



Organisation pour l'Harmonisation en Afrique
du Droit des Affaires (O.H.A.D.A.)

Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
(E.R.SU.MA.)



**FORMATION DES MAGISTRATS
DES COURS D'APPEL EN DROIT OHADA**

du 26 mars au 06 avril 2007

PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF

Pr. Filiga Michel SAWADOGO,
Agrégé des facultés de droit,
Université de Ouagadougou

LE DROIT OHADA DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE : PREVENTION, PROCEDURES COLLECTIVES, SANCTIONS

Le présent document, élaboré pour la formation de magistrats des cours d'appel au droit OHADA des entreprises en difficulté ou des procédures collectives, comporte cinq parties d'inégale importance :

- la première partie traite synthétiquement de l'essentiel du droit des procédures collectives, tel qu'il résulte de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC), en mettant l'accent sur sa philosophie, ses principes directeurs et les grandes innovations qu'il apporte par rapport tant au droit anciennement en vigueur dans les Etats parties au Traité de l'OHADA avec un regard sur le droit comparé ; l'attention doit être attirée sur l'importance de la prévention des difficultés des entreprises du fait des faibles performances enregistrées par « les mesures curatives » intervenant après la cessation des paiements qui tend à caractériser une situation irrémédiablement compromise ;

- la deuxième partie traite de l'essentiel de la problématique des procédures collectives internationales dont il faut dès ici affirmer la complexité rebutante, mais qui commence à avoir une portée pratique avec la faillite Air Afrique et ses répercussions ;

- la troisième partie, intitulée « Observations sur le rôle du juge aux différentes étapes de la procédure », survole les questions couramment traitées dans les ouvrages en soulignant le rôle du juge aux différentes étapes de la procédure et en relevant les questions qui doivent le plus retenir son attention ; c'est donc une partie essentielle au regard des objectifs d'application poursuivis par la formation ;

- la quatrième partie, intitulée « éléments des principales décisions judiciaires », donne l'occasion de souligner les éléments essentiels à prendre en compte par le juge dans les motifs de sa décision et les questions devant

nécessairement être tranchées dans le dispositif ; on ne saurait trop insister sur l'importance du rôle du juge (l'une des caractéristiques majeures des procédures collectives est d'être judiciaires) et des différents intervenants dans l'heureux aboutissement des procédures collectives.

Ces deux dernières parties visant expressément les juges intéressent aussi les auxiliaires de justice, les experts comptables et tous les juristes s'intéressant aux entreprises et aux créanciers.

Enfin, dans la cinquième partie, quelques jugements et arrêts du Tribunal de grande instance et de la Cour d'appel de Ouagadougou ont été reproduits pour illustrer la persistance du phénomène de non maîtrise du droit des procédures collectives par le juge et quelques cas pratiques proposés dont l'examen permettra de donner un tour concret à la formation.

Filiga Michel SAWADOGO,
Agrégé des Facultés de Droit,
Professeur titulaire (Univ. Ouga),
Membre du Conseil constitutionnel
du Burkina Faso (mars - avril 2007)

« Des entreprises en difficulté, on en trouve un peu partout en Afrique ; des entreprises en difficulté qui se redressent, on en cherche »¹.

Introduction

Il n'est pas réjouissant ni aisé de traiter de manière exhaustive et approfondie des procédures collectives : d'abord, sur le plan sentimental, il s'agit en quelque sorte du droit de la maladie et de la mort des entreprises ; le vocabulaire utilisé par la doctrine pour parler de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises a, selon le professeur Yves Guyon, une connotation plus médicale et militaire que juridique car prévenir c'est à la fois soigner et défendre² ; ensuite, la matière est complexe en raison du nombre élevé de questions et des conflits d'intérêts qu'elle traite ; enfin, elle fait appel à d'autres matières (droit commercial, droit civil, droit bancaire, procédure civile et commerciale, saisies et voies d'exécution, droit pénal...). Tout cela joue dans le sens de la complexité et de l'accroissement du volume de la matière.

Les procédures collectives peuvent être définies comme des procédures faisant intervenir la justice lorsque le commerçant, personne physique ou personne morale, n'est plus en mesure de payer ses dettes - on dit d'un tel commerçant aux abois qu'il est en état de cessation des paiements - ou, à tout le moins, connaît de sérieuses difficultés financières, en vue d'assurer le paiement des créanciers et, dans la mesure du possible, le sauvetage de l'entreprise ou de l'activité.

Dans ce sens, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC), adopté à Libreville le 10 avril 1998 et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1999³, vient réformer et remplacer la législation en vigueur en matière de procédures collectives dans les Etats signataires du Traité pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique⁴, Traité adopté à Port Louis, Ile Maurice, le 17 octobre 1993. En la forme, cet acte uniforme comprend 258 articles regroupés en 8 titres d'inégale dimension⁵. Au fond, il met en place trois procédures : d'abord, le règlement préventif (RP), avant la cessation des paiements, qui constitue à ce titre l'une des pièces maîtresses de la prévention ; ensuite, le redressement judiciaire (RJ) et la liquidation des biens (LB) après la cessation des paiements et qui poursuivent, soit le sauvetage de l'entreprise, soit la liquidation de celle-ci⁶.

Pour bien comprendre le contenu et la portée de cet acte uniforme, il paraît indiqué de rappeler les traits caractéristiques et les buts des procédures collectives.

¹ Paraphrase d'une formule célèbre au Burkina relative aux chercheurs (Des chercheurs qui cherchent, on en trouve ; des chercheurs qui trouvent, on en cherche !). Heureusement que cette affirmation n'est pas toujours vraie sinon cela donnerait raison à Balzac qui considérait la faillite comme « une espèce de vol involontaire admise par la loi mais aggravée par les formalités » (Balzac, *Le faiseur*, éd. de l'Imprimerie Nationale, cité par Pollaud-Dulian F., Note sous Cour de cassation fr., Ass. plén., 9 juillet 1993, Société générale contre Guiraud, J.C.P., éd. Gén., 11, p. 368.

² Droit des affaires, Tome 2 : Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite, Economica, 9^e éd., 200 », n° 1031.

³ J.O. OHADA, n° 7 du 1^{er} juillet 1998, p. 1 et s.

⁴ Ce traité crée l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

⁵ Ces titres sont les suivants : Titre préliminaire (articles 1 à 4) ; Titre I : Règlement préventif (articles 5 à 24) ; Titre II : Redressement judiciaire et liquidation des biens (articles 25 à 193) ; Titre III : Faillite personnelle et réhabilitation (articles 194 à 215) ; Titre IV : Voies de recours (articles 216 à 225) ; Titre V : Banqueroute et autres infractions (articles 226 à 246) ; Titre VI : Procédures collectives internationales (articles 247 à 256) ; Titre VII : Dispositions finales (articles 257 à 259).

⁶ Sur les procédures prévues par l'AUPC, voy. Issa-Sayegh J., Présentation de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif, communication au séminaire de formation à l'ERSUMA, mai 1999, dactylographiée, 27 pages.

Les **traits caractéristiques** des procédures collectives sont principalement au nombre de quatre.

Le premier est l'**aspect collectif** en ce sens que les créanciers sont regroupés et soumis à un ensemble de règles destinées à les discipliner afin que leur paiement se fasse dans l'égalité et la justice ; il faut éviter que, comme cela se passe en droit civil, le paiement soit le prix de la course ; dans les deux dernières procédures - redressement judiciaire et liquidation des biens -, les créanciers sont réunis en une masse, jouissant de la personnalité morale, dont les membres sont soumis à une discipline collective.

Le deuxième est l'**aspect conflictuel** : un conflit d'intérêts existe, d'une part entre les créanciers et le débiteur ou l'entreprise, d'autre part à l'intérieur du groupe des créanciers entre les créanciers chirographaires, les créanciers munis de sûretés et les créanciers pouvant se prévaloir d'un droit de préférence, en l'occurrence le droit de propriété.

Le troisième trait caractéristique réside dans l'**intervention judiciaire** : dans les Etats parties au Traité de l'OHADA, c'est le tribunal de première instance ⁷ ou de grande instance, ou le tribunal de commerce, ou encore le tribunal régional pour le Sénégal, qui a reçu compétence en la matière sans distinction suivant la qualité du justiciable. L'AUPC préfère, par prudence, faire état, vaguement, de juridiction compétente en matière commerciale. En France, suivant la qualité de commerçant ou non du justiciable, compétence est dévolue au tribunal de commerce ou au tribunal de grande instance. L'intervention judiciaire est essentielle dans le domaine des procédures collectives : elle est destinée à protéger les intérêts en présence et à assurer l'efficacité et la moralité des procédures ; son intensité varie suivant qu'il y a ou non cessation des paiements et suivant qu'il s'agit du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

Le quatrième trait caractéristique tient dans l'exigence de la **qualité de commerçant** en la personne du débiteur. Cette exigence est classique et explique pourquoi le droit des procédures collectives est une branche caractéristique du droit commercial mais elle tend à être abandonnée. Ainsi, l'AUPC, à la suite des réformes intervenues en France et dans les Etats africains, applique les procédures collectives, d'une part, aux personnes physiques commerçantes, d'autre part à toutes les personnes morales de droit privé, qu'elles aient ou non la qualité de commerçant, y compris les entreprises publiques revêtant une forme de personne morale de droit privé. La France y a ajouté les artisans (loi du 25 janvier 1985) et les agriculteurs (loi du 30 décembre 1988)⁸.

Concernant les **objectifs**, les procédures collectives en poursuivent classiquement trois.

D'abord, elles visent à **protéger les créanciers** impayés et à assurer leur désintéressement dans les meilleures conditions possibles, d'où le rôle relativement important des créanciers dans le dénouement de la procédure et l'instauration entre eux d'une discipline collective ainsi que d'une certaine égalité et solidarité dans le malheur. Mais il s'agit d'une égalité et d'une solidarité relatives. En effet, les créanciers munis de sûretés sont en quelque sorte « plus égaux » que les autres : ils ont de meilleures chances de désintéressement ou de paiement. Un auteur avisé a, d'ailleurs, souligné la précarité de la situation des créanciers chirographaires qu'il compare à de « misérables fantassins par rapport aux blindés représentés par les créanciers munis de sûretés dans le combat des dividendes »⁹.

Il s'agit ensuite de **punir et d'éliminer le commerçant** qui n'honore pas ses engagements. Cet aspect n'est pas à négliger lorsque l'on considère le caractère dissuasif de la punition, sa contribution à l'assainissement des professions commerciales et au paiement des créanciers.

⁷ Au Burkina Faso, le tribunal de grande instance a remplacé, en 1993, le tribunal de première instance.

⁸ Voy. sur cette importante question des justiciables des procédures collectives : Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, L.G.D.J., tome II, 16^e éd., 2000, par Delebecque Ph. et Germain M., n° 2847 et s.

⁹ Gavalda C., J. C. P., 1973, II, 17371.

Enfin, les procédures collectives doivent permettre le **sauvetage des entreprises redressables ou viables**, même au prix d'une certaine entorse au droit des créanciers, dans le but de sauver les emplois et de conserver les effets bénéfiques qu'exerce l'entreprise sur l'économie (balance des paiements, balance commerciale, recettes fiscales, autres effets induits de son activité...).

Ces objectifs se retrouvent peu ou prou dans toutes les législations¹⁰. Mais il se pose un problème de compatibilité de ces objectifs dans la mesure où leur poursuite de front peut conduire à un échec sur toute la ligne. A la réflexion, il s'avère que c'est davantage un problème de hiérarchisation de ces objectifs qui se pose. A ce sujet, les législations anciennes mettent l'accent sur le paiement des créanciers ainsi que la sanction du débiteur et des dirigeants sociaux, même si la sanction des dirigeants sociaux est relativement récente, tandis que les législations récentes placent au premier plan de leurs préoccupations la sauvegarde de l'entreprise et de l'emploi. Mais quelle que soit la hiérarchie retenue, l'on doit se demander si le droit est apte à atteindre les objectifs poursuivis.

L'AUPC a été adopté en tenant compte principalement :

- d'une part, de l'expérience des Etats africains parties au Traité de l'OHADA, qui, à l'exception de quelques Etats comme le Sénégal, le Mali, le Gabon et la République centrafricaine, qui avaient réformé leurs législations en s'inspirant des textes français postérieurs à l'indépendance, continuaient d'appliquer la législation rendue applicable pendant la période coloniale, à savoir le Code de commerce de 1807 tel qu'il avait été refondu par la loi du 28 mai 1889, la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire et les décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935¹¹ ;

- d'autre part, de l'évolution en France qui est éclairante à plus d'un titre ; en effet, tous les Etats francophones, soit avaient conservé la législation française léguée pendant la période coloniale, soit s'étaient inspirés plus ou moins fidèlement des réformes qui y ont été introduites depuis lors ; en France, on note une succession rapide des textes : Code de commerce de 1807 marquée par une grande sévérité à l'égard du débiteur ; loi du 28 mai 1838 dont les grandes qualités techniques ont été relevées ; loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire, qui est une sorte de faillite atténuée réservée aux débiteurs de bonne moralité ; décrets-lois de 1935 étendant la banqueroute et les déchéances de la faillite aux dirigeants sociaux ; décret du 20 mai 1955 distinguant, dès l'ouverture, la solution de l'élimination de celle du sauvetage ; loi du 13 juillet 1967, qui met en oeuvre la dissociation de l'homme et de l'entreprise ; ordonnance du 23 septembre 1967 instituant une procédure d'assainissement des grandes entreprises avant la cessation des paiements ; lois du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985 instituant le règlement amiable, le redressement et la liquidation judiciaires ; loi du 10 janvier 1994 réformant les lois de 1984 et de 1985 ; loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises¹².

¹⁰ Le Professeur Michel Jeantin considère que les procédures collectives ont une quatrième fonction ou finalité qui est la restructuration de l'économie dans un contexte concurrentiel (Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz, 2^e éd., n° 351).

¹¹ Le décret-loi du 8 août 1935 étend les déchéances de la faillite et les sanctions de la banqueroute aux dirigeants sociaux tandis que celui du 30 octobre modifie certaines dispositions du Code de commerce avec pour objectif principal d'accélérer le déroulement de la procédure.

¹² Cette loi, entre autres, permet aux entreprises qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements de faire ouvrir à leur profit la procédure de redressement judiciaire. Voy. Pierre-Michel Le Corre, Emmanuelle Le Corre-Broly, Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté, Sirey Université, 2^e éd., 2006, n° 4 et s. Selon les auteurs, « la frontière établie entre le traitement non judiciaire des difficultés de l'entreprise et le traitement judiciaire, trouvé dans la cessation des paiements, explose par un double détonateur ».

De l'évolution historique, l'on peut tirer les enseignements suivants : le balancement entre la frénésie à légiférer observée en France ¹³ ou l'immobilisme caractérisant la plupart des Etats africains ; la primauté de l'objectif de redressement de l'entreprise sur celui de paiement des créanciers, avec cependant une tendance récente au rééquilibrage en faveur des créanciers ; l'élargissement du champ d'application *in personam* des procédures collectives ; une terminologie flottante ou équivoque ; et, surtout, la naissance du droit des entreprises en difficulté¹⁴.

De l'intitulé de l'AUPC et de ses articles 1^{er} et 2, il ressort explicitement que toutes les procédures instituées visent l'apurement du passif, ce qui autorise à penser que l'AUPC accorde la priorité au paiement des créanciers par rapport au redressement de l'entreprise. Mais celui-ci est loin d'être négligé puisque deux des trois procédures, en l'occurrence le règlement préventif et le redressement judiciaire, visent sa réalisation¹⁵.

Tableau comparatif des conditions d'ouverture des trois procédures

Critères	Commerçant personne physique ou personne morale de droit privé	Existence de la cessation des paiements	Sauvetage ou concordat possible
Règlement préventif	Oui	Non	Oui
Redressement judiciaire	Oui	Oui	Oui
Liquidation des biens	Oui	Oui	Non

Finalement, l'on peut étudier le contenu de l'Acte uniforme en abordant, d'une part, la prévention des difficultés des entreprises, d'autre part, leur traitement avant de terminer par les sanctions applicables aux débiteurs et/ou aux dirigeants de personnes morales, qui peuvent contribuer à la réalisation des deux objectifs principaux des procédures collectives¹⁶.

¹³ Cette histoire mouvementée du droit des procédures collectives amène à conclure à une relative incapacité du droit à juguler les difficultés des entreprises et à assurer un paiement satisfaisant des créanciers. Dans ce sens, un auteur trouve utile d'attirer « l'attention sur la nécessaire modestie que doit ressentir le juriste face aux problèmes économiques ; si la législation ou la réglementation peuvent favoriser ou au contraire gêner une tendance profonde de l'économie, il est douteux qu'elles puissent renverser cette tendance ou en provoquer une autre » (Liénard A., Nouvelles propositions pour réformer la loi du 25 janvier 1985, Revue des procédures collectives, n° 1993- 3, p. 377).

¹⁴ Nguihe Kanté P., Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, Annales de la faculté de sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang, tome 5, 2001, p. 87 à 103. L'auteur propose un critère précoce et extensif de la notion d'entreprise en difficulté à même de donner une vision des différentes catégories d'entreprises en difficulté au lieu de se contenter du critère classique de la cessation des paiements.

¹⁵ Sur les procédures prévues par l'Acte uniforme, voy. Issa-Sayegh J., Présentation de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif, op. cit.

¹⁶ Pour un aperçu sur la rare littérature relative aux procédures collectives OHADA, voy. :

- Assogbavi Komlan, Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA, Penant, 2000, p. 5 et s. ;

- Brou Kouakou Mathurin, La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives : l'apport du traité OHADA, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 2001-1, p. 273 s. ;

- Issa-Sayeh Joseph, Présentation des projets d'Actes uniformes de l'OHADA portant sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif, Penant, n° 827, mai-août 1998, p. 204.

PREMIERE PARTIE : LA PREVENTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

L'on a coutume de dire, à juste titre, que « mieux vaut prévenir que guérir ». Cette vieille sagesse populaire est particulièrement vraie pour les entreprises en difficulté où l'intervention tardive risque d'être totalement inefficace, comme le médecin après la mort pour les personnes physiques. Prévenir, selon le professeur Yves Chaput, « c'est avant tout amener les dirigeants à prendre conscience de la situation actuelle et de l'évolution de l'entreprise. C'est ensuite mettre en place des mécanismes d'alerte, voire de règlement amiable des difficultés naissantes lorsque l'évolution défavorable se confirme »¹⁷.

Malgré son importance avérée¹⁸, la prévention, qui se situe avant la cessation des paiements, n'appelle pas les mêmes développements que le traitement parce qu'elle est placée sous le signe de la liberté de gestion reconnue aux chefs d'entreprises.

CHAPITRE I : LA PROCEDURE D'ALERTE

Il apparaît, au moins au premier abord, que la mise en oeuvre de l'alerte implique la connaissance des causes et des manifestations des difficultés des entreprises¹⁹.

-
- Kacou Alain, Le nouveau droit des procédures collectives, Communication au 1^{er} Colloque de l'Association ivoirienne Henri Capitant (Abidjan, 2 avril 2001) sur « Le nouvel environnement juridique des entreprises dans la zone franc. Quel bilan ? Actes du colloque, p. 140 et s. ;
 - Kanté Alassane, Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures d'apurement du passif (OHADA), Revue EDJA, n° 52, janvier-février-mars 2002, p. 50 ;
 - Makanda Lise Nadine, La liquidation des entreprises publiques en droit camerounais, Penant n° 835, janvier-avril 2001 ;
 - Mandessi Bell E., Manuel des procédures collectives d'apurement du passif des entreprises en difficulté en Afrique, Normes OHADA, Collection Droit OHADA, 1999, FORM'ACTION, Douala, 386 p. ;
 - Massamba Jean Ignace, Les entreprises en difficultés : quelle solution, Bulletin OHADA (publié et édité par l'Association Club OHADA, Brazzaville), n° 2, octobre-novembre 2000, p. 6 ;
 - Nguihe Kanté Pascal, Réflexions sur le régime juridique de dissolution et de liquidation des entreprises publiques et parapubliques au Cameroun depuis la réforme des procédures collectives OHADA, Penant n° 837, septembre-décembre 2001 ;
 - Nguihe Kanté Pascal, Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, Penant n° 828, janvier-avril 2002 ;
 - Pougoué P.-G. et Kalieu Y., L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, Collection Droit Uniforme, 1999, 232 pages ;
 - Roussel Galle P., OHADA et difficultés des entreprises, Etude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif, Revue de jurisprudence commerciale, février-mars 2001, p. 9 à 19 et p. 62 à 69 ;
 - Sawadogo F.M. :
 - + Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in Issa-Sayegh, Pougoué et Sawadogo (sous la coordination de), OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2^e éd., 2002, p. 805 à 953 ;
 - + L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, texte dactylographié pour la formation à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature, mai 1999, 111 pages ;
 - + OHADA : Droit des entreprises en difficulté, Bruylant, Bruxelles, Collection Droit uniforme africain, 2002, 444 p.
 - + Procédures collectives d'apurement du passif, Commentaires de l'Acte uniforme, EDICEF/Editions FFA, La collection OHADA – Harmonisation du droit des affaires, 2001.

¹⁷ Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, PUF, 1986, n° 2.

¹⁸ L'attention doit être attirée sur l'importance de la prévention des difficultés des entreprises du fait des faibles performances enregistrées par « les mesures curatives » intervenant après la cessation des paiements qui tend à caractériser une situation irrémédiablement compromise.

¹⁹ Voy. sur le droit OHADA de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, notre ouvrage précité publié par Bruylant, n° 30 et s.

SECTION I : LE PREALABLE : LA CONNAISSANCE DES CAUSES ET DES MANIFESTATIONS DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

Bien que liées, il est possible de distinguer les causes des difficultés de leurs manifestations.

§ I : Les causes des difficultés des entreprises

S'agissant des causes, elles sont susceptibles d'être classées de multiples façons : causes internes et externes, causes accidentelles et non accidentelles, causes structurelles et conjoncturelles, causes juridiques et non juridiques.

Une autre possibilité est le regroupement autour de quatre catégories d'inégale importance sur le plan statistique. Ce sont :

- les causes liées à l'exploitation et à la gestion de l'entreprise comme : la comptabilité non tenue, mal tenue ou non élaborée ; le personnel pléthorique ou les avantages salariaux exorbitants ; les dépenses somptuaires (voitures et locaux luxueux, cadeaux importants) ; l'inadaptation de la politique commerciale ; l'insuffisance des fonds propres ou des investissements ; la confusion patrimoniale ; l'incapacité, l'incompétence, l'incurie ou la mauvaise gestion des dirigeants ;

- les causes liées à l'évolution de l'environnement et de la conjoncture internationale : il en est ainsi en cas d'accroissement de la concurrence, de transformation des facteurs locaux de commercialité, d'accroissement du coût des inputs, de modification de la réglementation dans un sens défavorable, de défaillance d'un partenaire important (débitur principal, personne cautionnée, fournisseur, client) ;

- les causes purement accidentelles, comme le décès d'un dirigeant influent, le sinistre non couvert par une assurance adéquate, les malversations, les grèves longues ou répétées ou la baisse de la productivité du travail ;

- les causes d'ordre juridique, comme l'inadéquation de la forme juridique choisie et, d'une manière générale, la non-maîtrise des questions d'ordre juridique, notamment celles liées aux contrats ou à la propriété intellectuelle, que l'on pourrait résoudre par un audit juridique.

Les difficultés sont fonction de l'âge de l'entreprise. Par ailleurs, la facilité ou la difficulté du redressement dépend assez étroitement de la nature des difficultés.

§ II : Les manifestations des difficultés des entreprises

Pour ce qui est des manifestations des difficultés, appelées signes ou clignotants, l'on relève leur diversité et leur relativité. En effet, les signes ou clignotants peuvent se manifester à travers, par exemple, le report renouvelé de l'échéance d'un effet de commerce, la notification d'un protêt pour non-paiement d'un effet de commerce ou d'un chèque, l'achat en vue de la revente au-dessous du cours, le non-paiement des impôts ou des cotisations sociales depuis un certain temps, la non convocation ou la non tenue dans les délais des réunions des organes, le refus de certification des comptes par le commissaire aux comptes ou le refus d'approbation de ceux-ci par l'assemblée des actionnaires, le licenciement d'un nombre important de travailleurs, la perte d'une part importante du capital social ou des fonds propres, la réalisation de trois exercices déficitaires consécutifs, la diminution du crédit fournisseurs et/ou du crédit clients, la vente d'immobilisations ou de stocks de matières premières, le départ volontaire de cadres ou de dirigeants influents, le non renouvellement de contrats importants arrivés à expiration, la perte d'une position dominante, la maladie ou la mort d'un dirigeant influent.

La diversité des signes ou clignotants est certaine. Il reste à relever leur relativité. En effet, certains signes manquent de précocité en ce sens qu'ils traduisent la cessation des paiements ou l'imminence de celle-ci. D'autres peuvent ne pas traduire l'existence de difficultés sérieuses en raison de circonstances particulières. Enfin, suivant le secteur d'activités, d'autres signes peuvent s'avérer plus pertinents : il en est ainsi dans la production ou la distribution intégrée où le non renouvellement du contrat de sous-traitance ou du contrat de distribution peut signifier l'arrêt de mort de l'entreprise.

Tableau synthétique de l'état de santé de l'entreprise

A partir de deux critères généralement considérés comme pertinents, à savoir la situation positive ou négative, d'une part de la liquidité de l'entreprise, d'autre part de sa rentabilité, il est possible de dresser le tableau ci-après :

Liquidité	Rentabilité	Etat de santé de l'entreprise
+	+	Pleine forme
-	+	Maladie passagère
+	-	Maladie chronique
-	-	Fin prochaine

NB : Tout le problème va être d'établir une situation fiable de l'entreprise au plan de sa liquidité et de sa rentabilité.

La connaissance des causes des difficultés des entreprises, de leurs manifestations et de leur portée peut avoir une finalité immédiate ou une finalité médiate.

La première devrait conduire les dirigeants de l'entreprise à prendre rapidement les mesures d'assainissement qui s'imposent : par exemple, des demandes de délais de paiement conventionnels avec certains créanciers, en particulier le banquier, judiciaires²⁰, voire le bénéfice d'un moratoire légal ou la conclusion d'un concordat amiable avec les créanciers ; le changement de dirigeants dont les modalités varient suivant la structure revêtue par l'entreprise ; les mesures variées de renflouement internes ou externes (nouvelles mises de l'entrepreneur individuel ou des associés en nom, augmentations de capital, au besoin précédées d'une réduction, émission d'obligations ou d'autres titres autorisés...), recours au banquier, ce qui peut entraîner la responsabilité de celui-ci ; les interventions étatiques²¹.

²⁰ « Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible.

Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiales, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année. Elle peut également décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

Elle peut en outre subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette » (Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, art. 39).

²¹ Il faut signaler que le Traité de l'Union économique et monétaire (UEMOA), signé le 10 janvier 1994 à Dakar, interdit « les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions » (art. 88 c). Cette disposition est mise en œuvre par le règlement n° 4/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine et aux

La seconde devrait permettre la mise en oeuvre de la procédure d'alerte et/ou, si nécessaire, de celle du règlement préventif.

SECTION II : LA MISE EN OEUVRE DE L'ALERTE

A l'imitation de la France, la procédure d'alerte n'est pas prévue par l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives mais plutôt par celui relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSC) dans ses articles 150 à 158²², ce qui, bien entendu, exclut les entreprises individuelles²³.

L'alerte a pour but de mettre les dirigeants sociaux face à leur responsabilité. Elle intervient ou doit intervenir lorsque se produisent un ou plusieurs faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

L'AUPC distingue selon que l'alerte est donnée par le commissaire aux comptes ou par les associés et selon qu'il s'agit de sociétés anonymes (SA) ou de sociétés revêtant d'autres formes juridiques.

§ I : L'alerte donnée par le commissaire aux comptes

L'alerte par le commissaire aux comptes est organisée différemment selon qu'il s'agit de sociétés anonymes ou de sociétés revêtant d'autres formes.

A- Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes

L'alerte par le commissaire aux comptes dans les sociétés autres que les SA se fait par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au gérant, lettre par laquelle il lui demande des explications sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission. Le gérant est tenu d'y répondre, dans les mêmes formes, dans le mois de la réception en donnant une analyse de la situation et en précisant, le cas échéant, les mesures envisagées. En cas d'observation des dispositions ci-dessus ou si, malgré les décisions prises, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial, lequel est, à sa demande, soit adressé aux associés, soit présenté à la prochaine assemblée qui doit être convoquée par le gérant dans les 8 jours de la réception de la demande.

B- Dans les sociétés anonymes

S'agissant des sociétés anonymes, il faut mentionner les particularités suivantes : la demande d'explication est adressée au président du conseil d'administration, au président-directeur général (PDG) ou à l'administrateur général. A défaut de réponse ou si celle-ci n'est pas satisfaisante, le commissaire aux comptes invite, selon le cas, le président du conseil d'administration ou le P.D.G. à faire délibérer le conseil d'administration ou l'administrateur général à se prononcer sur les faits relevés. Dans les 15 jours qui suivent la réception de la lettre du commissaire aux comptes doit être convoqué le conseil d'administration en vue de délibérer sur les faits relevés ou doit être tenue la séance au cours de laquelle l'administrateur

modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité. Ce qui pourrait justifier l'intervention de l'Etat en faveur d'une entreprise en difficulté, c'est l'article 3.1 (c) de ce règlement qui déclare compatible avec le Marché Commun sans qu'un examen conformément aux dispositions de l'article 2.2 soit nécessaire... à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre ».

²² Ces articles forment le titre IV du livre 2 (fonctionnement de la société commerciale) de la Partie 1 (dispositions générales sur la société commerciale).

²³ Il revient aux dirigeants de telles entreprises d'être personnellement attentifs aux difficultés de leurs entreprises et de se doter de mécanismes volontaires d'alerte.

général se prononce sur les faits relevés. En cas d'inobservation des dispositions légales ou si la continuité d'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale ou, en cas d'urgence, à une assemblée générale qu'il convoque lui-même.

Sur un plan d'ensemble, il se pose la question de savoir si le commissaire aux comptes a l'obligation de rechercher systématiquement l'existence de faits devant donner lieu à l'alerte ou s'il suffit de porter à la connaissance des dirigeants les seuls faits relevés à l'occasion de ses diligences normales²⁴. La conception large semble préférable.

§ II : L'alerte donnée par les associés

S'agissant de l'alerte par les associés dans les SA et dans les autres sociétés, tout associé ou tout actionnaire peut, deux fois par exercice, adresser par écrit des questions au gérant ou au principal dirigeant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse, qui doit être faite dans le délai d'un mois, est adressée avec une copie de la question à l'associé ou à l'actionnaire ainsi qu'au commissaire aux comptes s'il en existe un. On aura remarqué que l'alerte par les associés ou les actionnaires ne fait pas intervenir l'assemblée des associés ou des actionnaires ni le conseil d'administration dans le cas d'une SA qui en serait dotée. Il apparaît ainsi d'une portée moindre, sauf que, peut-être, le commissaire aux comptes va se charger de lui donner une plus grande portée en la portant à la connaissance des organes sus-visés.

Sur l'ensemble de la question, la différence fondamentale entre les SA et les autres sociétés est que dans ces dernières l'institution du commissaire aux comptes est facultative, sauf dans les grandes SARL²⁵ et dans les groupements d'intérêt économique (article 880). De plus, l'administration des SA offre des possibilités d'option. Enfin, l'alerte implique trois niveaux dans la SA avec CA contre seulement deux dans les autres sociétés.

L'on peut noter que, contrairement à la législation française dont il s'inspire, l'Acte uniforme n'a pas retenu l'alerte par les représentants du personnel ou par le président du tribunal compétent. D'une manière générale, l'on peut douter de l'efficacité de l'alerte, surtout si les dirigeants font preuve d'insouciance ou de mauvaise volonté.

L'on peut rapprocher de l'alerte l'expertise de gestion qui permet à un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital social de demander au président de la juridiction compétente du siège social la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Le juge détermine, s'il fait droit à la demande, l'étendue et les pouvoirs des experts dont les honoraires sont supportés par la société. Le rapport est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration²⁶.

L'alerte doit, le cas échéant, permettre au débiteur de recourir à la procédure de règlement préventif.

CHAPITRE II : LE REGLEMENT PREVENTIF

Le règlement préventif est une procédure qui intervient lorsque l'entreprise connaît de sérieuses difficultés financières et qui vise à éviter que celles-ci ne conduisent à la cessation de ses paiements. Réglementé par les articles 5 à 24 de l'AUPC, le règlement préventif de

²⁴ Voy. dans ce sens Guyon Y., op. cit., n° 1052.

²⁵ Capital de plus de 10 000 000 F CFA ou chiffre d'affaires annuel supérieur à 250 000 000 F CFA ou encore effectif permanent supérieur à 50 personnes (article 376). Mais même en dehors de ces hypothèses, un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent en justice demander la nomination d'un commissaire aux comptes.

²⁶ Articles 159 et 160 de l'AUDSC. Voy. sur le cas de la France : Guyon Y., Droit des Affaires, tome 1, Droit commercial général et sociétés, Economica, 12e éd., 2003, n°s 447 et 505.

l'OHADA semble faire un savant dosage de la procédure de suspension provisoire des poursuites de l'ordonnance française du 23 septembre 1967, du règlement amiable de la loi française du 1^{er} mars 1984, du concordat judiciaire classiquement voté par les créanciers et du concordat amiable librement conclu entre le débiteur et ses créanciers.

Les justiciables du règlement préventif sont les mêmes que ceux du redressement judiciaire et de la liquidation des biens²⁷. La condition fondamentale de cette procédure est que l'entreprise ne doit pas être en état de cessation des paiements.

La procédure de règlement préventif peut être appréhendée autour de deux grandes phases qui sont la phase préparatoire au règlement préventif, puis la phase de la formation et des effets du règlement préventif, qui est celle de son aboutissement.

SECTION I : LA PHASE PREPARATOIRE AU REGLEMENT PREVENTIF

Elle comporte principalement l'introduction de la requête, le dépôt de l'offre de concordat et la décision de la juridiction compétente.

§ I : La requête et l'offre de règlement préventif

La requête de règlement préventif est introduite par le débiteur qui y expose sa situation économique et financière et présente les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif. La requête indique les créances pour lesquelles le débiteur demande la suspension des poursuites individuelles (art. 5). Elle est accompagnée d'un dépôt de pièces : extrait d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM), états financiers de synthèse, état de trésorerie, état des créances et des dettes, liste des biens soumis à revendication ou affectés d'une clause de réserve de propriété, état détaillé des sûretés personnelles et réelles données ou reçues, nombre de travailleurs et montant des salaires et des charges... (art. 6). Au cas où l'une des pièces ferait défaut, la requête doit contenir le motif de son absence.

Puis intervient le dépôt de l'offre de concordat préventif. L'offre de concordat préventif précise les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise. Le dépôt de l'offre doit se faire en même temps que celui de la requête ou au plus tard dans les 30 jours qui suivent. L'article 7 traite du contenu de l'offre et cite de manière non exhaustive les mesures d'assainissement ou de renflouement de l'entreprise et de règlement de son passif susceptibles d'être proposées. Le délai relativement bref imposé pour le dépôt de l'offre ou proposition de concordat semble réserver le règlement préventif aux entreprises bien structurées et qui savent ce qu'elles veulent.

§ II : La décision de suspension des poursuites et de désignation d'un expert

Dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise sans délai au président de la juridiction compétente qui rend une **décision de suspension des poursuites individuelles et désigne un expert** pour lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de son redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif (art. 8).

La suspension des poursuites individuelles a un vaste champ d'application : concerne les actions engagées avant la décision et non encore définitivement tranchées et les actions qui seraient introduites depuis lors ainsi que les demandes en paiement comme les voies d'exécution. En sont exclues les actions tendant à la reconnaissance de créances ou de

²⁷ Voy. les précisions y afférentes au chapitre I de la 2^e partie.

droits contestés²⁸ ou les actions cambiaires dirigées contre les signataires de l'effet de commerce autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites (art. 9). De plus, les intérêts légaux ou conventionnels, les intérêts moratoires et les majorations continuent de courir²⁹ mais ne sont pas exigibles.

En contrepartie de la suspension des poursuites individuelles, il est interdit au débiteur :

- de payer les créances antérieures à la décision et visées par celle-ci ou de désintéresser les cautions qui payent de telles créances ;
- de faire un acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise ou de consentir une sûreté (article 11).

Quant à l'expert, il est informé dans les 8 jours de la décision par le président du tribunal ou le débiteur. Disposant de moyens d'information importants, notamment auprès des administrations publiques et des banques, l'expert est chargé de signaler les manquements du débiteur vis-à-vis des interdictions qui lui sont faites et surtout de faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers. Il doit déposer son rapport dans les deux mois de sa saisine, sauf autorisation motivée du président de la juridiction de proroger ce délai d'un mois. Dans l'ensemble, ce délai peut sembler a priori trop bref pour faire un travail de qualité. Toutefois, l'expert ne fait toutefois, l'expert effectue son travail sur la base de l'offre de concordat déposée avant sa nomination : il n'a donc pas à élaborer son rapport *ex nihilo*. Le rapport de l'expert contient le concordat préventif proposé par le débiteur ou conclu entre lui et ses créanciers³⁰. On peut considérer que le concordat entre dans sa phase d'aboutissement ou de finalisation avec le dépôt du rapport de l'expert.

SECTION II : LA PHASE DE L'ABOUTISSEMENT : LA FORMATION ET LES EFFETS DU REGLEMENT PREVENTIF

Le concordat préventif, s'il est homologué, produit des effets sur les créanciers et sur le débiteur, ce qui invite à examiner, d'une part, la décision relative à l'homologation du concordat et, d'autre part, les effets du concordat préventif.

§ I : La décision relative à l'homologation du concordat

Dans les 8 jours du dépôt du rapport de l'expert, le président saisit la juridiction compétente et convoque le débiteur et tout créancier qu'il juge utile d'entendre, au moins 3

²⁸ De telles actions ne rompent pas l'égalité entre les créanciers dans la mesure où les créanciers concernés cherchent à obtenir un titre afin d'être sur un pied d'égalité avec les autres créanciers. Voy. pour une correcte application de l'AUPC sur ce point Cour d'appel de Dakar, Chambre civile et commerciale 1, arrêt n° 397 du 8 septembre 2000, Les Nouvelles Brasseries Africaines contre la Compagnie Sucrière du Sénégal ; pour la Cour, « si aucune exécution forcée en paiement n'est possible dans les conditions décrites par l'article 8 (de l'AUPC), tout créancier, dans le cas de l'espèce, peut agir en reconnaissance de ses droits ou de sa créance contestée d'autant que, dans la présente procédure, le délai de suspension de trois mois accordé par le premier juge depuis le 17 mai 2000 est présentement expiré sans que les parties aient porté à la connaissance de la Cour la suite réservée à la mission de l'expert si celui-ci a effectué son travail dans les délais prévus par la loi communautaire ».

²⁹ L'explication tient au fait que l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements : le paiement des créanciers n'est pas encore compromis. Il n'y a donc pas lieu de remettre en cause ce qui a été convenu entre les parties.

³⁰ On note que la procédure de règlement préventif est loin d'être maîtrisée par le juge. Voy. dans ce sens le jugement n° 020/03 du 29 janvier 2003 du Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Burkina Faso, audience civile et commerciale, tendant à l'admission de la Société IFEX au bénéfice du règlement préventif qui avait introduit une requête n° 737/02 du 23/7/2002 à cette fin.

jours à l'avance, ainsi que l'expert à une audience non publique où la juridiction va statuer sur l'homologation du concordat dans le délai d'un mois.

Le concordat ne peut être homologué que si les conditions de validité du concordat sont réunies (un renvoi est opéré aux règles applicables au concordat de redressement judiciaire), s'il est sérieux et si les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires. Si le concordat ne comporte pas de demande de remise mais seulement une demande de délai n'excédant pas deux ans, la juridiction peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise. Ce serait faire preuve de prudence pour le débiteur que de prévoir des propositions concordataires respectant ces conditions, qui permettent de passer outre la mauvaise volonté de certains créanciers.

La décision de règlement préventif ou d'homologation du concordat doit être publiée dans les mêmes conditions que celle de RJ ou de LB (c'est-à-dire au RCCM, dans un JAL et/ou au JO). Le souci de protéger les créanciers et les tiers a prévalu sur la protection du crédit de l'entreprise que la publicité peut sérieusement détériorer.

La même décision met fin à la mission de l'expert rapporteur (qui doit faire un compte rendu et restituer les pièces), et, pour surveiller l'exécution du concordat, désigne un juge-commissaire et peut désigner un syndic et des contrôleurs³¹.

§ II : Les effets du concordat homologué

Le concordat homologué s'impose à tous les créanciers antérieurs sans distinction selon qu'ils sont chirographaires ou munis de sûretés (art. 18), dans les conditions de délais et de remises qu'ils ont consenties au débiteur, sauf si, le délai sollicité n'excédant pas deux ans, la juridiction a rendu le concordat opposable même aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise. Les cautions qui ont acquitté des dettes du débiteur nées antérieurement à la décision sont soumises au concordat. Les créanciers munis de sûretés réelles ne perdent pas leurs garanties mais ils ne peuvent les réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé. Or une sûreté n'a d'intérêt que si elle garantit le paiement dans le délai convenu. Mais l'on sait que l'exercice prématuré des sûretés aurait constitué un frein ou un obstacle au redressement de l'entreprise. Néanmoins, la situation des créanciers munis de sûretés ne se confond pas avec celle des créanciers chirographaires. La Cour d'appel d'Abidjan semble faire une correcte application de l'opposabilité des délais et des remises du concordat aux créanciers qui n'y ont pas consenti³².

Le syndic reçoit une mission de surveillance et de contrôle dont le but est de favoriser le respect des engagements pris en ce qui concerne le paiement des créanciers et les mesures d'assainissement de l'entreprise. Il signale sans délai tout manquement au juge-commissaire.

Les contrôleurs représentant les créanciers et choisis parmi eux sont chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif dans les mêmes conditions que celles prévues pour le concordat de redressement judiciaire (articles 128, 129 et 138). La désignation du syndic et des contrôleurs est facultative. Au cas où il ne serait pas nommé de syndic ni de contrôleurs, comme cela semble souhaitable dans le RP si les dirigeants sont de bonne moralité pour limiter les frais de la procédure, il reviendra au juge-commissaire de surveiller

³¹ *A priori*, il peut paraître surprenant que ce soit à ce stade que l'on mette en place tant d'organes.

³² L'arrêt n° 1054 du 1^{er} décembre 2000, Jean MAZUET contre Groupement pharmaceutique de Côte d'Ivoire infirme un jugement du Tribunal de première instance d'Abidjan du 22 décembre 1999 qui a implicitement étendu l'opposabilité du concordat préventif à un créancier qui n'avait consenti ni délai ni remise en réservant l'exécution de la condamnation dont il est bénéficiaire. Or l'opposabilité doit répondre à deux conditions : d'une part le concordat ne doit pas comporter de demandes de remises mais seulement des demandes de délais n'excédant pas deux ans, d'autre part la décision de règlement préventif doit avoir expressément procédé à l'extension, certainement à la demande du débiteur. Malheureusement, l'arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan n'est pas très explicite.

lui-même l'exécution du concordat et de faire rapport à la juridiction compétente des violations constatées.

Le débiteur recouvre la libre administration et disposition de ses biens dès que la décision de règlement préventif est passée en force de chose jugée.

Quant aux **voies de recours**, elles sont réglementées de manière stricte afin de favoriser la célérité et l'efficacité du règlement préventif. Généralement, les délais sont brefs et la juridiction saisie doit se prononcer rapidement (dans un délai d'un mois par exemple). La décision de suspension des poursuites individuelles n'est susceptible d'aucune voie de recours (article 22).

En définitive, la procédure de règlement préventif devrait, si elle est correctement appliquée, contribuer à renflouer ou assainir beaucoup d'entreprises et à leur éviter la cessation des paiements, qui conduit inéluctablement au redressement judiciaire ou à la liquidation des biens. Cependant, comme le professeur Didier Martin l'a écrit d'une façon magistrale et imagée, « quels que soient les soins mis à prévenir, contenir et résoudre amiablement les difficultés, il faudra encore souvent se résoudre à organiser plus brutalement le destin de l'entreprise quand, imperméable aux thérapeutiques douces et malgré elles, elle aura franchi le seuil clinique de la cessation des paiements. Alors s'imposera le choix entre la médecine (la continuation de son activité sous contrôle), la chirurgie (par amputation partielle ou cession globale) et l'euthanasie (par liquidation judiciaire de ses actifs) »³³.

DEUXIEME PARTIE : LE TRAITEMENT DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

Il y a lieu d'appliquer un traitement de choc lorsque le mal est profond ou que la prévention a échoué, en d'autres termes, lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements. A ce moment s'appliquent les procédures collectives *stricto sensu* que sont le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Il y a lieu de mentionner que, pour de nombreuses causes, le redressement judiciaire peut être converti en liquidation des biens. Cependant, malgré leurs finalités différentes, à savoir d'un côté le redressement et de l'autre la disparition de l'entreprise, ces deux procédures comportent de nombreuses similitudes, ce qui explique que de nombreuses dispositions de l'Acte uniforme leur sont communes, lesquelles se manifestent principalement dans les conditions d'ouverture et les organes ainsi que relativement aux effets sur le débiteur et sur les créanciers et beaucoup moins pour ce qui est des solutions qui y mettent fin.

