant les relevés de forclusion. Les ordonnances qu'il rend à ce sujet, surtout celles déboutant les créanciers de leurs demandes occasionnent quasi-systématiquement un recours en second degré.

L'importance de l'intervention de la cour d'appel de commerce dans les entreprises en difficulté tient, de plus, à l'extension de compétence du tribunal de la procédure qui fait que le contentieux rattaché aux procédures génère à son tour un recours loin d'être négligeable. Nous traiterons ainsi du rôle de la cour d'appel de

commerce en tant que principale composante du pouvoir judiciaire à l'échelle du second degré (Section I).

Quant au premier président de la cour d'appel de commerce, bien que le livre V du CCM ne lui consacre, expressément aucune prérogative, il reste qu'en vertu de son autorité hiérarchique il détient un pouvoir d'organisation qui permet à la cour d'exercer son rôle conformément au principe de l'administration d'une bonne justice (Section II).

SOUS-CHAPITRE I : L'INFLUENCE DE L'INTERVENTION DE LA COUR D'APPEL DE COMMERCE SUR LA PROCEDURE DE TRAITEMENT DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE.

La cour d'appel de commerce n'intervient que si elle est saisie d'un appel interjeté contre une décision rendue au premier degré. Donc, c'est par le biais de l'insatisfaction du justiciable qu'il est procédé à un réexamen de l'affaire permettant alors au juge commercial du second degré de réguler l'application, par son homologue du tribunal de commerce, des règles relatives à la procédure collective. De même, l'importance du rôle du juge commissaire en matière d'arrêté du passif a été à l'origine d'un recours important sollicitant une participation active du juge de l'appel. Ainsi, les cour d'appel de commerce ont été appelées à projeter leurs lumières sur beaucoup de points de droit, contribuant, de la sorte, au développement d'une jurisprudence en la matière (Section II). Mais il convient d'abord d'examiner le régime de l'appel et d'appréhender ses caractéristiques eu égard à la spécificité des difficultés de l'entreprise (Section I).

Section I : Le régime de l'appel en matière de difficultés des entreprises.

En consacrant les voies de recours et plus précisément l'appel, l'article 730 du CCM n'a traité que du délai et de la formalité de la formation de ce recours. Le législateur marocain n'a pas repris les dispositions de la loi française sur ce volet important de la procédure, ce qui laisse comprendre que le régime de la voie de l'appel n'est pas restrictif (Sous-section I). La comparaison avec le modèle français nous montre un exemple intéressant où le juge appuyé, par la doctrine, a su contourner la rigidité des règles pour tempérer la rigueur du principe de la restriction de l'appel. En effet, en mettant en avant la théorie de

l'appel nullité, les cour d'appel françaises ont pu intervenir davantage en matière de difficultés des entreprises (Sous-section II).

Sous-section I : Le régime de l'appel en droit marocain des difficultés des entreprises.

La loi de 1996 n'a consacré pour les voies de recours que cinq articles formant le titre VI du livre V du CCM. L'appel ne fait l'objet que d'une disposition, celle prévue par l'article 730. Il est également prévu par l'article 697 à propos de la décision du juge-commissaire en matière de vérification des créances. A défaut de disposition expresse, le principe est donc la non restriction de l'appel (I), ce qui suggère d'apprécier l'impact des effets de l'appel sur la procédure (II).

I. L'appel en matière de difficultés de l'entreprise, un régime non restrictif.

Face à la parcimonie textuelle en matière d'appel dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises, on déduit que toute décision émanant d'une juridiction de première instance est de nature à provoquer un second examen au fond par les juges de l'appel. Le principe demeure donc, la non limitation de l'appel. Les juges du second degré ont donc été invités à en préciser l'étendue (B). Mais auparavant, il est nécessaire d'apprécier la fréquence du recours à l'appel, car elle permet, dans une certaine mesure, de traduire quantitativement le principe en question (A).

A. Appréciation quantitative du recours à l'appel en matière de difficultés de l'entreprise.

Pour une juste appréciation du recours en appel en matière de difficultés de l'entreprise, il est nécessaire de déterminer d'abord le taux de l'appel contre les décisions rendues par les différents acteurs judiciaires du tribunal de commerce (1). De la sorte, on peut apprécier, quantitativement, le degré d'implication des juges du second degré dans

la défaillance de l'entreprise. La vision sera plus globale en appréciant également la place de l'appel en la matière par rapport à l'ensemble du contentieux commercial et sa répartition entre les trois cour d'appel de commerce (2).

1. Statistiques relatives à l'activité des cour d'appel de commerce.

L'appréciation du taux de l'appel permet de déterminer le degré d'insatisfaction des parties des décisions rendues en premier ressort par les différents acteurs juridictionnels. Notre étude a été axée essentiellement sur la cour d'appel de commerce de Fès. Ainsi, les données ont été collectées sur une tranche de 14 ans et demi d'activité, de mai 1998 à fin 2012. Les données se présentent comme suit :

Affaires jugées en premier ressort	2229
Affaires inscrites en appel	799
Rapport	0,3584

Tableau XIV : Taux d'appel au niveau de la cour d'appel de commerce de Fès⁷³².

Sur un total de 2229 décisions rendues au niveau des quatre tribunaux de commerce de Fès, Tanger, Meknès et Oujda, on a enregistré 799 demandes d'appel auprès de la cour d'appel de commerce de Fès. Le taux de l'appel représente donc 35,84%. A comparer avec les données du ministère de la justice concernant l'ensemble des juridictions de commerce, on aboutit au même résultat, puisqu'on s'aperçoit que le taux de l'appel est de 33,85%. En effet, sur un ensemble d'affaires jugées en premier ressort s'élevant à 1334 décisions, 455 ont fait l'objet d'un appel⁷³³.

⁷³²- Synthèse des données des greffes correspondants : tribunaux de commerce de Fès, Tanger, Meknès et oujda et cour d'appel de commerce. Certaines de ces données ont été publiées au site www.cacfès.gov.ma, consulté le 30 juin 2014. Signalons que l'effectif des affaires jugées par les tribunaux précités est dans l'ordre de 227, 1465, 486 et 51.

⁷³³ - Rev. tr. com. déc. 2006, n°= 2, p. 209 et 212.

Ainsi, un peu plus du tiers des décisions suscitent le mécontentement des parties à la procédure. Autrement dit, les procédures de traitement des difficultés des entreprises connaissent, dans plus du tiers des cas, un incident procédural lié à l'appel.

S'agissant de l'appréciation des parties interjetant appel et les décisions qui en font l'objet, nous avons mené une étude portant sur un échantillon de 106 arrêts rendus par la cour d'appel de commerce de Fès durant la tranche d'activité 2003 – 2012. L'ouverture des plis nous a permis de conclure que ce sont les créanciers qui se pourvoient le plus en appel, avec 89 demandes contre 16 formulées par le débiteur. Nous avons enregistré également une tierce opposition formée par le banquier. Ainsi, les créanciers sont à l'origine d'environ 84% du volume l'appel. D'autre part, ce sont les décisions du juge commissaire qui suscitent le plus d'insatisfaction. L'appel a été ainsi formé contre 59 ordonnances du juge commissaire, 45 jugements du tribunal et 2 ordonnances du président du tribunal. Donc, les décisions du juge commissaire sont à l'origine d'environ 56% de l'appel.

Ces résultats sont tout à fait prévisibles, car le principal volet conflictuel en la matière est celui de la déclaration des créances dont le juge commissaire est la juridiction compétente. On a vu que cet acteur est souvent submergé des demandes de relevé de forclusion, et il est difficile qu'un créancier acceptera facilement qu'il soit forclos. Les arrêts font constamment référence aux articles 638, 639 et 693 du CCM.

2. Place de l'appel en matière de difficultés de l'entreprise et sa répartition entre les cour d'appel de commerce.

L'appel en matière de difficultés de l'entreprise peut être également apprécié par rapport à l'ensemble des matières dont les cour se trouvent saisies (a). Sa répartition entre les trois cour d'appel de commerce du Royaume permet tout de même d'effectuer une comparaison entre l'insatisfaction des parties suivant les ressorts concernés (b).

a. Place de l'appel dans les difficultés de l'entreprise au sein de l'ensemble des matières commerciales.

S'agissant de la place des procédures de traitement des difficultés des entreprises, on note une différence importante par rapport à leur place au sein du contentieux commercial enregistré au niveau des tribunaux de commerce. En effet, alors que les affaires enregistrées en premier ressort en 2005 ne représentent que 0,87% de l'ensemble des matières⁷³⁴, en appel, ce taux augmente à 5,35% dépassant ainsi l'appel contre les décisions rendues dans d'autres matières (Diagramme I).

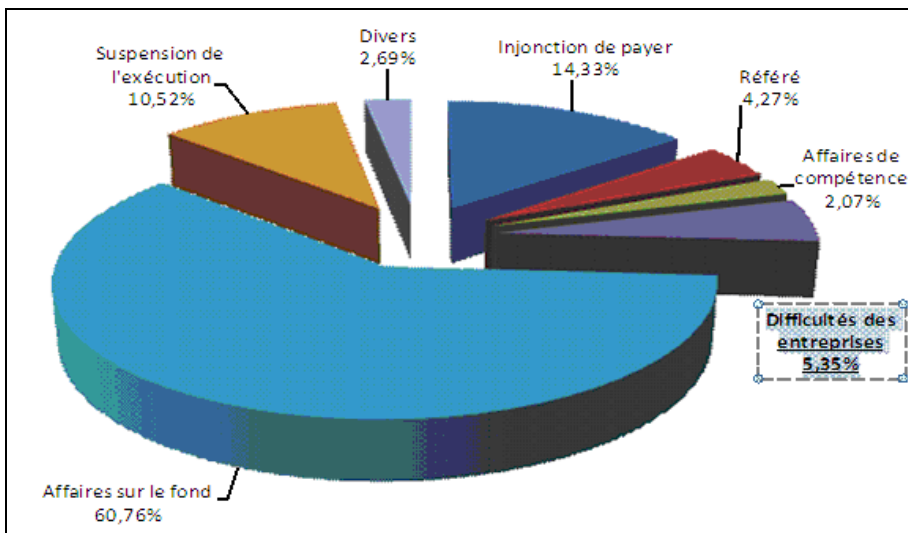


Diagramme I : Répartition des affaires enregistrées auprès des cours d'appel de commerce en 2005.

En établissant une corrélation avec l'injonction de payer, on s'aperçoit qu'au niveau des tribunaux de commerce, les affaires relatives à cette matière en 2005 représentent 15 fois celles des procédures de traitement des difficultés des entreprises, alors qu'au niveau de l'appel, elles ne le sont que de 2,68 fois.

⁷³⁴ - Supra, p. 104.

De la même manière, les données du recours en appel par matière montrent un taux remarquablement élevé d'appel en matière de procédures de traitement des difficultés des entreprises. Parmi les 1334 décisions rendues par les tribunaux de commerce, 455 ont fait l'objet d'un appel, soit un taux de 33,85%, alors que ce rapport n'est que de 8,47% pour l'injonction de payer, 2,96% en matière de référé et 21,24% concernant les affaires sur le fond (Tableau XIV).

Matières	Procédures collectives	Injonction de payer	Référé	Affaires sur le fond
Affaires en appel	455	1.218	363	5.163
Aff. jugées au Trib.	1.334	14.384	12.281	24.306
Pourcentage	33,85%	8,47%	2,96%	21,24%

Tableau XV : Comparaison du taux de recours en appel de différentes matières (2005)⁷³⁵.

L'importance quantitative de l'appel en matière de difficultés des entreprises n'est donc pas à démontrer. Elle exprime tant le degré de conflictualité des procédures collectives que la différenciation du pouvoir judiciaire dans ce cadre. En effet, les décisions émanent de plusieurs organes, contrairement à l'injonction de payer relevant uniquement du président du tribunal. Une diversité de décisions sont ainsi prises, non seulement par le tribunal, mais aussi par le juge commissaire, surtout en période d'observation, voire même par le président du tribunal. Celles-ci concernent aussi bien la procédure en cours que le contentieux qui en est rattaché.

Il semble donc difficile de convaincre le justiciable de la procédure de traitement des difficultés des entreprises de la justesse d'une décision prise en première instance que dans les autres matières. En effet, en la matière, les créanciers sont nombreux et constituent une

⁷³⁵- Source : Ministère de la justice, Revue des tribunaux de commerce, préc, p. 209 et 212.

masse très hétérogène, et le montant de leur créance est souvent important pour qu'ils renoncent facilement à leur droit au paiement.

b. Répartition de l'appel dans les difficultés de l'entreprise entre les différentes cour du Royaume.

La distribution du recours en appel enregistré nationalement entre les trois cours du Royaume met en relief une répartition inégale. En 2005, la cour de Casablanca a été en charge de plus de la moitié des affaires : 59,37%, alors que les cour de Fès et de Marrakech se sont partagées presque équitablement le reste : 21,39% et 19,24%. Cela veut dire qu'approximativement, sur 10 appels interjetés par une partie, la cour de Casablanca en est saisie de 6, contre 2 pour chacune des autres cour.

S'agissant de l'importance du recours en appel en matière de difficultés de l'entreprise par rapport à l'ensemble des matières, il est à remarquer qu'il est presque le même à l'échelle des trois cour. Il est compris dans l'intervalle 5% - 6% (Tableau XV).

Cour	Fès	Casablanca	Marrakech	Total
Aff. de redressement inscrites en appel (A)	96	263	96	455
Aff. jugés en 1er ressort (B)	402	475	132	1.009
Aff. enregistrées en appel toutes matières (C)	1.818	5.045	1.635	8.498
(A) / (B)	23,88%	55,36%	72,72%	45%
(A) / (C)	5,28%	5,21%	5,87%	5,35%

Tableau XVI : Répartition de l'appel entre les trois cour (2005)⁷³⁶.

Cependant, le degré d'insatisfaction des justiciables, relativement à la même matière, présente une grande hétérogénéité d'un ressort à l'autre. Ainsi en 2005, au niveau du ressort de la cour de

⁷³⁶- Synthèse des statistiques du ministère de la justice, Revue des tribunaux de commerce, préc., p. 209 et 212.

Marrakech, on note que sur le total de 132 décisions émanant des tribunaux de commerce de Marrakech et d'Agadir, 96 ont fait l'objet d'un appel, soit un taux de 72,72%. En revanche, sur les 402 décisions émanant des tribunaux de commerce de Fès, Meknès, Oujda et Tanger, 96 ont donné lieu à un appel, soit un taux de 23,88%. Entre ces deux extrémités, s'intercale un taux d'appel de 55,36% à l'échelle de la cour d'appel de Casablanca. Schématiquement, chaque décision rendue en premier ressort concernant la procédure de redressement judiciaire présente une marge de mécontentement qui avoisine les trois quarts dans le ressort de la cour de Marrakech, la moitié à Casablanca et le quart dans le ressort de la cour de Fès.

Il est tendancieux de dire que la justice rendue dans le ressort de la cour d'appel de Marrakech (tribunaux de commerce d'Agadir et de Marrakech) est de mauvaise qualité que celle rendue dans les deux autres ressorts. Il est possible que l'appel soit gonflé par les affaires concernant la forclusion des créanciers, lequel volet suscite toujours une coriacité de ces derniers.

On peut donc conclure en soulignant que ces taux relativement élevés témoignent du caractère conflictuel de la procédure et affirment, sans conteste, que les juges de second degré sont concernés par les procédures de traitement des difficultés des entreprises autant que le sont les juges du premier degré.

B. Etendue de l'appel dans les difficultés de l'entreprise.

S'il est vrai que le silence de la loi laisse présumer que l'appel en matière de procédures de difficultés de l'entreprise est non restrictif, ce principe ne peut être entendu d'une manière absolue. En effet, la célérité du traitement des affaires et la nécessité d'assurer une stabilité aux décisions prises en premier ressort sont autant d'impératifs qui se dressent contre le recours illimité en appel. Les trois cour d'appel de commerce du Royaume ont été donc appelées à préciser le domaine de

l'appel en déterminant son champ (1) et partant, en relativisant sa non restriction (2).

1. Le champ de l'appel en matière de difficultés de l'entreprise et procédure en vigueur.

Le législateur de 1996 s'est réservé de prévoir des règles en matière d'appel contre les décisions prises en premier ressort, les cour d'appel de commerce ont donc été invitées de projeter leur lumière sur les décisions susceptibles d'appel (a). De la même manière, il a été question de préciser la procédure à suivre en la matière (b).

a. Les décisions susceptibles d'appel dans les procédures de traitement de difficultés de l'entreprise.

Comme au premier degré, les décisions relatives à la procédure de redressement et de liquidation judiciaires émanent de deux acteurs principaux, on peut distinguer au sein des décisions susceptibles d'appel entre les jugements du tribunal de commerce et les ordonnances du juge-commissaire.

a-1- Les jugements du tribunal de commerce susceptibles d'appel.

Parmi les décisions les plus importantes que le tribunal est appelé à prendre, on cite celles relatives à l'ouverture de la procédure et celles concernant le choix de la solution. L'impact de ces décisions au regard des parties a fait que la loi française a déclaré expressément que sont susceptibles d'appel⁷³⁷ :

- les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure de la part du débiteur, du créancier poursuivant ainsi que du ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale,
- les décisions statuant sur la liquidation judiciaire, arrêtant ou rejetant le plan de continuation de l'entreprise, de la part du

⁷³⁷- Art. 171 de la loi du 25 janvier 1985.

débiteur, de l'administrateur, du représentant des créanciers, du représentant des salariés, ainsi que du ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale,

- les décisions modifiant le plan de continuation de l'entreprise, de la part du débiteur, du commissaire à l'exécution du plan, du représentant des salariés ainsi que du ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale.

Une telle précision est tout à fait indispensable de la part de la loi française, étant donné qu'elle a fait obéir l'appel à un régime très restrictif.

Ceci n'est pas pour le cas du Maroc, si bien qu'il paraît évident d'admettre l'appel contre les décisions précitées. Tout d'abord, l'ouverture d'une procédure collective entraîne un changement de régime caractérisé par des restrictions posées aussi bien pour le débiteur que pour les créanciers. Cette décision ne doit pas être prise à la légère, de sorte que la partie non satisfaite doit bénéficier d'une révision de la situation devant la cour d'appel de commerce. Ainsi que c'est à l'occasion d'un appel contre le jugement d'ouverture de la procédure que la cour a eu à rappeler que l'appel est une voie de recours ordinaire qui permet à celui qui a subi un préjudice du fait de la décision au premier degré de provoquer un réexamen de l'affaire devant les juges du second degré⁷³⁸.

Ensuite, en décidant de soumettre l'entreprise au régime des procédures collectives, il convient de fixer son sort, laquelle décision n'est pas facile à prendre. Bien évidemment, le juge est appelé à déployer un effort considérable, afin de décider de la solution opportune. L'ouverture d'un appel permet donc au pouvoir judiciaire de se rattraper au cas où il s'avérerait que le juge de premier degré n'a pas établi une bonne corrélation entre la solution qu'il a adoptée et les faits à lui soumis. Mais il peut s'avérer qu'entre temps, la situation a changé

⁷³⁸- C.A com. Casablanca, 4 juil. 2000, n°= 1524/2000, aff. n°= 767/2000/11 (inédit).

et que la décision fixant le sort de l'entreprise n'est plus adaptée. Ce genre de révision est admis sans peine et a abouti, à plusieurs reprises, à une solution différente de celle du tribunal, notamment lorsque le tribunal décide de convertir le redressement en liquidation judiciaire⁷³⁹. En fait, l'analyse des arrêts montre que les juges du second degré, comme leurs homologues du tribunal de commerce, se laissent impressionner facilement par des promesses ou par des solutions de dernier moment émanant du débiteur tenant à la continuation⁷⁴⁰.

Enfin, en retenant un plan de continuation, le juge est supposé agir au vu des circonstances de fait au jour où sa décision a été prise. Mais eu égard à la contingence du milieu des affaires, il se peut que ces circonstances changent nécessitant une adaptation du plan aux nouvelles données socio-économiques. La loi a alors prévu un aménagement du principe en vertu de l'article 597 pour tempérer la rigueur du caractère obligatoire du plan⁷⁴¹. Le tribunal est alors habilité à effectuer une modification dans les objectifs et les moyens du plan (à la demande du chef de l'entreprise et sur rapport du syndic).

Cependant, si l'appel est ouvert dans ce cas, le législateur français a exclu les créanciers des parties admises à exercer cette voie de recours. Au Maroc, malgré le défaut d'un texte en la matière, la cour d'appel de Fès a rappelé que l'ouverture de l'appel en faveur des créanciers est incompatible avec les objectifs de la loi⁷⁴². Ces derniers ne peuvent que demander la résolution du plan de continuation, sur la base de l'article 602 du CCM, si l'entreprise n'exécute pas ses engagements.

⁷³⁹ - P. ex. C.A com. Casablanca, 6 janv. 2000, n°= 48/2000, aff ; n°= 510/99/11 ; 20 janv. 2000, n°= 150/2000, aff. n°= 568/99/11 ; 27 mars 2000, n°= 114/2000, aff. n°= 65/2000/10 ; 3 mai 2002, n°= 1170/2002, aff. n°= 2203/2001/11. Voir également, C.A com. Casablanca, 25 mai 1999, n°= 661/99, aff. n°= 556/99/11, cité par H. Bouïssi, op. cit. p. 132. C.A com. Fès : 21 mai 2003, n°= 28/2003, aff. n°= 22/03 ; 19 avr. 2006, n°= 32/2006, aff. n°= 51/05, (inédits). C.A com. Marrakech, 10 fév. 2004, n°= 111/2004, justice. gov. ma/ar/législation/24.aspx. (17 mai 2007, p.1).

⁷⁴⁰ - P. ex. C.A com. Fès, 19 avr. 2006, préc.

⁷⁴¹ - Le plan ne tire pas sa force obligatoire de la nature juridique contractuelle ou judiciaire de l'acte qui le fonde, mais surtout du fait que le jugement qui l'arrête en rend les dispositions opposables à tous.

⁷⁴² - C.A com. Fès, 23 avr. 2003, n°= 20, aff. 24/03 (inédit).

Autrement-dit, l'appel contre le jugement arrêtant le plan de continuation est admis, mais les créanciers ne sont pas habilités à l'exercer, au motif qu'il leur a imposé des délais de paiements qu'ils n'ont pas consentis.

a-2- Les décisions du juge-commissaire susceptibles d'appel.

En dehors du recours contre les ordonnances du juge-commissaire en matière de vérification des créances prévu par l'article 679 et qui consiste dans l'appel⁷⁴³, le recours concernant les autres matières a produit un clivage doctrinal important. Subissant l'influence du régime français, on a fait valoir que cet organe est un juge délégué du tribunal, ce qui fait que le recours contre ses décisions est porté devant le tribunal qui l'a nommé⁷⁴⁴. Mais le régime français a prévu deux situations notoirement différentes prévoyant, tantôt un recours devant le tribunal de la procédure, tantôt un recours devant la cour d'appel⁷⁴⁵. D'un autre côté, considérant le particularisme de ce régime, ainsi que sa consécration textuelle et du silence du législateur marocain en la matière⁷⁴⁶, on a fait valoir qu'aucune règle en droit procédural marocain ne prévoit un tel recours, de sorte qu'on ne peut transposer la solution française au contexte marocain⁷⁴⁷.

Concernant les juges du second degré, il est à remarquer qu'on a assisté à des positions différentes témoignant de lectures propres de la loi par les trois cour du Royaume. Ainsi, la cour d'appel de Casablanca a décidé à propos d'une ordonnance rendue par défaut qu'il convient de former opposition, mais comme en matière de procédure de traitement

⁷⁴³ - P. ex. C.A com. Fès, 6 mars 2003, n°= 260/2003, aff. n°= 1038/02 (inédit).

⁷⁴⁴ - A. C. Sbaï, op. cit. p. 161.

⁷⁴⁵ - L'appel contre les ordonnances du juge-commissaire est prévu en droit français dans trois situations, en matière de vérification de créances, de substitution de garanties et de relevé de forclusion.

⁷⁴⁶ - A. Chekroun, Le régime marocain des voies de recours en matière de traitement des difficultés des entreprises, aspects et opportunité, Rev. Al Mountada, juin 2002, n°= 3, p. 81 et s.

⁷⁴⁷ - M. Chebbou, op. cit. p. 579.

des difficultés des entreprises, ladite décision est susceptible en même temps d'un appel, il importe de confirmer le droit d'option entre les deux voies⁷⁴⁸. En réalité, la consécration de cette jurisprudence est de nature à provoquer des incidents de procédure engendrant des retards nuisant au déroulement de celle-ci, comme elle peut être à l'origine de solutions différentes. Cette décision est, à notre connaissance, unique en son genre. Les décisions ultérieures montrent que seul l'appel est admis⁷⁴⁹.

Quant aux cour d'appel de commerce de Fès et de Marrakech, l'analyse des décisions ne fait état que de l'appel comme voie naturelle de recours contre les décisions du juge commissaire, telles que celles ordonnant mainlevée des saisies de biens de l'entreprise⁷⁵⁰ ou autres⁷⁵¹.

Cependant, on ne pouvait pas prétendre à une fixation jurisprudentielle, car la cour de Fès a rejeté l'appel du créancier assignant formé contre l'ordonnance du juge-commissaire le condamnant à payer les honoraires du syndic. Les juges avaient relevé que l'ordonnance en question est susceptible d'opposition devant le tribunal qui en a nommé l'auteur⁷⁵².

Les cour distinguaient ainsi entre les matières dans lesquelles le juge commissaire rend ses ordonnances pour en déduire le régime du recours. Lorsqu'il s'agit, par exemple, du relevé de forclusion ou d'actions en revendication, l'appel est admis. En revanche, lorsqu'il s'agit de contester les honoraires du syndic, on a écarté l'appel au profit d'une opposition devant le tribunal de la procédure.

Le débat a été porté devant la cour de cassation, d'où un arrêt de principe qui devrait mettre un terme à ces divergences. Sous le visa des

⁷⁴⁸ - C.A com. Casablanca, 23 fév. 2001, arrêt n°= 503/2001 (inédit).

⁷⁴⁹ - P. ex. 5 mars 2003, arrêt n°= 561/02, aff. n°= 83/601 ; 22 fév. 2002, arrêt n°= 478/2002, aff. n°= 478/2002 ; 15 déc. 2000, arrêt n°= 2661/00, aff. n°= 1139/00/11 (inédits).

⁷⁵⁰ - C.A com. Fès, 4 déc. 2002, arrêt n°= 20/2002, aff. n°= 14/02 ; 22 avr. 2003, arrêt n°= 19/2003, aff. n°= 15/03 ; 28 mai 2003, arrêt n°= 32/2003, aff. n°= 23/03 (inédits).

⁷⁵¹ - C.A com. Marrakech, 24 juin 2003, arrêt n°= 684, aff. n°= 555/01 ; 7 oct 2003, n°= 927, aff. n°= 1312/6/02, cités par M. Chebbou, op. cit. p. 581.

⁷⁵² - C.A com. Fès, 2 oct. 2003, aff. n°= 53/03 (inédit).

articles 729 et 730, mais aussi de l'article 697, les juges suprêmes ont établi que les ordonnances du juge-commissaire qui font partie des décisions dont il est question à l'article 729 sont susceptibles de tierce opposition devant la même juridiction d'où elles émanent et d'appel mais non d'opposition devant le tribunal de la procédure et d'appel en matière de vérification de créances, pourvu que l'opposition formée contre les décisions rendues par défaut devant la même partie qui en est l'auteur n'est pas prévue par la loi⁷⁵³. L'arrêt qui rejette l'appel au motif que les décisions du juge-commissaire sont susceptibles d'opposition devant le tribunal de la procédure encourt ainsi la cassation.

b. Procédure de l'appel en matière de difficultés de l'entreprise.

Contrairement au législateur français qui a prévu un ensemble de règles concernant l'appel, son homologue marocain a procédé d'une manière aussi fragmentaire que parcimonieuse. La procédure d'appel nécessite ainsi une synthèse de règles prévues par des dispositions éparses.

Conformément à l'article 730 du CCM, l'appel est formé par simple déclaration au greffe du tribunal. Cette simplification est dictée par le besoin de rapidité dans la conduite de la procédure et ce, contrairement au droit commun où l'appel est formé par requête. Le greffe doit à son tour, dans le délai maximal de 15 jours, transmettre le dossier avec toutes les pièces jointes au secrétariat du greffe de la cour d'appel de commerce compétente.

De même, il est loisible à l'appelant lorsqu'il l'estime utile de former un appel principal et un appel incident. La cour de cassation a décidé en effet, à l'occasion de l'affaire Dounia P.L.M, que cette possibilité est reconnue à l'appelant même si son recours est fondé sur

⁷⁵³- C.cass, 26 oct. 2005, arrêt n°= 1092, aff. n°= 148/3/1/2005, REMADAE, n°= 11 oct. 2006, p. 137.

les mêmes causes et arguments et n'empêche pas la cour de statuer sur chaque appel indépendamment de l'autre⁷⁵⁴.

De plus, lorsque la cour d'appel se trouve avoir déjà ordonné un avant dire-droit, l'appel doit être formé contre celui-ci et le jugement sur le fond en même temps. En effet, il est souvent ordonné par les tribunaux de commerce par un jugement avant-dire droit une expertise sur la situation de l'entreprise pour s'assurer de l'existence de la cessation des paiements et/ou de la situation irrémédiablement compromise avant de rendre un jugement d'ouverture. La cour de Casablanca a décidé que l'appel des deux jugements est une condition de recevabilité de l'appel⁷⁵⁵.

S'agissant du délai de l'appel, l'article 730 du CCM a posé le principe qu'il est de dix jours en matière de redressement de redressement et de liquidation judiciaire, mais en matière de vérification de créances, ce délai est porté à 15 jours par l'article 697 du CCM. Il commence à courir, pour le syndic, de la date de la décision et pour les parties, de la date de la notification.

En réalité, la formalité relative au délai de l'appel n'est pas aussi claire qu'elle apparaît, en raison de la coexistence de plusieurs textes. En effet, à côté de l'article 18 de la loi instituant les juridictions de commerce renvoyant aux articles 134 à 141 du CPC, on trouve l'article 730 du CCM qui prévoit une règle générale en matière de procédure de traitement des difficultés des entreprises et l'article 697 du CCM spécifique à la matière de vérification de créances par le juge-commissaire. Ceci peut être à l'origine de la considération d'un délai spécifique dans une matière gouverné par un autre délai. Tel est le cas de la cour d'appel de Marrakech qui a accepté un appel contre une ordonnance du juge-commissaire rendue à l'occasion d'une demande en revendication en dehors de 10 jours appliquant alors le délai prévu par

⁷⁵⁴- C.cass, 13 fév. 2002, arrêt 250, aff. n°= 142-01, REMADAE, n°= 1, déc. 2002, p. 94.

⁷⁵⁵- C.A com.Casablanca, 18 avr. 2000, n°= 797/2000, aff. n°= 39/2000/11 (inédit).

l'article 697⁷⁵⁶. La cour d'appel de Fès, en revanche, a relevé d'une manière claire et ferme que le délai à prendre en considération est celui prévu par l'article 703 du CCM, dix jours à compter à partir de la notification du jugement⁷⁵⁷.

Enfin, l'application de l'article 111 du CPC qui prévoit la possibilité de la demande en intervention volontaire est compatible avec les règles précitées, tant l'intérêt à la procédure peut être facilement apprécié par la cour d'appel, tel qu'il s'agit d'un créancier⁷⁵⁸. La cour relève que l'article 563 du CCM donne le droit au créancier de déclencher la procédure, et à plus forte raison, à intervenir volontairement à toute étape de la procédure.

Mais, si telles sont les règles qui président à la formation de l'appel en matière de procédure de traitement des difficultés de l'entreprise, peut-on affirmer sans réserve que tous les jugements du tribunal de commerce et toutes les décisions du juge-commissaire sont susceptibles d'appel ?

2. Intervention de la cour d'appel de commerce dans la régulation de l'appel dans les difficultés de l'entreprise.

N'étant pas un procès ordinaire, le déroulement d'une procédure collective présente le particularisme de générer des décisions judiciaires qui ne tranchent pas obligatoirement un litige, ce qui justifie de poser la question de savoir si d'une manière absolue, le double degré de juridiction est appliqué sans connaître de limites. N'y a-t-il pas des jugements ou des ordonnances dont l'appel est fermé ? (a). Ou encore, y a-t-il des décisions dont l'appel est admis, mais d'une façon limitée ? (b). En réalité, malgré la pluralité de décisions susceptibles d'appel, on ne peut prétendre à l'inexistence d'une non-restriction totale, si bien que les cour d'appel de commerce n'en ont pas moins su imposer des limites.

⁷⁵⁶ - C.A com.Marrakech, 21 janv. 2003, n°= 98, aff. n°= 1080/6/02, cité par M. Chebbou, op. cit. p. 583.

⁷⁵⁷ - C.A com.Fès, 14 juin 2006, n°= 39, aff. n°= 64/05 (inédit).

⁷⁵⁸ - C.A com.Casablanca, 18 avr. 2004, n°= 797/2000, aff. n°= 39/2000/11 (inédit).

a. Cas de fermeture de l'appel dans les difficultés de l'entreprise.

Tout d'abord, s'agissant des ordonnances du juge-commissaire, la réponse à la question de savoir si l'appel est toujours ouvert ou non, nous renvoie à la distinction entre les actes de pure administration judiciaire et les actes purement judiciaires, pourvu que toute classification ou distinction n'est pas exempte de critiques⁷⁵⁹. En effet, pour certains, les actes d'administration judiciaire font partie des actes de juridiction gracieuse, comme les autorisations du juge-commissaire⁷⁶⁰. Dans cette optique, sont insusceptibles d'appel, les ordonnances telles que celles rendues pour autoriser le syndic à payer certaines créances antérieures conformément à l'article 657, ou l'autorisant lui ou le débiteur à consentir une hypothèque ou un nantissement, à compromettre ou à transiger dans le but d'obtenir des remises de dettes ou des délais de paiement. Il peut également s'agir des ordonnances prescrivant des mesures conservatoires et celles fixant la rémunération afférente aux fonctions exercées par le chef d'entreprise ou les dirigeants de la personne morale ou éventuellement des subsides, mais aussi celles par lesquelles les contrôleurs sont désignés.

Concernant les jugements, il est à noter que le code de 1913 avait précisé à titre limitatif les jugements non susceptibles d'appel. Il s'agissait de ceux désignant le juge-commissaire ou décidant de sa substitution, de ceux fixant les subsides pour le débiteur ou sa famille, de ceux autorisant la vente du matériel ou de marchandises pendant la liquidation judiciaire et des jugements rendus suite à un recours contre les ordonnances du juge-commissaire⁷⁶¹. Faute de disposition pareille dans l'actuel dispositif, la question est posée de savoir si le législateur a

⁷⁵⁹ - Voir pour plus de détails, L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, 2^{ème} édition, Litec, 1998, p. 145 et s.

⁷⁶⁰ - F. Derrida, P. Godé, J.P. Sortais, *op. cit.* n°= 85.

⁷⁶¹ - Art. 331 du code de commerce de 1913.

entendu revenir sur sa position. Le juge est appelé donc à fournir une réponse.

La rareté du contentieux en la matière n'est pas à même de combler ce vide législatif. Néanmoins, le tribunal de commerce de Marrakech a consacré d'une manière claire, le principe du pouvoir absolument discrétionnaire du juge en matière d'actes d'administration judiciaire à l'égard desquels, les parties sont dénuées du droit de formuler une demande gracieuse ou de révision. En l'espèce, le tribunal a relevé que la désignation du syndic et l'appréciation de l'adaptation des circonstances d'accomplissement de sa mission dans le cadre de la procédure est purement un acte d'administration judiciaire⁷⁶².

Il en découle ainsi que la décision de nomination des organes de la procédure, en l'occurrence, le syndic et le juge-commissaire ou leur substitution est insusceptible de recours. Toutefois, le tribunal est tenu de respecter les termes de l'alinéa 2 de l'article 637, c'est à dire qu'il ne doit désigner, en cette qualité, aucun parent jusqu'au quatrième degré inclusivement du chef ou des dirigeants de l'entreprise. Autrement, il y a violation d'une disposition impérative et il importe d'annuler la décision.

Dans le même sens, le recours est fermé concernant les jugements statuant sur la période d'observation ou sur la poursuite de l'activité de l'entreprise lorsque la liquidation judiciaire est prononcée.

D'autre part, il semble que les juges procèdent à une interprétation rigoureuse des dispositions qui limitent certaines demandes à des parties expressément désignées. Il en est ainsi des demandes de substitution du syndic qui ne peuvent émaner, à travers le juge commissaire, que du débiteur ou des créanciers, le ministère public en est exclu⁷⁶³. En général, cette limitation se fait sur la base du défaut de qualité à interjeter appel.

