



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 DE JURISTES BENINOIS EN DROIT OHADA
(Magistrats, Groupe II et III)

Thème : Etude des actes uniformes de l'OHADA portant sur l'organisation
des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
et sur l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

du 13 au 22 mai 2008

PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF

Pr. Filiga Michel SAWADOGO,
Professeur titulaire,
Agrégé des facultés de droit,
Université de Ouagadougou
(BURKINA FASO)

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

Le présent document, élaboré pour la formation de magistrats du Bénin 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, 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 troisième 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 quatrième 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.

Au total, il s'agit de faire en sorte que les procédures collectives lato sensu atteignent, en tout ou en partie, les objectifs poursuivis que sont le sauvetage de l'entreprise, le paiement des créanciers et la punition du débiteur et des dirigeants fautifs.

Filiga Michel SAWADOGO,
Agrégé des Facultés de Droit,
Professeur titulaire (Univ. Ouaga),
Membre du Conseil constitutionnel
du Burkina Faso (mai 2008)

« 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.

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.

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.

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.

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 :

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.

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).

- 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.

De l'évolution historique, l'on peut tirer les enseignements suivants : le balancement entre la frénésie à légiférer observée en France¹³ 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.

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 ».

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.

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.

.....

PREMIERE PARTIE : LA PREVENTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

30. « Mieux vaut prévenir que guérir ». Cette vieillesse sagesse populaire est particulièrement vraie pour les entreprises en difficulté. « 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 possibilités d'alerte, voire de règlement amiable des difficultés naissantes lorsque l'évolution défavorable se confirme »¹⁷.

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-I, 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.
- 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 ;
- P.-G. Pougoué et Y. Kalieu, L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, Collection Droit Uniforme, 1999, 232 pages ;
- P. Roussel Galle, 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 ;
- F. M. Sawadogo :
 - + 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 Y. Chaput, Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, PUF, 1986, n° 2.

Il est important de connaître les causes qui provoquent les difficultés des entreprises ainsi que leurs principales manifestations. Il devient alors possible de les juguler et de trouver une ou des solutions avant qu'elles ne conduisent à la cessation des paiements. Celle-ci entraîne l'intervention ouverte de la justice à travers les procédures collectives *stricto sensu*, ce qui est un pis-aller. Cette intervention de dernière minute risque souvent d'être comme le médecin après la mort. En effet, lorsqu'il y a cessation des paiements, les chances de redressement de l'entreprise s'amenuisent, de même que les chances de paiement intégral ou substantiel des créanciers.

L'on se préoccupera principalement des difficultés financières ou à portée financière. Les difficultés non financières n'intéressent pas directement le droit des entreprises en difficulté. Il en est ainsi lorsqu'il y a des dissensions graves au sein du conseil d'administration, empêchant la prise de décision, ou entre associés ou actionnaires, empêchant la désignation des organes sociaux. La solution de telles difficultés peut être recherchée dans la désignation d'un administrateur provisoire¹⁸ ou dans la dissolution pour justes motifs. Mais ces difficultés non financières peuvent être révélatrices ou à l'origine de difficultés financières, soit que les difficultés financières provoquent les dissensions ou les blocages, soit que ceux-ci provoquent les difficultés financières.

Il conviendra de tenter de détecter les difficultés des entreprises et de leur trouver des solutions avant que ne survienne la cessation des paiements, cessation des paiements qui déclenche l'ouverture d'une procédure collective *stricto sensu*.

Il convient donc d'aborder :

- La détection des difficultés des entreprises (Titre I) ;
- Les solutions possibles avant l'ouverture d'une procédure collective *stricto sensu* (Titre II).

TITRE I : LA DETECTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

31. La détection à temps des difficultés des entreprises est essentielle car elle est le préalable à toute recherche de solution. La détection efficace suppose que l'on connaisse les origines ou les causes des difficultés des entreprises ainsi que leurs manifestations (CH. I) et que, au besoin, il soit fait recours à la procédure d'alerte (CH. II).

CHAPITRE I : LES CAUSES ET LES MANIFESTATIONS DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

32. Les causes des difficultés diffèrent fondamentalement de leurs manifestations : la cause est le motif ou la raison qui entraîne la difficulté tandis que la manifestation n'est que la forme sous laquelle la difficulté peut se présenter. Les causes et les manifestations seront ainsi successivement abordées.

SECTION I : LES CAUSES OU ORIGINES DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

32-1. C'est là une question qui relève davantage de la « compétence » des économistes et des gestionnaires, spécialement des experts en diagnostic ou en audit d'entreprise, qu'il convient néanmoins d'aborder, ne serait-ce que superficiellement, le juriste ne pouvant ignorer royalement les réalités que le droit veut faire évoluer dans un sens ou dans l'autre. Comme l'affirme le professeur Yves Guyon, « il est intéressant pour les juristes de connaître, même sommairement, l'origine des difficultés financières, car les conséquences de celles-ci et les remèdes qui permettront de les surmonter varieront en fonction de cette origine »¹⁹.

Les origines ou les causes des difficultés des entreprises 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... Il paraît préférable de s'en tenir à un regroupement autour de quatre catégories d'inégale importance au plan statistique qui sont :

- les causes liées à l'exploitation et à la gestion de l'entreprise ;

¹⁸ Voy. sur cette question :

H. M. G. Ouédraogo, L'administration provisoire des sociétés commerciales, Revue Burkinabè de Droit n°24 - décembre 1993, p. 177 à 206,

F. M. Sawadogo, Note sous Cour d'appel de Ouagadougou, 17 décembre 1982, Revue Voltaïque de Droit, n°4 - 1983, p. 172 et s.

¹⁹ Y. Guyon, Droit des affaires, tome 2 : Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite, Economica, 9^e éd., 2003, n° 1045.

- les causes liées à l'évolution de l'environnement et de la conjoncture internationale ;
- les causes purement accidentelles ;
- les causes d'ordre juridique.

§ I : Les causes liées à l'exploitation et à la gestion de l'entreprise

33. Ces causes, qui sont internes à l'entreprise, sont les plus nombreuses. Elles ont plutôt un caractère structurel que conjoncturel ou accidentel. Elles sont particulièrement fréquentes en Afrique où la gestion de beaucoup d'entreprises est peu élaborée ou peu soignée. Pour se convaincre de la portée de ces causes, il suffira d'en donner quelques exemples.

1) La comptabilité est mal tenue ou n'est pas tenue du tout ou n'est pas suffisamment élaborée, au regard de la taille de l'entreprise, si bien qu'elle ne permet pas de connaître les échéances *ni a fortiori* les prix et coûts de revient. Ainsi, l'entreprise n'est pas en mesure d'honorer ponctuellement ses engagements ou bien elle vend à perte sans le savoir si bien que plus son chiffre d'affaires s'accroît plus son passif augmente.

2) Le personnel est pléthorique et/ou les rémunérations et les avantages salariaux accordés au personnel de manière générale ou aux dirigeants et cadres sont excessifs par rapport à ceux des entreprises concurrentes ou par rapport à la productivité du travail ou aux possibilités de l'entreprise elle-même. Ce phénomène est particulièrement prononcé chez les dirigeants et cadres supérieurs des entreprises, notamment publiques et semi-publiques.