TITRE I : LES CONDITIONS D'OUVERTURE ET LES ORGANES DES PROCEDURES DE TRAITEMENT

L'ouverture de la procédure soulève principalement la question des conditions d'ouverture à laquelle peut être greffée celle des organes qui sont pour la plupart mis en place par le jugement d'ouverture.

CHAPITRE I : LES CONDITIONS D'OUVERTURE

Les procédures collectives produisent des conséquences graves : elles restreignent les droits des créanciers et limitent les pouvoirs du débiteur. Elles produisent des conséquences économiques et sociales. Dans une certaine mesure, ce sont des procédures de sacrifice³⁴.

³³ Martin D., *Le droit des entreprises en difficultés*, Les lois des 1^{er} mars 1984 et 25 janvier 1985, La Revue Banque Editeur, 1985, n° 29 ; *Le diagnostic d'entreprise, critère de responsabilité judiciaire*, RTDCom., 1979, p. 187, n° 2.

³⁴ Voy. dans ce sens Guyon Y., *Droit commercial (règlement judiciaire, liquidation des biens, suspension provisoire des poursuites, faillite)*, Les cours de droit, 1978-1979, p.75.

C'est pourquoi, elles ne peuvent être ouvertes que si des conditions précises de fond et de forme sont réunies.

SECTION I : LES CONDITIONS DE FOND

Les deux conditions de fond sont classiques même si elles ont connu une évolution. Elles tiennent, d'une part, à la qualité du débiteur (doit-il avoir la qualité de commerçant ?) et à sa situation économique (à savoir la cessation des paiements).

§ I : La condition juridique : la qualité de justiciable

Classiquement, la qualité de commerçant était exigée de tous les justiciables parce qu'il n'y a pas de faillite civile. Cette exigence est maintenue par l'AUPC en ce qui concerne les personnes physiques. La qualité de commerçant découle de la réunion des conditions posées par l'AUDCG selon lequel « sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce et en font leur profession habituelle » (art. 2).

L'immatriculation au RCCM entraîne une présomption simple de commercialité. La non immatriculation n'empêche pas la soumission aux procédures collectives car ce serait primer ceux qui violent la loi que de leur permettre d'y échapper. Il en est de même des interdictions et des incompatibilités qui ne sont pas un obstacle à l'ouverture d'une procédure collective. Il en est différemment, en revanche, des incapacités qui visent à protéger l'incapable : mineur non émancipé, majeurs incapables (tutelle, curatelle, protection de justice). Quant au conjoint d'un commerçant, certainement dans le but de protéger le « patrimoine familial », il n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 de l'AUDCG, à titre de profession habituelle et séparément de ceux de son époux (art. 7).

Le commerçant décédé en état de cessation des paiements peut être soumis aux procédures collectives dans le délai d'un an à compter du décès. Le commerçant effectivement retiré du commerce peut faire l'objet d'une procédure collective dans le délai d'un an suivant la publication de son retrait au RCCM (on dit d'un tel commerçant qu'il est radié du registre du commerce). L'ouverture d'une procédure collective peut être demandée contre un associé indéfiniment et solidairement responsable du passif social dans le délai d'un an à partir de la mention de son retrait de la société au RCCM lorsque la cessation des paiements est antérieure à son retrait.

D'une manière générale, il se pose la question de l'opportunité de soumettre aux procédures collectives, comme l'ont fait certains législateurs, les artisans, les agriculteurs, les professions libérales, les membres du « secteur informel »³⁵, dont on reconnaît la difficulté d'appréhension par le droit, ou tout débiteur sans distinction comme c'est le cas dans certains pays³⁶.

Pour les personnes morales, l'AUPC retient d'abord les personnes morales commerçantes : sociétés commerciales par la forme (SA, SARL, SNC, SCS) et toute société ou personne morale ayant la qualité de commerçant (question qui a perdu de son importance

³⁵ V. sur le secteur informel : « Les pratiques juridiques économiques et sociales informelles », Actes du colloque international de Nouakchott réunis par Jean-Louis Lespès, 8 - 11 décembre 1988, PUF, collection Université d'Orléans, 559 p. Le rapport de synthèse (présenté par A. S. Ould Boubout) « considère comme informelles les pratiques qui se développent en marge (et quelquefois en violation) de la légalité (étatique ou coutumière) largement acceptées par les intéressés, et ayant vocation à se substituer aux normes et structures officielles ou à être prises en compte par elles » (p. 550) ; Abarchi D., thèse précitée, p. 236 et s.

On note que les planteurs de certains Etats seraient en mesure de faire face aux contraintes des procédures collectives en raison de la taille et du niveau d'organisation de leurs exploitations.

³⁶ Grande-Bretagne, Pays-Bas, Allemagne, Autriche, Suisse. Ce système unitaire est généralement considéré comme étant inutilement complexe et coûteux, notamment appliqué au simple particulier, et l'unification des procédures n'est jamais totale.

au regard du second volet). Il retient ensuite les personnes morales de droit privé. Celles-ci se distinguent des personnes morales de droit public (Etat, collectivités territoriales, établissements publics, groupement d'intérêt public) et des personnes morales de droit privé qui sont commerciales par leur seule forme. Ainsi en relèvent ou pourraient en relever les sociétés coopératives et groupements pré coopératifs, les associations et ONG, les sociétés civiles (immobilières, agricoles ou professionnelles), les groupements d'intérêt économique (GIE), les syndicats, les comités d'entreprise, les fondations, les ordres professionnels... Mais pour l'assujettissement aux procédures collectives, l'important est la qualification de personne morale de droit privé et moins de savoir si celle-ci est commerçante ou non. A cet égard, lesdites personnes morales doivent jouir effectivement de la personnalité morale et donc, pour la plupart, être immatriculées au RCCM. Enfin, l'AUPC vise de façon expresse « toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé »³⁷. L'AUPC présente ainsi l'avantage de clarifier la situation des entreprises publiques dont la plupart revêtent en pratique une forme de droit privé, avec même, en général, la qualité de commerçant. Cette tendance s'est renforcée à la faveur des programmes d'ajustement qui ont conduit à la privatisation du capital ou de la gestion des entreprises publiques et à la transformation des EPIC (établissements publics à caractère industriel et commercial) en sociétés d'Etat.

La condition juridique doit être accompagnée de la condition économique, en l'occurrence la cessation des paiements, qui est celle qui déclenche la demande d'ouverture de la procédure.

§ II : La condition économique : la cessation des paiements

La cessation des paiements est une notion importante pour l'ouverture des procédures collectives. C'est une notion de droit contrôlée par la juridiction de cassation qui vérifie que les faits souverainement constatés par les juridictions du fond sont constitutifs de la cessation des paiements. Elle est définie par l'AUPC comme la situation où le débiteur est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible (article 25). Le débiteur est tenu de faire une déclaration aux fins d'ouverture d'une procédure collective dans les 30 jours de la cessation de ses paiements.

Pendant longtemps a prévalu une conception dualiste de la cessation des paiements distinguant :

- la cessation des paiements ouverte qui se traduit par l'arrêt matériel du service de caisse, autrement dit le non-paiement d'une ou de plusieurs dettes certaines, liquides, exigibles, de nature commerciale ou civile, et qui sert à ouvrir la procédure ;
- la cessation des paiements déguisée qui se traduit par l'utilisation de moyens frauduleux, ruineux ou factices, en d'autres termes la gêne financière, et qui sert à reporter dans le temps la cessation des paiements.

Diverses raisons ont conduit à une conception unitaire : la réalité unique du phénomène : seules les difficultés de preuve ont conduit à différencier ses deux manifestations ou formes de la cessation des paiements (forme déguisée, forme ouverte) ; l'évolution jurisprudentielle et surtout la définition légale. L'on pourrait donc ouvrir une

³⁷ Ainsi, une procédure collective de faillite ou de liquidation des biens a été ouverte au Burkina Faso contre les entreprises publiques suivantes, revêtant en général la forme de société d'économie mixte : Banque nationale de développement du Burkina (BND-B), Société de recherche et d'exploitation minières du Burkina (SOREMIB), Société Faso Fani (industrie textile), Office national des barrages et des aménagements hydro agricoles (ONBAH), la Société burkinabè des ciments et matériaux (CIMAT), l'Office national des puits et forages (ONPF). Concernant la BND-B, qui semble être la première entreprise publique soumise à une procédure collective, elle avait été créée en 1962 et revêtait la forme de société d'économie mixte. Sa liquidation judiciaire a été prononcée le 12 janvier 1994, à la demande de sa direction générale, laquelle avait été autorisée pour ce faire par le Conseil des Ministres.

procédure collective sur la base de faits constituant antérieurement la cessation des paiements déguisée³⁸.

Il se pose surtout à l'heure actuelle la question de l'efficacité de la cessation des paiements, même dans une conception unitaire.

Théoriquement, la cessation des paiements est différente de l'insolvabilité, caractérisée, elle, par le fait que l'actif total est inférieur au passif total. Dans les faits cependant, il arrive fréquemment que la cessation des paiements recouvre une véritable insolvabilité, ce qui rend difficile et même impossible le redressement de l'entreprise et le paiement des créanciers. D'une manière générale, l'on peut estimer que la cessation des paiements, même lorsqu'elle ne recouvre pas une véritable insolvabilité, correspond à une situation qui est irrémédiablement compromise³⁹. De ce fait, le redressement de l'entreprise est rendu très difficile, voire impossible, et les créanciers ont très peu de chance de recevoir un paiement substantiel.

Le critère le plus satisfaisant qui pourrait être substitué à la cessation des paiements paraît être celui de l'existence de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. L'on signale que c'est le critère retenu pour l'alerte aussi bien dans l'AUDSC qu'en France. Cependant, un tel critère peut difficilement être appréhendé par un créancier ou par des personnes ou autorités extérieures à l'entreprise. C'est pourquoi il est suggéré qu'il serve à la saisine de la juridiction compétente par le débiteur ou par les dirigeants de l'entreprise, les autres protagonistes s'en tenant toujours à la cessation des paiements⁴⁰. C'est ce que réalise la loi française du 27 juillet 2006 de sauvegarde des entreprises.

Au demeurant, le critère de la cessation des paiements se défend avec de bons arguments s'il est interprété avec un certain élargissement de la notion et si les juridictions nationales compétentes, à l'instar des tribunaux de commerce belges, se dotent d'un service des enquêtes commerciales permettant une information rapide et l'accélération de l'ouverture de la procédure collective⁴¹.

En effet, « il serait dangereux, pour la sécurité des transactions commerciales, de permettre à un débiteur d'obtenir une sorte de moratoire qui suspendrait le paiement de ses dettes alors qu'il n'est pas encore en état de cessation des paiements »⁴², ce qui peut provoquer des difficultés au niveau d'autres entreprises. De plus, la solution de telles difficultés avant la cessation des paiements relève de l'initiative du débiteur ou des dirigeants,

³⁸ Sur les conditions d'ouverture et spécialement la cessation des paiements, on consultera avec intérêt les décisions ci-après concernant l'affaire SOSACO (Société Sahel Compagnie) qui traduisent la persistance de la non-maîtrise par le juge du droit des procédures collectives (non respect du délai de 30 jours avant le prononcé de la décision, date de cessation des paiements fixée postérieurement au jugement d'ouverture, existence même de la cessation des paiements discutable, non discussion de la qualité de l'organe habilité à saisir la juridiction...) :

- Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Burkina Faso, jugement n° 389/2003 du 17 septembre 2003 ;
- Cour d'appel de Ouagadougou, Burkina Faso, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 84 du 21 novembre 2003, SOSACO c/ Syndics liquidateurs de la SOSACO ;

- Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Burkina Faso, jugement n° 45 du 18 février 2004, KABORE Henriette (BTM) & Bureau d'Assistance Technique et Economique (BATEC-SARL) & Entreprise DAR-ES-Salam c/ SOSACO ;

- Cour d'appel de Ouagadougou, Burkina Faso, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 52 du 16 avril 2004, SOSACO c/ KABORE Henriette (BTM) & Bureau d'Assistance Technique et Economique (BATEC-SARL) & Entreprise DAR-ES-Salam.

³⁹ L'ordonnance française du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises visait « les entreprises en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise », c'est-à-dire qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements.

⁴⁰ Guyon Y., op. cit., n° 1116.

⁴¹ Duplat J.L., Les services des enquêtes commerciales des tribunaux de commerce, in « L'entreprise en difficulté », Editions du Jeune Barreau, 1981, p. 45 à 76.

⁴² Ripert et Roblot, op. cit., n° 2873.

ou de solutions plus légères et plus souples comme le concordat amiable toujours possible avant toute saisine du tribunal, le règlement préventif dans l'espace OHADA ou le règlement amiable en France. De telles solutions permettent d'éviter la survenance de la cessation des paiements tout en préservant au mieux les intérêts des créanciers dont le consentement est requis.

SECTION II : LA CONDITION DE FORME OU DE PROCEDURE : L'EXIGENCE D'UN JUGEMENT

Cette question d'importance mérite d'être abordée en examinant successivement : l'actualité de la « faillite de fait » ; les règles de compétence et de saisine ainsi que les règles relatives au jugement.

§ I : L'actualité de la « faillite de fait »

L'exigence d'un jugement pour qu'existe une procédure collective valide semble découler du bon sens. C'est d'ailleurs ce qu'exige expressément l'article 32 selon lequel « l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ne peut résulter que d'une décision de la juridiction compétente ». Cela veut donc dire qu'il n'y a pas de faillite de fait ou de faillite virtuelle.

Pourtant, certains éléments montrent que la faillite de fait a connu une place importante dans le passé⁴³ et demeure d'une certaine actualité :

- d'abord l'ancienne formulation de l'article 437 du Code de commerce de 1807, selon lequel « tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite », fait penser que la faillite est avant tout une situation de fait qui ne nécessite pas une décision de justice ;

- ensuite, l'article 147 du Code de commerce qui autorise le porteur d'une lettre de change à exercer ses recours contre les signataires avant l'échéance en cas de cessation des paiements du tiré, même non constatée par un jugement⁴⁴ ;

- puis, l'application des règles des procédures collectives (suspension des poursuites individuelles, arrêt du cours des intérêts, obligation de produire...) par la jurisprudence française jusqu'en 1955 en l'absence de tout jugement d'ouverture ;

- enfin, l'application en France, jusqu'à la loi de 1985, des sanctions de la banqueroute à des débiteurs à l'égard desquels aucune procédure n'a été ouverte.

L'AUPC, qui condamne la faillite de fait d'une manière générale, la maintient en ce qui concerne la banqueroute. Ainsi, « une condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse ou pour délit assimilé à la banqueroute simple ou frauduleuse peut être prononcée même si la cessation des paiements n'a pas été constatée dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme » (article 236). On doit considérer qu'est également maintenue l'exception concernant les effets de commerce. En effet, le règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 sur les systèmes de paiement maintient la règle du Code de commerce (art. 185).

Le principe demeurant néanmoins celui de l'exigence d'un jugement, il se pose la question des règles de compétence et de saisine.

⁴³ Voy. pour un approfondissement : SAWADOGO F.M., L'application judiciaire du droit des procédures collectives, op. cit., p. 212 et s et Note sous Cour d'Appel de Bobo-Dioulasso, 21 mai 1990 (La dissolution de société produit-elle les mêmes effets que l'ouverture d'une procédure collective ?), Revue Burkinabè de Droit, n° 19, janvier 1991.

⁴⁴ La loi uniforme sur les instruments de paiements, préparée par la BCEAO et adoptée par les différents Etats de l'UEMOA, reprend en substance cette disposition du Code de commerce. Voy. par exemple loi n° 037-AN du 17 décembre 1997 portant loi uniforme sur les instruments de paiement dans l'UEMOA (J.O.B.F. n° 17 du 15 mars 1998, p. 4071 et s).

§ II : Les règles de compétence et de saisine

S'agissant de la compétence d'attribution, elle est confiée à la juridiction compétente en matière commerciale. De fait, à l'exception de quelques Etats parties ayant des tribunaux de commerce, dans la plupart des Etats parties, ce sont les tribunaux de première instance ou de grande instance ou les tribunaux régionaux qui connaissent des affaires civiles et commerciales.

Pour la juridiction territorialement compétente, c'est celle dans le ressort de laquelle le débiteur personne physique a son principal établissement ou la personne morale a son siège social ou, à défaut, son principal établissement ou, à défaut, son principal centre d'exploitation.

Il se pose aussi la question complexe et non clairement résolue de la compétence internationale des juridictions et des effets des jugements rendus à l'étranger. Ces questions se posent lorsque le débiteur, personne physique ou personne morale, possède des biens et des créanciers situés dans deux ou plusieurs Etats.

A ce sujet, deux théories s'opposent :

- **la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite**, qui veut qu'une seule procédure soit ouverte contre le débiteur et permette d'appréhender l'ensemble de ses biens quel que soit leur lieu de localisation et de payer tous les créanciers domiciliés dans différents Etats du monde sur un pied d'égalité ; une procédure répondant aux critères ci-dessus doit être ouverte uniquement dans l'Etat qui abrite le centre des affaires du débiteur ; une décision d'ouverture rendue dans ces conditions peut être aisément reconnue à l'étranger et recevoir l'exequatur ;

- **la théorie des procédures dites plurales et territoriales**, qui permet l'ouverture d'une procédure collective dans tout Etat où le débiteur possède des biens ; cette conception favorise les créanciers des Etats où le débiteur possède beaucoup de biens alors que le nombre des créanciers et, surtout, le montant des créances ne sont pas très élevés ; les procédures ouvertes sur la base de cette seconde théorie ne peuvent pas, fort logiquement, obtenir l'exequatur à l'étranger ; c'est d'ailleurs pour cela qu'elles sont dites plurales et territoriales ; selon un auteur, « la territorialité de la faillite est moins un système que l'effet d'une liquidation anarchique du patrimoine dont les éléments se localisent en plusieurs pays »⁴⁵.

La France admet les deux théories opposées en tirant avantage de chacune d'elles⁴⁶. C'est dans le même sens qu'il faut situer l'AUPC (articles 4 et 247 à 256) ainsi que les instruments internationaux en vigueur ou non qui traitent des procédures collectives internationales⁴⁷. L'AUPC, d'une part, admet que l'on puisse ouvrir une procédure contre une

⁴⁵ Rigaux F., Droit international privé, Larcier, tome 2, 1979, n° 1102.

⁴⁶ Guyon Y., Droit des affaires, tome 2, op. cit., n° 1019.

⁴⁷ On relève par exemple :

- la convention multilatérale du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite, faite à Istanbul le 5 juin 1990 ; cette convention, qui comporte 44 articles, traite de la plupart des questions que soulèvent les procédures collectives au plan international ; elle s'intéresse aux Etats membres du Conseil de l'Europe mais admet la possibilité d'adhésion d'Etats non membres du Conseil de l'Europe ;

- la convention relative à l'insolvabilité, adoptée le 23 novembre 1995 par le Conseil de l'Union européenne (voy. au sujet de cette convention Vallens J.-L., Le droit européen de la faillite : premiers commentaires de la convention relative aux procédures d'insolvabilité, Dalloz, 1995, p. 307 à 310) ; c'est la convention la plus complète en ce sens qu'elle règle avec suffisamment de précision plusieurs aspects de la question ; elle ne s'intéresse qu'aux Etats membres de l'Union européenne et s'intègre harmonieusement à cet ensemble juridique ; l'essentiel du contenu de cette convention a été repris par une proposition de règlement présentée par l'Allemagne et la Finlande le 26 mai 1999 ; en dernier lieu, il convient de signaler l'adoption du règlement du Conseil de l'Union européenne n° 1346-2000 du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité et qui est entré en vigueur le 31 mai 2000 (voy. à ce sujet Chaput Y., L'entrée en vigueur d'un droit communautaire de la faillite (Le règlement du Conseil du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité), Revue Droit des sociétés, n° 11-novembre 2000, Chroniques, p. 4 et 5) ;

entreprise n'ayant pas son siège social dans l'Etat dont le tribunal est saisi, d'autre part prévoit l'existence d'une procédure principale dans l'Etat qui abrite le centre des affaires du débiteur et d'une ou de plusieurs procédures secondaires. Dans l'intérêt de l'entreprise, des créanciers et du débiteur, il est prévu un devoir d'information réciproque entre les syndicats des différentes procédures, une collaboration entre les organes des procédures en présence et une hiérarchisation au profit de la procédure principale. Ainsi, les solutions proposées pour la ou les procédures secondaires doivent obtenir l'accord du syndic de la procédure principale, ce qui est de nature à réduire le risque de désordre que fait naître la pluralité de procédures. Mais ce système semble limiter ses effets aux territoires des Etats parties au Traité de l'OHADA⁴⁸.

Concernant les **modes de saisine**, l'AUPC retient que la juridiction compétente peut être saisie sur déclaration du débiteur (couramment appelée dépôt de bilan) par voie de requête dans les 30 jours de la cessation des paiements ou sur assignation d'un créancier possédant une créance certaine, liquide et exigible. Selon l'article 28, l'assignation doit préciser la nature et le montant de la créance et viser le titre sur lequel elle se fonde⁴⁹. Enfin, la juridiction compétente peut se saisir d'office⁵⁰. Mais il n'est pas prévu de saisine par le ministère public⁵¹. Quel que soit le mode de saisine, la juridiction compétente peut diligenter une enquête préliminaire afin de se prononcer en connaissance de cause⁵². Elle doit rendre sa décision de manière diligente (à la première audience utile), d'où l'interdiction d'inscrire l'affaire au rôle général, ce qui risquerait de retarder son examen. A cet égard, on note que la Cour d'appel d'Abidjan⁵³ mentionne qu'un appel relatif à un règlement préventif a été inscrit au rôle général. Or, il nous semble que la célérité recherchée pour le redressement judiciaire et la liquidation des biens existe aussi dans le règlement préventif (cela ressort des articles 22 à 24) et elle doit être assurée non seulement en première instance mais aussi en appel.

- la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, adoptée le 30 mai 1997 à Vienne à la 30^{ème} session de la CNUDCI ; ce texte assez détaillé de 32 articles aborde la plupart des questions que pose la faillite ou l'insolvabilité internationale ; son optique est différente puisqu'il s'agit simplement d'une loi modèle dont on souhaite l'intégration par le maximum d'Etats dans leurs législations, étant précisé qu'au cas où une convention ayant le même objet lierait un Etat adoptant, les dispositions de la convention l'emporteraient sur celles de la loi-type.

Voy. sur ces instruments internationaux dont on retrouve le texte intégral sur le net : Krings E., Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite, *Revue de droit uniforme*, 1997-4, p. 657 à 673.

⁴⁸ L'une des rares références du droit positif est assurément le règlement du Conseil de l'Union européenne n° 1346-2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité et qui est entré en vigueur le 31 mai 2000.

⁴⁹ Ce mode de saisine, qui était quasi exclusivement utilisé lorsque le débiteur sollicitait l'ouverture de la procédure de sauvetage, est curieusement de plus en plus utilisé par des débiteurs qui demandent leur mise sous liquidation des biens. Voy. dans ce sens les jugements suivants du Tribunal de grande instance de Ouagadougou : n° 432 du 2 juin 1999 : Société SOVIFAR ; n° 894 du 6 octobre 1999 : Société SOREMIB ; n° 423 du 25 avril 2001 : Société Faso Fani ; n° 779 du 13 septembre 2000 : Société SONAPHARM ; n° 710 du 10 août 2001 : Société CIMAT.

⁵⁰ A cet égard, l'on peut noter que les tribunaux de commerce belges ont organisé un service d'enquêtes commerciales dont l'utilité est évidente pour la saisine d'office. Voy. sur la question Duplat J. L., Les services des enquêtes commerciales des tribunaux de commerce, in « L'entreprise en difficulté », op. cit.

⁵¹ Celui-ci a seulement la faculté de fournir des informations à la juridiction compétente. Si une étroite collaboration s'instaurait entre la juridiction et le ministère public, l'on ne devrait pas ressentir un vide dû à l'absence de saisine par celui-ci.

⁵² Article 32, alinéa 2. Voy. pour un cas d'application TGI de Ouagadougou, Burkina Faso, jugement n° 202 du 16 juin 2004, rendu à la requête de OUEDRAOGO Mahamadi aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire des Etablissements OUEDRAOGO Mahamadi et frères (EMOF) c/ Société Générale des Banques (SGBB) & Bank of Africa (BOA). Pour cette juridiction, le créancier qui constate que ses intérêts sont menacés dans une procédure peut faire une intervention volontaire conformément aux articles 110 et suivants du code de procédure civile. Conformément à l'article 32 de l'AUPC, le président de la juridiction compétente peut ordonner une enquête préliminaire afin de recueillir tous renseignements sur la situation financière du débiteur et la proposition de concordat faite par lui.

⁵³ Arrêt n° 1054 du 1^{er} décembre 2000, Jean MAZUET contre Groupement pharmaceutique de Côte d'Ivoire.

Toutefois, la juridiction compétente ne doit en aucun cas rendre sa décision avant l'écoulement d'un délai de 30 jours. Cette règle n'a pas été respectée par le TGI de Ouaga dans son premier jugement dans l'affaire SOSACO⁵⁴.

§ III : Les règles relatives au jugement d'ouverture

La juridiction compétente choisit la procédure idoine : « elle prononce le redressement judiciaire s'il apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux. Dans le cas contraire, elle prononce la liquidation des biens » (article 33). Le critère du choix entre le redressement judiciaire et la liquidation des biens est donc le fait de proposer ou de ne pas proposer, dans les délais, un concordat sérieux. Le concordat sérieux est probablement celui qui, tout en préservant l'entreprise et en permettant son assainissement, assure le paiement des créanciers dans des conditions acceptables⁵⁵. L'adoption du critère de la « situation irrémédiablement compromise » eût été plus indiquée pour éviter que, pour des raisons de délai ou de qualité formelle du dossier soumis, la liquidation des biens soit ouverte. Il se peut, en effet, que l'entreprise soit redressable mais que ses dirigeants ne parviennent pas à respecter le délai imparti pour déposer une proposition de concordat sérieux ou que celle-ci, en la forme ou sur le plan technique, présente des déficiences. Dans un tel cas, l'ouverture de la liquidation des biens serait un gâchis économique. A la décharge du législateur OHADA, il faut reconnaître qu'il est difficile de redresser l'entreprise sans les efforts, l'implication et la bonne volonté des dirigeants, sauf par le recours à la cession globale. Du reste, retarder l'ouverture de la liquidation des biens peut causer un préjudice aux créanciers.

Le jugement d'ouverture :

- constate la cessation des paiements et fixe provisoirement sa date ;
- prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens ;
- nomme un juge-commissaire parmi les juges de la juridiction, en principe différent du président ;
- nomme le ou les syndics ;
- décide, s'il y a lieu, l'apposition des scellés sur les biens du débiteur ;
- indique que la décision doit être publiée conformément aux dispositions de l'AUPC.

Le jugement d'ouverture, couramment qualifié de jugement déclaratif mais qui est en réalité constitutif, fait l'objet de publicités au RCCM, dans un journal d'annonces légales et au Journal officiel, conformément aux dispositions des articles 36 et 37.

Quant aux voies de recours, elles sont réglementées de manière à ne pas ralentir outre mesure la procédure. Ainsi, l'appel et l'opposition, quand ils ne sont pas exclus, doivent être formés dans les 15 jours (articles 216 à 225)⁵⁶.

Le jugement d'ouverture et l'AUPC mettent en place des organes chargés de conduire la procédure à bonne fin.

CHAPITRE II : LES ORGANES DE LA PROCEDURE

Les procédures collectives ne peuvent réaliser les finalités poursuivies qu'avec le concours des organes mis en place par le jugement d'ouverture ou à compter de celui-ci. Ainsi, on distingue à cet égard les organes judiciaires, les organes ambivalents et les organes des créanciers.

⁵⁴ Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Burkina Faso, jugement n° 389/2003 du 17 septembre 2003.

⁵⁵ Voy. l'arrêt n° 32 du 4 mai 2001 de la Cour d'appel de Ouagadougou qui infirme un jugement du TGI de la même ville n° 100 bis du 24 janvier 2001 ayant refusé de prononcer le redressement judiciaire d'une entreprise au motif que sa proposition de concordat n'était pas viable.

⁵⁶ Voy. l'arrêt de la Cour d'appel de Ouagadougou n° 39 du 5 avril 2002, SONABHY contre Société de pétrole Tagui, déclarant l'appel interjeté contre le jugement d'ouverture d'une liquidation des biens (incorrectement qualifiée de liquidation judiciaire) irrecevable pour forclusion du fait du non respect du délai de 15 jours.

SECTION I : LES ORGANES JUDICIAIRES

Ils sont au nombre de deux : un organe « lourd », qui est la juridiction compétente elle-même, et un organe « léger », qui est le juge-commissaire, auxquels tend à s'ajouter le ministère public.

§ I : La juridiction compétente

La juridiction compétente, celle qui a ouvert la procédure, a reçu deux fonctions essentielles de l'AUPC.

La première est une fonction de haute administration de la procédure qui l'amène à nommer et à révoquer les autres organes (J-C et syndic et seulement révocation des contrôleurs), à autoriser les opérations les plus importantes ou les plus dangereuses, comme l'apposition des scellés, la continuation d'activité en cas de liquidation des biens, l'homologation du concordat, la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, le prononcé de la clôture des opérations quelle que soit la procédure.

La seconde est une fonction de centralisation des contestations dont l'objectif est d'assurer une bonne administration de la procédure. Ainsi, elle est habilitée à connaître de toutes les contestations nées de la procédure collective, de celles sur lesquelles la procédure collective exerce une influence juridique, ainsi que de celles concernant la faillite personnelle et les autres sanctions, à l'exception de celles qui sont exclusivement attribuées aux juridictions administratives, pénales ou sociales (art. 3). Cette formulation de l'AUPC vise à embrasser les extensions progressives opérées à bon escient par la Cour de cassation française au profit de la juridiction ayant ouvert la procédure.

§ II : Le juge-commissaire

S'agissant du juge-commissaire, il est nommé par le jugement d'ouverture, en principe parmi les juges de la juridiction autres que le président. La juridiction compétente peut à tout moment procéder à son remplacement. Son rôle est essentiel dans le déroulement des opérations et dans l'avancement de la procédure. Placé sous l'autorité de la juridiction, il veille au déroulement rapide de la procédure et à la préservation des intérêts en présence.

Pour bien remplir sa mission, il a droit à une information large auprès des banques, de divers organismes et administrations nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, y compris celles prévoyant le secret professionnel. Le syndic doit, dans le mois de son entrée en fonction, lui faire rapport de la situation du débiteur. Par la suite, le juge-commissaire est tenu informé par le syndic du déroulement des opérations selon une périodicité qu'il fixe lui-même.

Les attributions du juge-commissaire sont nombreuses. Le juge-commissaire joue, au moins théoriquement, un rôle important et des plus actifs. Tout comme en France où s'applique actuellement la loi de 1985 réformée, « on peut dire du juge-commissaire qu'il est le chef d'orchestre de la procédure nouvelle... il ne devra plus se contenter, comme souvent par le passé, d'être un juge « parapheur » des décisions prises par le syndic »⁵⁷.

D'une manière générale, il contrôle ou surveille l'action du syndic, il autorise les opérations ou prend les décisions qui excèdent la compétence du syndic sans requérir l'intervention du tribunal (nomination des contrôleurs, choix du mode et fixation des conditions de vente des immeubles, cession globale des biens, admission des créances...).

Il bénéficie de nombreux chefs de compétence en matière contentieuse et gracieuse, généralement à charge d'opposition devant la juridiction compétente. Il en est ainsi pour les

⁵⁷ Derrida, Godé et Sortais, Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises, Recueil Dalloz-Sirey, 2^e éd., 1986, p. 28.

réclamations concernant les opérations du syndic et de toute difficulté survenant dans le déroulement de la procédure, du moment que la loi n'a pas attribué compétence à un autre organe. Dans ce cadre, le juge-commissaire prend des ordonnances généralement susceptibles d'opposition dans les 8 jours. Les décisions par lesquelles la juridiction compétente statue sur les recours formés contre les décisions rendues par le juge-commissaire dans les limites de ses attributions ne sont susceptibles ni d'opposition ni d'appel, à l'exception de celles statuant sur les revendications et sur les décisions prévues aux articles 162 et 164 (art. 216)⁵⁸.

§ III : Le ministère public

A ces organes judiciaires classiques s'ajoute le ministère public qui prend une importance croissante dans les procédures collectives du fait qu'elles revêtent un caractère d'ordre public et concernent l'intérêt général. Cependant, l'AUPC n'a pas fait œuvre révolutionnaire. A titre principal, il prévoit seulement un droit de communication réciproque entre le ministère public et le juge-commissaire. D'ailleurs, le défaut de communication d'un document au ministère public ne peut être invoqué que par le représentant du ministère public. Il n'a pas reçu compétence pour saisir la juridiction aux fins d'ouverture d'une procédure collective. Il doit simplement communiquer à celle-ci les informations dont il dispose afin qu'elle puisse se saisir d'office.

Bien que doté de peu de prérogatives, le ministère public peut contribuer, directement ou surtout indirectement, à accélérer la procédure, à la rendre efficace et à assurer sa moralité.

En conclusion sur les organes judiciaires, il est nécessaire de souligner que leur rôle est essentiel dans le correct déroulement des procédures collectives et dans l'atteinte des objectifs que celles-ci poursuivent. La tendance est même à l'accroissement de ce rôle si l'on examine les législations récentes (législation française, AUPC). Des auteurs ont même suggéré l'institution d'une magistrature économique⁵⁹. En pratique en Afrique, il nous a semblé que les organes judiciaires n'ont pas totalement pris conscience de la mesure de leur rôle. En effet, passé le jugement d'ouverture où ils font montre d'une certaine légèreté dans l'examen des conditions d'ouverture, ils ne s'intéressent que de très loin à la suite des opérations, ce qui peut permettre à un syndic indélicat, peu compétent ou simplement peu soucieux de la préservation des intérêts en présence, de conduire la procédure dans une « voie de garage ». Il n'est pas rare que des procédures judiciairement ouvertes se terminent « en queue de poisson », sans jugement de clôture, sans redressement de l'entreprise et sans paiement des créanciers. Il conviendrait donc, à la faveur du nouveau droit harmonisé, que les juges concernés par une procédure collective, spécialement le président de la juridiction compétente et surtout le juge-commissaire, maîtrisent davantage le droit applicable⁶⁰ et

⁵⁸ Voy. pour l'application de cette disposition : Cour d'appel de Ouagadougou, arrêt n° 67 du 21 juin 2002, Ministère de l'Environnement et de l'Eau contre Syndics liquidateurs de l'ONBAH. La Cour annule une ordonnance d'un juge-commissaire confirmée sur opposition par le tribunal de grande instance parce que le juge-commissaire aurait excédé ses attributions en ce qu'il a décidé que les fonds d'un projet d'Etat géré par l'entreprise publique en liquidation des biens devaient être versés dans l'actif de la procédure collective.

⁵⁹ Jacquemin A. et Schrans G., Les éléments d'une magistrature économique, R. T. D. Com., 1977, p. 434 et s.

⁶⁰ La non maîtrise du droit applicable par les organes judiciaires, relevée, sous l'empire des textes antérieurs à l'Acte uniforme, demeure une réalité malgré l'entrée en vigueur de celui-ci. Ainsi, un jugement du Tribunal de première instance de Ouagadougou n° 894-99 du 6 octobre 1999 prononce la liquidation judiciaire, et non la liquidation des biens, seule reconnue par l'AUPC, de la Société de recherche et d'exploitation minières du Burkina (SOREMIB) sur le fondement de l'AUDSC dont l'article 200, 7°, prévoit que la société prend fin notamment par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation des biens de la société. La décision indique expressément que les liquidateurs qu'elle nomme « exécuteront leurs missions en se conformant aux dispositions des articles 227 à 236 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales » et désigne un « juge-commissaire aux fins de suivre des opérations de liquidation ». L'incongruité est d'autant plus grande que la cessation des paiements est affirmée dans les motifs et constatée dans le dispositif. Dans quel cas s'appliquera donc l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives (AUPC) ? Par ailleurs, l'une des formules de son

trouvent un temps suffisant à lui consacrer car sont en cause non pas seulement les intérêts du débiteur et des créanciers mais également l'intérêt général⁶¹.

SECTION II : L'ORGANE AMBIVALENT : LE SYNDIC

Le syndic joue un rôle de premier plan dans le déroulement et dans le dénouement des procédures collectives, surtout avec la réduction du rôle des créanciers et le peu d'intérêt qu'y attachent les organes judiciaires une fois la procédure ouverte. Son statut, sa fonction et sa responsabilité appellent quelques précisions.

§ I : Le statut

Le jugement d'ouverture désigne un à trois syndics que la juridiction compétente peut révoquer sur proposition du juge-commissaire. Généralement, les syndics sont choisis sur une liste de spécialistes arrêtée par la Cour d'appel. Il est interdit de désigner des parents ou des alliés du débiteur jusqu'au 4^e degré inclusivement. Lorsque la procédure fait suite à un règlement préventif, il est interdit de désigner l'expert comme syndic, sans doute pour traduire la rupture entre les deux procédures.

Le syndic est un mandataire de justice rémunéré pour son travail. Mais en règle générale, la fixation de sa rémunération ne fait pas l'objet d'une tarification claire dans les Etats parties au Traité de l'OHADA. En pratique, en l'absence de réglementation, la rémunération est souvent fixée à un niveau si élevé qu'elle est en mesure de ruiner tout espoir de redressement de l'entreprise ou de paiement substantiel des créanciers⁶².

§ II : La fonction

La fonction du syndic consiste à assister le débiteur dans le redressement judiciaire et à le représenter dans la liquidation des biens. Le syndic représente également la masse des créanciers et agit en tant que mandataire de justice, si bien qu'il peut y avoir un conflit de fonctions.

Dans les deux procédures, il initie ou prend, avec ou sans le débiteur, toutes les décisions relatives à l'administration et aux solutions de la procédure, à charge, pour les décisions importantes, d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire ou du tribunal. En cas de redressement judiciaire, le syndic conduit la procédure de vérification des créances et prépare le vote du concordat en essayant de rapprocher les positions du débiteur et des créanciers. En cas d'adoption du concordat, le syndic peut être maintenu en fonction pour en surveiller l'exécution. Il peut accomplir seul les actes conservatoires. En cas de mauvaise volonté du débiteur ou des dirigeants, il peut être autorisé à accomplir seul certains actes. Dans la liquidation des biens, outre la vérification des créances, il accomplit les opérations liquidatives : recouvrement des créances du débiteur, vente des biens meubles ou immeubles, celle de immeuble requérant le respect d'une procédure lente et lourde, séparément ou en

dispositif, à savoir « prononce son admission au bénéfice de la liquidation judiciaire », semble indiquer que le tribunal applique la liquidation judiciaire de la loi du 4 mars 1889 alors que l'AUPC était déjà en vigueur depuis plus de neuf mois.

Voy. également le jugement n° 020/03 du 29 janvier 2003 du Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Burkina Faso, audience civile et commerciale, tendant à l'admission de la Société IFEX au bénéfice du règlement préventif qui avait introduit une requête n° 737/02 du 23/7/2002 à cette fin. Il montre que la procédure de règlement préventif est loin d'être maîtrisée par le juge.

⁶¹ Voy. dans ce sens SAWADOGO F. M., L'application judiciaire des procédures collectives, op. cit., passim.

⁶² Voy. sur l'épineux problème de fixation de la rémunération du syndic l'arrêt de la Cour d'appel de Dakar n° 26 du 27 avril 2001, SCI TERANGA contre Abdoulaye DRAME, qui indique « qu'aucun texte législatif ou réglementaire ne fixe de barème applicable aux prestations expertales » et « qu'il convient dès lors de se référer aux usages en la matière compte tenu de la mission confiée ». En l'espèce, la Cour a fixé la rémunération en fonction du nombre d'heures de travail effectué et du coût unitaire de l'heure de travail.

bloc, paiement des créanciers selon leur rang... mais il a souvent besoin de l'autorisation du juge-commissaire.

Quelle que soit la procédure, il revient au syndic d'engager les actions en justice : en recouvrement des créances, en responsabilité civile, en comblement du passif, en vue de l'extension de la procédure aux dirigeants sociaux...

§ III : La responsabilité

La responsabilité du syndic est civile ou pénale selon le cas.

Le syndic engage sa **responsabilité civile** vis-à-vis du débiteur, de la masse des créanciers, d'un créancier pris individuellement pour un préjudice qui lui est propre ou d'un tiers. Les possibilités de responsabilité sont nombreuses. A titre d'exemple, l'on note que :

- le syndic est tenu de vérifier si les mentions et publicités ont été accomplies et d'inscrire la décision d'ouverture conformément aux dispositions organisant la publicité foncière (art. 37 ou 38) ;
- il doit rendre compte de sa gestion au juge-commissaire ;
- il doit vendre les biens du débiteur sujets à déperissement ou à dépréciation rapide, recouvrer les créances du débiteur et verser les sommes recueillies sur un compte bancaire ;
- il répond de l'accomplissement régulier de l'ensemble des opérations que la loi lui confie.

Sur le **plan pénal**, l'infraction qui vise principalement le syndic est prévue à l'article 243. Cette disposition punit des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque Etat partie pour les infractions commises par une personne faisant appel au public au préjudice d'un loueur, dépositaire, mandataire, constituant de nantissement, prêteur à usage ou maître d'ouvrage, tout syndic d'une procédure collective, qui :

- exerce une activité personnelle sous le couvert de l'entreprise du débiteur masquant ses agissements ;
- dispose du crédit ou des biens du débiteur comme des siens propres ;
- dissipe les biens du débiteur ;
- poursuit abusivement de mauvaise foi, dans son intérêt personnel, soit directement, soit indirectement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur ;
- en violation des dispositions de l'article 51 de l'AUPC, se rend acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, des biens du débiteur.

A ces incriminations variées s'appliquent les sanctions de l'abus de confiance. A titre d'exemple, l'abus de confiance est puni au Burkina d'un emprisonnement de un à cinq ans et/ou d'une amende de trois cent mille à un million cinq cent mille francs ou de l'une de ces deux peines seulement⁶³. Au sujet de ces incriminations qui sont justifiées, le Professeur Y. Guyon estime utile de rappeler que « la procédure est organisée dans l'intérêt de l'entreprise et des créanciers et non dans celui des auxiliaires de justice »⁶⁴.

La mise en jeu de la responsabilité du syndic, qu'elle soit civile ou pénale, est très rare actuellement, voire inexistante. Elle devrait intervenir plus souvent si l'on veut moraliser et rendre plus efficace le rôle joué par cet organe si capital au succès des procédures collectives. Et ce ne sont pas les occasions de mise en œuvre qui ont manqué, loin s'en faut⁶⁵.

⁶³ Loi n° 45-96 ADP du 13 novembre 1996, portant Code pénal, article 487.

⁶⁴ Droit des affaires, tome 2, op. cit., n° 1419.

⁶⁵ On signalera le cas de ce syndic ou administrateur d'une procédure collective, qui contestait sa révocation demandée par le débiteur, révocation qui a été finalement admise par la Cour d'appel qui a relevé qu'« il est constant que certains actes de l'administrateur au concordat causent un préjudice au débiteur concordataire et aux créanciers qu'il est censé représenter ; qu'en effet, alors que les honoraires de l'administrateur au concordat devraient être payés sur 6 ans, celui-ci a préféré se payer en une seule fois ; qu'après avoir vendu le stock de produits de la pharmacie, il a préféré se payer lui-même au lieu de payer les salariés ou les fournisseurs ; que ces faits compromettent l'exécution du concordat ; que d'ailleurs la gestion de l'administrateur n'a eu d'autre effet

Il faut signaler qu'en droit comparé français, une diversification des professions d'auxiliaires de justice intervenant dans les procédures collectives a été opérée par la loi du 25 janvier 1985 qui en retient trois catégories : les administrateurs judiciaires, les mandataires-liquidateurs et les experts en diagnostic d'entreprise.

Aux organes judiciaires et ambivalents s'ajoutent ceux des créanciers.

SECTION III : LES ORGANES DES CREANCIERS

Classiquement, la première finalité des procédures collectives était le paiement des créanciers. La procédure était organisée pour y donner satisfaction. En conséquence, les créanciers jouaient un rôle important dans ces procédures⁶⁶. L'évolution a conduit à faire une place de premier plan au redressement de l'entreprise et aux auxiliaires de justice que sont les syndics ainsi qu'au juge-commissaire. Depuis 1935, le rôle des créanciers s'est notablement amoindri⁶⁷.

A l'heure actuelle, le rôle direct des créanciers se manifeste à travers l'assemblée des créanciers et l'institution facultative des contrôleurs. Dans l'AUPC, il ne reste plus qu'une assemblée des créanciers chargée de voter le concordat en cas de redressement judiciaire. Même cette unique assemblée n'est pas de rigueur si le concordat ne contient pas de demande de remise de dettes mais seulement des demandes de délais de paiement n'excédant pas deux ans. Mais ce rôle réduit des créanciers pourrait être considéré comme exorbitant en ce qu'il confère aux créanciers un droit de vie ou de mort sur l'entreprise, qui pourrait ne pas être exercé à bon escient et aboutir à sa suppression comme cela est le cas en France depuis 1985 avec la suppression de la masse des créanciers.