⁷⁶²- Trib. com. Marrakech, 27 nov. 2002, n°= 67/2002, aff. n°= 9/2000, cité par M. Chebbou, op. cit. p. 445.

⁷⁶³- C.A com. Fès, 12 oct. 2005, arrêt n°= 55, aff. n°= 53/04 (inédit).

b. Limitation de l'appel dans les difficultés de l'entreprise par l'usage du critère de la qualité.

La limitation de l'appel signifie que la voie d'un tel recours est ouverte uniquement pour des parties à l'exception d'autres. L'analyse des décisions des cour d'appel de commerce montre que les juges mettent en avant le critère de la qualité pour limiter le recours à certaines personnes à l'exclusion d'autres.

Concernant d'abord le jugement d'ouverture, si l'appel est une évidence, l'exercice d'un tel recours ne paraît pas possible pour tout intervenant. Les trois cour sont unanimes sur ce point. Ainsi, à Casablanca, les juges, tout en rappelant que le principe du double degré de juridiction doit être appliqué relativement au jugement d'ouverture, ils n'ont pas manqué de relever qu'il est nécessaire d'avoir la qualité pour exercer l'appel⁷⁶⁴. De la même manière, après avoir rappelé que les parties à la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise sont le débiteur, le créancier poursuivant et le ministère public, la cour d'appel de commerce de Fès a précisé qu'on entend par créancier poursuivant, celui sur la base de l'assignation duquel la procédure a été ouverte, si bien que si l'ouverture a eu lieu par déclaration de cessation de paiement, aucun créancier ne peut alors former appel contre le jugement en question et ce, pour défaut de qualité⁷⁶⁵. A Marrakech, c'est sur cette base que l'appel du ministère public contre le jugement d'ouverture dans l'affaire Dounia P.L.M a été déclaré irrecevable, celui-ci n'ayant pas agi en qualité de partie principale⁷⁶⁶. Celle-ci ne peut être acquise pour le créancier ou le ministère public que si la procédure a été ouverte respectivement sur assignation ou sur requête du parquet. Autrement-dit, l'ouverture de la procédure sur déclaration par le

⁷⁶⁴- C.A com. Casablanca, 4 juil. 2000, n°= 1524/2000, aff. n°= 8017/99/10 ; 27 juil. 2001, arrêt n°= 1742/2001, aff. n°= 886/2001/11 (inédits).

⁷⁶⁵- C.A com. Fès, 22 avr. 2003, n°= 18/2003, aff. n°= 22/03 (inédit).

⁷⁶⁶- C.A com. Marrakech, 21 déc. 2000, n°= 761, aff. n°= 449-384/2000, cité par A. Akherif, thèse préc. (Annexe); 21 janv. 2003, arrêt n°= 101, justice. gov. ma/ar/législation/24aspx., p. 46, le 20 mai 2014.

débiteur de la cessation de paiements ferme la voie de l'appel, sauf si le débiteur lui-même est insatisfait de la décision.

Peut-on alors ériger cette considération en une règle du droit procédural des difficultés de l'entreprise ? Il ne semble pas, car la cour d'appel de commerce de Casablanca a admis l'appel de créanciers non assignant contre un jugement de liquidation judiciaire, au motif que ces derniers ont proposé d'assister les entreprises en question dans le cadre d'un plan de redressement⁷⁶⁷. Donc si les cour d'appel se retranchent derrière la qualité à agir pour limiter l'appel, le redressement de l'entreprise passe avant tout. Cette attitude des juges de l'appel est louable, en ce qu'elle assure un équilibre entre la stabilité de la procédure et l'objectif primordial qui est le redressement de l'entreprise.

Ensuite, concernant le jugement arrêtant le plan de redressement par voie de continuation, les juges n'ont pas admis l'appel d'un créancier pour défaut de qualité⁷⁶⁸. En effet, la cour a relevé que les créanciers ne peuvent s'abriter derrière la violation par le syndic de la loi, afin de remettre en cause un plan de continuation et que l'ouverture d'une telle possibilité est contraire à l'esprit de la loi du moment qu'elle peut paralyser l'adaptation du plan que seul, le chef de l'entreprise est habilité à demander sur la base du rapport du syndic. Donc, sauf imposition des charges auxquels ils n'ont pas souscrit, les créanciers sont dénués du droit d'interjeter appel contre le jugement arrêtant le plan de continuation ou le modifiant.

Cette problématique a été abordée de front dans une espèce où le ministère public a conclu à la qualité du créancier à interjeter appel contre le plan de continuation, au motif que ses intérêts ont été atteints du fait de l'arrêté du passif admis dans le plan. La cour a rejeté cet argument étant donné que l'intérêt ne confère pas la qualité d'agir en

⁷⁶⁷- C.A com. Casablanca, 5 mars 2004, aff. n°= 2309/2003/11 et 3155/2003/11 ; 22 oct. 2000, aff. n°= 2047/2000/11, cités par M. Khartoum, art. préc. p. 64.

⁷⁶⁸- C.A com. Fès, 23 avr. 2003, n°= 20/2003, aff. n°= 24/03 (inédit).

appel, l'une n'entraînant pas forcément l'autre⁷⁶⁹. Plus clairs encore, ces arrêts qui établissent d'une façon ferme que le plan de continuation ne peut faire l'objet d'un appel que de la part du chef de l'entreprise, du syndic et du ministère public lorsqu'il agit à titre principal⁷⁷⁰. Les juges se sont référés à la jurisprudence de la cour de cassation qui a approuvé la décision considérant que le rôle des créanciers, à propos du plan de continuation se limite à leur consultation de la part du syndic relativement aux remises et aux délais de paiement, ce qui ne leur confère guère le droit d'interjeter appel du jugement arrêtant le plan⁷⁷¹.

Nous pensons qu'il en pourrait être ainsi pour le plan de cession, une restriction qui devrait concerner également le candidat évincé. En raison de la rareté des plans de cession au Maroc, la jurisprudence est encore rare, sinon inexistante. En France, la situation est plus ou moins claire, l'application des dispositions de l'article 174 de la loi du 25 janvier 1985 semble dégager quelques principes en la matière. Ainsi, si le tribunal rejette un plan de cession, il n'y a pas alors de cessionnaire, mais simplement des candidats repreneurs évincés. Ceux-ci, selon une doctrine⁷⁷² et la jurisprudence dominante⁷⁷³, ne peuvent avoir qualité pour demander appel contre le jugement. Concernant le débiteur et l'administrateur, si la loi ne les a pas inclus dans la liste de l'article 174, la cour de cassation a décidé toutefois que leur appel peut être admis lorsque le tribunal rejette un plan de continuation sérieux et arrête un plan de cession, en raison de l'indivisibilité des deux décisions⁷⁷⁴.

En droit français, la limitation de l'appel est prévue par la loi. Ainsi, les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du représentant des créanciers, des contrôleurs, du ou

⁷⁶⁹ - C.A com. Fès, 21 sep. 2005, n°= 52, aff. n°= 14-05 (inédit).

⁷⁷⁰ - C.A com. Fès, 28 juin 2006, n°= 46, aff. n°= 10-06 ; 21 déc. 2005, n°= 80, aff. n°= 69/05 (inédits).

⁷⁷¹ - C.cass, 24 nov. 2004, n°= 1285, aff. n°= 51/3/2004, cf. arrêt préc.

⁷⁷² - G. Ripert et R. Roblot, op. cit., n°= 3199.

⁷⁷³ - Pour illustration, voir Amiens, 24 juil. 1986, Gaz. Pal. 1986, 2, 644 ; Paris, 6 fév. 1987, Gaz. Pal. 1987, 1, 197.

⁷⁷⁴ - Cass. com. 6 mars 1990, JCP 1990, éd. E, 15829, n°= 3, obs. M. Cabrillac.

des experts, de même que les jugements statuant sur la durée de la période d'observation, sur la poursuite ou la cessation d'activité, sur la location-gérance pendant la période d'observation sont susceptibles d'un appel limité, en ce sens que seul le ministère public, à l'exclusion de toute autre partie, est habilité à user de cette voie de recours⁷⁷⁵. Il en est de même des jugements arrêtant ou rejetant le plan de cession de l'entreprise et au cessionnaire lorsqu'il s'est vu imposé des engagements qu'il n'a pas souscrits. Le cocontractant dont le contrat est transféré peut également interjeter appel, mais seulement pour la partie du jugement qui emporte cession du contrat.

Au Maroc, le principe demeure la non restriction de l'appel dans les difficultés de l'entreprise, mais il n'en reste pas moins que les juges interposent la qualité d'agir pour donner une stabilité aux décisions prises en premier ressort. Toutefois, lorsque l'appel cadre avec l'objectif du redressement, les cour d'appel de commerce passent outre la qualité et admettent le recours afin d'approcher les finalités de la loi. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'appel vise une chance de redressement pour l'entreprise.

II. Impact de l'appel sur la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise.

L'appel en matière de traitement de difficultés de l'entreprise a, comme en droit commun un effet dévolutif, mais il s'en distingue par un effet non suspensif. Le premier permet à la cour d'intervenir sur la procédure (A) et le second peut produire des conséquences affectant la situation des parties (B).

⁷⁷⁵- Art. 173 de la loi du 25 janvier 1985.

A. L'effet dévolutif de l'appel, moyen d'intervention de la cour dans la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise.

La loi est muette concernant les pouvoirs de la cour d'appel de commerce au niveau de l'ouverture de la procédure. En confirmant un jugement statuant sur l'ouverture, le problème n'est pas posé. Ce n'est qu'en infirmant ou annulant ce jugement que la question prend son intérêt. La loi française apporte une réponse claire confirmant le pouvoir de la cour d'appel d'ouvrir d'office la procédure de redressement judiciaire ou de prononcer la liquidation judiciaire⁷⁷⁶.

La doctrine semble favorable à cette intervention⁷⁷⁷ qui procure un pouvoir qui, en dépit du silence de la loi, se trouve comblé par l'effet dévolutif de l'appel⁷⁷⁸. En effet, celui-ci permet de remettre le litige devant le juge du second degré, afin qu'il en soit statué à nouveau en droit et en fait⁷⁷⁹.

Concernant la pratique judiciaire dans notre pays, il est à relever que les cour d'appel de commerce se sont reconnues le droit de se saisir d'office, suite à un appel, en provoquant l'ouverture de la procédure au moment opportun. Ainsi, la cour de Casablanca saisie par les associés a nié à ceux-ci la qualité d'interjeter appel, mais s'est saisie d'office sur la base de l'article 563 du CCM qui consacre un tel pouvoir au tribunal⁷⁸⁰. La cour a donc adopté une interprétation extensive dudit article, c'est à dire qu'en parlant de tribunal, elle a considéré que le terme désigne aussi bien la cour d'appel de commerce.

⁷⁷⁶ - Art. 11 du décret d'application du 27 décembre 1985.

⁷⁷⁷ - M. Lefrouji, op. cit. p. 96.

⁷⁷⁸ - D. Mas, L'effet dévolutif de l'appel et les procédures collectives du règlement du passif, Dalloz, 1984, p. 169.

⁷⁷⁹ - C.cass, ch. civ. 5 fév. 1997, arrêt n°= 763, aff. n°= 3262/94, G.T.M sep-oct. 2000, p. 14 ; pour plus de détails, voir M. Abboud et D. Smahi, Précis de procédure civile et organisation judiciaire, 2^{ème} éd. 1999, p.170 (en arabe).

⁷⁸⁰ - C.A com. Casablanca, 15 fév. 2002, n°= 377/2002, aff. n°= 884/2001/11, cité par M. Lefrouji, op. cit. p. 154.

L'appel contre une décision d'ouverture de la procédure provoque ainsi une seconde vérification par le juge des conditions d'ouverture notamment la condition de la cessation des paiements⁷⁸¹. La cour peut estimer que la condition de la cessation des paiements n'est pas caractérisée pour ouvrir une procédure collective⁷⁸². Il a été, ainsi, décidé que si en première instance, l'entreprise était débitrice vis à vis du trésor d'un montant de 7.000.000 dhs, ce montant a été payé en totalité et que vis à vis de la CNSS, le chef de l'entreprise a réussi à obtenir un accord suspendant les poursuites et que les meubles, objet de la saisie exécutoire ont été acquit par elle, et qu'en plus il y a des créances détenues par l'entreprise sur ses clients susceptibles de recouvrement, que toutes ces données montrent que la situation de l'entreprise est saine et qu'elle n'est pas en cessation des paiements, d'où la nécessité d'infirmer le jugement d'ouverture de la procédure⁷⁸³. Ainsi, la cessation des paiements doit être appréciée au jour de la prononciation de la décision, la cour peut juger que les éléments la caractérisant ont disparu.

Afin d'éviter tout équivoque, la cour d'appel a le pouvoir d'ordonner, par avant dire droit, une expertise sur la situation de l'entreprise, vu l'évolution des évènements⁷⁸⁴. Ceci est le cas, notamment lorsque la cessation des paiements est vivement contestée par les parties. Cette pratique tend à se répandre au sein des trois cour d'appel⁷⁸⁵.

⁷⁸¹- C. A com. Casablanca, 4 juil. 2000, n°= 1524/2000, aff. n°= 767/2000/11 (inédit).

⁷⁸²- C.A com. Fès, 24 sep. 2003, n°= 43, aff. 30/03 (inédit).

⁷⁸³- C.A com. Casablanca, 9 nov. 1999, n°= 1713/99, aff. n°= 195/99/11, obs. A. Slimani, REMADAE, 2000, n°=1, p. 29.

⁷⁸⁴- C.A com. Casablanca, 21 déc. 2001, n°= 2667/2001, aff. n°= 2204/2001/11, cité par M. Lefrouji, op. cit. p. 160. ; 31 oct. 2003, aff. n°= 2309/2003/11 et 3155/2003/11, cité par M. Kartoum, Rev. tr. com. n°= 2, déc. 2006, p. 64.

⁷⁸⁵- Voir notamment pour la pratique de la cour d'appel de Casablanca, M. Kartoum, Le pouvoir de la juridiction dans l'instauration d'un équilibre entre les droits du débiteur et des créanciers à l'occasion de l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise, art. préc. p. 62 et s.

La cour d'appel de commerce joue donc un rôle considérable dans l'affinement de la notion de la cessation des paiements. Ainsi, en confrontant les données comptables tirées du bilan de l'entreprise, a précisé que théoriquement la cessation des paiements est caractérisée, du moment que l'actif disponible est loin de couvrir le passif exigible et que pour tirer le point sur la situation irrémédiablement compromise, la cour a fait état de la démotivation du chef de l'entreprise à l'égard de toute poursuite de l'activité et la capacité financière limitée des associés⁷⁸⁶.

De la même manière, les juges de l'appel procèdent à la vérification de la qualité du sujet de l'ouverture de la procédure et peut confirmer⁷⁸⁷ le jugement ou l'infirmier le cas échéant. La situation est similaire lorsqu'il s'agit d'apprécier si la situation est irrémédiablement compromise pour confirmer ou infirmer le jugement de liquidation judiciaire. Ainsi, s'appuyant sur le rapport de l'expert, la cour relève que le chiffre d'affaires a évolué en hausse et qu'il est possible de contenir les difficultés en remédiant aux faiblesses mises en évidence par le rapport d'expertise, que de la sorte la situation n'est pas irrémédiablement compromise⁷⁸⁸.

Les juges de l'appel permettent ainsi de redresser la décision prise en première instance et partant, de se rattraper si la situation a changé en instance d'appel. Ils n'hésitent donc pas à infirmer le jugement de liquidation judiciaire dès lors que des perspectives de redressement apparaissent⁷⁸⁹. Les juges entendent offrir à l'entreprise toutes les chances d'un redressement dès qu'une volonté du débiteur est manifestée. L'arrêt de la cour d'appel de Casablanca du 23 juillet 2001 en est révélateur à plus d'un égard⁷⁹⁰. En effet, la cour a remarqué qu'en première instance, le syndic avait préparé son rapport en l'absence du

⁷⁸⁶- C.A com. Casablanca, 15 fév. 2002, n°= 377/2002, aff. n°= 884/2001/11, préc.

⁷⁸⁷- C.A com. Casablanca, 17 oct. 2003, aff. n°= 2393/2002/11, cité par M. Kartoum, art. préc. p. 65.

⁷⁸⁸- C.A com. Casablanca, 6 janv. 2000, n°= 48/2000, aff. n°= 510/99/11 (inédit).

⁷⁸⁹- C.A com. Casablanca, 20 janv. 2000, n°= 146/2000, aff. n°= 207/99/11 (inédit).

⁷⁹⁰- C.A com. Casablanca, 23 mai 2002, n°= 1170/2002, aff. n°= 2203/2001/11 (inédit).

débiteur et avait conclu à la nécessité de convertir le redressement en liquidation. Les juges d'appel ont exigé d'auditionner le débiteur dont les raisons de l'empêchement ont disparu et ont ordonné une expertise afin de sonder ses potentialités. Le rapport d'expertise a montré que le débiteur, qui était incarcéré faisant que le rapport du syndic était incomplet, a dès sa libération payé une grande partie de ses dettes et qu'il détient des créances sur ses clients susceptibles de recouvrement. En prenant en considération ses éléments, ainsi que l'engagement du chef de l'entreprise (écrit et certifié conforme) de respecter les propositions du syndic, la cour d'appel a infirmé le jugement de liquidation judiciaire et a conservé la solution initiale du redressement en vue de la continuation.

L'appel s'avère également une opportunité pour réviser les jugements décidant du sort de l'entreprise. Ainsi, le jugement arrêtant une liquidation judiciaire, sans prise en compte du plan de continuation proposé par le syndic, conformément à l'article 590 de la loi, doit être infirmé⁷⁹¹. Dans une espèce, la cour d'appel a relevé que la décision du tribunal a non seulement violé une formalité substantielle, mais la décision est en elle même inadéquate⁷⁹². L'appel peut être également une chance pour l'entreprise de se mettre à l'abri contre la liquidation judiciaire décidée par conversion du redressement en premier ressort. Dans ce cas, la cour d'appel de commerce s'avère d'un secours pour le débiteur qui a corrigé, entre temps, sa situation⁷⁹³.

L'effet dévolutif de l'appel est donc d'un tel impact sur la procédure que le juge du second degré se trouve, comme son homologue du tribunal de commerce, un acteur principal de la procédure, notamment lorsqu'il infirme le jugement imposant, par là, au tribunal d'encadrer la procédure conformément à la solution qu'il a prise.

⁷⁹¹- C.A com. Casablanca, 25 mai 1999, aff. 661/99 rapp. H. Bouissi, Chronologie de jurisprudence commerciale, éd. Annajah 2003, n°= 4, p. 132 (en arabe).

⁷⁹²- C.A com. Fès, 16 oct. 2002, n°= 16, aff. 17/02 (inédit).

⁷⁹³- C.A com. Fès, 19 fév. 2006, n°= 32, aff. n°= 05/51, préc.

Néanmoins, cela ne signifie pas la mise à néant des mesures entreprises conséquemment à la décision du juge de première instance.

B. L'effet non suspensif de l'appel et ses conséquences sur la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise.

L'effet non suspensif de l'appel est sans doute l'un des aspects les plus propres au droit procédural afférent au déroulement de la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise. En effet, contrairement à l'alinéa 8 de l'article 134 du CPC (modifié et complété par la loi n°= 72.03) qui prévoit que le délai de l'appel et l'appel interjeté dans le délai légal sont suspensifs⁷⁹⁴, l'article 728 du CCM consacre le principe de l'exécution provisoire des jugements et ordonnances rendus en matière de procédure de traitement des difficultés et de liquidation judiciaire⁷⁹⁵.

Ainsi, en exécution du jugement prononcé par le tribunal de commerce, on peut se demander sur le sort des actes entrepris au cas où l'appel a été interjeté. Il est évident qu'au cas où la cour d'appel infirme un jugement d'ouverture de la procédure, toutes les mesures effectuées jusque là n'ont plus lieu raison d'être. Le syndic ne peut continuer à exécuter la tâche qui lui a été assignée et si le jugement a été inscrit au registre de commerce, le juge chargé de sa tenue doit procéder à la radiation nécessaire et la désignation du juge-commissaire est réputée ne pas avoir lieu.

L'exécution provisoire du jugement d'ouverture peut ainsi engendrer un problème au cas où l'arrêt de la cour d'appel tarde à venir. En effet, le syndic, lorsqu'il s'agit d'un tiers, a le droit de demander que ses honoraires soient payés, alors que le déclenchement de la procédure a été annulé. La question est de savoir qui doit payer ces frais et si le juge est en droit d'en diminuer le montant. Dans une espèce, les

⁷⁹⁴ - M. Smahi, Le régime de l'exécution provisoire en matière civile dans le droit marocain, étude comparée, thèse de droit privé, Rabat, 2^{ème} édition, Oubour, 1996, p. 112 et s.

⁷⁹⁵ - Cet article exclut, toutefois, les décisions rendues en matière de déchéance commerciale et de banqueroute et autres infractions.

honoraires du syndic ont été mis à la charge du créancier assignant par le juge-commissaire qui les a limité au montant initial fixé d'une manière provisoire⁷⁹⁶. En effet, il est normal que les frais soient supportés par la partie qui a déclenché la procédure et en supporter les conséquences. Le juge est souverain quant à l'évaluation de l'effort entrepris par le syndic pour déterminer ses honoraires.

En revanche, lorsque la cour d'appel infirme le jugement du tribunal, la procédure étant toujours ouverte, le problème ne se pose pas. C'est notamment le cas, lorsque la cour estime qu'il n'y a pas lieu à convertir le redressement en liquidation judiciaire. Certaines décisions prennent le soin de préciser que l'infirmité ne s'étend pas à la partie du jugement qui ordonne les mesures entreprises jusque là et qui peuvent continuer à produire leur effet dans la procédure. Il en est ainsi de cet arrêt qui a décidé que le jugement est annulé en ce qu'il a retenu la liquidation judiciaire de l'entreprise, avec subsistance de tous les effets de l'ouverture de la procédure et qu'il y a lieu de renvoyer le dossier au même syndic pour préparer de nouveau la solution conformément à l'article 579 du CCM⁷⁹⁷.

En réalité, le régime de l'exécution provisoire des décisions rendues en matière de procédure de traitement des difficultés de l'entreprise est conforme au caractère de célérité, afin d'endiguer le fléau de la défaillance et de trouver aussitôt que possible les solutions adéquates. Mais il présente, quand même, l'inconvénient de ne pas suspendre l'exécution de certaines mesures dont les conséquences peuvent être nuisibles, aussi bien pour l'entreprise que pour les parties. Les exemples peuvent être multiples, nous en citons les sanctions patrimoniales qui peuvent s'abattre sur les dirigeants obligeant ces derniers à se conformer à la décision du tribunal, alors que l'appel peut infirmer le jugement concerné. Il en est de même du licenciement du

⁷⁹⁶- Trib. com. Tanger, aff. n°= 13/10/02, réclamation des honoraires par le syndic envoyée au président du tribunal le 29 fév. 2003 ; C.A com. Fès, aff. n°= 53/03 (inédit).

⁷⁹⁷- C.A com. Casablanca, 3mai 2002, n°= 1170/2002, aff. n°= 2203/2001/11 (inédit) ; voir également arrêt n°= 1713, du 9 nov. 1999, aff. n°= 195/99/11, REMADAE n°=1, 2000, p. 29.

personnel dans le cadre d'un plan de cession, alors que la cour d'appel retient un plan de continuation avec conservation de tout le personnel.

Dans ce sens, le législateur français a prévu des exceptions marquant le retour à l'effet suspensif de l'appel⁷⁹⁸. Il en est ainsi pour les décisions autorisant la vente de biens grevés d'une sûreté spéciale et qui donnent au juge-commissaire ou au tribunal de procéder à une substitution de garanties et des jugements décidant de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer d'administrer ou de contrôler l'entreprise. D'autre part, le premier président de la cour d'appel a le pouvoir, en qualité de référé, de suspendre l'exécution de certains jugements, comme ceux arrêtant un plan de continuation ou de cession ou ceux obligeant les dirigeants à combler tout ou partie du passif ou leur étendant la procédure.

Par ailleurs, la pratique française montre que lorsqu'il s'agit de décision importante, le pouvoir judiciaire veille à en retarder l'exécution⁷⁹⁹. Cette pratique devrait normalement inspirer nos juges afin d'éviter les retombées néfastes de l'exécution provisoire. Ainsi par exemple, dans l'affaire « Domaine de Lorme », le tribunal a arrêté un plan de cession en faveur d'un candidat, le chef de l'entreprise ayant quitté le territoire marocain⁸⁰⁰. En exécution du plan, le repreneur a commencé à entreprendre l'investissement prévu (plantation d'environ 1000 hectares d'olivier), alors qu'un appel a été interjeté par différentes parties, débiteur et candidats évincés. On est en droit de se demander du sort de cet investissement si la cour viendrait à remettre en cause la solution prise en première instance.

En somme, notre législateur n'a pas suivi son homologue français s'agissant des voies de recours et plus précisément l'appel. En effet, le régime français exprime le souci de vouloir simplifier et accélérer la procédure en fermant les voies de recours contre certains

⁷⁹⁸ - Décret d'application de la loi de 1985 modifié le 21 octobre 1994, art. 155.

⁷⁹⁹ - J.L. Vallens, L'exécution provisoire du jugement de redressement ou de liquidation judiciaire, D. 1997, chron. p. 112.

⁸⁰⁰ - Trib. com. Meknès, 17 mai 2007, jugement n°= 19, aff. n°= 9-07/6, (inédit).

jugements et en les ouvrant dans d'autres cas, raison pour laquelle, il les a définies d'une façon détaillée. Cette solution n'est pas exempte de critiques, dans la mesure où outre sa complexité⁸⁰¹, elle laisse certaines décisions en suspens⁸⁰², obligeant le juge de revenir de nouveau au droit commun.

Notre code, comme on l'a déjà dit, n'a pas prévu un régime d'ensemble en n'édicant que quelques règles qui ne couvrent qu'une infirme partie des décisions rendues par le juge-commissaire. En comparant avec le droit français, le régime de l'appel en droit marocain paraît donc non restrictif, mais l'admission sans limitation de l'appel risque de compromettre les objectifs assignés à la nouvelle législation. Le juge a vu dans l'article premier du CPC le moyen de filtrer l'exercice de l'appel en appréciant rigoureusement la qualité à agir. Celle-ci est appréciée en fonction de la décision rendue au premier degré. Le raisonnement du juge de l'appel paraît donc afficher une hostilité à l'appel chaque fois qu'il est de nature à retarder la procédure, mais une sensibilité s'il permet le sauvetage de l'entreprise.

En France, quand bien même, la loi a prévu un régime d'ensemble, il demeure qu'il présente le flan à beaucoup de critiques, en l'occurrence, la rigidité⁸⁰³. L'application de ce dispositif n'a pas tardé à montrer des difficultés qui s'accommodent mal avec l'esprit de la loi, d'où le recours du juge à la théorie de l'appel-nullité.

⁸⁰¹- Selon Cabrillac et Vivant « le louable souci du législateur de 1985 de restreindre l'accès aux voies de recours pour préserver le redressement de l'entreprise l'a conduit à poser un corps de règles d'une complexité effarante, d'un irréalisme manifeste et où polluent les défis aux grands principes du droit processuel. » JCP 1998, éd E, I, 8, 15209.

⁸⁰²- La doctrine française n'a pas manqué de rapporter le fait que certaines décisions restent en dehors de l'énumération légale, ne figurant ni parmi celles susceptibles de voies de recours, ni parmi celles dont ces voies sont exclues. A titre d'exemple, on cite les jugements reportant la date de la cessation des paiements, les jugements prononçant la nullité des actes de la période suspecte, etc ... G. Ripert et R. Roblot, op. cit. n°= 2926.

⁸⁰³- Cabrillac et Vivant, art. préc. ; L. Cadiet « L'évolution de la voie d'appel » in « Redressement judiciaire et liquidation judiciaires. Bilan de la loi du 25 janvier 1985 – Perspectives » Rev. proc. coll. 1989, 371. G. Bolard, Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites, Rev. proc. coll. 1991,1 ; A. Frison Roche et Guillot, La réforme des voies de recours par la loi du 10 juin 1994, P. A 14 sept. 1994, 113.

Sous-section II : L'appel en matière de difficultés des entreprises en droit français : l'usage par le juge de la théorie de l'appel-nullité.

L'appel-nullité est une théorie en vertu de laquelle, il existerait à côté de l'appel de droit commun, dit appel-réformation, un appel recevable, même sans texte, dans les cas où le jugement emporte excès de pouvoir ou a été rendu en violation d'un principe essentiel de la procédure, de telle sorte qu'il n'a que l'apparence d'une décision de justice⁸⁰⁴. Les cour françaises l'utilisent dans le cadre des procédures collectives pour atteindre certains objectifs compatibles avec l'esprit de la loi (II), mais le contenu de cette théorie est loin d'être défini avec précision (I).

I. Contenu de la théorie de l'appel-nullité.

Comme il a été dit, c'est une voie qui vise à annuler un jugement quand l'appel, voie de réformation est interdit, dans le but de faire sanctionner un vice grave ou un excès de pouvoir. Cependant, l'unanimité est loin d'être atteinte s'agissant de déterminer le contenu de cette théorie. L'appréciation du vice grave et de l'excès de pouvoir n'est pas uniforme.

Ainsi par exemple, quelle est la sanction conséquence à l'irrespect du principe de la consultation? Selon un auteur, la consultation des créanciers est une formalité essentielle entraînant, en cas de violation, la nullité du jugement arrêtant le plan de continuation⁸⁰⁵. Pour un autre, le défaut de cette consultation ou la violation du délai dans lequel ils doivent répondre ne saurait constituer une cause de nullité du jugement⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ - O. Barret, L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile, RTD civ. 1990, 199.

⁸⁰⁵ - B. Soinne, Le recours nullité dans les procédures collectives, Gaz. Pal. 11-12 nov. 1987, doct. 2.

⁸⁰⁶ - F. Derrida, note sous Paris 10 juin 1987, D. 1987, 546, n°= 4 à 6.

Les personnes habilitées à exercer cette voie de recours divisent également la doctrine et est l'objet de divergences entre les cour. Certaines décisions⁸⁰⁷ se prononcent en faveur du représentant des salariés alors que d'autres leur nient la qualité à agir⁸⁰⁸, car les salariés ne peuvent déclencher la procédure, mais peuvent simplement y être associés. Pour les repreneurs évincés, les cour semblent écarter cette voie⁸⁰⁹, mais cette attitude n'est pas partagée par toutes les juridictions⁸¹⁰. Pour le débiteur, cette voie paraît être admise sans difficultés⁸¹¹. Ces divergences montrent l'ambiguïté de la notion de partie à la procédure et met à l'épreuve les notions de base du droit processuel⁸¹².

La théorie de l'appel-nullité est donc loin d'être parfaitement définie, ce qui peut être source d'incertitude, raison pour laquelle la doctrine espère une intervention législative afin de fixer son contenu⁸¹³.

II. Motifs du recours des cour françaises à la théorie de l'appel-nullité.

Face au recours à l'appel-nullité, les cour françaises ont réagi de deux manières, soit en exigeant des règles strictes pour lutter contre la prolifération des recours (A), soit en l'utilisant pour sanctionner les abus éventuels (B).

A. Lutte contre la prolifération des recours.

En fixant le sort de l'entreprise, le tribunal ne peut emporter la satisfaction de tous les protagonistes. N'a t-on pas dit que le droit des

⁸⁰⁷ - M. Cabrillac sous Limoges 13 août 1986, JCP, E, 1986, 11, 14794

⁸⁰⁸ - J.F. Martin (note sous le même jugement), Gaz. Pal. 14-15 nov. 1986, p. 12

⁸⁰⁹ - Paris, 10 juil. 1987, Gaz. Pal. 11-12 nov. 1987, 21, obs. Cabrillac.

⁸¹⁰ - Voir par exemple Douai 31 mars 1988, D. 1990, somm. com.3, obs. Derrida.

⁸¹¹ - Pour illustration, Paris 23 déc. 1991, Dict. perm. «Difficultés », Bull. 91, p. 8165.

⁸¹² - Sur la notion de partie en général, voir Derrida, La notion de partie dans les procédures collectives, P.A 2 déc. 1988, n°= 150, p. 23.

⁸¹³ - Perrot, Les interdictions au droit d'appel, Gaz. Pal. 17-18 sep. 1986, p. 2.

procédures collectives est un droit qui sert des intérêts conflictuels ⁸¹⁴ ? Ainsi, en arrêtant une solution, le tribunal mécontentera à coup sûr une partie, débiteur ou repreneur évincé par exemple. L'expérience française montre alors que le recours à la voie de l'appel-nullité est d'une telle fréquence qu'il est préparé à l'avance. Parfois, il peut être à l'origine d'une paralysie de la procédure.

Pour illustrer ce constat nous citons un cas d'espèce où l'appel-nullité a été utilisé comme un moyen pour influencer la décision du juge. Après avoir arrêté un plan de cession de la société mère et de sa filiale en faveur d'un candidat autre que celui du créancier concerné, ce dernier avec son candidat avait engagé vingt-six recours contre les deux jugements, d'ouverture et arrêtant le plan de cession. L'objectif était de dissuader le repreneur retenu par le tribunal et d'aggraver les difficultés de l'entreprise pour aboutir à sa liquidation judiciaire ou à une cession limitée au profit du candidat appelant⁸¹⁵. Le plan de redressement n'était déposé par l'administrateur que six mois après l'ouverture de la procédure. Un tel acharnement aura, en fait, pour conséquence de geler la mise en œuvre du plan arrêté, si bien que le cessionnaire risque de se retirer et les partenaires de l'entreprise peuvent envisager une rupture de leur soutien éventuel l'abandonnant à l'agonie.

La conscience du juge des effets pervers de l'appel-nullité a été à l'origine de l'exigence de conditions très strictes pour l'admission d'une telle voie. La principale étant la justification de la qualité. Pour pouvoir exercer un tel recours, il faut être partie à l'instance. Cependant, l'appréciation de cette notion diffère d'une cour à l'autre et les divergences persistent. Pour le repreneur évincé, on avance qu'il ne peut être partie par le simple fait qu'il a déposé son offre, car celle-ci ne peut être considérée comme prétention au sens procédural du terme⁸¹⁶.

⁸¹⁴ - Y. Guyon, op. cit. n°= 1028.

⁸¹⁵ - Versailles, 26 oct. 1989, Rev. jurisp. com. 1990, 111, note A. Martin Serf in P. Jeannerot, L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire, Thèse Paris, 1985, 2^{ème} Volume, n°= 301.

⁸¹⁶ - Aix-en-Provence, 9déc. 1988, D 1990, Somm. 3, obs. Derrida.

Certaines cour estiment, au contraire, qu'il est partie dès lors qu'il était présent aux débats de première instance⁸¹⁷. Signalons que s'est posée également la question de la recevabilité du recours du ministère public. Ce dernier a été rejeté car il pouvait agir par le biais de l'appel-réformation⁸¹⁸.

La seconde condition est celle de l'existence d'une cause de nullité. Le vice entachant la procédure doit être suffisamment grave pour pouvoir exercer un appel-nullité. Tel est le cas de la violation du principe de contradictoire⁸¹⁹ ou des irrégularités de procédure⁸²⁰.

Le délai pour agir en appel-nullité est identique à celui de l'appel-réformation. Il commence à courir à partir de la notification de la décision aux parties.

Par dessus tout, l'appelant doit avoir intérêt à agir. Cette condition paraît simple, mais son appréciation n'est pas exempte de difficultés. Selon la cour de Paris, cette condition n'est pas remplie relativement au débiteur qui a exercé un recours contre la décision de résolution du plan de continuation⁸²¹. Cette solution, estime la cour, est devenue acquise et seule une cession ou une liquidation peut être envisagée.

De façon générale, le juge de l'appel est conscient des effets néfastes que pourrait occasionner une remise en cause du plan, raison pour laquelle il se montre aussi exigeant pour essayer de contenir le flux des prétendants à la voie de l'appel-nullité. Mais parfois, les cour n'hésitent pas à déclarer recevable le recours pour tenter de sanctionner certains excès.

⁸¹⁷ - Paris, 2 déc. 1987, Gaz. Pal. 2-3 mars 1988, p. 21.

⁸¹⁸ - Douai 16 juil. 1987, JCP E, 1988,II, 15411, obs. Cabrillac et Vivant.

⁸¹⁹ - Grenoble, 23 fév. 1988, Rev. jurisp. com. 1989, p. 313, note G. Gallet.