3) Les locaux sont trop vastes ou trop somptueux, ce qui entraîne des charges d'entretien et/ou des charges locatives très importantes. Ou bien l'entreprise expose des dépenses somptuaires (voitures de grosse cylindrée pour les dirigeants, yachts ou bateaux de plaisance à la disposition des dirigeants, cadeaux luxueux ou coûteux, décorations des locaux, ameublement de grand standing...) n'ayant pas un impact positif sur la rentabilité de l'entreprise.

4) La politique commerciale peut être inadaptée. L'entreprise accorde de longs délais de paiement à ses clients alors que ses fournisseurs lui accordent des délais plus brefs, voire exigent un paiement au comptant. Cette situation discordante crée des tensions de trésorerie ou même des problèmes financiers.

5) Les fonds propres sont insuffisants. Les fonds propres comprennent le capital et les réserves, c'est-à-dire tous les fonds qui appartiennent à l'entreprise ou à la société. Lorsque les fonds propres sont insuffisants, l'entreprise risque d'être trop endettée et de perdre son autonomie. L'endettement n'est rentable que dans la mesure où le taux de rentabilité des investissements est supérieur au taux d'intérêt débiteur. L'on note à cet égard que « l'insuffisance des fonds propres et corrélativement le recours excessif à l'endettement sont à l'origine de presque toutes les défaillances d'entreprises »²⁰.

6) Les investissements sont insuffisants ou vétustes pour satisfaire le marché et accroître la qualité des produits²¹. Mais en sens inverse, les investissements peuvent être excessifs par rapport aux capacités d'absorption du marché si bien que l'entreprise n'utilise qu'une partie de sa capacité de production. Il y a donc trop ou trop peu d'investissement.

7) La confusion de patrimoines (entre d'un côté le patrimoine personnel ou familial et de l'autre le patrimoine de l'entreprise ou de la société) est fréquente en Afrique aussi bien dans les entreprises individuelles que dans les entreprises revêtant la forme de société. Cela rend difficile l'appréciation de la gestion de l'entreprise et entraîne que certains événements, notamment familiaux, touchant l'entrepreneur ou le dirigeant de société, peuvent mettre l'entreprise en difficulté : les mariages, spécialement polygamiques, l'accroissement des charges de famille dû aux nombreuses naissances, les funérailles, les pèlerinages chrétiens ou musulmans...

8) Puisque l'on parle de gestion, il faut noter que les hommes y jouent un rôle primordial. Bien des difficultés sont provoquées par l'incapacité, l'incompétence, l'incurie (ou l'insouciance) ou la mauvaise gestion des cadres ou des dirigeants de l'entreprise.

²⁰ Guyon Y., op. cit., n° 1046.

²¹ Au Burkina, on note le cas de sociétés créées dans le secteur des boissons (Savana), des carreaux de revêtement des sols, etc., qui n'ont pas pu aller loin en raison de la vétusté de leurs équipements.

Sur le plan statistique, après les causes liées à l'exploitation et à la gestion de l'entreprise viennent celles liées à l'évolution de l'environnement et de la conjoncture internationale.

§ II : Les causes liées à l'évolution de l'environnement et de la conjoncture internationale

34. Ces causes, qui sont de plusieurs sortes, peuvent être aisément illustrées. On peut ainsi relever :

1) l'accroissement de la concurrence, qui se traduit essentiellement par l'implantation de concurrents dans les environs²² ;

2) la transformation des facteurs locaux de commercialité ; c'est le cas, par exemple, pour un commerçant de détail installé dans un quartier d'habitation lorsque celui-ci se transforme en quartier de bureaux ;

3) l'accroissement brusque du coût des inputs que sont les matières premières, les consommables, l'énergie (pétrole et gaz surtout)..., ce qui peut réduire la marge bénéficiaire, voire provoquer des pertes ;

4) la modification de la réglementation dans un sens défavorable : par exemple, le durcissement des conditions d'obtention de crédits ou le relèvement des taux d'intérêts débiteurs, le durcissement des conditions d'importation ou d'exportation ou de change (obtention des autorisations administratives ou devises) ; cette cause a de moins en moins de chance de se produire avec le renforcement du processus de libéralisation et de déréglementation engagé depuis plus de deux décennies en Afrique ;

5) la défaillance d'un partenaire important ; plusieurs cas de figure peuvent se présenter qui méritent d'être étayés.

Le cas le plus simple est celui où un débiteur ne paye pas, mettant son créancier en difficulté pour honorer ses propres engagements. On peut y assimiler le cas de la caution qui est amenée à payer à la suite de la défaillance du débiteur principal dont il a garanti le paiement. Le risque est d'autant plus grave que les sommes garanties sont importantes. C'est pourquoi l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés protège la caution ou le garant dans la lettre de garantie. A titre d'exemple, il est désormais prévu que « le cautionnement général des dettes du débiteur principal, sous la forme d'un cautionnement de tous engagements, du solde débiteur d'un compte courant ou sous toute autre forme, ne s'entend, sauf clause contraire expresse, que de la garantie des dettes directes. Il doit être conclu sous peine de nullité, pour une somme maximale librement déterminée entre les parties, incluant le principal et tous accessoires » (AUS, article 9). D'autres dispositions de l'article 9 protègent la caution, comme l'article 14 prévoyant l'obligation pour le créancier de lui fournir une information trimestrielle sur l'évolution de la dette.

Dans le même sens, on peut relever le cas du fournisseur ou du client important qui tombe en faillite et qui ne peut plus, soit livrer la matière première ou le produit fini, soit enlever la production : une faillite peut en entraîner une ou plusieurs autres. Ce risque a été perçu par la loi française du 10 juin 1994 dont l'un des objectifs est de « réduire les effets de contagion, qui entraînent des défaillances en chaîne »²³.

§ III : Les causes purement accidentelles

35. Les causes purement accidentelles sont également variées. Il est possible de les prévenir pour la plupart, spécialement en recourant à l'assurance. A titre illustratif, l'on note :

- d'abord, la maladie ou le décès du chef d'entreprise ou d'un dirigeant influent, créant une espèce de vide au niveau de l'autorité et de la prise de décision ; or quand le chat n'est pas là, les souris dansent ; du reste, l'on connaît le rôle quasi irremplaçable que certains hommes ont joué dans le développement de leur entreprise ;

- ensuite, l'incendie ou, de manière générale, le sinistre non couvert par une assurance adéquate ;

- puis, les détournements ou les malversations commis par un comptable, un dirigeant ou un simple employé indélicat ;

²² Cela semble avoir été le cas des télécentres, des bars, buvettes et restaurants.

²³ Guyon Y., op. cit., n° 1022.

- enfin, les grèves longues ou répétées, les grèves de zèle ou les grèves perlées, et, de manière générale, la détérioration du climat social entraînant une diminution de la motivation des travailleurs et de la productivité du travail.