Quant aux contrôleurs, dont la désignation effective par le juge-commissaire dans une procédure donnée est facultative, sauf lorsqu'elle est demandée par la majorité des créanciers, ils ont reçu de l'AUPC une mission quelque peu vague de surveillance et de contrôle. Ils sont consultés sur les questions importantes (comme la vérification des créances) et peuvent formuler des suggestions pour le bon déroulement de la procédure. Ils n'engagent leur responsabilité qu'en cas de faute lourde. Les contrôleurs peuvent être chargés en cas de vote du concordat du contrôle de l'exécution de celui-ci. Exercé à bon escient, le rôle des contrôleurs peut être bien utile.

Tous ces organes - judiciaires, ambivalents et des créanciers - administrent la procédure, laquelle produit des effets sur le débiteur et sur les créanciers.

TITRE II : LES EFFETS DE LA PROCEDURE COLLECTIVE SUR LE DEBITEUR ET SUR LES CREANCIERS

Le jugement qui prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens produit ses effets à compter de sa date, y compris à l'égard des tiers et avant qu'il n'ait été procédé à sa publicité (art. 52). Tout comme en France où existe une semblable formulation dans le décret du 21 avril 1988 (art. 2), il faut décider que le jugement prend effet dès la première

que la fermeture de la pharmacie » (Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 33 du 1^{er} avril 1994, in SAWADOGO F. M., L'accès à la justice en Afrique francophone, Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération, 1995, p. 200 ; voy. également SAWADOGO F. M., L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone à partir de l'exemple du Burkina Faso, Revue Burkinabè de Droit, n° 26, juillet 1994, p. 191 à 258).

⁶⁶ Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, L.G.D.J., 1976, p. 652 ; Guyon Y., Une faillite au XIXe siècle, selon le roman de Balzac « César Birotteau », Mélanges Jauffret, Aix 1974, p. 377 et s. ; Thaller E., op. cit., n° 1866 et s.

⁶⁷ La loi française de 1985 a supprimé la masse et confié la représentation des créanciers à un auxiliaire de justice. L'AUPC, de ce point de vue, se rattache plutôt à la loi française de 1967 et à la loi sénégalaise de 1976.

heure du jour où il est rendu. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononçait la Cour de cassation française avant 1960⁶⁸. C'est la fameuse règle dite du « zéro heure ». Dans le droit commun des procédures collectives, elle présente l'avantage de supprimer toutes les difficultés ayant trait à la détermination du moment précis du prononcé de la décision d'ouverture, favorisant ainsi le sauvetage de l'entreprise et l'égalité de traitement entre les créanciers. Un règlement récent de l'UEMOA vient y apporter une dérogation importante en matière bancaire⁶⁹.

La procédure collective produit ses effets concomitamment sur le débiteur et sur les créanciers. Malheureusement, on ne peut pas les aborder en même temps mais plutôt successivement.

CHAPITRE I : LES EFFETS DE LA PROCEDURE COLLECTIVE SUR LE DEBITEUR

La procédure collective, dès son prononcé, produit d'importantes conséquences sur le débiteur, même si l'incarcération, mesure de sûreté, n'est plus prévue⁷⁰.

Les conséquences du jugement d'ouverture touchent particulièrement son patrimoine - c'est l'élément qui intéresse ses créanciers. Ainsi sont prévues par l'AUPC, d'une part, des mesures conservatoires et des mesures tendant à connaître l'actif, d'autre part, des mesures tendant à l'administration des biens du débiteur à travers le dessaisissement.

SECTION I : LES MESURES CONSERVATOIRES ET LES MESURES TENDANT A CONNAITRE L'ACTIF DU DEBITEUR

Il y a lieu de distinguer et d'aborder tour à tour les mesures conservatoires et les mesures tendant à connaître l'actif du débiteur. Ces mesures visent particulièrement la liquidation des biens.

§ I : Les mesures conservatoires

Elles se traduisent, d'une part dans l'apposition des scellés, d'autre part dans les actes conservatoires que le syndic ou le débiteur va accomplir.

S'agissant de l'apposition des scellés, rarement usitée en pratique, c'est une mesure qui peut être prescrite par le jugement d'ouverture. Elle porte sur les caisses, coffres, portefeuille, livres, papiers, meubles, effets, magasins et comptoirs du débiteur. S'il s'agit

⁶⁸ Voy. par exemple Com. 10 avril 1957, Gaz Pal., 1957.2.64 et Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, LGDJ, tome 2, 16^e éd., 2000, par Delebecque P. et Germain M., n° 2909.

⁶⁹ Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine dont les articles 6 et 7 sont ainsi libellés :

- « Nonobstant toute disposition contraire, les ordres de transferts introduits dans un système de paiements interbancaires conformément aux règles de fonctionnement dudit système sont opposables aux tiers et à la masse et ne peuvent être annulés jusqu'à l'expiration du jour où est rendu le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'encontre d'un participant, même motif pris qu'est intervenu ce jugement.

Ces dispositions sont également applicables aux ordres de transfert devenus irrévocables. Le moment auquel un ordre de transfert devient irrévocable dans le système est défini par les règles de fonctionnement dudit système » (art. 6).

- « Nonobstant toute disposition contraire, la compensation effectuée en chambre de compensation ou à un Point d'Accès à la Compensation dans le respect des règles de fonctionnement du système de paiement interbancaire concerné, est opposable aux tiers et à la masse et ne peut être annulée au seul motif que serait intervenu un jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'encontre d'un participant au dit système » (art. 7).

⁷⁰ L'article 455 du Code de commerce prévoyait l'incarcération du débiteur mais celle-ci était plus ou moins tombée en désuétude. Il reste tout de même, si des fautes sont commises, les sanctions de la faillite personnelle et de la banqueroute qui ne sont pas prononcées à l'ouverture mais bien plus tard (voy. *infra*, 3^e partie).

d'une personne morale comportant des membres indéfiniment responsables des dettes de la personne morale, l'apposition des scellés va automatiquement embrasser les biens de chacun d'eux. L'AUPC comporte une innovation consistant dans la possibilité de prescrire l'apposition des scellés sur les biens des dirigeants des personnes morales. Cette mesure contribue à une plus grande efficacité des sanctions patrimoniales qui pourraient être prononcées contre les dirigeants de ces personnes morales (art. 59).

Sur proposition du syndic, le juge-commissaire peut le dispenser de faire placer sous scellés ou autoriser le syndic à en extraire :

- les objets mobiliers et effets indispensables au débiteur et à sa famille sur l'état qui lui est soumis ;

- les objets soumis à déperissement prochain ou à dépréciation imminente ;

- les objets nécessaires à l'activité professionnelle du débiteur ou à son entreprise quand la continuation de l'exploitation est autorisée.

Ces objets sont, de suite, inventoriés avec prise par le syndic en présence du juge-commissaire qui signe le procès-verbal.

La mise sous scellés des biens du débiteur a un caractère provisoire puisqu'elle prend fin dès que commence l'inventaire.

Les actes conservatoires sont ceux qui tendent à préserver les droits du débiteur et, d'une manière générale, à conserver la consistance du patrimoine du débiteur. Par exemple, sont considérés comme des actes conservatoires au sens de l'AUPC :

- l'inscription d'hypothèques sur les immeubles des débiteurs du débiteur, et, d'une manière générale, l'inscription ou le renouvellement des sûretés ;

- l'exercice de l'action oblique ;

- la vente des biens sujets à déperissement ou à dépréciation rapide.

A cette fin, le syndic reçoit dès le jugement d'ouverture de liquidation des biens le pouvoir d'accomplir ou d'exercer les actes, droits et actions du débiteur concernant son patrimoine, y compris, bien entendu, les actes conservatoires. En ce qui les concerne, en raison de leur nature particulière, même le débiteur supplanté peut les accomplir.

En cas de redressement judiciaire, non seulement le débiteur peut accomplir seul les actes conservatoires et même les actes de gestion courante entrant dans l'activité habituelle de l'entreprise mais également le syndic peut, sur autorisation du juge-commissaire, faire seul un acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine de l'entreprise si le débiteur ou les dirigeants de la personne morale refusent de le faire. Si le syndic refuse son assistance au débiteur ou aux dirigeants, ceux-ci peuvent l'y contraindre par décision du juge-commissaire (art. 52, al. 4).

Pour accomplir ces actes, notamment pour l'inscription d'hypothèques, le syndic joint à sa requête un certificat constatant sa nomination.

§ I : Les mesures tendant à connaître l'actif : l'inventaire

Il s'agit de l'inventaire qui doit commencer dans les trois jours qui suivent l'apposition des scellés. Le syndic doit, en effet, dans ce délai requérir leur levée. L'inventaire a lieu en présence du débiteur ou tout au moins celui-ci dûment appelé par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite. En cas de décès du débiteur, ses héritiers sont appelés au lieu et place de celui-ci. Le représentant du ministère public peut assister à l'inventaire. Le syndic peut se faire aider par toute personne qu'il juge utile pour la rédaction de l'inventaire, comme pour l'estimation des biens.

L'inventaire doit être aussi complet et aussi exact que possible. Il est établi à partir des livres, pièces ou documents comptables déposés par le débiteur avant le jugement d'ouverture. En effet, l'article 26 prescrit que de nombreux documents, qui peuvent être utiles pour l'inventaire, soient joints à la déclaration de cessation des paiements prévue à l'article 25. A défaut, l'inventaire est diligenté à partir des livres que le syndic trouvera sur place dans

l'entreprise. Il est fait recollement des objets mobiliers échappant à l'apposition des scellés ou extraits des scellés après inventaire et prisée.

L'inventaire est établi en double exemplaire : l'un est immédiatement déposé au greffe de la juridiction compétente, l'autre reste entre les mains du syndic.

En cas de liquidation des biens et en raison de la finalité de celle-ci, une fois l'inventaire terminé, les marchandises, les espèces, les valeurs, les effets de commerce et les titres de créance, les livres et papiers, meubles et effets du débiteur sont remis au syndic qui en prend charge au bas de l'inventaire afin de commencer les opérations liquidatives.

Au total, l'inventaire est une opération importante. Il conditionne la suite de la procédure, notamment l'apurement du passif. Mais le syndic dispose de peu de prérogatives pour découvrir les biens que le débiteur ne serait pas disposé à laisser appréhender par des tiers, si bien que l'inventaire se révèle assez souvent décevant. L'efficacité de l'inventaire supposerait une moralité « angélique » de la part du débiteur, comme du temps de César Biroteau⁷¹. En effet, sauf s'il fait preuve de beaucoup de naïveté et d'abnégation, le débiteur ne sera guère disposé à révéler la consistance de ses biens ou de sa fortune au syndic. Il paraît indiqué, en vue de favoriser l'atteinte des objectifs des procédures collectives, de rechercher un système qui contraindrait le débiteur à déclarer l'ensemble de ses biens.

SECTION II : LES MESURES TENDANT A L'ADMINISTRATION DES BIENS DU DEBITEUR : LE DESSAISISSEMENT

On distingue classiquement le dessaisissement dans la faillite et l'assistance dans la liquidation judiciaire. C'est ce que fait l'AUPC respectivement pour la liquidation des biens et le redressement judiciaire. La doctrine moderne invite à assimiler les deux situations et à faire état dans les deux cas de dessaisissement. En effet, dans la liquidation judiciaire ou dans la faillite, tout comme dans le redressement judiciaire ou dans la liquidation des biens, l'activité du débiteur, touchant particulièrement son patrimoine, ne peut plus ignorer la situation nouvelle. Dans un cas, il ne peut plus agir : il est représenté par le syndic ; dans l'autre, il doit se faire assister par le syndic, c'est-à-dire obtenir son accord et sa participation à l'acte. Il y a donc seulement une différence de degré à l'intérieur d'une même situation qui est le dessaisissement.

Après une brève étude de la nature et du domaine du dessaisissement, il conviendra d'en préciser les limites ainsi que les effets.

§ I : La nature et le domaine du dessaisissement

Ce sont des questions importantes qui méritent d'être succinctement abordées à tour de rôle.

A- La nature du dessaisissement

S'agissant de sa nature, le dessaisissement doit être comparé à un certain nombre d'institutions, ce qui permettra d'approcher sa nature juridique réelle.

Le dessaisissement diffère de l'incapacité et de l'expropriation. L'incapable ne peut pas faire d'acte juridique valable et en général l'incapacité est édictée pour le protéger. Or le débiteur peut faire des actes juridiques inattaquables par lui-même et par le tiers avec lequel il a traité. Seulement, l'acte est inopposable à la masse qui est fondée à l'ignorer tant que dure la procédure. Il n'y a pas non plus expropriation puisque la masse n'acquiert pas la propriété du patrimoine du débiteur.

En revanche, le dessaisissement se rapproche de la saisie et de l'inopposabilité. D'une part, le dessaisissement entraîne l'indisponibilité des biens du patrimoine du débiteur et il

⁷¹ Voy. dans ce sens Guyon Y., Une faillite au XIXe siècle, selon le roman de Balzac « César Biroteau », op. cit.

apparaît que les procédures collectives sont des voies d'exécution propres au droit commercial. D'autre part, l'inopposabilité qualifie assez bien la situation créée par le jugement d'ouverture. L'inopposabilité se dit d'un acte juridique dont la validité en tant que telle n'est pas contestée mais dont les tiers peuvent écarter les effets. Elle se distingue de la nullité qui opère *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de tous. Appliquée aux procédures collectives, l'inopposabilité permet à la masse d'ignorer les actes faits par le débiteur en contravention aux règles légales.

B- Le domaine du dessaisissement

Le dessaisissement a un domaine vaste.

Dans le temps, le dessaisissement va du jugement d'ouverture à la clôture de la procédure et ne distingue pas selon la bonne ou mauvaise foi du cocontractant. Les actes passés avant le jugement d'ouverture ne peuvent être atteints que par les inopposabilités de la période suspecte. Après la clôture, le débiteur retrouve la libre administration et disposition de son patrimoine.

S'agissant des biens, le dessaisissement concerne les biens présents mais également les biens à venir, notamment ceux qui pourraient échoir au débiteur par succession ou à la suite de l'exercice d'une autre activité.

Pour ce qui est de l'activité juridique du débiteur, en principe, celle-ci est inopposable à la masse qu'il s'agisse d'actes juridiques (sanctions : l'acte passé est inopposable et le débiteur peut être frappé des peines de la banqueroute), d'actions judiciaires ou des conséquences des faits juridiques.

§ II : Les limites au dessaisissement

Malgré sa très large portée, le dessaisissement comporte des limites relatives aux biens et d'ordre procédural, ainsi que des limites relatives aux actes.

A- Les limites relatives aux biens et d'ordre procédural

Le dessaisissement ne concerne pas les biens insaisissables ou alimentaires comme les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du débiteur et de sa famille. Il est prévu en plus la possibilité d'octroi judiciaire de secours alimentaires au débiteur et à sa famille. Par ailleurs, le jeu normal des règles des régimes matrimoniaux n'est pas considéré comme un avantage anormal à remettre en cause.

Sur le plan procédural, le dessaisissement n'embrasse pas les actions extrapatrimoniales ni les actions patrimoniales faisant intervenir de manière prépondérante des considérations personnelles ou familiales. Dans le cadre de la procédure, le débiteur peut interjeter appel contre le jugement d'ouverture, contre le jugement refusant d'homologuer le concordat, convertissant le redressement judiciaire en liquidation des biens... Il peut contester des créances.

B- Les limites relatives aux actes

Le dessaisissement ne s'étend pas aux actes conservatoires qui, finalement, contribuent à préserver la consistance du patrimoine du débiteur, ni à la compensation. Sur ce point, il convient de relever les apports de l'AUPC. Celui-ci vise la compensation dans certaines de ses dispositions :

- en premier lieu, l'article 68 exclut des inopposabilités de plein droit tout paiement de dettes échues par « compensation légale, judiciaire ou conventionnelle de dettes ayant un lien de connexité entre elles... » ;

- en second lieu, l'article 103, concernant la revendication de marchandises ou d'objets mobiliers consignés ou remis au débiteur pour être vendus avec une clause de réserve de

propriété, autorise la revendication, en cas d'aliénation, contre le sous-acquéreur, du prix ou de la partie du prix dû si celui-ci n'a été ni payé en valeur ni compensé en compte courant entre le débiteur et le sous-acquéreur ;

- en troisième lieu, l'article 109 relatif à l'exécution des contrats en cours, prévoit que la juridiction compétente, saisie d'une action en résolution du cocontractant contre le syndic, peut prononcer la compensation entre les acomptes reçus pour des prestations non encore fournies par lui avec les dommages - intérêts dus pour la résolution.

Il résulte de ces dispositions que la compensation est largement admise dès qu'il y a connexité entre les créances ou dettes réciproques. Il n'y a pas lieu de distinguer :

- selon que la créance découle d'un compte courant ou d'autres comptes ;
- ou selon que les créances réciproques dérivent de l'exécution correcte d'un même contrat ou que l'une des créances s'analyse en une créance de dommages - intérêts.

On peut en conclure que toutes les solutions de la jurisprudence française sont plus ou moins reprises par l'AUPC. Ces cas de compensation retenus paraissent justifiés.

§ III : Les effets du dessaisissement

Le dessaisissement, comme on peut s'en douter, produit à la fois des effets négatifs et des effets positifs.

A- Les effets négatifs : l'inopposabilité à la masse

Les actes accomplis par le débiteur seul sont inopposables à la masse. Cette inopposabilité a un caractère plus général que celle de la période suspecte puisqu'elle s'applique à tous les actes quelle que soit la bonne ou mauvaise foi du cocontractant du débiteur.

Concrètement, l'inopposabilité implique que celui qui a payé au débiteur doit payer une nouvelle fois entre les mains du syndic ; celui qui a acheté un bien au débiteur et en a pris livraison doit le rendre au syndic ; celui qui a été payé par le débiteur doit restituer la somme perçue au syndic.

L'inopposabilité a un caractère définitif à l'égard de la masse : le créancier qui a méconnu les règles du dessaisissement est un créancier **hors la masse**. Ainsi, le créancier qui a acheté un bien au débiteur non seulement doit le rendre au syndic, représentant la masse, mais, en plus, il ne peut pas produire pour obtenir le remboursement du prix payé au débiteur. Les seules atténuations sont, d'une part, l'article 2279 du Code civil, d'autre part, l'engagement personnel du débiteur. Le cocontractant a un recours contre lui. Ce recours ne peut s'exercer qu'après la clôture de la procédure et n'est utile que si le débiteur revient à meilleure fortune.

B - Les effets positifs du dessaisissement : l'« ensaisinement » de la masse

L'intensité de l'« ensaisinement » de la masse varie selon qu'il s'agit de la liquidation des biens ou du redressement judiciaire puisque, dans le premier cas, il y a représentation du débiteur tandis que dans le second il y a une simple assistance de celui-ci⁷². Dans les deux cas, mais surtout dans le redressement judiciaire, se pose en plus le problème du sort des contrats en cours et, éventuellement, de la mise du fonds en location-gérance.

1) L'assistance du débiteur dans le redressement judiciaire

⁷² A cet égard, la loi française du 25 janvier offre plus de possibilités au tribunal puisqu'elle ajoute la surveillance à l'assistance et à la représentation.

Le redressement judiciaire tend au sauvetage de l'entreprise. C'est pourquoi, d'une part, la continuation d'activité est automatique et ne nécessite aucune autorisation, d'autre part, le débiteur continue d'agir et est seulement assisté.

L'assistance signifie que tous les actes importants requièrent le concours du débiteur et du syndic. Par contre, chacun d'eux peut faire des actes conservatoires. De plus, le syndic peut se faire autoriser par le juge-commissaire à agir seul si le débiteur ou les dirigeants refusent de faire un acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine du débiteur. En sens inverse, le débiteur ou les contrôleurs peuvent contraindre le syndic à accorder son assistance pour accomplir des actes d'administration ou de disposition par décision du juge-commissaire. Enfin, même en cas d'accord du syndic et du débiteur, l'autorisation du juge-commissaire est nécessaire pour les actes susceptibles de compromettre la survie de l'entreprise, tels que la vente des immeubles ou de certaines immobilisations, par exemple les machines servant dans la production.

Si le concordat est voté, la procédure prend fin⁷³. Sinon, la procédure est convertie en liquidation des biens.

2) La représentation du débiteur en cas de liquidation des biens

La procédure de liquidation des biens exclut le redressement ou le sauvetage de l'entreprise et, par voie de conséquence, le concordat.

La continuation d'activité après le jugement d'ouverture ne peut se faire qu'avec l'autorisation de la juridiction compétente et dans des conditions restrictives : en effet, elle ne peut être autorisée que pour les besoins de la liquidation et uniquement si elle ne met pas en péril l'intérêt public ou celui des créanciers (art. 113).

Le syndic conduit les opérations liquidatives : recouvrement des créances, vente des biens du débiteur, paiement des créanciers.

La vente des biens meubles se fait de la façon jugée la plus appropriée. La vente des immeubles nécessite l'intervention du juge-commissaire qui fixe les modalités de la vente (enchères publiques, adjudication ou gré à gré) ainsi que les conditions ou éléments essentiels de la vente (fixation du prix ou de la mise à prix, modalités de paiement du prix). La cession globale de tout ou partie de l'actif fait appel aux offres parmi lesquelles le syndic choisit l'offre qui lui paraît la plus sérieuse et la soumet, ainsi que les avis du débiteur et des contrôleurs, au juge-commissaire.

Quant au paiement des créanciers ou règlement du passif, il se fait conformément à l'ordre de paiement prévu par les articles 166 et 167⁷⁴.

3) La poursuite d'activité ou le sort des contrats en cours

Le problème des contrats en cours concerne les contrats à exécution successive et les contrats à exécution instantanée qui n'ont pas encore produit tous leurs effets juridiques essentiels. Il se pose en cas de continuation, même momentanée, d'activité, laquelle nécessite l'exécution des anciens contrats et la conclusion de nouveaux contrats.

La solution qui serait la plus favorable au redressement de l'entreprise consiste à permettre au syndic l'exercice d'un entier choix entre la continuation du contrat aux conditions stipulées et sa résiliation unilatérale sans dommages - intérêts. Pour le cocontractant, la solution la plus intéressante est celle qui lui permet d'opter pour la continuation ou la résiliation en fonction de son intérêt.

Pour l'AUPC, « hormis les contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque Etat partie, la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de

⁷³ Sur le concordat voy. *infra* n° 72 et s., chap. IV, section I, § I.

⁷⁴ Sur ces questions de liquidation, voy. *infra* n° 68 et 77 et s.

résolution pour un tel motif est réputée non écrite » (art. 107)⁷⁵. **La continuation d'activité, automatique en cas de redressement judiciaire**, fait l'objet d'une réglementation restrictive et prudente, dictée par l'intérêt des créanciers en cas de liquidation des biens. Elle doit être autorisée par la juridiction compétente seulement si elle est justifiée par les besoins de la liquidation, par exemple pour transformer un stock de matières premières en produits finis ou pour maintenir en bon état une unité de production dont la cession est envisagée.

La continuation des contrats en cours est décidée par le syndic seul en fonction de l'intérêt de l'entreprise et/ou des créanciers. Le syndic a l'obligation de fournir la prestation promise à l'autre partie, ce qui signifie qu'en principe les prestations fournies au débiteur après le jugement d'ouverture doivent être payées au comptant. Cela est souhaitable d'autant plus que le débiteur est provisoirement déchargé du passif antérieur. En pratique, cela pourrait soulever quelques difficultés. C'est pourquoi l'article 108, alinéa 2, prévoit que si l'autre partie s'exécute sans avoir reçu la prestation promise, elle devient créancière de la masse.

Le syndic peut être contraint d'exercer son option ou de fournir la prestation promise (art. 108, al. 3). La résolution est encourue dès lors que le syndic n'est pas en mesure de fournir la prestation promise⁷⁶. Il en est de même si le syndic ne manifeste pas son intention d'imposer la continuation du contrat après avoir été mis en demeure de le faire par le cocontractant. Ce dernier pourra prétendre à des dommages - intérêts mais il sera, à ce titre, **créancier dans la masse**. Il ne pourra pas compenser les acomptes reçus pour des prestations non encore fournies avec les dommages - intérêts dus pour la résolution. Toutefois, la juridiction saisie de l'action en résolution peut prononcer la compensation ou l'autoriser à différer la restitution des acomptes jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages - intérêts. L'on peut penser que cela permettra aux dommages - intérêts de remplir les conditions de la compensation afin que celle-ci puisse opérer. Du reste, l'AUPC semble assez favorable à la compensation⁷⁷.

Le bail. Parmi les contrats en cours lors de l'ouverture de la procédure et dont la continuation peut être souhaitée, le bail occupe une place de choix. L'article 97 consacre le principe de la continuation avec des possibilités de résiliation, sur simple congé donné par acte extrajudiciaire pour le preneur et dans des délais précis pour le bailleur pour des causes antérieures à la décision d'ouverture. Des garanties de paiement sont prévues pour les loyers échus dans tous les cas ou à échoir si le bail n'est pas résilié. Elles paraissent satisfaisantes et conformes aux principes.

Au contrat de bail et autres contrats continués s'applique une distinction devenue classique : le cocontractant du débiteur devient créancier de la masse bénéficiant d'un traitement favorable pour les prestations postérieures (paiement au comptant ou refus d'exécuter la contre-prestation ou, à défaut, rang relativement intéressant dans le paiement) et est créancier dans la masse pour les prestations antérieures pour lesquelles les contractants sont astreints à la production.

Les contrats de travail. La question qui se pose pour les salariés est moins celle de la continuation des contrats de travail, qui est automatique, que celle des licenciements. Il y a lieu d'y procéder le plus tôt possible s'ils sont indispensables à la survie de l'entreprise, laquelle permet de conserver une partie des emplois, faute de quoi la disparition de l'entreprise entraînera celle de tous les emplois. La procédure de licenciement pour motif

⁷⁵ En France, tous les contrats en cours peuvent être poursuivis, y compris ceux conclus *intuitu personae*.

⁷⁶ Voy. pour le cas de la France, C. cas., Com. 16 novembre 1993, Rev. Proc. coll. 1994-45, observations Mestre et Laude.

⁷⁷ Voy. par exemple articles 68 et 103.

économique fait intervenir le syndic qui établit l'ordre des licenciements, les délégués du personnel qui doivent donner leur avis et leurs suggestions sur les licenciements par écrit, l'Inspection du travail qui reçoit communication de la lettre de consultation des délégués du personnel et de leur réponse, et le juge-commissaire dont le rôle est essentiel dans les licenciements pour motifs économiques. Tous les documents (ordre des licenciements, avis des délégués du personnel, lettre de communication à l'Inspection du travail) lui sont transmis et il autorise en tout ou en partie les licenciements envisagés s'ils sont nécessaires au redressement de l'entreprise ou refuse son autorisation. La décision du juge-commissaire autorisant ou refusant les licenciements est susceptible d'opposition dans les quinze jours devant la juridiction compétente qui rend sa décision, sans appel, dans la quinzaine.

L'harmonisation du droit du travail en cours devrait, si elle aboutit, éviter les difficultés de coordination entre les dispositions de l'AUPC (art. 110 et 111) et celles des codes de travail des Etats parties.

4) Le recours à la location-gérance

La location-gérance ou gérance libre est le contrat par lequel le commerçant loue son fonds de commerce à un autre commerçant qui l'exploite à ses risques et périls moyennant le versement d'une redevance périodique.

La location-gérance peut constituer une heureuse solution d'attente, surtout si la cause des difficultés tient essentiellement à la mauvaise gestion du débiteur ou des dirigeants sociaux. Cependant, elle présente des inconvénients tenant au fait que les locataires-gérants, souvent ne disposent pas de fonds propres suffisants et peuvent être tentés de « vider la substance de l'entreprise » ou de permettre au débiteur de reprendre son entreprise en sous-main. C'est pourquoi l'AUPC (art. 115) ne l'admet que si la disparition ou la cessation d'activité, même provisoire, de l'entreprise est de nature à compromettre son redressement ou de causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale dans la production et la distribution de biens et de services⁷⁸ Il s'entoure du maximum de garanties, comme l'exigence de l'indépendance du locataire-gérant vis-à-vis du débiteur, le respect de la durée maximale de deux ans, l'offre de garanties fiables, sans doute en matière de préservation de la consistance de l'entreprise et de paiement régulier de la redevance.

En conclusion, la situation du débiteur est caractérisée d'une part par la nécessité de connaître et de préserver la consistance de son patrimoine, d'autre part par le dessaisissement qui produit des effets négatifs et positifs en relation avec l'objectif de paiement des créanciers et/ou de redressement de l'entreprise. Les effets sur le débiteur se produisent en même temps que ceux sur les créanciers.

CHAPITRE II : LES EFFETS DE LA PROCEDURE COLLECTIVE SUR LES CREANCIERS

Les effets du jugement d'ouverture concernant les créanciers ne comportent pas, en règle générale, de différence selon qu'il s'agit du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

Il faut rappeler que l'une des finalités principales des procédures collectives est la préservation des intérêts des créanciers. Pourtant, l'ouverture de la procédure entraîne plutôt une réduction de leurs droits, ce qui paraît plutôt paradoxal. L'explication de cette situation est simple : il s'agit de traiter de manière égalitaire les créanciers antérieurs et de s'assurer que leurs droits sont fondés. C'est ainsi que la procédure entraîne le regroupement des

⁷⁸ Voy. dans ce sens Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., tome 2, 16^e éd., 2000, par Ph. Delebecque et M. Germain, n^{os} 3067 et 3207 où les auteurs évoquent la grande méfiance des rédacteurs de la loi de 1985 à l'égard de la location-gérance.

créanciers antérieurs en une masse (Section I), la révision des droits de certains créanciers (Section II), ainsi qu'une situation complexe nécessitant une classification des différentes catégories de créanciers et de leurs droits (Section III).

SECTION I : LA MASSE ET LES CREANCIERS QUI LA COMPOSENT

« La décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager » (article 72). Cette affirmation fondamentale est néanmoins insuffisante puisqu'elle ne permet pas de savoir ce qu'est la masse (sa structure et ses prérogatives) ni les créanciers qui en font partie.

§ I : La structure de la masse

Elle pose la question de la notion de masse et de certaines de ses implications ainsi que celle de ses conséquences, spécialement l'uniformisation de la condition juridique des créanciers.

A- La notion de masse

Le terme de masse évoque un groupement qui ne rentre pas dans les catégories connues et qui se singularise par son caractère obligatoire, comme la collectivité des obligataires, par exemple. Le Code de commerce, la doctrine et la jurisprudence du milieu et de la fin du 19^e siècle faisaient déjà usage du terme de masse et proclamaient la réunion des créanciers en une masse dès le prononcé de la procédure collective.

S'agissant de la personnalité morale de la masse, le Professeur Thaller affirmait avec force déjà en 1922 que « la masse, le noyau des créanciers groupés afin de liquider le gage commun, forme une véritable personne morale tenue des engagements du syndic »⁷⁹. La jurisprudence française a, de façon régulière, proclamé la personnalité juridique de la masse à partir de 1956 en s'inspirant de l'arrêt de principe de la Cour de cassation rendu à propos des comités d'établissement : « la personnalité morale n'est pas une création de la loi ; elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »⁸⁰. L'évolution en France conduira à la reconnaissance d'un patrimoine de la masse dont l'actif fera l'objet d'un régime particulier ne reconnaissant pas les droits de préférence (sûretés) ainsi qu'à une complexité accrue du désintéressement des créanciers et, finalement, à la suppression de la masse par la loi du 25 janvier 1985.

Il faut signaler parmi les prérogatives de la masse l'hypothèque légale dont elle bénéficie. Son intérêt paraît *a priori* limité. Elle garantit la bonne exécution du concordat. En effet, chaque ancien créancier dans la masse en bénéficie à titre individuel, ce qui lui permet de ne pas être primé par les créanciers que l'activité du débiteur postérieurement au concordat va entraîner.

B- L'uniformisation de la condition juridique des créanciers

Le jugement d'ouverture modifie profondément la situation des créanciers. Il en résulte une uniformisation ou une égalisation de leur condition juridique, qui affecte le contenu des créances et l'exercice des droits.

Il y a, en premier lieu, la règle de l'**exigibilité des créances à terme ou de la déchéance du terme**, mais elle est partiellement abandonnée. Classiquement, l'exigibilité des créances à terme était considérée comme une maigre consolation pour les créanciers qui

⁷⁹ Thaller E., par Percerou, op. cit., n° 1701.

⁸⁰ Civ., 28 janvier 1954, JCP 1954, 2, 7978 ; Dalloz 1954, 217, note Levasseur.

subissent de nombreux désagréments à compter du jugement d'ouverture. Désormais, la décision d'ouverture ne rend exigibles les dettes non échues qu'en cas de liquidation des biens et à l'égard du débiteur seulement (art. 76).

Il y a, en second lieu et comme d'habitude, **l'arrêt du cours des intérêts à l'égard de la masse**. L'un des fondements de cette règle est purement logique ou de bon sens : il ne convient pas de réclamer les intérêts là où le remboursement du principal est incertain. Peu importe que la créance soit chirographaire ou garantie par une sûreté. Seule la masse est fondée à s'en prévaloir et non le débiteur et les coobligés.

Il y a, en troisième lieu, **l'arrêt du cours des inscriptions de toute sûreté mobilière ou immobilière**. A compter du jugement d'ouverture, le dessaisissement empêche la prise d'une sûreté qui ne respecterait pas les règles légales. De ce fait, l'interdiction vise principalement les sûretés prises avant le jugement d'ouverture et qui ne seraient pas encore publiées à la date de celui-ci. Si malgré l'interdiction, il est procédé à la publication de la sûreté, celle-ci doit être annulée ou déclarée inopposable.

Enfin, il y a l'importante règle de **la suspension des poursuites individuelles** à compter du jugement d'ouverture. Peu importe que l'action soit engagée avant le jugement d'ouverture ou soit introduite depuis lors ou qu'il s'agisse d'une demande en paiement ou de l'exercice d'une voie d'exécution, pourvu qu'elle n'ait pas encore produit son principal effet juridique. S'agissant du cas particulier des voies d'exécution, des précisions peuvent s'avérer utiles. Ainsi, il convient de partir de la finalité poursuivie et de se demander si celle-ci est d'ores et déjà atteinte, auquel cas la saisie ne peut plus être remise en cause, ou si elle reste à parfaire, auquel cas la suspension ou l'arrêt des poursuites empêche sa finalisation. A ce titre, les saisies conservatoires sont suspendues tant qu'elles n'ont pas été transformées en saisies-ventes⁸¹. Les saisies-ventes elles-mêmes sont suspendues tant qu'elles n'ont pas conduit à la vente des biens saisis, c'est-à-dire à l'adjudication⁸². La suspension ne s'applique toutefois pas aux actions en nullité ou en résolution ni aux actions tendant à la reconnaissance de droits ou à la fixation de leur montant. L'exercice de cette seconde catégorie d'actions est reprise ou initiée après la production des créances en cas de rejet définitif ou d'admission provisoire ou partielle.

§ II : L'admission effective dans la masse : la procédure de vérification des créances

C'est l'admission de la créance qui permet au créancier de postuler ou de prétendre aux dividendes. Pour être admise, la créance doit être produite et vérifiée.

A- La production

La production consiste à faire une déclaration du montant des sommes réclamées accompagnée d'un bordereau récapitulatif des pièces remises constituant titre. Elle commence à partir de la décision d'ouverture et prend fin à l'expiration d'un délai de 30 jours suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales. Elle concerne tous les créanciers, qu'ils soient chirographaires ou munis de sûretés. Les créanciers inscrits qui n'ont pas produit

⁸¹ Une saisie conservatoire non convertie en saisie-attribution à la date du jugement d'ouverture doit faire l'objet d'une mainlevée (C. cas. fr., Com. 31 mars 1998, Revue Procédures 1998, n° 139, obs. Perrot ; C. cas fr., Com. 2 février 1999, Dalloz 1999, IR, 63).

⁸² La procédure de saisie-vente ne s'achève que par la vente des biens saisis qui fait sortir les biens du patrimoine du débiteur, les dispositions de l'article 54 de la loi du 9 juillet 1991 n'ayant pour objet que de déterminer les créanciers admis à concourir sur le prix de la vente. Dès lors, la règle d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles s'applique tant que cette procédure n'a pas, par la vente, produit ses effets (C. cas. fr., Civ. 2^e, 19 mai 1998, Dalloz 1998, p. 405, conclusions Tatu).

dans les 15 jours sont personnellement avertis par le syndic par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

Les créanciers qui n'ont pas produit dans les délais ou dans les 15 jours de l'avertissement sont forclos. Ils peuvent être relevés de forclusion dans des conditions strictes de délai (avant l'arrêté et le dépôt de l'état des créances) et de fond (preuve de l'absence de faute) avec une limitation des droits des intéressés qui ne peuvent concourir que pour les répartitions de dividendes postérieures à leur demande.

En l'absence de production dans les délais ou de relevé de forclusion, les créances concernées sont inopposables à la masse (liquidation des biens) ou éteintes (redressement judiciaire).

B- La vérification

La vérification est obligatoire quelle que soit l'importance de l'actif et du passif. Elle a lieu dans les 3 mois du jugement d'ouverture. Elle est faite par le syndic au fur et à mesure des productions, en présence du débiteur et des contrôleurs s'il en a été nommé ou en leur absence s'ils ont été dûment appelés par pli recommandé ou par tout moyen laissant trace écrite. La vérification porte à la fois sur l'existence de la créance, son *quantum* et la validité des sûretés qui en garantissent le paiement.

L'état des créances est déposé au greffe après signature par le juge-commissaire qui mentionne pour chaque créance : le montant et le caractère provisoire ou définitif de l'admission ; sa nature chirographaire ou garantie par une sûreté et laquelle ; si une instance est en cours ou si la contestation ne relève pas de sa compétence.

Le juge-commissaire ne peut rejeter en tout ou en partie une créance ou une revendication ou se déclarer incompétent qu'après avoir entendu ou dûment appelé le créancier ou le revendiquant, le débiteur et le syndic.

L'état des créances est déposé et publié dans un journal d'annonces légales et au journal officiel dans le but d'informer les créanciers afin que ceux-ci, le cas échéant, puissent le contester.

Les contestations introduites dans les délais (15 jours) de la publication de l'état des créances sont tranchées par la juridiction de la procédure ou par la juridiction dont relève l'affaire. En attendant la décision, les créances concernées sont admises par provision.

C- L'admission

L'admission s'analyse comme un contrat judiciaire qui produit les conséquences d'une décision de justice à laquelle est attachée l'irrévocabilité, ce qui met la créance à l'abri de toute contestation ultérieure. Elle ne joue que dans la mesure de ce qui a été vérifié et admis. Il n'y a pas d'effet novatoire : la créance va subsister avec l'ensemble de ses caractéristiques. En cas de clôture de l'union ou de clôture pour insuffisance d'actif, les créanciers dont les créances sont admises recevront un titre exécutoire.

SECTION II : LA REVISION DES DROITS DES CREANCIERS

L'ouverture de la procédure va entraîner la révision des droits de certains créanciers, révision fondée souvent sur l'idée de fraude présumée et, quelquefois, sur l'apparence de propriété.

§ I : Les inopposabilités de la période suspecte

Les inopposabilités de la période suspecte, régies par les articles 67 à 71 de l'AUPC, appellent quelques observations préliminaires, puis des précisions sur les cas d'inopposabilité et, enfin, sur les effets des inopposabilités.

A - Observations générales

Les inopposabilités telles qu'elles existent actuellement sont le fruit d'une évolution qui a visé la protection des créanciers de bonne foi dont le droit est né pendant la période suspecte. L'inopposabilité entretient des liens étroits avec l'action paulienne, laquelle présente un intérêt lorsque les conditions des inopposabilités ne sont pas remplies, et des liens ténus avec la vérification des créances.

La période suspecte s'étend de la cessation des paiements au jour du jugement d'ouverture. En pratique, on rencontre des cessations des paiements dérisoires ou trop longues aggravant l'insécurité pour les créanciers, d'où la limitation de la durée de la période suspecte à 18 mois comme en France.

L'inopposabilité est relative : elle profite seulement à la masse et seul le syndic, son représentant, est habilité à agir en inopposabilité jusqu'au dépôt de l'arrêté des créances. L'action est de la compétence de la juridiction de la procédure.

B - Les cas d'inopposabilités

Les expressions utilisées (sont inopposables, peuvent être déclarés inopposables) permettent de distinguer les inopposabilités de droit des inopposabilités facultatives.

Au titre des **inopposabilités de droit**, l'article 68 énumère six catégories d'actes.

1° *Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière.* Sont visées en fait les donations puisque les bénéficiaires de libéralités pour cause de mort passent toujours après les créanciers. Le fondement de cette inopposabilité est simple : il n'est pas normal que le débiteur, incapable de payer ses dettes, choisisse de faire des donations. Toutes les donations quelle qu'en soit la forme sont visées.

2° *Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie.* Il s'agit de neutraliser les libéralités déguisées ou tout au moins les déséquilibres prononcés au détriment du débiteur et, par voie de conséquence, de ses créanciers. Le déséquilibre doit s'apprécier en se plaçant au jour de la formation du contrat.

3° *Tout paiement, quel qu'en soit le mode, de dettes non échues, sauf s'il s'agit du paiement d'un effet de commerce.* Il y a une anomalie, une volonté de rupture d'égalité entre les créanciers, à payer des dettes non échues pendant que l'on ne paye pas les dettes exigibles.

4° *Tout paiement de dettes échues fait autrement qu'en espèces, effet de commerce, virement, prélèvement, carte de paiement ou de crédit ou compensation légale, judiciaire ou conventionnelle de dettes ayant un lien de connexité entre elles ou tout autre mode normal de paiement.* L'inopposabilité concerne les modes ou procédés anormaux de paiement, comme la cession de créance, la délégation, la dation en paiement... Afin de tenir compte de l'évolution, l'Acte étend la liste des modes de paiements normaux et opère une ouverture en visant expressément « tout autre mode normal de paiement ».

5° *Toute hypothèque conventionnelle ou nantissement conventionnel, toute constitution de gage, consentie sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.* Lorsque la sûreté est postérieure à la dette, cela manifeste une volonté de rompre l'égalité entre les créanciers, qui s'explique de la manière suivante : le créancier concerné, conscient des difficultés du débiteur, réclame et obtient une sûreté, ou bien le débiteur, pour éviter une poursuite en paiement, propose une sûreté au créancier qui l'accepte.

6° *Toute inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire ou de nantissement judiciaire conservatoire.* Il s'agit de rendre inutile la manœuvre du créancier habile qui, sentant approcher l'ouverture de la procédure collective, solliciterait à titre conservatoire l'inscription d'une sûreté.

Quant aux **inopposabilités facultatives**, elles se caractérisent par le fait que, même si les conditions sont réunies, le juge dispose d'un pouvoir souverain pour prononcer ou refuser

de prononcer l'inopposabilité. Il y a donc une certaine souplesse par rapport aux inopposabilités de droit. Les actes doivent avoir été accomplis pendant la période suspecte, ou six mois avant en ce qui concerne les libéralités, et ils doivent causer un préjudice à la masse (pas d'intérêt, pas d'action).

L'article 69 vise de nombreux actes comme les actes translatifs à titre gratuit faits dans les 6 mois précédant la période suspecte, les inscriptions pour sûretés concomitantes ou les actes à titre onéreux ou les paiements volontaires de dettes échues si le cocontractant du débiteur avait connaissance de la cessation des paiements. Il vise également les hypothèses où l'action en rapport est recevable en cas de paiement d'un effet de commerce ou d'un chèque.

C- Les effets des inopposabilités

Dans la plupart des cas, l'inopposabilité ne va pas invalider totalement la créance, même vis-à-vis de la masse. Le créancier pourra produire à titre chirographaire et participer aux distributions des dividendes avec les autres créanciers dans la masse. Par exemple :

- dans le cas de paiement de dettes non échues ou de dettes échues par des procédés anormaux, le créancier payé rend ce qu'il a reçu comme paiement et produit pour être dans la masse ; son paiement intégral deviendra partiel ; il en est de même des paiements rendus inopposables à titre facultatif et des rapports prévus en cas de lettre de change, de billet à ordre ou de chèque ;

- dans le cas de constitution de sûreté pour la garantie de dettes antérieures, la sûreté seule est invalidée : le créancier devient chirographaire. C'est la même solution pour toutes les inscriptions inopposables.

En revanche, pour les libéralités rendues inopposables, le bénéficiaire rend ce qu'il a reçu mais n'est pas admis à participer dans la masse aux distributions de dividendes. On estime qu'il n'est pas autant à protéger que les créanciers car il lutte de *lucro captando*, c'est-à-dire pour conserver un gain, tandis que les créanciers luttent de *damno vitando*, c'est-à-dire pour éviter une perte.

D'autres cas de révision des droits des créanciers se produisent en dehors des inopposabilités.

§ II : Les modifications des droits réels et de préférence constitués sans fraude avant le dessaisissement

Il y a un conflit d'intérêts entre les créanciers, surtout chirographaires et les bénéficiaires de ces droits, entraînant un arbitrage difficile mais la tendance récente est à une admission large des actions en inopposabilité.