⁸²⁰ - Paris, 6 mars 1991, D. 1992, somm. 92, obs. F. Derrida.

⁸²¹ - Idem.

B. Admission de l'appel-nullité pour la sanction des abus.

L'exigence stricte des conditions de l'appel-nullité n'est pas une attitude constante. Bien au contraire, le juge lui-même n'hésite pas à s'affranchir du cadre étroit de l'exercice du recours afin d'endiguer les tentatives d'abus. En effet, il n'est pas rare que le débiteur, surtout lorsqu'il s'agit de société usant du voile de la personnalité morale, se livre à des manœuvres dilatoires pour tirer profit de la procédure.

Dans une situation pareille, le juge d'appel n'a pas hésité à utiliser l'appel-nullité pour déjouer l'artifice du débiteur. Ainsi, pour échapper aux poursuites de sa créancière, la société débitrice a déclaré sa cessation des paiements permettant au tribunal d'ouvrir la procédure. L'appel-nullité interjeté par le créancier contre le jugement arrêtant le plan de cession a été déclaré recevable, la cour n'a pas hésité alors à remettre en cause ledit plan⁸²². Celle-ci avait remarqué que le cessionnaire n'était autre que la copie conforme de la société débitrice (les organes de direction et d'administration étaient les mêmes).

L'annotateur a fait observer que de point de vue juridique, la décision de la cour est critiquable à plus d'un titre. Le critère de la qualité à agir est celui qui a suscité le plus de réserves. La cour considère que le créancier est partie en première instance par le biais de sa représentation par le représentant des créanciers et par le fait qu'il pouvait agir au delà, lorsqu'il y a opposition entre l'intérêt des créanciers en général et le créancier dans une situation particulière, et si le représentant refuse d'agir. Ce raisonnement n'est pas partagé par l'annotateur qui relève que, ou bien le créancier est représenté par l'auxiliaire de justice désigné auquel cas, il ne peut agir que par la voie de l'appel, ou bien, en raison de sa situation particulière, il ne peut agir que par la voie de la tierce opposition.

⁸²²- Douai, 31 mars 1988, Gaz. Pal. 7-8 sept. 1988, p. 16, note B. Soinnie in « L'intervention judiciaire dans les procédures collectives » thèse préc. n°= 302.

Il est vraisemblable que le juge de l'appel a voulu entraver la tentative de la société débitrice d'utiliser la procédure pour échapper à son obligation de payer en continuant l'exploitation sous l'angle d'une cession. L'appel-nullité en a donc été le moyen permettant, en l'occurrence, au juge d'instaurer une moralisation de la procédure.

Certes la cour d'appel a fait figure de « surveillant de la procédure », mais on n'a pas manqué d'exprimer le danger que peut avoir une telle attitude, celle de voir établies des « *jurisprudences régionales* »⁸²³.

A notre avis, la théorie de l'appel-nullité ne solutionne guère le problème, puisqu'on revient encore à l'appréciation discrétionnaire de ses conditions et partant, aux divergences entre les juridictions, d'où des solutions hétérogènes altérant le principe de l'égalité des justiciables devant la justice. Par ailleurs, en appliquant la théorie de l'appel-nullité, on revient aux notions élémentaires de droit processuel à savoir, la qualité et l'intérêt à agir. Ces notions sont utilisées par nos cour pour réguler le recours contre les décisions rendues en premier ressort sans empreinter une telle théorie.

Section II : Quelques aspects de la jurisprudence des juges de l'appel en matière de difficultés de l'entreprise.

Loin de prétendre à l'exhaustivité des matières dans lesquelles nos trois cour d'appel de commerce ont apporté leurs lumières, nous avons choisi quelques domaines où le contentieux a été relativement abondant. Comme on pouvait s'attendre, ce sont les effets de la procédure sur les droits des parties qui ont suscité le plus de mécontentement (I). En effet, les différents acteurs entretenant des relations d'affaires avec l'entreprise en difficulté ont été à l'origine d'un recours volumineux invitant les juges de l'appel à faire leur propre lecture des textes relatifs à leur situation. Toutefois, les autres matières

⁸²³- L. Cadiet , L'évolution de l'appel, préc.

ne sont pas en reste, de sorte qu'il a été nécessaire de préciser le partage de compétence entre différents organes judiciaires, afin d'éviter d'éventuels empiètements sur les prérogatives de part et d'autre (II).

I. Position des cour d'appel de commerce face aux effets de l'ouverture de la procédure sur les droits des parties.

L'impact de la procédure est tel qu'il se traduit par une restriction des droits aussi bien des créanciers que du débiteur. Le juge de l'appel a eu à préciser l'étendue et le cadre de cette restriction, mais aussi la discipline qu'il convient au créancier de tenir, afin que son droit au recouvrement de tout ou partie de sa créance ne soit pas mis à néant (A). Il en est de même pour les cautions (B) et les cocontractants de l'entreprise (C).

A. Les effets de l'ouverture de la procédure à l'égard des créanciers.

L'arrêt des poursuites individuelles a été mal assimilé par les créanciers qui ont senti vraisemblablement une frustration conséquente aux décisions qui ont paralysé un tel droit. Il s'en est suivi, ainsi, un recours important sollicitant les juges d'appel de fixer l'étendue de cette règle (1). De même, la discipline imposée par la loi aux créanciers qui aspirent au recouvrement de leurs créances a été souvent ignorée, mettant ces derniers hors procédure. Les cour d'appel de commerce ont donc entendu préciser certaines questions relatives à la déclaration de créances (2).

1. Fixation par la cour d'appel de commerce de l'étendue de l'arrêt des poursuites individuelles.

L'arrêt des poursuites individuelles est un principe directeur du droit des procédures collectives, permettant de traiter les créanciers de manière égalitaire. Prévu par l'article 653 de la loi, il signifie que le jugement d'ouverture de la procédure entraîne une suspension ou une interdiction de toute action judiciaire visant le paiement par le débiteur

d'une dette dont l'origine est antérieure audit jugement ou la résolution d'un contrat pour défaut de paiement.

En pratique, souvent les biens de l'entreprise en difficulté se révèlent être l'objet de saisies. Les créanciers sont ainsi surpris du gel de cette mesure et n'ont guère acquiescé aux décisions mettant à néant leur garantie. S'est ainsi posée la question devant le juge d'appel du sort de la saisie-arrêt ordonnée avant le jugement d'ouverture. Continue t-elle de produire ses effets après l'ouverture de la procédure ou au contraire, peut-on prétendre à une levée de ladite saisie ? La réponse a été claire et les cour d'appel de commerce sont unanimes à cet égard. A Fès, on considère que la saisie-arrêt est une mesure conservatoire à l'origine qui, si elle permet de geler le montant de la créance entre les mains du tiers saisi, elle devient, toutefois, une voie d'exécution après homologation⁸²⁴. Il convient ainsi de confirmer la décision qui a ordonné mainlevée de la saisie-arrêt et de verser le montant de la créance au compte du redressement judiciaire sous le contrôle du syndic et non au compte de l'entreprise concernée, jusqu'à ce qu'il soit décidé du sort de celle-ci⁸²⁵. Il en va de même des saisies entre les mains du tiers⁸²⁶. Le créancier ne peut alors que déclarer sa créance au syndic conformément aux articles 686 et suivants du CCM et utiliser la procédure décrite à l'article 654⁸²⁷.

La saisie-arrêt tant sur les meubles que sur les immeubles rentre ainsi dans le cadre des mesures gelées conformément à l'alinéa de l'article 653 du CCM⁸²⁸. La motivation de la cour d'appel de commerce de Casablanca ne s'est pas limitée uniquement à l'interprétation de la disposition précitée, mais s'est basée également sur la nécessité de respecter le principe du traitement égalitaire des créanciers qui veut qu'on ne peut privilégier un créancier en le désintéressant au prix de sa

⁸²⁴ - C.A com. Fès, 28 mai 2003, n°= 30, aff. 18/03 et arrêt n°= 32, aff. 21/03 (inédits).

⁸²⁵ - C.A com. Fès, 22 avr. 2003, n°= 19, aff. 15/03 (inédit).

⁸²⁶ - C.A com. Fès, 4 déc. 2002, arrêt n°= 20, aff. n°= 14/02 (inédit).

⁸²⁷ - C.A com. Fès, 29 oct. 2002, n°= 1164, aff. n°= 1013/02 (inédit).

⁸²⁸ - C.A com. Fès, 21 mars 2002, n°= 348, aff. 83/02 (inédit).

seule diligence⁸²⁹. La procédure n'a de caractère collectif qu'en arrêtant tout paiement. D'autre part, le juge d'appel ne manque pas de relever qu'en saisissant les biens du débiteur entre les mains du tiers, on entrave les chances de redressement de l'entreprise.

Le raisonnement de la cour relativement à cette mesure est parfaitement élucidé dans un arrêt rendu à l'occasion d'un appel interjeté contre une ordonnance du juge-commissaire ordonnant mainlevée d'une saisie-arrêt qui avait occasionné la fermeture de l'entreprise⁸³⁰. Le juge d'appel a souligné que la continuation de l'exploitation et, à plus forte raison, son redressement ne peut être atteint, tant que la saisie pratiquée avant le jugement d'ouverture n'est pas levée. En effet, la levée de cette mesure, selon le juge, entraîne du coup la disparition de la cause de la fermeture et la reprise de l'exploitation, soit un moyen d'espérer le redressement de l'entreprise.

Toutefois, la cession d'un fonds de commerce ordonnée dans le cadre d'une saisie-exécution ayant fait l'objet d'une décision définitive avant le jugement d'ouverture de la procédure ne peut rentrer dans le cadre de l'article 653⁸³¹. En effet, on ne saurait remettre en cause les effets d'un jugement qui a acquiescé l'autorité de la chose jugée.

2. Position des cour d'appel de commerce en matière de déclaration de créances.

La déclaration des créances est une étape très importante de la procédure tant pour l'entreprise que pour les créanciers. Seulement, la loi n'a pas traité d'une façon détaillée le formalisme inhérent à la déclaration de créances (a). Surpris par leur forclusion, les créanciers ont souvent avancé des arguments, afin de se rattraper. Un contentieux non négligeable s'est alors développé à propos des motifs pouvant relever les créanciers de la forclusion. Au début de l'application de la loi,

⁸²⁹ - C.A com. Casablanca, 31 juil. 2001, n°= 1748/2001, aff. n°= 1398/2001/11 (inédit).

⁸³⁰ - C.A com. Fès, 16 oct. 2002, n°= 17, aff. 12/02 (inédit).

⁸³¹ - C.A com. Fès, 24 sep. 2002, n°= 988, aff. n°= 735/02 (inédit).

les juges d'appel ont été constamment amenés à se prononcer sur la solidité de certains motifs (b).

a. Formalisme inhérent à la déclaration de créances.

La loi est muette quant aux modalités de la déclaration et à la nature du délai dans lequel elle doit intervenir. Mais le contentieux a pris d'abord naissance à propos de la distinction opérée par l'article 686 du CCM.

a-1- Distinction des créanciers selon le critère de l'article 686 du CCM.

L'article 686 enjoint aux créanciers, sauf les salariés, dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture de déclarer leur créance au syndic dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement au bulletin officiel. Ce délai est augmenté de deux mois pour les créanciers domiciliés hors du Maroc. Les créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat de crédit-bail doivent être avertis personnellement par le syndic et, s'il y a lieu, à domicile élu.

Les créanciers titulaires d'un privilège estiment qu'ils ne peuvent être forclos, faute de leur avertissement par le syndic. Les administrations publiques excipent de cette situation et intentent souvent un appel contre la décision du juge-commissaire refusant de les relever de la forclusion. En effet, on a assisté à une vague de recours de la part du trésor et de la caisse nationale de sécurité sociale (CNSS) surtout dans les cinq ans qui ont suivi la promulgation du CCM.

A cet égard, les trois cour d'appel ont veillé à clarifier la situation et leurs positions étaient semblables. On a ainsi relevé qu'il convient de lever la confusion entre le créancier privilégié et celui titulaire d'une sûreté, en ce sens que le premier bénéficie d'un droit de préférence d'être payé par rapport aux autres créanciers, même hypothécaires, alors que le droit de préférence n'est susceptible d'aucune publication

pour qu'il confère à son titulaire le droit d'être avisé par le syndic, afin de déclarer sa créance⁸³². D'autre part, la différence entre les deux notions réside dans le fait que la sûreté trouve son fondement dans un rapport contractuel alors que le privilège est octroyé en vertu de la loi. Le juge fait également remarquer que le titre VI du code de recouvrement traite des sûretés et des privilèges, ce qui prouve que les deux notions sont bel et bien distinctes, sinon, il aurait utilisé l'une ou de l'autre des expressions⁸³³.

La CNSS prétend également que sa créance est de nature salariale exigeant un avertissement personnel. Le juge d'appel a rejeté cette prétention, au motif que cette créance constituée d'une cotisation du chef de l'entreprise et d'un prélèvement sur le salaire de l'employé devient la propriété de cet organisme. Le rapport CNSS - entreprise ne peut aucunement être assimilé à un contrat de travail⁸³⁴. La forclusion concerne également le reliquat qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration en temps utile, peu importe que le montant principal ait été déclaré dans le délai légal⁸³⁵.

La même position est prise à l'encontre du trésor qui fait valoir également sa qualité de créancier titulaire d'un privilège général et spécial en vertu du nouveau code de recouvrement. Là encore, les juges d'appel, aussi bien à Fès qu'à Marrakech, relèvent que cette qualité ne saurait exonérer le trésor de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 686 du code de commerce, et que le syndic, même s'il connaît l'existence de la créance fiscale n'est pas tenu d'avertir le trésorier⁸³⁶.

En réalité, on a assisté à une négligence de la part des créanciers publics qui a été à l'origine du gonflement du contentieux relatif à la

⁸³² - C.A com. Fès, 2 oct. 2002, arrêt n°= 14, aff. n°= 06/02 (inédit).

⁸³³ - C.A com. Casablanca, 12 juil. 2002, arrêt n°= 2075/2002-2074/2002, aff. n°= 1214-2002-11/1687-2002-11, voir pour la distinction entre les deux notions, le commentaire par A. Slimani, REMADAE, n°=2, mai 2002, p. 68.

⁸³⁴ - C.A com. Fès, 7 nov. 2002, arrêt n°= 19, aff. n°= 07/02 (inédit).

⁸³⁵ - C.A com. Fès, 17 sep. 2003, arrêt n°= 41, aff. n°= 41/03 (inédit).

⁸³⁶ - C.A com. Fès, 23 avr. 2003, arrêt n°= 16, aff. n°= 27/02, C.A. com. Marrakech, 17 avr. 2001, arrêt n°= 275, aff. n°= 756/2000 (inédits).

déclaration des créances, alors qu'ils sont censés être à cheval de la situation de leurs débiteurs. L'attitude du juge de l'appel est ferme à cet égard, afin d'éviter les lenteurs procédurales dues à de tels incidents, surtout lorsque l'organisme en question fait preuve d'une inertie notable.

Cette position constante du juge de l'appel⁸³⁷ a eu comme effet que les organismes concernés ont créé des cellules de suivi des procédures collectives afin d'éviter leur forclusion. L'intervention des cour d'appel de commerce a donc contribué à l'instauration d'une discipline de diligence aux créanciers, notamment les administrations publiques.

Plus tard, les syndics ont changé d'attitude procédant à l'avertissement de ces deux organismes même si la loi ne les y oblige pas. Pourtant on n'hésite pas à interjeter appel à l'encontre de la décision refusant de les relever de la forclusion⁸³⁸.

En revanche, lorsqu'il s'agit de créancier titulaire d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication, telle qu'une hypothèque, ou de crédit-bailleur dont le contrat est publié, la violation de la formalité prescrite par l'article 686 n'entraîne aucunement sa forclusion. Les juges d'appel ont décidé que ce dernier peut déclarer sa créance, même en dehors du délai de la présentation de la demande de relevé de forclusion et le syndic est tenu d'en prendre considération⁸³⁹.

⁸³⁷ - La cour d'appel de commerce de Fès a rendu deux arrêts dans un même jour interprétant l'article 686 en adoptant les mêmes attendus : arrêts du 21/05/2003, n°= 24 et 29, aff. n°= 32/03 et 11/03 (inédicts) ; C.A com. Casablanca, 5 mars 2003, arrêt n°= 561/02, aff. n°= 83/601 ; 22 fév. 2002, arrêt n°= 478/2002, aff. n°= 478/2002 ; 15 déc. 2000, arrêt n°= 2661/00, aff. n°= 1139/00/11 (inédicts) ; C.A com. Marrakech, 24 juin 2003, arrêt n°= 684, aff. n°= 555/01 ; 7 oct 2003, arrêt n°= 927, aff. n°= 1312/6/02, cités par M. Chebbou, op. cit. p. 581.

⁸³⁸ - Affaire Hôtel Amrous n°= 08/02, C.A. com. Fès, 16 oct. 2002, arrêt n°= 18 (inédict). Dans cette affaire la CNSS a été avertie deux fois de suite le 19/06/2000 et le 11/08/2000, mais elle n'a pas procédé à la déclaration de sa créance.

⁸³⁹ - C.A com. Marrakech, 31 janv. 2007, n°= 688, aff. n°= 1026/2006, www.cacmarrakech.ma/Jurisdifentr.asp, 21 janv. 2013, p. 24 ; C.A com. Fès, 2 avr. 2003, arrêt n°= 12, aff. 23/02 (inédict).

Enfin, il n'est pas inutile de rappeler que les créances nées après le jugement d'ouverture ne sont pas assujetties à déclaration. Les juges de l'appel ont relevé que celles-ci doivent être payées par priorité à toute autre créance privilégiée ou non et le créancier n'est nullement tenu d'en déclarer⁸⁴⁰.

a-2- Modalités et délai de la déclaration de créances.

La déclaration de créances, précise l'article 687 du CCM, doit être adressée dans un délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au B.O, lequel délai est augmenté de 2 mois pour les créanciers domiciliés hors du Maroc. Ceci nous amène à poser la question de savoir si la déclaration doit obéir à une forme particulière. D'autre part, à partir de quel moment, le délai commence à courir ?

Tout d'abord, le juge du second degré a défini la déclaration comme étant une demande judiciaire en vertu de laquelle, le créancier sollicite du juge-commissaire de reconnaître ses droits dans la participation aux opérations de distribution du produit des actifs de l'entreprise⁸⁴¹. Ainsi, comme étant une expression de la volonté du créancier de recouvrer sa créance née avant l'ouverture de la procédure, et comme le législateur, dans l'article 687, a utilisé l'expression « doit être adressée », la déclaration de créances peut être faite par n'importe quel moyen, en l'occurrence, la voie postale, du moment que la loi n'a prévu aucun formalisme particulier⁸⁴².

Quelle est la position du juge de l'appel en présence d'une déclaration faite selon cette modalité, mais qui n'est parvenue au syndic qu'après le délai légal ? Autrement, la réception en dehors du délai légal par le syndic de la déclaration envoyée par voie postale à l'intérieur du délai, emporte t-elle forclusion ou au contraire, le juge-commissaire doit la prendre en considération ?

⁸⁴⁰ - C.A com. 1^{er} août 2012, n°= 48, aff. n°= 18/2012, Recueil jurisp. C.A com. Fès, 2013, p.273.

⁸⁴¹ - C.A com. Fès, 21 mai 2003, arrêt n°= 29/2003, aff. n°= 11/03 (inédit).

⁸⁴² - C.A com. Fès, 30 nov. 2005, arrêt n°= 73, aff. n°= 70-05 (inédit).

La réponse de juge du second degré a été puisée dans le sens de la déclaration. En effet, on a fait valoir qu'étant donné que celle-ci est une déclaration de volonté comme le laisse entendre l'article 686 du CCM, il importe de prendre en considération la date à laquelle cette volonté s'est exprimée⁸⁴³. Par ailleurs, ledit article ne parle pas de réception de déclaration, mais de son adressement. Donc, le juge-commissaire doit être vigilant quant à ce genre de situations, afin de ne pas encombrer la procédure par des incidents qui peuvent réduire les chances du redressement.

Quant au délai de la déclaration, il s'agit de savoir à partir de quel instant, il commence à courir et quand est ce qu'il arrive à terme ? Pour résoudre ce problème non moins important, les juges du second degré se sont basés tantôt sur les dispositions du D.O.C, tantôt sur le C.P.C. Ainsi, on a fait valoir que l'article 132 du D.O.C dispose que lorsque le terme est calculé par mois, on doit entendre trente jours entiers, ce qui signifie qu'en matière de déclaration de créances, le créancier bénéficie d'un délai de 60 jours entiers (et 120 jours entiers pour ceux domiciliés à l'étranger) pour agir⁸⁴⁴. La cour d'appel s'est donc basée sur les modalités des obligations dont le terme en est une. Ce raisonnement est valable, étant donné que la déclaration de créances est une obligation qui incombe au créancier, sous peine d'être forclos du droit de recouvrer sa créance, mais ne fallait-il pas mettre en avant les dispositions du C.P.C, puisque le titre V de la loi instituant les juridictions de commerce traite de la procédure en la matière. L'article 19 de cette loi renvoie aux règles prescrites par le C.P.C, sauf disposition contraire.

C'est sur cette base que la même cour d'appel a rendu ultérieurement sa décision abandonnant ainsi la règle prévue par le D.O.C. Elle a ainsi précisé que conformément à l'article 512 du C.P.C, tous les délais dont il est question dans la loi sur les procédures de

⁸⁴³- C.A com. Fès, 12 oct. 2005, arrêt n°= 58, aff. n°= 34-05 (inédit).

⁸⁴⁴- C.A com. Fès, 7 déc. 2005, arrêt n°= 77, aff. n°= 11-05 (inédit).

traitement des difficultés des entreprises sont des délais francs, c'est à dire que le jour de la publication du jugement d'ouverture au B.O ou de l'avertissement du syndic et le jour de l'échéance n'entrent pas en ligne de compte. La cour a précisé que si, le dernier jour du délai est un dimanche, ou un jour férié, le délai est alors prorogé au premier jour qui suit, non férié⁸⁴⁵.

b. Tendances des cours d'appel de commerce en matière de forclusion.

Le législateur de 1996 a été rigoureux face aux créanciers qui, faute de diligence, se voient forclos conformément à l'article 690, alinéa 1 du CCM. Ceux-ci, peuvent se rattraper par une action en relevé de forclusion, laquelle doit être intentée dans le délai d'une année du jugement d'ouverture. La cour d'appel a eu à préciser la portée de l'article précité et d'apprécier, grâce à son pouvoir souverain, certains motifs avancés par les créanciers pour être relevés de la forclusion.

b-1- Précision de la portée de l'article 690, alinéa 3 du CCM.

En statuant sur une créance contestée, le juge-commissaire doit respecter le formalisme consacré par l'article 696 du CCM, particulièrement axé sur le respect des droits de la défense. La question se pose de savoir si le créancier qui a déclaré sa créance dans le délai légal et qui n'a pas été avisé du rejet de sa créance, se voit opposé le délai d'une année pour exercer l'action en relevé de forclusion.

Cette question mérite d'être posée car on est tenté de penser que l'article 690, alinéa 3 ne concerne que les créanciers négligents qui n'ont pas déclaré leur créance en temps utile. Ceux-ci peuvent intenter l'action en relevé de forclusion dans le délai d'un an à compter de la date de la décision d'ouverture de la procédure. Mais pour ceux qui ont agi avec diligence, on peut penser qu'ils sont à l'abri de cette sanction.

⁸⁴⁵- C.A com. Fès, 28 juin 2006, arrêt n°= 42, aff. n°= 55-05 (inédit).

Le juge d'appel a fait constater que l'article 690, alinéa 3 a une portée générale et concerne non seulement les créanciers qui n'ont pas déclaré leurs créances conformément à l'article 686, mais aussi ceux qui ont respecté cette obligation⁸⁴⁶. Ces derniers ne peuvent, dès lors, prétendre exercer leur action en relevé de forclusion en dehors du délai d'un an du jugement d'ouverture.

Mais peut-on parler de forclusion dans le cas d'un créancier qui a déclaré sa créance dans le délai légal ? Il ne le semble pas, car l'article 690 précise qu'à défaut de déclaration dans les délais fixés à l'article 687, les créanciers ne sont pas admis dans la répartition de dividendes, à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion. Celle-ci est prévue à titre de sanction de la négligence du créancier. Dans le cas contraire, on ne peut parler de forclusion même si la créance est rejetée. En effet, il s'agit dans ce cas du domaine de contestation des créances dont la compétence est dévolue au juge-commissaire. En cas d'inadmission de la créance, c'est d'un recours qu'il s'agit.

Le même principe est réitéré à l'occasion d'une affaire où le syndic a averti personnellement un créancier titulaire d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication, mais qui n'a pas déclaré dans le délai légal. Après avoir rappelé le principe de l'inopposabilité de la forclusion en cas d'inobservation d'une telle formalité par le syndic, la cour a fait relever qu'il convient dans tous les cas de respecter le délai de l'alinéa 3 de l'article 690⁸⁴⁷.

b-2- Position des cour d'appel de commerce face à des motifs de forclusion.

Plus souvent, les créanciers qui n'ont pas été relevé de leur forclusion par le juge-commissaire interjettent appel contre l'ordonnance de ce dernier donnant l'occasion au juge de l'appel d'apprécier les motifs avancés. Etant donné le fait qu'il s'agit d'un

⁸⁴⁶- C.A com. Fès, 21 sep. 2005, arrêt n°= 53, aff. n°= 42-05 (inédit).

⁸⁴⁷- C.A com. Fès, 9 nov. 2005, arrêt n°= 66, aff. n°= 56-05 (inédit).

domaine où la manifestation du pouvoir souverain du juge est des plus remarquables, on ne peut prétendre à des arrêts de principe, car les décisions sont casuistiques.

Néanmoins, on peut dégager la tendance des cour en la matière. Ainsi, n'a pas été considéré comme motif justifiant le relevé de la forclusion, l'analphabétisme du créancier⁸⁴⁸. Les juges ont fait constater que cette défaillance est due au fait de la personne concernée. De la même manière, l'état de maladie n'a pu convaincre les juges pour relever le créancier de sa forclusion même si ce dernier a excipé d'une maladie de 5 mois⁸⁴⁹. La loi a prévu que la déclaration de la créance peut être faite par le créancier ou tout préposé ou mandataire de son choix, une possibilité que ce dernier devrait exploiter s'il est empêché d'en procéder lui-même en raison de son état de santé⁸⁵⁰. D'autre part, l'erreur qui aurait pu être commise par l'huissier de justice dans le cadre de la notification n'a pu être admise, au motif qu'elle est susceptible d'un rattrapage dans un délai très court⁸⁵¹.

On remarque que d'après ces prises de positions que les cour d'appel manifestent une rigueur dans l'appréciation des motifs pouvant relever le créancier de sa forclusion. Cette tendance apparaît dans certaines décisions qui font référence à la force majeure ou au cas fortuit, qui seuls, peuvent profiter au créancier concerné⁸⁵². Cependant cette rigueur a diminué d'intensité lorsque les juges d'appel ont senti que certains débiteurs peu scrupuleux n'hésitent pas, par des moyens frauduleux, à induire la forclusion de leurs créanciers. Ainsi par exemple, la translation incorrecte de la dénomination sociale induisant

⁸⁴⁸- C.A com. Marrakech, 16 mai 2000, n°= 288, aff. n°= 185/2000, www.cacmarrakech.gov.ma, le 10 janv. 2005.

⁸⁴⁹- C.A com. Marrakech, 18 avr. 2000, arrêt n°= 234, aff. 176/2000 ; 27 juin 2000, arrêt n°= 413, aff. n°= 358/2000, cités par M. Chebbou, op. cit. p. 535.

⁸⁵⁰- C.A com. Fès, 26 mars 2003, arrêt n°= 11, aff. n°= 20/02. Inédit. Dans cette affaire, la cour a ajouté que le créancier ne peut être relevé de sa forclusion, surtout qu'il n'a produit aucun rapport médical justifiant que son état de santé l'empêchait de mandater une personne pour effectuer la déclaration comme s'il avait perdu mémoire

⁸⁵¹- C.A com. Fès, 8 janv. 2003, arrêt n°= 2, aff. n°= 13/02 (inédit).

⁸⁵²- Arrêt préc.

en erreur le créancier été considérée par la cour d'appel de Marrakech comme une défaillance tenant à ce dernier⁸⁵³, la cour de Casablanca a considéré que la translation viciée de la langue française à la langue arabe de la dénomination identifiant l'entreprise est un motif qui justifie le relevé de forclusion⁸⁵⁴.

Cette pratique hétérogène entre les différentes juridictions n'est que la conséquence de l'appréciation discrétionnaire du juge des faits à lui soumis, mais ces positions différentes peuvent inspirer les cour pour mettre en avant des critères déterminants pour juger du relevé de forclusion.

B. Position des cour d'appel de commerce face aux effets de l'ouverture de la procédure sur la situation des cautions.

Il est souvent demandé aux dirigeants des sociétés, pour pouvoir bénéficier d'un concours bancaire, de se porter cautions solidaires ou non⁸⁵⁵, ou au contraire, que le banquier se trouve lui même caution des entreprises, notamment celles qui s'adjugent des marchés publics. Une fois l'entreprise cautionnée est tombée en redressement judiciaire, le créancier est tenté du coup de revenir sur la caution pour obtenir paiement. La question est ainsi posée de savoir quel est l'impact de l'ouverture de la procédure collective sur les cautions. Les cour d'appel de commerce ont été saisies sur le fait de savoir si les cautions peuvent bénéficier de l'arrêt des poursuites individuelles (1) et si elles peuvent opposer aux créanciers leur droit de discussion (2).

⁸⁵³ - C.A com. Marrakech, 2 mai 2000, arrêt n°= 262, aff. n°= 174-2000, cité par M. Chebbou, op. cit. p. 534.

⁸⁵⁴ - C.A com. Casablanca, 27 fév. 2003, aff. n°= 2960/2002/11, cité par M. Kartoum, art. préc. p. 66.

⁸⁵⁵ - Il n'est pas étonnant de voir tout le passif de l'entreprise constitué de dettes faisant l'objet d'un cautionnement, p. ex. Trib. com. Casablanca, 22 juil. 2002, jugement n°= 310/2002, aff. n°=258/2002/10 (inédit).

1. Situation de la caution : articulation du droit commun avec les règles du livre V du CCM.

Il est à remarquer que le livre V du CCM a prévu des dispositions spéciales concernant la caution figurant au titre des règles communes aux procédures de traitement et de liquidation judiciaire, articles 662 à 665 du CCM. Celles-ci ne couvrent pas toutes les situations étant donné que la procédure collective est un enchaînement d'étapes dont chacune présente un aspect particulier tenant surtout à sa finalité. Les juges sont donc amenés à faire appel aux dispositions du droit commun et partant, voir comment ses règles s'articulent avec celles du livre V du CCM.

Dans cette optique, nous pouvons dire qu'à l'échelle des cours d'appel de commerce, la combinaison des règles précitées n'a pas été d'une aisance qui permettrait de se fixer dès les premières décisions. Il a fallu du temps pour qu'une unanimité jurisprudentielle se construise autour de cette question. En effet, il a été d'abord question de voir si la caution peut bénéficier de l'article 653 du CCM consacrant l'arrêt des poursuites individuelles contre le débiteur, suite à l'ouverture de la procédure. Les juges d'appel de Fès ont répondu par la positive faisant relever que la caution peut, conformément à l'article 1140 du D.O.C, opposer au créancier toutes les exceptions appartenant au débiteur, qu'elles soient personnelles ou relatives à la créance, et du moment que l'obligation de la caution est accessoire à celle du débiteur principal, le recours du créancier contre la caution est contraire à l'article 653 du CCM⁸⁵⁶.

De la sorte, l'arrêt des poursuites individuelles comme effet de l'ouverture de la procédure à l'égard du chef de l'entreprise profite à la caution. Une telle tendance met les cautions dans une situation confortable surtout les dirigeants qui s'engagent au profit de la société bénéficiaire du concours bancaire.

⁸⁵⁶- C.A com. Fès, 24 oct. 2002, arrêt n°= 1143, aff. n°= 431/02, Recueil jurisp. C.A com. Fès, 2003, p. 204.

Cependant, la portée générale d'une telle décision contredit l'article 662 du CCM qui dispose clairement que les cautions ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan de continuation. Une relativisation de cette décision en fonction des étapes de la procédure est donc nécessaire, d'où les dispositions d'un arrêt rendu le même jour par la même cour. En effet, les juges ont limité le bénéfice de l'article 653 à la caution à la durée de la période d'observation. On a fait valoir que conformément à l'article 1150 du D.O.C, l'obligation de la caution est liée à celle du débiteur, si bien qu'elle n'a de persistance qu'en raison de l'existence de la créance et que dès lors, elle disparaît avec l'extinction de celle-ci. Il en découle qu'en période d'observation, le créancier ne peut agir contre la caution, puisqu'il est susceptible de forclusion en raison de sa négligence, libérant ainsi l'engagement de cette dernière⁸⁵⁷.

Ainsi, toutes les causes qui entraînent la nullité ou l'extinction de la créance éteignent l'obligation de la caution. En l'occurrence, et comme l'a établi la cour de Casablanca, le créancier qui n'a pas déclaré sa créance ou qui est forclos et qui n'a pas été relevé de sa forclusion perd son droit de demander paiement à la caution⁸⁵⁸. Par conséquent, tant que la solution concernant l'entreprise n'est pas arrêtée, la caution bénéficie de l'arrêt des poursuites individuelles. Autrement dit, au cours de la période d'observation, l'article 1150 du D.O.C s'applique concomitamment avec l'article 653 du CCM à l'égard de la caution.

Néanmoins, la cour d'appel de commerce de Fès semble revenir sur cette position en décidant de l'opposabilité de la déchéance du terme à l'égard de la caution par le seul effet de l'ouverture de la procédure. En effet, à l'occasion de l'affaire « Minoterie Idrissia », les juges, se basant sur les articles 662 et 665 du CCM ont décidé que les créanciers ont le droit de recourir contre la caution. Les faits montrent que l'entreprise était en liquidation judiciaire et le créancier avait déclaré sa créance. Jusqu'ici, la décision est conforme à la tendance

⁸⁵⁷- C.A com. Fès, 24 oct. 2002, arrêt n°= 1145, aff. n°= 810/02, préc. p. 206.

⁸⁵⁸- C.A com. Casablanca, 5 mars 2002, aff. n°= 83-01/6 (inédit).

jurisprudentielle en la matière, mais curieusement, dans le même attendu, la cour a précisé que contrairement au législateur français, aucune disposition du CCM ne consacre l'arrêt des poursuites individuelles à l'égard de la caution, et qu'il est dès lors, loisible au créancier d'agir contre celle-ci, à n'importe quelle étape de la procédure, en vue d'obtenir le paiement de sa créance⁸⁵⁹.

Il semble que la cour a subi l'influence de la doctrine qui s'est penchée sur une étude comparée des droits marocain et français, étude à laquelle il est fait référence dans cette décision⁸⁶⁰. Mais celle-ci qui a fait état du silence de la loi marocaine là où le législateur français s'est prononcé d'une façon expresse ne signifie point d'entreprendre un raisonnement *a contrario*, mais plutôt de puiser dans le droit commun les dispositions à articuler avec celles gouvernant l'esprit du livre V du CCM, ce que la cour avait pris l'habitude de faire jusqu'ici.

Mais, l'analyse des décisions ultérieures montre que la position antérieure à l'affaire « Minoterie Idrissia » est non seulement maintenue, mais érigée en principe. L'arrêt rendu à l'occasion de l'affaire « Emafer » est particulier en ce qu'il a consacré un développement particulier à la situation de la caution. Les juges ont fait relever que le code de commerce a prévu des dispositions spéciales concernant cet acteur, à partir desquelles il ressort qu'il ne peut bénéficier des facilités et des privilèges accordés au débiteur, dérogeant ainsi au principe qui fait que le cautionnement est accessoire à l'obligation principale du paiement de la créance. Ainsi l'article 662 du CCM interdit à la caution de se prévaloir des dispositions du plan de continuation, à condition que le créancier poursuivant ait déclaré sa créance. Mais avant que ledit plan ne soit arrêté, les juges se sont posés la question de savoir si l'article précité reçoit application. La cour, elle même, reconnaît que la jurisprudence s'est fixée quant à l'inopposabilité de la déchéance du terme à l'égard du créancier pendant la période

⁸⁵⁹- C.A com. Fès, 27 mai 2003, arrêt n°= 600, aff. n°= 523/03 (inédit).