§ IV : Les causes d'ordre juridique

36. L'impact de ces causes n'est pas négligeable. Ces causes sont principalement liées à la forme juridique revêtue par l'entreprise. Ces formes sont variées : entreprises individuelles, sociétés civiles (ordinaires, professionnelles de moyens, professionnelles d'exercice, immobilières, agricoles...), sociétés commerciales par la forme (SNC, SCS, SARL, SA), sociétés en participation, sociétés de fait ou créées de fait, sociétés coopératives, groupements d'intérêt économique et, à la limite, associations ou ONG.

Il s'agit non seulement de faire un bon choix dès le départ mais également d'adapter la forme juridique à l'évolution de l'entreprise. Ainsi, une véritable entreprise à but lucratif ne doit pas être constituée sous forme d'association. En France, trop de choix sont guidés par des considérations fiscales ou liées à la sécurité sociale, conduisant beaucoup d'entreprises à revêtir la forme de SARL ou de SA alors que cette dernière convient plutôt aux grandes entreprises. En Afrique en général et tout particulièrement en Afrique Occidentale, de manière inexplicable, seules deux formes, la SARL et la SA, sont d'utilisation courante, voire exclusive, ce que rien ne semble justifier.

De plus, il est impératif de faire jouer les règles ayant trait au fonctionnement de la forme de société ou d'entreprise choisie : tenue des assemblées et établissement des procès-verbaux de réunion, désignation des commissaires aux comptes, établissement des comptes dans les délais et suivant les normes en vigueur..., et cela y compris en ce qui concerne les sociétés unipersonnelles.

De manière générale, c'est l'ensemble des questions d'ordre juridique qui doit être l'objet d'un traitement approprié : il peut être recommandé d'assurer certains biens de l'entreprise, d'élaborer des conditions générales, des contrats-types, de suivre le recouvrement des créances en utilisant toutes les techniques et règles y afférentes (il peut être recommandé de commencer par se munir d'une sûreté dès la conclusion du contrat), de protéger efficacement les droits de propriété industrielle et commerciale de l'entreprise²⁴, de suivre les baux commerciaux de l'entreprise, que celle-ci ait la qualité de bailleur ou de locataire, d'insérer dans les contrats une clause attributive de compétence territoriales (si les deux parties ont la qualité de commerçant, art. 51 du Code de procédure civile) ou une clause compromissoire qui a pour effet de soumettre les litiges à naître à l'arbitrage, d'attacher à la situation juridique du personnel toute l'importance que celle-ci requiert (cela concerne tous les aspects juridiques de la gestion des ressources humaines)... C'est si vrai que l'on fait état à l'heure actuelle de la nécessité d'audits juridiques.

37. En conclusion, l'on peut retenir que généralement les entreprises nouvelles ou jeunes connaissent une mauvaise politique commerciale, c'est-à-dire souvent une insuffisante qualité des produits et une politique inadaptée des ventes. Entre cinq et dix ans, les entreprises connaissent une crise de croissance : les stocks gonflent, les frais financiers s'alourdissent, de même que les charges de personnel et de loyer. Il peut y avoir également empirisme dans la gestion. Au-delà de dix ans, l'entreprise est généralement rentable. Si elle connaît des difficultés, celles-ci sont souvent en rapport avec la non-maîtrise des investissements (trop ou pas assez), l'insuffisance des capitaux propres entraînant un alourdissement des frais financiers, une pléthore de personnel...

La facilité ou la difficulté du redressement dépend assez étroitement de la nature des difficultés. Le redressement est malaisé en cas d'environnement défavorable et paraît *a priori* plus aisé lorsque la difficulté est accidentelle (décès d'un dirigeant par exemple).

Pour que le redressement ou l'assainissement ou le renflouement puisse être envisagé et réalisé, il faut que les difficultés soient connues. A cet égard, il convient d'être attentif aux signes ou clignotants à travers lesquelles elles se manifestent.

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

²⁴ Brevets d'invention, marques de fabrique, modèles, nom et enseigne... Cela peut comprendre également pour nombre d'entreprises le nom de domaine Internet, question qui mobilise l'énergie de l'OMPI et de l'ICANN.

A partir de deux critères généralement considérés comme pertinents, à savoir la situation positive ou négative d'une part de sa liquidité, 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.

SECTION II : LES MANIFESTATIONS DES DIFFICULTES

38. Les difficultés financières des entreprises se traduisent par certains signes ou clignotants. Après un aperçu sur la diversité de ces signes ou clignotants, il conviendra de souligner leur relativité afin de faciliter leur utilisation judicieuse.

§ I : La diversité des signes ou clignotants

39. Les signes ou clignotants par lesquels se manifestent les difficultés sont nombreux et divers²⁵. L'on notera, entre autres :

- le report renouvelé de l'échéance d'un effet de commerce²⁶ : par exemple une lettre de change ou un billet à ordre, émis avec pour date d'échéance le 8 janvier fait l'objet d'un report au 10 mars, puis du 10 mars au 15 juin ;
- la notification au débiteur d'un protêt pour non-paiement d'un effet de commerce (lettre de change, billet à ordre) ou d'un chèque ;
- l'achat à crédit de marchandises suivi de leur revente au comptant à un prix égal ou inférieur au prix de revient en vue d'obtenir des liquidités pour faire face aux obligations de l'entreprise ;
- le non-paiement pendant un temps plus ou moins long d'un montant substantiel d'impôts et taxes dus par l'entreprise ou collectés par elle ou des cotisations de sécurité sociale exigibles ; l'expérience montre que les débiteurs préfèrent payer prioritairement les sommes dues à leurs fournisseurs plutôt que leurs cotisations fiscales et sociales quand ils ne peuvent pas faire face aux deux à la fois ;
- la non réalisation des publications légales dans les délais impartis ;
- la non convocation ou la non tenue dans les délais des réunions des organes sociaux (conseil d'administration et assemblée générale des actionnaires pour le cas d'une société anonyme) ;
- le refus de certification des comptes par le commissaire aux comptes ; en effet, la mission fondamentale du commissaire aux comptes est de certifier que « les états financiers de synthèse sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi

²⁵ Voy., entre autres :

- Chaput Y., op. cit., n° 5 et suivants ;
- Gyon Y., op. cit., n° 1049.

