

PRÉSENTATION DU PROJET D'ACTE UNIFORME DE L'OHADA PORTANT ORGANISATION

- des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution,
- du droit des sûretés et
- des procédures collectives d'apurement du passif

par Joseph ISSA-SAYEGH,
Agréé des Facultés de droit
Professeur aux Universités de Nice et d'Abidjan

DES PROCÉDURES SIMPLIFIÉES DE RECOUVREMENT ET DES VOIES D'EXÉCUTION

Dans la plupart des États parties de l'OHADA, les textes de procédure civile étaient devenus vétustes, imprécis ou lacunaires, donc inadaptés à la vie moderne des affaires. Il est donc devenu nécessaire de les réformer et de les uniformiser, au moins dans les dispositions absolument utiles pour constituer un environnement juridique et judiciaire favorable à la sécurité des acteurs économiques.

C'est pourquoi l'OHADA a entrepris, dans un projet non encore adopté par le Conseil des ministres, sans rien toucher à l'organisation judiciaire de ces États, ni à la théorie générale de l'action en justice et de l'instance, d'instituer de nouvelles procédures simplifiées de recouvrement des créances (Livre 1) et voies d'exécution (Livre 2).

Livre 1

LES PROCÉDURES SIMPLIFIÉES DE RECOUVREMENT

Le Livre 1 est assez court et ne concerne que deux procédures simplifiées de recouvrement des créances : l'injonction de payer et celle de délivrer ou de restituer un bien meuble déterminé.

I. PROCÉDURE D'INJONCTION DE PAYER (art. 1 à 18)

Cette procédure est déjà connue de la plupart, pour ne pas dire de tous les États parties, mais elle est conçue de façon si différente d'un pays à l'autre que, pour une meilleure intégration de l'espace juridique des acteurs économiques, il a paru nécessaire de l'uniformiser.

Cette procédure permet au créancier d'obtenir, sur simple requête, une décision judiciaire portant injonction, faite du débiteur, de payer dans un délai déterminé.

Sauf opposition de ce dernier dans un délai déterminé, cette décision devient exécutoire. En cas d'opposition, le contentieux est porté devant le juge du fond et donne lieu à une instance contradictoire dans les termes du droit procédural commun précédée d'une tentative de conciliation.

Il convient de signaler que cette procédure simplifiée est possible lorsque la créance est certaine, liquide et exigible et que :

- la créance a une cause contractuelle, quel qu'en soit le montant ;
- l'engagement du débiteur résulte de l'acceptation ou du tirage de tout effet de commerce ou d'un chèque dont la provision s'est révélée inexistante ou insuffisante.

La décision portant injonction de payer est caduque lorsqu'elle n'est pas signifiée au débiteur dans un délai de trois mois.

II. LA PROCÉDURE D'INJONCTION DE DÉLIVRER OU DE RESTITUER UN MEUBLE DÉTERMINÉ (art. 19 à 27)

Cette procédure est tout à fait nouvelle dans le dispositif judiciaire des pays membres de l'OHADA.

Dans les mêmes conditions que la précédente, cette procédure est destinée à permettre à un créancier qui ne dispose pas d'un titre exécutoire mais d'une créance certaine et exigible de livraison (vente) ou de restitution (résolution d'une vente, cessation d'un contrat de prêt, de louage, de dépôt...) d'un meuble corporel déterminé, d'obtenir la remise de celui-ci.

Livre 2

LES VOIES D'EXÉCUTION

Avant d'exposer les différentes voies d'exécution, il convient de présenter les dispositions générales qui les régissent.

I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

1) Sauf s'il s'agit d'une créance hypothécaire ou privilégiée, l'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles et, en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les biens immeubles (art. 28).

2) L'État est tenu de prêter son concours à l'exécution des jugements et autres titres exécutoires sous peine de voir sa responsabilité engagée du fait de son refus ou de sa carence (art. 29).

3) Bien que les entreprises publiques et les personnes morales de droit public bénéficient de l'immunité d'exécution, désormais leurs dettes certaines, liquides et exigibles peuvent donner lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu vers elles, sous réserve de réciprocité (art. 30).

4) Les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures en vue de l'exécution ou de la conservation des créances, sous peine de voir leur responsabilité engagée (art. 38).

5) Le débiteur peut obtenir des délais de grâce dans la limite d'une année (art. 39).

6) Le dépôt ou la consignation de sommes, effets ou valeurs, ordonné par voie judiciaire à titre de garantie ou à titre conservatoire confère le droit de préférence du créancier gagiste à son bénéficiaire (art. 40).

7) Les pouvoirs et obligations de l'huissier ou de l'agent d'exécution dans l'accomplissement des actes de saisie et d'exécution (pénétration dans un lieu en présence ou en l'absence du débiteur ou du tiers saisi ; ouverture des meubles ; désignation d'un gardien ; horaires d'intervention ; difficultés d'exécution...) sont décrits de façon précise (art. 41 à 49).

8) Le projet d'Acte uniforme pose le principe que tout bien du débiteur poursuivi est saisissable mais s'en remet à la législation des États parties pour la définition des biens insaisissables et déterminent les conditions dans lesquelles ceux-ci le demeurent (art. 50 à 53).

II. LA SAISIE CONSERVATOIRE DES MEUBLES CORPORELS OU INCORPORELS (art. 54 à 90)

L'utilité de cette procédure dont l'engagement est subordonné à la condition qu'une menace sérieuse pèse sur le recouvrement de la créance litigieuse (art. 54) apparaît essentiellement lorsque le créancier ne dispose pas d'un titre exécutoire (art. 55). Dans ce dernier cas, elle suppose, au surplus, l'intervention préalable du juge qui doit s'assurer que les conditions de sa mise en œuvre sont effective-

ment réunies. L'autorisation du juge n'est pas nécessaire lorsque la créance a une origine cambiaire ou résulte d'un contrat de louage d'immeuble à la condition que le non-paiement de l'effet de commerce ou des loyers soit établi (art. 55).