A- Le régime des actions en revendication

L'action en revendication est celle qui permet au propriétaire d'une chose détenue par un tiers, ici le débiteur, de reprendre cette chose en établissant son droit de propriété. Il n'y a pas de difficulté en matière immobilière : on applique les règles afférentes à cette propriété.

En matière mobilière, la détention du débiteur va entraîner une apparence de propriété du débiteur sur ces biens dans l'esprit des créanciers. En principe, le propriétaire peut revendiquer son bien malgré la survenance de la procédure collective : loueur, acquéreur ayant acquis avant le jugement d'ouverture, titulaire d'effets de commerce ou de valeurs mobilières, bailleur dans la location-vente ou le crédit-bail..., pourvu que les biens en cause se retrouvent en nature, soient individualisés et n'aient pas fait l'objet d'un endossement translatif pour les effets de commerce.

Le vendeur de marchandises peut les retenir s'il ne les a pas encore expédiées et même en cours de route tant qu'elles ne sont pas encore dans les magasins du débiteur : c'est le *stoppage in transitu*. Les clauses de réserve de propriété jusqu'à complet paiement du prix

sont valables à condition d'être stipulées dans un écrit et d'être régulièrement publiées au registre du commerce et du crédit mobilier⁸³.

B - Les droits du conjoint du débiteur

L'évolution historique, éclairante à plus d'un titre, est marquée par une indulgence croissante à l'égard du conjoint du débiteur en état de cessation des paiements ou en faillite, étant indiqué que, pendant longtemps, le débiteur commerçant était toujours l'homme et le conjoint du débiteur, la femme. Le Code de commerce de 1807 était sévère pour la femme du failli. On la soupçonnait d'être responsable, dans une certaine mesure, de la faillite, notamment par son train de vie, et on estimait qu'« à tout le moins elle devait partager la misère de son mari puisqu'elle avait profité des années heureuses »⁸⁴. Le Code établissait donc entre les époux une certaine solidarité dans le malheur.

La loi du 28 mai 1838 était sensiblement plus favorable à la femme. Le législateur a dû considérer que de nombreuses femmes étaient plutôt victimes que complices des agissements de leurs maris. C'est le régime institué par cette loi qui a été rendu applicable aux colonies et qui a été conservé par bon nombre d'Etats parties au Traité de l'OHADA jusqu'à l'entrée en vigueur de l'AUPC. Par la suite, le décret du 20 mai 1955, lequel n'a pas fait l'objet d'extension outre-mer, tenant compte de l'accès des femmes au commerce, a bilatéralisé l'essentiel de ces dispositions, avec quelques atténuations réduisant la sévérité du traitement du conjoint, qui peut désormais être indistinctement l'homme ou la femme.

Les lois françaises du 13 juillet 1967 et du 25 janvier 1985 ont apporté beaucoup de modifications à ce régime. Elles facilitent les revendications du conjoint du débiteur, sauf en ce qui concerne les libéralités et les avantages matrimoniaux consentis par le contrat de mariage. L'AUPC fait montre de sa faveur pour les solutions modernistes, faveur qui apparaît principalement, dans l'abandon de la présomption mucienne et beaucoup moins dans la reprise des immeubles propres et dans les limitations aux droits de la femme.

L'article 99 marque l'abandon de la présomption mucienne qui avait cours dans les Etats n'ayant pas réformé leur législation. En vertu de cette présomption, hors le cas des immeubles et quel que soit le régime matrimonial, les biens acquis par la femme du failli étaient réputés appartenir au mari, avoir été payés de ses deniers et devaient être réunis à son actif. Si la femme avait payé des dettes de son mari, la présomption légale était qu'elle l'avait fait avec des deniers de celui-ci, et elle ne pouvait, en conséquence, exercer une quelconque action dans la faillite. Désormais, pour qu'un bien du conjoint du débiteur soit réuni à l'actif du débiteur, il faut que le syndic prouve par tous moyens que ce bien a été acquis avec des valeurs fournies par le débiteur. En cas de reprise d'un bien par l'époux intéressé, celui-ci supporte les dettes et sûretés dont le bien est grevé.

Parmi les problèmes importants qui se posent en cas d'ouverture d'une procédure collective figure la situation des créanciers d'un époux *in bonis* commun en biens de l'autre époux placé en redressement judiciaire ou en liquidation des biens⁸⁵.

⁸³ Classiquement, les clauses de réserve de propriété étaient paralysées par l'ouverture de la procédure collective. La Cour de cassation française, sous l'empire des textes alors en vigueur en Afrique, décidait que la revendication se heurtait à cette règle de droit qui interdit aux vendeurs de marchandises ou de matériel commercial de reprendre, au préjudice de la faillite, les choses livrées antérieurement par l'exécution d'une vente, même conditionnelle, et devenues, par leur entrée dans les magasins de l'acquéreur, des éléments de la solvabilité apparente de celui-ci (Civ., 28 mars et 22 octobre 1934, Dalloz 1934, I, 151 note Vandamme).

⁸⁴ Ripert et Roblot, op. cit., n° 3165.

⁸⁵ Voy. sur ce problème : Jadaud B., Droit commercial, Règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Montchrestien, 1997, p.151 à 164 ; Perrodet A., Le conjoint du débiteur en redressement judiciaire, RTD Com., 1999, p. 1 à 61.

SECTION III : LES DIFFERENTES CATEGORIES DE CREANCIERS ET LEURS DROITS

La question est rendue complexe par l'opposition d'intérêts entre les différentes catégories de créanciers, la variété des sûretés en présence dans les procédures collectives et le nombre, souvent important, de créanciers pouvant se prévaloir de la même sûreté, notamment d'un privilège général.

Il suffira de commencer par une classification générale avant de préciser le cas particulier des créanciers dans la masse et de s'appesantir sur l'ordre de paiement.

§ I : La classification générale fondée sur la date de naissance de la créance

Cette classification est dite générale parce qu'elle comprend, en principe, tous les créanciers concernés de près ou de loin par la procédure collective. En partant du jugement d'ouverture, l'on distinguera les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à cette décision.

A- Les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture

Leurs créances sont nées avant le jugement ouvrant la procédure de concours. Il faut distinguer :

- les créanciers formant la masse ou **créanciers dans la masse** : leurs créances ont été vérifiées et ils sont définitivement admis dans la masse ; en tous les cas, aucune mesure d'inopposabilité n'a frappé leurs créances en tant que telles (cas des donations) ; ces créanciers, soumis à la discipline collective, sont payés suivant l'ordre prévu aux articles 166 et 167 et, dans certains cas, sur leur gage propre en cas de léthargie prolongée du syndic en cas de liquidation des biens ;

- les créanciers **hors la masse** : leurs créances en tant que telles ont été frappées d'inopposabilité en tant que telles ou encore ils n'ont pas produit ; de ce fait, la procédure collective les ignore ; ils ne peuvent obtenir paiement tant que dure la procédure.

B - Les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture

Leurs créances sont nées après le jugement ouvrant la procédure collective. On les distingue selon la régularité de la naissance de leurs créances.

Les créanciers de la masse ou contre la masse sont ceux dont les droits sont nés en conformité avec le dessaisissement (l'acte est passé avec le syndic en cas de LB ou par le débiteur et le syndic en cas de RJ). Ces créanciers en principe priment tous les créanciers dans la masse. On estime, en effet, que leurs prestations ont profité à la masse. De toute façon, celle-ci est engagée à travers son représentant. L'ordre exact de paiement est celui des articles 166 et 167.

Les créanciers hors la masse sont ceux dont les droits sont nés au mépris du dessaisissement. L'acte a été conclu avec le débiteur seul dans des cas où l'assistance ou la représentation du syndic était nécessaire. La masse est fondée à ignorer les droits de ces créanciers. Ceux-ci ne pourront exercer leurs droits sur le patrimoine du débiteur tant que dure la procédure. Leurs droits sont inopposables à la masse.

§ II : Les créanciers dans la masse

Les créanciers dans la masse ou créanciers formant la masse sont les créanciers antérieurs qui ont produit et ont été admis. Ils sont soumis à la discipline collective : arrêt des poursuites individuelles, arrêt du cours des intérêts, absence partielle de déchéance du terme, arrêt des inscriptions. Ils peuvent prendre part au vote du concordat et aux dividendes

concordataires en fonction des dispositions concordataires ou aux dividendes de la liquidation des biens en fonction de leur rang selon les articles 166 et 167.

Les catégories de créanciers faisant partie de la masse appellent quelques observations.

Les créanciers chirographaires sont soumis à l'ensemble des règles de la discipline collective, sont payés au marc le franc et n'ont pas de droits particuliers. Généralement, ils ne reçoivent dans les procédures collectives aucun paiement ou touchent des dividendes dérisoires.

Les créanciers munis de sûretés réelles, malgré leurs sûretés, se voient appliquer les règles de la discipline collective. Afin de faciliter les opérations de réalisation de l'actif mobilier et immobilier, le droit individuel de poursuite des créanciers gagistes⁸⁶, nantis ou hypothécaires est suspendu mais seulement jusqu'à l'expiration d'un délai de 3 mois suivant le jugement de liquidation des biens. Passé ce délai, si le syndic n'a pas réalisé les biens concernés, les créanciers peuvent reprendre l'exercice de leur droit de poursuite à charge de rendre compte au syndic (art. 149 et 150). L'AUPC concilie ainsi le souci de permettre au syndic de réaliser l'ensemble de l'actif dans les meilleures conditions sans livrer les créanciers munis de telles sûretés à l'inertie ou à l'attentisme prolongé du syndic.

Les créanciers titulaires de privilèges généraux sont astreints à la discipline collective ; en particulier, ils doivent produire ; ils peuvent prendre part au vote du concordat. Leur ordre de paiement préférentiel figure aux articles 166 et 167. L'Acte uniforme sur les sûretés restreint et clarifie les privilèges généraux. En cas de retard prolongé dans la vente des biens, le Trésor public, l'Administration des douanes et les organismes de sécurité sociale bénéficient des mêmes droits que les créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales. Parmi les créanciers privilégiés, les salariés occupent une place à part. Sans doute en raison du caractère alimentaire de leurs créances, outre le bénéfice du privilège et du super privilège, l'article 96 prévoit leur paiement diligent. Mais en l'absence d'un système de garantie du paiement, comme l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (A. G. S.) en France, ce mécanisme, bien que cohérent, risque de se révéler, dans la plupart des cas, peu efficace quant au paiement effectif.

Les créanciers titulaires d'une sûreté personnelle ont une situation favorable dans les procédures collectives. En effet, le créancier dans la masse qui a en face de lui des codébiteurs ou une caution solidaire in bonis ou solvable bénéficie d'une position très favorable. Il peut produire pour le montant total de sa créance dans le redressement judiciaire ou la liquidation des biens du débiteur et demander paiement intégral au coobligé ou à la caution. Ce dernier ne bénéficie pas de l'arrêt du cours des intérêts mais il n'y a pas de déchéance du terme. Si le ou les coobligés sont également sous le coup d'une procédure collective, le créancier peut produire pour le montant intégral de sa créance dans chacune des procédures, ce qui lui donne une bonne chance d'être intégralement désintéressé par les paiements partiels obtenus dans les différentes procédures. Il y a une seule limite : la somme des paiements ne doit pas dépasser le montant total de la créance, y compris les intérêts dans le premier cas.

§ III : L'ordre de paiement des créanciers

L'ordre de paiement des créanciers présente tout son intérêt dans l'union ou dans la clôture pour insuffisance d'actif. Malgré les efforts faits par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) et par l'AUPC en matière de clarification et de simplification, l'ordre de paiement des créanciers et la distribution pour les créanciers venant à rang égal demeurent des questions relativement complexes. En droit commun, il est fixé par l'AUS

⁸⁶ On signalera que l'Acte uniforme organisant les sûretés (art. 41 à 43) fait du droit de rétention une sûreté d'application générale, parfaite et achevée. Il confère au rétenteur la situation d'un créancier gagiste aussi bien pour le droit de suite que pour le droit de préférence.

dans ses articles 148 pour les immeubles (de 1° à 6°) et 149 pour les meubles (de 1° à 8°). S'agissant des procédures collectives, l'ordre figure dans l'AUPC aux articles 166 pour les immeubles et 167 pour les meubles.

A- L'ordre en matière immobilière

Il faut rappeler les principes qui régissent la question avant de fournir une illustration.

1) Principes

Selon l'article 166 de l'AUPC, les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués dans l'ordre suivant :

1°) aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix ;

2°) aux créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;

3°) aux créanciers hypothécaires et séparatistes inscrits dans le délai légal, chacun selon le rang de son inscription au livre foncier ;

4°) aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;

5°) aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ;

6°) aux créanciers chirographaires.

En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 4°, 5° et 6° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc.

Concernant l'application de cette disposition, il faut savoir que :

a) Les créanciers d'un rang supérieur doivent être intégralement payés avant les créanciers du rang suivant et ainsi de suite.

b) Certains rangs peuvent comprendre des créanciers qui eux-mêmes font l'objet d'un classement particulier. Ainsi en est-il, par exemple, de la cinquième catégorie consacrée « aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ». Au sein de cette catégorie viennent d'abord les créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité chacun selon le rang de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier, puis les créanciers munis d'un privilège général non soumis à publicité selon l'ordre établi par l'article 107 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Or selon l'article 107, « sont privilégiés, sans publicité dans l'ordre qui suit :

1°) les frais d'inhumation, les frais de la dernière maladie du débiteur ayant précédé la saisie des biens ;

2°) les fournitures de subsistance faites au débiteur pendant la dernière année ayant précédé son décès, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;

3°) les sommes dues aux travailleurs et apprentis pour exécution et résiliation de leur contrat durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;

4°) les sommes dues aux auteurs d'œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques pour les trois dernières années ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;

5°) dans la limite de la somme fixée légalement pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires, les sommes dont le débiteur est redevable au titre des créances fiscales, douanières et envers les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ».

c) Pour la plupart des catégories de créanciers, à savoir celles désignées aux 1°, 2°, 4°, 5° et 6° de l'article 166, lorsque les deniers sont insuffisants pour désintéresser tous les créanciers, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales au marc le franc.

2) Illustrations

69 bis. Le montant des créances réclamé est le suivant : rang 1 : 5 millions ; rang 2 : 10 millions ; rang 3 : 20 millions ; rang 4 : 6 millions ; rang 5 : 18 millions, rang 6 : 33 millions ; soit un total de 92 millions de F.

Première hypothèse. En supposant que la réalisation de l'actif immobilier du débiteur donne un montant de 35 millions, les créanciers des rangs 1, 2 et 3 seront intégralement payés mais ceux des autres (rangs 4, 5 et 6) ne percevront rien puisqu'il n'y a pas de reliquat.

N.B. Le montant retenu pour le rang 2 est celui déterminé en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif. Autrement dit, et à titre d'exemple, si l'immeuble concerné représente 20% de l'ensemble de l'actif, il doit contribuer au règlement de 20% du montant des créances de salaires super privilégiés.

Deuxième hypothèse. Si la réalisation de l'actif donne un montant de 39 millions, les créanciers des rangs 1, 2 et 3 seront intégralement payés comme dans la première hypothèse mais cette fois avec un reliquat de 4 millions. Ce reliquat servira exclusivement aux créanciers du rang 4. Leurs créances s'élevant à 6 millions ne seront pas intégralement épongées. Chaque créancier recevra un paiement au marc le franc c'est-à-dire proportionnel au montant de sa créance déterminé comme suit :

Somme disponible divisée par le montant total des créances = $4M / 6M = 2/3$.

Chacun des créanciers du rang 4 recevra $2/3$ du montant de sa créance. Par exemple, si la créance d'un des créanciers du rang 4 s'élève à 1,2M, il encaissera : $1,2M \times 2/3 = 0,8 M$.

Troisième hypothèse. Si la réalisation donne un montant de 56 millions, les créanciers des rangs 1, 2, 3 et 4 seront intégralement payés pour un montant total de 41 millions et il restera un reliquat de 15 millions pour les créanciers du rang 5.

A priori, on peut penser que chacun des créanciers du rang 5 recevra $15/18^e$ du montant de sa créance. Mais lorsque l'on examine l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, il apparaît qu'une priorité est accordée aux créanciers munis de privilèges publiés en fonction de la date de publication. Viennent ensuite les créanciers titulaires de sûretés non publiées selon le rang fixé à l'article 107. Si donc les créances bénéficiant de privilèges publiés s'élèvent à 9 millions, elles seront intégralement payées. Le reliquat de 6 millions ira aux créanciers titulaires de privilèges ne faisant pas l'objet de publicité conformément à l'ordre de l'article 107 de l'AUS. Ainsi, en fonction de leurs rangs au sein de l'article 107 et de leur nombre dans le même rang, certains créanciers seront intégralement payés, d'autres le seront proportionnellement et peut-être que ceux du ou des derniers rangs ne percevront rien.

Quatrième hypothèse. Si la réalisation donne un montant de 62,3 millions, les créanciers des rangs 1 à 5 seront intégralement payés et il restera un reliquat de 3,3 millions pour les créanciers du rang 6. Chacun des créanciers du rang 6 percevra : $3,3 M / 33 M = 1/10^e$ du montant de sa créance. Celui qui a une créance de 4,5 M recevra 0,45 M.

N.B. : Il est fréquent dans les procédures collectives que les créanciers de rang 6, c'est-à-dire les créanciers chirographaires, soit ne perçoivent rien comme dans les hypothèses 1 à 3, soit perçoivent des montants dérisoires comme dans l'hypothèse 4.

B- L'ordre en matière mobilière

Selon l'article 167 de l'AUPC, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant :

1°) aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix ;

2°) aux créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date ;

3°) aux créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur du meuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;

4°) aux créanciers garantis par un gage selon la date de constitution du gage ;

5°) aux créanciers garantis par un nantissement ou par un privilège soumis à publicité, chacun suivant le rang de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier ;

6°) aux créanciers munis d'un privilège mobilier spécial, chacun sur le meuble supportant le privilège ;

7°) aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;

8°) aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ;

9°) aux créanciers chirographaires.

En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 3°, 6°, 7°, 8° et 9° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc.

Concernant l'application de cette disposition, les remarques faites et l'illustration conçue en matière immobilière sont *mutatis mutandis* valables en matière mobilière. Pour le renvoi fait par le huitième rang à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, le recours à l'article 149 de l'AUS montre qu'il faut se référer à l'article 107 du même acte et suivre l'ordre que celui-ci fixe.

Toutefois, on peut se demander s'il ne doit pas y avoir d'abord les privilèges généraux soumis à publicité selon l'ordre d'inscription, puis les privilèges non soumis à publicité dans l'ordre de l'article 107, exactement dans les mêmes conditions que pour les immeubles.

Les développements ci-dessus montrent combien la situation des créanciers est susceptible d'être complexe si l'on est en présence de nombreux créanciers munis de sûretés différentes et cela, malgré les efforts méritoires des actes uniformes.

Relativement au débiteur et aux créanciers, il est indéniable que le jugement d'ouverture apporte des modifications fondamentales à leurs situations dans le but de réaliser les objectifs poursuivis, lesquelles se manifestent à travers les solutions.

TITRE III : LES SOLUTIONS DES PROCEDURES COLLECTIVES

Les solutions constituent un aspect très important des procédures collectives car elles ont un caractère obligatoire ou inéluctable, si du moins le droit des procédures collectives est correctement appliqué et que les procédures ouvertures ne se terminent pas en « queue de poisson ».

Quatre solutions peuvent terminer une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens : une solution est commune aux deux procédures : c'est la clôture pour extinction du passif ; une est propre au redressement judiciaire : il s'agit du concordat ; deux sont propres à la liquidation des biens : ce sont l'union et la clôture pour insuffisance d'actif.

Mais comme le redressement judiciaire peut être converti en liquidation des biens, on peut soutenir que celui-ci peut se terminer par l'une quelconque de ces quatre solutions. La conversion a lieu dans les cas suivants : non proposition d'un concordat dans les conditions et délais prévus aux articles 27, 28 et 29 (caractère sérieux de la proposition de concordat et respect des délais de dépôt) ou retrait de la proposition (article 119) ; concordat non voté par les créanciers ou non homologué par la juridiction compétente (article 126) ; annulation ou résolution du concordat (article 141).

Parmi les quatre solutions, certaines préservent l'entreprise : ce sont des solutions heureuses, tandis que d'autres conduisent à sa disparition : ce sont des solutions « malheureuses ».

CHAPITRE I : LES SOLUTIONS DE SURVIE DE L'ENTREPRISE

Deux solutions permettent la survie de l'entreprise : une plus courante, le concordat, et une autre, très exceptionnelle, la clôture pour extinction du passif.

SECTION I : LE CONCORDAT

Solution propre au redressement judiciaire, le concordat peut être défini comme une convention conclue entre le débiteur et ses créanciers, avec homologation de justice destinée à garantir son sérieux, convention par laquelle le débiteur présente un plan de règlement du passif et de redressement de l'entreprise qu'il exécutera une fois remis à la tête de ses affaires. Le concordat peut prévoir soit un règlement total mais avec des délais plus ou moins longs, soit un remboursement partiel immédiat, soit une combinaison de ces deux procédés. Ce concordat-là, que l'on peut qualifier de judiciaire, doit être soigneusement distingué du concordat amiable librement conclu entre le débiteur et ses créanciers. Il faut se demander comment se forme le concordat, quels sont ses effets et les conditions de sa disparition.

§ I : La formation du concordat

Pour que le concordat se forme, il faut au préalable vérifier que le débiteur ou les dirigeants qui doivent l'exécuter ne sont pas sous le coup d'une banqueroute ou de la faillite personnelle. Ensuite, le concordat doit être adopté par les créanciers puis homologué par la juridiction compétente.

Quinze jours après l'expiration du délai laissé aux créanciers pour contester les créances, le président de la juridiction compétente, sur saisine du juge-commissaire, convoque les créanciers à une assemblée chargée de voter le concordat.

La première question qui se pose est de savoir quelles catégories de créanciers prennent part au vote du concordat : assurément, les créanciers chirographaires (art. 122) ; également les créanciers dont seule la sûreté est contestée et qui y sont admis à titre chirographaire (art. 123). Les créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale qui n'ont pas fait la déclaration prévue à l'article 120 (indication du délai et/ou de la remise qu'ils entendent accorder et qui différeraient de ceux résultant de la proposition concordataire) peuvent prendre part au vote sans renoncer à leur sûreté et consentir des délais et remises différents de ceux proposés par le débiteur ; ils sont censés accepter le concordat si, dûment appelés, ils ne participent pas au vote de l'assemblée concordataire. La situation des créanciers munis de privilèges généraux est énigmatique puisque l'AUPC ne contient aucune disposition fournissant un éclairage sur leur situation. De l'interprétation de l'article 134 qui rend le concordat obligatoire pour tous les créanciers antérieurs sauf les créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale qui ne sont obligés que par les remises et délais par eux consentis, on peut en déduire que les créanciers munis de privilèges généraux sont autorisés à prendre part au vote du concordat mais sans que cela entraîne la perte de leurs sûretés.

Les différents participants à l'assemblée concordataire y prennent tous part effectivement et en personne : le juge-commissaire et le représentant du ministère public ; le débiteur et les dirigeants de personnes morales appelés à l'assemblée ; seuls les créanciers admis sont libres de s'y présenter en personne ou de se faire représenter.

Le vote du concordat est acquis s'il obtient la majorité en nombre des créanciers représentant 50 % des créances en sommes (art. 125)⁸⁷. Si une seule des majorités ou exigences seulement est acquise, le vote est reporté sous huitaine mais il ne concernera que la majorité non acquise. Si aucune des majorités n'est acquise ou si la majorité manquante n'est pas obtenue, il n'y a pas de concordat. Si les deux majorités sont acquises, le concordat est valable. L'AUPC prévoit une innovation de taille : en effet, il institue un concordat simplifié qui ne fait pas appel à l'accord des créanciers lorsque la proposition concordataire ne comporte pas de demande de remise ni de demande de délai supérieur à deux ans.

Une fois adopté, le concordat est soumis à l'homologation de la juridiction compétente, qui ne l'accorde que si : les conditions de validité du concordat sont réunies ; l'intérêt collectif ou l'ordre public ne s'y oppose pas ; le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise et de règlement du passif, c'est-à-dire est viable) ; si les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic ne sont plus en fonction ou si le débiteur ou les dirigeants ne sont pas frappés de faillite personnelle (art. 127). La juridiction compétente ne peut qu'homologuer ou refuser d'homologuer le concordat. Elle ne peut pas le modifier.

Il faut signaler que les articles 131 à 133 prévoient et réglementent une modalité particulière du concordat, en l'occurrence le concordat comportant une cession partielle d'actif. La cession partielle, qui peut concerner des biens meubles ou immeubles ou un établissement (par exemple une usine), peut permettre de sauver des emplois mais elle comporte des risques pour les créanciers. C'est pourquoi il est fait appel à la concurrence et des conditions sont mises concernant le prix (qui doit être suffisant pour satisfaire les créanciers ayant une sûreté sur les biens concernés) et son paiement (au comptant ou avec la garantie d'une banque). Il eût été mieux indiqué d'autoriser la cession totale de l'entreprise qui est plus à même de sauvegarder l'activité et l'emploi.

§ II : Les effets du concordat

Le concordat met fin à la procédure collective de redressement judiciaire dès que le jugement d'homologation a acquis force de chose jugée. Il en résulte que le débiteur retrouve la libre administration et disposition de son patrimoine ; la masse est dissoute : le syndic rend compte de sa gestion, remet les pièces et documents et cesse ses fonctions ; les créanciers recouvrent leurs droits de poursuite individuelle mais ils doivent respecter les délais et remises stipulés dans le concordat. Mais il y a des survivances de la procédure collective : d'une part, l'hypothèque de la masse demeure et permet aux créanciers concordataires de primer les nouveaux créanciers sur les immeubles du débiteur ; d'autre part, la juridiction compétente peut désigner ou maintenir en fonction les contrôleurs pour surveiller l'exécution du concordat (ils deviennent des contrôleurs à l'exécution du concordat) ou, à défaut de contrôleurs, le syndic.

S'agissant de l'opposabilité du concordat, il faut préciser que les délais et les remises stipulés profitent au débiteur seul et non aux coobligés du débiteur (codébiteurs, cautions). Le concordat oblige tous les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture, quelle que soit la nature de leurs créances, sauf disposition législative particulière interdisant à l'administration de consentir des remises ou des délais. Toutefois :

⁸⁷ Le Code de commerce exigeait une majorité en nombre des créanciers représentant les 2/3 des créances en sommes.

- les créanciers munis de sûretés réelles spéciales ne sont obligés que par les remises et délais particuliers qu'ils ont consentis, sauf dans le cas où le concordat ne comporte qu'une demande de délais n'excédant deux ans ; ces délais peuvent leur être opposés aux créanciers si ceux qu'ils ont consentis sont inférieurs⁸⁸ ;

- les travailleurs ne peuvent se voir imposer aucune remise ni des délais excédant deux ans, étant précisé qu'ils bénéficient du super privilège prévu à l'article 96.

§ III : La disparition du concordat

Le concordat prend fin normalement par son exécution complète, c'est-à-dire par le règlement de la dernière échéance concordataire. S'il a été stipulé une clause de retour à meilleure fortune, le débiteur s'oblige juridiquement à régler même la fraction ayant fait l'objet d'une remise concordataire.

Le concordat prend également fin, mais de façon anormale, par :

- l'annulation en cas de dol découvert depuis l'homologation, dol résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif ;

- la résolution en cas d'inexécution du concordat ou en cas d'interdiction frappant le débiteur ou les dirigeants de la PM, à moins qu'une solution n'ait été trouvée (art. 139).

L'annulation et la résolution du concordat produisent des effets quasi identiques : elles mettent fin au concordat et entraînent la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens. Le cas de survenance d'une seconde procédure est réglé par application des règles de l'annulation et de la résolution.

En conclusion, malgré les apparences, le concordat est un acte à titre onéreux et non un acte à titre gratuit. En conséquence, le débiteur a l'obligation naturelle d'acquitter la dette remise et les héritiers d'un créancier ne peuvent pas demander la résolution du concordat au motif qu'il porterait atteinte à leur réserve.

SECTION II : LA CLOTURE POUR EXTINCTION DU PASSIF

C'est un mode de clôture qui n'appelle pas beaucoup de développements (art. 178 et 179) et qui est valable quelle que soit la procédure en cause. A l'origine, la clôture pour extinction du passif a été une création de la jurisprudence française qui l'avait appelée clôture pour défaut d'intérêt de la masse.

Le fondement de ce mode de clôture est simple : la procédure est ouverte parce qu'il y a cessation des paiements, autrement dit impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. Il paraît donc raisonnable que la procédure soit clôturée s'il n'y a plus de passif exigible⁸⁹. Il en est ainsi lorsque tout le passif est réglé ou qu'il y a abandon de dettes ou lorsque le syndic dispose de deniers suffisants pour y faire face. Ce mode de clôture intervient à toute époque de la procédure sur demande du débiteur ou du syndic ou même d'office. Il entraîne une réhabilitation automatique du débiteur si la faillite personnelle avait été prononcée à son encontre.

Toutes les solutions ne sont pas heureuses. En effet, certaines solutions, qui sont les plus fréquentes, entraînent la disparition de l'entreprise.

⁸⁸ Les créanciers munis de sûretés réelles ne perdent pas leurs garanties mais ne peuvent les réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat de redressement auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé.

⁸⁹ Avant la légalisation de ce mode de clôture, les juridictions profitaient, lorsque les voies de recours n'étaient pas encore expirées, pour se rétracter ou pour réformer la décision d'ouverture sur opposition ou appel. D'autres se permettaient de rapporter la décision malgré l'autorité de la chose jugée. De façon plus exacte, des juridictions se fondaient sur le défaut d'intérêt de la masse d'où la première appellation de ce mode de clôture.

CHAPITRE II : LES SOLUTIONS ENTRAINANT LA DISPARITION DE L'ENTREPRISE

Les solutions entraînant la disparition de l'entreprise sont des solutions malheureuses quand on connaît l'importance du maintien de l'entreprise sur le plan économique, social et fiscal. Malheureusement, relativement aux entreprises en état de cessation des paiements, statistiquement ce sont les solutions les plus fréquentes. Il y a même intérêt à y soumettre toutes les entreprises non redressables - et dès le départ - afin d'éviter l'aggravation du passif ou la diminution de l'actif qui sont préjudiciables aux créanciers. Ces solutions sont, d'une part, l'union, et, d'autre part, la clôture pour insuffisance d'actif.

SECTION I : L'UNION

L'union est la solution par excellence de la liquidation des biens. Elle est prononcée, soit dès le jugement d'ouverture si le débiteur n'a pas proposé un concordat sérieux (article 33), soit par conversion du redressement judiciaire si le concordat proposé n'est pas voté ou n'est pas homologué ou encore est frappé d'annulation ou de résolution. Selon l'article 146, « dès que la liquidation des biens est prononcée, les créanciers sont en état d'union ».

Dans le mois de son entrée en fonction, le syndic remet au juge-commissaire un état évaluatif de l'actif et du passif (chirographaire et privilégié) ainsi que, s'il s'agit d'une personne morale, tous renseignements sur une éventuelle responsabilité du ou des dirigeants de celle-ci. Le syndic procède à l'établissement de l'état des créances même s'il lui apparaît que les deniers à provenir de la réalisation de l'actif seront entièrement absorbés par les frais de justice et les créances privilégiées (article 146)⁹⁰. Le seul intérêt de la règle de l'OHADA est de clarifier la situation du passif et de permettre l'établissement éventuel de la responsabilité civile ou pénale du débiteur ou des dirigeants de la personne morale.

Le syndic, qui supplante complètement le débiteur, doit réaliser l'actif, c'est-à-dire recouvrer ses créances et vendre ses biens. Il n'y a pas de formalisme en ce qui concerne la vente des meubles. Pour les immeubles, la vente peut se faire de trois façons : vente sur saisie immobilière, vente par voie d'adjudication amiable, vente de gré à gré. Le juge-commissaire fixe le prix ou la mise à prix ainsi que les conditions ou modalités essentielles de la vente (articles 150 à 159). Il en est de même de la cession globale de l'actif qui fait appel à des offres d'acquisition permettant un choix éclairé (art. 160 à 162).

Le paiement des créanciers se fait selon l'ordre fixé par les articles 166 et 167 de l'AUPC⁹¹.

Lorsque les opérations de liquidation sont terminées, le syndic rend ses comptes au juge-commissaire qui constate par un procès-verbal la fin des opérations. La juridiction compétente prononce la clôture de la liquidation des biens (article 170, alinéa 2). L'union est dissoute de plein droit et les créanciers recouvrent leurs droits de poursuites individuelles. Pour les créances admises, le président de la juridiction vise l'admission définitive des créanciers, la dissolution de l'union, le montant de la créance admise et celui du reliquat dû (article 171). La décision est revêtue de la formule exécutoire par le greffier. Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours. La décision de clôture prononcée par la juridiction compétente est publiée dans les conditions prévues aux articles 36 et 37 de l'AUPC.

SECTION II : LA CLOTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

Réglémentée par les articles 173 à 177, la clôture pour insuffisance d'actif est un mode de clôture qui peut intervenir à toute hauteur de la procédure. Cette clôture s'explique par la finalité de la procédure collective : elle tend au paiement des créanciers dans les meilleures

⁹⁰ L'AUPC prend ainsi le contre-pied de la loi française du 25 janvier 1985.

⁹¹ Voy. sur l'ordre de paiement *supra* n°s 68 et s.

conditions possibles. Si le paiement devient impossible, il n'y a pas d'intérêt à maintenir la procédure ouverte. A le faire, on risque d'accroître le passif (frais d'administration de la procédure). Dans ce sens, c'est un diminutif de l'union.

Ainsi, si les fonds manquent pour entreprendre ou terminer les opérations de liquidation des biens, la juridiction compétente, sur le rapport du juge-commissaire, peut, à quelque époque que ce soit, prononcer, à la demande de tout intéressé ou même d'office, la clôture des opérations pour insuffisance d'actif (art. 173). Cette disposition est quelque peu en contradiction avec les articles 84 et 146 qui prévoient la vérification obligatoire des créances dans tous les cas. La clôture ne pourrait donc être prononcée au plus tôt qu'après la fin de celle-ci. Cette limitation est d'autant plus gênante que l'insuffisance d'actif peut être manifeste dès l'ouverture de la procédure avant que le syndic ait avancé dans la vérification des créances. Certains auteurs ont même proposé qu'en cas de carence manifeste d'actif, on puisse prononcer une sorte de « non-lieu » équivalent à une non ouverture de la procédure.

La décision de clôture fait recouvrer à chaque créancier l'exercice individuel de ses actions dans les mêmes conditions que la clôture de l'union (art. 174 renvoyant à l'art. 171).

C'est un mode de clôture provisoire puisque la procédure peut être réouverte, autrement dit la décision peut être rapportée, à la demande du débiteur ou de tout autre intéressé sur justification que les fonds nécessaires aux frais des opérations ont été consignés entre les mains du syndic.

En conclusion sur les solutions ou les modes de clôture des procédures collectives, il apparaît que l'Acte uniforme est resté très classique. Les rares innovations résident notamment dans le concordat simplifié sans vote des créanciers, dans l'accélération de la réalisation de l'actif et dans le classement des créanciers.

Les fautes commises par le débiteur ou les dirigeants sociaux après et surtout avant l'ouverture de la procédure peuvent entraîner le prononcé de sanctions.

TROISIEME PARTIE : LES SANCTIONS DANS LE CADRE DES PROCEDURES COLLECTIVES

Les sanctions visent principalement les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens et, dans une moindre mesure, celle du règlement préventif.

Les sanctions à l'encontre du débiteur ou des dirigeants sociaux fautifs ne constituent pas la première des finalités des procédures. Néanmoins, il ne convient pas de les négliger : d'abord, en prévoyant l'élimination de certains dirigeants des affaires, elles exercent un effet dissuasif quant à la commission des actes répréhensibles ; ensuite, elles permettent de neutraliser ou d'éliminer les débiteurs ou dirigeants dont les fautes sont avérées, de manière à éviter la réédition de tels actes, participant ainsi à l'assainissement du monde des affaires ; enfin, certaines sanctions, ayant un caractère patrimonial, contribuent directement au paiement des créanciers, voire au redressement de l'entreprise. Les sanctions peuvent être regroupées selon qu'elles sont, ou civiles et commerciales, ou pénales.

CHAPITRE I : LES SANCTIONS CIVILES ET COMMERCIALES

Les sanctions prévues peuvent être regroupées selon qu'elles ont un caractère patrimonial marqué ou selon qu'elles ont un caractère professionnel ou moral.

SECTION I : LES SANCTIONS A CARACTERE PATRIMONIAL

Ce sont des sanctions qui s'appliquent aux dirigeants de sociétés ou d'autres personnes morales de droit privé. Elles trouvent leur origine dans la législation française de 1935 et de 1940. Auparavant, la personnalité morale de la société constituait un bouclier protecteur

infranchissable⁹². Ces sanctions comprennent le comblement du passif social et l'extension de la procédure ainsi que des limitations aux droits d'associés des dirigeants sociaux.

§ I : L'obligation de combler le passif

Comme pour d'autres sanctions, le **comblement du passif** s'applique, en cas de cessation des paiements d'une personne morale, à ses dirigeants personnes physiques ou personnes morales (P.M.), de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes. La formule de l'AUPC est redondante mais elle vise à appréhender toutes les personnes qui ont joué un rôle notable dans la gestion de l'entreprise.

Selon l'article 183, lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, «en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic ou même d'office, que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux ».

Ce qu'il faut noter, c'est que, depuis son institution en 1940 jusqu'à la loi française du 25 janvier 1985, l'action en comblement du passif a toujours fonctionné sur des présomptions : présomption de faute des dirigeants et présomption de lien de causalité entre la faute et le dommage que traduit l'insuffisance d'actif, si bien qu'il était difficile pour les dirigeants d'y échapper. La preuve de l'absence de faute ne suffisait pas, il leur fallait, en effet, prouver qu'ils ont apporté aux affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié. Or, avec le ralentissement de la croissance et le développement de la concurrence, il y a de plus en plus d'entreprises dont les difficultés n'incombent pas à leurs dirigeants. C'est pourquoi, s'inspirant de la loi française du 25 janvier 1985 et pour ne pas décourager les initiatives, l'Acte uniforme exige que soient prouvés, conformément au droit commun, le dommage, la faute et le lien de causalité.

L'action en comblement du passif se prescrit par trois ans à compter de l'arrêté définitif de l'état des créances.

La condamnation peut porter sur tout ou partie de l'insuffisance d'actif et concerner tout ou partie des dirigeants avec ou sans solidarité. Le non-paiement du montant de la condamnation découlant de l'exercice de l'action en comblement du passif est susceptible de sanctions plus graves comme l'extension de la procédure collective.

§ II : L'extension de la procédure

L'extension de la procédure apparaît comme une sanction d'un degré plus élevé. Elle s'applique aux mêmes dirigeants, en cas de R.J. ou L.B. d'une personne morale, qui ont commis une faute grave. Ainsi peut être déclaré personnellement en R.J. ou en L.B., tout dirigeant qui a, sans être personnellement en état de cessation des paiements :

- exercé une activité commerciale dans son intérêt personnel, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements ;
- disposé du crédit ou des biens de la personne morale comme des siens propres ;
- poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale (article 189).

Les fautes ci-dessus pouvant entraîner l'extension de la procédure collective aux dirigeants visent des hypothèses d'abus de la personne morale dont la sanction paraît parfaitement justifiée. D'ailleurs, le premier cas était déjà visé par le décret-loi du 8 août 1935.

⁹² Voy. dans ce sens : Delebecque Ph. et Germain M., *Traité de droit commercial de Georges Ripert et René Roblot*, L.G.D.J., tome 2, 16e éd., 2000, n° 3278.

La juridiction compétente peut également prononcer le R.J. ou la L.B. des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui n'acquittent pas cette dette.

L'extension est mal qualifiée puisque, d'une part ce n'est pas la procédure de la personne morale qui s'applique aux dirigeants, d'autre part la procédure à ouvrir contre ces derniers est autonome, enfin, les procédures peuvent être différentes : par exemple, la société peut être en redressement judiciaire, certains dirigeants également en redressement judiciaire et d'autres en liquidation des biens. L'effet essentiel recherché est que les créanciers admis dans la procédure collective ouverte contre la personne morale soient admis, de plein droit, dans le R.J. ou la L.B. du dirigeant dont le passif comprend de ce fait, outre le passif personnel du dirigeant, celui de la personne morale.

L'on peut rapprocher de ces sanctions les conséquences de l'action en responsabilité civile exercée sur le fondement de l'article 1382, qui a fait couler beaucoup d'encre⁹³. L'AUPC prévoit en effet que « les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers » (art. 118). Il précise que la juridiction compétente choisit, pour la réparation du préjudice, la solution la plus appropriée, soit le paiement de dommages et intérêts, soit la déchéance de leurs sûretés pour les créanciers titulaires de telles garanties.

§ III : Les restrictions frappant les droits sociaux des dirigeants

Outre les sanctions patrimoniales ci-dessus, les dirigeants sociaux subissent des restrictions relativement à leurs titres sociaux (actions ou parts sociales) :

- inaccessibilité automatique des titres sociaux dès le jugement d'ouverture, sauf autorisation du juge-commissaire, et dépôt des titres entre les mains du syndic qui est chargé de leur garde (art. 57 et 58) ; le fait pour le dirigeant de ne pas remettre les titres au syndic est une infraction⁹⁴ ;

- privation du droit de vote en cas de faillite personnelle, celui-ci étant exercé par un mandataire ad hoc désigné par le juge-commissaire (art. 199) ;

- faculté pour la juridiction d'enjoindre aux dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif de la personne morale de céder leurs actions ou parts sociales de celle-ci ou d'ordonner leur cession forcée par les soins du syndic, le produit de la vente étant affecté au paiement de la part des dettes de la personne morale mise à la charge de ces dirigeants.

Il est dommage que l'AUPC n'ait pas expressément prévu la possibilité pour le tribunal de subordonner l'homologation du concordat à l'élimination ou à l'exclusion des dirigeants qui se seraient montrés peu compétents ou fautifs et contre lesquels aucune sanction n'a été prononcée. Cette affirmation doit être nuancée car selon l'article 127, « la juridiction compétente n'accorde l'homologation du concordat que... si, en cas de redressement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle-ci n'est plus assurée par les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic... ».

Les sanctions civiles et commerciales n'ont pas toutes un caractère patrimonial. En effet, d'autres, en l'occurrence la faillite personnelle, ont un caractère extrapatrimonial.

⁹³ En France, cette responsabilité a surtout concerné le banquier dispensateur de crédit, qui a été admise pour la première fois par l'arrêt de principe de la Cour de Cassation du 7 janvier 1976 (Chambre commerciale, Dalloz 1976, 277, note Derrida et Sortais). Pour un cas africain, voy. SAWADOGO F.M., Note sous Tribunal de première instance de Ouagadougou, 13 juin 1984, Revue Burkinabè de Droit, n° 12 - décembre 1987, p. 501 à 518.

⁹⁴ Art. 231, 7°.

SECTION II : LES SANCTIONS A CARACTERE EXTRAPATRIMONIAL : LA FAILLITE PERSONNELLE

Les sanctions à caractère extrapatrimonial résident dans les déchéances de la faillite personnelle. La faillite personnelle peut être prononcée à toute époque de la procédure.

§ I : Le champ d'application

La faillite personnelle s'applique :

- aux commerçants personnes physiques et aux associés tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales, ce qui est classique ; les sanctions étaient automatiques avant la loi de 1967 ;
- aux personnes physiques dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives ;
- aux personnes physiques représentantes permanentes de personnes morales dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives.

Ces personnes doivent avoir commis les fautes graves visées par les articles 196 et 197 comme la soustraction de comptabilité, le détournement ou la dissimulation frauduleuse de l'actif ou du passif, l'exercice indirect du commerce dans son intérêt personnel, l'abus des biens ou du crédit de la société, l'obtention dolosive d'un concordat annulé par la suite, la commission d'actes de mauvaise foi ou des imprudences inexcusables ou le fait d'enfreindre gravement les règles et usages du commerce tels que définis par l'article 197.

L'article 198 vise des fautes moins graves (incompétence manifeste, non déclaration de la cessation des paiements dans les 30 jours, non acquittement du passif social mis à sa charge) comme constitutifs de faillite personnelle facultative.

§ II : Les effets et la fin de la faillite personnelle

La faillite personnelle, une fois prononcée, emporte de plein droit :

- l'interdiction générale de faire le commerce et notamment de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale ayant une activité économique ;
- l'interdiction d'exercer une fonction publique élective et d'être électeur pour ladite fonction publique ;
- l'interdiction d'exercer toute fonction administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle (art. 203) ;
- l'interdiction d'exercer le droit de vote dans les assemblées de la personne morale contre laquelle a été ouverte la procédure collective, ce droit étant exercé par un mandataire *ad hoc* désigné par le juge-commissaire à la requête du syndic (art. 199).