²⁶ Les effets de commerce (lettre de change, billet à ordre, warrant) et les instruments de paiements (chèque, cartes de paiement et de crédit) ont fait l'objet d'une loi uniforme adoptée par les différents Etats membres de l'UEMOA. Voy. par ex. pour le Burkina : Loi n°037-AN du 17 décembre 1997 portant loi uniforme sur les instruments de paiement dans l'UMOA (JO BF n°10 du 5 mars 1998, p. 4071 et s.). Mais cette loi uniforme a été abrogée et remplacée par le règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'UEMOA (Bulletin officiel de l'UEMOA, n° 28 de 2002, édition spéciale).

que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice » (AUDSC, article 710) ;

- le refus d'approbation des comptes par l'assemblée générale des actionnaires ; si l'assemblée des actionnaires, que l'on accuse souvent d'être une chambre d'enregistrement, refuse de donner son approbation, c'est bien probablement le signe d'un désordre manifeste dans les affaires sociales ;

- le licenciement collectif d'un nombre important de travailleurs ;

- la perte d'une part importante du capital social ou des fonds propres de l'entreprise (par exemple un tiers) ; il n'est pas nécessaire que cette perte atteigne le pourcentage requis par la loi pour convoquer l'assemblée générale extraordinaire afin de décider s'il y a lieu de dissoudre la société ou de la poursuivre en prenant les dispositions qui s'imposent ; sur ce dernier point, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales retient des pertes entraînant que les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social (AUDSC, article 664) ;

- la réalisation de trois exercices déficitaires successifs, comme si le but de la société était devenu non plus la réalisation et le partage de bénéfices mais plutôt l'accumulation de pertes ;

- la diminution du crédit fournisseurs, voire même l'exigence par ces derniers d'un paiement au comptant, ce qui est le signe d'une baisse de confiance des fournisseurs vis-à-vis du débiteur ou de l'entreprise ;

- la diminution du crédit clients, qui révèle le besoin pressant de l'entreprise en matière de liquidités ou de trésorerie ;

- la vente d'immobilisations ou de stocks de matières premières, ce qui ne relève pas de l'activité normale de l'entreprise ;

- le non renouvellement de contrats importants arrivés à expiration ;

- le départ de cadres ou de dirigeants compétents qui, volontairement, quittent l'entreprise sans doute parce qu'ils sentent venir les difficultés de celle-ci, voire même sa disparition ;

- la perte d'une position dominante qui est battue en brèche ;

- la maladie ou la mort d'un dirigeant influent, surtout dans le cas de l'entreprise individuelle ; comme l'a si bien écrit le Professeur Yves Chartier, « on ne saurait perdre de vue qu'une entreprise personnelle ou non ne vaut qu'autant que les dirigeants sont à la hauteur : que de réussites ou d'échecs tiennent à un ou quelques noms »²⁷.

La diversité des signes ou clignotants est certaine. L'important est de savoir les utiliser dans le cadre de la prévention. A cet égard, il convient de prendre conscience de leur relativité.

§ II : La relativité des signes ou clignotants

40. Les signes ou clignotants recensés sont relatifs en ce qui concerne leur signification ou leur pertinence dans la perspective de la prévention des difficultés des entreprises. Quelques exemples permettront d'étayer cette affirmation.

Certains clignotants manquent de précocité et sont par conséquent peu efficaces dans l'optique de la prévention dans la mesure où ils traduisent la cessation des paiements ou la survenance imminente de celle-ci. Il peut en être ainsi du protêt faute de paiement d'un effet de commerce ou d'un chèque, du non paiement des cotisations fiscales ou sociales, du report renouvelé d'échéance d'un effet de commerce ou des achats pour revendre au-dessous du cours.

D'autres clignotants peuvent ne pas traduire l'existence de difficultés sérieuses en raison de circonstances particulières. Ainsi, le licenciement collectif de travailleurs pourrait s'expliquer par la volonté des dirigeants d'accroître le taux de rentabilité de l'entreprise et non par de graves difficultés financières (par exemple l'affaire Michelin en France). ? La vente des immobilisations peut être la conséquence du renouvellement de l'appareil de production. La non certification des comptes peut résulter de simples erreurs graves dans la confection des comptes alors que l'entreprise ne connaît pas de difficulté particulière, notamment à la suite de la mise en vigueur d'un nouveau plan comptable comme c'est le cas en Afrique de l'Ouest avec le SYSCOA²⁸ adopté par tous les Etats membres de

²⁷ Droit des affaires, tome 1 : L'entreprise commerciale, PUF, « Thémis », 1984, p.186.

²⁸ Système Comptable Ouest Africain.

l'UEMOA, SYSCOA qui aurait dû être remplacé par le système comptable OHADA²⁹ qui est applicable dans tous les seize Etats de l'OHADA.

Enfin, suivant le secteur d'activité ou le mode d'organisation de la distribution, d'autres signes peuvent s'avérer plus pertinents. Il en est ainsi des activités connaissant de fortes fluctuations saisonnières comme l'hôtellerie et le tourisme, le transport aérien, les pêcheries... Il en est également ainsi de la production ou de la distribution intégrée où le non renouvellement du contrat de sous-traitance ou du contrat de distribution pourrait signifier l'arrêt de mort de l'entreprise.

Du reste, l'examen attentif de la situation de l'entreprise peut dans certains cas montrer que les signes ou clignotants sont contrebalancés par des éléments favorables qui réduisent leur portée. Sur un plan d'ensemble, il paraît utile d'élaborer des outils d'analyse financière ou des modèles éclairants sur l'évolution des entreprises en difficulté, en tenant compte, s'il y a lieu, du secteur d'activité de l'entreprise (sous la forme par exemple de ratios).

L'utilité de ces signes ou clignotants - il faut le rappeler - est de permettre de déclencher l'alerte dont la fonction est d'attirer l'attention des dirigeants de l'entreprise sur la difficulté afin qu'une solution idoine soit trouvée avant que la difficulté ne se développe comme une gangrène. La solution est plus aisée ou plus difficile à trouver selon que la difficulté est détectée suffisamment tôt ou bien plus tard. A cet égard, l'alerte peut s'avérer d'une grande utilité.

CHAPITRE II : LA PROCEDURE D'ALERTE

41. La procédure d'alerte est incontestablement une innovation pour la plupart des Etats parties au Traité de l'OHADA, dont la législation ignorait un tel mécanisme.

A l'imitation de la France qui l'a prévue dans sa loi sur les sociétés commerciales par une modification apportée à la loi du 24 juillet 1966 et des Etats parties au Traité de l'OHADA qui s'étaient inspirés des aspects récents de la législation française, la procédure d'alerte n'est pas organisée par l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives mais plutôt par celui traitant des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (articles 150 à 158), ce qui, bien entendu, exclut les entreprises individuelles.

Les signes ou clignotants évoqués plus haut ont pour but essentiel immédiat de permettre l'alerte. Selon le professeur Yves Chaput, « le terme d'alerte est bien choisi. Ce n'est pas encore le temps des alarmes ou même des conflits. Il ne s'agit que de prévenir les dirigeants des écueils prévisibles. L'action efficace reste à entreprendre... Mais pour ne pas alimenter maladroitement les rumeurs ou éveiller les concurrents, les alertes devraient rester confidentielles... »³⁰. En définitive, pour qu'il y ait alerte utile et donc prévention efficace, les partenaires de l'entreprise et les dirigeants doivent être attentifs afin de diagnostiquer à temps les difficultés et leur trouver des solutions appropriées.