La saisie conservatoire se trouve dotée d'un domaine aussi vaste que possible puisqu'elle est applicable à tous biens meubles ou droits appartenant au débiteur (elle est prévue pour les droits d'associés et les valeurs mobilières : art. 85 et s.).

L'autorisation du juge est caduque si la saisie n'est pas pratiquée dans les trois mois de la décision qui la donne (art. 60). Par ailleurs, un délai strict d'un mois est imparti au créancier, à peine de caducité de la mesure, pour introduire une instance au fond afin d'obtenir un titre exécutoire (art. 61).

Lorsque ce titre aura été obtenu, la transformation en saisie définitive ou saisie-vente se fera sans intervention du juge par la simple signification du titre exécutoire par un acte d'huissier ou d'agent d'exécution (art. 69 et s.). Cette dernière solution a pour effet de rendre facultative, voire inutile, l'instance en validation. Plutôt que de l'imposer en toute hypothèse au créancier, il appartient au débiteur, s'il estime avoir des raisons de contester la saisie, de prendre l'initiative d'en référer au juge. L'huissier ou l'agent d'exécution a d'ailleurs l'obligation de l'en informer.

Il a paru, en outre, nécessaire d'autoriser la saisie conservatoire de biens situés sur la commune où habite le créancier lorsque le débiteur n'a pas de domicile fixe ou dont le domicile ou l'établissement se trouve dans un pays étranger (saisie foraine : art. 73). Cette dérogation à la compétence du juge du for du domicile du débiteur permet de résoudre les difficultés pratiques que suscitent, à la fois, le nomadisme et l'internationalisation des échanges.

Des dispositions spéciales sont prévues pour régler les questions délicates des contestations (art. 62 et 63) et de la pluralité de saisies (art. 74 à 76).

III. LA SAISIE ATTRIBUTION DES CRÉANCES

Cette procédure (art. 77 et s.) remplace désormais l'ancienne saisie-arrêt mais diffère de celle-ci sur deux points essentiels.

En premier lieu, la saisie est limitée aux seules sommes pour lesquelles elle a été autorisée pour garantir le créancier saisissant au lieu de porter sur la totalité de la créance saisie (ancien principe de l'indivisibilité de la saisie-arrêt sur la totalité des sommes saisies).

Lorsque le créancier est muni d'un titre exécutoire, il peut demander la conversion de la saisie conservatoire en saisie-attribution, laquelle opère rétroactivement au jour de la saisie conserva-

toire et fait échapper le créancier saisissant à la règle du concours avec les autres créanciers saisissants comme cela se pratiquait autrefois, pour la saisie-arrêt, durant la période précédant le cantonnement (art. 82 et s.).

IV. LA SAISIE ET LA CESSION DES RÉMUNÉRATIONS (art. 173 à 217)

En raison du caractère sensible des salaires et cessions des rémunérations du travail, il a été jugé bon de maintenir la procédure classique avec intervention du juge et tentative de conciliation pratiquées antérieurement.

Les règlements s'effectuent par l'intermédiaire du greffe du tribunal ou d'un organisme spécialement désigné à cet effet par chaque État partie. En cas de pluralité de saisies, les créanciers viennent en concours sous réserve des causes légitimes de préférence.

V. SAISIE-APPRÉHENSION ET SAISIE-REVENDEICATION DES BIENS MEUBLES CORPORELS (art. 218 à 235)

Pour compléter la procédure d'injonction de délivrer ou de restituer un meuble corporel, il est prévu une saisie-appréhension (art. 218 à 226) et une saisie-revendication (art. 227 à 235) destinées à garantir l'effectivité du résultat de la procédure engagée par le créancier de l'obligation de livrer ou de restituer en empêchant la disparition ou la dispersion du bien.

VI. LA SAISIE DES DROITS D'ASSOCIÉS ET DES VALEURS MOBILIÈRES (art. 236 à 245)

Antérieurement au projet, ces biens étaient assimilés soit à des créances, soit à des objets mobiliers corporels, ce qui n'était satisfaisant ni pour l'esprit ni pour les praticiens qui se heurtaient à de fréquentes et insolubles difficultés (par exemple, fallait-il engager la procédure de saisie-arrêt ou de saisie conservatoire ?). Une procédure spéciale de saisie a été prévue pour eux, qui tient compte de leur nature particulière et de la nécessité de mettre en cause la personne morale émettrice des droits d'associés et des valeurs mobilières.

VII. LA SAISIE-VENTE (art. 91 à 152)

La saisie-vente est l'équivalent de l'ancienne saisie-exécution. Elle suppose un titre exécutoire qui permet de l'entreprendre directement ou de convertir une saisie conservatoire.

Il convient de faire remarquer que, pour échapper aux résultats fâcheux d'une vente forcée, le débiteur peut vendre volontairement le bien saisi dans des conditions déterminées par les articles 115 à 119.

Les articles 129 à 146 prévoient la manière dont doivent être réglés les incidents de saisie, tels que l'opposition des créanciers (art. 130 à 138), les contestations relatives à la propriété des biens saisis (art. 140 à 142), celles relatives à la saisissabilité des biens (art. 143) et celles relatives à la validité de la saisie elle-même (art. 144 à 146).

Des dispositions particulières réglementent la saisie des récoltes sur pied (art. 147 à 152).

VIII. LA SAISIE IMMOBILIÈRE (art. 246 à 323)

Cette procédure était organisée, auparavant, par les textes fonciers coloniaux qui ont subi très peu de modifications à ce jour et n'ont pas tous été incorporés dans les codes de procédure civile des différents États parties concernés. Le projet l'incorpore désormais dans un texte général sur les voies d'exécution.

La procédure proposée dans le projet n'a pas été sensiblement modifiée par rapport à la législation antérieure. Trois points, cependant, méritent d'être signalés.

1) Le premier concerne le défaut d'immatriculation des immeubles dont le créancier poursuit la réalisation forcée.