Contrairement à la loi française de 1967, l'AUPC n'a pas retenu de démembrement de la faillite personnelle sous la forme d'une interdiction professionnelle ponctuelle.

La durée de la faillite personnelle, qui doit être fixée par la décision, est au minimum de 3 ans et au maximum de 10 ans. Les déchéances, incapacités et interdictions résultant de la faillite personnelle prennent fin au terme fixé. Elles peuvent prendre fin avant ce délai en cas de clôture pour extinction du passif (de plein droit) ou si une demande de réhabilitation introduite par le failli ou ses héritiers est admise.

Pour les fautes plus graves et même pour des fautes de même gravité, le débiteur, les dirigeants, certains associés et même d'autres personnes peuvent être frappés de sanctions pénales.

CHAPITRE II : LES SANCTIONS PENALES

Elles n'appellent pas beaucoup de développements. Il suffira de préciser que l'AUPC incrimine un certain nombre d'actes au titre de la banqueroute proprement dite, des infractions assimilées à la banqueroute ou des infractions commises par d'autres personnes à l'occasion d'une procédure collective⁹⁵. Il renvoie aux lois internes pour les peines.

SECTION I : LA BANQUEROUTE PROPREMENT DITE

Elle s'adresse aux commerçants personnes physiques, autrement dit aux entrepreneurs individuels ayant la qualité de commerçants et aux associés des sociétés commerciales qui ont la qualité de commerçants, en l'occurrence ceux qui sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Les faits incriminés entraînent, soit la banqueroute simple, soit la banqueroute frauduleuse, distinction fondée sur la gravité des fautes et la nécessité d'une répression proportionnée. Ils supposent que le commerçant personne physique ou la personne morale dont on est tenu des dettes est en état de cessation des paiements.

§ I : Les cas de banqueroute simple

Entraînent la banqueroute simple : les engagements importants sans contrepartie ; les achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou l'emploi de moyens ruineux en vue de retarder la constatation de la cessation des paiements ; la non déclaration injustifiée de la cessation des paiements dans le délai de 30 jours ; la non tenue d'une comptabilité ou la tenue d'une comptabilité irrégulière ou incomplète eu égard à l'importance de l'entreprise ; le fait d'avoir été déclaré deux fois en cessation des paiements dans le délai de 5 ans, les deux procédures étant clôturées pour insuffisance d'actif.

Ces faits constitutifs de la banqueroute simple sont manifestement moins graves que ceux qui entraînent ou peuvent entraîner la banqueroute frauduleuse.

§ II : Les cas de banqueroute frauduleuse

Les cas de banqueroute frauduleuse sont, curieusement, plus nombreux que ceux de banqueroute simple. Ils ont trait au fait : de soustraire sa comptabilité ; de détourner tout ou partie de l'actif ; de se reconnaître frauduleusement débiteur ; d'avoir enfreint une interdiction d'exercer la profession commerciale ; d'avoir payé, après la cessation des paiements, un créancier au préjudice de la masse ; de stipuler avec un créancier des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse ou de conclure un accord avec un créancier, duquel il résulterait que ce dernier a un avantage, à la charge de l'actif du débiteur à partir du jour de la décision d'ouverture ; d'accomplir des actes interdits par l'article 11 ; et, enfin, au fait d'avoir, de mauvaise foi, présenté ou fait présenter un compte de résultats ou un bilan ou un état des créances et des dettes ou un état actif et passif des sûretés inexact ou incomplet.

L'application de la banqueroute proprement dite est classique. En revanche, ce n'est que depuis 1935 que l'on a commencé à étendre la banqueroute aux dirigeants sociaux.

SECTION II : LES INFRACTIONS ASSIMILEES AUX BANQUEROUTES

⁹⁵ Ces infractions seront négligées, sauf à préciser qu'elles concernent toute personne (conjoint, ascendant, descendant, collatéraux ou alliés du débiteur, créancier) qui aurait soustrait, recelé ou dissimulé des biens, qui aurait frauduleusement produit... (art. 240 à 244) et, tout particulièrement, le syndic qui aurait commis le délit de malversation, notamment en disposant des biens et du crédit du débiteur comme des siens propres, en dissipant les biens du débiteur, ou en poursuivant abusivement et de mauvaise foi, dans son intérêt personnel, soit directement, soit indirectement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur, ou encore en se rendant directement ou indirectement acquéreur des biens du débiteur (art. 243).

Elles visent les personnes physiques, soit dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives, soit représentantes permanentes de personnes morales dirigeantes des personnes morales assujetties aux procédures collectives. Les faits incriminés sont un peu les mêmes.

§ I : Les infractions assimilées à la banqueroute simple

On relève à ce titre : la consommation de sommes appartenant à la personne morale dans des opérations fictives ou de pur hasard ; le fait d'avoir fait des achats en vue de la revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds afin de retarder la constatation de la cessation des paiements de la personne morale ; le paiement d'un créancier au préjudice de la masse ; le fait d'avoir fait contracter à la personne morale des engagements trop importants sans contrepartie ; le fait d'avoir tenu ou fait tenir ou laissé tenir irrégulièrement ou incomplètement la comptabilité de la personne morale ; le fait de n'avoir pas fait la déclaration de la cessation des paiements de la personne morale dans les 30 jours ; le fait de détourner ou de dissimuler une partie de ses biens ou de tenter de le faire, ou de se reconnaître débiteur de sommes non dues afin de soustraire tout ou partie de son patrimoine aux poursuites de la personne morale en état de cessation des paiements ou à celles des associés ou des créanciers de la personne morale (article 231).

De plus, selon l'article 232, « dans les personnes morales comportant des associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes de celles-ci, les représentants légaux ou de fait sont coupables de banqueroute simple si, sans excuse légitime, ils ne font pas au greffe de la juridiction compétente, dans le délai de trente jours, la déclaration de leur état de cessation des paiements ou si cette déclaration ne comporte pas la liste des associés solidaires avec l'indication de leurs noms et domiciles ». Cette disposition devrait donner plus d'efficacité aux obligations et sanctions incombant aux associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales.

§ II : Les infractions assimilées à la banqueroute frauduleuse

La banqueroute frauduleuse, quant à elle, frappe les dirigeants qui ont frauduleusement : soustrait les livres de la personne morale ; détourné ou dissimulé une partie de son actif ; reconnu la personne morale débitrice de sommes qu'elle ne devait pas ; exercé la profession de dirigeant contrairement à une interdiction ; stipulé avec un créancier, au nom de la personne morale des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse ou qui ont fait avec un créancier un traité particulier duquel il résulterait pour ce dernier un avantage à la charge de l'actif de la personne morale, à partir du jour de la décision déclarant la cessation des paiements.

La banqueroute frauduleuse vise également les dirigeants qui, à l'occasion d'une procédure de règlement préventif, ont :

- de mauvaise foi, présenté ou fait présenter un compte de résultats ou un bilan ou un état des créances et des dettes ou un état actif et passif des privilèges et sûretés, inexact ou incomplet ;

- sans autorisation du président de la juridiction compétente, accompli des actes interdits par l'article 11.

Relativement à la mise en œuvre de ces sanctions, l'on note que la juridiction répressive compétente peut être saisie par le ministère public, par constitution de partie civile ou par voie de citation directe du syndic ou de tout créancier agissant en son nom propre ou au nom du syndic. Les articles 237 à 239 règlent de façon tatillonne la contribution aux frais de poursuite.

La principale question qui se pose concernant la banqueroute, les délits assimilés et les autres infractions ainsi que de manière générale toutes les sanctions, est surtout celle de leur

effectivité qui exerce un effet dissuasif et moralisateur sur le monde des affaires et qui accroît l'efficacité des procédures collectives.

En conclusion, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, qui comporte 258 articles répartis dans huit titres, s'inspire très largement de la loi française du 13 juillet 1967 et/ou des lois africaines qui l'ont reprise (Sénégal, Mali), sans négliger certains aspects des réformes ultérieures. Dans l'ensemble, on peut l'apprécier positivement du fait de l'effort fait pour régler le maximum de questions comme celles ayant trait aux procédures collectives internationales, à l'ouverture d'une seconde procédure ou à l'ordre dans le paiement des créanciers. On peut également l'apprécier positivement en raison de ses options pondérées (tentative de conciliation entre sauvetage de l'entreprise et intérêt des créanciers, par exemple), de sa cohérence, de sa facilité d'accès, de l'effort fait dans le sens de la célérité qui conditionne l'efficacité des procédures, et surtout de son caractère uniforme que vient renforcer le caractère relativement détaillé et directement applicable de la plupart de ses dispositions.

Il n'est cependant pas exclu que des améliorations ou des précisions de forme ou de fond se révèlent nécessaires à l'application. L'heure n'est plus où on légiférait pour la postérité.

Filiga Michel SAWADOGO,
Agrégé des Facultés de Droit,
Professeur titulaire (Univ. Ouga),
Membre du Conseil constitutionnel
du Burkina Faso (mars - avril 2007)

DEUXIEME PARTIE : LES PROCEDURES COLLECTIVES INTERNATIONALES

Les procédures collectives internationales sont traitées par les articles 247 à 256 qui forment le titre VI de l'Acte uniforme. L'inclusion de telles dispositions constitue une originalité de l'Acte uniforme tant pour les Etats parties au Traité de l'OHADA que pour la plupart des Etats du monde. Malheureusement, leur portée semble se limiter aux territoires des Etats parties au Traité de l'OHADA alors qu'il eût été possible de leur conférer une plus grande portée⁹⁶.

Les dispositions du titre VI de l'Acte uniforme sont à rattacher à l'article 4 relatif à la compétence internationale des juridictions⁹⁷. D'une manière générale, ces dispositions, bien que sommaires, s'inspirent fortement de celles de trois instruments internationaux existants qui, malheureusement, ne sont pas encore en vigueur. Ce sont :

- la convention multilatérale du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite, faite à Istanbul le 5 juin 1990 ; cette convention, qui comporte 44 articles, traite de la plupart des questions que soulèvent les procédures collectives au plan international ; elle s'intéresse aux Etats membres du Conseil de l'Europe mais admet la possibilité d'adhésion d'Etats non membres du Conseil de l'Europe ;

- la convention relative à l'insolvabilité, adoptée le 23 novembre 1995 par le Conseil de l'Union européenne⁹⁸ ; c'est la convention la plus complète en ce sens qu'elle règle avec suffisamment de précision plusieurs aspects de la question ; elle ne s'intéresse qu'aux Etats membres de l'Union européenne et s'intègre harmonieusement à cet ensemble juridique ; l'essentiel du contenu de cette convention a été repris par une proposition de règlement présentée par l'Allemagne et la Finlande le 26 mai 1999 ; en dernier lieu, il convient de signaler l'adoption du règlement du Conseil de l'Union européenne n° 1346-2000 du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité et qui est entré en vigueur le 31 mai 2000⁹⁹ ;

- la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, adoptée le 30 mai 1997 à Vienne à la 30^{ème} session de la CNUDCI ; ce texte assez détaillé de 32 articles aborde la plupart des questions que pose la faillite ou l'insolvabilité internationale ; son optique est différente puisqu'il s'agit simplement d'une loi modèle dont on souhaite l'intégration par le maximum d'Etats dans leurs législations, étant précisé qu'au cas où une convention ayant le même objet lierait un Etat adoptant, les dispositions de la convention l'emporteraient sur celles de la loi-type¹⁰⁰.

Pour tenter de cerner les procédures collectives internationales, il convient d'aborder d'une part la problématique et les solutions possibles, d'autre part les apports de l'OHADA.

⁹⁶ C'est dans ce sens par exemple que se situe la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

⁹⁷ Concernant l'article 4, voy. les observations supra n° 164.

⁹⁸ Voy. au sujet de cette convention : Vallens J.-L., *Le droit européen de la faillite : premiers commentaires de la convention relative aux procédures d'insolvabilité*, Dalloz, 1995, p.307 à 310.

⁹⁹ Voy. au sujet de ce règlement :

- Chaput Y., *L'entrée en vigueur d'un droit communautaire de la faillite (Le règlement du Conseil du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité)*, *Revue Droit des sociétés*, n° 11-novembre 2000, *Chroniques*, p. 4 et 5 ;

- Guyon Y., *Droit des Affaires*, tome 2 précité, 8^e éd., 2001, n° 1019 et bibliographie citée ; l'auteur considère que le règlement de l'Union européenne, bien que constituant une incontestable avancée, « reste lui aussi une demi-mesure car il ne réalise pas une unification des procédures mais seulement une coordination des instances se déroulant dans les divers Etats membres ».

- Idot L., *Commentaire du règlement de l'Union européenne du 29 mai 2000*, *J.C.P.* 2000, E, 1648.

¹⁰⁰ Voy. sur ces instruments internationaux dont on retrouve le texte intégral sur le net : Krings E., *Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite*, *Revue de droit uniforme*, 1997-4, p.657 à 673.

CHAPITRE I : LA PROBLEMATIQUE ET LES SOLUTIONS POSSIBLES

Avec la mondialisation et la globalisation croissante de l'économie, l'hypothèse de survenance d'une procédure collective internationale devient banale. On a pu constater dans les pays développés l'augmentation du nombre d'insolvabilités internationales, qui tient à l'expansion constante des échanges et des investissements dans le monde. Les pays en voie de développement ne sont pas en dehors de ce mouvement.

Au regard de la diversité des systèmes juridiques en présence sur le plan international, il faut considérer comme relevant des procédures collectives internationales les faillites et autres insolvabilités internationales pouvant conduire au redressement ou à la liquidation de l'entreprise et comportant un certain dessaisissement du débiteur au profit d'un syndic ou d'un organe équivalent dès lors que le débiteur n'est plus en mesure de payer ses dettes. Toutefois, il y a lieu de souligner qu'il n'y a de procédure collective ou de faillite ou d'insolvabilité internationale que si les activités ou les biens du débiteur se localisent dans au moins deux Etats différents. Quels problèmes juridiques cela pose-t-il ? Quelles sont les solutions possibles en l'absence d'une convention ou d'une loi-type et en présence de ces instruments ?

Section I : Les problèmes juridiques

Les procédures collectives internationales soulèvent des problèmes de droit international privé rendus complexes du fait des conflits d'intérêts en présence¹⁰¹.

D'abord, concernant la loi applicable, il n'y a pas de problème dans la mesure où on peut considérer que la juridiction compétente va appliquer sa loi nationale. Toutefois, ce problème peut se poser pour les effets de l'ouverture de la procédure si celle-ci doit étendre ses effets au-delà du territoire national¹⁰².

Ensuite, pour la juridiction compétente, on peut considérer qu'il y a unicité et il revient alors à la juridiction de l'Etat où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux de connaître de la procédure, ou bien qu'il y a pluralité de juridictions compétentes en ce sens qu'une procédure collective peut être ouverte dans tout Etat où le débiteur possède un établissement ou des biens.

Puis se pose la question de la reconnaissance et de l'exécution du jugement rendu à l'étranger dont la solution est fonction certainement de la qualité de la juridiction qui aura rendu la décision : l'exequatur pourra aisément être accordé si la juridiction saisie est celle de l'Etat où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur et sera généralement exclu dans les autres hypothèses.

¹⁰¹ Sur la problématique des procédures collectives en droit international : Ripert G. et Roblot R., *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., tome 2, 16^e éd., 2000, par Delebeque P. et Germain M., n° 1912 et s.

¹⁰² « En raison du lien déjà mentionné entre compétence juridictionnelle et compétence législative en matière de procédures collectives de paiement, la loi applicable sera celle du for. C'est dire que la compétence des juridictions françaises entraîne la compétence de la loi française.

La compétence de la *lex fori* s'explique à la fois par le caractère de voie d'exécution de la procédure et par le fait que la législation en la matière relève largement des lois de police et de sûreté.

L'application de principe de la *lex fori* n'exclut cependant pas la prise en considération d'autres lois, notamment la loi personnelle du débiteur, la loi du lieu de situation de ses biens et la loi du contrat liant le débiteur. Ces interférences peuvent donner lieu à des problèmes juridiques théoriquement complexes, mais la jurisprudence est à l'heure actuelle inexistante à ce sujet. On peut néanmoins supposer que cette jurisprudence est appelée à se développer en raison de l'ouverture prochaine du Marché unique et de certaines dispositions particulières de la loi du 25 janvier 1985. Il importe donc de suivre le déroulement de la procédure, afin d'examiner quels problèmes pratiques se posent ou sont susceptibles de se poser » (Soinne B., *Traité des procédures collectives*, Commentaires des textes, Formules, LITEC, 2^e éd., 1995, 2812 p., avec la collaboration de Eric Kerkhove, n° 354).

Enfin, si la décision est reconnue et exequaturée, elle produira ses effets dans l'Etat de reconnaissance avec plus ou moins d'intensité : par exemple, les biens du débiteur situés dans l'Etat de reconnaissance peuvent-ils faire l'objet de mesures de protection, de liquidation ou de déplacement dans l'Etat d'ouverture de la procédure ? Les créanciers de l'Etat de reconnaissance seront-ils payés sur les biens situés dans cet Etat ou doivent-ils produire dans l'Etat où la procédure a été ouverte ? Quelle serait la situation en cas de pluralité de procédures ?

Face à ce foisonnant questionnement, la doctrine a élaboré deux théories opposées :

- la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite, qui veut qu'une seule procédure soit ouverte contre le débiteur et permette d'appréhender l'ensemble de ses biens quel que soit leur lieu de localisation et le paiement des créanciers domiciliés dans différents Etats sur un pied d'égalité ; une procédure répondant aux critères ci-dessus doit être ouverte uniquement dans l'Etat qui est le centre des affaires du débiteur ; une décision rendue dans ces conditions peut être aisément reconnue à l'étranger et recevoir l'exequatur ;

- la théorie des procédures dites plurales et territoriales, qui permet l'ouverture d'une procédure collective dans tout Etat où le débiteur possède des biens ; cette conception favorise les créanciers des Etats où le débiteur possède beaucoup de biens alors que le nombre des créanciers et surtout le montant des créances ne sont pas très élevés ; les procédures ouvertes sur la base de la seconde théorie ne peuvent pas, fort logiquement, obtenir l'exequatur à l'étranger ; c'est d'ailleurs pour cela qu'elles sont dites plurales et territoriales ; d'après un auteur, « la territorialité de la faillite est moins un système que l'effet d'une liquidation anarchique du patrimoine dont les éléments se localisent en plusieurs pays »¹⁰³.

390 - En l'absence de convention ou de loi-type, toutes ces questions peuvent recevoir des réponses variées. Tandis que certains Etats semblent favorables à la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite, d'autres y sont fermés, ou tout au moins n'ont pas entièrement pris conscience de la spécificité des procédures collectives internationales. Une troisième position, comme celle de la France, admet les deux théories opposées en tirant avantage de chacune d'elles¹⁰⁴. A titre d'illustration, il s'agit d'obtenir la reconnaissance et l'exécution à l'étranger des jugements rendus en France lorsque le débiteur y possède le centre de ses intérêts principaux et de permettre, à l'avantage des créanciers français, l'ouverture d'une procédure collective en France dès lors que le débiteur y possède des biens susceptibles de désintéresser les créanciers français. Dans ce pays, les solutions dépendent également de l'existence ou non d'une convention bilatérale comme la convention franco-belge du 8 juillet 1889, la convention franco-italienne du 3 juin 1930 et la convention franco-monégasque du 13 novembre 1950¹⁰⁵.

Face à cette situation manquant de certitude juridique, l'élaboration d'instruments juridiques internationaux a paru nécessaire ou tout au moins utile.

Section II : Les réponses des instruments internationaux

Comme évoqué plus haut, trois instruments internationaux, non encore en vigueur, tentent de régler au mieux les problèmes soulevés par les procédures collectives, les faillites ou les insolvabilités internationales. Il s'agit d'une part de la convention multilatérale du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite faite à Istanbul le 5 juin 1990, d'autre part de la convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité adoptée le 23 novembre 1995 ainsi que le projet de règlement du 26 mai 1999 qui en reprend le contenu, projet qui fait désormais parti du droit positif européen puisqu'il a été adopté par le Conseil de l'Union par règlement en date du 29 mai 2000, et enfin de la loi-

¹⁰³ Rigaux F., *Droit international privé*, Larcier, tome 2, 1979, n° 1102.

¹⁰⁴ Guyon Y., *op. cit.*, n°1019.

¹⁰⁵ Voy. sur ces convention : *Code des procédures collectives*, Dalloz, Edition 2000, p.84-85.

type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, adoptée le 30 mai 1997 à Vienne à la 30^e session de la CNUDCI. Certes, ces trois instruments utilisent des techniques fort différentes. Cependant les solutions adoptées et les fins poursuivies sont les mêmes.

S'agissant des techniques utilisées, en négligeant le règlement de l'Union européenne du 29 mai 2000 qui relève du droit dérivé du Traité créant cette Union, les deux premiers instruments, qui datent de 1990 et de 1995, recourent à la convention internationale. Les difficultés y afférentes sont d'abord celles de la négociation, puis celles de la signature et, surtout, de la ratification. Cela explique que la première convention n'ait pour le moment été ratifiée que par Chypre tandis que la seconde est bloquée dans son entrée en vigueur par l'absence de ratification du Royaume Uni. C'est ce qui explique le recours qui finalement été fait à la technique du règlement. Toutefois, les dispositions conventionnelles ont une plus grande force juridique vis-à-vis des Etats adhérents qui ont généralement une faible marge de manœuvre quant à leur modification¹⁰⁶. Concernant les Etats susceptibles d'être impliqués, la deuxième convention est ouverte à l'adhésion de tout Etat membre du Conseil de l'Europe mais également à tout Etat intéressé avec l'accord des premiers Etats tandis que la seconde s'adresse uniquement aux Etats membres de l'Union européenne.

Toute autre est la situation du troisième instrument qui est une loi-type. C'est un texte législatif qu'il est recommandé aux Etats - à tous les Etats du monde - d'incorporer dans leur droit national. Contrairement à une convention internationale, une loi-type ne contraint pas l'Etat qui l'adopte à en aviser l'Organisation des Nations Unies ou une autre organisation ou d'autres Etats qui peuvent l'avoir également adoptée. Lorsqu'il incorpore le texte de la loi-type dans son système juridique, un Etat peut le modifier ou supprimer certaines des dispositions. La souplesse inhérente à une loi-type est particulièrement souhaitable lorsqu'il y a lieu de penser que l'Etat désirera apporter diverses modifications au texte uniforme avant d'accepter de l'incorporer dans son droit national. Certaines modifications sont probables, notamment lorsque le texte uniforme est étroitement lié au système procédural et judiciaire national, comme c'est le cas de la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Cependant, la souplesse ou la malléabilité ci-dessus évoquée n'est pas toujours un avantage : en effet, une loi-type offrira, selon toute probabilité, un degré et une assurance d'harmonisation moins grands qu'une convention. C'est pourquoi il est recommandé aux Etats d'apporter aussi peu de changements que possible au texte de la loi-type en l'incorporant dans leurs systèmes juridiques.

Malgré ces différences d'ordre technique, les trois instruments poursuivent des finalités et adoptent des solutions semblables, voire identiques. C'est ainsi que tous trois visent, mais également le règlement de l'Union européenne en ce qui concerne le territoire des Etats membres de l'Union, entre autres :

- à éviter la fraude des débiteurs dont les biens se localisent dans plusieurs pays, qui consisterait à faire échapper les biens localisés dans des pays autres que celui de l'ouverture de la procédure à la poursuite des créanciers ;

- à administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale de manière à assurer l'égalité de traitement entre les créanciers relevant d'Etats différents et à protéger les intérêts de toutes les parties intéressées, notamment favoriser la meilleure liquidation des biens du débiteur et en optimiser le produit et, dans la mesure du possible, permettre le sauvetage de l'entreprise et des emplois ;

- à assurer une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements ;

¹⁰⁶ Dans le cas d'une convention, les possibilités de modification du texte uniforme par les Etats parties, généralement appelées réserves, sont restreintes ; les conventions en matière de droit commercial, en particulier, interdisent habituellement toutes réserves ou n'en autorisent que certaines bien précises. Voy. par exemple la Convention européenne d'Istanbul de 1990, article 40.

- et, d'une manière générale, à promouvoir les investissements étrangers et le commerce international, censés contribuer au développement de l'ensemble des Etats, particulièrement des Etats sous-développés.

Au plan de leur contenu, l'on peut, en s'en tenant à l'essentiel, conclure qu'ils adoptent des démarches et des solutions semblables, y compris le règlement de l'Union européenne du 29 mai 2000, ce qui n'est pas étonnant au regard de l'identité des objectifs poursuivis et de la connaissance qu'avaient les rédacteurs d'un texte donné de l'orientation, voire du contenu, des autres textes. On note un effort de clarté dans la définition du champ d'application. Celui-ci englobe toutes les procédures fondées sur l'insolvabilité du débiteur, qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic. Le terme syndic désigne toute personne ou organe dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires.

Tous ces textes proposent des solutions reposant sur le principe de l'universalité de la procédure tout en conservant la possibilité d'ouvrir des procédures secondaires dont les effets se limitent au territoire de l'Etat concerné. Cependant, le nombre de procédures secondaires à ouvrir n'est pas limité, sauf peut-être dans le règlement de l'Union européenne où il semble se dégager l'idée que le nombre de celles-ci doit être limité à ce que requiert l'administration efficace du patrimoine du débiteur. En effet, les procédures collectives secondaires ont une portée locale et une fonction liquidatrice et sont subordonnées à la procédure principale¹⁰⁷.

Dans le principe, les juridictions compétentes pour ouvrir la procédure sont celles de l'Etat membre où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur c'est-à-dire l'Etat avec lequel le débiteur a de manière régulière les liens les plus étroits, où se concentrent ses multiples relations d'affaires et où se situe l'essentiel de ses biens. Cette procédure principale d'insolvabilité, qui peut être unique, a une portée universelle : elle vise à englober tous les biens du débiteur dans le monde entier et à désintéresser les créanciers où qu'ils se trouvent. Les différents textes organisent la reconnaissance à l'étranger du jugement ouvrant une telle procédure – qui peut être automatique¹⁰⁸ ou nécessiter l'exequatur -, la publicité qu'il requiert, notamment vis-à-vis des créanciers, les pouvoirs du syndic et les mesures que celui-ci peut prendre relativement à l'administration et à la disposition des biens du débiteur ainsi que le traitement égalitaire des créanciers.

Une ou plusieurs procédures secondaires peuvent être ouvertes, notamment dans les hypothèses suivantes : lorsqu'une procédure principale ne peut être ouverte parce que la législation de l'Etat où celle-ci devrait s'ouvrir s'y oppose ; lorsque le syndic de la procédure principale le requiert en vue d'assurer une bonne administration ou liquidation des biens du débiteur ou le sauvetage de l'entreprise de celui-ci ; lorsque les créanciers du débiteur dans l'Etat qui ne constitue le centre de ses affaires le requièrent avant ou après l'ouverture de la procédure principale. Des relations d'information sont prévues entre la procédure principale et les procédures secondaires et celles-ci sont subordonnées à la première. En particulier, les décisions importantes concernant les procédures secondaires, comme la clôture de la procédure, nécessitent l'accord du syndic de la procédure principale.

Les créanciers, dont le désintéressement constitue l'une des principales finalités des procédures collectives, doivent être informés de l'ouverture de la ou des procédures, être invités à produire à la procédure principale et, le cas échéant, à toute procédure secondaire et recevoir paiement en fonction du rang de leurs créances. L'objectif visé, mais pas toujours

¹⁰⁷ Chaput Y., article précité, p. 5.

¹⁰⁸ Concernant l'Union européenne, et cela est logique en raison du Traité d'intégration qui unit ses membres, « la procédure d'insolvabilité ouverte par la juridiction d'un Etat membre bénéficie d'une reconnaissance de plein droit, sans exequatur sur le territoire des autres Etats membres. Le règlement a donc des effets radicaux par rapport à la jurisprudence française qui subordonne la pleine efficacité en France d'un jugement étranger à son exequatur » (Chaput Y., article précité, p. 5).

atteint, est d'assurer aux créanciers domiciliés dans des Etats différents des dividendes équivalents.

Sur un plan d'ensemble, même s'ils ne sont pas tous aussi explicites que la loi-type de la CNUDCI (Chapitre IV), tous ces instruments internationaux supposent l'instauration de la coopération internationale, particulièrement entre les juridictions et les organes appelés à prendre des décisions comme les syndicats relevant des Etats distincts, ce qui est exceptionnel. Cette collaboration, qui suppose un minimum de réciprocité et une confiance mutuelle, est indispensable à l'atteinte des finalités poursuivies par ces instruments internationaux. Elle est facilitée dans le cas du règlement de l'Union européenne en raison des liens particuliers instaurés entre ses membres par le Traité de l'Union.

L'Acte uniforme de l'OHADA se situe dans cette mouvance tant par ses objectifs que par les solutions adoptées.

CHAPITRE II : LES APPORTS DE L'ACTE UNIFORME

L'Acte uniforme de l'OHADA prend assurément sa source d'inspiration dans les instruments internationaux évoqués plus haut, notamment les plus anciens en date¹⁰⁹. Il apparaît cependant nettement moins détaillé, et de ce fait moins ambitieux que ceux-ci. Par ailleurs, en raison de sa couverture territoriale (il concerne seize Etats africains), son optique s'apparente à celle de la convention et du projet de règlement de l'Union européenne.

Sur un plan d'ensemble, on peut considérer que les solutions que donne l'Acte uniforme dans ses articles 248 à 256 distinguent d'une part le cas où une seule procédure est ouverte dans l'espace OHADA, d'autre part le cas de l'ouverture dans le même espace de plus d'une procédure collective concernant bien entendu le même débiteur.

Section I : L'ouverture d'une seule procédure dans l'espace OHADA

L'article 247 de l'Acte uniforme reconnaît l'autorité de la chose jugée sur le territoire des Etats parties aux décisions suivantes, si elles sont devenues irrévocables :

- les décisions d'ouverture ;
- les décisions de clôture ;
- celles qui règlent les contestations nées de la procédure ;
- celles sur lesquelles la procédure exerce une influence juridique.

C'est une reprise substantielle de la formule de l'article 3 que l'on considère à juste titre comme conférant à la juridiction compétente une fonction de centralisation des contestations.

Il s'agit là d'une reconnaissance de plein droit de la décision d'ouverture et des décisions subséquentes. Cependant, une difficulté existe lorsque la procédure est ouverte dans un Etat qui ne constitue pas le centre des affaires du débiteur et que celui-ci se trouve dans un Etat partie : la décision d'ouverture sera-t-elle reconnue ? En principe non, même pas en tant que procédure secondaire si l'on se réfère aux instruments internationaux. Toutefois, l'Acte uniforme ne contenant aucune limitation, la décision d'ouverture doit être reconnue même dans l'Etat où se trouve le centre des affaires du débiteur, ce qui paraît a priori insolite.

Même si la reconnaissance est plus ou moins automatique, celle-ci ne peut produire tous ses effets que si la décision est connue. C'est pourquoi les décisions relatives à une procédure collective, notamment celle qui ouvre la procédure et celle qui nomme le syndic, peuvent être publiées, à la demande de ce dernier ou d'office par la juridiction compétente, dans tout Etat partie où la publication présente un intérêt. En cas de besoin, le syndic peut procéder dans les Etats parties à la publication des décisions relatives aux procédures

¹⁰⁹ Il faut signaler que les instruments les plus récents s'inspirent des plus anciens, de sorte que des similitudes certaines existent entre eux.

collectives au livre foncier, au registre du commerce et du crédit mobilier ou même à tout autre registre public qui y est tenu.

Dans la logique de l'admission de la théorie de l'unité et de l'universalité de faillite, l'article 249 permet au syndic désigné par une juridiction compétente d'exercer, sur le territoire d'un autre Etat partie, tous les pouvoirs qui lui sont reconnus par l'Acte uniforme. Le syndic doit à cet effet établir ses pouvoirs par la présentation d'une copie, certifiée conforme à l'original, de la décision qui le nomme ou par tout autre certificat établi par la juridiction compétente. Au besoin, il doit fournir une traduction de ce document dans la langue officielle de l'Etat partie sur le territoire duquel il veut agir. Cette reconnaissance quasi absolue des pouvoirs du syndic ne vaut que tant qu'aucune autre procédure n'est ouverte dans l'Etat concerné.

L'article 250 traite des opérations réalisées par les créanciers ou les débiteurs du débiteur après la décision d'ouverture : le créancier qui a obtenu un règlement total ou partiel doit restituer ce qu'il a reçu (alinéa 1^{er}) ; en revanche, le débiteur qui a exécuté son engagement au profit du syndic de la procédure est libéré s'il l'a fait avant les mesures de publicité de la décision, sauf s'il est prouvé qu'il a eu autrement connaissance de la procédure collective (alinéa 2). Le traitement différencié ci-dessus n'est pas fondé sur la réalisation ou non de la publicité puisque l'alinéa 1^{er} n'y fait pas allusion, ni sur l'existence ou l'absence de fraude. On peut en rechercher la ratio legis dans la distinction entre le droit et l'obligation : celui qui a obtenu un droit, en l'occurrence un paiement, après la décision d'ouverture doit le restituer dans tous les cas, en raison du principe d'égalité entre les créanciers ; celui qui a exécuté une obligation, s'il est de bonne foi, est libéré dans la mesure où il n'en résulte aucun avantage à son profit.

Telle se présente la situation lorsqu'une seule procédure est ouverte dans l'espace OHADA. Les dispositions y afférentes peuvent trouver à s'appliquer en cas d'ouverture de plusieurs procédures, lesquelles appellent d'autres dispositions.

Section II : L'ouverture de plusieurs procédures dans l'espace OHADA

Plusieurs procédures collectives peuvent être ouvertes à l'égard d'un même débiteur malgré la reconnaissance des effets d'une procédure collective ouverte par la juridiction compétente d'un Etat partie. En cas de pluralité de procédures, la situation est la suivante :

- il peut être ouvert une seule procédure principale mais seulement dans l'Etat partie où le débiteur a son principal établissement ou la personne morale son siège social ;
- une procédure secondaire peut être ouverte dans chaque Etat partie mais cela ne présente d'intérêt que si le débiteur y possède des biens ; il peut de ce fait y avoir plusieurs procédures secondaires (article 251).

L'Acte uniforme ne précise pas laquelle doit être préalable, si bien que la ou les procédures secondaires pourraient être ouvertes avant la procédure principale. Il n'est pas précisé, comme l'admettent les instruments internationaux, que le syndic de la procédure principale peut prendre l'initiative de l'ouverture d'une ou de plusieurs procédures secondaires.

La pluralité de procédures, admise par l'Acte uniforme à la suite des instruments internationaux, peut entraîner l'anarchie mais les articles 252 à 256 tentent d'y mettre bon ordre.

D'abord, un devoir d'information et de collaboration est instauré entre les syndics de la procédure principale et ceux des procédures secondaires et une hiérarchisation est opérée entre les procédures au profit de la procédure principale (article 252). Ainsi, les syndics

doivent communiquer sans délai tout renseignement qui peut être utile à une autre procédure, notamment l'état de la production et de la vérification des créances et les mesures visant à mettre fin à la procédure collective pour laquelle ils sont nommés. Dans le sens de la prééminence de la procédure principale, le syndic d'une procédure collective secondaire doit, en temps utile, permettre au syndic de la procédure principale de présenter des propositions relatives à la liquidation ou à toute utilisation des actifs de la procédure secondaire. De manière plus précise, l'article 254 prévoit qu'il ne peut être mis fin à la procédure secondaire (par concordat préventif, par concordat de redressement ou par liquidation des biens) qu'après accord donné par le syndic de la procédure principale. Ce droit est exercé dans des conditions strictes :

- l'accord est donné dans les 30 jours ;
- le silence gardé jusqu'à la fin de ce délai vaut accord ;
- le refus doit être fondé sur le fait que la solution proposée affecte les intérêts des créanciers de la procédure principale ;
- la juridiction compétente pour la clôture de la procédure secondaire tranche les éventuelles contestations.

Ensuite, l'Acte uniforme tente de traiter de la manière la plus égalitaire possible les créanciers domiciliés dans les différents Etats. Ainsi, tout créancier peut produire sa créance à la procédure principale et dans toute procédure secondaire. De même, le syndic d'une procédure donnée (principale ou secondaire) peut produire dans une autre procédure les créances déjà produites dans sa procédure (article 253). Il y a apparemment un accroissement des droits des créanciers avec cette possibilité de productions multiples, avec des risques sérieux que les créanciers obtiennent des dividendes de montants différents. Mais l'article 255 limite ces risques en prévoyant que le créancier qui a obtenu, dans une procédure collective, un dividende sur sa créance, ne participe aux répartitions ouvertes dans une autre procédure que lorsque les créanciers de même rang ont obtenu, dans cette dernière procédure, un dividende équivalent. En fait, cette disposition n'empêche pas un créancier d'obtenir dans sa procédure un paiement plus substantiel que celui que les autres créanciers obtiendront dans l'autre ou dans les autres procédures. Seulement un tel créancier ne pourra pas faire valoir utilement ses droits dans les autres procédures pour obtenir le paiement du reliquat impayé¹¹⁰.

Enfin, des relations sont instaurées entre les procédures quant à l'utilisation du reliquat ou boni que certaines procédures pourraient dégager. Ainsi, la procédure qui parvient à payer toutes les créances admises transfère sans délai les actifs restants à l'autre procédure. S'il y a plusieurs procédures, le surplus d'actif est réparti également entre elles (article 256). On peut déplorer l'absence de position privilégiée de la procédure principale ainsi que le partage simplement égal alors que toutes les procédures n'ont pas le même passif. Un partage proportionnel au montant du passif vérifié et non couvert par l'actif de chaque procédure aurait été plus juste. Pire, il en résulte un risque grave d'inégalité de paiement entre les créanciers puisque l'on admet que les uns pourraient être intégralement payés pendant que les autres demeurent dans l'expectative. Or c'est cela que les procédures collectives internationales devraient éviter.

En conclusion, le principal mérite de l'Acte uniforme relativement aux procédures collectives internationales est d'avoir pris conscience de l'existence et de l'importance de la question et de lui avoir consacré quelques dispositions, même si celles-ci sont dans l'ensemble lacunaires, voire sibyllines.

¹¹⁰ Comparez au cas plus intéressant du créancier qui a plusieurs codébiteurs ou plusieurs cautions solidaires. Voy. supra n° 271. Celui-ci peut, en produisant dans plusieurs procédures, obtenir dans chacune d'elle un paiement partiel. Cela lui donne de fortes chances d'être intégralement désintéressé.

TROISIEME PARTIE : OBSERVATIONS SUR LE ROLE DU JUGE AUX DIFFERENTES ETAPES DE LA PROCEDURE

Introduction générale, évolution historique des procédures collectives et caractéristiques de l'Acte uniforme : Rapports avec le juge

Il n'est pas inintéressant pour le juge de connaître ce que sont les procédures collectives, leur évolution historique et les grandes caractéristiques de l'Acte uniforme constituant le droit positif. L'attention doit être attirée sur les aspects pratiques des questions abordées, à savoir :

- 1) la définition ;
- 2) les objectifs ou finalités poursuivies : paiement des créanciers, sauvetage de l'entreprise, punition du débiteur ou des dirigeants, restructuration de l'économie dans un contexte concurrentiel ;
- 3) les caractéristiques : caractère commercial, caractère collectif, caractère conflictuel et surtout caractère judiciaire ;
- 4) l'évolution historique en France et dans les Etats parties au Traité de l'OHADA ;
- 5) les leçons de l'évolution historique : la frénésie à légiférer, autres leçons ;
- 6) les caractéristiques de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives (AUPC) : aspects classiques, innovations, application dans le temps et dans l'espace.

Non seulement les points ci-dessus aident à mieux comprendre ceux qui seront ultérieurement abordés mais en plus ils peuvent présenter un intérêt direct pour le juge, comme c'est le cas de l'application de l'Acte uniforme dans le temps ou des objectifs poursuivis par les procédures collectives.

Le juge et la prévention

La prévention a pour but de trouver des solutions aux difficultés de l'entreprise avant que celles-ci ne conduisent à la cessation des paiements. Si elle réussit, elle sauvegarde et assainit l'entreprise et favorise le paiement des créanciers.

Beaucoup de solutions n'impliquent pas l'intervention du juge : changement de dirigeants, concordat amiable, report d'échéance convenu, augmentation de capital, émission d'obligations ou de titres mixtes, recours aux crédits bancaires ou à l'aide de l'Etat...

En principe, les entreprises in bonis, c'est-à-dire qui ne sont pas en état de cessation des paiements, jouissent d'une totale liberté de gestion qui interdit l'immixtion de la justice dans leur gestion. C'est pourquoi, l'essentiel des mesures de prévention relève de l'initiative du débiteur. Même lorsqu'il y a lieu de saisir le juge, il revient au débiteur de choisir de le saisir ou de ne pas de saisir. Malgré ce principe, on peut déplorer que l'alerte par la juridiction compétente n'ait pas été prévue contrairement à d'autres législations.

Il y a lieu de relever le rôle du juge dans l'octroi du délai de grâce judiciaire : le délai d'un an prévu par l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution (article 39) se substitue à celui prévu par le Code civil.

L'on retiendra surtout le rôle important du juge dans le règlement préventif : après l'introduction de la requête à lui adressée et surtout après le dépôt de la proposition de concordat préventif, le président de la juridiction compétente prend une décision de suspension des poursuites individuelles et nomme un expert ; par la suite, la juridiction compétente homologue ou refuse d'homologuer le concordat ; enfin, si le concordat est homologué, un juge-commissaire est désigné pour surveiller son exécution.

Attention : les notions ou questions suivantes sont à approfondir : le contenu et les caractères de la proposition de concordat susceptible de conduire à une décision de suspension des

poursuites individuelles ; les caractères du concordat préventif susceptible d'être homologué ; les voies de recours en matière de règlement préventif (article 22 à 24) ; le rôle du juge-commissaire.

Le juge et les conditions d'ouverture

Il n'y a pas lieu d'insister sur l'importance des conditions d'ouverture pour le juge. De tous temps, le juge est intervenu pour contrôler le respect des conditions d'ouverture et prononcer la décision d'ouverture de la procédure collective. On avait cependant relevé que généralement le juge procédait à un examen superficiel des conditions d'ouverture et se désintéressait de la procédure un fois celle-ci ouverte.

Au regard de l'expérience passée et du contenu de l'Acte uniforme, il y a lieu d'attirer l'attention du juge sur les points suivants :

- concernant les justiciables, le jugement doit montrer qu'il s'agit d'une personne physique commerçante ou d'une personne morale commerçante ou d'une personne morale de droit privé non commerçante ou enfin d'une entreprise publique revêtant la forme d'une personne morale de droit privé ;

- en ce qui concerne la cessation des paiements la nécessité de bien connaître la notion, de la différencier de l'insolvabilité, de montrer en quoi elle existe dans la cause soumise et de fixer provisoirement sa date c'est-à-dire indiquer depuis quand elle a cours ; le recul maximum par rapport au jugement d'ouverture est de 18 mois ; la période séparant cette date de la cessation des paiements du jugement est appelée période suspecte et les actes accomplis pendant cette période peuvent être frappés d'inopposabilité ;

- relativement à la condition de forme ou de procédure, outre la faillite de fait qui continue de présenter un intérêt, l'on note les questions suivantes : compétence interne (compétence d'attribution, compétence territoriale) ; compétence internationale ; modes de saisine (déclaration, assignation, d'office) ; choix entre redressement judiciaire et liquidation des biens ; caractère du jugement d'ouverture, publicité et voies de recours ; il y a lieu de souligner la question du contenu des motifs et du dispositif du jugement d'ouverture (voy. l'illustration prévue à cet effet).

Les organes de la procédure

On insistera surtout sur les organes judiciaires qui sont :

- la juridiction compétente ou juridiction de la procédure, en l'occurrence le tribunal de grande instance territorialement compétent ;

- le juge-commissaire que l'on peut qualifier de chef d'orchestre de la procédure de RJ ou de LB ;

- le ministère public dont le rôle est vague. Il faudra examiner comment ces organes sont mis en place, quelles sont leurs attributions (en droit) et comment dans les faits les organes judiciaires exercent leurs attributions.

L'organe ambivalent, le syndic ne peut être négligé. Quotidiennement, il gère la procédure ou participe à sa gestion sous la supervision du juge-commissaire. Il est évident qu'aucune procédure ne peut atteindre ses objectifs si le syndic n'est pas à la hauteur sur le plan technique et sur le plan de la moralité, surtout si le juge n'assume pas son rôle de contrôle. Ne dit-on pas que les meilleures institutions ne valent que ce que valent les hommes chargés de les animer ou de les mettre en œuvre ? Il convient d'être attentif au statut, à la fonction et à la responsabilité du syndic.

Il faut signaler du côté des créanciers l'existence d'une assemblée des créanciers chargée de voter le concordat en cas de redressement judiciaire et de contrôleurs dont la mise en place effective dans une procédure donnée est facultative, sauf si elle est demandée par des créanciers représentant au moins la moitié du total des créances même non vérifiées.

N.B : La deuxième partie du document contient des développements importants sur les organes de la procédure, en particulier les organes judiciaires.