L'alerte a donc pour but de mettre les dirigeants sociaux face à leur responsabilité. Elle est d'autant plus utile que le chef d'entreprise a souvent, voire presque toujours, tendance à minimiser les difficultés de son entreprise. L'alerte intervient ou devrait intervenir lorsque se produisent un ou plusieurs faits de nature à compromettre "la continuité de l'exploitation". Cette expression qui n'est pas très juridique s'inspire du « going concern » anglais. Elle laisse une marge d'appréciation aux titulaires du droit d'alerte.

L'alerte doit être donnée dès que se produit un fait quelconque de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le fait de nature à compromettre la continuité d'exploitation est celui qui peut conduire à la cessation des paiements si une solution n'est pas trouvée dans un délai raisonnable. Il n'est donc pas nécessaire qu'il en ait plusieurs comme en France où la loi emploie le pluriel (des faits).

L'Acte uniforme opère une distinction selon que l'alerte est donnée par le commissaire aux comptes ou par les associés. Pour le premier, c'est une obligation ou un devoir tandis que pour les seconds c'est un droit ou une simple faculté.

²⁹ Le système comptable OHADA constitue l'annexe de l'Acte uniforme portant harmonisation et organisation des comptabilités des entreprises sises dans les Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, acte adopté à Yaoundé le 23 mars 2000.

³⁰ Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, PUF, 1986, n° 40.

Section I : Le devoir d'alerte des commissaires aux comptes

42. A la différence de ce qu'il en est pour les associés, provoquer l'alerte constitue une obligation pour le commissaire aux comptes³¹. 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 normales³². La première conception qui est large et plus efficace semble préférable. Il faut souligner que la responsabilité du commissaire aux comptes peut assurément être engagée si une procédure collective *stricto sensu* est prononcée alors qu'il n'a pas préalablement mouvementé l'alerte.

La procédure varie selon que l'on est en présence de sociétés anonymes ou de sociétés autres que les sociétés anonymes³³.

§ I : Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes

43. L'alerte se fait par lettre de demande d'explication, sous la forme d'une lettre au porteur contre récépissé ou d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La lettre est adressée au gérant et doit faire état de tout fait de nature à compromettre la continuité d'exploitation que le commissaire aux comptes 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 de répondre à la lettre du commissaire aux comptes dans les mêmes formes dans le mois de la réception en donnant une analyse de la situation de la société et en précisant, le cas échéant, les mesures envisagées. En cas d'inobservation des dispositions relatives à la réponse (spécialement le non respect du délai d'un mois) ou si, malgré les décisions prises par le gérant, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial. Il peut demander par lettre au porteur, contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, que ce rapport spécial soit adressé aux associés ou qu'il soit présenté à la prochaine assemblée générale. Dans ce cas, le gérant procède à cette communication dans les huit jours qui suivent la réception de la demande du commissaire aux comptes (art. 152).

§ II : Dans les sociétés anonymes

44. La procédure d'alerte est plus tatillonne en ce qui concerne les sociétés anonymes. Pour s'en tenir à l'essentiel, il faut mentionner les particularités suivantes : la lettre de demande d'explication faite par le commissaire aux comptes est adressée au président du conseil d'administration ou au président-directeur général (PDG) ou à l'administrateur général, suivant la forme d'administration adoptée.

A défaut de réponse dans les délais ou si celle-ci n'est pas satisfaisante, le commissaire aux comptes invite, selon le cas, le président du conseil d'administration ou le PDG à faire délibérer le conseil d'administration ou invite l'administrateur général à se prononcer sur les faits relevés.

Dans les quinze 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, dans le mois qui suit la réception de cette lettre. Le commissaire aux comptes est convoqué à la séance du conseil d'administration. Lorsque l'administration et la direction générale de la société sont assurées par un administrateur général, celui-ci, dans les mêmes délais, convoque le commissaire aux comptes à la séance au cours de laquelle il se prononcera sur les faits relevés. Un extrait du procès-verbal des délibérations du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, est adressé aux commissaires aux comptes dans le mois qui suit la délibération du conseil ou de l'administrateur général.

³¹ Voy., par exemple, l'article 150 relatif au commissaire aux comptes (demande...) et l'article 157 concernant les associés (peut demander...)

³² Voy. dans ce sens Guyon Y., op. cit., n° 1052

³³ Voy. les commentaires éclairants in « Droit des sociétés commerciales et du GIE, commentaires », EDICEF/Éditions FFA, 1998, p. 46 à 48 (concernant les articles 150 à 158 de l'AUDSC).

En cas d'inobservation des dispositions ci-dessus ou si, en dépit des décisions prises, le commissaire constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale ou, en cas d'urgence, à une assemblée des actionnaires qu'il convoque lui-même pour soumettre ses conclusions, après avoir vainement requis la convocation auprès du conseil d'administration ou de l'administrateur général.

L'on mentionnera que les demandes d'éclaircissements ou de convocation de l'assemblée et les réponses des dirigeants doivent être faites par "lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception".

Sur l'ensemble de la question, la différence fondamentale entre les sociétés anonymes et les autres sociétés tient en ce que dans ces dernières l'institution du commissaire aux comptes est facultative sauf dans les grandes SARL³⁴ et dans les groupements d'intérêt économique³⁵. Les sociétés anonymes, de façon générale, sont tenues d'en désigner chacune un titulaire et un suppléant tandis que celles faisant appel publiquement à l'épargne doivent en désigner deux titulaires et deux suppléants. Par ailleurs, l'organisation des sociétés anonymes est plus sophistiquée et plus diversifiée³⁶, sauf la SA avec administrateur général.

Au devoir d'alerte du commissaire au compte s'ajoute le droit d'alerte des associés.

Section II : Le droit d'alerte des associés

45. L'alerte est ici une simple faculté offerte aux associés ou aux actionnaires que ceux-ci sont entièrement libres d'utiliser ou de ne pas utiliser.

Aussi bien dans les sociétés anonymes que dans les autres sociétés, tout associé ou tout actionnaire³⁷ peut, deux fois par exercice, adresser par écrit, des questions au gérant ou au principal dirigeant de la SA (président du conseil d'administration ou président-directeur général ou administrateur général, selon le cas) 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.

Cette procédure d'alerte est confidentielle et d'efficacité limitée. « Elle permet tout au plus à l'associé de prendre date, en montrant qu'il a été conscient des difficultés à un moment où les dirigeants se sont montrés trop optimistes »³⁸.

46. 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 (qui est le TGI au Burkina) la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Le juge, s'il fait droit à la demande, détermine l'étendue de la mission 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 et d'administration de la société (articles 159 et 160, AUDSC)³⁹.

En conclusion, il est heureux que l'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux sociétés commerciales ait prévu une procédure d'alerte. Celle-ci semble cependant un peu trop timide dans la mesure où il n'est pas prévu l'alerte par les représentants des travailleurs⁴⁰ ni celle par le tribunal compétent. L'exclusion de l'alerte par les représentants des travailleurs est probablement fondée sur la

³⁴ Capital de plus de 10 000 000 F CFA et chiffre d'affaires annuel supérieur à 250 000 000 F CFA ou un effectif permanent supérieur à 50 personnes (art. 376). Mais un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent en justice demander la nomination d'un commissaire au compte.