La solution à ce problème a consisté à exiger du créancier qu'il requiert l'immatriculation, lorsque celle-ci n'a pas été effectuée, avant de signifier le commandement de payer, acte initiateur de la procédure de saisie immobilière (art. 253). Cette disposition est en accord parfait avec celle qui, dans l'Acte uniforme organisant les sûretés, permet à un créancier hypothécaire de procéder de même.

2) La seconde difficulté porte sur la détermination de la mise à prix de l'immeuble. Il a été décidé que celle-ci ne saurait être inférieure au quart de la valeur de l'immeuble appréciée soit au regard de l'évaluation faite par les parties lors de la constitution de l'hypothèque conventionnelle, soit, à défaut, par comparaison avec les transactions portant sur des immeubles de nature et de situation semblables (art. 267).

3) Enfin, pour permettre une réalisation de l'immeuble dans les meilleures conditions possibles, il a été proposé que le débiteur puisse procéder à la vente amiable de son bien dans des conditions qui ne sacrifient ni ses intérêts ni ceux des créanciers poursuivants (art. 324 à 333 proposés).

IX. DISTRIBUTION DU PRIX

Les articles 324 à 334 décrivent la manière dont la distribution du prix du bien meuble ou immeuble réalisé doit se faire en distinguant selon qu'il n'y a qu'un seul créancier poursuivant ou plusieurs.

Dans ce dernier cas, les créanciers peuvent s'entendre sur une répartition consensuelle du prix. A défaut d'un tel accord, la répartition se fait par décision de justice au terme d'une procédure rapide mais suffisamment garante des intérêts de tous les créanciers poursuivants et opposants.

DU DROIT DES SÛRETÉS

Hormis le Sénégal (code des obligations civiles et commerciales, troisième partie, articles 827 à 1077), aucun des pays africains de la zone franc n'avait refondu le droit des sûretés ; ceux-ci se trouvaient, de ce fait, soumis aux dispositions du code civil français de 1804 et des nombreux autres textes épars pris en la matière. La refonte de ce pan du droit se justifiait donc en raison de la vétusté et des lacunes des textes qui affectaient les sûretés personnelles, les sûretés réelles et leur classement.

I. SÛRETÉS PERSONNELLES

A) En tout premier lieu, le cautionnement dont les règles n'avaient pas été modifiées depuis 1804 dans les pays africains de la zone franc méritait largement de bénéficier des nombreuses et importantes réponses apportées par la jurisprudence et la doctrine, depuis près de deux cents ans, aux problèmes majeurs posés par cette sûreté dans la pratique. C'est ce qu'ont voulu réaliser les auteurs de la réforme en conciliant les intérêts légitimes du créancier garanti et de la caution, notamment sur les points essentiels suivants :

1) Pour protéger le consentement de la caution, il est requis, à peine de nullité, que le cautionnement soit exprimé par écrit pour une somme déterminée, *ab initio*, en principal et accessoires de la dette (art. 8). Il en est de même pour le cautionnement général ou de tous engagements qui ne peut être donné que pour une somme maximale déterminée ; mais pour assurer la souplesse de cette forme de cautionnement, celui-ci est susceptible de renouvellement soit avant soit après que ce montant a été atteint ou de révocation avant que la dette parvienne à ce montant (art. 9).

Une disposition spéciale est prévue pour protéger le consentement de la caution illettrée qui doit se faire assister de deux témoins lettrés (art. 4).

2) Pour renforcer la sécurité du créancier garanti, le principe est que la caution est solidaire du débiteur principal, sauf stipulation contraire expresse (art. 10).

3) Pour éviter que la caution soit surprise par les incidents de paiement du débiteur garanti et ne puisse prendre les mesures conservatoires qui s'imposent pour préserver ses intérêts, le créancier a l'obligation, sous peine de perdre ses recours contre elle :

- de l'informer de toute défaillance du débiteur, déchéance ou prorogation du terme (art. 14) ;
- de l'évolution du passif du débiteur garanti lorsque le cautionnement est général (art. 14).

B) La refonte du droit des sûretés a été l'occasion d'introduire, sur le plan législatif, afin de l'organiser, la garantie à première demande (art. 28 à 38) en raison de son importance grandissante dans les relations d'affaires et des nombreux problèmes qu'elle pose dans la pratique, souvent délicats à régler en raison du vide législatif total en la matière. La réglementation (légère, afin de ne pas la rendre rebutante) est empruntée aux règles suggérées par la Chambre de commerce internationale pour la rédaction de telles garanties dans un document récemment publié portant "Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties à première demande".

1) Des conditions de fond et de forme strictes ont été édictées (sous peine de nullité, à l'instar du formalisme exigé pour la validité des effets de commerce), d'une part, pour empêcher les personnes physiques de contracter de telles garanties redoutables (art. 29) et, d'autre part, pour permettre aux seules personnes morales qui peuvent s'y soumettre d'être parfaitement renseignées sur la nature et le contenu de leurs engagements (art. 30).

2) Les effets de la garantie à première demande sont ceux reconnus par la pratique des affaires et la jurisprudence, sous réserve de quelques précisions sur : la procédure de demande en paiement, l'expiration de la garantie, les moyens de défense opposables par le garant ou le donneur d'ordre en cas de fraude ou d'abus manifeste du bénéficiaire, les recours du garant et du donneur d'ordre...

II. SÛRETÉS RÉELLES

Le domaine des sûretés réelles mobilières et immobilières suscite davantage de questions et de suggestions.

A) SÛRETÉS MOBILIÈRES

1) Le droit de rétention, autrefois consacré par quelques textes particuliers et épars (vente, dépôt, succession, droit du travail...) dont on déduisait une application plus ou moins générale et heureuse, fait désormais l'objet de dispositions de portée générale (art. 41 à 43) offrant des avantages indéniables par rapport au passé :

- le droit de rétention est qualifié de sûreté sans ambiguïté au lieu d'être considéré (c'était le cas autrefois selon les situations) comme une simple exception d'inexécution ou une saisie-arrêt improvisée ou une compensation ;

- ses conditions d'exercice, son assiette et sa réalisation sont nettement définies et en font une sûreté active et achevée assimilée au gage à cet effet au lieu d'être considérée comme une sûreté passive et inachevée ainsi que le fait le droit français.