Le juge et les effets de la procédure collective sur le débiteur (ou le juge et l'administration du patrimoine du débiteur)

En la matière, c'est le syndic (cas de la liquidation des biens) ou le débiteur assisté du syndic (redressement judiciaire) qui jouent le rôle le plus important. Cependant, les interventions de la juridiction compétente et surtout du juge-commissaire ne sont pas négligeables. On note, à titre d'illustration dans ce cas particulier, les interventions suivantes du tribunal et du juge-commissaire :

1) Le tribunal

- il prend la décision de levée des scellés en vue des opérations d'inventaire, sur réquisitions du juge-commissaire (si la décision d'ouverture avait prescrit l'apposition des scellés sur les biens du débiteur) (article 62) ;

- il autorise, dans des conditions restrictives, la poursuite d'activités en cas de liquidation des biens (articles 113) ;

- il connaît de la demande en résiliation du bail introduite par le bailleur (article 97) ;

- il peut prononcer la compensation entre les acomptes reçus par le contractant et les dommages - intérêts auxquels il a droit du fait de la résolution du contrat ou l'autoriser à différer la restitution des acomptes jusqu'à ce qu'il soit statué sur les dommages - intérêts (article 109) ;

- il connaît de l'opposition contre la décision du J-C. autorisant ou refusant les licenciements (article 111) ;

- il décide en cas de liquidation des biens si le débiteur ou les dirigeants peuvent être employés pour faciliter la gestion et en fixe les conditions (article 114, alinéa 2) ;

- il peut autoriser la mise du fonds de commerce en location-gérance dans les conditions de l'article 115.

2) Le juge-commissaire

- il peut autoriser le syndic à accomplir seul des actes nécessaires à la sauvegarde du patrimoine du débiteur (article 52, alinéa 3) ;

- il peut obliger le syndic à accorder son assistance (article 52, alinéa 4, et article 53, alinéa 4) ;

- il peut autoriser les dirigeants d'une personne morale à vendre leurs droits sociaux (article 57) ;

- le juge-commissaire ou le juge désigné avant même le jugement d'ouverture pour apposer les scellés donne sans délai avis de l'opposition des scellés au président de la juridiction qui l'a ordonnée (article 59) ;

- il peut dispenser de faire placer sous scellés ou autoriser à en extraire certains biens (article 60) ;

- il peut accorder, après avoir entendu le syndic, des secours pour le débiteur et à sa famille (article 64) ;

- il reçoit du syndic dans le mois de son entrée en fonction un rapport sommaire de la situation apparente du débiteur...qu'il transmet immédiatement avec ses observations au représentant du ministère public (article 66) ;

- il autorise ou refuse les licenciements envisagés (article 111) ;

- il peut fixer une durée déterminée pour la continuation d'activité, y mettre fin, et fixer les périodes pour lesquelles le syndic doit lui communiquer les résultats de l'activité (article 112) ;

- en cas de RJ, il décide si le bailleur ou les dirigeants participeront à la continuation de l'exploitation et, si oui, il fixe leur rémunération (article 114, alinéa 1^{er}).

Le juge et les effets de la procédure collective sur les créanciers

Les effets de la procédure collective sur les créanciers sont extrêmement importants : d'une part, la procédure est ouverte parce que les créanciers ne sont pas payés (le débiteur est en état de cessation des paiements), d'autre part l'un des objectifs essentiels de la procédure est de les désintéresser. Le rôle du juge consiste principalement à faire régner, ou tout au moins à faire prévaloir, l'égalité et la justice dans le traitement des créanciers.

L'attention du juge doit être attirée sur le fait que certains effets sur les créanciers se produisent automatiquement du fait du jugement d'ouverture, donc sans l'intervention du juge, tandis que les autres requièrent son intervention. Sur un autre plan, il faut souligner la nécessité de clarifier la situation des différentes catégories de créanciers et leurs droits.

1) Les effets automatiques ne nécessitant pas l'intervention du juge

L'on note, entre autres :

- la réunion des créanciers en une masse représentée par le syndic (article 72) ;
- les prérogatives de la masse : exercer des actions en justice tant en demandant qu'en défendant, recouvrer les créances du débiteur, liquider, le cas échéant, ses biens, bénéficier de l'hypothèque de la masse (cependant, le syndic doit procéder aux formalités d'inscription sur les immeubles du débiteur) ;

- la décision d'exercer une action en justice : elle dépend du syndic qui doit recueillir l'avis des contrôleurs, s'il en existe, et qui doit, en fait ou en droit, consulter le juge-commissaire ;

- les effets de nivellement ou d'égalisation de la condition juridique des créanciers : abandon partiel de la déchéance du terme, arrêt du cours des intérêts et du cours des inscriptions, suspension des poursuites individuelles ;

- certaines revendications et révisions des droits : par exemple, le vendeur qui ne s'est pas encore dessaisi ou encore d'autres revendications qui ne se heurtent pas au refus du syndic ou du débiteur et du syndic.

2) Les effets nécessitant l'intervention judiciaire

- la production, la vérification et l'admission des créances : au plan des organes judiciaires, le rôle essentiel revient au juge-commissaire qui, après vérification admet les créances (définitivement ou par provision, avec ou sans sûreté) ou les rejette mais sa décision peut être contestée ; les éventuelles contestations sont tranchées par la juridiction de la procédure ou juridiction compétente ou par la juridiction dont relève la contestation ;

- les inopposabilités de la période suspecte : s'il incombe au syndic d'introduire les actions en inopposabilités de la période suspecte, il revient à la juridiction compétente d'en connaître ;

- les revendications, résolutions et autres contestations notamment relatives au droit de propriété : elles relèvent en principe de la juridiction compétente.

3) Les différentes catégories de créanciers et leurs droits

Les créanciers intéressés de près ou de loin par la procédure collective sont susceptibles d'être classés de différentes façons : créanciers antérieurs et créanciers postérieurs au jugement d'ouverture ; créanciers dans la masse et créanciers de la masse ou contre la masse ; créanciers hors la masse antérieurs et postérieurs au jugement d'ouverture ; créanciers chirographaires et créanciers privilégiés (hypothécaires, gagistes, nantis, bénéficiaires du droit de rétention...) ; créanciers échappant (bénéficiaires d'une caution solidaire ou d'un coobligé in bonis, revendiquant la propriété d'un bien, ou pouvant se faire payer par un tiers) ou n'échappant pas à la procédure collective.

Il faut souligner que le paiement se fait en fonction de l'ordre prévu aux articles 116 (en matière immobilière) et 167 (en matière mobilière). Les créanciers d'un rang donné sont intégralement payés avant les créanciers du rang suivant. A l'intérieur du rang, le

paiement peut être fonction d'un ordre fixé (par un acte uniforme ou par la loi ou fonction de la date de publication de la sûreté) ou se faire au marc le franc. Une complication peut survenir de l'application de la règle selon laquelle chaque bien, assiette d'une sûreté spéciale, doit contribuer au paiement des créanciers bénéficiaires d'une sûreté générale de rang supérieur. Une illustration concrète permettra de comprendre le problème et la solution à lui donner.

Le juge et les solutions des procédures collectives

Les solutions mettant fin à une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens sont au nombre de quatre. Il convient d'évoquer brièvement le rôle du juge dans chacune de ces solutions et de préciser comment intervient la décision de clôture. Il faut souligner qu'une décision de clôture doit être prise dans tous les cas et qu'il y a lieu d'abandonner la pratique courante de la fin informelle ou en « queue de poisson ».

1) Le concordat

Le juge-commissaire doit contribuer à l'aboutissement du concordat c'est-à-dire favoriser le vote par les créanciers de la proposition de concordat faite par le débiteur avant le jugement d'ouverture. Les créanciers munis de sûretés réelles spéciales peuvent accorder les délais ou des remises différents de ceux de la proposition de concordat.

Le président de la juridiction compétente fait convoquer les créanciers à l'assemblée concordataire. Le juge-commissaire et le ministère public y assistent. La juridiction compétente fait procéder au vote et dresse un procès-verbal de ce qui a été dit et décidé au cours de l'assemblée. Si le vote est positif ou si l'on se trouve dans le cas prévu à l'article 122, alinéa 3, et 127, alinéa 4, la juridiction compétente homologue ou refuse d'homologuer le concordat.

La décision d'homologation du concordat, lorsqu'elle est passée en force de chose jugée, met fin à la procédure (article 136 et 137). Il aurait, peut être, fallu prévoir une décision constatant, au bout de deux ou trois ans suivant l'homologation du concordat, la correcte exécution de celui-ci et la fin véritable de la procédure.

2) La clôture pour extinction du passif

La juridiction compétente doit constater l'absence de passif exigible, et cela le plus tôt possible, et prononcer, par voie de conséquence, la clôture de la procédure pour extinction du passif (article 178) ou pour défaut d'intérêt de la masse.

3) L'union

Elle consiste pour le syndic à rendre l'actif liquide, donc à recouvrer les créances et à vendre les biens du débiteur, et à payer les créanciers. Le juge-commissaire joue un rôle important, surtout en cas de vente d'immeubles ou de cession globale de l'actif mais aussi en ce qui concerne la fixation de la quotité revenant à chaque créancier dans le cadre de l'apurement du passif. Le rôle de la juridiction compétente est de prononcer la clôture de la procédure conformément aux dispositions de l'article 170.

4) La clôture pour insuffisance de l'actif

C'est un diminutif de l'union. Elle consiste pour la juridiction compétente à constater, sur le rapport juge-commissaire, l'insuffisance de l'actif et à prononcer la clôture de la procédure (article 173).

Le juge et les sanctions dans le cadre des procédures collectives

Les sanctions sont importantes pour l'atteinte des objectifs poursuivis par les procédures collectives : elles exercent un effet dissuasif, permettent d'éliminer le commerçant ou le dirigeant fautif et contribuent au paiement des créanciers pour les sanctions patrimoniales.

Concernant la saisine, l'on notera que :

- le comblement du passif a lieu sur requête du syndic ou d'office (article 183) ;
- l'extension ne fait l'objet sur ce point d'aucune disposition (voir l'article 189), si bien qu'il paraît indiqué de se référer à la solution donnée pour l'action en comblement du passif ;
- la faillite personnelle est introduite sur rapport du syndic ou du juge-commissaire (article 200) adressé au président de la juridiction compétente qui fait citer à comparaître le débiteur ou les dirigeants concernés ; quant à la réhabilitation, elle est introduite par demande du « failli personnel » accompagnée des pièces justificatives (article 208) ;
- les banqueroutes relèvent de la compétence de la juridiction répressive sur poursuite du représentant du ministère public, sur constitution de partie civile, par voie de citation directe du syndic ou de tout créancier agissant en son nom propre ou au nom du syndic (article 234).

L'attention doit être attirée sur les points suivants :

- la compétente appartenant à la juridiction compétente (TGI au Burkina) sauf pour les banqueroutes qui relèvent des juridictions répressives ;
- les personnes pouvant être sanctionnées sont : les dirigeants de personnes morales ou les représentants permanents de personnes morales ayant la qualité de dirigeants ainsi que les commanditaires s'immisçant dans la gestion en ce qui concerne le comblement du passif et l'extension ; pour la faillite personnelle s'ajoutent à ces personnes les débiteurs personnes physiques et les associés ou membres indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales de la personne morale ; les banqueroutes et délits assimilés s'appliquent à toutes les personnes ci-dessus mais il y a d'autres infractions qui visent les syndics, les parents du débiteur et même des personnes indéterminées ;
- les conditions de fond et de procédure d'application varient selon la sanction en cause ;
- pour les infractions pénales, l'Acte uniforme se contente de prévoir les incriminations ; il revient à chaque Etat partie au Traité de l'OHADA d'édicter les peines y afférentes (Traité, article 5) ;
- les sanctions patrimoniales ou pécuniaires, les sanctions extrapatrimoniales, professionnelles ou personnelles et les sanctions pénales posent à titre principal la question de leur effectivité ; en effet, les sanctions ne peuvent produire les effets attendus que si elles sont appliquées, ce qui est loin d'être le cas à l'heure actuelle.

Filiga Michel SAWADOGO,
Agrége des Facultés de Droit,
Professeur titulaire (Univ. Ouga),
Membre du Conseil constitutionnel
du Burkina Faso (mars - avril 2007)

QUATRIEME PARTIE : ELEMENTS DES PRINCIPALES DECISIONS JUDICIAIRES

La décision de suspension des poursuites individuelles

C'est la première décision dans le cadre de la procédure de règlement préventif. Au moins dans l'immédiat, c'est pour obtenir une telle décision que le débiteur introduit sa requête.

Visa : - l'AUPC, les articles 5 et suivants et particulièrement l'article 8 ;

- la requête, le dépôt des pièces et de la proposition de concordat.

Procédure : faire état de la requête du débiteur exposant sa situation économique et financière et présentant les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif (article 5) .

Motifs : les motifs doivent traiter des points suivants :

- qualité d'assujéti du requérant ;

- dépôt des pièces visées à l'article 6 datés, signés et certifiés conformes et sincères par le requérant avec, le cas échéant, l'indication des motifs de l'absence ou du caractère incomplet de certains documents ;

- dépôt, en même temps que la requête et au plus tard dans les 30 jours qui suivent celle-ci, de l'offre de concordat préventif précisant les mesures et les conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment celles évoquées à l'article 7 ;

- motifs fondamentaux de la décision : les difficultés du requérant doivent être sérieuses : le règlement préventif ne doit pas être utilisé comme un moyen dilatoire (article 5, alinéa 2) ; toutefois, le débiteur ne doit pas être en état de cessation des paiements ; si tel était le cas, il y' aurait lieu d'ouvrir immédiatement le redressement judiciaire ou la liquidation des biens ; pour le reste, l'article 8 prévoit que « dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise, sans délai, au président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles... » ; il n'est donc pas prévu expressément un pouvoir d'appréciation du président ; cependant, de l'esprit de l'Acte uniforme, il paraît impératif pour le président de ne prendre la décision de suspension que si la proposition de concordat lui paraît sérieuse c'est-à-dire à même de permettre raisonnablement le redressement de l'entreprise et le paiement des créanciers. Il est essentiel que le juge ait en permanence à l'esprit l'atteinte des objectifs principaux poursuivis par les procédures collectives, à savoir le redressement de l'entreprise et le paiement des créanciers.

Dispositif : Le jugement doit :

- décider la suspension des poursuites individuelles dans les conditions et avec les effets prévus aux articles 8 et 9 ;

- nommer un expert pour lui faire un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif (et cela dans les conditions et avec les effets figurant aux articles 8, 12 et 13).

N.B : La décision de suspension des poursuites individuelles n'est susceptible d'aucune voie de recours (article 22). Elle est quelque peu provisoire : il faut attendre la décision d'homologation pour exercer, le cas échéant, des voies de recours.

Le jugement d'homologation du concordat et de règlement préventif

Observations préliminaires : Y a-t-il deux décisions, une homologant le concordat et l'autre prononçant le règlement préventif (ou vice versa) ou bien une seule décision traitant des deux aspects (voy. articles 15, 16 et 17) ? Nous penchons en faveur de l'unicité de décision.

- Le délai de 2 ou 3 mois de dépôt du rapport de l'expert doit être respecté par celui-ci (article 13). Dans les 8 jours du dépôt du rapport de l'expert, le président saisit la juridiction compétente et convoque le débiteur à comparaître devant cette juridiction pour y être entendu en audience non publique. Il doit également convoquer à cette audience l'expert rapporteur ainsi que tout créancier qu'il juge utile d'entendre. Le débiteur et, éventuellement, le ou les créanciers sont convoqués par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, trois jours au moins à l'avance (article 14).

- La juridiction compétente se prononce dans le mois de sa saisine (article 15, in fine).

Visas : - l'AUPC, articles 5 à 24 et particulièrement les articles 14 à 17 ;

- la décision de suspension des poursuites individuelles.

Procédure : il est nécessaire de rappeler la saisine par requête du débiteur, le dépôt des pièces et de la proposition de règlement préventif, la décision de suspension des poursuites, la nomination par la même décision d'un expert et le délai dans lequel celui-ci a travaillé, le dépôt de son rapport...

Motifs : Il s'agit d'homologuer ou de ne pas homologuer le concordat conclu entre le débiteur et ses créanciers ou, tout au moins, proposé par le débiteur à ses créanciers (cas de la proposition ne comportant pas de demande de remise mais seulement une demande de délais n'excédant pas deux ans).

Trois situations peuvent se présenter et la motivation dépend largement de la situation en cause laquelle détermine la décision à prendre :

1^{ère} situation : le débiteur est en état de cessation des paiements : la juridiction compétente prononce dans ce cas d'office et à tout le moment le redressement judiciaire ou la liquidation des biens sans préjudice des dispositions de l'article 29. Celui-ci accorde au débiteur un délai de 30 jours pour faire une proposition de concordat sérieux. Cela veut dire que le redressement judiciaire ou la liquidation des biens ne pourra être prononcé qu'après l'écoulement de ce délai puisque ce n'est qu'à ce moment que la juridiction disposera des éléments pour opérer le choix entre les deux procédures.

2^{ème} situation : le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements mais la juridiction n'estime pas utile ou pertinent d'ouvrir le règlement préventif : soit parce que les difficultés sont passagères et peut-être déjà passées, soit parce que les conditions mises à l'homologation ne sont pas remplies (article 15, 2).

3^{ème} situation : c'est celle dans laquelle la juridiction compétente va homologuer le concordat et rendre une décision de règlement préventif. Selon l'article 15, 2, la juridiction compétente n'homologue le concordat que si :

- les conditions de forme et de fond de validité du concordat sont réunies ;
- aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat ;

- le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, de règlement du passif et les garanties suffisantes d'exécution ; en d'autres termes, le concordat doit être viable et permettre d'atteindre les objectifs poursuivis ;

- les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires ; il est précisé que les créanciers de salaires ne peuvent consentir aucune remise ni se voir imposer un délai qu'ils n'ont pas eux-mêmes consenti.

Dans le cas où le concordat préventif comporte seulement une demande de délai n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise sauf si ce délai met en péril l'entreprise de ces créanciers.

Dispositif : Le jugement :

- homologue le concordat et prononce le règlement préventif, ce qui revient à la même chose : en effet, on n'imagine pas que l'on puisse homologuer le concordat tout en ne voulant

pas du règlement préventif ou bien que l'on prononce le règlement préventif en refusant d'homologuer le concordat ;

- met fin aux fonctions de l'expert rapporteur (article 16) ; toutefois, celui-ci est chargé de vérifier que la publicité du jugement est correctement faite (article 17, alinéa 2), sous peine d'engager sa responsabilité (article 38) ;

- nomme les organes chargés de contrôler la correcte exécution du concordat préventif : juge-commissaire, obligatoirement, et contrôleurs (créanciers) ou syndic facultativement ; sauf raison particulière, la désignation du juge-commissaire devrait suffire, ce qui évite les frais inutiles si caractéristiques des procédures collectives ;

- annoncer que le jugement sera publié conformément aux dispositions des articles 36 et 37 de l'Acte uniforme.

Le jugement d'ouverture du redressement judiciaire et de la liquidation des biens

C'est un jugement dont l'importance est évidente et qui est aussi le plus courant puisqu'il faut passer par là pour qu'il y ait procédure collective et pour qu'il y ait d'autres jugements. La pratique antérieure à l'Acte uniforme se signalait par un contrôle judiciaire superficiel des conditions d'ouverture et, d'une manière générale, par la non maîtrise du droit applicable. D'où la nécessité pour le juge d'accorder toute l'attention nécessaire au jugement d'ouverture en soulignant fortement que le rôle du juge ne s'arrête pas avec ce jugement.

Visa : l'AUPC, en particulier les articles 25 à 38.

Procédure : indiquer s'il s'agit :

- de la saisine par déclaration du débiteur dans les 30 jours de la cessation des paiements (article 25) ; dans ce cas, vérifier que les pièces prévues à l'article 26 sont déposées en même temps que la requête et que l'offre ou proposition de concordat sérieux est déposée dans les délais c'est-à-dire au plus tard dans les 15 jours suivant la déclaration ;

- de la saisine sur assignation des créanciers dans les conditions de l'article 28 ou de la saisine d'office dans les conditions de l'article 29 ; dans ces deux cas, un délai d'un mois est laissé au débiteur pour faire la déclaration, déposer les pièces et la proposition de concordat prévues par les articles 25, 26 et 27.

Des problèmes de compétence pourraient se poser : de compétence territoriale interne si le débiteur n'a pas son principal établissement ou son siège social dans le ressort de la juridiction saisie ; de compétence internationale des juridictions et d'effets des jugements rendus à l'étranger si le débiteur a son siège social ou le centre principal de ses affaires à l'étranger ou plus simplement des biens localisés dans un autre Etat.

Sur le délai dans lequel la décision doit être rendue et la possibilité de désigner un juge du siège ou toute personne qualifiée pour dresser et remettre un rapport avant le prononcé de la décision, il y a lieu de consulter l'article 32.

Motifs

L'ouverture d'une procédure collective nécessite la réunion de conditions. Leur existence doit être relevée, ne serait-ce que de manière sommaire avant l'ouverture de la procédure.

Qualité du justiciable

Pour l'ouverture à titre principal, il doit s'agir d'un commerçant personne physique, d'une personne morale de droit privé commerçante, d'une personne morale de droit privé non commerçante, ou d'une entreprise publique revêtant la forme d'une personne morale de droit privé.

Pour les autres cas, il peut s'agir de l'ouverture quasi-automatique de la procédure à l'encontre des associés ou membres tenus indéfiniment et solidairement des dettes de la personne morale dès lors que la procédure à l'égard de celle-ci est ouverte. Il peut s'agir

également des cas d'extension visant les dirigeants de droit ou de fait qui ont commis des fautes. Le commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion peut relever de la première ou de la seconde hypothèse.

Cessation des paiements

Elle est indispensable à l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. En son absence, il ne peut être ouvert qu'une procédure de règlement préventif et seulement à la demande du débiteur lui-même. Toutefois, il ne convient pas d'attendre que la situation se détériore au point que la cessation des paiements corresponde à une véritable insolvabilité. Il convient de relever les conditions prévues aux articles 28 et 29 respectivement pour la saisine sur assignation des créanciers et la saisine d'office.

Il y a lieu de tenter de fixer avec une relative précision depuis quand la cessation des paiements a cours puisque l'article 34 impose, en principe, que le jugement d'ouverture fixe la date de la cessation des paiements. Le recul maximum dans le temps est de 18 mois.

Choix entre redressement judiciaire et liquidation des biens

Le choix se fonde sur l'existence ou l'absence d'une proposition du concordat sérieux (article 33, alinéa 2). Si une proposition de concordat existe et est jugée sérieuse par la juridiction compétente, celle-ci prononce le redressement judiciaire. S'il n'y a pas de proposition de concordat ou si la proposition faite par le débiteur n'est pas jugée sérieuse par la juridiction compétente, celle-ci prononce la liquidation des biens. La proposition de concordat sérieux est celle qui permet d'une part le redressement de l'entreprise, d'autre part le paiement des créanciers dans des conditions assez satisfaisantes de montant et de délai de paiement. C'est le lieu d'attirer l'attention du juge sur la nécessité de ne pas se contenter de dire que « les conditions légales se trouvant réunies, il échet de prononcer l'ouverture du redressement judiciaire ».

Dispositif : Le jugement :

- affirme l'existence de la date de cessation des paiements et fixe sa date ; en l'absence de fixation de date, la cessation des paiements est réputée avoir lieu à la date de la décision qui la constate ;
- prononcer l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens en fonction des éléments de la cause ;
- nomme le ou les syndics ; en aucun cas, leur nombre ne peut excéder trois ; en raison des frais financiers qu'entraîne la pluralité de syndics, il paraît indiqué dans la plupart des cas d'en désigner un ; il ne peut s'agir de parents ni d'alliés du débiteur jusqu'au quatrième degré inclusivement ni de l'expert rapporteur si le redressement judiciaire ou la liquidation des biens a été précédé d'un règlement préventif ;
- nomme un juge-commissaire parmi les juges de la juridiction à l'exception du président, sauf s'il s'agit d'une juridiction à juge unique ;
- prescrit, le cas échéant, l'apposition des scellés sur les biens du débiteur ;
- dit que la décision sera publiée conformément aux dispositions des articles 36 et 37 de l'Acte uniforme.

Jugement déclarant une inopposabilité de la période suspecte

L'intérêt des inopposabilités de la période suspecte résulte de ce qu'elles contribuent à rétablir l'égalité entre les créanciers et à sanctionner les fraudes.

Il faut avoir à l'esprit les aspects suivants :

- d'abord, la distinction entre inopposabilités de droit que le juge est tenu de prononcer dès lors que les conditions sont réunies (art. 68) et inopposabilités facultatives pour lesquelles, même si toutes les conditions sont réunies le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation pour prononcer ou ne pas prononcer l'inopposabilité (art. 69) ;

- ensuite, les effets des inopposabilités qui ne vont généralement pas invalider la créance : par exemple le créancier dont le paiement est déclaré inopposable rend ce qu'il a reçu et produit pour être dans la masse ; celui dont la sûreté est déclarée inopposable devient chirographaire ; en revanche le bénéficiaire d'une libéralité doit rendre ce qu'il a reçu sans pouvoir prétendre au moindre paiement dans la procédure (art. 71) ;

- les inopposabilités de la période suspecte supposent que des actes critiquables ont été passés pendant la période suspecte, c'est-à-dire de la période allant de la cessation des paiements effective au jour du jugement d'ouverture ; l'AUPC limite cette période à un maximum de 18 mois.

Visas :

- l'AUPC, articles 67 à 71 ;
- le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens du débiteur en date du

Procédure et faits

Il y a lieu d'indiquer que la juridiction compétente a été saisie par le syndic par assignation du syndic contre M.....en date du ; il est rappelé que selon l'article 70, seul le syndic peut agir en déclaration d'inopposabilité des actes faits pendant la période suspecte devant la juridiction ayant prononcé l'ouverture de la procédure collective. Il ne peut exercer cette action après le dépôt de l'arrêté de l'état des créances prévu à l'article 86.

Il faut décrire de la manière la plus précise possible les circonstances dans lesquelles est intervenu l'acte querellé ainsi que la prétention du syndic.

Motifs

Il faut démontrer que les éléments constitutifs de l'inopposabilité sont réunis. Pour toutes les inopposabilités, il faut que l'acte ait été passé pendant la période suspecte. Pour les inopposabilités de droit, il suffit que l'acte entre dans l'une des catégories définies à l'article 68. Pour les inopposabilités facultatives, il faut que le cocontractant du débiteur ait eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur au moment où il passait l'acte (on a souvent à tort parlé d'exigence de la mauvaise foi) et que l'acte cause un préjudice à la masse (art. 69).

Dispositif

Le jugement :

- déclare tel ou tel acte (à décrire de façon précise ou renvoyer aux faits ou aux motifs du jugement), conclu entre Monsieur... et le débiteur, inopposable à la masse des créanciers de la procédure de M. ou de la Société... ;

- dit qu'il y a lieu d'en tirer toutes les conséquences prévues à l'article 71 de l'AUPC.

Décisions du juge-commissaire autorisant les licenciements

Le problème ne se pose qu'en cas de redressement judiciaire. En effet, en cas de liquidation des biens, tous les emplois sont ou seront supprimés en conséquence de l'ouverture de la procédure. On sait que la décision qui prononce la liquidation des biens d'une personne morale emporte de plein droit dissolution de celle-ci (art. 53, al. 1^{er}). Dans le cadre du redressement judiciaire, il est fréquent que le sauvetage de l'entreprise implique la suppression d'un certain nombre d'emplois. Bien entendu, il faut tout faire pour sauver la plupart des emplois, voire le tout. Cependant, il faut prendre conscience qu'à vouloir systématiquement sauver tous les emplois, on risque de les perdre tous.

D'après les articles 110 et 111, le rôle central revient au syndic (qui doit notamment établir l'ordre des licenciements, consulter les délégués du personnel et communiquer certaines informations à l'Inspection du Travail) mais la décision revient au juge-commissaire qui autorise ou refuse d'autoriser les licenciements en totalité ou en partie. La décision du

juge-commissaire est susceptible d'opposition dans les 15 jours de sa signification devant la juridiction ayant ouvert la procédure, laquelle doit rendre sa décision sous quinzaine. La décision de la juridiction compétente est sans appel (art. 111, al. 3 et 4).

Pour en revenir au juge-commissaire, la décision qu'il prend relativement aux licenciements se fait sous la forme d'ordonnance même si l'AUPC préfère faire état, vaguement, de décision aussi bien en ce qui concerne la juridiction compétente que le juge-commissaire.

Visas

- l'AUPC, art. 110 et 111 ;
- le jugement d'ouverture du redressement judiciaire en date du ... ;
- l'avis des délégués du personnel relativement aux licenciements envisagés, si un tel avis a été donné ;
- la lettre de communication à l'Inspection du Travail.

Motifs

Pour l'essentiel, le juge-commissaire doit se demander si les licenciements présentent un caractère urgent et indispensable. Si oui, il doit donner son autorisation. Sinon, il doit la refuser. Mais le caractère indispensable et urgent peut n'exister que pour une partie des licenciements, auquel cas cette partie seule doit être autorisée. Le juge-commissaire peut obtenir des éléments d'appréciation dans la proposition du concordat et auprès du débiteur et du syndic.

Dispositif

L'ordonnance :

- autorise (en tout ou en partie) les licenciements envisagés ;
- dit que la décision sera signifiée aux travailleurs dont le licenciement est autorisé et au contrôleur représentant les travailleurs s'il en est nommé.

Jugement condamnant tous les dirigeants ou certains d'entre eux à combler le passif social (ou de la personne morale)

La sanction de comblement du passif revêt un triple intérêt : d'abord elle contribue au paiement des créanciers ; ensuite elle participe de la justice distributive ou de la justice tout court en obligeant les dirigeants, qui assez souvent ont profité des périodes fastes, à combler le passif afin que celui-ci ne soit pas supporté par les créanciers ; enfin, comme les autres sanctions, elle peut exercer un effet dissuasif.

Visas :

- l'AUPC, articles 180 et 188 ;
- le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens en date du ...

Procédure

Indiquer si la saisine a été faite à la requête du syndic ou d'office.

Motifs

Les motifs doivent étayer ou démontrer l'existence des conditions de succès de l'action en comblement. Ainsi, il doit ressortir des motifs de la décision :

- 1) qu'une procédure collective a été ouverte contre une personne morale et qu'il y a une insuffisance d'actif c'est-à-dire que tout le passif ne peut pas être épongé (il y a donc un passif à combler, d'où le nom de l'action) ;
- 2) que la ou les personnes contre lesquelles l'action est exercée ont la qualité de dirigeants de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non rémunérés de la personne morale ou de représentant permanent d'une personne morale dirigeante ;
- 3) que ces personnes ont commis une ou des fautes (prouvées) qui sont à l'origine de l'insuffisance d'actif ou du passif qui sera impayé ou, tout au moins, y ont contribué.

Par ailleurs, la décision doit donner les raisons pour lesquelles elle retient la responsabilité de tous les dirigeants ou de l'un ou plusieurs d'entre eux et, en cas de pluralité, elle détermine la part de responsabilité de chacun ou prononce une condamnation solidaire.

N.B : Au lieu des présomptions de faute et de liens de causalité entre la faute et le dommage constitué par l'insuffisance d'actif, l'Acte uniforme de l'OHADA exige, à la suite de la loi française du 25 janvier 1985, que la faute et le lien de causalité soient prouvés.

Dispositif

Le jugement :

- condamne le ou les dirigeants (tous ou certains, en les identifiant de manière précise) à combler le passif (en tout ou en partie) ;
- indique le montant de la condamnation ;
- précise si la condamnation est solidaire, sinon il détermine la part mise à la charge de chacun ;
- peut rappeler qu'en vertu de l'article 189, la juridiction compétente peut prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui n'acquittent pas cette dette.

Le jugement d'homologation du concordat

C'est un jugement vital pour le débiteur ou l'entreprise et pour les créanciers. Il requiert que la juridiction compétente lui consacre l'attention et le temps nécessaires.

Visas

- l'AUPC, articles 119 à 145, et particulièrement les articles 126 et 127 ;
- le jugement en date du... ouvrant le redressement judiciaire de M... ou de la Société... ;
- le procès-verbal de l'assemblée concordataire tenue le...

Motifs

Il y a lieu de montrer en quoi les conditions prévues par l'Acte uniforme pour l'homologation du concordat sont réunies dans le cas d'espèce. Dans ce sens, il faut rappeler que selon l'article 127, la juridiction compétente n'accorde l'homologation du concordat que si :

- les conditions de forme et de fond de validité du concordat sont réunies ;
- aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat ;
- le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise et de règlement du passif: c'est ici la condition fondamentale ayant trait à la viabilité du concordat ;
- en cas de redressement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle-ci n'est plus assurée par les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic ou contre lesquels a été prononcée la faillite personnelle.

Il est à signaler qu'en aucun cas, l'homologation du concordat ne peut valider les avantages particuliers tels que définis et réprimés par les articles 244 et 245. Ne sont pas considérés comme des avantages particuliers les délais et les remises particuliers consentis par les créanciers munis de sûretés réelles spéciales dans les conditions prévues aux articles 120 et 125. La nullité de la stipulation d'avantages particuliers n'entraîne pas l'annulation du concordat sous réserve des dispositions de l'article 140.

Il faut souligner que, dans le cas où le concordat ne comporte aucune remise mais seulement une demande de délais n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente peut prononcer l'homologation après avoir reçu communication des rapports du syndic et du juge-commissaire et entendu les contrôleurs, s'il en a été nommé, en leurs observations sans que

les créanciers soient appelés à voter. Cette disposition est de nature à éviter qu'une proposition de concordat sérieux soit rejetée par les créanciers.

La question de l'homologation du concordat, et d'une manière générale de l'option pour l'ouverture du redressement judiciaire, doit retenir toute l'attention du juge. A chaque fois qu'un concordat homologué n'aboutit pas, la juridiction compétente doit se sentir responsable. Les procédures collectives ne sont pas judiciaires pour rien ! Cela signifie un accroissement du passif et/ou une diminution de l'actif au détriment des créanciers. Dans ce cas, il aurait mieux valu décider rapidement la liquidation des biens. Mais l'on peut faire le raisonnement inverse en ce qui concerne le sauvetage de l'entreprise.

Dispositif

Le jugement :

- homologue le concordat conclu entre M. ou la Société X être exécuté en sa teneur ;
- donne acte des délais de remises sollicités par M. ou la Société X et accordés par ses créanciers ;
- dit que le débiteur retrouve la libre administration et disposition de son patrimoine sous réserve du respect de ses engagements concordataires, et que la masse est dissoute ;
- maintient les contrôleurs (créanciers) en fonction où en désigne afin de surveiller l'exécution du concordat conformément aux dispositions de l'article 129 (une autre solution consisterait à maintenir le syndic en fonction pour cela, sauf à signaler que l'avantage des contrôleurs créanciers est qu'ils exercent gratuitement leurs fonctions) ;
- dit que la décision sera publiée conformément aux dispositions des articles 36 et 37 de l'Acte uniforme.

Le jugement de clôture pour extinction du passif

Ce jugement correspond à une hypothèse très intéressante mais malheureusement extrêmement rare en pratique. Ce jugement peut intervenir à tout moment (article 178).

Visas :

- l'AUPC, les articles 178 et 179 ;
- le jugement d'ouverture ;
- le rapport du juge-commissaire.

Procédure

- retracer brièvement les étapes écoulées depuis le jugement d'ouverture ;
- indiquer si la juridiction compétente est saisie à la demande du débiteur ou du syndic ou s'est saisie d'office.

Motifs

La condition fondamentale est qu'il n'existe plus de passif exigible. C'est l'existence de cette condition qui doit être démontrée. L'article 178 fournit trois hypothèses où cette condition est remplie. Il en est ainsi :

- lorsqu'il n'existe plus de passif exigible (parce que les créanciers sont tous payés ou ont consenti des remises ou des délais de paiement) ;
- lorsque le syndic dispose de deniers suffisants (pour procéder au paiement de l'ensemble des créances) ;
- lorsque sont consignées les sommes dues en capital, intérêts et frais.

Il est précisé qu'en cas de disparition, d'absence ou de refus de recevoir d'un ou de plusieurs créanciers, la somme due est déposée à un compte spécialement ouvert auprès d'un établissement bancaire ou postal ou au Trésor et la justification du dépôt vaut quittance. Les créanciers ne peuvent exiger plus de trois années d'intérêts au taux légal échus à compter de la décision constatant la cessation des paiements.

Dispositif

Le jugement :

- prononce la clôture de la procédure pour extinction du passif ;
- donne acte de l'absence de passif ou de l'existence de fonds suffisants entre les mains du syndic lequel doit être invité à procéder au paiement des créanciers ou encore de la consignation des sommes nécessaires au paiement, les créanciers concernés étant dans ce cas invités à se présenter au lieu désigné pour le paiement ;
- dit que la décision sera publiée conformément aux dispositions des articles 36 et 37.

Le jugement de clôture de l'union

L'union et la clôture pour insuffisance d'actif sont de loin plus fréquentes que les autres modes de clôture.

Visas

- l'AUPC, articles 146 à 172, particulièrement les articles 170 à 172 ;
- le jugement d'ouverture en date du (date, mois, année) ;
- le procès-verbal du juge-commissaire constatant la fin des opérations de liquidation.

Faits et procédure

Décrire brièvement les principaux actes et opérations depuis le jugement d'ouverture.

Motifs

Pour l'essentiel, il suffit de s'appuyer sur le procès-verbal du juge-commissaire constatant la fin des opérations de liquidation.

L'article 170, alinéa 2, indique que la juridiction compétente tranche, le cas échéant, par la même occasion les contestations des comptes du syndic par le débiteur ou les créanciers. Mais s'agit-il de la même décision ou d'une décision différente ? Il est permis de penser qu'il s'agit d'une seule décision dans la mesure où les contestations sont parties intégrantes de la clôture et où elles deviennent incongrues une fois le jugement de clôture passée en force de chose jugée.

Dispositif

Le jugement :

- prononce la clôture de l'union ;
- indique que les créanciers recouvrent l'exercice individuel de leurs actions (ils peuvent obtenir un titre exécutoire au terme de l'article 171) ;
- dit que la décision fera l'objet des publicités prévues aux articles 36 et 37.

Le jugement de clôture pour insuffisance d'actif

Ce mode de clôture est fréquent. Cette fréquence s'explique par le fait que bien souvent la cessation des paiements recouvre une véritable insolvabilité. Même lorsqu'il n'est pas ainsi, le fait de tenter de redresser une entreprise non redressable ou encore la lenteur dans les opérations de liquidation des biens peuvent y conduire.

Ce jugement peut intervenir à tout moment (article 171).

Visas :

- l'AUPC, articles 173 à 177 ;
- le jugement d'ouverture en date du (date, mois, année) ;
- le rapport du juge-commissaire en date du (date, mois, année).

Faits et procédure

Décrire brièvement les principaux actes et opérations depuis le jugement d'ouverture.

Indiquer si la juridiction s'est saisie d'office ou bien si c'est à la demande de tout intéressé (article 173, alinéa 1^{er}).

Motifs

Le motif essentiel, sinon unique, c'est l'insuffisance d'actif. Mais quand y a-t-il insuffisance d'actif ? Lorsque les fonds manquent pour entreprendre ou terminer les opérations de la liquidation des biens. Il en est ainsi lorsque l'actif est insuffisant à couvrir les

frais de procédure ou les frais de réalisation et non pas seulement en cas d'absence momentanée de trésorerie, de simples difficultés de réalisation de l'actif ou d'absence de dividende à distribuer.

Dispositif

Le jugement :

- prononce la clôture des opérations pour insuffisance d'actif (mais la décision peut être rapportée à la demande du débiteur ou de tout autre intéressé sur justification que les fonds nécessaires aux frais des opérations ont été consignés entre les mains du syndic, selon l'article 175) ;

- indique que les créanciers recouvrent l'exercice individuel de leurs actions (ils peuvent obtenir un titre exécutoire en vertu de l'article 174 renvoyant à l'article 171) ;

- dit que la décision fera l'objet des publicités prévues aux articles 36 et 37.

Filiga Michel SAWADOGO,
Agrégé des Facultés de Droit,
Professeur titulaire (Univ. Ouga),
Membre du Conseil constitutionnel
du Burkina Faso (mars - avril 2007)

QUATRIEME : JUGEMENTS ET ARRETS DU TGI ET DE LA COUR D'APPEL DE OUAGADOUGOU ET CAS PRATIQUES

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE OUAGADOUGOU (BURKINA FASO)

AUDIENCE CIVILE ET COMMERCIALE DU 29 JANVIER 2003

N° du jugement 020/03 du 29/01/2003

N° du R.G. : 737/02 du 23/7/2002

Requête de IFEX aux fins d'être admise au bénéfice du règlement préventif

Le Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou (Burkina Faso), statuant en matière commerciale en son audience publique ordinaire du vingt neuf janvier deux mille trois, tenue au Palais de justice de ladite ville, à laquelle siégeaient :

Madame OUI Alima, Président ;

Monsieur SOMBIE Etienne,

Et Monsieur SOU Sami Evariste, Membres ;

Avec l'assistance de Maître ZOUNGRANA O. Prosper, Greffier ;

A rendu le jugement dont la teneur suit, à la requête de la Société Internationale Faso Export (IFEX)

LE TRIBUNAL,

- Vu les pièces du dossier ;
- Vu le jugement n° 741 en date du 24 juillet 2002 désignant Monsieur ZEBA Adama expert comptable ;
- Vu le rapport d'expertise en date du mois d'octobre 2002 ;
- Vu le concordat proposé ;

Attendu qu'il ressort des pièces versées au dossier que, par requête en date du 29 mai 2002, la Société Internationale Faso Export, en abrégé IFEX, Société Anonyme au capital de 80 000 000 F CFA dont le siège social est sis au Secteur 9, quartier Gounghin, agissant aux poursuites et diligences de son Directeur Général ayant élu domicile au cabinet TOU et SOMÉ, Avocats à la Cour, a introduit une requête en vue de bénéficier de la procédure de règlement préventif prévu par les dispositions des articles 6 et suivants de l'Acte Uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ; qu'à l'analyse des pièces soumises à son appréciation et au vu de la situation financière exposée par la requérante, le Tribunal a, par jugement avant dire droit, prononcé le 24 juillet 2002 le règlement préventif de la Société IFEX et désigné conformément aux dispositions de l'article 8 de l'Acte Uniforme suscitée, un expert comptable en vue de lui établir la situation réelle de la société IFEX ;

Attendu que si le rapport d'expertise fourni n'a pas conclu à la liquidation des biens de la Société IFEX, il est apparu au cours de la procédure des éléments négatifs mettant en cause le règlement préventif précédemment accordé ; qu'en effet, les principaux créanciers qui n'avaient pas approuvé la proposition de concordat ont engagé des procédures de recouvrement de créance par le biais de la mise en œuvre des cautions personnelles dont les dirigeants s'étaient portés garants auprès de la Société Générale des Banques du Burkina, en abrégé la SGBB ; que mieux, la reprise totale par le Groupe FADOUL de la société requérante a été abandonnée alors que cette solution envisagée constituait le pilier du concordat proposé ; que le retrait de ce groupe a contribué à rendre irréalisable le concordat

proposé, ainsi que le plan d'action et les modalités de continuation de l'entreprise établis par l'expert ; Qu'entendu en chambre du conseil, le représentant de la Société IFEX, Monsieur Laurent BACH, a affirmé ne plus être en mesure de faire de nouvelles propositions pour sauver son entreprise ; qu'il fait le constat de la cessation de paiement ;

Attendu qu'au regard de ces éléments sus spécifiés, il apparaît que la société IFEX n'est pas en mesure de faire face à son passif ; qu'il ressort des dispositions de l'article 25 de l'Acte Uniforme suscité que le débiteur, qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, doit faire une déclaration de cessation des paiements pour bénéficier de la procédure de liquidation des biens ; que l'article 33 mentionne que la juridiction compétente qui constate la cessation des paiements doit prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens ; qu'en l'espèce, le débiteur est dans l'impossibilité de présenter un concordat sérieux ; qu'aucune possibilité n'est envisagée pour un redressement éventuel ; qu'il y a lieu de prononcer par conséquent la liquidation de ses biens avec toutes les conséquences de droit.

PAR CES MOTIFS,

Le Tribunal, statuant sur requête, en matière commerciale et en premier ressort :

- Vu les pièces du dossier ;
- Vu le jugement n° 741 en date du 24 juillet 2002 désignant Monsieur ZEBBA Adama Expert Comptable ;
- Vu le rapport d'expertise de l'expert sus-cité en date du mois d'octobre 2002 ;
- Constate que le concordat proposé par la Société IFEX n'est pas réalisable et que cette société ne remplit pas les conditions d'accès au bénéfice du règlement préventif, celle-ci se trouvant déjà en situation de cessation des paiements ;
- Vu les dispositions de l'article 25 de l'Acte Uniforme OHADA portant sur les procédures collectives d'apurement du passif ;
- Prononce la liquidation judiciaire de la Société IFEX S.A. ;
- Nomme Monsieur SOU Evariste, juge au siège, en qualité de juge-commissaire ;
- Nomme Monsieur TRAORE Alassane, Expert Comptable et Maître OUATTARA Yacouba, Avocat à la Cour en qualité de syndics liquidateurs ;
- Fixe la date de la cessation des paiements au mois de Juillet 2002 ;
- Ordonne la publication sans délai de la présente décision par les soins du Greffier en Chef dans les journaux d'annonces légales ainsi que la transcription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ;
- Dit que les syndics disposent d'un délai maximum de huit (8) mois pour réaliser leur mission ;
- Réserve les dépens.