³⁵ AUDSG, art. 880.

³⁶ En effet, dans les autres sociétés, on a le gérant et les associés. Dans les sociétés anonymes, on a en plus des actionnaires, soit un conseil avec un président-directeur général ou avec un président du conseil et un directeur général, soit un administrateur général.

³⁷ Aucune condition relative au pourcentage du capital détenu n'est exigée par l'Acte uniforme (articles 157 et 158). En France, on exige que l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires représente au moins le dixième du capital social. Le caractère confidentiel de cette alerte ainsi que l'absence d'autres formes d'alerte comme celle par les salariés ou par la juridiction compétente pourraient expliquer ou justifier le fait que la possession d'un pourcentage minimum du capital social ne soit pas exigée.

³⁸ Guyon Y, op. cit., n° 1059.

³⁹ Voy. le commentaire des articles 159 et 160, in « Droit des sociétés commerciales et du GIE », op. cit., p. 48.

⁴⁰ Comité d'entreprise en France.

crainte que ceux-ci n'en fassent un usage intempestif pouvant nuire au crédit de l'entreprise. L'exclusion de l'alerte par la juridiction compétente, en revanche, demeure difficilement explicable.

L'alerte a pour finalité essentielle (elle n'est pas une fin en soi) de favoriser la recherche de solutions avant la cessation des paiements, autrement dit avant l'ouverture d'une procédure collective *stricto sensu* qui est un pis-aller.

TITRE II : LES SOLUTIONS POSSIBLES AVANT L'OUVERTURE D'UNE PROCEDURE COLLECTIVE STRICTO SENSU

47. Les solutions abordées ici sont nombreuses bien que non exhaustives. Elles ont en commun d'intervenir avant la cessation des paiements dont la survenance déclenche l'ouverture d'une procédure collective *stricto sensu* entraînant une immixtion prononcée de la justice. Ces solutions comprennent : d'une part, les mesures d'assainissement ou de renflouement qui ne nécessitent pas l'intervention judiciaire ; d'autre part, les solutions nécessitant l'intervention judiciaire, en l'occurrence le règlement préventif.

CHAPITRE I : LES SOLUTIONS D'ASSAINISSEMENT OU DE RENFLOUEMENT QUI NE NECESSITENT PAS L'INTERVENTION JUDICIAIRE

L'intervention judiciaire exclue est celle qui implique une organisation similaire à celle d'une procédure collective, comme dans le règlement préventif.

Pour l'essentiel, ces solutions peuvent être regroupées selon qu'elles consistent dans le remplacement des dirigeants et les demandes de délai ou dans des mesures de renflouement ne faisant pas intervenir la justice.

Section I : Le remplacement des dirigeants et les demandes de délais

Le remplacement des dirigeants et les demandes de délais constituent des solutions pouvant influencer positivement en faveur du redressement ou de l'assainissement de l'entreprise. Elles seront abordées successivement.

§ I : Le remplacement des dirigeants

48. Les dirigeants, par leur incompétence, leur incurie⁴¹, leur mauvaise gestion ou leurs malversations, peuvent être à l'origine des difficultés de l'entreprise. Il convient à ce moment d'éliminer, de façon plus ou moins radicale et définitive, leur influence néfaste afin de permettre à l'entreprise de retrouver son équilibre, voire sa croissance.

Pour l'entreprise individuelle, le changement de dirigeant se traduit par la mise du fonds de commerce en location-gérance, par la cession de l'entreprise ou du fonds⁴² ou, enfin, par l'apport du fonds en société ou à une société.

Lorsqu'il s'agit d'une société, le changement de dirigeant nécessite un vote au sein de l'organe compétent : assemblée des actionnaires ou des associés, conseil d'administration dans le cas de la SA. Certains dirigeants ou associés influents pourraient céder leurs parts sociales ou leurs actions. Mais la direction n'est pas forcément liée à la détention d'une part importante du capital social. L'on peut également envisager le rapprochement avec une société prospère. Ce rapprochement pourra prendre la forme d'une prise de participation avec ou sans prise de contrôle, d'une fusion, d'un apport partiel d'actif ou se faire simplement par l'instauration d'une coopération contractuelle. D'une manière générale, il s'agit de restructurer la société de façon idoine.

En l'absence de cessation des paiements, il revient, soit à l'entrepreneur, soit aux dirigeants et aux associés de prendre en compte l'intérêt de l'entreprise et de procéder librement et rapidement aux restructurations et aux remplacements nécessaires. Il faut que les dirigeants en place, surtout lorsqu'ils sont majoritaires, doivent comprendre la nécessité de l'opération et accepter de faire prévaloir l'intérêt de l'entreprise sur leurs intérêts personnels.

⁴¹ Insouciance, laisser-aller, négligence.

⁴² Voy. sur cette question relativement complexe : Paillusseau, Caussain, Lazarski et Peyramaure, La cession d'entreprise, 3^e éd., 1993 ; Guyon Y., Droit des affaires, tome 1 : Droit commercial général et sociétés, 10^e éd., 1998, n^os 652 et s.

49. Lorsqu'une procédure collective *stricto sensu* est ouverte, ce qui ne relève plus de la prévention, l'Acte uniforme de l'OHADA permet d'éliminer de façon plus ou moins radicale et définitive les dirigeants et associés indésirables par des mesures telles que :

- l'immobilisation et l'incessibilité automatique des droits sociaux des dirigeants de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et leur remise entre les mains du syndic qui est chargé de leur garde (articles 57 et 58) ; la non remise des titres au syndic est une infraction⁴³ ;

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

- la faculté pour la juridiction compétente 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, au besoin après expertise, 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 (article 185). Pour plus d'efficacité, il eût été indiqué de prévoir la possibilité pour la juridiction compétente de subordonner l'homologation du concordat à l'élimination des dirigeants qu'il désigne. Au lieu de cela, l'Acte uniforme dispose que « 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... » (art. 127).

En France, les conséquences découlant de l'ouverture de la procédure et les prérogatives reconnues au tribunal en relation avec l'efficacité du plan de redressement sont sensiblement les mêmes : immobilisation ou incessibilité des droits sociaux, exercice du droit de vote par un mandataire ad hoc, cession forcée des droits sociaux, l'objectif étant d'éliminer plus ou moins durablement l'influence néfaste des dirigeants sociaux⁴⁴.

L'application des dispositions ci-dessus n'est pas liée au prononcé préalable de sanctions comme la faillite personnelle ou le comblement du passif social. Elle ne s'étend toutefois pas aux actionnaires, ce qui peut s'avérer utile dans certains cas.

§ II : Les demandes de délais de paiement

50. Elles présentent un intérêt non négligeable, surtout lorsque l'entreprise traverse des difficultés passagères. Elles revêtent trois formes principales en fonction de leurs sources que sont la convention, le jugement et la loi.

A- La convention : Le report d'échéance convenu et le concordat amiable

Ces mécanismes appellent des précisions d'inégale importance.