⁸⁶⁰- B. Perrand, Prévention et traitement des difficultés de l'entreprise : étude comparée des législations marocaine et française, G.T.M, n°= 82, p. 71.

allant du jugement d'ouverture jusqu'au jugement arrêtant le plan de continuation, si bien que le contraire se heurte au principe de l'accessoire suit le principal⁸⁶¹.

Cette règle a été réitérée ultérieurement⁸⁶² et lorsqu'il s'agit de cautions solidaires, celles-ci sont supposées être engagées envers le créancier au même titre que le débiteur coobligé et que conformément à l'article 166 du D.O.C, le créancier peut contraindre chacune d'elles au paiement de tout ou partie de la créance⁸⁶³.

Plus tard, la cour d'appel de commerce de Marrakech est intervenue pour récapituler la situation de la caution en mettant en avant les règles du D.O.C (art. 1117 et suivants) et en les plaçant dans le contexte de la procédure de traitement des difficultés des entreprises⁸⁶⁴. Il s'ensuit qu'avant l'arrêté de la solution, le créancier ne peut poursuivre la caution pour paiement. Une fois le sort de l'entreprise est scellé par un plan de redressement ou une liquidation judiciaire, le principe de l'arrêt des poursuites individuelles ne tient plus pour la caution. Bien entendu, il faut que le créancier ait déclaré sa créance et qu'il soit accepté dans la participation de l'apurement du passif. Autrement, le caractère accessoire du cautionnement resurgit pour libérer la caution d'une dette déchu.

2. Le droit de discussion à l'épreuve de la procédure collective.

Le droit de discussion, consacré par l'article 1136 du D.O.C, signifie que la caution a le droit d'exiger que le créancier discute préalablement le débiteur principal dans ses biens susceptibles

⁸⁶¹- C.A com. Fès, 6 fév. 2013, n°= 249, aff. n°= 1353/2012, Recueil jurisp. C.A com. 2014, p. 314 ; C.A com. Fès, 6 fév. 2013, n°= 249, aff. n°= 1353/2/2013, Recueil jurisp. C.A com. Fès, p. 314 ; 18 oct. 2005, arrêt n°= 1260, aff. n°= 921-05 (inédit).

⁸⁶²- C.A com. Fès, 9 mai 2006, arrêt n°= 714, aff ; n°= 1037-1038/05, Recueil jurisp. CA com. Fès, 2007, p. 468.

⁸⁶³- C.A com. Fès, 11 oct. 2005, arrêt n°= 1210, aff. n°= 387/05, Recueil jurisp. CA com Fès, 2005, p. 415.

⁸⁶⁴- C.A com. Marrakech, 26 nov. 2008, n°=1332, aff. n°=100/2007, www.cacmarrakech.ma/Jurisdifentr.asp, 21 janv. 2013, p. 8 et s.

d'exécution avant de se retourner contre elle. Les effets de l'ouverture de la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise à l'égard de la caution mettent ainsi en présence deux textes insusceptibles de cohabitation. En effet, l'article 1136 précité se heurte à l'application de l'article 653 du CCM. Le droit de discussion suppose que les biens du débiteur peuvent être exécutés, ce qui n'est guère le cas, en raison de l'interposition du principe de l'interdiction de toute voie d'exécution de la part des créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles de l'entreprise. Le droit de discussion appartenant à la caution ne peut alors s'exprimer dès que le débiteur est en redressement judiciaire.

Toutefois, la cour d'appel de commerce de Marrakech n'a pas fait état d'une telle confrontation, laissant comprendre que le droit de discussion tient toujours lieu⁸⁶⁵. Mais à Fès, pour priver d'effet un tel droit, la cour a placé le débat sur un autre terrain. Tout d'abord, elle a fait remarquer que le débiteur a la qualité de commerçant (S.A.R.L en l'espèce) et que la créance est de nature commerciale, par conséquent, le cautionnement constitue un acte de commerce, d'où la solidarité établie en vertu de l'article 1138 du D.O.C. Par ailleurs, la solidarité est présumée en matière commerciale, conformément à l'article 335 du CCM. Il importe ainsi d'appliquer l'article 1137 du D.O.C qui interdit à la caution d'opposer au créancier l'exception de la discussion lorsqu'elle s'est engagée solidairement avec le débiteur principal⁸⁶⁶.

Ainsi, comme les dirigeants se portent fréquemment caution de leur société, ils ne peuvent se prévaloir de l'exception de la discussion, encore moins de celle de la mise en demeure du débiteur. On se pose, ainsi, la question de savoir si le dirigeant qui s'est engagé en cette qualité peut exciper du fait qu'il a cédé ses droits sociaux pour se libérer de son obligation envers le créancier ? Les juges ont répondu par la négative, faisant observer que le contrat du cautionnement est indépendant de la situation juridique liant la caution avec le débiteur, la

⁸⁶⁵- C.A com. Marrakech, préc.

⁸⁶⁶- C.A com. Fès, 9 mai 2006, n°= 1037, aff. n°= 1037-1038/05, préc.

société cautionnée en l'occurrence, et que la modification de ce rapport n'a aucune influence sur le contrat, tant que le créancier n'a pas été partie à la cession des droits sociaux ou qu'il a consenti de libérer la caution de son engagement⁸⁶⁷. Il en découle que le contrat du cautionnement continue à produire ses effets à l'égard de la caution, jusqu'à l'extinction de l'obligation principale par les causes admises légalement.

En conclusion, le cautionnement s'est avéré une matière dans laquelle les cour d'appel ont été conduites à assurer un équilibre entre la restriction des droits des créanciers par l'effet de l'ouverture de la procédure et la consécration de leur droit au paiement de leur créance qui s'exerce vis à vis de la caution. Celle-ci ne peut donc bénéficier de la clémence des mesures arrêtées en vue du redressement de l'entreprise. En l'occurrence, les remises de dettes et les délais insérés dans le plan de continuation ne peuvent lui profiter, au même titre que l'arrêt des cours d'intérêts. Lorsqu'un plan de cession a été arrêté ou que la liquidation judiciaire a été décidée, le créancier est en droit de recourir contre la caution pour les sommes restant dues, après les distributions⁸⁶⁸.

En revanche, la caution conserve le droit de déclarer au même titre que le créancier à hauteur de ce qu'il a payé ou avant même que le paiement ne soit effectué⁸⁶⁹. Plus encore, sur la base de l'article 2032, alinéa 2 du code civil, la justice française a donné la possibilité à la caution avant qu'il n'ait procédé au paiement de revenir sur le débiteur en redressement judiciaire⁸⁷⁰. Ce faisant, la caution a la possibilité, en vertu de l'article 1143 du D.O.C, de recourir contre le débiteur pour tout

⁸⁶⁷- C.A com. Fès, 26 nov. 2002, n°= 1283, aff. n°= 709-777-782/02, Recueil jurisp. CA com. Fès 2003, p. 215.

⁸⁶⁸- Cf. M. Abou El Houssine, La situation des cautions en cas de cession de l'entreprise en redressement judiciaire, REMADAE, n°= 1, déc. 2002, p. 45 (en arabe).

⁸⁶⁹- Cette possibilité a été admise implicitement par le juge de l'appel, cf. C.A Fès, 14 mai 2006, arrêt n°= 714, préc.

⁸⁷⁰- Cf. M. Karam, La situation de la caution au cours des procédures de prévention et de traitement des difficultés de l'entreprise, Rev. Al Mountada, n°= 3, juin 2002, p. 127 (en arabe).

ce qu'il a payé, comme elle peut faire jouer le mécanisme de la subrogation après s'être acquittée de la dette envers le créancier, conformément à l'article 1147 du D.O.C.

De ce qui précède, il faut avouer que la caution ne peut profiter du redressement judiciaire pour se libérer de son engagement, son obligation persiste tant que la créance existe. La précarité de sa situation tient à une ouverture de la procédure envers le débiteur aussi précocement qu'il ne pouvait s'y attendre pour se voir obligée de payer dès que la solution est arrêtée. Pour le créancier bénéficiaire du cautionnement, la situation risque d'être dangereuse même s'il se trouve titulaire d'une caution réelle, car la discipline rigoureuse imposée aux créanciers dans le cadre de la procédure risque de volatiliser la solidité de sa garantie sur laquelle il pouvait compter. Ceci est de nature à changer le comportement des créanciers qui chercheront assurément à exiger d'autres garanties autonomes comme la garantie à première demande⁸⁷¹, voire à engendrer une réticence dans l'octroi du crédit. Le juge doit garder présent à l'esprit les mutations comportementales des hommes d'affaires, afin de promouvoir le crédit, pierre angulaire de la croissance économique.

C. Position des cour d'appel de commerce face aux effets de l'ouverture de la procédure sur les cocontractants.

La continuation des contrats est l'un des mécanismes prévus par la loi, afin de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, suite à l'ouverture de la procédure, mais aussi le financement de cette activité pendant la phase de la préparation de la solution. En effet, à moins que l'entreprise ait cessé son activité, le jugement d'ouverture intervient souvent, sinon toujours, pendant l'exécution du réseau contractuel en cours. Le syndic est alors l'organe compétent, en vertu de l'article 573 du CCM d'opter pour ou contre la continuation des contrats en cours. Cependant, la loi n'a pas défini ce qu'on entend par contrats en cours, ce

⁸⁷¹ - M. Karam, art. préc. p. 139.

qui est compréhensible, laissant le soin au juge de préciser ce que signifie cette notion (1). Ainsi, la cour d'appel de commerce a eu à se prononcer sur la question et partant, de lever la confusion, dans le cadre particulier du contrat d'abonnement entre l'arrêt de l'abonnement et la résolution du contrat (2).

1. Précision de la notion de contrat en cours.

L'approvisionnement en carburants de la société Salama par la société chérifienne des phosphates (SCP) a été l'occasion pour la cour d'appel de Fès de définir la notion de contrat en cours. En effet, ayant été forclos, la Samir (ayant absorbé la SCP) s'est abstenue d'approvisionner la société débitrice, malgré l'option du syndic à la continuation du contrat. Le motif avancé étant que le défaut de paiement a entraîné la cessation d'approvisionnement et qu'aucun lien juridique n'existe, dès lors, entre les deux partenaires.

Ces allégations n'ont pas convaincu la cour qui a précisé que les contrats en cours au sens de l'article 573 du CCM sont les contrats que le chef de l'entreprise a conclu avec les tiers et qui continuent à produire leurs principaux effets au moment où le jugement d'ouverture intervient. La cour a ajouté que parmi les caractéristiques de ces contrats, outre la continuation de leurs effets après l'ouverture de la procédure est qu'ils consistent surtout dans les prestations de services, un approvisionnement ou une location et ce, même si le contrat est conclu *intuitu-personae*, et qu'au sens du dernier alinéa du même article, il s'agit de tout autre contrat qui n'a pas été résolu avant la date d'ouverture de la procédure par une décision ayant acquit l'autorité de la chose jugée⁸⁷².

⁸⁷²- C.A com. Fès, 26 oct. 2005, n°= 59, aff. n°= 39-05, Recueil jurisp. CA com. Fès, p. 59.

La cour a donc repris la définition issue de la combinaison de deux arrêts de la cour de cassation française⁸⁷³, définition qui a été reprise ultérieurement⁸⁷⁴.

Mais comment peut-on prouver l'existence d'un contrat en cours au moment de l'ouverture de la procédure ? A cette question, la cour a consacré un développement important qui, s'il est propre à l'espèce, ne manque pas d'établir des règles pouvant avoir une portée générale. Ainsi, elle a mis l'accent sur le fait que la société créancière a, pour justifier la rupture de la relation avec la société débitrice, allégué du fait qu'elle a cumulé une dette importante résultant de commandes successives livrées et restées impayées, ce qui signifie, selon la cour, une reconnaissance implicite de l'existence d'un contrat en cours. La cour a, ainsi, déduit de la déclaration de la créance cumulée au jour du jugement d'ouverture, faite en dehors du délai légal un aveu de l'existence d'un contrat et que, compte-tenu de son objet qui est l'approvisionnement en carburant en vue de son débitage, mais aussi du monopole détenu par le fournisseur, il s'agit d'un contrat continu. Par conséquent, la preuve de l'existence d'un contrat en cours est un aveu judiciaire qui, conformément à l'article 410 du D.O.C, il fait pleine foi contre son auteur.

Pour repousser l'argument tenant au défaut d'un écrit, la cour a pris le soin de rappeler les règles élémentaires qui gouvernent la matière contractuelle et le régime de la preuve en matière commerciale. Elle a, en effet, rappelé que le principe reste celui du consensualisme et que le contrat d'approvisionnement ou de distribution est un contrat non formel, en ce sens que la condition d'un écrit pour les conventions ou autres faits juridiques emportant création d'obligation dépassant 250 dhs au sens de l'article 443 du D.O.C n'est qu'une condition de preuve et non de validité du contrat.

⁸⁷³- Cass. com. 12 juin 1990, Bull. civ. IV, n°= 172, p. 119 ; 2 mars 1993, D, 1993, n°= 572, cités par M. Lefrouji, *Difficultés des entreprises...*, op. cit. p. 302.

⁸⁷⁴- Cass. com. 13 avr. 1999, D. 2000, p. 257, note Limpiski ; 1^{er} fev. 2000, RTD. com. 2000, n°= 2, p. 444, obs. A. Laude.

D'autre part, établit la cour, même en l'absence d'un contrat écrit, l'existence d'un lien contractuel en cours peut être prouvé par des présomptions conformément à l'article 449 du D.O.C. Ainsi, la demande de relevé de forclusion a été considérée par les juges comme un commencement de preuve par écrit, au sens de l'article 447 du D.O.C. En effet, l'action en relevé en forclusion par laquelle le créancier saisit le juge commissaire ne peut être formulée oralement, il s'agit bel et bien d'un écrit du créancier rendant vraisemblable l'existence d'un contrat en cours.

Mais par dessus tout, la cour a coupé court avec toute allégation sur la preuve en établissant que le contrat en question est un contrat commercial et qu'en la matière, le principe est celui de la liberté de la preuve, selon l'article 334 du code de commerce.

En réalité, la définition des contrats en cours ainsi posée par la cour paraît ne pas poser problème quant à leur qualification suivant les critères posés, à savoir l'existence du lien contractuel antérieurement au jugement d'ouverture et la continuation des effets au moins à cette date. Dans le monde des affaires, et plus précisément en matière de distribution, la preuve de l'existence d'un contrat en cours est facile à établir, car les contrats sont, par nature, à exécution continue. Le problème se posera en l'occurrence en présence de contrats à exécution instantanée, comme la vente. Ainsi en France, il a été décidé que malgré les modalités qui peuvent affecter l'exécution du contrat, en l'occurrence, la vente viagère, celui ci ne constitue pas un contrat en cours car il a été conclu avant l'ouverture de la procédure⁸⁷⁵. Il en est de même de la vente dont le transfert de propriété est acquit dès la conclusion du contrat ou de l'enregistrement de l'acte lorsqu'une telle formalité est obligatoire et ce, avant l'ouverture de la procédure⁸⁷⁶. En revanche, la promesse de vente donnée avant le jugement d'ouverture et

⁸⁷⁵- Cass. com. 28 fév. 1995, JCP, E, 1995, Pan. 496.

⁸⁷⁶- Cass. com. 9 avr. 1991, Petites affiches, 1992, p. 13, note F. Derrida.

dont l'exécution a été faite après cette date peut être assimilée à un contrat en cours⁸⁷⁷.

Ces précisions sont d'une importance capitale, car si les contours de la notion de contrats en cours ne sont pas définis avec précision, on risque de priver l'entreprise de l'un des moyens incontournables de la poursuite de l'exploitation et partant, de son redressement, surtout lorsque le contrat en question s'avère être l'essence de son existence, mais plus encore, lorsque le cocontractant détient un monopole en la matière, comme dans l'affaire « Salama » précitée.

Par ailleurs, à Marrakech, à l'occasion de deux affaires similaires par la nature de l'activité, la cour a tenu à souligner que le défaut d'atteinte des objectifs de vente convenus ne constitue pas un motif justifiant la résolution du contrat, du moment que la procédure collective est ouverte, car cela entraverait le redressement⁸⁷⁸. D'autre part, la cour a précisé qu'il n'appartient pas au fournisseur de juger de l'importance du contrat pour l'exploitation, mais c'est le syndic qui en décide⁸⁷⁹.

On sent donc fort que les juges dressent toujours l'objectif du redressement pour contrecarrer tout obstacle en matière contractuelle. On n'a pas hésité, de ce fait, de contraindre le banquier, d'abord à maintenir le contrat de compte en banque ouvert par le syndic à l'occasion de l'ouverture de la procédure, puis à suspendre le blocage entrepris sur le compte d'une façon unilatérale⁸⁸⁰.

S'agissant du maintien du contrat, la cour s'est basée sur l'article 573 du CCM, même si, au sens de cette disposition, il ne s'agit pas d'un

⁸⁷⁷- Cass. com. 16 fév. 1988, Rev. dr. banc. bourse, 1988, p. 136, cité par O. Azoukar, La continuation des contrats en cours dans les procédures des difficultés de l'entreprise, G.T.M, n°= 92, janv. Fèv. 2002, p.77.

⁸⁷⁸- C.A com. Marrakech, 20 sep. 2007, n°=1042, aff. n°=1173/2006, www.cacmarrakech.ma/Jurisdifentr.asp, 21 janv. 2013, p. 21 et s.

⁸⁷⁹- C.A com. Marrakech, 22 avr. 2008, n°=477, aff. n°=140/2007, www.cacmarrakech.ma/Jurisdifentr.asp, 21 janv. 2013, p. 16 et s.

⁸⁸⁰- C.A com. Fès, 8 mai 2002, arrêt n°= 9, aff. n°= 03/02, Recueil jurisp. CA com Fès, 2003, p. 179.

contrat en cours, car il été conclu par le syndic, c'est à dire, naturellement après l'ouverture de la procédure. Il est vraisemblable que les juges ont mis en avant l'existence d'une relation contractuelle antérieure, car ils se sont référés à l'article 653 pour priver d'effets, le blocage du compte bancaire. En réalité, ces motifs s'articulent tant bien que mal avec les faits de l'espèce, mais il est clair que les juges affichent une rigueur à l'égard de toute mesure susceptible d'entraver le redressement. Dans un attendu, ils ont relevé que le blocage du compte bancaire, malgré le privilège dont dispose le banquier d'être payé directement sur la base de l'article 5 du dahir du 28 août 1948 relatif au nantissement sur les marchés publics, est de nature de perturber le cours du redressement, ce qui est contraire aux finalités de la loi. Le contrat bancaire devra être maintenu et le blocage levé, du moment que la situation n'est pas irrémédiablement compromise.

2. Distinction entre l'arrêt des prestations et la résolution du contrat.

Parmi les contrats particuliers dont le syndic se trouve obligé d'exercer son option, figure le contrat d'abonnement à l'eau et à l'électricité. Celui-ci présente un double aspect, d'abord, c'est un contrat d'adhésion, ensuite, c'est un contrat qui fait partie automatiquement du réseau contractuel de toute entreprise, à l'instar des ménages. De ce fait, l'option du syndic ne peut être que la continuation de ce contrat, mais qu'en est-il si le cocontractant a usé de son pouvoir d'arrêter ses prestations ?

La cour d'appel a relevé que si l'article 12 des conditions générales du contrat stipule un arrêt de l'approvisionnement en eau et électricité, si le consommateur n'a pas payé les factures précédentes, et que si l'article 31 de la convention relative à la concession d'un tel service prévoit un arrêt de l'abonnement si l'abonné s'est abstenu de payer la consommation antérieure, cela ne signifie pas pour autant que

le contrat liant l'entreprise à son fournisseur est résolu⁸⁸¹. La régie de distribution de l'eau et de l'électricité est tenue de fournir sa prestation, surtout si le défaut de paiement concerne la période antérieure à l'ouverture de la procédure⁸⁸².

En effet, les juges ont pris le soin de lever la confusion entre l'inexécution des prestations contractuelles et la résolution du contrat. La première n'entraînant pas forcément la seconde. La résolution du contrat ne peut résulter que d'une décision judiciaire ou conventionnellement, d'un accord de volonté, ce que les juges n'ont pu caractériser.

Cette décision nous paraît tout à fait conforme à la loi, car d'une part, s'agissant du contrat d'abonnement en eau et en électricité, nous avons déjà dit que c'est un contrat d'adhésion. Et comme tel, l'Etat assure une protection de la partie à qui il est imposé, d'où un contrôle d'abus, à travers la vérification des conditions générales du contrat. Celui-ci stipule un arrêt d'abonnement en cas de défaut de paiement, si bien que la résolution ne peut intervenir au seul gré du fournisseur, celle-ci devant être conventionnelle. Dès lors, si le fournisseur entend résoudre le contrat, il doit mettre en demeure le débiteur et si l'exécution est impossible, il peut demander la résolution du contrat, conformément à l'article 259 du D.O.C. Mais là encore, dans le contexte de la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise, cette possibilité se trouve paralysée par l'article 573 du CCM.

Les contrats d'abonnement sont donc des contrats à exécution successive, à moins de stipulation d'une résolution conventionnelle, l'arrêt de fournitures des prestations ne signifie pas résolution et le fournisseur se trouve obligé de continuer le contrat si le syndic a usé d'une telle option.

⁸⁸¹- C.A com. Fès, 26 oct. 2006, arrêt n°= 64, aff. n°= 64 (inédit).

⁸⁸²- C.A com. Fès, 27 fév. 2013, n°= 380, aff. n°= 1889/2012, Recueil jurisp. C.A com. Fès, 2014, p. 317.

II. Position des juges d'appel sur le partage de compétence entre les différents organes à l'échelle du tribunal.

La différenciation du pouvoir judiciaire à l'échelle du tribunal n'est sans créer des conflits de compétence. En effet, la procédure est unique, mais le contentieux qu'elle engendre peut être abondant, de sorte que des litiges peuvent naître dont la connaissance est située aux confins de la compétence de l'un ou de l'autre des organes judiciaires. Le silence de la loi en la matière doit alors être comblé par le juge. Il en est ainsi en matière de mesures urgentes (A) et de la contestation relative à la distribution du produit de certains actifs de l'entreprise (B).

A. Position des juges de l'appel sur la compétence en matière de mesures urgentes.

Nous avons déjà vu qu'en matière de mesures urgentes, un conflit de compétence peut naître entre le président du tribunal de commerce et le juge-commissaire. Le premier peut s'estimer compétent sur la base de l'article 21 de la loi instituant les juridictions de commerce, alors que le second peut se prévaloir des articles 638 et 639 du CCM pour connaître de la demande en question⁸⁸³.

La contestation relative à ce sujet est portée directement devant la cour d'appel lui permettant de trancher cette question dont l'importance ne fait guère de doute. A ce titre, nous remarquons une divergence entre les juges d'appel. En effet, la cour d'appel de commerce de Casablanca relève que si la loi a investi le juge-commissaire de veiller sur le déroulement rapide de la procédure et de surveiller les opérations de liquidation des actifs de l'entreprise, il demeure que la compétence en matière de difficultés d'exécution est dévolue au président du tribunal⁸⁸⁴.

⁸⁸³ - Supra, p.76.

⁸⁸⁴ - C.A com. Casablanca, 2 fév. 2001, arrêt n°= 241/2001, aff. n°= 2931/2000/11, G.T.M n°=1, mai 2004, p. 198.

Contrairement, la cour d'appel de Fès s'est prononcée, à plusieurs reprises, en faveur de la compétence du juge-commissaire. Ainsi, par deux arrêts successifs rendus le même jour, les juges se sont prononcés clairement à ce sujet. Partant du fait que cet organe est investi par l'article 638 du CCM de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection en présence, la cour a déduit qu'il demeure ainsi compétent pour connaître de toutes les difficultés naissant du déroulement de la procédure de redressement judiciaire et de toutes les mesures à caractère urgent attachées à celle-ci⁸⁸⁵. Ensuite, il a été déclaré compétent pour ordonner de lever la saisie pratiquée sur les biens du débiteur entre les mains du tiers, tant il est vrai que une demande formulée dans ce sens requiert une intervention urgente, afin de ne pas entraver le redressement de l'entreprise⁸⁸⁶. Outre la référence à l'article 638 du CCM, la cour a fait état de la jurisprudence de la cour de cassation française datant du 1^{er} octobre 1991 qui a coupé court avec les divergences des cour d'appel dont certaines mettaient en avant le droit commun pour reconnaître la compétence au président du tribunal.

La position de la cour d'appel de Fès s'est affirmée ultérieurement et les domaines d'intervention du juge-commissaire en qualité de référé de la procédure collective se diversifiaient au gré des espèces. Ainsi, a-t-il été décidé qu'il est compétent pour ordonner un constat⁸⁸⁷. De même, dans une espèce particulière, où l'appelant réclamait la compétence du président du tribunal, la cour a relevé qu'étant donné que le juge-commissaire est l'organe compétent pour la protection des intérêts tant de l'entreprise que des créanciers et que le fonds de commerce, support du litige en question, fait partie des actifs de la société en liquidation judiciaire et est grevé de plusieurs charges dont des nantissements et des saisies conservatoires ; que la destruction de l'immeuble, sur lequel il est greffé, est de nature à priver l'opération d'un produit important pour l'apurement du passif ; que, dès lors, le

⁸⁸⁵ - C.A com. Fès, 28 mai 2003, n°= 30, aff. n°= 18-03, Recueil jurisp. CA com Fès, 2004, p.233.

⁸⁸⁶ - C.A com. Fès, 28 mai 2003, n°= 32, aff. n°= 21-03, Recueil jurisp. CA com. Fès, 2004, p. 234.

⁸⁸⁷ - C.A com. Fès, 23 nov. 2005, n°= 70, aff. n°= 47-05, Recueil jurisp. CA com. Fès, 2006, p. 389.

juge-commissaire est habilité à agir en toute urgence pour ordonner la cessation des travaux de destruction⁸⁸⁸. En dehors de la question qui nous intéresse ici à savoir, la compétence en matière des référés relative à la procédure, on sent la volonté du juge dans l'intervention dans la vie de l'entreprise en difficultés et son degré d'implication dans le redressement.

Néanmoins, la cour de Fès a approuvé la décision ordonnant de lever la saisie entre les mains du tiers sur les biens de l'entreprise en redressement, laquelle a émané du président du tribunal de commerce et non du juge-commissaire⁸⁸⁹. Ce qui prêche l'attention, c'est que la cour avait reconnu la compétence du juge-commissaire à propos d'une affaire similaire tant par son domaine, la saisie entre les mains du tiers, que par l'organe judiciaire qui avait initialement ordonné cette mesure, en l'occurrence, le président du tribunal de commerce de Rabat⁸⁹⁰.

Comment peut-on expliquer cette situation ? Peut-on avancer que les deux organes sont compétents, en même temps, en qualité de juge des référés de la procédure ou que la cour d'appel de Fès semble séduite par l'arrêt précité de la cour de Casablanca ?

Le droit procédural n'a jamais admis que la compétence soit partagée par deux organes judiciaires, de sorte que le justiciable peut saisir l'un ou l'autre. La justification de cette situation réside vraisemblablement dans le fait que le recours contre l'ordonnance du président du tribunal n'avait pas trait à la compétence de cet organe, mais à la compétence du tribunal en tant que tel, puisque la saisie a été initialement ordonnée au niveau du tribunal de commerce de Rabat. L'appelant réclamait la compétence de ce dernier, mais la cour ne pouvait infirmer l'ordonnance du président du tribunal pour se prononcer sur une question qui n'a pas été soulevée. Elle a, de ce fait, confirmé l'ordonnance du président du tribunal en reconnaissant, sur la

⁸⁸⁸- C.A com. Fès, 21 déc. 2005, n°= 81, aff. n°= 78-05, Recueil jurisp. CA com. Fès, 2006, p. 409.

⁸⁸⁹- C.A com. Fès, 19 avr. 2006, n°= 569, aff. n°= 381-06, Recueil jurisp. CA com. Fès, 2007, p. 465.

⁸⁹⁰- C.A com. Fès, 23 nov. 2005, n°= 72, aff. n°= 63-05, Recueil jurisp. CA com. Fès, 2006, p.391.

base de l'article 566 du CCM, l'extension de la compétence du tribunal qui a ouvert la procédure.

En réalité, considérer le juge-commissaire comme référé de la procédure est la tendance la plus partagée tant au niveau jurisprudentiel⁸⁹¹ que doctrinal⁸⁹². Nous estimons, comme l'ont souligné des auteurs⁸⁹³, que la compétence de cet organe doit être approuvée pour n'être écartée que dans les cas où les situations qui n'exercent aucune influence sur la procédure ou qui n'ont qu'une relation indirecte avec elle. Par ailleurs, la cour de Fès a dans son arrêt du 26 décembre 2012 a insinué que le juge commissaire incarne le rôle du juge des référés de la procédure au détriment du président du tribunal⁸⁹⁴.

B. Position des juges d'appel face à la compétence en matière de contestation de la distribution du produit d'actifs.

Le conflit de compétence entre le juge-commissaire et le tribunal n'est pas le seul qui peut naître du déroulement de la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise. En effet, l'absence de la condition d'urgence ne signifie pas automatiquement la plénitude de compétence du juge-commissaire là où la loi a observé le silence. Ainsi, le juge de l'appel a été saisi pour trancher cette question à l'occasion de la distribution entre les créanciers du produit de la cession de certains actifs de l'entreprise.

La réalisation de l'actif fait l'objet du chapitre II, du titre III du livre V du CCM. Il en ressort que, conformément à l'article 622 que les syndic a qualité de procéder à la répartition du produit de la vente des biens immeubles, après avoir déterminé le rang des créanciers, tenant compte des contestations portées devant le tribunal. D'autre part, il est habilité, en vertu de l'article 634, de distraire du produit de la

⁸⁹¹- Cass. com. 1^{er} oct. 1991, JCP 1992, éd. E, II, 21854, note M. Jeantin.

⁸⁹²- M. Lefrouji, Difficultés des entreprises..., op. cit. p. 225 ; Derrida, Godé, Sortais, op. cit. n°=86.

⁸⁹³- M. Chebbou, op. cit. p. 220-221; B. Soinne, op. cit. n°= 714.

⁸⁹⁴- C.A com. 26 déc. 2012, n°= 64, aff. n°= 42/12, Recueil jurisp. C.A com. Fès, 2014, p. 276.

liquidation l'ensemble des frais et dépens, subsides éventuels et des sommes payées aux créanciers privilégiés pour répartir le reste au marc le franc entre les créanciers dont les créances sont admises. L'ensemble de ces opérations est effectué sous la surveillance du juge-commissaire.

Mais qu'en est-il si les créanciers contestent le projet de répartition établi par le syndic ? Quel est l'organe compétent, est ce le tribunal ou le juge-commissaire ? A l'occasion de la vente d'un immeuble de l'entreprise en liquidation judiciaire, le juge-commissaire s'est estimé compétent pour homologuer ledit projet⁸⁹⁵. En appel, la cour a fait relever que si ce dernier détient le pouvoir de surveiller et de contrôler les actes du syndic, aucune disposition ne lui reconnaît, en revanche, le pouvoir de connaître des contestations naissant de la distribution du prix de la réalisation de l'actif de l'entreprise⁸⁹⁶. La cour a, en l'occurrence, décidé que l'organe compétent, demeure le tribunal en se basant sur les règles du droit commun, à savoir l'article 508 et 509 du CPC figurant au chapitre VII relatif à la distribution des deniers du titre IX intitulé, des voies d'exécution. En effet, le premier consacre la possibilité pour les créanciers de contredire le projet de distribution et le second dispose clairement que les contredits sont portés à l'audience du tribunal compétent. La cour en a conclu, à juste titre, que le juge-commissaire n'a aucun pouvoir en la matière, si ce n'est l'ensemble des prérogatives consacrées expressément, dans ce cadre, par le livre V du CCM.

Cependant, si le bien vendu est un fonds de commerce, il convient de puiser dans les règles relatives à la cession dudit bien telles qu'elles sont prévues par le CCM. En effet, la distribution des deniers dans ce cadre est prévue par les articles 143 à 151. Plus précisément, les articles 146 et 147 consacrent respectivement la compétence du juge-commissaire d'ordonner aux créanciers, s'ils ne s'entendent pas, de déposer au secrétariat-greffe, à peine de déchéance, leur demande de

⁸⁹⁵- Trib. com. Tanger, ord. 14 avr. 2006, aff. n°= 13-18/06 (inédit).

⁸⁹⁶- C.A com. Fès, 28 juin 2006, arrêt n°= 40, aff. n°= 16-06, Recueil jurispr. CA com. Fès, 2007, p. 468.

collocation et d'établir un projet de règlement de créanciers. Seulement, une précision élémentaire mais capitale s'impose, c'est qu'il s'agit de la cession du fonds de commerce en dehors des difficultés des entreprises, et le juge commissaire n'est qu'un juge commis par le président du tribunal, en vertu de l'article 143 du CCM.

Ces dispositions conjuguées à celles consacrées au juge-commissaire dans le cadre de la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise sont de nature à laisser croire à la compétence de cet organe pour connaître des contestations des créanciers relativement à la distribution du prix de cession du fonds de commerce. Ainsi, le juge-commissaire s'est reconnu le pouvoir d'homologuer le projet de répartition des deniers établi par le syndic⁸⁹⁷.

Mais les règles précitées ne se transposent pas automatiquement au contexte de la procédure de liquidation judiciaire. La cour d'appel a, pour annuler l'ordonnance du juge-commissaire, fait état de l'article 148 du CCM qui reprend presque les mêmes termes que l'article 509 du CPC, disant ainsi que les contredits sont portés à l'audience du tribunal⁸⁹⁸.

Ainsi, qu'elle soit à l'occasion d'un immeuble ou d'un fonds de commerce et par extension tout actif de l'entreprise, la contestation par les créanciers de la répartition du prix de cession, selon les règles tant du CPC que du code de commerce, relève de la compétence du tribunal de la procédure et non du juge-commissaire. C'est par ailleurs la tendance de la jurisprudence française et la doctrine marocaine en la matière que l'arrêt précité n'a pas manqué de citer⁸⁹⁹.

Enfin, il est à signaler que ces deux matières ne sont pas les seules sur lesquelles les juges de l'appel se sont prononcées. Dans d'autres domaines, le contentieux commence à se développer. Ainsi en est-il de la contestation de la volonté du syndic sur l'option de continuation des contrats en cours. La cour d'appel de commerce de Fès

⁸⁹⁷- Trib. com. Fès, ord. 18 juil. 2005, aff. n°= 4-99/6 (inédit).

⁸⁹⁸- C.A com. Fès, 7 déc. 2005, arrêt n°= 76, aff. n°= 75-05 (inédit).

⁸⁹⁹- Cass. com. 8 déc. 1987, cité par C. Sbaï, op. cit. Tome III, p. 120.

a décidé que les actions tendant à s'assurer de la résolution des contrats en cours par le syndic en raison de la volonté de ce dernier à ne pas poursuivre les contrats en question rentrent dans le champ de compétence des juges de fond et non de celui du juge commissaire⁹⁰⁰.

On est donc loin de penser que le pouvoir décisionnel en matière des difficultés de l'entreprise est l'apanage du tribunal de commerce sous ses différentes composantes. Les cour d'appel de commerce semblent s'impliquer davantage dans ce processus chaque fois que l'occasion se fait sentir. Par le biais de l'effet dévolutif de l'appel, elles peuvent déclencher la procédure si elles estiment, contrairement au tribunal de commerce, que les conditions en sont réunies. Plus encore, elles peuvent déterminer le sort de l'entreprise suite à un appel interjeté contre la solution arrêtée au premier ressort. Dans cette optique, nous avons vu que les juges d'appel se sont montrés plutôt hostiles à la conversion du redressement en liquidation judiciaire. De la même manière, le sort des créances peut être influencé suite un appel contre une décision du juge-commissaire sur la forclusion. Donc, si le sort de l'entreprise et de ses partenaires ainsi que le cours de la procédure se trouvent entre les mains du tribunal de commerce, la cour d'appel de commerce peut, néanmoins, y interférer considérablement.

⁹⁰⁰- C.A. com. Fès, 18 avr. 2007, arrêt n°= 12, aff. n°= 58/2006.

Sous- Chapitre II : Le premier président de la cour d'appel de commerce et les difficultés de l'entreprise.

Comme le président du tribunal de commerce, le premier président de la cour d'appel de commerce n'a pas un pouvoir d'intervention directe en matière de procédures de traitement des difficultés des entreprises. Sur ce point, le législateur marocain n'a pas suivi son homologue français qui a investi cet acteur judiciaire de pouvoirs propres et importants. En effet, la loi française permet à cet acteur, notamment, d'intervenir pour arrêter l'exécution provisoire d'une décision. L'étude de la compétence du premier président de la cour d'appel en France en matière de difficultés de l'entreprise nous permet ainsi d'apprécier la pertinence du choix de notre législateur d'écarter cette structure judiciaire en la matière (Section II). En réalité, malgré le défaut de consécration textuelle d'une mission que de cet organe pourrait accomplir, il demeure qu'il peut intervenir indirectement par le biais de sa qualité de chef hiérarchique de la cour (Section I).