Ainsi fait, jugé et prononcé publiquement le jour, mois et an que dessus.

Et ont signé le Président et le Greffier.

AFFAIRE SOSACO (4 DECISIONS)

1) TGI OUAGA, 17 SEPTEMBRE 2003

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE OUAGADOUGOU (BURKINA FASO),
Jugement n° 389 du 17 septembre 2003, Requête de la Société Sahel Compagnie (SOSACO)
aux fins de liquidation des biens

Le Tribunal de grande instance, de Ouagadougou (Burkina Faso) statuant en matière civile sur requête en son audience publique et ordinaire du mercredi dix-sept septembre deux mille trois, tenue au Palais de Justice de ladite ville à laquelle siégeaient Madame OUI/COULIBALY Alimata, Président ; Monsieur SOMBIE Etienne et Mademoiselle SAWADOGO Pulchérie, Tous deux juges au siège, Membres ; Avec l'assistance de Maître ZOUNGRANA O. Prosper, Greffier ; A rendu le jugement civil dont la teneur suit :

Le Tribunal,

- Vu la requête en date du 11 septembre 2003 de Monsieur Mohamed Boukary Hamoudo, Directeur général de la Société Sahel Compagnie en abrégé SO.SA.CO., société anonyme au capital de 500.000.000 F CFA dont le siège social est sis à Ouagadougou ;
- Vu les pièces jointes notamment la déclaration de cessation des paiements aux fins de la liquidation des biens et les états financiers des trois dernières années ;
- Vu les dispositions des articles 25 et suivants de l'acte uniforme OHADA portant sur les procédures collectives d'apurement du passif ;

Par requête en date du 11 septembre 2003, le Directeur général de la Société SOSACO a saisi le Président du Tribunal de grande instance de Ouagadougou d'une requête en vue de la liquidation des biens de la dite société ;

A l'appui de sa requête il explique avoir procédé à la création de cette société le 21 janvier 2000 avec Monsieur ADOUM Togoï Abbo ; qu'ainsi, chacun des actionnaires détient 50 % du capital social ;

Qu'après avoir réussi à obtenir un prêt bancaire de 10.000.000 de Dollars US, ils ont procédé au financement de divers projets dont certains sont à ce jour inachevés ;

Que l'état financier de leur société commune laisse apparaître que celle-ci a besoin d'un financement de 3.540.210 USD pour poursuivre son fonctionnement normal ; que le Président du conseil d'administration ayant refusé de signer la demande de financement complémentaire adressée à la Banque a aussi mis en péril la société qui se trouve être dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ; Que c'est pourquoi il sollicite bénéficiaire de la liquidation des biens de la dite société.

MOTIFS DE LA DECISION

En la forme

Attendu que la déclaration de cessation de paiement en la forme faite au Greffe du Tribunal de grande instance de Ouagadougou le 11 septembre 2003 l'a été par le Directeur général de la SOSACO ; Que ce dernier a qualité intérêt et capacité pour le faire de par son statut au sein de la société conformément aux dispositions de l'article 487 du traité OHADA portant sur les sociétés commerciales et GIE ; Que par ailleurs la dite société régulièrement

inscrite, au registre du commerce n'a pas connue de radiation antérieure ni de procédure de redressement judiciaire ; que par conséquent la demande ainsi introduite est conforme aux dispositions de l'article 25 et suivants de l'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ;

Au fond

Attendu qu'il ressort dispositions de l'article 25 de l'acte uniforme OHADA portant sur les procédures collectives d'apurement du passif que « le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens quelle que soit la nature des biens ;

La déclaration doit être faite dans les 30 jours de la cessation des paiements et déposée au greffe de la juridiction compétente contre récépissé » ;

Que l'article 33 du traité précité stipule que la juridiction compétente qui constate la cessation de paiement doit prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens ;

Attendu qu'en l'espèce, il ressort des pièces versées au dossier que courant août 2003, le Président du Conseil d'administration de la Société SOSACO/SA a saisi les travailleurs d'une correspondance leur notifiant la suspension de leur contrat de travail pour cause de difficultés financières en précisant que la dite société, en concertation avec le principal conseil financier qui est la Banque Commerciale du Burkina se prépare à une liquidation faute par eux de pouvoir honorer à l'avenir leurs engagements sociaux respectifs ;

Qu'en date du 11 septembre 2003 le Président Directeur général de cette société Monsieur Boukary Hamouda a par acte de greffe en date du 11 septembre 2003 fait une déclaration de cessation de paiement aux fins de liquidation des biens de la dite société ;

Attendu que de l'examen des pièces jointes il ressort que l'état des créances se chiffre à la somme de un million six cent soixante treize millions cent huit mille huit cent cinq Francs CFA (1.673.108.805 F CFA), tandis qu'il a été relevé un contentieux financier entre la société Delta Rich et la SOSACO ;

Que cette dernière fait observer que la DELTA RICH lui doit des dommages et intérêts suite aux préjudices financiers subis dans le cadre de leur relation commerciale ; Que cependant il est difficile d'établir avec certitude l'état des dettes ou des créances entre ces deux sociétés ; Que par ailleurs il apparaît également que la SOSACO a diversifié ses activités et engagé ses fonds propres qui se trouvent être à ce jour immobilisés ;

Qu'ainsi on dénombre cinq grands investissements et projets simultanément mis en chantiers : l'hôtel de la Paix à Agadez (Niger), deux villas à Ouaga 2000 (Burkina Faso), un centre commercial à Ouaga 2000 (Burkina Faso), une Huiterie et une Palmeraie mise en place en partenariat avec la SAA-SYEL ;

Qu'à ce jour, aucun de ces chantiers n'est arrivé à termes ; que d'autres projets commerciaux en cours ont également connu des débuts d'exécution et se trouvent être bloqués par manque de financement ; Que d'une manière générale la SOSACO a investi à la fois dans tous ces projets de chantiers en cours ; qu'elle a besoin pour continuer ses activités d'un financement supplémentaire de 490.909 Dollars ;

Attendu qu'il ressort, également des pièces du dossier qu'à la date du 08 juillet 2003 le Directeur général de la SOSACO initiait une correspondance à l'attention du Président Directeur général de la Libyan ARAB FOREIGN BANK à TRIPOLI pour solliciter un octroi de fonds destiné à continuer les activités de la SOSACO ; Que cette démarche n'a pas été approuvée par son coactionnaire le Président du Conseil d'administration ; Que le refus de ce dernier de cautionner cette démarche a gelé les activités de la société.

Attendu que de ce qui précède, il est constant que la SOSACO est en cessation de paiement ; Que Cette situation découle du fait de la déclaration de cessation faite au greffe par son Directeur général, de la suspension du contrat des travailleurs notifiée par le Président du Conseil d'administration, du gel des activités, des dettes qui se chiffrent à 1.673.108.805 F CFA alors que l'actif se trouve être immobilisé dans des projets non encore productifs ; Qu'à ce stade la SOSACO ne peut faire face à son fonctionnement propre sans appui extérieur ; Or cette démarche ne rencontre pas l'accord d'une des parties ; Qu'au regard du blocage de fonctionnement de la dite société, il convient de dire que la requête introduite par le Directeur général est bien fondée ;

Qu'il convient d'y faire droit ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement sur requête, en matière civile et en premier ressort ;

- Vu la requête en date du 11 septembre 2003 de la Société Sahel Compagnie en abrégé SOSACO, Société anonyme au capital de 500.000.000 F CFA ;
 - Vu les pièces jointes, spécifiquement la déclaration de cessation de paiement faite au greffe du Tribunal de grande instance de Ouagadougou le 11 septembre 2003 par le Directeur général de la dite Société ;
 - Vu l'acte de dépôt de déclaration de cessation de paiement signée respectivement par Mohamed Hamouda, Directeur général de la SOSACO et le greffier en chef près le Tribunal de grande instance de Ouagadougou ;
 - Vu les dispositions des articles 25 et suivants de l'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ;
 - Prononce la liquidation des biens de la SOSACO ;
 - Nomme monsieur SOU S. Evariste, juge au siège, en qualité de juge commissaire ;
 - Désigne Monsieur Eddie KOMBOOGO expert comptable, Monsieur Sidi SANON, et Monsieur SOME Mathieu, avocats à la Cour, en qualité de syndics liquidateurs ;
 - Dit que les syndics disposent d'un délai maximum de 8 mois pour procéder aux opérations de liquidation ;
 - Fixe la date de la cessation de paiement du 30 septembre 2003 ;
 - Dit que le présent jugement sera publié au Journal officiel d'annonce légale du Burkina Faso ;
 - Dit que les mesures de publicité incombent au greffier en chef ;
- Ordonne l'exécution provisoire.

Ainsi fait, jugé et prononcé publiquement par le Tribunal de grande instance de Ouagadougou les jour, mois et an que dessus ; Et ont signé le président et le greffier.

2) CA OUAGA, 21 NOVEMBRE 2003, Ohadata J-04-140

PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF - LIQUIDATION
DES BIENS - REQUETE AUX FINS DE LIQUIDATION DES BIENS - DESICION

D'OUVERTURE DE LA LIQUIDATION DES BIENS – APPEL - EXCEPTION
D'IRRECEVABILITE – NULLITE DE L'ACTE D'APPEL -
LIQUIDATION DE LA SOCIETE – SUBSISTANCE DE LA PERSONNALITE MORALE -
ARTICLE 205 AUSCGIE - PERTE DE LA PERSONNALITE MORALE (NON) –
ADMINISTRATEUR ET ASSOCIE - CAPACITE ET INTERET POUR AGIR (OUI) –
RECEVABILITE DE L'APPEL (OUI) -
OUVERTURE DE LA LIQUIDATION DES BIENS - DELAI POUR RENDRE DECISION
- ARTICLE 32 AUPCAP - NON-RESPECT DU DELAI IMPERATIF – ANNULATION DE
LA DECISION -
PIECES JOINTES A LA REQUETE - ARTICLE 26 AUPCAP – NON CONFORMITE DES
PIECES -
DATE DE LA CESSATION DE PAIEMENT – PREUVE NON ETABLIE - DATE
POSTERIEURE A LA DATE DE LA LIQUIDATION DES BIENS -
COMMISSAIRE AUX COMPTES DE LA SOCIETE - ARTICLE 225 AUSCGIE – FIN DE
LA FONCTION - QUALITE DE SYNDIC LIQUIDATEUR – INCOMPATIBILITE -
ANNULATION DE LA DECISION ATTAQUEE.

Tout en imposant une certaine diligence au juge, les dispositions de l'article 32 AUPCAP fixent également des balises afin de sauvegarder les intérêts du débiteur dans la présentation d'un concordat sérieux et fiable. Ces balises consistent en la fixation d'un délai impératif de trente jours que la juridiction compétente doit observer avant de rendre sa décision et toute décision prise avant l'expiration dudit délai doit être annulée.

Il est constant que le premier juge, en ordonnant la liquidation des biens de la société en méconnaissance des prescriptions des articles 25, 26 et 32 AUPCAP et 26 des statuts de la société, a gravement violé la loi et sa décision mérite annulation.

ARTICLES 205 ET 225 AUSCGIE
ARTICLES 141, 145 ET 148 CODE DE PROCEDURE CIVILE BURKINABE
ARTICLES 25, 26, 32 AUPCAP
ARTICLE 26 DES STATUTS DE LA SOCIETE

(COUR D'APPEL DE OUAGADOUGOU (BURKINA FASO), Chambre civile et commerciale, Arrêt n° 84 du 21 novembre 2003, Société Sahel Compagnie, en abrégé (SOSACO) c/ Syndics liquidateurs de la SOSACO)

LA COUR,

Vu le jugement n° 389/2003 du 17 septembre 2003 ;
Vu l'acte d'appel en date du 02 octobre 2003 ;
Vu les pièces du dossier ;
Où les parties en leurs conclusions, fins, moyens et observations ;
Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

FAITS - PROCEDURE - PRETENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

Le 11 septembre 2003, le directeur général de la Société Sahel Compagnie, en abrégé (SOSACO), a saisi le président du tribunal de grande instance, de Ouagadougou d'une requête en vue de la liquidation des biens de la société dont il a la gérance.

Il expose que la société Sahel Compagnie a un besoin urgent de financement à hauteur de trois millions cinq cent quarante mille deux cent dix (3.540.210) dollars US alors que le président du conseil d'administration de la dite société refuse de signer la demande de financement, mettant ainsi en péril l'intérêt de la société qui n'arrive plus à faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

Que c'est pourquoi il sollicite voir le tribunal prononcer la liquidation des biens de la société en difficultés.

A l'audience du 17 septembre 2003, le tribunal rendait la décision suivante :

Statuant publiquement sur requête, en matière civile et en premier ressort :

- Vu la requête en date du 11 septembre 2003 de la Société Sahel COMPAGNIE en abrégé SOSACO, société anonyme au capital de 500.000.000 FCFA ;
- Vu les pièces jointes, spécifiquement la déclaration de cessation de paiement faite au greffe du tribunal de grande instance de Ouagadougou le 11 septembre 2003 par le directeur général de la SOSACO et le greffier en chef près le tribunal de grande instance de Ouagadougou ;
- Vu les dispositions des articles 25 et suivants de l'acte uniforme Ohada portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ;
- Prononce la liquidation des biens de la SOSACO ;
- Nomme monsieur SOU S. Evariste, juge au siège, en qualité de juge commissaire ;
- Désigne monsieur Eddie KOMBOIGO, expert comptable, monsieur Sidi SANON et monsieur SOME Mathieu, avocats à la Cour, en qualité de syndics liquidateurs ;
- Dit que les syndics disposent d'un délai maximum de 08 mois pour procéder aux opérations de liquidation ;
- Fixe la date de cessation de paiement au 30 septembre 2003 ;
- Dit que le présent jugement sera publié au journal officiel d'annonces légales du Burkina Faso ;
- Dit que les mesures de publicité incombent au greffier en chef ;
- Ordonne l'exécution provisoire.

Contre cette décision, monsieur ADOUM Togoï Abbo, président du conseil d'administration de la SOSACO, agissant au nom de cette dernière et en son propre nom, relevait appel le 02 octobre 2003 pour voir annuler ou infirmer le jugement attaqué.

In limine litis, les syndics liquidateurs de la SOSACO soulèvent la nullité de l'acte d'appel pour irrégularité de forme et de fond en se basant sur l'article 53 de l'acte uniforme et les articles 141 et 145 du code de procédure civile.

Ils soutiennent en effet que conformément aux dispositions de l'article 53 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui indique en son alinéa 1^{er} que « la décision qui prononce la liquidation des biens d'une personne morale emporte, de plein droit, dissolution de celle-ci », l'appel interjeté pour le compte et au nom de la Société Sahel Compagnie par son président du conseil d'administration est nul parce que ladite société n'existe plus depuis l'ouverture de la procédure.

Qu'en outre, le président du conseil d'administration n'a pas de capacité ou de pouvoir pour représenter la société qui elle non plus, n'a pas intérêt pour agir puisqu'elle a été satisfaite dans toute sa requête tendant à la liquidation.

Les conseils de la SOSACO et de monsieur ADOUM Togoï Abbo concluent à l'annulation pure et simple de la décision attaquée sur la base des articles 200, 225, 217, 219 et 551 de

l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, les articles 25, 26 et 32 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, ainsi que de l'article 26 des statuts de la société, notamment sur les voies de recours, les organes habilités pour décider d'une liquidation anticipée, la régularité des pièces jointes à la requête de liquidation et le délai que doit observer la juridiction compétente avant de se prononcer.

Ils soutiennent principalement que le président du conseil d'administration de la SOSACO est avant tout administrateur et associé et qu'au titre de cette double qualité, il a pleinement intérêt au bon fonctionnement de ladite société, et partant, qualité et intérêt pour agir dans le cadre de l'action sociale qui lui est reconnu par la loi.

Attendu que l'affaire a été enrôlée pour l'audience publique de la Cour d'appel du 17 octobre 2003 et renvoyée à celle du 07 novembre 2003, puis à l'audience en chambre du conseil du 13 novembre 2003, date à laquelle elle a été retenue, débattue et mise en délibéré pour arrêt être rendu le 21 novembre 2003 ;

Qu'advenue cette date, la Cour vidant son délibéré a statué en ces termes ;

EN LA FORME

Attendu qu'aux termes de l'article 205 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique « la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation et jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci » ;

Qu'il résulte de ce texte de loi que la société en liquidation conserve sa personnalité morale jusqu'à la clôture des opérations de liquidation ; que c'est donc à tort que les intimés soutiennent que dès l'ouverture de la liquidation, la société perd sa personnalité morale et ne peut par conséquent être représenté par son président du conseil d'administration ;

Que partant, monsieur ADOUM Togoï Abbo, président du conseil d'administration de la SOSACO a pleine capacité pour représenter la dite société et agir alors au nom et pour le compte de la société dans le cadre de la liquidation ;

Attendu par ailleurs que monsieur ADOUM Togoï Abbo est associé de la SOSACO dont il possède 50 % des actions, qu'il va de soi que celui-ci a intérêt à ce que la société fonctionne normalement et lui rapporte les bénéfices ;

Qu'il s'en suit qu'il a intérêt pour agir en tant qu'administrateur représentant la société et en tant qu'associé en son nom propre ; que dès lors, aucune des dispositions des articles 141, 145 et 148 du code de procédure civile ne se trouve violée ;

Que par conséquent, l'appel interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi est recevable.

AU FOND

Attendu qu'aux termes de l'article 32 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, en cas d'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, la juridiction compétente statue à la première audience

utile, mais elle ne peut rendre sa décision avant l'expiration d'un délai de trente jours à compter de sa saisine, quel que soit le mode de saisine ;

Qu'il s'en suit qu'une certaine célérité est attendue de la part de la juridiction compétente dans le traitement de cette procédure qui ne devrait pas être renvoyée au rôle général ;

Que cependant, tout en imposant une certaine diligence au juge, des balises sont également prises pour sauvegarder les intérêts du débiteur dans la présentation d'un concordat sérieux et fiable ; que ces balises consistent en la fixation d'un délai impératif de trente jours que la juridiction compétente doit observer avant de rendre sa décision et toute décision prise avant l'expiration dudit délai doit être annulée ;

Qu'en l'espèce, le tribunal de grande instance de Ouagadougou a été saisi par requête le 11 septembre 2003 et la décision a été rendue le 17 septembre 2003 en méconnaissance de la loi susvisée et au détriment des intérêts du débiteur qui n'a pu déposer une offre de concordat tel qu'il est prévu à l'article 27 du même acte, au plus tard dans les quinze jours qui suivent la déclaration de cessation de paiement aux fins d'obtenir l'ouverture de la procédure collective ; qu'il s'en suit que la décision mérite annulation ;

Attendu par ailleurs que l'article 26 des statuts de la société précise que : « si du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le conseil d'administration est tenu dans les quatre (4) mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, de convoquer l'assemblée générale à l'effet de décider si la dissolution anticipée de la société a lieu » ;

Qu'il en résulte que seule l'assemblée générale de la société est habilitée pour décider, en cas de besoin, de la nécessité de la dissolution anticipée de la société ;

Qu'en l'espèce cependant, la décision a été prise unilatéralement par le directeur général de la société, de solliciter la liquidation anticipée de la société dont il a la gérance sans en référer à l'assemblée générale, organe compétente en la matière ;

Attendu en outre que l'article 26 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif précise que les documents accompagnant la requête doivent être datés, signés et certifiés conformes et sincères par le déclarant ; que le même article souligne que « dans le cas où l'un des documents ne peut être fourni, ou ne peut l'être qu'incomplètement, la déclaration doit contenir l'indication des motifs de cet empêchement » ;

Qu'en l'espèce, les pièces jointes à la requête du déclarant ne sont ni datées, ni signées, ni certifiées conformes et sincères comme l'exige l'article 26 de l'acte uniforme ci-dessus cités ;

Que de même, les documents manquants ou incomplets tels les sûretés et les clauses de réserve de propriété, les adresses des créanciers et des débiteurs, ainsi que des charges salariales ne comportent pas les motifs de leur absence ou le fait qu'ils soient incomplets ;

Que cependant, l'exigence des documents énumérés à l'article 26 de l'acte uniforme est nécessaire pour l'appréciation sincère et objective de la situation économique de la société concernée par la juridiction compétente et toute décision prise en leur absence mérite annulation ;

Attendu enfin que la cessation de paiement peut se définir comme étant la situation dans laquelle le débiteur se trouve incapable de faire face à son passif exigible avec son actif disponible et qu'elle doit être constatée antérieurement à la date de la décision qui prononce la liquidation des biens de la dite société ;

Qu'en l'espèce, la preuve de la cessation de paiement de la SOSACO ne semble pas établie à l'analyse de la situation financière qui nous est fournie ; qu'il existe, certes, des difficultés mais non insurmontables et qui, en aucun cas, ne s'apparentent à un état de cessation de paiement lorsqu'il est d'ailleurs constant que les remboursements de l'emprunt ne commencent qu'à partir de l'année 2005 ;

Que de surcroît, le tribunal qui a rendu la décision de liquidation des biens de la SOSACO le 17 novembre 2003 a en même temps, fixé la date de la cessation de paiement au 30 novembre 2003, soit postérieurement à la date de la liquidation des biens de la dite société, ce qui est contraire à l'esprit de la loi qui fait de l'état de cessation de paiement, la condition essentiellement devant aboutir à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ;

Que de même, la décision prononçant la liquidation des biens de la Société Sahel Compagnie (SOSACO) a, dans la même décision, désigné le commissaire aux comptes de la dite société en qualité de syndic liquidateur, toute chose également contraire à l'esprit de l'article 225 de l'acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui dispose que : « la dissolution de la société ne met pas fin aux fonctions du commissaire aux comptes » ;

Attendu que de tout ce qui précède, il est constant que le premier juge, en ordonnant la liquidation des biens de la SOSACO en méconnaissance des prescriptions des articles 25, 26 et 32 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et 26 des statuts de la société, a gravement violé la loi et sa décision mérite annulation.

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, contradictoirement, en matière civile et commerciale et en dernier ressort ;

EN LA FORME

Déclare l'appel de la SOSACO, représentée par son président du conseil d'administration, monsieur Adoum Togoï Abbo, recevable,

AU FOND

Annule la décision attaquée
Met les dépens à la charge des intimés.

3) TGI OUAGA, 18 FEVRIER 2004
Ohadata J-04-145, Voir Ohadata J-04-146

PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF - LIQUIDATION DES BIENS - REQUETE DES CREANCIERS AUX FINS DE LIQUIDATION DES BIENS - EXCEPTION D'IRRECEVABILITE - ENQUETE PRELIMINAIRE - ARTICLES 29 ET 32 AUPCAP - SIMPLE FACULTE - OBLIGATION DE LA JURIDICTION (NON) - CARACTERES DES CREANCES - CONTESTATION - ARTICLE 28 ALINEA 1 AUPCAP - DIFFERENTES FACTURES - DEFAUT DE PREUVE DU DEBITEUR - CREANCES CERTAINES, LIQUIDES ET EXIGIBLES (OUI) - RECEVABILITE DE L'ACTION -
CONDITIONS D'OUVERTURE DE LA PROCEDURE COLLECTIVE - CESSATION DES PAIEMENTS - CONTESTATION - ACTIF IMMOBILIER IMPORTANT - ARTICLE 25 AUPCAP - ACTIF NON DISPONIBLE - DETTE - CONFLIT ENTRE ASSOCIES - SITUATION COMPROMISE DE LA SOCIETE - DEFAUT D'OFFRE DE CONCORDAT - OUVERTURE DE LA LIQUIDATION DES BIENS (OUI) - FIXATION DE LA DATE DE CESSATION DES PAIEMENTS - EXECUTION PROVISoire (OUI).

La désignation d'un juge ou toute personne qualifiée pour faire l'enquête préliminaire, est une simple faculté et non une obligation faite à la juridiction. Le fait de ne pas satisfaire à cette faculté n'est pas une cause d'irrecevabilité de l'action en liquidation des biens intentée par des créanciers.

Par ailleurs, l'importance de l'actif immobilier d'une société ne signifie pas qu'elle n'est pas en cessation de paiement. L'état de cessation des paiements qui est distinct de l'insolvabilité, est établi lorsque le débiteur est hors d'état de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération les éléments d'actif constitués d'immobilisations.

ARTICLES 25, 28, 29 ET 32, 33 ET 217 AUPCAP

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE OUAGADOUGOU (BURKINA FASO),
Jugement n° 45 du 18 février 2004, KABORE Henriette (BTM) & Bureau d'Assistance Technique et Economique (BATEC-SARL) & Entreprise DAR-ES-SALAM c/ SOSACO

LE TRIBUNAL,

Par acte d'huissier de justice en, date du 24 et du 26 novembre 2003 :

1) KABORE Henriette, entrepreneur à l'enseigne Bâtiments Travaux Publics, Maintenance (BTM) domiciliée à Ouagadougou à la boîte postale 1780 ayant domicile élu en l'étude de maître SOGODOGO Moussa, avocat à la Cour ;

2) le Bureau d'Assistance Technique et Economique, BATEC-SARL, ayant son siège social à Cotonou (BENIN) pour lequel domicile est élu en l'étude de maître SOGODOGO Moussa, avocat à la Cour ;

3) L'entreprise DAR-ES-SALAM, représentée par son directeur général ABOUBACAR AMMA, ayant son siège social à AGADEZ au NIGER, à la boîte postale 220, dont le conseil est SOME Bannituo, avocat à la Cour ;

ont donné assignation à comparaître à la Société Sahel Compagnie (SOSACO) société anonyme ayant son siège social à la BP 5049 Ouagadougou, pour laquelle domicile est élu en l'étude des maîtres Sogotéré S. SANON, et TOE/BOUDA Franceline, avocats à la Cour à l'audience du 10 décembre 2003 par devant le tribunal de grande instance de Ouagadougou siégeant en matière civile et commerciale.

Advenue la date du 10 décembre 2003, le dossier fut renvoyé en chambre du conseil pour la date du 07 janvier 2004. A cette dernière date le dossier est renvoyé pour une nouvelle composition. Il sera finalement appelé en chambre du conseil le 30 janvier 2004. A l'audience du 30 janvier 2004, dans l'intérêt d'une bonne justice et en accord avec toutes les parties, il fut procédé par avant dire droit à la jonction des 3 procédures c'est à dire les RG 596, 597 et 599, cela conformément à l'article 306 du code de procédure civile. Après quoi l'affaire fut retenue, débattue, mise en délibéré, renvoyée pour décision à l'audience publique du 18 février 2004.

A la date du 18 février 2004, le tribunal vidant son délibéré, a prononcé la décision dont la teneur suit :

EXPOSE DE LA SITUATION

La Société Sahel Compagnie, en abrégé SOSACO est une société de droit burkinabè créée le 21 janvier 2000 avec pour principaux actionnaires monsieur ADOUM Togoï Abbo et monsieur Mohamed Boukary HAMMUDA. Dans le cadre de la réalisation de son objet social, la société a eu recours à différents prestataires de service dont les trois (03) personnes assignantes ;

En effet la créance dont se prévaut le Bureau d'Assistance Technique et Economique (BATEC-SARL) trouve son origine dans un contrat signé le 19 janvier 2001 avec SOSACO, au terme duquel BATEC-SARL s'est vu confiée la mission partielle de maîtrise d'oeuvre d'un complexe hôtelier à Ziniaré-Laongo au Burkina-Faso (cf. article 1^{er} de la convention) ;

KABORE Henriette BTM avait quant à elle été attributaire d'un marché à exécuter à Ouaga 2000 pour le compte de la SOSACO portant sur la construction d'un centre commercial et de deux villas de grand standing devant servir de logement au directeur général et au président du conseil d'administration de la société. Après avoir exécuté partiellement les travaux, le plus souvent avec des fonds propres, BTM a une créance chiffrée à 503.919.115 Francs dont elle a réclamé vainement le paiement ;

Enfin, l'entreprise DAR-ES-SALAM pour sa part a exécuté, toujours pour le compte de SOSACO, divers travaux au sein du complexe hôtelier de la paix à AGADEZ (République du Niger). A l'issue des travaux, il est ressorti un solde positif en faveur de l'entreprise DAR-ES-SALAM de 88.310.314 Francs ;

Alors que les trois créanciers demandeurs dans la présente procédure étaient toujours en attente d'être payés, ils se sont faits l'écho d'un conflit d'abord latent et ensuite ouvert entre les principaux associés de la SOSACO. Les divergences allaient apparaître au grand jour quand courant août 2003 le directeur général de SOSACO, consécutivement à une déclaration de cessation de paiement, saisissait le tribunal de grande instance de Ouagadougou aux fins de voir prononcer la liquidation des biens de la société ;

Face à ce qui constitue à leurs yeux un péril qui menace l'existence même de la société, les trois créanciers ci-dessus ont estimé que la seule chance qui leur restait d'être payés était de recourir à la procédure organisée par l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif notamment en ses articles 28 et suivants ;

Pour résister à la demande des créanciers, la SOSACO par les soins de ses conseils, plaide l'irrecevabilité de leur action pour non-respect de l'enquête préliminaire préalable telle que prévue par les articles 29 et 32 de l'acte uniforme précité. Que c'est d'ailleurs en vertu des

dispositions de l'article 29 qu'ils ont en date du 22 janvier 2004 adressé une correspondance au président de séance pour demander à ce qu'il soit sursis à tout débat au fond avant que le rapport d'expertise de gestion demandée ne rentre. Cela est d'autant plus nécessaire selon eux que les documents justificatifs produits par les créanciers prêtent à confusion ;

En tout état de cause, l'acte des demandeurs ne saurait prospérer d'avantage dans la mesure où la condition essentielle à savoir la cessation des paiements est loin d'être remplie. En effet, la SOSACO n'est pas en cessation de paiement, aussi la créance de BTM et de BATEC-SARL n'est ni certaine liquide et exigible. Au total donc les demandeurs doivent être déboutés de toutes leurs prétentions ;

MOTIFS DE LA DECISION

1) Sur la recevabilité de l'action des créanciers

Attendu que la Société Sahel Compagnie (SOSACO) conteste la régularité de l'action de ses créanciers pour le motif que celle-ci devait être précédée d'une enquête préliminaire diligentée par la juridiction compétente ; Qu'en effet, en vertu des articles 29 et 32 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, à défaut d'avoir fait comparaître le débiteur pour recueillir ses observations, la juridiction se devait de désigner un juge du siège ou toute personne qualifiée à charge de dresser et lui remettre un rapport sur la situation du débiteur, ce qui lui aurait permis de se prononcer en toute connaissance de cause ; que c'est donc pour réparer cette grave entorse à la procédure qu'elle sollicite qu'une expertise de gestion soit faite avant toute action ;

Attendu que cette lecture ne paraît conforme ni à l'esprit ni à la lettre de l'acte uniforme. En effet, à côté des hypothèses où la procédure collective peut être initiée par le débiteur lui même (article 25) ou le créancier (article 28) il y a une troisième hypothèse où cette faculté est laissée à la juridiction compétente sur dénonciation du représentant du ministère public ou du commissaire aux comptes (article 29) ;

Que c'est seulement dans cette dernière hypothèse c'est à dire l'auto-saisine que la juridiction fait convoquer le débiteur pour recueillir ses observations. Quand à la désignation d'un juge ou toute personne qualifiée pour faire un rapport, il s'agit d'une simple faculté et non d'une obligation faite à la juridiction. Aussi lorsqu'un juge est désigné, il aura entre autre mission de recueillir des renseignements sur la proposition de concordat faite par le débiteur, ce qui laisse opposer qu'une telle proposition ait été effectivement faite ;

Attendu que s'agissant de l'expertise de gestion présentée comme une sorte d'épouvantail pouvant se substituer au concordat sérieux que SOSACO n'a pas daigné présenter, il convient de faire observer ce qui suit :

- la demande d'expertise de gestion telle que formulée procède d'une démarche unilatérale, ce qui forcément ne lui assure pas la neutralité requise et ne lui confère aucun caractère contradictoire voir manuscrit l'expert désigné pour déposer son rapport, ce qui rend la démarche suspecte et l'apparente à de la dilution dans une circonstance où la célérité doit être de rigueur ;
- l'expertise de gestion relève beaucoup plus de la gestion interne de SOSACO, elle n'est donc pas opposable aux créanciers et encore moins au tribunal ;

2) Sur les caractères de la créance

Attendu que l'article 28 alinéa 1^{er} de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif dispose que « la procédure collective peut être ouverte sur la demande d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, pourvu qu'elle soit certaine, liquide et exigible » ;

Que c'est sur le fondement de cette disposition que BATEC-SARL, BTM et l'entreprise DAR-ES-Salam ont assigné la SOSACO en liquidation des biens ;

Attendu que SOSACO fait grief aux créanciers demandeurs d'avoir engagé leur action sur la base de créances contestables, à terme non échu et dont le montant n'est pas déterminé surtout en ce qui concerne BTM et BATEC-SARL ;

Attendu que curieusement, aucun argument sauf la demande d'expertise de gestion n'est avancé par SOSACO pour établir le caractère incertain, non liquide et non exigible des différentes créances ;

Attendu que s'agissant de la créance de BATEC-SARL, le montant de la créance est contenu dans une lettre de demande de paiement adressé à SOSACO le 7 octobre 2002 ;

Que pour ce qui concerne Henriette KABORE BTM, la créance est contenue dans un document récapitulatif l'ensemble des pièces comptables versées au dossier, lequel document est daté du 23 septembre 2003 ;

Qu'enfin la créance de la société DAR-ES-SALAM dont SOSACO ne semble pas remettre en cause l'existence à tout point de vue, a été arrêtée suite à la rencontre tenue le 1^{er} novembre 2003 dont copie du procès-verbal est jointe au dossier ;

Attendu que relativement au caractère exigible de ces créances, la date à prendre en considération n'est pas celle de l'arrêt des comptes, mais surtout les dates des différentes factures, ou celle à laquelle les différentes prestations ont été fournies. Aussi, contrairement aux dénégations de SOSACO, ce n'est pas faute d'avoir demandé le paiement que les créances sont restées jusqu'à ce jour en souffrance, les demandes de paiement n'ont pas eu de suite ;

Attendu que contrairement à l'article 25 de l'acte uniforme, l'article 28 ne fait pas de la cessation des paiements la condition préalable et sine qua non de l'ouverture de la procédure collective. L'existence de la créance, son caractère certain, liquide et exigible peuvent servir de fondement à l'action de tout créancier au sens de l'article 28 ;

Attendu cependant que l'on ne saurait concevoir l'ouverture d'une procédure collective contre une société en parfaite santé économique, c'est pourquoi on doit s'interroger sur la santé de SOSACO face à l'action de ses créanciers

3) Sur la cessation des paiements

Attendu que la cessation des paiements est définie à l'article 25 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif comme la situation du débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible

Que de façon plus prosaïque, la cessation des paiements est le fait du débiteur commerçant de ne pas payer une dette à l'échéance quelle que soit la nature de la créance ;

Attendu qu'en l'espèce la situation de la Société Sahel Compagnie impose certains constats. Le premier constat c'est que depuis bientôt une année les principaux actionnaires de la société

sont entrain de se déchirer, bloquant ainsi le fonctionnement normal de celle-ci et ralentissant le rythme de ses activités ;

Que ce conflit entre associés a abouti à une déclaration de cessation des paiements suivie d'une action en liquidation des biens, même si cette procédure n'a pas abouti, elle reste quand même symptomatique du malaise apparent que connaît SOSACO ;

Que le deuxième constat c'est que la SOSACO a accumulé au cours de dépenses sans retour sur investissement une énorme dette et ses créanciers, face à une situation pour le moins aussi confuse, sont en émoi et désespèrent logiquement de ne plus pouvoir être payés, d'où leur réaction ;

Attendu que la SOSACO pourtant envers et contre tout soutient qu'elle est et demeure une société viable, en parfaite santé financière, qu'elle n'est pas en cessation de paiement et elle en veut pour preuve l'actif immobilier assez important dont elle dispose ;

Attendu cependant que l'état de cessation des paiements qui est distinct de l'insolvabilité est établi lorsque le débiteur est hors d'état de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération les éléments d'actif constitués d'immobilisations (com. 20 novembre 1973, Bull civ-73-IV-298) ;

Attendu d'autre part que l'alinéa 3 de l'article 28 de l'acte uniforme donne la possibilité au débiteur assigné de faire dans le délai d'un mois suivant l'assignation une proposition de concordat ;

Que l'article 33 alinéa 2 du même acte uniforme prévoit que la juridiction compétente prononce le redressement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux ; dans le cas contraire, elle prononce la liquidation des biens ;

Que c'est donc la possibilité pour le débiteur de proposer un concordat sérieux qui conditionne le choix pour la juridiction entre le redressement judiciaire et la liquidation des biens ;

Attendu que sans que l'on ne sache trop pourquoi, la SOSACO, tout en clamant sa bonne santé financière n'a pas été en mesure jusqu'aujourd'hui de proposer un concordat, or la loi lui donnait un mois pour le faire à compter du 24 et 26 novembre 2003, dates respectives des assignations, mais au lieu de cela, la SOSACO demande une expertise de gestion presque deux mois après les assignations ;

Attendu qu'en réalité, le fait matériel du défaut de paiement ne suffit pas à lui seul pour caractériser la cessation du paiement. Le juge doit être mis à même de constater que la situation du débiteur se trouve irrémédiablement compromise et sans autre issue que la procédure collective ;

Attendu qu'à ce jour la SOSACO semble non seulement avoir perdu son crédit, mais le pire est peut être à venir si dans une hypothèse vraiment optimiste elle décidait d'une recapitalisation en ayant recours à un autre emprunt forcément ruineux, alors qu'à l'orée 2005, elle doit faire face au remboursement de l'emprunt initial ;

Qu'il faut en convenir que tous les éléments constitutifs d'une situation compromise à jamais sont presque réunis ;

Attendu qu'au total, absolument rien ne permet, à commencer par l'incapacité dans laquelle se trouve la SOSACO elle-même à proposer un concordat sérieux, de soutenir de très bonne foi qu'on est en présence d'une société en parfaite santé économique. Que c'est donc pourquoi il y a lieu d'accéder à la demande des créanciers et de prononcer la liquidation des biens de la Société Sahel Compagnie ;

PAR CES MOTIFS,

Statuant publiquement après débats en chambre de conseil, en matière commerciale et en premier ressort :

Constate que la Société Sahel Compagnie S.A remplit les conditions d'ouverture de la procédure collective, conformément aux articles 25, 28 et 33 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif ;

- En conséquence prononce la liquidation des biens de la dite société ;
- Fixe provisoirement la date de cessation de paiement au 1^{er} août 2003 ;
- Nomme SOU Sami Evariste, juge au siège du tribunal de grande instance de Ouagadougou, juge commissaire ;
- Désigne le cabinet d'audit financier et d'expertise comptable KOMBOÏGO et associés (CAFEC-KA), maître SANON Sidi, maître SOME Mathieu, avocats à la Cour en qualité de syndics liquidateurs ;
- Dit que présent le jugement sera mentionné sans délai au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) du tribunal de grande instance de Ouagadougou ;
- Dit qu'il sera publié dans un journal d'annonces légales du Burkina Faso à la diligence du greffier en chef du tribunal de grande instance de Ouagadougou ;
- Ordonne l'exécution provisoire conformément à l'article 217 de l'acte uniforme sur l'organisation des procédures collectives et d'apurement du passif ;
- Réserve les dépens

4) CA OUAGA, 16 AVRIL 2004

Ohadata J-04-146, Voir Ohadata J-04-145

PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF - LIQUIDATION DES BIENS – REQUETE DES CREANCIERS AUX FINS DE LIQUIDATION DES BIENS – DECISION D'OUVERTURE DE LA LIQUIDATION DES BIENS – APPEL -

EXCEPTION D'IRRECEVABILITE – ACTE D'APPEL – SIGNIFICATION DIRECTEMENT AUX INTIMES - DEFAUT DE QUALITE DES INTIMES - ARTICLES 52 ET 53 AUPCAP - DESSAISSEMENT DU DEBITEUR ET NON DES CREANCIERS - NULLITE DE L'ACTE D'APPEL (NON) -

LIQUIDATION DE LA SOCIETE – SUBSISTANCE DE LA PERSONNALITE MORALE - ARTICLE 205 AUSCGIE - PERTE DE LA PERSONNALITE MORALE (NON) – ADMINISTRATEUR ET ASSOCIE - CAPACITE ET INTERET POUR AGIR (OUI) – RECEVABILITE DE L'APPEL (OUI) -

SYNDIC - INTERVENTION VOLONTAIRE DU SYNDIC – ORGANE LEGALEMENT PREVU – RECEVABILITE (OUI) -

CONSTITUTION D'AVOCAT – AVOCATS DES DEUX PARTIES EXERCANT DANS UN MEME CABINET - VIOLATION DU SECRET PROFESSIONNEL - INDEPENDANCE DE L'AVOCAT – DEFAUT DE PREUVE - IRREGULARITE DE LA CONSTITUTION (NON) -

EXCEPTION D'INCOMPETENCE DE LA COUR - CONVENTION DES PARTIES - CLAUSE COMPROMISSOIRE – NON OPPOSABLE AUX TIERS -

LIQUIDATION DES BIENS - CONDITIONS DE FOND ET DE FORME - SITUATION FINANCIERE DESEPEREE DE L'ENTREPRISE - NON-PAIEMENT D'UNE OU DE PLUSIEURS CREANCES CERTAINES, LIQUIDES ET EXIGIBLES – DEFAUT DE PREUVE DE L'ETAT DE CESSATION DES PAIEMENTS DE L'ENTREPRISE - CESSATION DES PAIEMENTS (NON) -

CARACTERES DES CREANCES PRODUITES A L'APPUI DES ASSIGNATIONS EN LIQUIDATION – CONDITIONS CUMULATIVES - ARTICLE 28 AUPCAP – CARACTERE CERTAIN, LIQUIDE ET EXIGIBLE – CONTENU DE L'ASSIGNATION – NECESSITE D'UN TITRE EXECUTOIRE – CONDITIONS NON REUNIES (OUI) -

ANNULATION DU JUGEMENT QUERELLE – REJET DE LA REQUETE DES CREANCIERS AUX FINS DE LIQUIDATION DES BIENS.

La situation de cessation des paiements se traduit matériellement par l'installation d'une situation financière désespérée de l'entreprise, caractérisée par le non-paiement d'une ou de plusieurs créances certaines, liquides et exigibles. Les éléments sur lesquels se basent les créanciers pour déclarer que la société est en état de cessation des paiements effectif ont déjà été discutés dans l'arrêt n° 84 du 21 nov. 2003 (Voir Ohadata J-04-140) qui avait conclu « qu'au regard de l'analyse de la situation financière de la société qui avait été fournie, la preuve de la cessation de paiement n'était pas établie ; qu'il existe, certes, des difficultés mais non insurmontables et qui, en aucun cas, ne s'apparentent à un état de cessation de paiement... ».

Aucun élément nouveau n'a été rapporté par les créanciers pour prouver, ni une situation de cessation des paiements ouverte, ni celle de la cessation des paiements déguisée, 'il s'en suit qu'aucune preuve de l'état de cessation des paiements de la société n'a été rapportée pour permettre à la juridiction compétente de la constater. C'est donc à tort que le premier juge a prononcé la liquidation des biens de la société sur ce fondement.

S'agissant des créances produites à l'appui des assignations en liquidation, il résulte de l'article 28 AUPCAP que le créancier qui entend recourir à l'ouverture d'une procédure collective doit tout d'abord établir de manière certaine sa créance et ensuite le défaut de paiement en présentant le titre qui consacre la créance ; qu'il s'agit tout d'abord d'une créance certaine, c'est à dire une créance qui existe et qui ne souffre pas de contestation sérieuse ; ensuite, la créance doit être liquide, c'est à dire, qu'elle doit être déterminée quant à son montant ; enfin, elle doit être exigible, c'est à dire, à terme ou échue, le tout consacré par un titre.

ARTICLES 25, 28, 52 ET 53 AUPCAP
ARTICLES 55 AUPSRVE
ARTICLE 205 AUSCGIE

(COUR D'APPEL DE OUAGADOUGOU (BURKINA FASO), Chambre civile et commerciale, Arrêt n° 52 du 16 avril 2004, SOSACO c/ KABORE Henriette (BTM) & Bureau d'Assistance Technique et Economique (BATEC-SARL) & Entreprise DAR-ES-Salam)

LA COUR,

Vu le jugement n° 45/04 du 18 février 2004 ;
Vu l'appel de la Société Sahel Compagnie (SOSACO) du 19 février 2004 ;
Vu les pièces du dossier ;
Où les parties en leurs conclusions, fins, moyens et observations ;
Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Faits - Procédure - Prétentions et moyens des Parties

La Société Sahel Compagnie, en abrégé SOSACO, est une société anonyme de droit burkinabè créée courant année 2000 et qui a bénéficié d'un prêt de 10 millions de dollars US dont les premières échéances arrivent en 2005.