2) Le gage a subi une mise à jour des techniques de constitution lorsqu'il porte sur certains biens mobiliers incorporels (titres de créance, titres nominatifs ou à ordre) ou sur des choses fongibles ou consommables. Notamment, la constitution d'un gage sur des créances fait, désormais, l'objet de dispositions précises permettant au créancier gagiste de réaliser la créance gagée sans préjudice pour lui ni pour le débiteur titulaire de la créance donnée en gage.

3) A côté des nantissements sans dépossession classiques sur le fonds de commerce, le matériel professionnel et les véhicules automobiles (pour ces derniers, on parlait improprement de gage antérieurement) qui n'ont pas subi de modifications notables (art. 69 à 90, art. 91 à 99), il a été fait une place au nantissement des actions et parts sociales (art. 64 à 68) articulé sur les dispositions du droit des sociétés commerciales et des voies d'exécution, ainsi qu'au nantissement des stocks et des matières premières (art. 100 à 105).

Ce dernier nantissement appelle quelques observations particulières. On constatait autrefois une multiplicité de warrants (agricole, industriel, pétrolier...), chacun étant régi par un texte spécial. Cette hétérogénéité et cette dispersion des textes (qui ne facilitaient pas la recherche et la connaissance de ces sûretés) ont été avantageusement réduites par une réglementation commune et uniforme de tous ces warrants qui, d'ailleurs, à cette occasion, ont perdu leur appellation anglaise au profit du terme français, plus approprié, de *nantissement*, ce qu'ils sont en fait et en droit. La création d'un bordereau de nantissement, véritable billet à ordre endossable constatant la créance et sa garantie, permet la mobilisation de cette créance.

4) La liste des privilèges généraux du code civil était archaïque, abondante et désordonnée. D'autre part, l'assiette (mobilière et immobilière) de ces privilèges ainsi que leur classement étaient

déterminés de façon très confuse par le législateur français, et cela d'autant plus que la liste en avait été allongée démesurément depuis deux cents ans.

Il a donc paru opportun de réduire cette liste en éliminant les privilèges qui ne correspondaient ni à l'Afrique ni à notre époque (ex. : privilège de la nourrice, privilège du Crédit foncier...) et de déterminer, de façon aussi exacte que possible, leur assiette et leur rang, entre eux d'abord et parmi toutes les autres sûretés ensuite (art. 106 à 108).

5) Les privilèges généraux sont, par essence, occultes. Pourtant, certains d'entre eux garantissent des sommes très importantes (Trésor, douane, organismes de sécurité sociale) dont la découverte surprend fâcheusement les créanciers qui ont accordé du crédit au débiteur dans l'ignorance totale de ce passif privilégié qui, souvent, absorbe l'intégralité de l'actif.

C'est pourquoi il a été jugé opportun d'assurer une publicité de certains de ces privilèges pour les rendre opposables aux créanciers à travers un Registre du crédit mobilier (réglementé par l'Acte uniforme sur le droit commercial général en association avec le registre du commerce) qui, par ailleurs, centralise la publicité de toutes les sûretés mobilières soumises à cette formalité (nantissement et privilège du vendeur de fonds de commerce, nantissement du matériel professionnel, des véhicules automobiles, nantissement des parts et actions sociales, nantissements des stocks et des matières premières...).

6) La liste des privilèges mobiliers spéciaux (art. 109 à 116) méritait également un toilettage pour en évincer ceux qui ne correspondaient plus à rien dans la vie économique moderne (ex. : privilège de l'hôtelier sur les effets mobiliers apportés par le voyageur) ou réduire ceux qui étaient excessifs (ex. : privilège du bailleur d'immeuble sur les meubles garnissant les locaux loués qui garantit un an de loyers au lieu de deux années de loyers échus et deux années de loyers à échoir postérieurement à la saisie).

Un autre point délicat était à régler : le conflit entre des privilèges mobiliers spéciaux portant sur les mêmes meubles. Les solutions léguées par le droit français étaient particulièrement complexes à cet égard et souvent impraticables ou sujetes à controverse (préférence des privilèges fondés sur l'idée de gage par rapport à ceux fondés sur l'idée de plus-value introduite par le créancier dans le patrimoine du débiteur, préférence du privilège du conservateur sur tous ceux dont la créance est antérieure à la sienne ; en cas d'égalité entre créanciers "gagistes", préférence accordée à celui qui a été mis en possession en dernier ; en cas de concours entre créanciers ayant procuré une "plus-value", préférence au premier saisissant).

Une seule règle de solution de conflit a été retenue : la préférence est accordée au premier saisissant.

B) SÛRETÉS IMMOBILIÈRES

Contrairement au droit des sûretés mobilières, celui des sûretés immobilières applicable dans les pays de la zone franc apparaît plus moderne tel qu'il résulte notamment des trois textes coloniaux définissant le régime foncier et comportant des dispositions relatives à de telles sûretés et à la publicité foncière. Ces dernières n'ont nullement été modifiées ou presque pas par les lois postérieures à l'indépendance qui ont réformé les régimes fonciers. Il s'agit des textes suivants :

- le décret du 28 mars 1899, modifié par le décret du 12 décembre 1920 applicable au Congo, au Gabon, au Tchad et en République centrafricaine ;
- le décret du 24 juillet 1906 applicable au Togo ;
- le décret du 26 juillet 1932 applicable au Sénégal, à la Mauritanie, au Mali, à la Guinée, au Burkina-Faso, au Niger, au Bénin et en Côte-d'Ivoire ;
- le décret du 21 juillet 1932 applicable au Cameroun.

Le droit des sûretés immobilières étant organisé sensiblement de la même façon dans tous ces pays, l'unification de certains points essentiels passibles de réforme ne présentait pas de difficultés majeures.

1) Les hypothèques

a) Énumération

- L'antichrèse ayant été supprimée par les législations précitées, il ne paraissait pas opportun de rétablir cette sûreté quelque peu archaïque et peu pratique dans la mesure où la cession de loyers peut la remplacer utilement, voire avantageusement.