Section I : Les pouvoirs du premier président de la cour d'appel de commerce au Maroc.

Les fonctions du premier président de la cour d'appel de commerce en matière de difficultés de l'entreprise sont essentiellement administratives en ce qu'elles visent uniquement l'organisation interne de la juridiction qu'il préside (I). Celles-ci visent l'homogénéisation du travail judiciaire à l'échelle de la cour et des tribunaux de commerce relevant de son ressort. Ce faisant, il peut, à travers l'analyse du comportement des différents intervenants édicter des mesures de façon à canaliser le déroulement des procédures dans leur cadre légal (II).

I. Le pouvoir d'organisation du premier président de la cour d'appel de commerce.

Pour un travail judiciaire homogène, il est nécessaire de procéder à une organisation interne de la juridiction. Dans cette optique, le premier président, avec la collaboration des magistrats de la cour, affecte les chambres par matière et désigne un président pour chacune, ainsi la chambre des difficultés des entreprises. Il ne s'agit plus en effet de bureau de faillite comme sous l'empire de l'ancienne législation⁹⁰¹, mais d'une véritable chambre dont l'importance au sein de la cour est la même que les sections concernant les autres matières.

Le pouvoir d'organisation du premier président permet de fixer le calendrier des audiences en l'adaptant à l'importance des affaires dont la cour est saisie.

L'affectation des magistrats au sein de ces chambres est telle qu'on assiste au niveau de l'ensemble des cour à une spécialisation de fait du juge en matière de procédures de traitement des difficultés des entreprises⁹⁰², si bien que les arrêts sont rendues presque par la même formation collégiale⁹⁰³. La sensibilité du premier président à la nécessité d'un rodage des magistrats relevant de sa cour à la technicité et à la complexité de la loi semble acquise⁹⁰⁴.

A côté de ces chambres, les premiers présidents des trois cours du Royaume ont mis en place des bureaux de statistiques centralisant

⁹⁰¹ - Seul le tribunal de première instance de Casablanca disposait de ce qu'on pouvait appeler Bureau de faillites.

⁹⁰² - on a remarqué que même lorsqu'il s'agit de mutations ou de promotions, les premiers présidents veillent à faire bénéficier la cour de l'expérience éventuelle du magistrat en question en la matière.

⁹⁰³ - Ce schéma est commun à toutes les cour d'appel de commerce. Dans l'affectation de l'effectif des magistrats aux juridictions de commerce, le ministère de la justice a procédé au fur et à mesure du besoin. L'unicité de la formation collégiale présente l'avantage d'unifier la jurisprudence à l'échelle de la cour et d'inspirer les juges du premier degré.

⁹⁰⁴ - Lors de notre visite aux cour d'appel de commerce, nous avons été persuadé que rare qu'un magistrat qui fait partie de la composition de la chambre traitant les entreprises en difficultés soit affecté par la suite à une autre chambre.

l'activité de la juridiction. Outre l'intérêt de la communication des données enregistrées au ministère de la justice, le premier président procède à une analyse du bilan de l'activité de sa cour aux fins d'apprécier le degré d'insatisfaction des parties à la procédure des décisions rendues au premier ressort tant en quantité qu'en qualité. De la sorte, la cour peut sous son impulsion adopter une position constante concernant les questions qui soulèvent plus de recours.

A l'échelle de sa cour, il fixe la stratégie de la saisine d'office à propos des appels interjetés contre les décisions émanant du tribunal de commerce de son ressort. Cette pratique concerne au premier abord le tribunal de commerce, mais la cour peut être impliquée lorsqu'un appel diligenté s'avère irrecevable pour violation d'une condition de forme, auquel cas elle peut rejeter l'appel ou se saisir d'office. A cet égard, le premier président peut définir une politique de mise en œuvre de l'article 563 du CCM pour associer les juges du second degré dans le déclenchement des procédures. Ainsi, la pratique s'est instaurée au niveau de la cour d'appel de commerce de Casablanca, en cas de saisine d'office, d'ordonner une expertise à la lumière de la dernière situation, afin de s'assurer de l'existence d'une cessation des paiements⁹⁰⁵. Cette pratique est la même qu'en premier ressort témoignant du souci du pouvoir judiciaire d'homogénéiser son travail et partant d'administrer une justice équitable à l'égard de l'entreprise et ses partenaires.

En conclusion, comme l'entreprise est une organisation dont la continuité dépend de la dynamique de la direction, la cour est une institution dont le bon fonctionnement dépend de l'agilité de son premier président.

⁹⁰⁵ - Ainsi dans l'affaire Minoterie Chaouia, la cour d'appel de commerce de Casablanca a relevé le défaut de qualité des appelants qui sont de simples associés et non des chefs de l'entreprise décidant alors de se saisir d'office en application de l'article 563, C.A. com. Casablanca, 15 fév. 2002, arrêt n°= 377/2002, aff. n°= 11/2001/884, cité par M. Lefrouji, op. cit. p. 154.

II. Le pouvoir d'intervention indirecte sur le déroulement de la procédure.

L'intervention du premier président de la cour d'appel de commerce sur le déroulement de la procédure de redressement judiciaire n'est qu'indirecte. En effet, la loi ne lui octroie aucun pouvoir d'agir à l'instar du président du tribunal, sauf à faire partie de la formation collégiale de la cour, auquel cas, il agit en tant qu'élément de celle-ci. Cependant, par son pouvoir d'organisation et de surveillance des recours, il peut attirer l'attention de la cour sur les éventuels excès des parties à la procédure. Cela se fait dans le cadre de réunions périodiques ou de tables rondes organisées au siège de la juridiction dont il assure la présidence. Ainsi, la vision du juge à l'égard d'une question de droit soumise à son pouvoir d'appréciation discrétionnaire peut faire l'objet d'un encadrement au fur et à mesure de la pratique. Des exemples ont été enregistrées auprès des cour peuvent illustrer le rôle que peut jouer le premier président de la cour d'appel de commerce. Il en est ainsi en matière d'ouverture de la procédure (A) et en matière de relevé de forclusion (B).

A. Définition de la stratégie judiciaire en matière d'ouverture de la procédure.

Comme les juges du tribunal de commerce, les juges du second degré peuvent être fréquemment amenés à apprécier les conditions d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Cette appréciation doit être faite avec le maximum de minutie possible, eu égard aux conséquences qui en découlent.

De la sorte, le premier président de la cour peut fixer les grandes lignes à sa cour dans le traitement des affaires. S'agissant de l'appréciation de la qualité du débiteur, la cour d'appel de commerce de Casablanca a adopté la technique de l'enquête et de l'expertise pour s'assurer de la justiciabilité de la personne concernée de la procédure de

redressement judiciaire et ce, en ayant recours aux décisions avant-dire droit⁹⁰⁶.

Concernant la situation financière de l'entreprise, le pouvoir judiciaire a remarqué au fil de la pratique que certains chefs de l'entreprise abusent de la déclaration de la cessation des paiements pour se soustraire au paiement de leur créanciers et prétendent, sinon à une remise de dettes, du moins à bénéficier d'un échelonnement de dettes via un plan de continuation où le passif sera étalé sur des années. La réaction de la cour d'appel de commerce de Casablanca, sous l'impulsion de son premier président en concertation avec les magistrats de sa cour est de veiller à lever toute équivoque sur l'existence de la cessation des paiements. On a désormais pris l'habitude de désigner un expert pour s'assurer de l'existence ou non de la cessation des paiements et si la situation est ou non irrémédiablement compromise. Cela est le cas également dans les autres cour, mais la particularité de la cour de Casablanca est de recourir d'une part à une enquête au cas où l'expertise s'avère insuffisante et d'autre part, à l'audition des créanciers.

L'objectif étant d'appliquer correctement l'article 560 du CCM, mais aussi d'user pleinement de la possibilité offerte par l'article 567 qui permet au juge de procéder à l'audition de toute personne utile, en l'occurrence les créanciers. Par cette pratique, la cour entend non seulement collecter les informations sur l'entreprise, mais aussi permettre aux créanciers de préserver leurs droits en les mettant au courant de la procédure. Ainsi la cour ordonne en avant dire-droit à l'expert de convoquer les créanciers connus de l'entreprise et le débiteur pour s'informer correctement sur la situation⁹⁰⁷.

⁹⁰⁶ - P. ex. C.A. com. Casablanca, 17 oct. 2003, aff. n°= 11/2002/2393, cité par M. Kartoum, Rev. tr. com. n°= 2, déc. 2006, p. 65.

⁹⁰⁷ - C. A. com. Casablanca, 31 oct. 2003, aff. n°= 11/2003/2309 et 11/2003/3155, cité par M. Kartoum, préc. p. 64.

B. Encadrement de la cour en matière de relevé de forclusion.

L'article 690 du CCM consacrant la forclusion constitue pour les créanciers une sorte d' « épée de Damoclès » qui peut s'abattre sur ceux d'entre eux qui n'ont pas déclaré leurs créances dans le délai légal. Surpris par l'interprétation (par ailleurs correcte) du pouvoir judiciaire de l'article 686⁹⁰⁸, les créanciers habituels de l'entreprise sont devenus aussi bien vigilants que réticents concernant le crédit.

Par ailleurs, certains débiteurs peu scrupuleux mettent à profit la procédure de redressement judiciaire dans l'espoir de voir leurs créanciers forclos. Pour ce faire, on a usé de certains artifices comme celui de déclarer la cessation des paiements en produisant une liste incomplète des créanciers, se refusant de la sorte d'y inclure ceux importants. Bien plus, il a été remarqué que certaines entreprises procèdent à la translation en langue arabe de leur nom commercial d'une façon viciée, aux fins de passer inaperçues dans les publications du bulletin officiel. Par ces procédés, le débiteur entend mettre ses créanciers dans l'impossibilité de savoir qu'une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à son égard pour qu'ils puissent exercer leurs droits à son encontre.

Ces pratiques dilatoires ont suscité l'intérêt du pouvoir judiciaire, surtout que les ordonnances du juge-commissaire décidant de la forclusion des créanciers font systématiquement l'objet d'un recours devant la cour d'appel. Des tables rondes ont été organisées à l'échelle de la cour d'appel de commerce de Casablanca sous la présidence de son premier président pour débattre de la question et d'unifier le travail judiciaire au sein des tribunaux du même ressort. Il s'en est suivi une nouvelle conception judiciaire de la forclusion qui va dans le sens d'un tempérament de la rigueur dans l'appréciation des conditions de la forclusion.

⁹⁰⁸ - C. A. com. Fès, 8 mai 2002, aff. n°= 03/02, arrêt n°= 9 ; 2 oct. 2002, aff. n°= 06/02, arrêt n°= 14 ; 7 nov. 2002, aff. 07/02, arrêt n°= 19 ; 26 mars 2003, aff. n°= 17/02, arrêt n°= 07 ; 26 mars 2003, aff. n°= 20/02, arrêt n°= 11.

Comme illustration, on peut citer le fait que la cour a considéré que le bulletin officiel n'est qu'un moyen de publication et non de publicité et qu'une publication non conforme à l'article 569, ne constitue pas une défaillance due au fait du créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans le délai légal⁹⁰⁹. A été considéré également par la même cour que la traduction erronée du nom commercial en arabe de la société est un fait justifiant le relevé de forclusion du créancier non déclarant⁹¹⁰. Il en est de même d'une déclaration de cessation des paiements dont la liste des créanciers ne comporte pas celui qui n'a pas déclaré sa créance⁹¹¹.

Après quatre ans d'exercice, le sujet de la forclusion a été une recette habituelle des tables rondes organisées mensuellement au siège de la cour d'appel de commerce de Casablanca et on est même allé jusqu'à recommander de front les juge-commissaires à inciter les syndics à convoquer les créanciers pour déclarer leurs créances. La sensibilité des tribunaux de commerce, comme celle de leurs homologues du second degré, à la nécessité de contenir les dérives des débiteurs a été telle que dans le jugement d'ouverture, on ordonne au syndic de convoquer les créanciers pour information⁹¹².

Ces illustrations ponctuelles d'intervention indirecte du premier président de la cour d'appel de commerce qui peuvent s'étendre à d'autres points de droit montrent la détermination de l'autorité hiérarchique de la juridiction du second degré d'être à cheval du comportement des acteurs de la vie économique et de veiller à ce que dans l'application de la loi par le juge, la lettre soit conforme à l'esprit. Le premier président de la cour d'appel de commerce est, en effet loin, d'être relégué au second plan, malgré le défaut de dispositions lui octroyant le pouvoir d'agir directement sur la procédure. Il semble que cet acteur judiciaire, grâce à son autorité morale, a su s'affranchir du

⁹⁰⁹ - C.A. com. Casablanca, 14 mars 2003, aff. n°= 181/2003/11, cité par M. Kartoum, préc. p.68.

⁹¹⁰ - C.A. com. Casablanca, 7 fév. 2003, aff. n°= 2960/2002/11, M. Kartoum, ibid.

⁹¹¹ - Ibid.

⁹¹² - P. ex. Trib. com. Casablanca, 13 oct. 2003, aff. n°= 10/2003/245 (inédit).

cadre purement textuel pour tracer une ligne de conduite du travail judiciaire à l'échelle de sa cour et des tribunaux relevant de son ressort. Son rôle, en droit comparé, est encore plus important.

Section II : Le premier président de la cour d'appel en droit comparé : cas de la France.

Le système français nous fournit un exemple où l'intervention du premier président de la cour d'appel est marquée avec plus d'acuité au niveau des procédures de redressement judiciaire. En effet, il a le pouvoir de désigner dans certaines conditions la juridiction compétente pour se saisir de l'affaire, mais surtout d'arrêter l'exécution provisoire d'une décision intervenue le déroulement de la procédure.

Rappelons que le droit français fait distinction entre le régime général et le régime simplifié, de sorte que le premier est applicable aux entreprises qui emploient plus de cinquante salariés ou qui réalisent un chiffre d'affaire hors taxe supérieur à 2 millions de francs (200.000 euros)⁹¹³. Ainsi, il peut arriver qu'un tribunal saisi s'estime incompétent en raison de l'interprétation qu'on a faite des critères précités, ou en raison du fait que l'assignation d'un créancier est erronée concernant les caractéristiques de l'entreprise. Dans ce cas, le premier président de la cour d'appel se trouve investi du pouvoir de désigner le tribunal compétent⁹¹⁴. Mais faudrait-il que le tribunal saisi s'estime incompétent, parce qu'autrement, une procédure sera éventuellement ouverte.

En réalité ce pouvoir est resté marginal car d'abord, le règlement est intervenu pour déterminer les tribunaux pouvant connaître de la procédure générale. Notre pays n'a pas opté pour une dualité du régime pouvant occasionner des problèmes de compétence. Quelque soit la taille de l'entreprise, l'affaire est portée devant le tribunal de commerce selon une procédure unique. Par ailleurs même en France, la pratique

⁹¹³ - Art. 2 de la loi du 25 janvier 1985 et art. 1 du décret n°= 85-1387 du 27 décembre 1985.

⁹¹⁴ - Art. 3 du décret du 27 décembre 1985.

montre que l'article 3 du décret 27 décembre 1985 précité investissant le premier président de la cour d'appel du pouvoir d'intervenir est devenu lettre morte⁹¹⁵.

Le premier président de la cour d'appel a également le pouvoir en vertu de l'article 155 al. 2 du décret précité d'arrêter l'exécution provisoire des jugements et ordonnances rendus en matière de redressement et de liquidation judiciaires⁹¹⁶. Il peut donc contrôler l'exécution provisoire des décisions statuant sur le sort de l'entreprise, mais cela est conditionné par le caractère sérieux des moyens invoqués à l'appel. Il dispose à cet égard un pouvoir d'appréciation discrétionnaire.

La notion de moyens sérieux invoqués à l'appui de l'appel est très vague, elle fait appel d'abord à la recevabilité de l'appel à savoir essentiellement, la qualité et l'intérêt à user de cette voie de recours. La doctrine estime cependant qu'une déclaration d'appel suffit pour que le premier président ordonne d'arrêter l'exécution provisoire, car c'est à la cour d'apprécier ces conditions⁹¹⁷.

Quoiqu'il en soit, la demande de référé doit être régulière en fond et forme pour être recevable. La saisine de ce dernier aux fins d'arrêter l'exécution doit être de nature à cesser un trouble imminent qui serait causé par la décision en question. Il en est ainsi du débiteur qui a interjeté appel contre un jugement arrêtant un plan de cession, alors qu'il a obtenu des liquidités peu de temps après⁹¹⁸, ou du repreneur évincé qui prétend que son offre est plus intéressante que celle retenue par le tribunal⁹¹⁹.

⁹¹⁵ - Ibidem.

⁹¹⁶ - L'exécution de plein droit est consacrée par l'article 155 al. 1 du décret français et par l'article 728 du NCCM qui excepte les décisions rendues en matière de déchéance commerciale et de banqueroute et autres infractions.

⁹¹⁷ - L. Cadiet, L'exécution provisoire, Rev. proc. coll. 1987-2, 21.

⁹¹⁸ - Lyon, 23 sep. 1988, Petites affiches, n°= 150, déc. 1988, p. 24 ; D. 1989, somm. 13, obs. Derrida.

⁹¹⁹ - Amiens, 4 juil. 1986, Gaz. pal. 15-16 oct. 1986, note J.P. Marchi.

L'expérience française a montré que comme tout juge des entreprises en difficultés, le premier président de la cour d'appel est séduit par l'opportunité que peut offrir l'arrêt de l'exécution provisoire. Ainsi, la conversion du redressement en liquidation d'un artisan a été arrêtée en raison de la réduction des frais de gestion avec maintien du chiffre d'affaires et de la promesse de cession du fonds de commerce intervenue après le jugement en question. Dans cette affaire, l'intervention du premier président avait pour résultat d'allonger davantage la période d'observation dépassant le délai légal⁹²⁰. Plus encore, ce dernier excédant ses pouvoirs, a ordonné l'arrêt de l'exécution provisoire d'un jugement arrêtant la liquidation judiciaire après prononciation du redressement le même jour⁹²¹ selon la procédure simplifiée pour faire bénéficier l'entreprise du régime général. En l'espèce, l'entreprise a proposé un plan de continuation qui paraissait sérieux aux yeux du premier président⁹²².

On voit donc que cet acteur judiciaire n'hésite pas à violer une disposition légale dès lors qu'il estime que son intervention peut limiter les conséquences manifestement excessives d'une décision rendue au premier degré. Plus particulièrement, il peut éviter qu'une liquidation s'abatte sur l'entreprise si entre-temps les auspices d'un redressement se sont annoncées. Pour justifier sa décision, il se retranche derrière ses pouvoirs propres reconnus dans le cadre du droit commun. Seulement, au début de l'application de la loi de 1985 cette intervention était fréquente, elle l'est aujourd'hui moins en raison de la construction d'une jurisprudence relative à la contestation du jugement statuant sur le plan⁹²³.

Au Maroc, l'arrêt de l'exécution provisoire en cas d'appel est formé devant la cour d'appel par requête non jointe au fond. La juridiction statue en chambre de conseil après avoir convoqué les

⁹²⁰ - Grenoble, 13 mai 1987, Gaz. pal. 29-30 nov. 1987, p. 18.

⁹²¹ - Cette pratique n'est plus possible depuis la réforme de 1994.

⁹²² - Versailles, 25 mars 1987, Gaz. pal. 15-16 avr. 1987, p. 21.

⁹²³ - Ph. Jeannerot, op. cit. n°= 339.

parties⁹²⁴. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de commerce de Fès a ordonné la suspension de l'exécution provisoire d'un jugement prononçant la liquidation judiciaire qui a été frappé d'appel, afin de limiter les effets pervers de l'exécution par provision prévue par l'article 728 du CCM⁹²⁵. Pour unique qu'elle soit, cette décision a été commentée en milieu judiciaire par un accueil favorable et envoyée au ministère de la justice aux fins de publications⁹²⁶.

⁹²⁴ - Art. 147, al. 4 du CPC.

⁹²⁵ - Sur les méfaits de l'exécution provisoire en matière de procédures de traitement des difficultés des entreprises, voir infra, p. 700.

⁹²⁶ - M. Sabir (Président du tribunal de commerce de Marrakech), note sous Ord. C.A com. Fès, 7 juil. 2004, aff. n°= 9/4/2004, Annexes du rapport sur les recommandations de proposition de réforme du livre V du CCM, USAID, 2006.

CHAPITRE II : L'ENTREPRISE EN DIFFICULTES FACE AU POUVOIR REGULTEUR DE LA COUR DE CASSATION.

L'intervention de la cour de cassation⁹²⁷ dans les difficultés des entreprises s'inscrit dans le cadre du souci du législateur de respecter l'ordre judiciaire, de façon à sauvegarder l'ordre de la pyramide juridictionnelle. Ainsi, si les différents organes judiciaires étudiés jusqu'ici interviennent directement dans la procédure pour prévenir, décider, diriger, surveiller ou contrôler à un stade de la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise, la cour de cassation, en revanche, est dénuée d'un tel pouvoir. Sa fonction essentielle est conformément au droit commun de contrôler les décisions des juridictions inférieures. Plus précisément, son intervention est indirecte, en ce sens que saisi d'un pourvoi en cassation, elle vérifie s'il a été statué par la cour d'appel de commerce, conformément à la loi. La cour de cassation s'avère donc un pôle de contrôle dont l'objet est de servir la légalité. Ce faisant, son action est de nature à rejaillir grandement sur la situation de l'entreprise et de celle de ses partenaires. Il suffit, en effet, qu'elle précise les contours de la notion de cessation des paiements, et à moins de dissidence de la part des juges inférieurs, pour voir le régime des procédures canalisé dans le sens qu'elle désire. De la même manière, les créanciers peuvent voir leur situation influencée en se prononçant sur les sûretés et les privilèges.

La cour de cassation joue alors un rôle de premier plan dans la régulation et l'unification de l'action des différents centres judiciaires de décisions dans le cadre de la procédure collective. Quoique sa jurisprudence n'a pas un caractère obligatoire comme la loi, il est rare que les juridictions inférieures se montrent dissidentes à l'égard de ses décisions, notamment lorsqu'elle se prononce par principe. Ainsi, c'est

⁹²⁷ - Appelée cour suprême depuis sa création par le Dahir du 27 septembre 1957, cette nomination a été remplacée par celle jugée, plus explicite, cour de cassation depuis le 3 octobre 2011.

grâce à ses lumières qu'elle influence les détenteurs du pouvoir de décision (Section II). A vrai dire, son intervention a été attendue avec impatience de la part des praticiens et des chercheurs, surtout dans domaines sensibles de l'application de la loi, comme en matière de cessation des paiements, de situation irrémédiablement compromise, mais surtout d'articulation des règles du livre V du CCM avec celles du droit commun.

Mais ce pouvoir régulateur dans le domaine des difficultés des entreprises n'est pas aussi absolu qu'en d'autres matières, si bien qu'en raison de l'accroissement du pouvoir souverain des juges du fond, les juges suprêmes ne projettent leur lumière qu'une d'une façon limitée. Il est donc nécessaire de cerner d'abord le particularisme du rôle de la haute juridiction en la matière (Section I).

Section I : Rôle de la cour de cassation en matière de difficultés des entreprises.

Notre pays a opté pour l'unité du système judiciaire qui permet à la cour de cassation d'occuper le sommet de la pyramide juridictionnelle. Quelle que soit la matière contentieuse, la haute juridiction exerce la même tâche, contrôler la légalité des décisions du fond. Seulement, le particularisme de ce rôle au niveau des difficultés des entreprises est qu'il s'exprime d'une façon limitée en raison de la grande marge de souveraineté et du pouvoir discrétionnaire dont jouissent les juridictions inférieures (II). Mais auparavant, nous avons jugé qu'il n'est pas inutile de rappeler le mode organisationnel de la haute juridiction, car d'une part, l'efficacité de sa tâche est tributaire d'un circuit administratif adéquat. D'autre part, les réformes successives qu'a connues notre pays sur les plans juridictionnel et judiciaire ont influencé remarquablement l'organisation en question. En l'occurrence, l'intérêt porté aux procédures de traitement des difficultés des entreprises s'est octroyé un droit de regard au sein de cette organisation(I).

I. La place des procédures collectives dans la mosaïque organisationnelle de la cour de cassation.

La cour de cassation a vu son organisation complètement modifiée, afin de répondre au mieux aux besoins de la modernité et partant, à ceux des justiciables. Celle-ci a été couronnée en 1997 par la création de structures administratives donnant un nouvel aspect aussi différencié à l'organigramme de la cour (A). En ce qui concerne les difficultés de l'entreprise, les pourvois sont pour leur quasi-totalité tranchés par la chambre commerciale, exigeant ainsi d'apprécier la place de cette chambre au sein d'un tel palais de justice (B).

A. Rappel sur le nouvel organigramme de la cour de cassation.

L'organigramme de la cour de cassation est basé sur l'existence de six chambres : civile, de statut personnel, commerciale, sociale, administrative et pénale. Leur fonctionnement repose directement ou indirectement sur une double composition. Celle organique consiste en l'existence d'un corps de magistrature et des secrétariats de greffe (1) et celle administrative basée sur l'existence de structures qui assurent une tâche de gestion purement administrative de la cour (2).

2. Composition organique de la cour de cassation.

Organiquement, la cour de cassation comprend cinq structures. Le premier président, le ministère public, le bureau du conseil de la cour de cassation, le secrétariat du greffe et le greffe du ministère public.

Le premier président est la structure qui coiffe les membres de la cour. Parmi ses tâches principales figure celle qui consiste à distribuer les affaires entre les chambres considérées et d'y affecter les magistrats de la cour. D'autre part, il détermine le nombre de sections par chambre en fonction du volume des pourvois en cassation et de leur objet. De la sorte, depuis l'entrée en vigueur des tribunaux de commerce en 1998, une section a été réservée aux difficultés de l'entreprise, dite première section de la chambre commerciale. Les conseillers qui y sont affectés

sont généralement issus des trois cour d'appel de commerce ayant justifié une expérience importante dans le traitement des dossiers de la défaillance des entreprises. Cette façon d'organiser l'affectation des magistrats est tout à fait logique, puisqu'elle met en avant le souci de profiter de l'expérience cumulée en la matière dans les juridictions inférieures⁹²⁸.

Le ministère public comprend le procureur général du Roi près la cour de cassation, le premier avocat général qui représente ce dernier dans des missions précises comme dans les affaires où au moins deux chambres sont réunies et des avocats généraux qui représentent le ministère public au niveau de chaque chambre.

Les décisions ne sont pas prises au gré du premier président, mais c'est suite à la réunion du bureau du conseil de la cour à la première moitié de décembre de chaque année que les délibérations sur de telles questions sont abordées. Le conseil comprend, outre le premier président, les présidents des chambres, le doyen des conseillers de chaque chambre, le procureur général du Roi près la cour et le premier avocat général.

Quant au greffe, il gère le circuit administratif des pourvois en assurant leur enrôlement et leur envoi aux chambres correspondantes. Ainsi par exemple, l'enrôlement est tel que les affaires relatives aux difficultés des entreprises commence par le numéro du dossier suivi du chiffre, trois, indiquant la chambre en charge, en l'occurrence, celle commerciale et celui correspondant à la section qui est de un, avant de clôturer par l'année du pourvoi (ex : affaire n°= 115/3/2015). Le greffe du ministère public agit de même vis-à-vis des avocats généraux.

⁹²⁸ - Selon les dires d'un conseiller, appliquer un texte est très différent de juger si l'application qui en a été faite est correcte ou pas. Entretien, 24 avril 2013.

3. Les piliers de l'organisation administrative de la cour de cassation : documentation, statistiques et informatique.

Le fonctionnement administratif au quotidien de la cour de cassation est basé sur une organisation comprenant, outre le premier président, le procureur général du Roi et leurs secrétariats particuliers respectifs, un secrétariat général, trois services et un centre de publication et de documentation judiciaire.

Quant aux services, on distingue le service de documentation et des études, le service des statistiques et le service informatique. Ceux-ci ont chacun une tâche précise dont la conjugaison permet à la cour d'accomplir ses différentes missions à bon escient.

Ainsi, le service de documentation et des études contribue à la mise en œuvre des mesures nécessaires pour éviter un encombrement administratif éventuel et joue un rôle très important dans la recherche scientifique et dans la communication interne de la cour, afin d'assurer l'uniformité de sa jurisprudence. Pour ce faire, il entreprend, d'office ou sur demande de magistrats, des études sur les questions du droit qui paraissent constituer une source de pourvois fréquents en s'aidant de la législation et de la jurisprudence comparées. Dans ce sens, le service publie périodiquement la jurisprudence de la cour et parfois, celle des hautes juridictions d'autres pays, afin d'asseoir la tendance de nos juges suprêmes dans le contexte international⁹²⁹. Ainsi les premiers arrêts qui ont soulevé la question de la cessation des paiements et de la situation irrémédiablement compromise ont suscité l'intérêt d'une publication. Par ailleurs, ces deux notions importantes ont fait l'objet d'une étude comparée dans différents pays arabes et européens au lendemain de la promulgation du CCM, mais aucune publication n'a été diffusée.

⁹²⁹ - Les publications de la cour comprenaient jusqu'en 2011, le bulletin de l'information, les cahiers de la cour suprême, le rapport annuel, la revue de jurisprudence de la cour suprême, les actes du colloque et les arrêts de la cour suprême.

Dans le même sens et dans le cadre de jumelage entre les différentes hautes juridictions des pays liées par des conventions de collaboration⁹³⁰, ce service compte profiter de l'expérience de son homologue près de la cour de cassation française, afin d'orienter convenablement les pourvois entre les différentes chambres. La fonction de documentation serait alors axée sur la sélection des moyens des pourvois et d'en regrouper ceux qui posent le même problème juridique en opérant un classement des mots clés pour alimenter une base de données. Cette procédure dite, de prétirage, permet alors un tri entre les différents pourvois et une affectation à la chambre correspondante⁹³¹. A titre d'exemple, après avoir constaté une fidélité linguistique à l'ancienne législation sur la faillite, le service de documentation et des études français veille à inclure dans la base de données informatique les mots-clés de l'ancienne législation (faillite, situation désespérée, règlement judiciaire, etc.) malgré le changement de langage opérée par les dernières réformes⁹³². Ce phénomène est rencontré également dans notre pays : exposition des droits des créanciers à un danger imminent, masse des créanciers, situation sans issue, etc.

Quant au service des statistiques, il a été créé en 1997, en vue de contribuer à l'appréciation du rendement de la cour et à fixer sa politique à venir quant à son organisation et à son fonctionnement. A cet égard, le service élabore une édition périodique contenant les

⁹³⁰ - Le Maroc et la France ont signé leur convention de jumelage le 5 septembre 1995. Soulignant la similitude des principes généraux sur lesquels est basée l'organisation judiciaire des deux pays, l'article 1^{er} de la convention précise que les deux cour procèdent à leur jumelage afin de leur permettre d'assurer leur missions respectives par le biais d'une coopération mutuelle.

⁹³¹ - Pour plus de détails, voir Le juge de cassation à l'aube du 21^{ème} siècle, Réponse au questionnaire : Cours suprêmes et nouvelles technologies (Maroc et France), AHJUCAF, Marrakech, mai 2004.

⁹³² - http://www.courdecassation.fr/institution_1/organisation_cour_56/service_documentation. Juin 2008.

statistiques relatives à chaque chambre, à ses différentes sections et au rendement de chaque conseiller⁹³³.

Certes, ces efforts sont louables, mais les statistiques élaborées sont parfois assez superficielles. En ce qui nous concerne, en l'état actuel des choses, les statistiques ne renseignent guère les chercheurs ou les praticiens d'une façon détaillée sur les flux des pourvois relatifs aux procédures de traitement des difficultés des entreprises.

Le service informatique, comme son nom l'indique, est la structure administrative qui permet à la cour de cassation d'être à cheval de la technologie de l'échange de l'information. Sur le plan judiciaire, le service œuvre pour l'informatisation des procédures et leur suivi à distance. Ceci est d'autant plus souhaitable qu'en matière de difficultés des entreprises, l'action du juge est aussi efficace qu'elle intervienne en temps utile. Pour ce faire, une formation *ad-hoc* est assurée au personnel de la cour, essentiellement le corps de la magistrature et le personnel du greffe. Parallèlement, le service informatique collabore avec le centre de publication et de documentation judiciaire pour l'élaboration du recueil des arrêts sur supports informatiques (essentiellement des CD)⁹³⁴.

Mais, il reste que la préoccupation actuelle de ce service est celle de la mise en place d'une procédure électronique. Dans cette optique, notre cour de cassation œuvre à côté de ses homologues des autres pays membres de l'association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF) pour la généralisation d'un tel système en étudiant les principales contraintes et les remèdes. Le Maroc a, dans cette optique réitéré sa disposition et sa réceptivité à

⁹³³ - Le service des statistiques compte établir des études statistiques sur l'activité des chambres depuis 1957.

⁹³⁴ - Les arrêts sélectionnés sont au nombre de 3000 dont 800 sont transcrits en français et concernent les chambres dans leur totalité, mais un tri a été opéré par chambre et par section pour faciliter la recherche.

l'instauration d'une procédure électronique en s'inspirant des pays initiateurs en la matière⁹³⁵.

L'organisation administrative de la cour de cassation a été parachevée en 1998 par la création d'un centre de publication et de documentation judiciaire⁹³⁶, laquelle s'inscrit dans l'effort déployé en vue d'améliorer l'outil du travail judiciaire et administratif de la cour. Parmi ses principales fonctions figure celle qui vise à éditer et publier toute œuvre ayant un rapport avec la cour de cassation, la réactualisation des bases de données informatiques de la cour et la transcription sur supports informatiques des arrêts de la cour, des commentaires, des études et des textes législatifs. Le centre supervise également la formation continue des magistrats de la cour et du personnel en langue étrangères et en informatique. Le centre vise en projet une vulgarisation de la culture judiciaire marocaine sur le plan international en contribuant au développement de la banque de données du JURICAF, lequel site accueille la jurisprudence des juges suprêmes des pays membres de l'AHJUCAF.

On remarque ainsi que le chantier de la modernisation de la cour de cassation s'est mis sérieusement en marche au lendemain de la promulgation du CCM et de l'entrée en vigueur des juridictions de commerce. Cela devrait normalement contribuer, surtout par le biais de l'informatisation, à une vulgarisation de la justice commerciale, surtout en matière de procédures collectives qui sont restées, pendant longtemps, dans l'ignorance. On note actuellement un regard important à cette matière, mais il faut œuvrer davantage pour que l'information soit plus facilement accessible pour renseigner les différents intervenants, surtout les créanciers.

⁹³⁵ - Le juge de cassation à l'aube du 21^{ème} siècle, Cours suprêmes et nouvelles technologies, Congrès de l'AHJUCAF, préc.

⁹³⁶ - Arrêté n°= 440-98-2 du 27 août 1998.

B. Place de la chambre commerciale et des difficultés des entreprises au sein de la cour de cassation.

La chambre commerciale fait partie intégrante de l'organisation interne de la cour de cassation et ce, depuis son institution en 1957. Seulement, le volume des dossiers dont elle est saisie a connu une évolution très importante rendant compte de l'insatisfaction du milieu des affaires. Ce faisant, sur le plan quantitatif, la place de la chambre commerciale au sein de la cour peut être appréciée de point de vue volume des affaires dont elle se trouve saisie (1). Sur le plan qualitatif, cette chambre connaît désormais de plusieurs matières dont les difficultés des entreprises sont venues en consolider la différenciation (2).

1. Appréciation du volume des affaires de la chambre commerciale.

Au lendemain de l'entrée en vigueur du code de commerce de 1996, la cour de cassation s'est organisée de telle sorte à diriger vers la chambre commerciale les pourvois dont la contestation a en cause une règle de ce dispositif entre autres. Cette organisation a été effective avec le démarrage des juridictions commerciales, laquelle a coïncidé avec la mise en place de nouvelles structures administratives au niveau de la cour de cassation. Le souci de la haute juridiction est, en effet, d'assurer un partage équitable des affaires entre les chambres en assurant la rapidité dans leur traitement.

De la sorte, on peut dire que la cour de cassation connaît d'une moyenne de 35.000 affaires par an. Pendant quatre ans (2005 à 2008) la courbe a été descendante, puisqu'en ces trois ans, le volume des affaires à diminué d'environ 19%. A partir de 2008, la cour est revenue à la cadence normale, si bien que jusqu'en juin 2009, les pourvois enregistrés étaient au nombre de 18.021⁹³⁷.