1) Le report d'échéance convenu

51. Le report d'échéance peut être convenu entre les parties (débiteur et créanciers) avec un échéancier déterminé. Par exemple, par l'émission d'une nouvelle traite en remplacement de l'ancienne arrivée à échéance. De tels accords sont ou peuvent être conclus avec le banquier. Et il en est souvent ainsi en pratique. L'influence bénéfique du report d'échéance ne peut être sensible que s'il concerne un ou plusieurs créanciers importants.

2) Le concordat amiable

Lorsqu'il concerne plusieurs créanciers, le report d'échéance peut prendre la forme d'un concordat amiable. Malgré les hésitations, une telle convention est licite. C'est un accord passé entre le débiteur et ses créanciers au terme duquel les créanciers accordent des délais de paiement et/ou des remises de dettes à leur débiteur afin d'éviter la cessation des paiements et l'ouverture d'une procédure collective. Le concordat convenu ou concordat amiable ne fait pas l'objet d'une homologation judiciaire ni d'un formalisme particulier. Il peut rester confidentiel⁴⁵. Il faut cependant reconnaître qu'il est en général difficile d'amener tous les créanciers ou bon nombre d'entre eux à donner leur accord. Du fait de la relativité des conventions, le concordat amiable n'est opposable qu'aux créanciers

⁴³ Article 57, alinéa 3, renvoyant à l'article 231, 7°.

⁴⁴ G. Ripert et R. Roblot, op. cit., 15^e éd., par P. Delebecque et M. Germain, n° 3032 et 3079.

⁴⁵ Y. Chaput, Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, op. cit, n°s 119 et suivants et Derrida F., Concordat préventif et droit français, Mélanges Hamel, 1961, p. 489.

qui y ont consenti. Malgré cette faiblesse, le concordat amiable, s'il est utilisé à bon escient, peut se révéler être une solution efficace dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises⁴⁶. C'est certainement du concordat amiable dont s'inspirent la loi française du 1er mars 1984 sur le règlement amiable et aussi le règlement préventif de l'OHADA.

B- Le jugement et la loi : Le délai de grâce judiciaire et le moratoire légal

La distinction majeure est selon la source.

1) Le délai de grâce judiciaire

52 - D'après l'article 1244 du Code civil, le juge peut accorder un délai de paiement au débiteur en considération de sa situation. Il est précisé que le juge doit user de ce pouvoir avec une grande réserve. En effet, le délai de grâce accordé au débiteur peut mettre le créancier en difficulté pour faire face à ses propres échéances. Il ne lui resterait plus qu'à demander lui aussi un délai de paiement à son tour, ce qui peut provoquer un effet « boule de neige ». Aucun délai de grâce ne peut être accordé en matière d'effets de commerce en raison de la rigueur du droit cambiaire.

Ce délai de grâce dont la durée n'est pas précisée, est remplacée par celui découlant de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Il en résulte que la juridiction compétente peut reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier. Sont exclues du délai de grâce les dettes d'aliments et les dettes cambiaires (article 39)⁴⁷.

En France, l'article 1244 du Code civil a été complété par une loi du 11 octobre 1985 qui précise que le délai de paiement accordé par le juge ne saurait excéder deux ans, "toutes choses demeurant en l'état".

2) Le moratoire légal

53. Il est arrivé en temps de guerre ou en cas de troubles d'une grande envergure (grève prolongée de la poste, par exemple) que le législateur accorde des délais de paiement aux débiteurs. Lorsqu'il est adopté, le moratoire légal a une portée générale et bénéficie à tous les débiteurs répondant aux conditions légales. Mais il semble chimérique en temps de paix de compter sur une telle mesure pour le redressement de son entreprise.

Il vaut mieux dans ce cas s'orienter vers des mesures de renflouement ne faisant pas intervenir la justice.

Section II : Les mesures de renflouement ne faisant pas intervenir la justice

54 - Ces mesures sont variées. Elles sont abordées de manière sommaire car nombre d'entre elles relèvent d'autres matières comme le droit bancaire, le droit des sociétés ou le droit public économique. Par ailleurs, elles dépendent de l'initiative des dirigeants qui peuvent faire appel à une ou plusieurs d'entre elles ou ne pas y recourir. On peut distinguer d'une part les mesures relevant du droit commun (droit privé), d'autre part les interventions étatiques.

§ I : Le droit commun

Lorsque l'entreprise connaît des difficultés, elle peut tenter de les résoudre sur le plan interne ou bien elle peut recourir à l'extérieur. La distinction n'est souvent pas bien tranchée puisque l'entreprise peut faire appel à la fois aux solutions internes et aux solutions externes.

A- Les solutions internes

55. L'entreprise en difficulté peut rechercher des solutions en son sein. Ainsi, l'entrepreneur individuel peut faire de nouvelles mises de fonds au profit de son exploitation, par exemple la vente d'une villa en location. Une telle solution se justifie par le fait que la faillite de l'entreprise individuelle est celle de l'entrepreneur. L'entreprise, de ce point de vue, n'est qu'un élément du patrimoine de l'entrepreneur. C'est si vrai et si fréquent qu'en cas de faillite, il ne reste généralement

⁴⁶ M. Pocaanam, Le concordat préventif (ou amiable), remède aux difficultés des entreprises au Togo ? (Les mesures préventives de la faillite), 1994, dactylographiée, 41 pages.

⁴⁷ Le même Acte uniforme (AUPSRVE, article 39) rappelle que le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible. Par ailleurs, la juridiction compétente peut décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital ou subordonner le délai de grâce, en particulier, à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

que très peu de biens personnels au débiteur entrepreneur individuel honnête qui aura tendance, pour satisfaire ses créanciers (surtout les fournisseurs) et pour éviter le caractère infamant de la faillite, à injecter dans son exploitation des biens personnels qui n'avaient pas de rapport avec l'activité commerciale.

Dans les sociétés de personnes, les associés pourraient contribuer par des mises de fonds gratuites, des avances sans intérêts ou effectuer des apports non rémunérés ni par des titres sociaux ni par des intérêts dans la mesure où la faillite de la société entraîne automatiquement celle des associés. De ce point de vue, la situation des associés des sociétés de personnes (surtout la SNC) ou des membres des groupements d'intérêt économique est assimilable à celle de l'entrepreneur individuel.

Dans les autres sociétés, principalement les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, les associés et les dirigeants peuvent contribuer sous forme d'avances ou de prêts remboursables ou de souscription à une augmentation de capital. La responsabilité des associés ou des actionnaires étant limitée à leurs mises, il est rare qu'ils acceptent de contribuer à perte au renflouement de leur entreprise ou société.

B- Le recours à l'extérieur

56. Plus les difficultés sont graves, plus le recours à l'extérieur peut s'avérer incontournable. L'on peut distinguer à cet égard les solutions bancaires des solutions extra-bancaires.

1) Les solutions extra bancaires

Elles revêtent essentiellement deux formes : les prêts obligataires et la souscription à une augmentation de capital. Il convient d'y ajouter l'émission de titres mixtes ou composés.

a) Les prêts obligataires

57. Les prêts obligataires prennent la forme d'émission d'obligations. Les obligations sont des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale. La loi peut prévoir plusieurs catégories d'obligations : outre les obligations simples ou ordinaires, il peut y avoir des obligations convertibles en actions et/ou des obligations échangeables contre des actions.