- Les hypothèques conventionnelles (art. 126 à 131) constituent le droit commun des hypothèques sous réserve des dispositions particulières aux hypothèques forcées (art. 118). La forme authentique ou sous seing privé de la convention d'hypothèque est décidée par la législation de chaque État partie (art. 128).

- Le remplacement de tous les privilèges immobiliers (existant encore en droit français) par des hypothèques forcées, opéré par les législations coloniales, a été maintenu dans la mesure où il confère uniformité et cohérence à l'ensemble des hypothèques.

Il a paru judicieux de réglementer l'hypothèque forcée du vendeur (de l'échangiste, du copartageant et du prêteur de deniers : art. 134), de l'architecte et de l'entrepreneur (art. 135) ainsi que l'hypo-

thèque judiciaire conservatoire (art. 136 à 144), en laissant le soin à la législation de chaque État partie de réglementer les autres hypothèques forcées, notamment celles relevant du droit de la famille (hypothèque légale d'un époux ou des incapables, privilège des créanciers séparatistes...) et de la comptabilité publique, étant entendu que leur est appliqué le principe de l'inscription obligatoire des hypothèques forcées pour être opposables aux autres créanciers du débiteur.

b) Péremption

Il a semblé juste de supprimer la règle ancienne selon laquelle les inscriptions d'hypothèque ne se périment pas (art. 123), car elle expose le débiteur qui se serait acquitté de sa dette à supporter des frais importants de radiation alors même qu'il pourrait attendre patiemment l'écoulement du délai de validité de l'inscription pour qu'elle tombe automatiquement sans frais.

Un autre assouplissement aurait été nécessaire : la purge des hypothèques. En principe, celle-ci ne peut résulter que d'une vente forcée judiciaire ou d'une expropriation pour cause d'utilité publique ou du paiement intégral de la dette suivi d'une mainlevée. Cette rigidité ne permet pas de libérer l'immeuble de l'hypothèque en cas de vente de gré à gré même si le prix est sincère et raisonnable et expose le propriétaire à renoncer à une vente avantageuse ou l'acquéreur à être exproprié (par l'exercice du droit de suite du créancier hypothécaire) ou à payer l'intégralité de la dette, c'est-à-dire un prix supérieur à la valeur de l'immeuble. Cette solution de vente amiable n'a été retenue ni dans le droit des sûretés ni dans celui des voies d'exécution.

2) La publicité foncière

Les décrets coloniaux précités organisent également une publicité foncière : tout droit réel immobilier (propriété, usufruit ; servitude ; hypothèque ; bail emphytéotique ; bail à construction ; droit de superficie, d'usage et d'habitation...) doit faire l'objet d'une publicité foncière, à savoir :

- il faut observer une procédure d'immatriculation pour l'établissement d'un titre foncier sans lequel aucune constitution, transmission ou modification de droit réel immobilier n'est possible ; tous les pays concernés ou presque ont déjà légiféré sur ce plan et dans des voies si différentes qu'il était périlleux de s'aventurer sur ce terrain sensible, au demeurant sans grande importance pour la publicité foncière proprement dite qui en est la suite ;

- la publicité foncière est gérée par des services administratifs (conservation foncière) qui, pour les mêmes raisons que celles précitées, ne paraissaient pas devoir être touchés ;

— enfin les règles ou formalités de publicité proprement dites des hypothèques (inscription de la constitution, de la mainlevée, de la transmission, de la modification) auraient pu être utilement uniformisées ou harmonisées de manière à ne pas dérouter les créanciers ; mais il ne faut pas se cacher que si on y touchait, on touchait aussi nécessairement aux règles et formalités de publicité des autres droits réels et aux opérations qui les concernent (vente, servitude conventionnelle ou légale, concession de bail emphytéotique, de bail à construction, de droit de superficie, d'habitation, cession de loyers...). Les auteurs de la réforme ont considéré qu'il était prématuré et délicat d'aller jusque-là.

III. CLASSEMENT DES SÛRETÉS

A) Le classement des sûretés, tel qu'il avait été légué par le droit français, était particulièrement complexe et confus même pour les esprits les plus éclairés. C'est pourquoi il était judicieux d'établir, séparément, un classement des sûretés en matière immobilière en un seul article (148) et un autre en matière mobilière (un seul article : 149) en énumérant, dans l'ordre où elles doivent être servies, les différentes sûretés prévues et organisées par les textes de droit uniforme. Une telle méthode permet d'éviter toute interrogation sur le sort de telle ou telle sûreté.

B) Bien entendu, il est inévitable que tel texte national particulier adopté ultérieurement et extérieurement au texte uniforme par un État crée un privilège général ou une hypothèque forcée nouvelle au profit de telle personne physique ou morale jugée digne d'intérêt (pour une nouvelle taxe fiscale ou parafiscale locale, pour un établissement financier ou de crédit à but social, par exemple).

Il était donc utile de prévoir, dans le texte uniforme, que ledit texte particulier indique expressément le rang de ce nouveau privilège par référence à un autre privilège du droit commun déjà répertorié et classé, faute de quoi le rang de cette nouvelle sûreté sera automatiquement celui du dernier privilège précédant immédiatement les créanciers chirographaires.

Une telle disposition est inutile pour une hypothèque forcée nouvelle dans la mesure où le principe, en la matière, est que le rang des hypothèques est déterminé par la date de leur inscription.

DES PROCÉDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF

Jusqu'à présent, le droit positif des procédures collectives des États parties de l'OHADA se partage en trois catégories de législations.

La majeure partie des pays vit encore sous la législation originelle du code de commerce telle que modifiée par les lois des 28 mai 1838 et 4 mars 1889 et du décret-loi du 8 août 1935 qui consacrent deux procédures : d'une part, la faillite qui débouche sur la disparition de l'entreprise par la réalisation de l'intégralité de son actif et l'apurement de son passif, et, d'autre part, la liquidation judiciaire (maladroitement nommée) qui permet d'obtenir un concordat.