⁹³⁷ - Source : Service des statistiques près de la cour de cassation. Celles-ci ont été publiées en ligne au site WWW.coursupreme.ma, consulté, le 21 janv. 2010.

Chambre	2005	2006	2007	2008	Total	Moyenne par an
Civile	4.221	4.512		4.643	13.376	4.458
Statut pers.	686	686		695		689
Commerciale	1.299	1.522	1.706	1.427	5.954	1.488
Sociale	1.302	1.472		1.578	4.352	1.450
Administrative	3.518	3.197		1.078	7.793	2.597
Pénale	26.478	25.249		26.365	78.092	26.030
Total	37.704	36.638	30.586	35.786	140.514	35.128

Tableau XVII : Distribution des pourvois par chambre (2005-2008)⁹³⁸.

Quant à la chambre commerciale, on peut dire que sa sollicitation par rapport aux autres chambres est moyennement importante en volume. En effet, durant quatre ans, elle a connu de 5.954 affaires, soit en moyenne 1500 par an environ. En d'autres termes, elle statue sur 28 dossiers à la semaine.

D'un autre côté, en terme de pourcentage, la chambre commerciale est saisie en moyenne de 4,25% des pourvois, devant, de la sorte, la chambre de statut personnel et la chambre sociale. En revanche, à comparer avec la chambre civile, elle est sollicitée presque trois fois moins. Cette donnée est compatible avec la thèse qui veut que notre société est dominée plus par les aspects de la vie civile que ceux de la vie des affaires. Mais il est à prendre en considération également le fait que les pourvois relatifs au droit pénal des affaires sont généralement dirigés vers la chambre pénale, composée de onze sections. Cette dernière, à elle seule, est en charge d'environ 70% des pourvois.

⁹³⁸- Source : Service des statistiques près de la cour de cassation. Celles-ci ont été publiées en ligne au site WWW.coursupreme.ma, consulté, le 13 juin 2008.

Quoiqu'il en soit, le volume des pourvois commerciaux corréle bien avec le nombre de décisions enregistrées à l'échelle des cours d'appel de commerce en 2005 qui est de 8.498⁹³⁹. Le taux du pourvoi en cassation, relativement à 2005-2006 est donc de 18%. Schématiquement, la chambre commerciale de la cour de cassation est saisie chaque fois que les juges commerciaux du second degré émettent cinq décisions.

2. Appréciation du recours en cassation en matière de difficultés des entreprises.

La place des difficultés des entreprises parmi les matières qui constituent une substance des pourvois de la cour de cassation peut être appréciée d'un double point de vue. Tout d'abord, il s'agit de voir la part qu'occupe cette matière dans l'ensemble(a). Cette donnée est ensuite complétée par la distribution des différents types d'arrêts rendus dans ce domaine (b).

a. Appréciation de la part des difficultés des entreprises au sein de l'ensemble du pourvoi.

Les difficultés des entreprises ont pour une grande part contribué à la florescence du contentieux commercial que la cour de cassation confie, généralement, à la chambre commerciale. Les pourvois en la matière sont du ressort de la première section de celle-ci. Ainsi, au titre de l'année 2006, 215 pourvois en la matière ont été enregistrés⁹⁴⁰.

En termes de place des difficultés des entreprises au sein du classement des matières de la cour de cassation, on peut dire que les pourvois en la matière représentent 0,7% du pourvoi global. Mais, en mettant à part les affaires pénales et les matières spécifiques par les dispositifs légaux qu'elles mettent en jeu, tels que le contentieux

⁹³⁹ - Rev. tr. com. Déc. 2006, n°=2, p. 212.

⁹⁴⁰ - Source : Service des statistiques près de la cour de cassation, préc.

administratif et le contentieux relatif au statut personnel, ce taux grimpe à 4%, ce qui n'est pas négligeable.

Si on peut généraliser ces données relatives à l'année 2006, on ne peut que souligner qu'avec la mise en place des juridictions de commerce et la réforme du droit des procédures collectives, le contentieux relatif aux difficultés des entreprises a connu un développement aussi important qu'il a sollicité l'intervention de la haute juridiction. Ceci est d'autant plus vrai que sous l'empire de l'ancien système, cette matière n'occupait qu'une place marginale au niveau des juridictions de fond et à plus forte raison au niveau de la cour de cassation.

Mais il reste que la principale donnée est celle qui met en relief le taux du pourvoi en la matière. En mettant en avant le nombre des affaires jugées par les trois cour d'appel de commerce en 2005 qui est de 339⁹⁴¹ et en considérant le nombre des pourvois enregistrés en 2006 qui est de 215, l'on ne peut que s'étonner d'un taux de pourvoi en matière de difficultés des entreprises avoisinant 63%. Autrement dit, dans près de trois arrêts des cour d'appel de commerce, deux font l'objet d'un pourvoi en cassation. Ce taux est sans commune mesure avec celui enregistré au niveau de la chambre commerciale toutes sections confondues et qui de 16,5%. Autrement-dit, le sixième du pourvoi concernant la matière commerciale a trait aux difficultés des entreprises.

Ces données sont corroborées à celles de la typologie des arrêts en la matière, afin d'apprécier les pourvois de point de vue qualitatif et de justifier ces statistiques.

b. Typologie des arrêts rendus en matière des difficultés des entreprises.

L'appréciation de la distribution des différents types d'arrêts rendus à l'occasion de l'application du livre V du CCM permet de mettre

⁹⁴¹ - Source : Ministère de la justice, Rev. Tr. com. n°= 2, préc. p. 216.

en relief la perception des justiciables de la qualité des décisions rendues par les juges du fond et partant, expose d'une manière chiffrée le rôle régulateur de la cour de cassation en la matière (Tableau XVII).

Type d'arrêt	Difficultés des entreprises	Chambre commerciale	Total de la cour
Cassation - renvoi	89 (34%)	401 (29%)	4.353
Cassation partielle	0	1	327
Radiation	2	11	1.120
Rejet du pourvoi	8 (3%)	15	12.261
Irrecevabilité	115 (44%)	824	3.771
Désistement	45 (17%)	135	1.120
Autre	0	1	
Total	259	1.388	40.814

Tableau XVIII : Typologie des arrêts émis par la cour de cassation en 2006⁹⁴².

Ces données peuvent être traitées sous plusieurs angles de vue. La première remarque à faire est celle qui met en relief la fréquence de l'irrecevabilité et de la cassation qui, ensemble, dépassent les trois quart des arrêts rendus par la cour de cassation en matière de difficultés des entreprises (78%). Schématiquement, sur 20 pourvois formés à l'occasion des procédures collectives, 9 sont irrecevables. Autrement dit, dans un peu moins de la moitié des cas, les demandeurs au pourvoi sont irrecevables dans leurs prétentions. Souvent, ceux-ci n'arrivent pas à convaincre les juges suprêmes que leurs homologues du fond ont violé ou mal appliqué la loi relative aux difficultés des entreprises. Ceci est d'autant plus vrai que les arrêts d'irrecevabilité ne représentent globalement que 9,2% à l'échelle de la cour. L'irrecevabilité en matière de difficultés des entreprises est donc presque quatre fois plus fréquente que la moyenne. Mais qu'en est-il de la rectitude de l'application de la loi par les juges du fond ?

⁹⁴² - Source : Service des statistiques de de la cour de cassation.

De fait, la remarque principale est celle qui a trait à la fréquence des arrêts de « cassation avec renvoi ». Ceux-ci représentent 34% des arrêts de la cour de cassation rendus en matière de difficultés de l'entreprise. Cette donnée mérite que l'on s'y arrête, car elle reflète la qualité de la justice rendue par les juges inférieurs. Ainsi, dans plus du tiers des cas de pourvois formulés, les arrêts des cour d'appel de commerce encourent la cassation. Ce chiffre est relativement important par rapport à la part des arrêts de cassation émis par la chambre commerciale qui est d'environ 29%. De la même manière, il représente plus de trois fois la cassation enregistrée à l'échelle de la cour de cassation toutes chambres confondues. En d'autres termes, si la haute juridiction casse les décisions au fond à raison de 1/10, en matière des difficultés des entreprises, ce ratio remonte à 7/20.

Ce pourcentage relativement élevé trouve sa justification dans le fait que la législation en matière des procédures collectives a été refondue si brutalement que les demandeurs au pourvoi montrent plus facilement que les juges du fond en violent les dispositions. Ceci est d'autant plus vrai que ce taux de censure est enregistré à la dixième année de l'entrée en vigueur du livre V du CCM, confirmant une fois de plus qu'il n'y a pas de précédents en la matière. Par ailleurs, les années 2004 et 2005 ont connu un flux remarquable des pourvois dont les moyens étaient axés sur la matière de la forclusion. La majorité des pourvois sont formés par les créanciers déclarés forclos⁹⁴³. Ceci est tout à fait compréhensible, car autant les créanciers publics que les banquiers ne se laissent pas convaincre facilement de leur forclusion.

Ces résultats montrent clairement que sur le plan quantitatif, la cour de cassation est aussi bien concernée par les difficultés des entreprises que les composantes du pouvoir judiciaire étudiées précédemment. Qu'en est-il alors sur le plan qualitatif?

⁹⁴³ - Sur 21 pourvois pris au hasard, 12 concernaient la forclusion.

II. Expression du pouvoir régulateur de la cour de cassation en matière de difficultés des entreprises.

Le rôle de la cour de cassation découle de sa compétence, laquelle est prévue par l'article 353 du CPC⁹⁴⁴. Mises à part les procédures spéciales, sa principale attribution reste le contrôle de la régularité des décisions rendues par les juridictions inférieures. Après avoir rappelé les différentes formes de ce contrôle (A), il convient d'en traiter dans le cadre des procédures collectives (B).

A. Les formes de contrôle exercé par la cour de cassation.

Il existe plusieurs critères de classification du contrôle de l'application de la règle de droit par les juges suprêmes⁹⁴⁵. La plus simple consiste à le classer en fonction de sa nature. Ainsi, on distingue trois sortes de contrôle : formel ou de procédure (1), logique, appelé également contrôle de motivation (2) et normatif (3). Ce dernier est le plus important, car il a trait directement à l'application de la règle juridique par les juridictions inférieures. Pour une meilleure élucidation, nous présenterons quelques exemples tirés de la pratique des procédures de traitement des difficultés des entreprises.

1. Manifestation du contrôle formel dans la procédure collective.

Appelé ainsi parce qu'il a trait à la régularité des formes de procéder. Le demandeur au pourvoi doit, en effet, fonder sa cause sur la violation d'une règle de procédure par laquelle il a subi un préjudice⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ - Cet article énumère les cas sur lesquels la cour de cassation statue, sauf disposition contraire : 1- Les pourvois en cassation formés contre les décisions rendues en dernier ressort par toutes les juridictions du Royaume ; 2- Les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les décisions émanant des autorités administratives ; 3- Les recours formés contre les actes et décisions par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs ; 4- Les règlements de juges entre juridictions n'ayant au dessus d'elles aucune juridiction supérieure commune autre que la cour suprême ; 5- Les prises à partie contre les magistrats et les juridictions à l'exception de la cour suprême ; 6- Les instances en suspicion légitime ; 7- Les dessaisissements pour cause de sûreté publique, ou pour l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

⁹⁴⁵ - J. Boré, La cassation en matière civile, Sirey 1980.

⁹⁴⁶ - Art. 359, n°=2 du CPC.

La vérification de la conformité des juges du fond aux règles de formes est établie sur la base de la requête déposée au greffe de la juridiction dont la décision est attaquée, laquelle est tenue de transmettre, avec les pièces jointes, le dossier de la procédure et, le cas échéant, celui de la procédure devant la juridiction inférieure⁹⁴⁷.

L'objectif du contrôle formel est d'assurer l'observation des principes régissant l'organisation judiciaire et les prescriptions purement procédurales⁹⁴⁸. Il s'agit d'un côté du respect des droits de la défense et du contradictoire ; d'un autre côté, c'est la compétence des juridictions, du contenu du jugement et des voies de recours dont il s'agit, etc.

En ce qui concerne les questions de pure procédure, le contrôle varie en fonction de la matière qui gouverne le litige. Dans le domaine des difficultés des entreprises, souvent on argue du fait que le syndic ne s'est pas acquitté du montant de la taxe judiciaire violant ainsi une règle de forme essentielle⁹⁴⁹. S'agissant de la compétence, il peut arriver que la cour d'appel de commerce, à l'occasion d'un appel contre une ordonnance du juge commissaire, tranche une question de compétence revenant à ce dernier. Telle est cette affaire où le juge du second degré a écarté la créance du banquier. Les juges suprêmes ont censuré l'arrêt concerné au motif que la cour d'appel de commerce s'est substitué au juge commissaire pour trancher un litige relatif à la vérification des créances⁹⁵⁰.

En réalité, le contrôle formel permet de censurer les décisions violant une règle du droit judiciaire privé, mais ne s'étend pas au fond du problème juridique posé, raison pour laquelle il est exercé avant tout contrôle.

⁹⁴⁷ - Art. 356, al. 3 du CPC.

⁹⁴⁸ - A. Perdriau, Le contrôle de la cour de cassation en matière de faillite, JCP, 1987, éd. G, I, 3288, n°= 9.

⁹⁴⁹ - P. ex. C. cass, 10 janv. 2007, n°= 17, aff. n°= 748/3/1/2004- 767/3, G.T.M, n°= 122, p. 3 ; 29 sep. 2004, arrêt n°= 1057, aff. n°= 376/3/1/2001, REMADAE, n°= 11, 2006, p. 169; C.cass., 22 sep. 2004, n°= 1026, aff. n°= 584/3/2/2003, REMADAE, n°= 12, avr. 2007, p. 149.

⁹⁵⁰ - C. cass. 6 mai 2009, n°= 701, aff. n°= 1243/3/2006, G.T.M n°= 126 et 127, p.5.

2. Le contrôle de la motivation des décisions relatives à la procédure collective.

Appelé également contrôle logique, parce que toute décision de justice est le résultat de l'application d'une règle juridique à des données de fait dont il importe de préciser la cohérence d'un enchaînement logique⁹⁵¹. En effet, la motivation des décisions est une obligation qui incombe aux juges du fond, devant toujours figurer dans les jugements⁹⁵² et les arrêts⁹⁵³. Dans cette optique, les griefs peuvent être fondés sur l'absence de motifs, leur contradiction, les motifs hypothétiques ou dubitatifs ou sur le défaut de réponse à conclusions⁹⁵⁴. Ainsi a été censurée la décision de l'extension de la procédure au dirigeant basée sur le seul fait que ce dernier a été déjà condamné pour dilapidation de biens nantis, sans qu'il ait été démontré que ce dernier a agi pour des fins personnelles. La haute juridiction a relevé qu'il s'agit là d'un motif hypothétique⁹⁵⁵.

Eu égard aux différentes manifestations du contrôle logique, celui-ci peut déboucher sur un contrôle formel, lorsqu'en s'assurant de la motivation de la décision rendue, les juges suprêmes mettent en évidence la violation du principe du contradictoire. Dans ce cas, la décision attaquée peut être cassée pour défaut de réponse à conclusions.

Dans le même sens, la cour veille à ce que les juridictions inférieures, tout en motivant leurs décisions, donnent aux règles de droit leur vrai sens, sinon, il y a dénaturation de la loi. Selon cette théorie, la dénaturation est la méconnaissance par le juge du fond du sens clair et précis d'un écrit, justifiant la cassation de l'arrêt dont elle entache un motif essentiel⁹⁵⁶. Comme illustration, il a été relevé par les juges suprêmes que l'arrêt qui a considéré que les créanciers forclos

⁹⁵¹ - A. Perdriau, art. préc. n°= 11.

⁹⁵² - Art. 50 du CPC.

⁹⁵³ - Art. 345, al. 4 du CPC.

⁹⁵⁴ - D. d'Ambra, L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges, LGDJ 1994, 153.

⁹⁵⁵ - C. cass. 7 oct. 2009, 1434-1140/3/1/2006, Rev. jur. dr. Maroc, n°= 128-129.

⁹⁵⁶ - J. Boré, Le contrôle de la dénaturation des actes, R.T.D. civ. 1972, 280.

suite à la mauvaise foi du débiteur résultant du défaut d'information de ce dernier de l'existence d'une procédure de redressement judiciaire encourt la cassation pour manque de base légale⁹⁵⁷.

De la même manière, il y a dénaturation de la loi, estime la cour de cassation, lorsque le juge de l'appel considère que le contrat de location de l'immeuble où siège l'entreprise en redressement judiciaire fait partie des contrats de l'article 573 du code de commerce et à l'égard desquels le syndic est appelé à lever l'option de continuation. Les juges suprêmes soulignent que cette disposition vise, entre autres, les contrats de prestation de services⁹⁵⁸.

S'approche également de ce type de contrôle, le défaut ou le manque de base légale. La vérification porte alors sur le point de savoir s'il existe dans les faits, tels qu'ils sont relatés, et dans leur appréciation, tous les éléments dégageant le schéma coïncidant avec les éléments constitutifs de la qualification légale⁹⁵⁹. Lorsque les juges suprêmes estiment qu'aucun grief ne peut être reproché aux juges inférieures, l'arrêt utilise la formule « ... que la décision a été rendue en conformité avec l'article (X),... et que les juges ont suffisamment motivé leur décision ». Ainsi par exemple cet arrêt qui, pour rejeter le moyen fondé sur la violation de l'article 619 du code de commerce a fait remarquer que l'arrêt de la cour d'appel de commerce ne s'est pas basé sur le conflits entre les associés mais sur la situation financière de l'entreprise dont les éléments établissent bien qu'elle est irrémédiablement compromise et que de la sorte, il est suffisamment motivé⁹⁶⁰.

Ceci montre que sur le plan du contrôle de la forme, la haute juridiction dispose d'une panoplie de moyens pour « juger les

⁹⁵⁷ - C. cass. 21 janv. 2009, n°= 95, aff. n°= 505/3/1/2006, G.T.M n°= 128-129.

⁹⁵⁸ - C. cass. 26 juin 2009, n°= 1049, aff. n°= 1616/3/2/2007, Recueil des arrêts de la cour de cassation, 2010, n°= 72.

⁹⁵⁹ - J. Jonquieres, Le contrôle des constatations de fait par le juge de la cassation, (Aspect de droit civil) *in* Journaux de la législation comparée, 1980, Litec, vol. 2, p. 125.

⁹⁶⁰ - C.cass 3 oct. 2001, n°= 2008, aff. n°= 566/2001, cité par M. Lefrouji, La cessation des paiements, préc. p. 149.

jugements »⁹⁶¹. Seulement, les griefs de forme, quoique permettant d'instaurer une « discipline »⁹⁶² aux juridictions inférieures, les cassations éventuelles en résultant ne permettent pas d'élaborer une jurisprudence de fond *via* des solutions à même de suppléer à la défaillance des textes ou d'unifier les différents courants, en ce sens qu'elles comportent un rappel des principes élémentaires du droit processuel que les juges du fond sont censés connaître et appliquer avec aisance. Par ailleurs, on en a exprimé l'élémentarité en disant qu'il est dommage que la haute juridiction soit parfois amenée à se prononcer sur des questions auxquelles un non-juriste pourrait être en mesure de répondre⁹⁶³. Sic!

3. Le contrôle normatif.

Le contrôle normatif est celui par lequel la cour de cassation vérifie s'il a été fait, lors du jugement, une application ou une interprétation correcte de la règle de droit appliquée à l'espèce donnée. Mais ce contrôle peut être étendu aux principes généraux de droit et aux maximes traditionnelles consacrées explicitement ou implicitement par la loi⁹⁶⁴.

Donc, à la différence des contrôles formel et logique, celui normatif ne se borne pas à rappeler des principes élémentaires, mais il s'étend à la solution du fond du litige et contribue, de ce fait, à l'édification d'une jurisprudence, à même d'inspirer le législateur. En effet, c'est par le biais d'une telle intervention que le juge exerce son pouvoir normatif⁹⁶⁵ et contribue à la florescence des sources du droit. Seulement, si la violation de la loi donne lieu automatiquement à une cassation, la méconnaissance de la jurisprudence n'ouvre, en principe, une telle expression du contrôle que si celle-ci est incorporée dans la loi.

⁹⁶¹ - A. Pouille, Le pouvoir judiciaire et les tribunaux, art. préc. p. 378.

⁹⁶² - A. Perdriau, préc. n°= 15.

⁹⁶³ - Ibidem.

⁹⁶⁴ - G. Marty, La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juge du fait, Sirey, Paris 1929, n°= 67.

⁹⁶⁵ - D. d'Ambra, op. cit. p. 166.

En exerçant son contrôle normatif, la cour de cassation rend soit un arrêt de cassation, soit un arrêt de rejet. C'est dans le premier cas que le contrôle atteint l'expression du pouvoir de censure en démontrant la signification ou l'interprétation qui devrait être faite de la règle ou du principe violé. Ainsi par exemple, le juge du fond fait mauvaise interprétation de l'article 653 du CCM, lorsqu'il ordonne de lever la main sur une saisie conservatoire, car, estiment les juges suprêmes, qu'à la différence des saisies exécutoires, cette mesure ne vise qu'à la conservation de droits et ne conduit nullement à une vente forcée du bien considéré ; le principe de l'arrêt des poursuites individuelles n'étant guère violé⁹⁶⁶. En matière de procédures de traitement des difficultés des entreprises, les arrêts de cassation font souvent référence à la méconnaissance des règles de D.O.C ou à leur mauvaise combinaison avec les règles du CCM⁹⁶⁷. La cassation est rarement accompagnée du renvoi à la même juridiction, autrement composée⁹⁶⁸. Il faut souligner également que les décisions de cassation ont eu un écho favorable auprès des juridictions inférieures ayant, de la sorte, fait preuve d'une grande discipline. Contrairement, les juridictions inférieures, en France, se sont montrées dissidentes, au lendemain de la réforme de 1985 sur les entreprises en difficultés⁹⁶⁹. Mais, la haute juridiction a pu toujours casser la décision dissidente⁹⁷⁰.

Dans le second cas, le contrôle peut ne pas être exercé, notamment lorsque le moyen est fondé sur des éléments présentés pour la première fois⁹⁷¹ ou lorsqu'il ne montre pas la règle violée⁹⁷². Dans les cas où le contrôle est effectivement exercé, l'approbation de la décision

⁹⁶⁶ - C. cass. 4 mars 2009, n°= 203/3/1/2007, G.T.M n°= 126-127.

⁹⁶⁷ - C. cass. 10 déc. 2003, n°= 1359, aff. n°= 362/3/2/362, Rev. dr. jurisp. 2005, n°= 5, p. 5.

⁹⁶⁸ - C. cass. 21 janv. 2009, n°= 95, aff. n°= 505/3/1/2006, G.T.M, 2011, n°= 128-129.

⁹⁶⁹ - Voir sur l'ensemble de la question, Ph. Jeannerot, thèse préc. n°= 415.

⁹⁷⁰ - J. Jonquieres, op. cit. p. 132.

⁹⁷¹ - P. ex. C.cass. 13 fév. 2002, arrêt n°= 250, aff. n°= 142-01, REMADAE N°= 1, déc. 2002, p. 94. Dans cette affaire, le demandeur au pourvoi reproche à la cour d'appel de commerce d'avoir admis à la fois un appel principal et un appel incident interjetés par la même personne, le chef de l'entreprise. La cour de cassation relève que cette branche de moyen est basée sur des faits présentés pour la première fois devant elle, d'où leur rejet.

⁹⁷² - P. ex. C. cass. 29 sep. 2004, arrêt n°= 1057, aff. n°= 376/3/1/2001, REMADAE n°= 11, oct. 2006, p. 169. En l'espèce, le demandeur au pourvoi reproche à la cour d'appel de commerce d'avoir ordonné au syndic d'inscrire la créance du défendeur, alors qu'il n'existe aucune preuve de ce dernier et que l'appel n'a de raison d'être qu'après s'être assuré de l'avènement de ce fait.

du juge du fond rend compte de l'évidence du raisonnement de la juridiction inférieure⁹⁷³.

B. Caractéristiques du contrôle de la cour de cassation en matière de procédures collectives.

Le contrôle exercé par la cour de cassation en matière de difficultés des entreprises est caractérisé par l'absence d'un régime spécifique de l'exercice du recours de la part des justiciables (1). En effet, la loi est laconique à cet égard invitant donc à puiser dans le CPC les règles à suivre. Ce faisant, avons-nous dit que ce contrôle est limité en raison du caractère particulier du domaine d'intervention, dans lequel l'opportunité a un champ très vaste (2).

1. Le régime du pourvoi en cassation dans le cadre des difficultés des entreprises.

Le pourvoi en cassation en matière de difficultés des entreprises est prévu par l'article 731 du CCM qui précise qu'il est formé dans le délai de dix jours à compter de la notification de l'arrêt. Cette disposition rudimentaire ne traitant que parcimonieusement de la forme à procéder annonce, quand bien même, le régime marocain du pourvoi en cassation en matière des procédures collectives.

Il en découle que ce régime n'est guère restrictif, en ce sens que le pourvoi est ouvert comme dans le droit commun. Ainsi, on remarque que notre législateur n'est pas convaincu de l'opportunité du régime français en la matière. Ce dernier est en effet limité, de sorte que la loi a d'une part, interdit le pourvoi en cassation à propos de certaines décisions et d'autre part, restreint celui-ci à certaines personnes énumérées. D'une façon brève, cette restriction concerne les décisions relatives à la nomination et au remplacement des organes de la procédure, les jugements statuant sur le recours formé à l'encontre des ordonnances du juge-commissaire en dehors de la revendication, les

⁹⁷³ - A. Perdriau, art. préc. n°= 19.

décisions sur la durée de la période d'observation, la poursuite ou la cessation d'activité ou sur la location-gérance et enfin, les décisions relatives au plan de cession.

En réalité chaque système présente des avantages et des inconvénients. Le régime restrictif a, certes, le mérite de répondre aux exigences de la célérité et de la sécurité, mais à trop vouloir sécuriser les parties, on entreprend la voie de la complexité et de l'incertitude. Par ailleurs, les énumérations limitatives de la loi française, par leur imprécision, ont généré des interprétations divergentes laissant ainsi subsister l'incertitude quant au défaut de tout pourvoi concernant les décisions précitées⁹⁷⁴.

En revanche, le régime marocain a l'avantage de la simplicité, mais on craint qu'à défaut de restriction, le pourvoi, ainsi ouvert, vient à remettre en cause des décisions qui auraient produit des effets, surtout que l'article 728 du CCM consacre l'exécution de plein droit des jugements et des ordonnances rendus, sauf en matière de déchéance et de banqueroute et les autres infractions.

Dans tous les cas, le législateur a manifesté son souci quant à l'objectif de la rapidité et ce, en prévoyant que le délai est de dix jours de la notification de l'arrêt. L'article 732 du CCM n'a pas précisé, contrairement aux autres voies de recours, que le pourvoi est formé par déclaration, ce qui laisse penser qu'il est régi par les dispositions 353 à 385 du C.P.C⁹⁷⁵. En réalité, aussi bien le régime des voies de recours que le délai d'exercice émanent de la même réflexion, ne pas bouleverser notoirement le droit procédural commun et assurer la rapidité requise.

Mais, si le régime du pourvoi en cassation n'est pas restrictif, peut-on affirmer sans réserve que le contrôle de la cour de cassation peut s'exercer sur toutes les décisions des juridictions inférieures ?

⁹⁷⁴ - A. Perdriau, Le contrôle de la cour de cassation, Juriscl. com. 1990, fasc. 2207.

⁹⁷⁵ - A. Slimani, Les voies de recours en matière des difficultés des entreprises, REMADAE, n°=1, déc. 2002 (en arabe).

2. L'accroissement du pouvoir souverain, cause de la limitation du contrôle en matière de difficultés des entreprises.

Malgré l'absence d'une restriction du régime du pourvoi, le contrôle de la cour de cassation en matière de difficultés de l'entreprise se trouve, en fait, limité. La raison essentielle en est l'accroissement du pouvoir souverain du juge du fond.

En effet, le livre V du CCM est un domaine où le législateur a privilégié la technique de la concession au juge d'effectuer des choix, surtout économiques, qu'il ne peut pas, lui-même, exercer, d'où l'accroissement du pouvoir d'appréciation discrétionnaire du juge. Le droit des difficultés des entreprises est certes un droit de compromis devant concilier plusieurs impératifs⁹⁷⁶, ce qui se traduit en pratique par la multiplicité de situations de fait que la loi ne saurait cerner. Il est donc tout à fait normal, puisqu'on a opté pour un traitement judiciaire des difficultés, de se remettre au juge pour décider des solutions opportunes. Or, chaque fois que le juge agit en usant d'un tel pouvoir, le contrôle de la haute juridiction s'amointrit⁹⁷⁷.

Il est difficile de dresser un inventaire des situations dans lesquelles le juge du fond peut faire jouer son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, mais on peut citer à titre d'exemple, l'appréciation de la cessation des paiements ou de la situation irrémédiablement compromise. Les éléments constitutifs de ces situations sont appréciés librement, si bien que les juges suprêmes n'exercent qu'un contrôle logique à l'exclusion de tout contrôle normatif. Ainsi, la haute juridiction l'a rappelé avec force, à l'occasion d'un pourvoi reprochant aux juges de fond d'avoir violé les termes de l'article 579 du CCM en déduisant la situation irrémédiablement compromise, sans qu'un bilan économique et social ne soit établi par le syndic. La cour de cassation a fait relever que « la cour d'appel, dans le cadre de son pouvoir souverain dans

⁹⁷⁶ - Y. Guyon, *op. cit.* n°= 1028.

⁹⁷⁷ - M. Kachbour, *Le contrôle de la cour suprême sur les juridictions de fond en matières civiles*, thèse d'état en droit privé, Casablanca, 1986, p. 14.

l'appréciation des preuves qui n'est soumise au contrôle de la cour que relativement à la motivation de sa décision,..... a déduit que la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise justifiant le régime de la liquidation judiciaire et que par conséquent, son arrêt n'a violé aucune disposition »⁹⁷⁸.

Dans le même sens, l'absence d'un contrôle normatif s'agissant de l'appréciation des éléments constitutifs de la cessation des paiements a été rappelé à plusieurs reprises par la cour de cassation française enjoignant, en l'occurrence, aux juges de fond de motiver leur décision, afin que le contrôle de la motivation soit effectué⁹⁷⁹.

De plus, la valeur des éléments de la preuve est laissée à la libre appréciation des juges du fond. Il s'agit par exemple du rapport d'expertise, tel que celui ordonné par la juridiction dans le but de connaître la situation financière de l'entreprise. La cour de cassation a rappelé le principe de la souveraineté du tribunal ou de la cour d'appel dans la prescription d'une telle mesure et dans l'appréciation de son contenu⁹⁸⁰.

Il en est de même en matière d'appréciation des faits justifiant ou non de relever le créancier non déclarant de la forclusion. La cour de cassation française a sous l'empire de la législation de 1967 consacré un tel principe. Tout en effectuant le contrôle de la motivation, les juges suprêmes se sont refusés d'apprécier ces faits⁹⁸¹.

Beaucoup d'autres situations échappent au contrôle normatif de la haute juridiction, il en est ainsi lorsqu'il s'agit d'opter pour un plan de continuation ou de cession, de choisir entre les différents candidats à la cession, etc.

⁹⁷⁸ - C.cass. 24 nov. 2004, n°= 1289, aff. n°= 1732/3/2/2003, cité par M. Lefrouji, art. préc. p.145.

⁹⁷⁹ - Cass. com. 5 mai 1972, RTD com. 1973, 360, obs. R. Houin; 10 déc. 1985, D. 1988, p. 2, obs. F. Derrida ; 26 juin 1990, JCP 1990, E, n°= 20334.

⁹⁸⁰ - C.cass. 23 oct. 2002, n°= 1328, aff. n°= 304/123 et 201/3/1/02, w.w.w. artemis. ma.

⁹⁸¹ - Cass. com. 11 mai 1970, Bull. cass. 1970, 4, n°= 51 ; 21 fév. 1972, *ibid*, 4, n°= 66 ; 15 mars 1977, *ibid*, 1977, 4, n°= 86.

D'autre part, non seulement l'interprétation des faits hors celle du droit rentre dans le pouvoir souverain du juge, mais on peut y ajouter les décisions de pure procédure, telles qu'en matière de durée période d'observation, de continuation de l'activité en cas de liquidation judiciaire, etc. Par ailleurs, la limitation légale du pourvoi dans le régime français concerne des domaines pareils. Donc, même en l'absence de dispositions similaires dans notre loi, le contrôle normatif se trouve, en fait, limité relativement à ce genre de décisions.

Cependant, la cour de cassation peut, par le biais du contrôle de la motivation ou de la forme à procéder, s'affranchir de cette limitation pour accentuer son pouvoir de censure sur les décisions des juridictions du fond. En témoigne cet arrêt qui montre que les juges de la légalité ne se sont pas moins prononcés sur des faits et des présomptions pour casser la décision qui n'a pas retenu la situation irrémédiablement compromise⁹⁸². Ce genre d'intrusion peut être justifié par la nécessité d'unifier la pratique, éventuellement hétérogène, des trois cour d'appel de commerce.

Section II : Quelques aspects de la jurisprudence de la cour de cassation en matière de difficultés de l'entreprise.

L'augmentation du contentieux relatif aux procédures de traitement des difficultés des entreprises après l'entrée en vigueur de livre V du CCM n'a été sans se traduire par une augmentation de la fréquence des pourvois par rapport à ce qu'était la situation sous l'empire de l'ancien dispositif. Il en résulte une jurisprudence de la cour de cassation qui est en cours de construction. En l'état actuel de la publication qui en est faite⁹⁸³, seules certaines matières ont eu le bénéfice d'une discussion au niveau de la haute juridiction. Celle qui

⁹⁸² - C.cass. 26 avr. 2006, arrêt n°= 422, aff. n°= 1454/03/01/2001, Jurisprudence de la cour suprême, janvier 2007, n°= 67, p. 178.

⁹⁸³ - Il est à regretter que la publication de la jurisprudence soit si insuffisante. A cet égard, on ne peut que se féliciter de l'effort du corps universitaire et du corps magistral qui déploie un effort non négligeable pour y remédier.

semble en occuper la grande part est la forclusion relevant donc du domaine de la déclaration des créances (II), alors que les décisions restent dispersées dans les autres questions (III). Cependant, l'on enregistre avec acuité que le débat concernant la cessation des paiements et la situation irrémédiablement compromise ait été élevé à cette échelle (I).

I. Apport de la cour de cassation en matière de cessation des paiements et de situation irrémédiablement compromise.

La cessation des paiements et la situation irrémédiablement compromise sont deux notions « clé » du droit des procédures collectives. La première permet au droit des difficultés des entreprises d'étaler son éventail, la seconde commande la survie ou la disparition de l'entreprise. Il est donc intéressant que la haute juridiction apporte ses éclaircissements à ce sujet. Parmi les arrêts qui retiennent l'attention en la matière, ceux rendus en novembre 2004 en avril 2006. Après avoir présenté les faits de chaque espèce (A), on essaiera de faire la synthèse des solutions retenues (B).

A. Récapitulatif de l'acheminement procédural des affaires.

Il s'agit de deux arrêts rendus par la chambre commerciale de la cour de cassation à l'occasion de deux affaires distinctes nommées respectivement affaire « Emin-tubes » (1) et affaire « Famo » (2).

1. L'affaire « Emin-tubes ».

C'est une entreprise qui a saisi le tribunal de commerce de Marrakech d'une demande de redressement judiciaire, lequel a décidé, sur la base du rapport du syndic faisant état de l'inaptitude financière du chef de l'entreprise de proposer un plan de continuation, de la liquidation judiciaire. Le jugement a été confirmé en appel⁹⁸⁴, d'où le pourvoi en cassation.

⁹⁸⁴ - C.A. com. Marrakech, 17 juin 2003, n°= 643, aff. n°= 821/6/02, cité par M. Lefrouji, La cessation des paiements, préc. p. 145.

Les moyens reprochent à l'arrêt attaqué d'avoir violé les articles 579, 589 et 693 du CCM. D'abord, on a argué du fait que le rapport du syndic n'a pas été conforme à la loi, en ce qu'il n'a pas traité des questions techniques relatives au bilan économique social et financier. Ensuite, on a reproché à l'arrêt de ne pas avoir pris en considération le fait qu'il n'a pas été procédé à la convocation du chef de l'entreprise, conformément à l'article 589 du CCM. Enfin, le pourvoi reproche à l'arrêt d'avoir violé l'article 693 CCM puisque la vérification des créances a été faite en l'absence du chef de l'entreprise.