Ayant entrepris des investissements en vue de la promotion des ses activités commerciales, SOSACO a donc confié au Bureau d'Assistance Technique et Economique (BATEC-SARL) suivant convention en date du 19 janvier 2001 la mission partielle de maîtrise d'oeuvre d'un complexe hôtelier à Ziniaré-Laongo (Burkina Faso), à madame Henriette KABORE, directrice générale de BTM, la construction d'un centre commercial à Ouaga 2000 et de deux (02) résidences duplex également à Ouaga 2000 suivant conventions des 7 et 18 juin 2001. Enfin à l'entreprise DAR-ESSALAM, l'exécution de divers travaux au sein du complexe hôtelier de la Paix Agades (République du Niger).

Les 24 et 26 novembre 2003, madame Henriette KABORE, directrice générale de BTM, le Bureau d'Assistance Technique et Economique (BATEC-SARL) et l'entreprise DAR-ES-SALAM, représentée par son directeur général Aboubacar Amma ont, par exploits d'huissier de justice, donné assignation à la Société Sahel Compagnie d'avoir à comparaître par devant le tribunal de grande instance de Ouagadougou pour voir :

- constater la cessation des paiements de la Société Sahel Compagnie S.A ;
- en conséquence, prononcer sa liquidation des biens ;
- fixer provisoirement la date de cessation des paiements ;

- nommer tel juge commissaire et tels syndics qu'il plaira au tribunal de désigner ;
- ordonner l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif du traité Ohada ;
- ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant appel ou opposition.

La SOSACO conclut à l'irrecevabilité de l'action des demandeurs pour non-respect de l'enquête préliminaire préalable telle que prévue par les articles 29 et 22 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et au motif que la créance de BTM et de B.A.T.E.C-SARL n'est ni certaine, ni liquide et exigible. Elle conclut enfin au débouté des demandeurs de toutes leurs prétentions.

A l'audience du 18 février 2004, le tribunal rendait la décision suivante :
Statuant publiquement après débats en chambre de conseil, en matière commerciale et en premier ressort :

- Constate que la société sahel compagnie S.A remplit les conditions d'ouverture de la procédure collective, conformément aux articles 25, 28 et 33 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif ;
- En conséquence prononce la liquidation des biens de la dite société ;
- Fixe provisoirement la date de cessation de paiement au 1^{er} août 2003 ;
- Nomme SOU Sami Evariste, juge au siège du tribunal de grande instance de Ouagadougou, juge commissaire ;
- Désigne le cabinet d'audit financier et d'expertise comptable KOMBOÏGO et associés (CAFEC-KA), maître SANON Sidi, maître SOME Mathieu, avocats à la Cour en qualité de syndics liquidateurs ;
- Dit que présent le jugement sera mentionné sans délai au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) du tribunal de grande instance de Ouagadougou ;
- Dit qu'il sera publié dans un journal d'annonces légales du Burkina Faso à la diligence du greffier en chef du tribunal de grande instance de Ouagadougou ;
- Ordonne l'exécution provisoire conformément à l'article 217 de l'acte uniforme sur l'organisation des procédures collectives et d'apurement du passif ;
- Réserve les dépens.

Contre cette décision, la Société Sahel Compagnie relevait appel le 19 février 2004 pour voir annuler le jugement entrepris.

Elle demande tout d'abord à la Cour de rejeter l'intervention volontaire du syndic, représenté par maître SANON Sidi au motif qu'elle bénéficie d'un sursis à l'exécution du jugement attaqué et que par conséquent le syndic ne saurait valablement agir. Ensuite, que maître SOGODOGO Moussa n'aurait pas reçu mandat de BATEC pour agir dans le cadre de cette procédure et la constitution de maître SOME Bannitouo aux côtés de l'Entreprise, DAR-ES-SALAM est irrégulière parce que contraire aux dispositions des articles 60 et 61 de la loi n° 016-2000/AN portant réglementation de la profession d'avocat et relatives à la déontologie du corps en ce que celui-ci est dans le même cabinet que maître SOME B. Mathieu, conseil de la SOSACO.

Enfin, la Société Sahel Compagnie soulève l'exception d'incompétence de la Cour au motif qu'une clause compromissoire insérée dans la convention qui lie les parties précise qu'en cas de survenance d'un litige, celui-ci sera réglé à l'amiable et à défaut par la procédure d'arbitrage.

En réplique, les conseils des créanciers font valoir que tout ce qui a été soulevé par la SOSACO constitue des demandes nouvelles qui doivent être rejetées conformément aux

dispositions de l'article 545 du code de procédure civile. A leur tour, ils soulèvent l'exception d'irrecevabilité de l'acte d'appel au motif qu'il a été signifié directement aux intimés alors que ceux-ci sont dessaisis au profit du syndic (art 53 et 216 A.U) ; qu'il y a donc irrégularité de fond entraînant la nullité de l'acte.

Au fond, la Société Sahel Compagnie conclut à la nullité de l'action de BTM, de BATEC et de l'entreprise DAR-ES-SALAM au motif que les conditions de forme et de fonds de la créance telles que décrites par l'article 28 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ne sont pas remplies et que la cessation des paiements de la SOSACO n'a pas été prouvée par les demandeurs à la liquidation des biens.

Que s'agissant de la créance de BTM, précise-t-elle à titre d'exemple, les travaux ne sont pas achevés tel qu'il en résulte du constat d'huissier ; qu'aux termes du contrat, les paiements s'effectuent au fur et à mesure de l'avancement des travaux après décompte ; qu'elle a déjà perçu plus de 900.000.000 F sur un total de 1.250.000.000 F prévu à l'achèvement complet des travaux alors que le dernier décompte n'a pas été fait par rapport aux travaux déjà réalisés ; d'où la créance ne revêt pas un caractère certain.

Que s'agissant de l'exigibilité de toutes les créances, il y a la clause compromissoire insérée dans la convention et qui exige le règlement de tout litige à l'amiable et à défaut par la procédure d'arbitrage.

Qu'il s'agit là de la condition sine qua non de l'exigibilité de la créance.

Qu'enfin, aucune des créances dont se prévalent les créanciers n'est constatée par un titre.

Pour terminer, la SOSACO indique qu'il ne résulte ni des débats, ni de l'acte d'assignation la preuve de la cessation des paiements ou d'un surendettement de la société qui se distingue d'ailleurs du refus de paiement et qui, enfin, doit sous-tendre la liquidation.

Quant aux intimés, ils concluent à la confirmation du jugement attaqué au motif que la Société Sahel Compagnie est en état de cessation de paiement effectif et qui est prouvé par les pièces versées au dossier, notamment la lettre du 14 novembre 2000 et le dépôt du bilan par le directeur général de la société ; que de surcroît le montant des créances est estimé à 1 milliard six cent millions alors que le capital social de SOSACO est de 500.000.000 FCFA ;

Qu'en outre, leurs créances sont compromises car il y a près d'une année qu'ils poursuivent le règlement en vain.

Enfin, maître Moussa SOGODOGO précise que son client, BATEC, souhaite le recouvrement de sa créance mais pas dans le cadre d'une procédure de liquidation ;

Attendu que l'affaire a été enrôlée pour l'audience publique ordinaire de la Cour d'appel du 19 mars 2004 et renvoyée à l'audience en chambre de conseil du 1^{er} avril 2004, date à laquelle elle a été retenue ; que les débats ont porté essentiellement sur les exceptions diverses soulevées par les parties et qui furent vidées à l'audience publique du 02 avril 2004

Qu'à cette date, l'affaire a été débattue sur le fond et mise en délibéré pour arrêt être rendu le 16 avril 2004 où la Cour a statué en ces termes ;

DISCUSSION

EN LA FORME

Sur l'exception d'irrecevabilité de l'appel

Attendu que les intimés soulèvent l'exception d'irrecevabilité de l'acte d'appel au motif qu'il a été signifié directement aux créanciers alors qu'aux termes de l'article 53 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, il y a dessaisissement au profit du syndic dès la dissolution de la société ; d'où un défaut de qualité constitutif d'une irrégularité de fond au sens des articles 141 et 145 du code de procédure civile entraînant ainsi la nullité de l'acte d'appel ;

Mais attendu qu'il résulte des dispositions des articles 52 et 53 de l'acte uniforme suscité que le dessaisissement s'opère à l'encontre du débiteur essentiellement et non à l'encontre des créanciers qui peuvent toujours agir aux côtés du syndic ; qu'en outre, ce dessaisissement n'est pas total car le débiteur conserve des possibilités d'actions individuelles dans certains cas ;

Que par ailleurs et, conformément aux dispositions de l'article 205 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le président du conseil d'administration, dans le cas d'espèce, en sa double qualité d'administrateur, représentant la SOSACO et d'associé, a pleinement qualité et intérêt pour agir dans le sens de sauvegarder les intérêts de ladite société ;

Que partant, la loi n'est nullement violée et l'appel interjeté dans les formes et délais prescrits par la loi est recevable ;

Sur l'intervention volontaire du syndic

Attendu que la Société Sahel Compagnie conclut au rejet de l'intervention du syndic, représenté par maître SANON Sidi au motif qu'il a été ordonné le sursis à l'exécution du jugement attaqué suivant ordonnance n° 03/2004 et que par conséquent, le syndic ne saurait valablement agir ;

Mais attendu qu'en l'espèce, le problème qui se pose n'est pas celui de l'exécution de la décision juridictionnelle prononçant la liquidation des biens de la SOSACO, mais plutôt celui de l'existence d'organes légalement prévus dans le cadre de la présente procédure ; que ces organes, bien que matérialisés par le jugement entrepris, existent parce que prévus d'avance par la loi et devant jouer un rôle bien déterminé ;

Que représentant la masse des créanciers dans la présente procédure, le syndic se doit de défendre les intérêts de ceux-ci indépendamment du fait que l'exécution intrinsèque du jugement, c'est à dire, la liquidation des biens de la SOSACO, ait été différée ;
Qu'il y a lieu en conséquence de recevoir l'intervention volontaire du syndic ;

Sur l'irrégularité de constitution de maître SOME

Attendu qu'il est fait grief au jugement attaqué d'avoir accueilli la constitution de maître SOME Bannitouo aux côtés de l'entreprise DARES-SALAM au mépris des dispositions des articles 60 et 61 de la loi n° 016-2000/AN portant réglementation de la profession d'avocat ;

Que cependant, il ne résulte ni des débats, ni des pièces du dossier la preuve de ce que cette constitution présente un risque de violation du secret professionnel ou celui de la perte de l'indépendance de l'avocat concerné ;

Que faute de rapporter cette preuve, il y a lieu de maintenir la constitution de maître SOME Bannitouo car le simple fait d'exercer dans un même cabinet ne constitue pas en lui seul un obstacle majeur ;

Sur l'exception d'incompétence de la Cour

Attendu qu'il est reproché également au premier juge d'avoir déclaré la juridiction compétente pour connaître de l'affaire alors qu'il existe une clause compromissoire insérée dans la convention des parties et qui précise qu'en cas de litige, celui-ci sera réglé à l'amiable et à défaut par la procédure d'arbitrage ;

Qu'en raison de l'existence donc de cette clause, la Cour est incompétente pour connaître du litige ;

Mais attendu que s'il est constant que dans les conventions, la volonté des parties est essentielle et crée la loi, il n'en demeure pas moins que les effets de ce consensualisme ne sont pas opposables aux tiers ;

Qu'en effet, l'objet de cette procédure est d'organiser de façon collective toutes les procédures de règlement en vue de l'apurement du passif de l'entreprise ; c'est pourquoi tous les créanciers sont constitués en une masse, représentée par le syndic ; en outre, la procédure revêt un caractère d'ordre public, d'où l'intervention de plus en plus croissant du ministère public et aussi la possibilité offerte à la juridiction compétente de se saisir d'office ; que dès lors, la clause compromissoire qui lie uniquement les parties à la convention ne saurait prospérer dans le cas d'espèce ;

Attendu que de tout ce qui précède, il convient de déclarer l'appel de la Société Sahel Compagnie (SOSACO) recevable ainsi que le syndic en son intervention volontaire ;

Qu'il y a lieu également de recevoir toutes les parties en leurs diverses exceptions soulevées, mais les rejeter comme étant mal fondées

AU FOND

Attendu qu'il est reproché au jugement attaqué d'avoir prononcé la liquidation des biens de la Société Sahel Compagnie (SOSACO) alors que les conditions de fond et de forme de la procédure ne sont pas réunies, notamment la cessation des paiements et les caractères de la créance

Que s'agissant de la cessation des paiements, l'article 25 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif la définit comme étant la situation dans laquelle le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ; que cette situation se traduit matériellement par l'installation d'une situation financière désespérée de l'entreprise, caractérisée par le non-paiement d'une ou de plusieurs créances certaines, liquides et exigibles

Qu'en l'espèce, les éléments sur lesquels se basent les créanciers pour déclarer que la SOSACO est en état de cessation des paiements effectif, à savoir la lettre du 14 novembre 2000 et le dépôt de bilan par le directeur général de la société, ont déjà été discutés dans l'arrêt n° 84 du 21 novembre 2003 et qui avait conclu « qu'au regard de l'analyse de la situation financière de la société qui avait été fournie, la preuve de la cessation de paiement n'était pas

établie ; qu'il existe, certes, des difficultés mais non insurmontables et qui, en aucun cas, ne s'apparentent à un état de cessation de paiement... » ;

Qu'aucun élément nouveau n'a été rapporté par les créanciers de la SOSACO pour prouver, ni une situation de cessation des paiements ouverte, ni celle de la cessation des paiements déguisée ; qu'il s'en suit qu'aucune preuve de l'état de cessation des paiements de la Société Sahel Compagnie n'a été rapportée pour permettre à la juridiction compétente de la constater ; que c'est donc à tort que le premier juge a prononcé la liquidation des biens de la SOSACO sur ce fondement ;

Attendu que s'agissant des créances produites à l'appui des assignations en liquidation de la SOSACO, il résulte des dispositions de l'article 28 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que : « la procédure peut être ouverte sur la demande d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, pourvu qu'elle soit certaine, liquide et exigible. L'assignation du créancier doit préciser la nature et le montant de sa créance et viser le titre sur lequel elle se fonde » ;

Qu'il en résulte que le créancier qui entend recourir à l'ouverture d'une procédure collective doit tout d'abord établir de manière certaine sa créance et ensuite le défaut de paiement en présentant le titre qui consacre la créance ; qu'il s'agit tout d'abord d'une créance certaine, c'est à dire une créance qui existe et qui ne souffre pas de contestation sérieuse ; ensuite, la créance doit être liquide, c'est à dire, qu'elle doit être déterminée quant à son montant ; enfin, elle doit être exigible, c'est à dire, à terme ou échue, le tout consacré par un titre ;

Attendu qu'en l'espèce, les créances produits par les intimés ne remplissent pas ces conditions cumulatives ; qu'en effet, il ressort des débats et des pièces du dossier que l'entreprise KABORE Henriette BTM par exemple n'a pas achevé les travaux, objet de la convention signée entre elle et la SOSACO ; que par ailleurs, le montant précis de la créance devrait être arrêté après décompte en fonction des travaux déjà exécutés avant paiement ; d'où le caractère contestable de la créance ;

Que de surcroît, une clause compromissoire a été insérée dans la convention qui lie les deux parties et indiquant que tout litige, né à l'occasion de l'exécution du contrat, doit être soumis à un règlement amiable et à défaut par la procédure d'arbitrage ;

Que ce faisant, la créance ne devient exigible qu'après le règlement amiable ou une sentence arbitrale conformément à la volonté commune des parties exprimée à travers la clause compromissoire ;

Qu'il en est de même pour BATEC qui sollicite d'ailleurs que la Cour lui donne acte de son désistement d'instance ;

Attendu enfin que le traité OHADA exige que la créance soit consacrée par un titre sans autres précisions ; que cependant, les caractères exigés de la créance, à savoir une créance certaine, liquide et exigible, fait croire qu'il s'agit bien des titres énumérés par l'article 55 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui fait état de créances non contestées et échues tel un chèque ou un quelconque effet de commerce revenu impayé et revêtu du protêt, ou encore, des loyers etc. ; que la matière qui vise entre autres le recouvrement de créances et les caractères de la créance commandent que soient visés les titres prévus à l'article 55 de l'acte uniforme suscités ;

Que dans le cas d'espèce, la créance de l'entreprise DAR-ES-SALAM qui n'a pas du tout été déterminée puisque l'on parle tantôt de 88.000.000 F, tantôt de 4.000.000 F n'est pas consacrée par un titre conforme ;

Attendu au total que la loi a été violée par les premiers juges dans leur décision, les conditions de fond et de forme pour l'ouverture de la procédure collective n'étant pas remplies ;
Qu'il y a lieu en conséquence d'annuler la décision attaquée et de rejeter l'action des sociétés BTM et DAR-ES-SALAM.

PAR CES MOTIFS,

Statuant publiquement, contradictoirement après débats en chambre de conseil et en dernier ressort ;

EN LA FORME

Déclare l'appel de la Société Sahel Compagnie (SOSACO) recevable ;
Reçoit le syndic en son intervention volontaire ;
Reçoit les parties en leurs diverses exceptions soulevées mais les rejette comme étant mal fondées ;

AU FOND

Donne acte à BATEC de son désistement d'instance ;
Annule le jugement querellé ;
Statuant à nouveau, rejette l'action des sociétés BTM et DAR-ES-SALAM ;
Condamne BATEC, BTM et DAR-ESSALAM aux dépens.

CAS PRATIQUE SUR LE DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

A- CAS PRATIQUE SUR L'ORDRE DE PAIEMENT DES CREANCIERS DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES

On suppose que l'on est en matière immobilière.

Par hypothèse, le montant des créances réclamé est le suivant :

- rang 1 : 5 millions ;
- rang 2 : 10 millions ;
- rang 3 : 20 millions ;
- rang 4 : 6 millions ;
- rang 5 : 18 millions ;
- rang 6 : 33 millions,

ce qui va donner un total de 92 millions de F.

Première hypothèse : La réalisation de l'actif immobilier du débiteur donne un montant de 35 millions.

Deuxième hypothèse : La réalisation de l'actif donne un montant de 39 millions.

Troisième hypothèse : La réalisation de l'actif donne un montant de 56 millions.

Quatrième hypothèse : La réalisation de l'actif donne un montant de 62,3 millions.

Comment sera faite la répartition des sommes recueillies dans ces différentes hypothèses ?

B- CAS PRATIQUE SUR L'APPLICATION JUDICIAIRE DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Cas pratique n° I

Relevez, en justifiant vos réponses, les éléments relatifs aux procédures collectives en cause qui vous paraissent incorrects ou insuffisants dans le jugement n° 020/03 du 29 janvier Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou (Burkina Faso), statuant en matière commerciale à la requête de la Société IFEX aux fins d'être admise au bénéfice du règlement préventif.

NB : Voyez le texte du jugement dans le document de formation.

Cas pratique n° II

Relevez, en justifiant vos réponses, les éléments relatifs aux conditions d'ouverture des procédures collectives qui vous paraissent incorrects ou insuffisants dans le jugement n° 389/2003 du 17 septembre 2003 du Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Burkina Faso à partir :

- soit du texte du jugement ;
- soit du texte de l'arrêt de la Cour d'appel de Ouagadougou, Burkina Faso, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 84 du 21 novembre 2003, SOSACO c/ Syndics liquidateurs de la SOSACO.

Comment expliquez-vous une telle méconnaissance ou mauvaise application du droit des entreprises en difficulté ?

EXERCICES SUR LES PROCEDURES COLLECTIVES (ERSUMA, 4 AVRIL 2007)

Groupe I : Analyse de l'arrêt la Cour d'appel de Dakar n° 26 du 27 avril 2001, SCI TERANGA contre Abdoulaye DRAME (Point de départ pour l'examen de la problématique générale de la rémunération des syndics et, d'une manière générale, des auxiliaires de justice).

Groupe II : Analyse du jugement de Tribunal de grande instance de Ouagadougou, 17 septembre 2003, Requête de la Société Sahel Compagnie (SOSACO) aux fins de liquidation des biens (Le texte du jugement se trouve dans le document de formation, page 84. Prière ne pas consulter l'arrêt relatif à la même affaire).

Relevez, en justifiant vos réponses, les éléments relatifs aux conditions d'ouverture des procédures collectives qui vous paraissent incorrects ou insuffisants ou discutables dans le jugement.

Groupe III : Jugement du Tribunal de grande instance hors classe de Niamey, 21 décembre 2005 (Ouverture d'une autre procédure en plus de celle ouverte à Abidjan contre la Compagnie Air Afrique). Problématique des procédures collectives internationales.

Groupe IV : 1) Etat des lieux de la réalisation des objectifs des procédures collectives. 2) Comment réaliser les trois principaux objectifs des procédures collectives : sauvetage des entreprises, paiement des créanciers, punition du débiteur ou des dirigeants fautifs ainsi que des syndics indéliçats.

**COUR D'APPEL DE DAKAR
ARRET N°261 DU 27/04/2001**

SCI TERANGA
(Me René Louis Lopy)

Contre
ADBOULAYE DRAME
(Me Saer Lo Thiam)

PRESENTS

Mouhamadou DIWARA, Président
Mamadou DEME et Abdoulaye NDIAYE, Conseillers
El Hadji Ayé Boun Malick DIOP, Greffier

ENTRE :

Sci teranga, poursuites et diligences de ses représentants légaux demeurant en ses bureaux au siège social de ladite société à Saly Portugal (Mbour), élisant domicile en l'étude de Me René Louis Lopy, avocat à la Cour ;

Appelante

Comparant et concluant par l'organe dudit avocat ;

D'une part

Et

Monsieur ABDOULAYE DRAME, Expert comptable demeurant à Dakar au 2 Place de l'Indépendance, Immeuble BIAO 1^{er} étage au Cabinet COOPERS & LYBRAND DIEYE, élisant domicile en l'étude de Me Saer Lo Thiam, avocat à la Cour ;

Intimé

Comparant et concluant par l'organe dudit avocat ;

D'autre part

Suivant exploit de Me Malick Seye FALL, Huissier de Justice à Dakar, en date du 04/12/2000, la SCI TERANGA a formé Opposition à l'ordonnance de Taxe n°578/00 en date du 07 novembre 2000 par laquelle le conseiller Taxateur de la Cour d'Appel de Dakar a taxé l'état des frais et émoluments de Abdoulaye DRAME dans l'affaire Jacky Adam-SCI Téranga contre Kazem Moussa Sharara à la somme de 19.389.995 francs ;

Et par l'exploit susvisé, la SCI TERANGA a fait servir assignation à Monsieur Abdoulaye DRAME d'avoir à comparaître et se trouver par-devant la Cour d'Appel de Dakar, Chambre Civile et Commerciale en son audience publique et ordinaire du 22/12/2000 pour y venir voir et entendre statuer sur les mérites de son recours ;

Sur cette assignation, l'affaire inscrite au rôle de la Cour sous le n° 1071 de l'année 2000 a été appelée à la date pour laquelle ladite assignation avait été servie ;

A cette date l'affaire a été mise au rôle particulier de la Cour et renvoyée jusqu'au 09/03/2001 pour dépôt de dossiers, date à laquelle elle a été utilement retenue ;

A cette date Maître René Louis Lopy, pour le compte de la SCI TERANGA a déposé des conclusions écrites, tendant à ce qu'il plaise à la Cour ;

Conclusions du 22 janvier 2001

« Vu l'ordonnance de désignation de Monsieur Francis PERCEPIED en qualité de liquidateur des la SCI TERANGA ;

Vu l'article 75 de l'ACTE Uniforme portant Organisation des Procédures Collectives et d'Apurement du Passif ;

Vu les conclusions en Intervention Volontaire du sieur Francis PERCEPIED ;

Recevoir la présente opposition de la SCI TERANGA et l'Intervention Volontaire de Monsieur Francis PERCEPIED agissant es qualité de liquidateur de la SCI TERANGA ;

Fixer au plus à 10.000 francs le taux du tarif horaire en l'espèce ;

Fixer au plus à 350 heures le temps suffisant pour réaliser la mission qui était requise ;

Fixer en conséquence au plus à 3.500.000 francs les honoraires de l'expert ;

Ecarter la TVA pour non-indication par l'expert de son numéro de contribuable et de niti indispensables pour l'application de la TVA ;

Ecarter en l'état les débours et frais en attendant la production par l'expert de justificatifs pour permettre d'en vérifier la réalité ainsi que l'exactitude de la dépense effectuée » ;

Conclusions en date du 20 février 2001

« Adjuger du plus fort à la société concluyente et à l'intervenant volontaire l'entier bénéfice de leurs écritures et demandes ;

Condamner le sieur Abdoulaye DRAME aux entiers dépens ;

A son tour Maître Saer Lo Thiam, pour le compte de Abdoulaye DRAME a déposé des conclusions écrites, tendant à ce qu'il plaise à la Cour ;

Conclusions du 08 février 2001

« En la forme

Déclarer l'opposition irrecevable ;

Subsidiairement au fond

Déclarer l'opposition mal fondée ;

Débouter la SCI TERANGA de sa demande en rétraction ou modification de l'ordonnance n°578/00 du 07 novembre 2000 ;

La condamner aux dépens » ;

Conclusions en date du 06 mars 2001

« Adjuger au concluant l'entier bénéfice de ses écritures principales » ;

les débats ont été clos ;

sur quoi Monsieur le Président a ordonné le dépôt des pièces du dossier sur le bureau de la Cour qui a mis l'affaire en délibéré pour l'arrêt à intervenir à la date du 27/02/2002 ;

DROIT

La cause en cet état présentait à juger les différents points de droit résultant du dossier et des conclusions prises par les parties en cause ;

QUID DES DEPENS ?

Advenue l'audience publique et ordinaire de ce jour 27/04/2001, la Cour vidant son délibéré a statué ainsi qu'il suit :

LA COUR

Vu les pièces du dossier ;

Ouï les parties en toutes leurs demandes ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi :

Statuant sur l'opposition formée le 4 décembre 2000 par la SCI TERANGA contre l'ordonnance n°578/00 du 7 novembre 2000, à elle signifiée le 16 novembre 2000, par laquelle le juge taxateur près la Cour d'Appel de céans a taxé l'état des frais et émoluments de Abdoulaye Dramé dans l'affaire Jacky Adam-SCI Teranga c/Kazem Moussa Sharara à la somme de 19.389.995 francs ;

Considérant que suivant conclusions du 22 janvier 2001, Francis Percepied agissant es qualité de liquidateur de la SCI Teranga est intervenu volontairement dans la cause ;

EN LA FORME

Sur la nullité de l'exploit d'opposition :

Considérant que suivant écritures du 8 février 2001, Abdoulaye Dramé conclut à la nullité de l'exploit du 4 décembre 2000, au motif qu'il comporte assignation à comparaître devant le Président de la 2^{ème} Chambre Civile de la Cour d'Appel, une autorité judiciaire sinon incompétente, du moins différente de la juridiction effectivement saisie, la Cour d'Appel en l'occurrence ;

Que l'acte serait impropre à remplir son objet ;

Considérant toutefois qu'il est constant que la SCI Téranga destinataire de l'acte a régulièrement comparu, constitué conseil et assuré sa défense suite à l'acte argué de nullité ;

Qu'en application des dispositions de l'article 626 alinéa 2 du Code de Procédure Civile, il échet de rejeter l'exception ;

Sur la recevabilité de l'opposition :

Considérant que suivant même écritures, Abdoulaye Dramé oppose l'irrecevabilité de l'opposition, qui aurait été formée hors le délai réglementaire de 15 jours ;

Considérant qu'en réplique, les demandeurs à l'opposition soutiennent que le délai n'est point de 15, mais de 17 jours, dès lors que s'agissant d'un délai franc, le jour de la signification et le dernier jour ne sont pas comptés ;

Que le dernier jour tombant en l'espèce un jour férié, le délai est prorogé jusqu'au dernier jour ouvrable suivant, qu'ils fixent au lundi 4 décembre 2000 ;

Que selon eux encore, la demanderesse à l'opposition ayant ses bureaux à Mbour, dans le ressort du Tribunal de Thiès et la défenderesse demeurant à Dakar, il y aurait lieu de tenir compte des délais de distance ;

Considérant qu'il est constant que le délai d'opposition à une ordonnance de taxe est de 15 jours ;

Considérant qu'il n'y a lieu de tenir compte d'un quelconque délai de distance, toutes les parties étant domiciliées au Sénégal ;

Considérant qu'il résulte de l'article 827 du Code de Procédure Civile que les délais prévus par ce code sont des délais francs et que lorsque le dernier jour d'un délai de procédure est un jour férié ou un samedi, ce délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant ;

Considérant cela étant, qu'il est constant que l'ordonnance entreprise ayant été signifiée le 16 novembre 2000, ce jour non compris de même que le vendredi 1^{er} décembre 2000, le délai qui a couru à compter du 17 novembre 2000 devait s'achever le samedi 2 décembre 2000 ; que ce jour étant férié, ainsi que le dimanche 3 février, le délai a continué à courir jusqu'au lundi 4 décembre 2000 ;

Or considérant qu'il n'est pas discuté que l'opposition a été formée le 4 décembre 2000 ;

Qu'il échet de déclarer l'exception mal fondée ;

AU FOND

Sur la qualité de débiteur de la SCI Téranga :

Considérant que la Société demanderesse à l'opposition soutient que la procédure ayant donné lieu aux diligences de l'expert objets de la taxation contestée opposait Kazem Moussa Sharara au sieur Jacky Adam et non à la SCI Téranga, qui ne pourrait dès lors être tenue à paiement ; qu'elle invoque au soutien de cette allégation une lettre en date du 2 janvier 2000 adressée en ce sens par le sieur Sharara à l'expert ;

Mais considérant qu'il résulte des documents produits que la procédure dont s'agit a concerné le sieur Jacky Adam pris en sa qualité de gérant de la SCI Téranga ;

Qu'au surplus, il résulte des dispositions sans équivoque de l'arrêt n° 44 du 21 janvier 2000 qui a désigné Abdoulaye Dramé que les frais de sa mission ont été mis à la charge de la SCI Téranga ;

Qu'il échet de déclarer le moyen mal fondé ;

Sur l'application de la règle de la suspension des poursuites individuelles ;

Considérant que suivant écritures du 22 janvier 2001, les demandeurs à l'opposition concluent à la rétraction de l'ordonnance par application de l'article 75 de l'Acte Uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives ;

Qu'ils exposent que suivant ordonnance n° 230 du 14 décembre 2000 du Président du Tribunal de Thiès, le sieur Francis Percepied a été désigné liquidateur de la SCI Téranga ;

Qu'ils soutiennent que cette nomination après constat de la dissolution de la Société s'oppose à toute poursuite individuelle, sauf production entre les mains du liquidateur désigné ; considérant qu'en réponse Abdoulaye Dramé fait remarquer que l'ordonnance de désignation invoquée a été rendue postérieurement à l'ordonnance entreprise et ne pourrait dès lors en fonder la rétraction ;

Qu'il soutient que l'article 75 de l'Acte Uniforme n'est pas applicable en l'espèce, puisque l'ordonnance de désignation invoquée n'est pas une décision d'ouverture d'une procédure collective, qu'elle est irrégulière et de surcroît inopposable, voire inexistante pour avoir été rendue par une autorité manifestement incompétente ;

Considérant que les opposants rétorquent que l'ordonnance dont s'agit est une décision qui, en l'état, s'impose à tous, et que la Cour qui n'est pas saisie d'un appel dirigé contre elle ne peut en apprécier la validité ;

Considérant, sans entrer dans le débat instauré par les parties, qu'il échet de faire remarquer que quand bien même l'ordonnance invoquée emporterait suspension des poursuites individuelles, cette règle ne constitue pas un obstacle à la recherche par l'expert d'un titre de créance par la taxation de ses frais et émoluments, mais seulement à l'exécution forcée de l'ordonnance de taxe autrement que par la production entre les mains du syndic ;

Qu'il échet dès lors de dire le moyen mal fondé ;

Sur le montant de la taxation :

Considérant que pour conclure à la rétraction de l'ordonnance ou à tout le moins la réduction du montant de la taxation, la SCI fait observer que l'expert ne vise aucun texte légal ou réglementaire comme base de son évaluation ;

Qu'il conteste le taux horaire retenu qui serait surévalué au regard de la qualité du travail effectué et propose le tarif horaire de 7.500 à 10.000 francs ;

Que le temps de 1610 heures facturées par l'expert pour lui-même et son personnel serait irréaliste, 300 à 350 heures étant suffisantes pour réaliser la mission requise ;

Que les débours et frais invoqués ne seraient pas justifiés ;

Que la somme réclamée au titre de la TVA serait sans fondement puisqu'elle en serait exonérée et que l'expert n'a pas indiqué son numéro de contribuable et de niti qu'elle juge indispensable pour appliquer la TVA ;

Considérant qu'aucun texte législatif ou réglementaire ne fixe de barème applicable aux prestations exportables ; qu'il convient dès lors de se référer aux usages en la matière compte tenu de la mission confiée ;

Considérant cela étant que l'arrêt du 21 janvier 2000 a désigné Abdoulaye Dramé avec pour mission de :

« 1) contrôler la gestion de la SCI Téranga en se faisant communiquer tous documents relatifs à son fonctionnement et d'aviser, en cas de besoin, les associés de tous actes irréguliers ou inopportuns pris au détriment de l'intérêt social avant ou après sa nomination ;

2) de convoquer, dans un délai de trois mois après notification de sa mission, une assemblée générale pour établir le bilan de la Société » ;

Considérant qu'il est précisé que la mission de l'expert mandataire prendrait fin après la tenue de l'assemblée générale et le rapport fait aux associés sur l'état de la Société ;

Considérant que cette mission, consistant en un véritable audit de la Société a été conduite du 27 janvier 2000, date de la notification de sa mission à l'expert, au 11 septembre 2000 date d'établissement du rapport ;

Considérant que dès lors, le temps de 1610 heures facturé apparaît amplement justifié ;

Considérant que les contestations par une des parties de la méthode de travail appliqué par l'expert ne pourrait justifier la réduction de ses honoraires ;

Considérant cependant que le tarif honoraire de 20.000 pour lui-même et de 7500, 4000 et 3000 francs pour les autres intervenants retenu par l'expert apparaît exagérés par rapport au taux habituel appliqué ;

Qu'il échet de le réduire à la somme de 10.000 francs pour l'expert et à celle de 3000 francs pour les autres intervenants, soit la somme totale de 8.190.000 francs au titre des honoraires ;

Considérant que la SCI soutient sans preuve à l'appui qu'elle est exonérée de TVA ; qu'ainsi que justement relevé par Dramé, les contestations élevées par la SCI relèvent exclusivement de ses rapports avec l'administration fiscale, et ne concernent nullement la collecte qu'il fait en tant que prestataire de service auprès des assujettis ;

t de la TVA à la somme de (8.190.000 francs X 10%) = 819.000 francs ;

ais d'hébergement et de restauration pour lui-même et son équipe (1.017.000), ainsi que de courrier et de greffe (32.895 francs) ;

Considérant que la réalité des déplacements et séjours à Sally lieu de situation de la SCI, pas plus que celle des frais de courrier et de greffe ne peuvent sérieusement être discutées, compte tenu des pièces justificatives produites ;

Considérant qu'en définitive il échet, reprenant les calculs de l'expert de taxer ses frais et émoluments ainsi qu'il suit :

honoraires : 8.190.000 francs,

TVA 10% : 819.000 francs,

débours et frais : 2.189.895 francs,

soit au total à la somme de 11.198.895 francs ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, contradictoirement, en matière civile et en dernier ressort ;

Déclare l'opposition recevable en la forme ;

Au fond :

Infirmant l'ordonnance entreprise,

Taxe les frais et émoluments de Abdoulaye Dramé à la somme de 11.198.895 francs ;

Condamne la SCI Téranga à lui payer cette somme ;

Condamne la SCI Téranga aux dépens ;

Ainsi fait, jugé et prononcé publiquement par la Cour d'Appel de Dakar, Chambre Civile et Commerciale en son audience publique et ordinaire du 27 avril 2001 étant au Palais de justice de ladite ville Bloc des Madeleines à laquelle siégeaient Monsieur Mouhamadou DIAWARA, Président, Messieurs Mamadou DEME et Abdoulaye Ndiaye, Conseillers et avec l'assistance de Me EL Hayé Boun Malick DIOP, Greffier ;

ET ONT SIGNE LE PRESENT ARRET

LE PRESIDENT ET LE GREFFIER

JUGEMENT COMMERCIAL
N° 544 DU 21-12-2005

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE HORS
CLASSE DE NIAMEY
AUDIENCE PUBLIQUE ORDINAIRE DU 07-12-2005

Le Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey, en son audience publique ordinaire du Sept Décembre de l'an deux mille Cinq, tenue pour les affaires civiles et commerciales par Mr. MAAZOU ADAM, Vice-Président du Tribunal, Président, assisté de Maître Mme RAKIA HASSANE, Greffière : a rendu le jugement dont la teneur suit :

ENTRE :

L'ASSOCIATION DES TRAVAILLEURS DE
L'ANCIENNE AIR AFRIQUE, assisté des Maîtres OMAR
DAN MALLAM et MARC LE BIHAN, Avocats à la cour :

LE PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE :

DEMANDEURS au sens de l'article 29 de l'AUPCAP,
D'une part /

ET :

LA COMPAGNIE MULTINATIONALE AIR
AFRIQUE, représentée par le Syndic délégué, HADI
BOULAMA, assisté des Maîtres Manou Kimba et Souleymane
Yankori, Avocats à la Cour:

DEFENDERESSE
D'autre part /

Suivant requête du 14-11605, l'association des travailleurs de l'ancienne Air Afrique, ayant son siège social à Niamey, assistée des Maîtres Omar Dan Mallam et de Marc Le Bihan, avocats à la cour, a sollicité la saisine d'office du Tribunal pour prononcer l'ouverture d'une procédure collective secondaire de la liquidation judiciaire de la compagnie multinationale AIR AFRIQUE afin d'apurer son passif envers ses travailleurs nigériens, sur ses fonds et biens mobiliers se trouvant sur le territoire national à savoir : la



somme de 1.290.000.000 f et du matériel d'assistance technique d'une valeur de 600.000.000 f.

Ainsi, elle fait observer que 43 mois après l'ouverture de la liquidation judiciaire de la dite compagnie suivant jugement commercial N° 95 du 25 Avril 2002 rendu par le Tribunal de Grande Instance d'Abidjan, la majorité des travailleurs nigériens n'ont pas été désintéressés.

A cet effet, nous avons par les soins de Monsieur le greffier en chef, par acte en date du 16 Novembre 2005 de Maître Moussa Mahamane Maïga, huissier de justice à Niamey, fait convoquer le nommé Hadi Boulama syndic délégué de la compagnie susvisée à comparaître à l'audience du 21-11-2005 à 9 H par devant nous, Vice-Président du Tribunal pour s'entendre exposer les faits de nature à motiver la saisine d'office du tribunal et recevoir ses observations concernant la cessation des paiements de la compagnie multinationale AIR AFRIQUE.

Au cours de cette audience non publique, après notification des faits dénoncés, à l'intéressé en présence de ses conseils et ceux de l'association dénonciatrice, ce dernier reconnaît que la compagnie multinationale AIR AFRIQUE est en liquidation judiciaire depuis le 25 Avril 2002 suite à un jugement commercial du Tribunal de Grande Instance d'Abidjan, mais il note tout de même son désaccord concernant l'ouverture d'une autre procédure collective de liquidation judiciaire, en soulevant ainsi trois exceptions :

- Défaut de qualité de l'association susvisée pour non production de son récipissé de reconnaissance ;
- Non respect de l'article 247 de l'acte uniforme en raison de l'autorité de la chose jugée ;
- Non respect de l'article 28 du même texte en ce que la requête susvisée ne fait valoir aucun montant chiffré d'une quelconque créance.

Cependant, eu égard à ce qui précède et après avoir fait acte dans le plumitif les dites observations du représentant de la débitrice et celles en réplique des conseils de la dénonciatrice, le Tribunal constate que la compagnie multinationale AIR AFRIQUE se trouve dans l'impossibilité de faire des propositions de concordat, étant en liquidation judiciaire depuis le 25 Avril 2002, partant l'octroi du délai de 30 jours prévu par l'article 29 al2 de l'acte uniforme devient sans objet, dès lors avisons les parties en cause de ce qu'il sera statué sur la présente affaire en audience publique du 30 Novembre 2005 à 9 H.

Advenue cette date, l'affaire a été retenue et plaidée le 07-12-2005, et mise en délibéré pour le 14-12-2005 puis prorogé au 21-12-2005, date à laquelle vidant son délibéré le Tribunal a statué ainsi qu'il suit :



LE TRIBUNAL :

Vu la requête du 14-11-2005 de l'association des travailleurs de l'ancienne compagnie multinationale AIR AFRIQUE et les conclusions de ses conseils du 24-11-05 et leur plaidoirie du 07-12-05 ;

Vu les réquisitions du Procureur de la République du 05-12-05, tendant à l'ouverture d'une procédure collective secondaire ;

Vu les conclusions écrites non datées et celles du 25 Novembre 2005 des conseils de la compagnie multinationale AIR AFRIQUE et leur plaidoirie du 07-12-2005 ;

SUR LES EXCEPTIONS

1°) Exception tirée du défaut de qualité

Il résulte des pièces du dossier que l'association dénonciatrice a prouvé à suffisance de droit sa qualité à agir par la production de l'arrêté N° 190 du 30-06-03 du Ministère de l'intérieur l'autorisant à exercer ses activités au Niger, qu'il n'est pas aussi contesté que parmi ses membres figurent, des anciens délégués et chefs de personnel de la compagnie multinationale AIR AFRIQUE ; Qu'en tout état de cause la liste prévue par l'article 29 de l'acte uniforme n'est pas limitative ;

Dès lors le moyen tiré du défaut de qualité et celui fondé sur article 200 du code du travail doivent être écartés .

2°) Exception tirée de l'article 247 de l'acte uniforme

Aux termes de l'article 251 du même texte la reconnaissance des effets d'une procédure collective ouverte par la juridiction compétente d'un Etat-partie ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une autre procédure collective par la juridiction compétente d'un autre Etat-partie, or c'est bien le cas de l'espèce, partant le moyen tiré de l'article 247 du même texte tombe de lui-même .

3°) Exception tirée de l'article 28 de l'acte uniforme

Il ressort des propres déclaration du syndic délégué lors de sa comparution à l'audience du 21-11-2005 que les travailleurs nigériens totalisent une créance d'un montant de plus de 1.600.000.000 f contre la compagnie multinationale AIR AFRIQUE ; qu'il s'agit bien là d'une créance reconnue liquide et exigible ; dès lors le moyen tiré de l'article 28 de l'acte uniforme doit être rejeté ;



SUR LE FOND

Selon les termes formels et l'esprit de l'article 251 de l'acte uniforme, ainsi que ceux des textes subséquents et de la jurisprudence en matière de liquidation, l'ouverture d'une autre procédure collective n'a d'autre but que l'accroissement de droits des créanciers en leur offrant la possibilité de la production multiple de leurs créances dans les différentes procédures engagées ;

En espèce, il est établi et non contesté que la compagnie multinationale AIR / AFRIQUE dispose des fonds et des biens sur le territoire national d'une valeur de plus de 1.600.000.000 F ;

Qu'il résulte aussi des mêmes pièces que 43 mois après, l'ouverture de la procédure collective de liquidation judiciaire devant le Tribunal de Grande Instance d'Abidjan les travailleurs nigériens n'ont pas encore été désintéressés au mépris des dispositions de l'article 96 de l'acte uniforme en conséquence de tout ce qui précède, il échet d'ordonner la liquidation des biens de la compagnie multinationale AIR AFRIQUE et de fixer provisoirement la date de la cessation des paiements au 2 Janvier 2001 .

Suivant l'article 3 des statuts de la dite compagnie, chacune des agences sise sur chaque territoire des Etats-parties a les attributs d'un siège social, or selon l'article 251 de l'acte uniforme, lorsqu'une procédure collective est ouverte sur le territoire d'un Etat-partie où le débiteur a son principal établissement ou la personne morale à son siège, elle est dite procédure collective principale, partant, il y a lieu de déclarer que la présente procédure collective ouverte envers la compagnie multinationale AIR AFRIQUE est une procédure collective principale .

En application 217 de l'acte uniforme, l'exécution provisoire étant de droit, il convient de l'ordonner ;

Aussi les frais engagés dans la présente procédure profitent à l'ensemble des créanciers, il est nécessaire qu'ils passent en frais privilégiés de la procédure

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, contradictoirement sur saisine d'office en matière commerciale et en 1^{er} ressort ;

- Rejette les exceptions soulevées ;
- Constate la cessation des paiements de la compagnie multinationale AIR AFRIQUE ;
- Prononce la liquidation des biens de la compagnie Multinationale AIR AFRIQUE et fixe provisoirement la date de la cessation des paiements au 2 Janvier 2001 ;

- Dit que la présente procédure est une procédure collective principale ;
- Désignons Monsieur le Vice-Président du Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey en qualité de juge commissaire et l'expert Sidibé Ousmane comme syndic de la liquidation .
- Ordonne l'exécution provisoire ;
- Dit que les dépens passeront en frais privilégiés de la procédure ;

Avis d'appel donné.

Ont signé le Président et le Greffier les jour, mois et an que dessus

Pour expédition certifiée conforme
Niamey, le 29 Décembre 2005