Deux pays (Mali, Sénégal) ont adopté littéralement la loi française du 13 juillet 1967 qui distingue trois procédures : le règlement judiciaire (ex-liquidation judiciaire), la liquidation des biens (ex-faillite) et la faillite (qui est, en fait, une procédure individuelle regroupant l'ensemble des sanctions patrimoniales, professionnelles et civiles infligées aux personnes physiques débitrices et aux dirigeants des personnes morales ayant des activités économiques).

Quatre autres États se sont inspirés des lois françaises du 1^{er} mars 1984 sur l'alerte interne et le règlement amiable (innovation) et du 25 janvier 1985 relative au redressement judiciaire (ex-règlement judiciaire), à la liquidation judiciaire (ex-liquidation des biens) et à la faillite au sens de la loi de 1967 (Gabon et Guinée : textes définitifs ; Bénin et Cameroun : avant-projets).

Il est résulté de ces évolutions une hétérogénéité du droit des procédures collectives qu'il est souhaitable de réduire. C'est ce à quoi s'est attaché le projet d'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives. Mais de quelle façon ?

Il est certain que la législation française du XIX^e siècle, même modifiée, ne correspond plus au contexte économique et social des pays africains. Ceci étant, il ne semble pas que la législation française résultant des textes de 1984 et 1985 soit la panacée sous prétexte qu'elle est récente et moderne. Elle paraît inadaptée au contexte africain. En effet, elle est complexe et sophistiquée ; elle suppose un appareil judiciaire et parajudiciaire très étoffé et spécialisé ; elle fait table rase de concepts commodes et familiers (concordat, masse des créanciers, inopposabilité des actes irréguliers...) ; enfin, elle n'a pas tenu les promesses qu'on plaçait en elle et elle a fait l'objet d'amendements récents dont on ne peut dire que ce seront les derniers.

Plutôt que de rechercher un modèle tout fait, il a paru préférable d'identifier les grands problèmes qui se posent en la matière et de rechercher des solutions efficaces et adaptées au contexte juridique, judiciaire, économique et social des États concernés.

C'est ainsi que le projet d'Acte uniforme a institué trois procédures destinées à résoudre les difficultés des entreprises :

- une procédure préventive de la cessation des paiements : le règlement préventif ;
- deux procédures destinées à remédier à la cessation des paiements : le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

En outre, il a été prévu des sanctions personnelles contre les dirigeants maladroits ou malhonnêtes de ces entreprises (faillite, banqueroute et infractions assimilées).

Enfin, pour tenir compte de la dimension internationale des procédures collectives, des dispositions spéciales ont été prévues pour résoudre les difficultés auxquelles elles peuvent donner lieu.

I. LES ENTREPRISES ASSUJETTES AUX PROCÉDURES COLLECTIVES

A) LES PERSONNES PHYSIQUES

Il a été jugé préférable de ne soumettre aux procédures collectives que les personnes physiques ayant la qualité de commerçants (art. 2). A la différence de certaines législations, les artisans et les cultivateurs en sont exclus compte tenu de la difficulté d'organiser ces professions à l'image de celle des commerçants, notamment eu égard au Registre du commerce et du crédit mobilier. Toutefois, rien n'empêche tel État partie, qui le désirerait, de les y assujettir par une disposition spéciale de droit interne.

B) LES PERSONNES MORALES

Désormais, toutes les personnes morales de droit privé, qu'elles poursuivent un but lucratif ou non, sont passibles des procédures collectives (art. 2). Cette solution s'admet facilement dans la mesure où le patrimoine de ces sujets de droit est facile à identifier et à liquider, le cas échéant. En outre, une telle disposition a le mérite de faire disparaître de la scène juridique les personnes morales qui ne sont pas viables.

Il est expressément prévu que les entreprises publiques constituées en la forme d'une personne morale de droit privé sont également soumises à ces procédures (art. 2). Ainsi, se trouve réglée l'épineuse et insoluble question de l'insaisissabilité des biens et deniers publics de ces entreprises qui leur assurait une réelle immunité incompatible avec les aléas de la vie économique et la confiance que doivent inspirer les relations d'affaires.

II. LA PROCÉDURE DE RÈGLEMENT PRÉVENTIF

Une procédure d'alerte interne propre aux sociétés commerciales est organisée dans le projet d'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique.

La procédure de règlement préventif (art. 5 à 24) est destinée à toutes les entreprises, quelle que soit la forme (individuelle ou collective) en laquelle elles sont constituées, qui traversent une situation financière ou économique difficile, mais non irrémédiablement compromise, pour leur permettre d'éviter la cessation des paiements en demandant un concordat préventif.

Il n'est pas nécessaire qu'une procédure d'alerte interne ait été déclenchée pour que puisse s'engager la procédure de règlement préventif et, inversement, toute procédure d'alerte interne ne débouche pas nécessairement sur un règlement préventif.

Dans un premier temps, la juridiction compétente est saisie par une requête du débiteur à laquelle sont jointes les pièces exigées par l'Acte uniforme (art. 5 et 6). En même temps ou, au plus tard, dans les quinze jours suivants, le requérant doit déposer un projet de concordat préventif (art. 7).

Pour permettre au débiteur et aux créanciers de s'entendre sur ce concordat et à l'expert ou au syndic désigné d'examiner la situation de l'entreprise et de servir d'intermédiaire entre les parties, la juridiction compétente ordonne la suspension des poursuites individuelles (art. 8 et s.). L'expert ou le syndic doit déposer son rapport dans les deux mois de sa saisine (art. 13) et, aussitôt, la juridiction compétente statue sur l'homologation du concordat préventif (art. 15).

Ce concordat peut comporter des remises et des délais différents consentis par les créanciers (les délais consentis ne peuvent toutefois excéder trois ans) ainsi que des mesures de restructuration et de financement. La juridiction compétente peut imposer un délai de deux ans aux créanciers récalcitrants, mais ne peut entériner un délai supérieur à un an pour les créances de salaires.