La cour de cassation a rejeté l'ensemble de ces moyens relevant dans l'unique attendu que la cour d'appel, dans la cadre de son pouvoir souverain dans l'appréciation des preuves qui n'est soumis au contrôle de la cour de cassation que relativement à la motivation, qui a confirmé le jugement décidant de la liquidation judiciaire après avoir constaté que le syndic n'a pu accomplir sa mission du fait de l'absence du chef de l'entreprise, surtout que l'entreprise a cessé toute activité depuis 1998, sans qu'aucun salarié n'y soit encore présent et que sa situation comptable au titre de l'année 2000 est de -1.977.259,30 dhs, avec un total de créances déclarées à 3.765.965,16 dhs, qu'il est impossible d'une poursuite de l'activité de l'entreprise, que le syndic s'est déplacé à son siège d'activité accompagné d'un greffier et d'un agent d'autorité et ont conclu à la fermeture de l'entreprise, que de la sorte, le rapport du syndic est toujours valable faisant que l'arrêt qui a retenu la situation irrémédiablement compromise n'a violé aucune disposition légale⁹⁸⁵.

2. L'affaire « Famo ».

Il s'agit d'une espèce où une demande de liquidation judiciaire de l'entreprise Famo a été demandée par la CNSS, au motif qu'elle n'a pas payé les cotisations sociales et que l'établissement est fermé. La cour d'appel de commerce a décidé que la cessation des paiements n'est pas caractérisée déboutant alors la CNSS de sa demande.

⁹⁸⁵ - C.cass. 24 oct. 2004, arrêt n°= 1289, aff. n°= 1732/3/2/2003, cité par M. Lefrouji, La cessation des paiements, préc. p. 145.

Sous le visa de l'article 560 du CCM, la cour de cassation relève que l'arrêt qui retient que la fermeture de l'établissement ne suffit pas à prouver l'existence de la cessation des paiements, étant donné que cela ne peut pas établir l'incapacité du débiteur de payer ses dettes exigibles et que les états décrivant la situation de l'entreprise à l'égard de la CNSS ne sont pas suffisants à leur tour, du moment qu'il n'est pas précisé que des voies d'exécution ont été entreprises sans résultats, encourt la cassation⁹⁸⁶.

L'arrêt de cassation relève que la fermeture de l'établissement et le défaut de cotisation de la CNSS allant de la période de 1969 à 2000 prouve une dégradation de la situation financière et l'impossibilité de payer les dettes.

Les arrêts ainsi rendus s'inscrivent-ils dans la même optique ?

B. Synthèse des deux arrêts de la cour de cassation.

D'une façon récapitulée, les deux arrêts mettent en présence au moins deux critères par affaire. Dans le premier cas, la situation irrémédiablement compromise est déduite de la cessation d'activité de 1998 à la date du jugement d'ouverture de la procédure et de la situation financière dégradée de l'entreprise. Dans le second cas, la cessation des paiements est déduite de la fermeture de l'établissement et du défaut de paiement des cotisations sociales de 1969 à 2000.

Tout d'abord, il est à remarquer que les termes utilisés par la cour de cassation ne font pas état de la formule utilisée par son homologue française, à savoir, l'inadéquation entre l'actif disponible et le passif exigible. En effet, dans l'arrêt du 26 avril 2006, les juges suprêmes ont parlé d'impossibilité de paiement pour montrer que l'arrêt attaqué a violé les dispositions de l'article 560 du CCM. Doit-on en comprendre que la formule précitée ne recoupe pas celle utilisée par notre loi ? Cette question mérite d'être posée, étant donnée l'influence

⁹⁸⁶ - C.cass. 26 avr. 2006, arrêt n°= 422, aff. n°= 1454/03/01/2001, Jurisprudence de la cour suprême, janv. 2007, n°= 67, p. 178.

remarquable de nos juges par la définition posée par l'article 3 de la loi française du 25 janvier 1985. Le nombre des décisions qui y font référence est en effet très important⁹⁸⁷. La réponse ne semble pas positive, car par l'arrêt du 24 novembre 2004, les juges suprêmes ont approuvé l'arrêt de la cour d'appel de commerce de Marrakech qui a fait état d'une confrontation entre l'actif disponible et le passif exigible.

Cela étant, dans quelle conception peut-on ranger les deux arrêts de la cour de cassation? Rappelons que le débat important qui s'est construit autour de la notion de cessation des paiements a engendré la naissance de deux théories. La théorie classique, dite également théorie juridique est celle qui s'arrête à la lettre du texte, c'est à dire qu'il suffit pour le juge de constater qu'il y a cessation matérielle de paiement pour conclure à l'existence de la cessation des paiements. Pour ce faire, il n'a pas besoin de rechercher les causes qui ont conduit à un tel incident. La théorie moderne, dite également économique est celle qui se base sur une évaluation globale de la situation de l'entreprise, de sorte que le juge doit établir un diagnostic des difficultés pour savoir si la gêne est passagère ou au contraire, qu'elle est le résultat d'un déséquilibre financier durable. L'évolution de cette notion est consubstantielle de celle du droit des procédures collectives. Sous l'empire de l'ancienne législation, c'était évidemment la conception juridique qui prévalait et ce, sous l'impulsion du ministère de la justice qui annotait l'article 197 de l'ancien code de commerce dans ce sens.

Dans cette optique, on peut dire que l'arrêt du 24 novembre 2004 s'insère dans la conception économique étant donné que les juges suprêmes ont approuvé les juges du fond qui se sont basés sur la situation économique de l'entreprise, laquelle montrait, en plus de l'arrêt de l'activité, un déficit très important et une dette considérable par rapport à l'activité considérée. En revanche, la tentation est grande pour considérer que l'arrêt du 26 avril 2006, rendu ultérieurement s'inscrit dans la théorie juridique, marquant dès lors un retour à la

⁹⁸⁷ - *Infra*, p. 384.

conception classique. Celui-ci s'est basé sur un arrêt de paiement des cotisations sociales et la fermeture de l'établissement. On n'a pas hésité à reprocher aux juges suprêmes de ne pas s'assurer s'il s'agit de la fermeture d'un simple établissement ou de l'entreprise entière et si l'arrêt de l'activité est définitif ou temporaire, en ajoutant que le défaut de paiement n'est pas suffisant pour caractériser la cessation de paiement. En effet, comme le précise l'annotateur⁹⁸⁸, les dettes sont quérables et non portables conformément à la jurisprudence de la cour de cassation⁹⁸⁹, si bien qu'il convient de prouver la mise en demeure du débiteur par des voies d'exécution engagées vainement, ce que l'arrêt cassé en a constaté la carence.

Mais est-ce suffisant pour prendre une position catégorique à l'égard de cet arrêt ? A notre avis, il semble hâtif de conclure à un revirement jurisprudentiel. Il n'est pas dans l'office du juge suprême de procéder à une telle recherche, laquelle tâche incombe aux juges du fond. Ceux-ci, auraient pu, comme dans l'affaire précédente, diligenter une enquête sur la fermeture de l'établissement pour s'assurer s'il y a une possibilité de reprise ultérieure d'activité ou non, alors qu'en se bornant à constater qu'il n'est pas prouvé qu'il a été procédé à des voies d'exécution sans résultats et que le défaut de paiement des cotisations sociales d'une durée de 31 ans est insuffisant pour caractériser la cessation des paiements, les juges du fond se sont prononcés sur des présomptions. A notre sens, en cassant l'arrêt de la cour d'appel de commerce, la cour de cassation a entendu s'affranchir de la limitation de son contrôle en la matière, car elle a, dans l'arrêt du 24 novembre 2004, consacré le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation des preuves, sauf en ce qui concerne le contrôle de la motivation.

D'autre part, en adoptant l'approche *a contrario*, c'est à dire que si les juges suprêmes avaient approuvé la décision sur le fond en

⁹⁸⁸ - N. Laârej, La cessation des paiements et sa problématique : en marge de l'arrêt du 26 avril 2006, REMADAE, oct. 2007, n°= 13, p. 135 (en arabe).

⁹⁸⁹ - C.cass. ch. civ. 27 sep. 1978, arrêt n°= 660, aff. n°= 44735 et arrêt n°= 682, aff. n°= 65088, Revue Al Mouhamat, 4 oct. 1978, n°= 14 (en arabe).

précisant que le défaut de paiement des cotisations sociales, fut-il pendant une période aussi longue, et la fermeture de l'établissement ne suffisent pas à établir l'existence d'une cessation de paiement, ceci aurait pour conséquence de retarder l'ouverture de la procédure, alors que l'esprit de la loi est basé sur une ouverture aussi précoce qu'il permettrait à l'intervention judiciaire d'assurer l'efficacité du traitement.

Par ailleurs, on a fait remarquer que la formule utilisée par l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985, impossibilité de « faire face » (équivalente à celle utilisée par l'article 560 de notre loi, n'est pas « en mesure ») est susceptible de deux interprétations qui sont toutes les deux utilisées par la cour de cassation française⁹⁹⁰. Ainsi, elle pourrait être interprétée dans le sens qui veut que seul serait en cessation des paiements, le débiteur qui ne peut pas payer, à la différence de celui qui ne veut pas payer⁹⁹¹. Selon une seconde interprétation, quelle que soit l'intention du débiteur, il y a cessation des paiements dès lors qu'il ne paie pas, car le créancier n'a pas la possibilité de savoir pourquoi son débiteur est défaillant⁹⁹².

Ces différentes interprétations montrent qu'il est difficile de cerner la notion de la cessation des paiements, tant les éléments de preuve sont, à l'image des difficultés, aussi divers que pluriels. En ce qui nous importe, les juges de fond ont considéré que le défaut de paiement des cotisations sociales et la fermeture de l'établissement ne suffisent pas à prouver l'état de cessation des paiements, alors que les juges suprêmes ont considéré le contraire d'où la cassation.

En tout cas, l'article 560 du CCM consacrant la cessation des paiements comme condition *sine qua-non* de l'ouverture d'une procédure collective, ainsi que l'article 619 du CCM posant la situation irrémédiablement compromise pour pouvoir prononcer la liquidation

⁹⁹⁰ - Y. Guyon, op. cit. n°= 1120.

⁹⁹¹ - Cass. com. 27 avr. 1993, Bull. civ. IV, n°= 154, p. 107.

⁹⁹² - Cass. com. 9 janv. 1996, JCP, 1996, E, note 306.

judiciaire sont en cours de rodage par le pouvoir judiciaire. La cour de cassation, essaie d'en tracer les contours en en précisant les éléments constitutifs et en écartant ceux qui risquent de créer une confusion. Ainsi, en est-il de son arrêt qui pose le principe que la décision de la liquidation judiciaire est prise d'une façon abstraite sans qu'il y ait lieu de prendre en considération l'équipe dirigeante, seule la situation de l'entreprise est prise en compte⁹⁹³.

II. La situation des créanciers perçue par les juges suprêmes.

La forclusion constitue sans nul doute le volet qui a suscité le plus d'insatisfaction de la part des créanciers. La variété de catégories de ces derniers a généré un contentieux abondant dont le débat a été porté devant la cour de cassation à plusieurs reprises. Celle-ci a cherché à éclaircir les textes et d'instaurer une conduite aux juridictions inférieures dans la recherche d'un équilibre entre les deux impératifs, la protection du crédit et le sauvetage de l'entreprise dans le cadre de la bonne administration de la procédure. Ainsi, des arrêts publiés, on peut prétendre que la cour de cassation a essayé de préciser la distinction des créanciers au regard de l'article 686 du code de commerce (A) et de préciser le sort des déclarations rectificatives intervenant hors délai de déclaration (B). De même il a été question d'approuver les juges du fond dans des cas où la forclusion a été décidée en toute logique(C). Enfin, la haute juridiction à lever le voile sur le sort de la caution lorsque le créancier concerné est forclos (D).

A. Distinction des créanciers au regard de l'article 686 du CCM par la cour de cassation.

La situation de la CNSS en tant que créancier de l'entreprise est particulière, en raison de sa fonction qui touche dans une certaine mesure les salariés qui, eux, sont exonérés de l'obligation de déclaration de créance. Une intervention de la cour de cassation est donc

⁹⁹³ - C.cass. 3 oct. 2001, arrêt n°= 2008, aff. SODECO, n°= 566/2001, cité par M. Lefrouji, préc. p. 149.

souhaitable pour préciser le contenu de l'article 686 du CCM (1). D'autre part, parmi les créanciers qui jouissent du privilège d'être avertis personnellement se trouvent ceux titulaires d'une sûreté (2), qu'en est-il alors lorsque cette garantie est donnée non pas par le chef de l'entreprise, mais par un tiers (3).

1. Place de la CNSS parmi les créanciers de l'entreprise en redressement judiciaire.

La question s'est posée de savoir si cet organisme est soumis à l'obligation de la déclaration de sa créance ou peut-il en être exonéré à l'instar des salariés. Le syndic, est-il obligé de l'avertir personnellement, faute de quoi il ne peut être déclaré forclos ?

Insatisfaite des décisions des trois cour d'appel de commerce, la CNSS a placé ses griefs sur plusieurs voies. Tout d'abord, elle a excipé de sa qualité d'organisme public gérant des deniers publics et jouissant d'un privilège général sur les biens du débiteur en vertu du Dahir du 27 juillet 1972. De plus argue t-elle, que la sûreté dont il est question à l'article 686 du CCM émane du fait que sa production résulte de ce que le public est informé de sa créance. Enfin, la CNSS place son moyen sur le terrain de la créance salariale. Elle prétend qu'elle n'est qu'un intermédiaire entre l'employeur et les employés agissant en tant que gestionnaire d'un portefeuille salarial, et comme tel, elle jouit à l'instar des salariés du droit d'être avertie personnellement, que dès lors, elle ne peut encourir la forclusion faute d'accomplir sa déclaration de créance. Par conséquent, l'extinction de la créance de la CNSS constitue un enrichissement sans cause de l'entreprise concernée.

Par deux arrêts successifs⁹⁹⁴, Les juges suprêmes ont fait relever que la qualité d'organisme public, si elle octroie un droit préférentiel quant au paiement de sa créance, elle n'exonère guère d'effectuer la déclaration prévue par la loi. Cette qualité, poursuivent-ils, n'équivaut

⁹⁹⁴ - C. cass. 28 fév. 2004, 531, aff. n°= 545/3/2/2003, Arrêts de la chambre commerciale, 50 ans, cour suprême, centre de publication et de documentation judiciaire, 2007, p. 1 ; 7 janv. 2004, 10, aff. n°= 735/3/2/2003, Rev. jud. cour suprême, déc. 2004, n°= 62, p.120.

aucunement à la disposition d'une sûreté publiée au sens de l'article 686 du CCM.

D'autre part, la haute cour relève que si la créance de la CNSS est constituée d'une double part, salariale et patronale, elle n'est guère assimilée à un salaire et que si cet organisme est public, comme il prétend, on ne peut le rapprocher d'un salarié de l'entreprise pour qu'il soit exonéré de la déclaration. Ces mêmes arguments sont reproduits par les juges suprêmes dans un arrêt ultérieur⁹⁹⁵.

La position de la cour de cassation est donc claire, approuvant les décisions rendues en la matière par les cour d'appel de commerce : malgré sa qualité d'organisme public, la CNSS est tenue de déclarer sa créance dans le délai imparti par la loi, faute de quoi, elle encourt la forclusion. Si sa déclaration peut n'être qu'approximative, sa rectification doit intervenir dans le même délai. Le syndic n'est alors nullement tenu de l'avertir personnellement à l'instar des créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication

Ces arrêts sont donc intervenus pour instaurer une discipline à la CNSS qui n'hésite toujours pas à exciper de la nature privilégiée de sa créance. En réalité, la CNSS a été souvent forclosée et on a assisté à une vague de recours contre les décisions du juge commissaire des différents tribunaux du Royaume.

La confusion entre le privilège et la garantie doit, en effet, être levée. Rappelons, en l'occurrence, que le premier donne à son titulaire le droit d'être payé préférentiellement par rapport aux autres créanciers. Les privilèges sont prévus par l'article 1243 du D.O.C, mais il en existe d'autres prévus en faveur d'organismes publics, tels que l'article 105 du code de recouvrement des créances publics⁹⁹⁶ et l'article 28 de la loi relative à la sécurité sociale⁹⁹⁷. Quant aux garanties, ce sont des mesures

⁹⁹⁵ - C.cass, 16 fév. 2005, ch. com, arrêt n°= 174, aff. n°= 118/3/2/2003, REMADAE, oct. 2007, n°= 11, p. 150.

⁹⁹⁶ - Dahir du 3 mai 2000.

⁹⁹⁷ - Dahir du 27 juillet 1972.

qui garantissent le paiement en lui même. On en distingue les garanties réelles⁹⁹⁸ et les garanties personnelles⁹⁹⁹. Ainsi, tant la CNSS que le trésor public ne bénéficient pas de garanties de paiement. Ils sont titulaires de privilèges, ce qui les assujettit à la déclaration de leurs créances.

2. Créanciers devant être avertis personnellement : cas du banquier et du crédit-bailleur.

La distinction entre les différentes catégories de créanciers au regard de l'article 686 du CCM montre la force reconnue aux sûretés et à la propriété, ainsi que l'intérêt que le législateur leur porte. Les créanciers titulaires de tels droits ne peuvent encourir de forclusion s'ils ne sont pas avertis personnellement et, s'il y a lieu, à domicile élu.

La cour de cassation a eu l'occasion de donner des exemples. Il en est ainsi des banquiers qui se trouvent généralement titulaires d'un nantissement sur fonds de commerce inscrit au registre de commerce de l'entreprise concernée. La forclusion ne leur est opposable que s'il se trouve que le syndic les a avisés de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire et qu'ils ont négligé de déclarer leur créance¹⁰⁰⁰.

Il en est de même du titulaire d'un crédit-bail publié. Le contrat de « leasing » est, en fait, devenu incontournable pour pouvoir accéder au matériel et outillage. La totalité des entreprises usent d'un tel moyen pour au moins s'approprier du matériel de transport. Le créancier reste ainsi propriétaire du bien objet du contrat, même si le transfert matériel est opéré, le transfert juridique ne pouvant être effectué qu'à la levée de l'option de l'achat par le chef de l'entreprise. Seulement, l'article 686 ne précise pas les formalités de l'avertissement en question, ce qui pose le problème de la preuve.

⁹⁹⁸ - Il s'agit de l'hypothèque immobilière prévue par le dahir du 2 juin 1915, du nantissement régi par le CCM (avec dépossession, c'est le gage, art. 337 à 354 ; sans dépossession : nantissement sur le matériel et outillage, art. 355 à 377 et nantissements de certains produits et matières, art. 378 à 392 ; nantissement sur fonds de commerce, art. 106 à 110).

⁹⁹⁹ - Il s'agit principalement du cautionnement prévu par les articles 1117 à 1169 du D.O.C.

¹⁰⁰⁰ - C.cass, 29 sep. 2004, ch. com. arrêt n°= 1057, aff. n°= 376/3/1/01, REMADAE, oct. 2006, n°= 11, p. 169.

Ainsi, on a reproché aux juges du fond d'avoir ordonné d'inscrire la créance de la société Soge-lease en arguant du fait que celle-ci ne nie pas être mise au courant de la procédure de l'existence de la procédure, mais elle nie être avertie par le syndic de la date de la procédure. La cour de cassation relève que l'article 686 prévoyant d'avertir personnellement les créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat de crédit-bail publié ne précise pas la partie qui doit procéder à cette formalité, ni le contenu de l'avertissement, ni ses modalités. Par conséquent, cette formalité peut être faite par tout moyen dont la preuve doit être établie, faute de quoi le créancier concerné ne peut encourir la forclusion s'il n'a pas déclaré sa créance¹⁰⁰¹.

En réalité, ces créanciers sont dans une situation confortable. Le crédit bancaire est quasi-systématiquement garanti en mettant en œuvre toute sorte de sûreté : cautionnement, gage dont le nantissement du fonds de commerce est le plus conçu pour les entreprises individuelles, les hypothèques, etc. Les banquiers disposent de toute une palette de garanties et surtout de gestion du risque. Les contestations qui les concernent n'ont trait qu'à des violations de la forme comme en l'espèce. Quant aux crédit-bailleurs, leur droit de propriété consacre leur prééminence sur les autres créanciers.

3. Impact de la sûreté donnée par un tiers sur l'obligation de l'avertissement personnel.

La question a été posée également de savoir si le créancier titulaire d'une garantie donnée par un tiers doit être averti personnellement par le syndic à l'instar des autres créanciers. Dans une espèce, le crédit consenti au débiteur par le banquier a été garanti par une hypothèque immobilière donnée par un tiers. Après l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, le banquier a déclaré sa créance hors délai et le juge-commissaire a décidé de la non-admission de sa

¹⁰⁰¹ - C.cass, 22 sep. 2004, ch. com. arrêt n°= 1024, aff. n°= 555/3/2/03, REMADAE, avr. 2007, n°= 12, p. 160.

créance au passif. La cour d'appel de commerce de Casablanca a infirmé cette décision et a ordonné au syndic d'accepter la déclaration du banquier.

Le demandeur au pourvoi reproche aux juges du second de degré d'avoir procédé à une interprétation extensive de l'article 686 du CCM, arguant du fait qu'il est impossible pour le syndic de connaître l'existence d'un créancier titulaire d'une garantie portant sur un bien appartenant à un tiers ; la loi ne pouvant consacrer des effets sur un fait impossible.

La cour de cassation relève que l'article 686 qui dispose que les créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat de crédit-bail publié sont avertis personnellement et, s'il y a lieu, à domicile élu, ne fait pas de distinction en ce qui concerne cette formalité obligatoire, entre les créanciers titulaires de sûreté portant sur les biens de l'entreprise ou ceux dont la garantie porte sur des biens appartenant à des tiers. Il suffit que la créance soit garantie et consentie par le propriétaire du bien concerné¹⁰⁰².

Les juges suprêmes ont donc interprété l'article 686 d'une manière objective, puisqu'ils ont pris comme base du raisonnement l'existence d'une sûreté ou non. L'appartenance d'un bien sur lequel porte la garantie n'a aucune incidence sur la nécessité ou non d'avertir le créancier concerné.

D'une façon résumée, le respect de la formalité de l'article 686 exige une seule condition, que le créancier soit titulaire d'un crédit-bail publié ou qu'il soit titulaire d'une sûreté portant sur un bien composant l'actif de l'entreprise ou appartenant à autrui.

B. Sort des déclarations rectificatives intervenant hors délai.

S'agissant du montant à déclarer, la pratique s'est instaurée, notamment pour la CNSS, de déclarer un montant approximatif sous

¹⁰⁰² - C.cass, 22 sep. 2004, ch. com. arrêt n°= 1025, aff. n°= 1432/3/2/03, Ibid, p. 156.

réserve d'une déclaration ultérieure précisant le montant complémentaire. La question s'est posée de savoir si la déclaration initiale faite dans le délai légal confère le droit de déclarer éventuellement au syndic les sommes révisées même hors délai. La CNSS argue du fait qu'il n'existe aucun texte permettant aux fonctionnaires de procéder à une appréciation approximative des créances publiques reprochant à l'arrêt qui a confirmé sa forclusion à l'égard de la déclaration ultérieure d'avoir violé les dispositions de l'article 688 du CCM.

La cour de cassation relève, que la créance qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration dans le délai de deux mois à partir de la publication au B.O ne peut être acceptée, si le créancier n'a pas été relevé de la forclusion¹⁰⁰³. Cet arrêt ne manque pas de poser le principe selon lequel, la déclaration de créance ne peut avoir un caractère indivisible, si bien que le créancier ne peut se réserver le droit de déclarer ultérieurement au motif qu'il l'a déjà fait en temps utile. Deux jours après cet arrêt, la cour a réitéré sa position en relevant que malgré la réserve formulée par le créancier, le syndic n'est aucunement obligé d'avertir ce dernier, afin de lui fournir le montant final prétendu de la créance¹⁰⁰⁴.

Le syndic ne peut proposer un plan de continuation aléatoire ou qui serait sujet à des modifications chaque fois qu'un créancier déclare de nouveau une créance ou un complément de dette¹⁰⁰⁵. Le redressement est inconcevable en présence d'une telle instabilité, en ce sens que si une rectification de la déclaration se fait sentir, elle doit intervenir dans le délai légal. D'autre part, même si conformément à l'article 592 du CCM, le tribunal peut arrêter le plan de continuation quoique la vérification des créances ne soit pas terminée, le passif sera quand même connu approximativement et il ne sera pas dans tous les cas supérieur au montant déclaré.

¹⁰⁰³ - C.cass, 20 oct. 2004, ch. com. arrêt n°= 1193, aff. n°= 1596/3/2/03, REMADAE, avr. 2007, n°= 12, p. 141.

¹⁰⁰⁴ - C.cass, 22 oct. 2004, ch. com. arrêt n°= 1039, aff. n°= 1568/3/2/03, Ibid, p. 153.

¹⁰⁰⁵ - A. Slimani, note sous C.A. com. Casablanca, 7 déc. 2002, arrêt n°= 2074-2075/2002, aff. n°= 1214-1687/2002/11.

Il en découle que, quand bien même, l'article 688 du CCM a prévu la possibilité d'une évaluation de la créance si elle ne peut être fixée avec précision, la déclaration doit intervenir dans le délai légal, pourvu qu'il existe une voie contentieuse prévue par les articles 693, 696 et 697 du CCM, au cas où un désaccord entre le chef de l'entreprise et le créancier a lieu à ce sujet. Les juges suprêmes font constater que si le syndic écarte les créances déclarées hors délai, le créancier qui prétend qu'il a avisé le syndic dans sa déclaration que le montant de la créance n'est qu'approximatif et qu'il se réserve le droit de faire une déclaration supplémentaire n'a devant lui que la possibilité de contester la créance devant le juge-commissaire.

Enfin, l'arrêt indique que même si le syndic a omis ou s'est trompé dans le montant de la créance, le créancier aurait dû exercer un recours contre la décision du juge commissaire dans le cadre de l'article 697 du CCM¹⁰⁰⁶.

C. Position de la cour de cassation à l'égard de quelques motifs de la forclusion adoptés par les juges du fond.

L'article 690 du CCM a été à l'origine d'un contentieux abondant, car la preuve que la défaillance ne revient pas au créancier pour être relevé de la forclusion est soumise à une appréciation souveraine du juge du fond, ce qui limite le contrôle à la seule motivation du dispositif. La cour de cassation s'est prononcée à ce sujet à propos de certains motifs avancés par les créanciers, tels que l'éloignement des sièges respectifs du créancier et du débiteur (1), l'erreur commise par le personnel du greffe (2) et la translation incorrecte en langue française du nom de l'entreprise (3), ainsi que l'état de maladie (4).

¹⁰⁰⁶ - C.cass, 9 nov. 2005, ch. com. arrêt n°= 1146, aff. n°= 783/3/2/2003, REMADAE, oct. 2006, n°= 11, p. 140.

1. L'éloignement des sièges respectifs du créancier et du débiteur.

Le manque de suivi du débiteur de la part du créancier risque de se répercuter sur le paiement de ce dernier. C'est le cas lorsqu'une ouverture d'une procédure de redressement a eu lieu sans que le créancier en ait eu connaissance, conduisant de la sorte à sa forclusion s'il n'en a pas été relevé et s'il ne fait partie de ceux qui sont exceptés par l'article 686.

Ainsi, en déclarant hors délai, le créancier espère convaincre le juge en établissant que son domicile professionnel est situé en dehors du ressort territorial du tribunal de procédure. C'est le cas de cette espèce où le créancier affirme avoir son siège social à Casablanca, alors que celui de son débiteur, la société de gestion hôtelière et touristique « Saghro » est à Ouarzazate donnant compétence au tribunal de commerce de Marrakech. L'ordonnance du juge-commissaire rejetant la demande du créancier a été confirmée en appel.

Sur le moyen unique, le créancier demandeur au pourvoi reproche à l'arrêt de considérer que la défaillance tient à lui violant ainsi les dispositions de l'article 690 du CCM, alors qu'il devait prendre en considération l'éloignement des domiciles professionnels respectifs du créancier et du débiteur, de sorte que le suivi du débiteur est une mission quasi-impossible et que la consultation du Bulletin officiel ne fait guère partie de la culture marocaine pour qu'on puisse mettre à son compte la négligence de ladite consultation.

La cour de cassation a rejeté le pourvoi établissant que conformément à l'article 690, le juge-commissaire ne peut relever de la forclusion le créancier que si ce dernier arrive à établir que le défaut de déclaration dans le délai de deux mois de la publication au B.O du jugement d'ouverture ne tient pas à lui comme s'il prouve l'existence d'une force majeure, et qu'en décidant que la défaillance du créancier revient à lui, les juges ont appliqué correctement la loi¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁷- C.cass, 29 sep. 20004, ch. com. arrêt n°= 1056, aff. n°= 1057/3/2/03, REMADAE, octobre 2006, n°= 11, p. 165.

A se tenir aux faits, on remarque que le créancier est un prêteur professionnel, de sorte que le juge ne peut admettre que lui soit excusé le fait que la procédure de redressement judiciaire soit ouverte à son insu, sinon, que dire du créancier non professionnel. En effet, il est de l'office de ce genre de créancier de suivre son débiteur après l'octroi du crédit et d'être informé sur sa situation d'une façon continue. Exciper du fait que le siège central du créancier est loin du ressort territorial du tribunal compétent et que la consultation du B.O ne fait pas partie du rituel quotidien marocain n'est qu'une surabondance. Par ailleurs, le créancier affirme lui même qu'il dispose d'une succursale implantée dans la même zone que le débiteur, laquelle était censée être « à cheval » des difficultés de sa cliente.

La jurisprudence française montre également une sévérité à l'égard des créanciers professionnels et, prétendre que ceux-ci n'ont pas eu connaissance de l'ouverture de la procédure constitue à l'égard des juges une faute inexcusable¹⁰⁰⁸.

De plus, même s'il s'agit d'un créancier non professionnel, la rédaction de l'article 687 du CCM ne laisse aucun doute quant à la nécessité d'une déclaration dans les deux mois de la publication du jugement d'ouverture au B.O, lequel délai est augmenté de deux mois pour les créanciers domiciliés hors du Royaume. On ne serait donc se retrancher derrière l'éloignement du domicile du débiteur si ladite formalité a été accomplie.

2. L'erreur commise par les huissiers de justice.

Parmi les motifs auxquels se sont attachés certains créanciers, on trouve celui de l'erreur commise par les huissiers de justice dans l'exercice de leur fonction. Ainsi dans l'affaire « Anbacha », un créancier a saisi le juge-commissaire d'une demande de relevé de forclusion faisant valoir que l'huissier de justice qui était chargé initialement

¹⁰⁰⁸ - P. ex. Trib. com. Paris, 2 mars 1990, Bull. 73, p. 8422 ; 31 mai 1991, Bull. 87, p. 8210 ; Trib. com. Lille, 28 juin 1990, Rev. proc. coll. 1992, p. 83, obs. B. Dureuil.

d'exécuter l'ordonnance condamnant le débiteur à payer s'est fait substituer par un autre, lequel a omis d'accomplir les formalités nécessaires. Le juge-commissaire a décidé qu'il n'y a pas lieu à relevé de forclusion et sa décision a été confirmée par la cour d'appel de commerce de Fès.

Sue le moyen unique du pourvoi, le créancier reproche à l'arrêt d'avoir mal interprété l'article 690 du CCM en retenant que l'argument avancé ne constitue pas un événement extérieur à sa volonté, comme le cas de la force majeure, alors qu'il s'agit bel et bien ainsi, puisque sa volonté a été viciée par l'huissier de justice, sans quoi, il aurait pu être mis au courant de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire et déclarer sa créance dans le délai légal.

Cependant la cour de cassation a relevé qu'en dépit de l'erreur commise par l'huissier de justice, celle-ci pouvait être rattrapée dans un temps très court pour prétendre qu'elle a entravé la déclaration dans les deux mois suivant la publication au B.O du jugement d'ouverture, et que l'article 690 parle d'un fait qu'on ne peut imputer au créancier. Par dessus tout, ajoute l'arrêt de rejet, la procédure de l'exécution forcée n'a aucun effet sur l'obligation de la déclaration de créance dans le délai légal¹⁰⁰⁹.

3. Translation incorrecte de la dénomination de l'entreprise.

Le fonctionnement de notre justice en langue arabe et celui des entreprises en français est de nature à rejaillir sur la déclaration de créance et par conséquent sur le relevé de forclusion, au cas où le créancier s'avère avoir encouru une telle mesure. En témoigne cette affaire dans laquelle la cour d'appel de commerce de Casablanca a infirmé l'ordonnance du juge-commissaire et a décidé de relever le créancier de la forclusion.

¹⁰⁰⁹ - C.cass, 14 janv. 2004, ch. com. arrêt n°= 61, aff. n°= 480/3/2/2003, REMADAE, septembre 2004, n°= 6, p. 132.

Il s'agit d'un banquier surpris par la liquidation judiciaire de son débiteur dénommé « Office industrielle Automobile Maurice Bouchardon et Cie » et qui a déclaré sa créance hors délai. Ce n'est qu'en appel qu'il a pu bénéficier du relevé de forclusion, lequel arrêt a fait l'objet d'un pourvoi.

Le débiteur, demandeur au pourvoi reproche à l'arrêt d'avoir retenu le relevé de forclusion, au motif que la translation de la dénomination sociale du débiteur de la langue française à celle arabe est incomplète, alors que le créancier ne peut se retrancher derrière ce fait. Par conséquent, en décidant de relever le créancier de sa forclusion, la cour d'appel a violé les termes des articles 687 et 690 du CCM.

La cour de cassation a rejeté le pourvoi faisant relever que les juges du fond qui ont procédé au recoupement de la dénomination sociale figurant au registre de commerce (Office industrielle Automobile Maurice Bouchardon et Cie) et celle par laquelle la publication au B.O a été faite (Office industrielle Automobile) pour déduire que la translation n'est pas parfaite, afin que le créancier ne soit pas relevé de la forclusion qu'il a demandée dans le délai légal ont bel et bien justifié leur décision et n'ont violé aucunement la loi¹⁰¹⁰. La cour n'a pas manqué de poser un principe selon lequel, la dénomination de l'entreprise à l'égard de laquelle une procédure de redressement judiciaire a été ouverte, qui intervient d'une façon incomplète ou imparfaite ou que sa translation à la langue arabe est viciée dans la décision judiciaire ou dans le B.O est inopposable aux créanciers. De la sorte, la défaillance du créancier n'est pas due à son fait.

Cette règle est d'une importance capitale, car elle permet de mettre en échec les tentatives du débiteur de se soustraire à l'obligation de paiement. En effet, il est très facile pour le débiteur de dissimuler ou de modifier le nom sous lequel il exerce son activité ou la dénomination sociale pour induire ses créanciers en erreur comptant ainsi sur leur forclusion. Ce phénomène est endémique des pays dont la langue

¹⁰¹⁰ - C.cass, 22 sep. 2004, ch. com. arrêt n°= 1026, aff. n°= 584/3/2/03, REMADAE, avr. 2007, n°= 12, p. 149.

usuelle dans le domaine des affaires est autre que celle du fonctionnement des services publics, notamment la justice.

Pour mettre fin à ces pratiques dilatoires, il est plus judicieux pour nos juges de faire figurer dans leur décision la dénomination de l'entreprise dans les deux langues arabe et française et d'en exiger de même au niveau de la publication au B.O. Par ailleurs, la pratique de nos cour d'appel et de la plupart des tribunaux est établie dans ce sens et exigent que si la dénomination est en français, la translation en arabe doit être faite en l'état de sa prononciation¹⁰¹¹.

4. L'état de maladie du créancier.

L'état de maladie est une situation qui peut poser problème au juge face à une demande de relevé de forclusion, en raison de son ambigüité. En effet, l'état de maladie regroupe une casuistique très large allant du simple malaise à une immobilisation totale, voire une perte de mémoire. Le juge suprême a donc été amené à apporter ses lumières face à cette situation, par laquelle on peut exciper pour échapper à la forclusion.

Ainsi on a avancé que l'état de maladie a été un empêchement pour le créancier de déclarer sa créance dans le délai légal, car il s'agit d'un fait extérieur à sa volonté et qu'il ne peut en prévoir le moment de sa survenue, ni même de le surmonter. Ces critères, selon le créancier, définissent la force majeure, conformément à l'article 266 du DOC, de sorte que l'état de maladie doit le relever de sa forclusion.

La cour de cassation a rejeté ce moyen, au motif que du moment que la loi a ouvert la possibilité de faire sa déclaration par le biais de tout préposé ou mandataire, que l'état de maladie ne constitue guère un fait justifiant de relever le créancier concerné de la forclusion¹⁰¹². Les juges suprêmes ont relevé également que dès lors qu'il n'a pas été prouvé que ce dernier fût dans une situation qui ne lui permettait pas de

¹⁰¹¹ - Supra, p. 296.

¹⁰¹² - C. cass, 4 fév. 2004, n°= 146, aff. n°= 878/3/2/2003, GTM n°= 108, p. 3.

mandater une autre personne, comme s'il avait perdu conscience ou en état d'amnésie, pour agir à sa place, le juge du fond a eu raison de soutenir que la forclusion tient lieu.

On comprend alors que la maladie qui peut relever de la forclusion est celle qui met le créancier dans l'impossibilité de mandater une personne pour accomplir la formalité de déclaration de créance. Par cette décision, le juge suprême coupe court avec toute tentative d'exciper de son état pathologique éventuel pour rattraper sa négligence.

D. Position de la cour de cassation à l'égard des effets de la forclusion sur la caution.

Dans l'espoir d'un recouvrement éventuel, la poursuite de la caution de la part du créancier de l'entreprise en redressement judiciaire est quasi-automatique. Mais qu'en est-il si la créance est éteinte suite à une forclusion du créancier ? La caution, est-elle libérée du fait de l'extinction de la dette ou au contraire, elle demeure liée vis à vis du créancier ? Autrement-dit, la forclusion profite-t-elle à la caution ou non ? La précarité de la situation du créancier forclos a été l'origine du débat de cette question à l'échelle de la haute juridiction qui a apporté ses lumières par un arrêt de principe datant du 9 février 2005¹⁰¹³.

L'occasion est une affaire où le créancier, Wafa-banque poursuivait en paiement le débiteur, la société Confort-Acryl et sa caution H. Albert. Le banquier a eu gain de cause, d'où un appel devant la cour de commerce de Casablanca qui par avant-dire droit a ordonné de suspendre l'instance jusqu'à déclaration de la créance par Wafa-banque devant le syndic, avant d'infirmier le jugement. La cour a relevé que vis à vis du débiteur, le créancier n'a pas déclaré sa créance dans le délai légal et n'a pas intenté une action en relevé de forclusion, ce qui

¹⁰¹³ - C.cass, 9 fév. 2005, ch. com., arrêt n°= 121, aff. n°= 766/3/1/2004 (Wafa-banque c/ Albert Houssein), REMADAE, oct. 2006, n°= 11, p. 153.

signifie que sa créance est éteinte et que par conséquent, la caution doit être libérée de l'engagement de paiement sur la base de l'article 1150 du D.O.C¹⁰¹⁴.

Le banquier, demandeur au pourvoi reproche à l'arrêt le défaut de base légale, puisqu'il s'est référé au D.O.C, texte général au lieu du C.C.M, texte spécial traitant de la situation des cautions dans les articles 662 à 665. Le moyen fait valoir que ces dispositions ne permettent pas à la caution de se prévaloir du contenu du plan de continuation, étant donné que les difficultés qu'il convient de traiter sont celles de l'entreprise et ne concernent pas la caution¹⁰¹⁵, ce qui permet de déduire que celle-ci ne peut se libérer de son engagement en cas de défaillance du débiteur.

Cependant, la cour de cassation a rejeté le moyen faisant constater que lorsque l'article 690 du CCM dispose que les créances qui n'ont pas été déclarées et n'ont pas donné lieu à relevé de forclusion sont éteintes, il ne fait que consacrer la sanction relative au défaut de l'accomplissement des formalités précitées, lesquelles ont trait à la créance et ne concernent guère la personne du créancier, de sorte que la mise en œuvre de ladite sanction entraîne l'anéantissement de la dette. Or, l'article 1150 du D.O.C régit cette situation vis à vis de la caution qui se trouve libre de tout engagement à l'égard du créancier.

La haute cour établit ainsi le principe selon lequel, l'extinction de la dette du créancier qui n'a pas été relevé de la forclusion entraîne la libération de la caution, étant donné que le cautionnement qui est un engagement accessoire subit le même effet que l'engagement principal qui est le prêt.

¹⁰¹⁴ - L'article 1150 du D.O.C dispose que « toutes les causes qui produisent la nullité ou l'extinction de l'obligation principale éteignent le cautionnement.

¹⁰¹⁵ - Le moyen a fait référence à la jurisprudence de la cour suprême qui a exclu la caution du bénéfice des textes qui permettent à l'entreprise de reprendre son activité à partir des facilités qui lui sont accordées, parce qu'autrement l'intérêt des créanciers s'en trouve gravement compromis en cas de résolution du plan de continuation et de consommation de l'actif par les privilèges des créanciers concernés : arrêt n°= 1545 du 18 décembre 2002.

Cette position a été réitérée ultérieurement. L'engagement de la caution ne tient lieu que si la créance est déclarée en temps utile et qu'elle est acceptée par le juge commissaire¹⁰¹⁶.

III. Jurisprudence de la cour de cassation en dehors de la déclaration de créances.

La cour de cassation a eu également à se prononcer à propos de l'arrêt des poursuites individuelles (A), du recours contre les ordonnances du juge-commissaire (B) et de la possibilité d'améliorer l'offre de continuation par le débiteur lorsque l'instance est en appel (C).

A. En matière d'arrêt des poursuites individuelles.

La non-initiation des juridictions de l'ordre judiciaire avec le nouveau dispositif des procédures de traitement des difficultés a été de nature à entraîner des incidents pouvant perturber le redressement de l'entreprise. L'effet de suspension que produit l'article 653 du CCM doit être bien connu de celles-ci. C'est là un principe directeur du droit des procédures collectives que les juges suprêmes tiennent à faire respecter. Quelle est alors la portée de ce principe ?(1). D'autre part, les poursuites individuelles peuvent être prévues par des dispositions spéciales comme le décret royal du 17 décembre 1967, ce qui pose le problème de leur articulation avec la procédure collective (2). Les juges suprêmes n'ont pas manqué de poser la solution sur une question d'une importance capitale sur le redressement.

1. Portée du principe de l'arrêt des poursuites individuelles.

Malgré l'effet de suspension des instances en cours que produit l'article 653 du CCM, les créanciers s'obstinent à poursuivre leur débiteur. Ceci est le cas, notamment lorsque le créancier s'avère un organisme public.

¹⁰¹⁶- C. cass. ch. com. 28 janv. 2009, n°= 115, aff. n°= 1597/3/1/2007, GTM n°= 126 6 127, p. 23.

C'est ainsi qu'après avoir été saisi par la CNSS, le tribunal de première instance a rendu son jugement donnant droit à la demande du créancier, alors que l'entreprise concernée était sous redressement judiciaire. En appel, la cour n'a pas pris en considération les arguments du chef de l'entreprise, à savoir l'ouverture d'une procédure collective antérieurement au jugement du tribunal de première instance et naturellement, l'antériorité de la créance à ladite la procédure.

La cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel, au motif qu'elle s'est refusée d'appliquer l'article 654 du CCM¹⁰¹⁷. En effet, ce dernier traite des instances en cours d'une procédure de traitement des difficultés des entreprises tendant à la condamnation du débiteur à une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement, lesquelles sont suspendues jusqu'à ce le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Les juges suprêmes relèvent que l'arrêt qui retient que l'appelant n'a pas excipé en premier instance du jugement de la liquidation judiciaire de l'entreprise pour que le tribunal puisse informer l'intimé et appeler le syndic, et n'a pas formé son appel en présence de ce dernier n'a pas fait une application correcte de l'article précité.

La cour établit que l'article 654 n'exige pas que le fait de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire soit produit obligatoirement en première instance ; la cour d'appel doit en prendre en considération même s'il a été produit devant elle pour la première fois.

Pour ne pas perturber le cours du redressement, il est nécessaire pour le chef de l'entreprise et pour le syndic, en cas de dessaisissement de ce dernier, d'avoir la diligence de produire, devant la juridiction concernée, le fait de l'ouverture de la procédure. Les juridictions à leur tour, notamment celles de l'ordre judiciaire, doivent être sensibles au caractère d'ordre public de l'article 653 du CCM pour limiter les

¹⁰¹⁷ - C.cass, 25 mai 2005, ch. civ. Arrêt n°= 1568, aff. n°= 2912/2/2003, REMADAE, n°= 11, oct. 2006, p. 143.

incidents de la procédure. La portée dudit article, précise la cour, est générale à l'égard des voies d'exécution portant sur les meubles et les immeubles¹⁰¹⁸.

Ainsi, cette décision consacre l'arrêt de toute mesure relative aux biens de l'entreprise et ce, même si elle est de nature conservatoire. En réalité, si la finalité en est de permettre à l'entreprise de disposer de ses biens meubles et immeubles nécessaires à l'activité et partant, de faciliter son redressement, les mesures conservatoires n'entraînent pas une diminution de l'actif. Partant de cette considération, la cour de cassation a rectifié sa position quant aux saisies conservatoires. Cassant l'arrêt qui a ordonné de radier une telle saisie, le juge suprême précise que l'article 653 vise surtout la vente amiable ou forcée et la saisie exécutoire, alors que la saisie conservatoire est une simple garantie permettant au pouvoir judiciaire de mettre la main sur les biens conservés, n'entravant guère le redressement et n'entraînant nullement une diminution de la garantie des créanciers dont les droits sont ainsi conservés¹⁰¹⁹.

2. Articulation du décret royal du 17 décembre 1968 avec l'article 653 du CCM.

L'article 59 du décret royal du 17 décembre 1968 est une disposition spéciale qui prévoit la possibilité pour le C.I.H, à défaut de paiement du crédit qu'il a accordé au débiteur, de demander au président du tribunal de lui octroyer la possession de l'immeuble ou la gestion du projet immobilier ou hôtelier pour lequel le prêt a été consenti. Avec le marasme qu'a connu le secteur de l'activité hôtelière, la mise en œuvre de l'article 59 précité est devenue très fréquente, posant le problème de son articulation avec le livre V du CCM, notamment l'article 653.

¹⁰¹⁸- C.cass, 5 janv. 2005, ch. com. arrêt n°= 19, aff. n°= 908/3/1/2004, REMADAE, oct. 2006, n°= 11, p. 157.

¹⁰¹⁹- C. cass. 4 mars 2009, n°= 335, aff ? n°= 203/3/1/2007, préc.

Parmi les premières affaires portées devant la cour de cassation¹⁰²⁰, celle de « la société Lido » présente la particularité de connaître deux épisodes successifs : la mise du complexe hôtelier « Lido » sous le régime de l'article 59 du décret de 1968 et l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire suite à l'assignation par le C.I.H qui se trouve le gérant de l'entreprise en question. Confronté à la gestion directe de l'entreprise par cet organisme, le syndic a demandé au tribunal de commerce d'interpréter sa mission, lequel l'a chargé d'une mission de surveillance de la gestion par le chef de l'entreprise. En appel, la cour de Casablanca a confirmé les deux jugements, celui de l'ouverture de la procédure et celui fixant avec précision la mission du syndic.

Parmi les moyens invoqués par le C.I.H, demandeur au pourvoi, celui que les juges du fond ont considéré que l'assignation en redressement signifie une renonciation à la gestion confiée à ce dernier en vertu de l'article 59 du décret. La cour de cassation a rejeté ce moyen relevant tout d'abord que l'article 563 du CCM dispose que la procédure de redressement judiciaire peut être ouverte sur assignation de tout créancier, qu'il soit chirographaire ou privilégié et que la créance soit civile ou commerciale, assortie d'une sûreté ou non et que le C.I.H qui bénéficie d'un privilège spécial prévu par l'article 59 précité ne sort pas de cette catégorie de créanciers.

Ensuite, les juges suprêmes font valoir que la coexistence des deux textes ne se résout pas par la règle qui veut que la disposition spéciale prime la disposition générale, puisque l'article 653 du CCM a une portée qui s'étend à toute sorte d'action ou de voie d'exécution qui puise son origine dans une créance née avant l'ouverture de la procédure, tendant à aggraver le passif de l'entreprise ou à réduire son actif. Dès lors, le bénéfice de l'article 59 en question ne peut continuer après l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, car il est

¹⁰²⁰ - C.cass, 26 sep. 2001, ch. com. arrêt n°= 1964, aff. n°= 465/00, REMADAE, déc. 2002, n°= 1, p. 57.

considéré comme une voie d'exécution sur les biens immeubles de l'entreprise, étant donné que la présence du C.I.H au sein de l'entreprise en qualité de gérant est une mainmise sur les biens de celle-ci jusqu'à ce que son crédit soit remboursé.

Enfin, la haute cour n'a pas manqué de préciser que l'article 576 du CCM consacre la mission du syndic en vue d'aider, non pas le créancier assignant malgré sa situation particulière en faisant jusqu'ici le gérant, mais le chef de l'entreprise au sens de l'article 545 du même texte. La position de la cour suprême est donc claire, l'ouverture d'une procédure collective entraînant l'application de l'article 653 paralyse la mise en œuvre de l'article 59 du décret royal de 1968.

Cependant, la cour d'appel de commerce de Marrakech s'est montrée dissidente à l'égard de cette question. En effet, dans l'affaire « New Salam », elle n'a vu aucune incompatibilité dans les textes en présence. Décidant de la conservation de la gestion entre les mains du C.I.H, elle relève que cet organisme est bien informé quant à l'activité de l'entreprise. Cet arrêt a été cassé pour dénaturation de l'article 653 du CCM¹⁰²¹.

De l'interprétation de l'article 653 par la haute juridiction, on déduit que le créancier ne peut également exercer les mesures en question sur les biens de l'entreprise qui se trouvent entre les mains du tiers. Seulement, il convient d'apprécier le moment de l'intervention de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire par rapport à la mesure d'exécution. Si le jugement homologuant la saisie a acquit l'autorité de la chose jugée, les biens sont considérés comme étant sortis de l'actif de l'entreprise pour gagner celui du créancier, l'article 653 est alors sans effet sur cette mesure. Sinon, cette disposition est alors applicable paralysant ainsi la mesure envisagée. D'autre part, de point de vue procédural, l'article 653 n'étant pas d'application automatique, le

¹⁰²¹ - C.cass, 2 mai 2002, ch. com. arrêt n°= 746, aff. n°= 843/00, REMADAE, mai 2003, n°= 2, p. 119.

syndic doit demander au tribunal la suspension de la mesure d'exécution¹⁰²².

B. Position de la cour de cassation face au recours contre les décisions du juge-commissaire.

Le recours contre les décisions du juge-commissaire fait partie des questions qui a suscité un débat très important, à l'origine de qualifications diverses¹⁰²³. Ce débat qui a donné naissance à un clivage doctrinal français¹⁰²⁴, puis marocain n'a été sans influencer la jurisprudence.

Au Maroc, une voie s'est prononcée en faveur de l'opinion qui qualifie le tribunal de juridiction de second degré à l'égard du recours contre les décisions du juge-commissaire, étant donné qu'elle est la formation qui contrôle la procédure depuis son ouverture jusqu'à sa clôture¹⁰²⁵.

Une autre voie écarte ce raisonnement approuvant la compétence de la cour d'appel de commerce comme juridiction de second degré¹⁰²⁶. Elle fait remarquer d'une part que ni le CCM, ni le CPC ne consacrent le recours devant une juridiction contre les décisions d'un juge au sein de laquelle il est spécialisé. Le défaut de précision concernant le sort de ces ordonnances a permis de déduire l'exclusion d'un recours spécial devant le tribunal de la procédure. Par dessus tout, on a fait valoir que l'article 730 du CCM parle d'appel contre les décisions rendues en matière de procédures de redressement judiciaire,

¹⁰²² - M. Lefrouji, note sous C.cass, 26 sep. 2001, préc.

¹⁰²³ - Pour certains, il s'agit d'un recours horizontal qui s'effectue au sein de la même juridiction, Perrot, obs. sous cass. com. 6 oct. 1992, RTD civ. 1993, 651, n°= 14. Pour une partie de la doctrine marocaine, ce serait un recours *sui- generis*, M. Chebbou, op. cit. p. 192.

¹⁰²⁴ - Voir pour le cas français, J. Lejoindre, Les décisions susceptibles ou non d'appel en matière de procédures collectives, Gaz. pal. 1979, I, 156 ; L. Cadiet, Droit judiciaire privé, Litec, 1992, n°= 245 ; Perrot, obs. sous cass. com. 6 oct. 1992, RTD civ. 1993, 651, n°= 14.

¹⁰²⁵ - A. C. Sbaï, tome II, op. cit. p. 161.

¹⁰²⁶ - M. Chebbou, op. cit. p. 192.

ce qui laisse comprendre, tout naturellement, qu'il s'agit aussi bien d'ordonnances que de jugements.

En réalité, ce clivage est le reflet de l'influence exercée par le droit français, laquelle a connu une résistance de la part de ceux qui ont reconnu à notre législation une spécificité par rapport à son homologue française, relativement à cette question¹⁰²⁷. Cette influence n'a pas épargné nos juges dont la pratique a été différente d'une cour à l'autre.

C'est à l'occasion d'un pourvoi contre un arrêt ayant rejeté l'appel que la cour de cassation a pu se prononcer sur la question. En l'espèce, le syndic ayant déposé son rapport comme il en était chargé par le jugement d'ouverture de la procédure réclame ses honoraires ; entre-temps, le jugement a été infirmé. Le juge-commissaire faisant droit au syndic a émis une ordonnance contraignant le créancier assignant à payer au demandeur la somme de 30.000 dhs, laquelle a été frappée d'appel. La cour a déclaré l'appel irrecevable pour le motif sus-indiqué.

Les juges suprêmes font remarquer que selon les articles 729 et 730 du CCM que les décisions rendues en matière de redressement et de liquidation judiciaire ainsi que de déchéance commerciale sont susceptibles d'opposition, de tierce opposition et d'appel par déclaration au greffe du tribunal dans le délai de dix jours. L'article 697 du CCM précise, de son côté, que les décisions du juge-commissaire, à l'occasion de la vérification des créances, sont frappés d'appel par le débiteur, le créancier ou le syndic. Il s'ensuit que les ordonnances du juge-commissaire qui font partie des décisions dont il est question aux articles précités peuvent être frappées de tierce opposition devant la même instance qui les a émises et d'appel mais non d'opposition devant le tribunal de la procédure¹⁰²⁸.

¹⁰²⁷ - M. Chebbou, *ibidem*.

¹⁰²⁸ - C.cass. 26 oct. 2005, arrêt n°= 1092, aff. n°= 148/3/1/2005, REMADAE, oct. 2006, n°= 11, p. 137.

Pour casser l'arrêt attaqué, la cour a relevé que la cour d'appel de commerce considérant que l'appel contre l'ordonnance du juge-commissaire concernant la fixation des honoraires du syndic avant d'entreprendre la voie de l'opposition en se basant sur une opinion doctrinale n'a pas justifié légalement sa décision.

On remarque que les juges suprêmes ont essayé de relativiser cet arrêt pour le limiter à l'espèce considérée, c'est à dire au domaine de la fixation par le juge-commissaire des honoraires du syndic. Néanmoins, la combinaison des articles 697, 729 et 730 du CCM et la déduction qui en a été faite laisse comprendre qu'ils ont entendu instituer le principe qui veut que le recours contre les décisions du juge-commissaire se fait par voie d'appel.

On remarque également que pour casser l'arrêt des juges du fond, la haute juridiction ne s'est pas basée sur les règles du CPC, plus précisément l'article 130, mais uniquement sur les articles 697, 729 et 730 du code de commerce, entendant par là, montrer qu'on peut puiser des règles procédurales propres à la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise à partir du même texte. Cette attitude est conforme au fait que l'application des règles du CPC peut conduire à une complication du régime des ordonnances du juge-commissaire surtout du côté de leur qualification¹⁰²⁹. Autrement dit, de quelles décisions peut-on les rapprocher, des ordonnances de référé, des ordonnances sur requête, ou des jugements? Autant donc reconnaître qu'elles ont une nature spéciale consacrée par un texte spécial, en l'occurrence le livre V du code de commerce de 1996.

C. La stabilité du plan de continuation perçue par la cour de cassation.

L'arrêté d'un plan de continuation est le couronnement d'un effort loin d'être négligeable. Une certaine stabilité de ce plan est requise pour sauver l'entreprise. La cour de cassation a été donc amenée

¹⁰²⁹ - M. Chebbou, op. cit. p. 580.

à se prononcer sur le sort des rectifications apportées par le chef de l'entreprise, et de préciser le domaine de l'intangibilité des offres.

L'affaire « Dounia P.L.M » constitue certes l'un des grands dossiers où le pouvoir judiciaire a eu à examiner plusieurs offres, en raison de la convoitise que constitue cette entreprise dans le monde des affaires. Elle a été, de ce fait, l'occasion pour les juges suprêmes d'éclaircir certaines dispositions pour en tirer les conséquences¹⁰³⁰.

En effet, il a été question, d'abord, de savoir si l'amélioration de l'offre du chef de l'entreprise intervenue postérieurement au jugement décidant du sort de l'entreprise, c'est à dire pendant la phase de l'appel constitue, une nouvelle demande au sens de l'article 143 du CPC, auquel cas l'appel est irrecevable. La cour de cassation a relevé que l'appelant, le chef d'entreprise, est en droit d'agir pour annuler ou réformer le jugement en ce qu'il a retenu l'offre d'un tiers, si bien que les éléments produits en appel visant à améliorer son offre initiale ne peuvent être considérés comme une nouvelle demande. De la sorte, les juges d'appel, déclarant l'appel recevable n'ont pas enfreint les termes de l'article 143 du CPC.

Cette vision est conforme à l'esprit de la loi, car l'objectif primordial est de pouvoir redresser l'entreprise. Présentant sa proposition de continuation, le débiteur a manifesté sa volonté de participer au redressement de sa propre entreprise. Les faits postérieurs à celle-ci qui font l'objet d'une production en appel ne sont qu'un complément à la demande initiale produite en première instance. La question serait autre si le débiteur était négligent s'abstenant de toute proposition de continuation. Si un appel a eu lieu, celle-ci serait alors considérée comme une nouvelle demande justifiant les termes de l'article 143 du CPC.

Le pourvoi reprochait également dans l'un de ses moyens le fait que les juges ont passé outre les formalités des auditions préalables. La

¹⁰³⁰- C.cass, 13 fév. 2002, ch. com., arrêt n°= 250, aff. 142-01, REMADAE, déc. 2002, n°= 1, p. 94.

cour de cassation relève que les dispositions de l'article 567 du CCM prévoyant la nécessité d'entendre ou de dûment appeler le chef de l'entreprise en chambre de conseil concernent l'ouverture de la procédure d'ouverture du redressement judiciaire et non l'appel contre le jugement décidant du sort de l'entreprise.

Enfin, la cour de cassation a eu à préciser le domaine du principe de l'intangibilité des offres. En l'espèce, le demandeur au pourvoi reproche au juges d'appel d'avoir dénaturé l'article 582 du CCM, en ce que d'une part, ils ont retenu l'offre du débiteur, alors que l'alinéa 4 de cette disposition précise que ni les dirigeants de l'entreprise, ni leurs parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement ne sont admis, directement ou par personne interposée, à formuler une offre. D'autre part, l'admission de celle-ci a été faite en dehors du délai, c'est à dire après le dépôt du rapport du syndic, alors que cette offre devrait être soumise à une étude minutieuse. Le juge suprême rejetant ce moyen a pris le soin de préciser, comme l'a fait la cour d'appel, que l'article 582 concerne les tiers qui entendent participer au redressement judiciaire par voie de cession.

Cette précision n'est pas négligeable, car contrairement à l'évidence qui puisse paraître, la préparation de la solution occupe la section 3 du chapitre I, sous-titre II intitulé, le redressement judiciaire. Cette section est composée de onze dispositions traitant indifféremment de la continuation et de la cession¹⁰³¹, la loi ne traite séparément des deux plans qu'au niveau du chapitre II consacré au choix de la solution, ce qui pourrait induire une erreur d'interprétation.

La portée de cette précision est très importante. En formulant son offre de continuation, le chef de l'entreprise peut, au vu de l'évolution de la situation, chercher tous les moyens pour améliorer son offre et les soumettre à l'appréciation du pouvoir judiciaire et ce à n'importe quelle étape de la procédure, en première instance ou en appel. L'amélioration de la proposition de continuation ne peut être

¹⁰³¹ - Art. 579 à 589.

considérée comme une offre émanant d'un tiers qui entend entreprendre la voie de la cession, mais un engagement souscrit dans le cadre du plan de continuation que le juge pourrait retenir, faisant que les formalités de l'article 604 sont inapplicables. L'intangibilité des offres ne concerne en effet que les offres de cession et non les propositions de continuation.

Conclusion de la première partie:

On remarque qu'en raison de la volonté constante de notre législateur de confier le traitement des difficultés de l'entreprise au juge, la loi s'est efforcée d'organiser le pouvoir judiciaire dans la procédure de redressement, en sorte d'agir sur les différentes structures de l'entreprise. D'un côté, on a entendu conserver l'organisation traditionnelle du système judiciaire. D'un autre, il s'est avéré impérieux de tenir compte de la spécificité des procédures collectives, tant leur durée peut s'étaler sur des années nécessitant un suivi, voire une adaptation de la solution.

Ainsi, ayant conservé le double degré de juridiction, la loi a érigé le tribunal en un véritable pôle de décision. Les principales décisions concernant l'entreprise en difficulté émanent de cette enceinte judiciaire. Ce faisant, la cour d'appel de commerce n'est pas en reste, elle peut par l'effet dévolutif de l'appel changer le cours de la procédure et la situation des parties en prenant des décisions confirmant ou infirmant celles prises en premier ressort. A une échelle supérieure, la cour de cassation intervient par la mission classique qui lui est dévolue à savoir le contrôle des décisions prises par les juges inférieurs.

Mais sans doute, la principale innovation qui garnit cette mosaïque de la structure judiciaire réside dans l'association du président du tribunal de commerce qui constitue désormais le juge de la prévention par excellence. Ce dernier intervient avant l'avènement de la cessation de paiements. Son domaine de prédilection est l'alerte, la désignation d'un mandataire spécial et le règlement amiable.

A dire vrai, ces procédés constituent une opportunité pour le chef de l'entreprise, puisqu'il s'agit de mécanismes qui peuvent endiguer la défaillance aussitôt qu'elle est encore en germe. Surtout, le choix du président du tribunal de commerce pour cette mission devrait contribuer à faire réussir la prévention, puisqu'en qualité de chef

supérieur du tribunal, son intervention est un gage pour le débiteur mais surtout pour les créanciers, en vue d'encourager le premier à entreprendre les mesures nécessaires pour pallier aux difficultés et d'inciter ces derniers à épauler l'entreprise dans sa gêne.

Malheureusement, le dispositif régissant ces techniques n'a pas acquit ses titres de noblesse. La responsabilité, nous semble endossée par le chef de l'entreprise. Ce dernier préfère toujours régler ses problèmes par ses propres moyens en gardant tout son écart de la justice, celle-ci n'étant envisagée qu'en ultime recours. On devine alors que ce n'est qu'en présence d'une situation détériorée que l'inertie du chef de l'entreprise est brisée, soit un moment où il est trop tard pour le président du tribunal d'agir, la prévention n'étant plus de mise et seul un traitement curatif est envisageable.

S'agissant du président, sa participation en la matière est également timide. Celui-ci rétorque principalement à son défaut d'intervention, la défaillance des mécanismes de dépistage des difficultés et l'absence de précédents.

Les résultats sont donc loin des espoirs : l'alerte présidentielle ainsi que le mandat *ad-hoc* ne sont guère utilisés. Quant au règlement amiable, il a révélé que lorsque le président du tribunal est saisi, la cessation des paiements est déjà caractérisée. Les tentatives qui ont été enregistrées dans ce sens finissent trop souvent par échouer, justifiant l'ouverture d'une procédure collective.

Quant au tribunal, son intervention marque la soumission de l'entreprise au régime du traitement des difficultés proprement dit. La principale qualité de cette composante judiciaire est son omnipotence, laquelle se matérialise par l'ouverture de la procédure et la prise des décisions les plus importantes, fixant ainsi le cadre de la procédure et décidant du sort de l'entreprise. Dans ce sens, la pratique a montré que le cas échéant, le tribunal n'hésite pas à élargir le périmètre du redressement en l'étendant, soit à d'autres entités par suite d'une confusion de patrimoine, soit aux dirigeants à titre de sanction. Le

pouvoir sanctionnateur peut, dans cette optique, s'avérer un mécanisme de redressement, lorsqu'il contribue à combler l'insuffisance d'actif éventuelle. De même, le souci du redressement a fait que la loi a prévu la possibilité pour le tribunal d'intervenir, de nouveau, pour aménager le plan en fonction des circonstances.

Mais il reste que la véritable expression de l'omnipotence de cet organe est celle qui tient à la centralisation de la procédure. Dans cette optique, un débat a été occasionné par l'application de ce principe. Nos tribunaux s'estiment ainsi compétents pour toute action qui se rattache à la procédure, sauf compétence exclusive d'une autre juridiction.

Sur le plan quantitatif, on a assisté à une rupture avec le passé, puisque le déclenchement des procédures de traitement des difficultés des entreprises a connu un accroissement aussi important que les juridictions de commerce ont été saisies au lendemain de leur entrée en vigueur. De surcroît, le litige engendré par ces procédures a amplifié la tâche du juge commercial, car les actions nées du redressement ont supplanté de point de vue quantitatif les procédures elles-mêmes. Seulement, après une quinzaine d'années environ, on a assisté à une chute considérable dans le déclenchement de ces procédures, interpellant les pouvoirs publics de mener une réflexion profonde pour mettre en place les réformes nécessaires.

S'agissant du juge-commissaire, il prend le relais du tribunal pour accomplir les tâches routinières, car l'intervention de ce dernier ne peut être assurée au quotidien. Quoiqu'il constitue le prolongement du tribunal qui l'a nommé, la loi en a fait une juridiction à part entière, dotée d'un pouvoir de décision très important. De même, il est l'intermédiaire entre les auxiliaires de justice et le tribunal. L'instauration des juridictions de commerce a eu un impact positif sur une telle institution, car elle lui a assuré une disponibilité à même de faciliter sa tâche. Par ailleurs, les tribunaux ont compris ce rôle et se sont organisés en sorte de décharger un juge complètement à cette fonction.

A cet égard, il est à remarquer que cette structure judiciaire a fait preuve d'une adaptation louable à sa nouvelle mission, caractérisée tant par son ampleur que par sa diversité. En particulier, son interaction avec le syndic est marquée par une volonté constante de s'affranchir de la délimitation de son champ d'action pour participer activement à la conduite de la procédure. Il est à noter qu'auprès de certains tribunaux, le juge commissaire a refusé de se contenter de ce rôle effacé dans la préparation de la solution en s'érigeant le pouvoir d'établir un rapport sur la situation en marge de l'article 590 du code de commerce, en vue d'influencer la position du tribunal sur la solution à prendre.

Concernant son champ de compétence, on peut noter un certain enthousiasme qui a conduit à certains débordements. Tout d'abord, en matière de mesures d'urgence, le juge commissaire réclame sa compétence au même titre que le président du tribunal agissant en qualité de juge des référés. Et le débat sur ce conflit de compétence n'est pas encore tranché d'une façon claire et ferme. Mais le véritable débordement est celui qui est exprimé par la connaissance de contestations relevant d'autres juridictions. Un contentieux non moins important en est donc né pour délimiter le champ de compétence du juge commissaire.

En réalité, la compétence de cet acteur devra être retouchée dans le but de gagner du temps et d'alléger les frais de la procédure, mais surtout d'assurer l'efficacité requise. En effet, pourquoi ne pas prévoir un seuil caractérisant les petites entreprises où c'est le juge commissaire qui prépare le bilan avec le chef de l'entreprise et propose la solution à adopter, sans passer obligatoirement par un syndic ? Cette tendance vers le système dualiste, comme en France, présente le mérite de tenir compte, du contexte socio-économique de notre pays marqué par la prédominance de la TPE et la PME. Parallèlement, n'est-il pas judicieux de prévoir la possibilité pour le tribunal de désigner un juge commissaire supplémentaire dans les « grosses affaires » ou lorsque le volume litigieux dépasse un certain seuil ? En effet, certaines procédures

montrent un contentieux si volumineux qu'un seul juge ne peut maîtriser. La complexité des actions en revendication et l'abondance des actions en relevé de forclusion, ainsi que la charge de décider à propos des créances est une mission qui peut dépasser l'unique juge commissaire.

De leur côté, les cour d'appel de commerce ont montré que le pouvoir de décision n'est pas l'apanage du tribunal. Pour s'en apercevoir, il suffit de souligner qu'elles ont donné à l'alinéa 2 de l'article 563 du CCM une interprétation extensive pour se reconnaître le droit de se saisir d'office pour ouvrir la procédure, lorsqu'elles ont été saisies d'un recours. Mais il reste que l'un des aspects le plus importants de leur intervention est de suppléer à la parcimonie du législateur concernant les voies de recours. En l'occurrence, quoique le régime de l'appel apparaît non restrictif, elles n'ont pas moins annoncé, jusqu'ici, leur tendance à limiter les voies de recours pour assurer une rapidité et une stabilité dans le déroulement du processus du redressement.

Grâce à l'effet dévolutif de l'appel, les juges du second degré ont montré leur souci dans la vérification de la décision contestée, notamment au niveau de l'ouverture de la procédure, de la fixation du sort de l'entreprise et de la conversion du redressement en liquidation judiciaire. Ainsi, elles ont montré leur sensibilité aux nouveaux arguments qui paraissent influencer le cours de la procédure. D'autre part, se prononçant à propos de la forclusion, les cour d'appel s'efforcent, autant que faire se peut, de lutter contre les abus et partant, instaurer un équilibre entre l'exigence d'une discipline tant au débiteur qu'aux créanciers et la protection du crédit.

De surcroît, conscients de l'effet non suspensif de l'appel (sauf en matière de déchéance commerciale et de banqueroute) et de l'importance du facteur « temps » dans le déroulement de la procédure, les cour s'efforcent de rendre leurs arrêts dans des délais aussi brefs que possible.

Quant au ministère public, on remarque que la loi a adopté une attitude nuancée. Tantôt, elle a accentué son pouvoir par rapport à l'ancienne législation entendant confirmer son rôle de protecteur de l'ordre public économique et social, tantôt, elle l'a exclu dans d'autres matières. Cette exclusion a été approuvée par la cour d'appel en lui niant, par exemple, la qualité d'interjeter appel s'il n'a pas agi en première instance à titre de partie principale.

Quant à la cour de cassation, il faut reconnaître que malgré la limitation de sa mission de contrôle de la régularité des décisions inférieures en raison de l'accroissement du pouvoir souverain des juges de fond, elle n'a pas moins pu s'affranchir de cette limite pour se prononcer sur des faits, entendant par là, imposer aux juridictions inférieures une seule lecture des textes en question, afin d'assurer l'uniformité des décisions et partant, le respect du principe de l'égalité du traitement des difficultés des entreprises. Ce faisant, les juges suprêmes contribuent à l'éclaircissement de certaines dispositions, voire même certaines notions juridiques comme les sûretés, les privilèges, l'effet de la procédure sur la caution, etc.

Toutefois, on regrette que des pourvois soient formés pour incompréhension de règles élémentaires du droit, surtout de la part d'organismes publics, comme le trésor public et la CNSS.

Mais l'intervention judiciaire dans les difficultés de l'entreprise n'est pas uniquement ostensible, d'autres organes agissent dans les coulisses des juridictions. Ainsi, en dehors de sa mission préventive, le président du tribunal de commerce peut jouer un rôle non négligeable dans l'organisation de sa juridiction, au même titre que le premier président de la cour d'appel. Ces deux acteurs ont pu agir en vertu de l'autorité morale que leur confère la qualité de chef hiérarchique de la juridiction dont ils siègent pour permettre un traitement égalitaire des affaires.

Reste enfin que, si telle se présente la composante organisationnelle du pouvoir judiciaire dans le cadre de la procédure de

traitement des difficultés de l'entreprise, c'est de l'action conjuguée de ses différentes structures que ce pouvoir atteint son expression. Chacun de ces organes intervenant à un stade donné de la procédure et agissant dans la sphère de compétence qui lui est dévolue, la procédure se déroule dans le couvant judiciaire. Théoriquement, il y a incontestablement une emprise du juge sur la procédure. Qu'en t-il alors de la composante pratique de l'intervention judiciaire dans la procédure? L'expression du pouvoir judiciaire, reflète-t-elle une effectivité de la loi de 1996 et au-delà, le traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise a-t-il atteint les objectifs attendus?