L'homologation est rejetée si le débiteur ne relève d'aucune procédure collective et transformée, d'office, en redressement judiciaire ou liquidation des biens s'il y a cessation des paiements.

III. LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET LA LIQUIDATION DES BIENS

A) L'OUVERTURE DES PROCÉDURES DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET DE LIQUIDATION DES BIENS

Ces deux procédures sont prévues en cas de cessation des paiements du débiteur, c'est-à-dire lorsque celui-ci ne peut faire face à son passif exigible avec son actif disponible (art. 25).

La juridiction compétente se saisit d'office (art. 29) ou est saisie par les créanciers impayés (art. 28) ou par le débiteur qui fait sa déclaration de cessation des paiements en joignant les pièces exigées par l'Acte uniforme (art. 25 et 26).

Quel que soit le mode de saisine, pour éviter toute perte de temps voulue ou non, par le débiteur, celui-ci doit faire une proposition de concordat dans un délai déterminé (quinze jours en cas de requête : art. 27 ; un mois après l'assignation ou la saisine d'office : art. 28 et 29).

La juridiction compétente prononce l'ouverture du redressement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat de redressement sérieux (art. 33, 141-1) ; elle doit prononcer la liquidation des biens lorsque le débiteur n'a pas proposé de concordat de redressement ou en a proposé un non suivi d'homologation ou lorsque le concordat homologué est annulé (art. 27 à 29, 33, 141-2).

Trois contrôleurs choisis parmi les créanciers peuvent être nommés pour assister le juge-commissaire dans sa mission de surveillance du déroulement de la procédure collective (art. 48). Ils peuvent saisir ce magistrat de toutes contestations (art. 49).

Il convient enfin d'observer qu'a été maintenu le concept de la masse des créanciers pour définir :

- les créanciers qui la composent et participent à la procédure (dans la masse) parce que leur créance est née régulièrement avant le jugement d'ouverture de la procédure ;

- ceux qui en sont exclus et n'y participent pas (hors de la masse) parce que leur créance est née d'une activité irrégulière du débiteur, soit antérieurement soit postérieurement au jugement (art. 68 et s.) ;

- ceux qui sont préférés à la masse (créanciers contre la masse) parce que leur créance est née, postérieurement au jugement, d'une activité régulière - du débiteur ou du syndic - qui a profité à la masse (art. 98, 108, 117, 142, 166 et 167).

De même, a été maintenue la théorie de la période suspecte (art. 67 et s.) allant de la date de la cessation des paiements jusqu'à celle du jugement d'ouverture de la procédure pour permettre la déclaration de certains actes suspects et, de ce fait, inopposables (de droit ou facultativement) à la masse des créanciers ; la définition des effets de l'inopposabilité a été enrichie par les apports jurisprudentiels.

B) LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

Cette procédure permet au débiteur d'obtenir un concordat de redressement dont l'objet n'est pas uniquement d'obtenir des délais et des remises, mais également de prendre toutes mesures juridiques, techniques et financières (art. 127), y compris la cession par-

tielle de l'entreprise (art. 131 et s.), susceptibles de réaliser le rétablissement des conditions de fonctionnement normal de l'entreprise.

L'objectif étant le redressement de l'entreprise qu'il faut préserver comme unité économique et sociale, les traits caractéristiques de cette procédure sont les suivants :

- tous les créanciers (chirographaires ou titulaires de sûretés) subissent la suspension des poursuites individuelles (art. 75) jusqu'à l'homologation du concordat, la déchéance du terme de leurs créances (art. 76), l'arrêt du cours des intérêts et de l'inscription des sûretés (art. 77) ;

- si le concordat de redressement ne consiste qu'en l'obtention de délais, la juridiction compétente peut les accorder sans vote des créanciers (art. 127) ; dans les autres cas, le concordat peut être voté et homologué en des termes inégaux selon les créanciers, c'est-à-dire selon les termes diversement acceptés par eux ; le principe de l'égalité cède devant celui de la liberté des créanciers sous réserve qu'il n'y ait pas stipulation d'avantages particuliers (art. 127, 229, 233, 244 et 245), de l'intérêt public et du caractère sérieux du concordat (art. 127) ;

- la résolution du concordat de redressement n'est pas automatiquement prononcée en cas de défaut d'exécution (art. 139) mais lorsqu'elle intervient, elle entraîne automatiquement l'ouverture d'une liquidation des biens (art. 141-2), à la différence de la résolution du concordat préventif qui peut déboucher sur une procédure de redressement judiciaire (art. 141-1).

Le but recherché est de faire du redressement judiciaire une procédure souple et rapide. C'est pourquoi le débiteur est maintenu à la tête de son patrimoine qu'il administre sous la surveillance du syndic qui est le représentant des créanciers (art. 152) ; il n'est pas nécessaire d'autoriser la continuation de l'activité de l'entreprise qui devient le principe (art. 112) ; il est fait appel au juge-commissaire plutôt qu'à la juridiction du siège aussi souvent que possible.

C) LA LIQUIDATION DES BIENS

Cette procédure doit aboutir à l'apurement du passif à l'issue des opérations de réalisation de l'actif mobilier et immobilier. Dans ce cas, le syndic représente le débiteur et les créanciers (art. 53).

Pour éviter la dispersion des procédures d'exécution du droit antérieur, c'est désormais le syndic seul qui est chargé, en principe, de réaliser l'actif mobilier ou immobilier, à l'exclusion du Trésor et des créanciers munis de sûretés réelles spéciales (gage, nantissement, hypothèque) comme cela était le cas autrefois (art. 75). Ceux-ci ne retrouvent leur liberté d'exécution, à charge de rendre compte de son résultat au syndic, que si cet organe reste passif pendant un

délai de trois mois suivant le jugement de liquidation des biens (art. 149 et 150).

Les modalités des opérations de cession globale d'actif mobilier et immobilier sont précisées pour éviter les difficultés d'autrefois résultant du défaut d'indication ou de précision sur la valeur des différents éléments cédés, fort utile cependant pour l'exercice des droits des créanciers titulaires de sûretés réelles générales et spéciales (art. 160 et suivants).

Quant à la réalisation des immeubles, elle peut se faire de trois façons (vente forcée sur saisie immobilière, vente sur adjudication amiable, vente de gré à gré), ce qui laisse la possibilité au juge-commissaire, sur requête du syndic ou du poursuivant, de choisir la plus appropriée à l'importance du bien ou à la conjoncture (art. 15a et s.).

Une autre innovation importante doit être signalée. L'ordre dans lequel les créanciers doivent être payés (y compris les créanciers contre la masse) est nettement défini dans les articles 166 et 167 selon qu'il s'agit de la distribution des deniers provenant de la réalisation des immeubles ou des meubles.

IV. LES SANCTIONS CONTRE LES DIRIGEANTS DE L'ENTREPRISE

Le projet d'Acte uniforme consacre un acquis définitif des procédures collectives modernes d'apurement du passif en distinguant le sort de l'entreprise du sort des dirigeants de celle-ci au moyen de sanctions patrimoniales, d'interdictions et de déchéances (faillite) et de sanctions pénales.

A) LES SANCTIONS PATRIMONIALES

Si les sanctions patrimoniales contre le dirigeant propriétaire de son entreprise se confondent avec le sort même de celle-ci, il n'en est pas de même lorsque cette entreprise est une personne morale de droit privé. D'où l'idée de rendre le dirigeant personnellement débiteur des dettes de l'entreprise dans certains cas. Ces sanctions, créées en 1935 (décret-loi du 8 août 1935) et en 1940 (loi du 16 novembre 1940), sont :

- l'obligation des dirigeants d'assurer tout ou partie du comblement du passif de l'entreprise lorsque, par leur faute, ils ont provoqué une insuffisance d'actif (art. 183) ; l'exigence d'une faute établie a remplacé la présomption de faute retenue par la législation antérieure en pareille hypothèse ;

- l'extension des procédures collectives ouvertes contre la personne morale à ses dirigeants lorsque ceux-ci se sont comportés comme de véritables maîtres de l'affaire (art. 189 et s.) ;

- l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation des biens contre ceux qui n'auraient pas acquitté le passif de la personne morale mis à leur charge (art. 189) ;

- l'interdiction de céder leurs droits sociaux, d'exercer leur droit de vote dans les assemblées et, éventuellement, l'obligation de céder ces droits (art. 57, 185, 200).

B) LA FAILLITE PERSONNELLE (art. 196 et s.)

Sous cette expression, sont désormais désignées et rassemblées toutes les déchéances et interdictions dont les dirigeants sont susceptibles d'être frappés lorsqu'ils ont eu un comportement anormal ou immoral (art. 196 et 197). Ce sont (art. 203) :

- l'interdiction générale de faire le commerce et, notamment, de diriger, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale ayant une activité économique ;

- l'interdiction d'exercer une fonction politique élective et d'être électeur pour ladite fonction politique ;

- l'interdiction d'exercer toute fonction publique, administrative, judiciaire ou professionnelle.

La durée de ces interdictions est fixée par le juge ; elle ne peut être inférieure à trois ans ni supérieure à dix années (art. 203).

La distinction entre faillite personnelle obligatoire et facultative (art. 196 et 197) est faite selon le degré de gravité des fautes commises.

La réhabilitation est possible dans des conditions précisées par le projet (art. 204 et s.).

C) LES SANCTIONS PÉNALES

Les infractions de banqueroute, ainsi que celles qui leur sont assimilées (art. 226 et s.), héritées des législations antérieures, ont été maintenues (avec une simplification notable cependant) afin de réprimer, de façon appropriée, le comportement du débiteur et des dirigeants de l'entreprise.

Il a été jugé opportun de retenir la distinction entre banqueroute simple et banqueroute frauduleuse pour tenir compte du degré de gravité des actes répréhensibles (art. 228 et 229). Par contre, il n'a pas été jugé utile de retenir la distinction entre banqueroute simple obligatoire ou facultative.

Le projet d'Acte uniforme se contente de définir ces infractions, les sanctions pénales étant du ressort de chaque État partie comme le décide le Traité OHADA.

V. LES PROCÉDURES COLLECTIVES INTERNATIONALES

Pour tenir compte des problèmes que soulèvent les effets d'une procédure collective d'apurement du passif à l'extérieur du territoire où elle a été ouverte, il a paru nécessaire de consacrer un titre spécial sur les procédures collectives internationales (art. 247 à 256). Les dispositions de ce titre ont pour but, d'une part, de déterminer les effets, à l'étranger, d'une procédure collective unique et, d'autre part, de coordonner les effets de plusieurs procédures collectives ouvertes dans des pays différents.

A) EFFETS, À L'ÉTRANGER, D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE UNIQUE

Les décisions d'ouverture et de clôture d'une procédure collective ainsi que celles qui règlent les contestations nées de celle-ci, lorsqu'elles sont devenues irrévocables, acquièrent l'autorité de la chose jugée dans les autres États parties où elles sont publiées, le cas échéant.

Le syndic désigné peut exercer, sur le territoire des autres États parties, tous les pouvoirs que lui confère l'Acte uniforme.

Les créanciers et les débiteurs de la personne déclarée en cessation de paiements, situés à l'étranger, sont traités à égalité avec ceux situés sur le territoire de la juridiction qui a prononcé l'ouverture de la procédure unique.

B) PROCÉDURE COLLECTIVE PRINCIPALE ET PROCÉDURES COLLECTIVES SECONDAIRES

Pour éviter que plusieurs procédures collectives ouvertes contre le même débiteur n'entrent en concurrence ou en conflit, des dispositions ont été prises pour que l'une soit considérée comme principale (celle ouverte dans l'État où le débiteur a son siège social ou son principal établissement) à laquelle les autres procédures (dites secondaires) sont subordonnées de façon à assurer une coordination entre elles (devoir d'information réciproque entre syndics, production commune des créances, transfert des surplus d'actif...).