Les obligations pourraient constituer une source importante pour le renflouement des entreprises en difficulté sous réserve que l'entreprise intéressée en remplisse les conditions d'émission (entre autres être une SA dont la capital est entièrement libéré, qui a fait approuver au moins deux bilans), qu'elle soit en mesure d'en respecter les échéances de remboursement et surtout que les souscripteurs lui fassent confiance. En effet, l'émission d'obligations est un moyen de financement moins onéreux pour la SA que le crédit bancaire tandis que la souscription d'obligations est pour le souscripteur un placement mieux rémunéré que le dépôt bancaire. Malheureusement, d'une part, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales ne semble reconnaître que les obligations simples⁴⁸, d'autre part, il est très peu fait recours en Afrique à l'émission d'obligations pour le financement des entreprises, qu'elles soient saines ou en difficulté. Mais la situation est en train d'évoluer avec la création de la Bourse régionale de valeurs mobilières en 1996.

b) L'augmentation de capital

58. C'est une technique ou un moyen de financement fréquemment utilisé par les entreprises en difficulté mais aussi et peut-être davantage par les entreprises prospères.

L'augmentation de capital permet à l'entreprise d'avoir de l'argent frais au prix probablement d'un renversement de majorité et de l'apparement à un groupe. A ce sujet, un auteur, faisant état d'une fonction concurrentielle du droit des procédures collectives et de sa contribution à la restructuration de l'économie, écrit : « De fait, l'endettement excessif des entreprises constitue dans une économie de marché un facteur décisif de concentration. Cette dernière s'effectuera soit selon les procédés du droit des sociétés (prise de contrôle, fusion...) si la charge d'endettement paraît encore surmontable, soit grâce à l'ouverture d'une procédure de faillite »⁴⁹.

Très souvent, l'augmentation de capital est précédée d'une réduction du capital afin de résorber les pertes. Cette double variation en sens inverse est connue sous le nom imagé de coup d'accordéon⁵⁰.

⁴⁸ Voy. les dispositions des articles 779 à 820 de l'AUDSC.

⁴⁹ M. Jeantin, op. cit., n° 551.

⁵⁰ Y. Guyon, Droit des affaires, tome 1 : Droit commercial général et sociétés, Economica, 10^e éd., 1998, n° 430 et 468.

c) L'émission de titres mixtes ou composés

59. A titre de droit comparé, il faut mentionner la création en France, à l'imitation des droits anglo-saxons, de titres mixtes, à mi-chemin entre l'action et l'obligation.

Ce sont : les actions à dividende prioritaire sans droit de vote ; les obligations avec bons de souscription à des actions à un prix fixé lors de l'émission ; les certificats d'investissement qui donnent à leurs titulaires les prérogatives pécuniaires des actionnaires mais sans droit de vote (ces titres ont été créés par les entreprises publiques) ; les titres participatifs constatant des créances de dernier rang mais donnant droit à des intérêts plus élevés.

Enfin, il y a des valeurs mobilières innommées dont la loi du 14 décembre 1985 autorise la création par les sociétés par actions. Cette loi a ajouté un article 339-1 à la loi du 24 juillet 1966, article qui a été réformé par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 de réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale. Désormais, selon l'article L. 228-91 de cette loi :

« Les sociétés par actions peuvent émettre des valeurs mobilières donnant droit accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance.

Les actionnaires d'une société émettant des valeurs mobilières donnant accès au capital ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription de ces valeurs mobilières.

Ce droit est régi par les dispositions applicables au droit de préférence à la souscription attaché aux titres de capital conformément aux articles L. 225-132 et L. 225-135 à L. 225-140.

Le contrat d'émission peut prévoir que ces valeurs mobilières et les titres de capital ou de créances auxquels ces valeurs mobilières donnent droit ne peuvent être cédés et négociés qu'ensemble. Dans ce cas, si le titre émis à l'origine est un titre de capital, celui-ci ne relève pas d'une catégorie déterminée au sens de l'article L. 225-99.

Les titres de capital ne peuvent être convertis ou transformés en valeurs mobilières représentatives de créances. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Les valeurs mobilières émises en application du présent article ne peuvent être regardées comme constitutives d'une promesse d'action pour l'application du second alinéa de l'article L. 228-10 ».

L'OHADA, pour le moment, n'a pas expressément prévu de diversification pour les obligations⁵¹ et a prévu très peu de diversification pour les actions⁵², ce qui est curieux au regard de la fuite en avant faite sur d'autres questions comme la société anonyme unipersonnelle. Néanmoins, l'Acte uniforme sur les sociétés semble avoir autorisé, de manière vague et sibylline, la possibilité de créer des valeurs mobilières innommées. En effet, selon l'article 822 de cet Acte, « lors de l'émission de valeurs mobilières représentatives de créances sur la société émettrice ou donnant droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière représentative de créances, il peut être stipulé que ces valeurs mobilières ne sont remboursées qu'après désintéressement des autres créanciers à l'exclusion des titulaires de prêts participatifs ». Cet article reprend en substance l'article 228-97 du Code de commerce.

Le recours à ces solutions internes et/ou externes peut s'avérer insuffisant ou inadéquat, surtout si le concours financier nécessaire a un caractère urgent. Il s'indique alors d'approcher son banquier.

2) Les prêts ou crédits bancaires

Il convient d'évoquer de manière succincte la problématique de la responsabilité du banquier ainsi que les solutions qui lui ont été données, spécialement sur la base du droit commun de la responsabilité civile.

a) La problématique de la responsabilité du banquier

60. Le rôle du banquier est essentiel à toutes les étapes de la vie de l'entreprise : lors de sa création, au cours de son développement et au moment des difficultés. Dans ce dernier cas,

⁵¹ Articles 779 à 821.

⁵² Actions à droit de vote double (art 758), actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes les autres actions, avantages qui peuvent notamment être une part supérieure dans les bénéfices ou le boni de liquidation, un droit de priorité dans les bénéfices, des dividendes cumulatifs (art 755).

l'intervention du banquier peut être nécessaire, voire indispensable, au sauvetage de l'entreprise⁵³. Toutefois, le banquier se trouve souvent face à un dilemme puisque sa responsabilité peut être recherchée tant pour octroi inconsidéré de crédit, lorsque l'entreprise n'a pas de perspective ou de plan sérieux de redressement, que pour rupture abusive ou brutale de crédit, lorsqu'il met fin au crédit antérieurement accordé. S'agissant spécialement des crédits imprudemment octroyés, il est certain que « les crédits bancaires peuvent... compromettre la sécurité des relations commerciales. Les risques sont réels. Un crédit octroyé à une entreprise dont la situation est compromise a souvent pour seul effet d'augmenter le nombre de ses créanciers et l'importance de son passif. Le crédit permet à l'entreprise de continuer pendant quelque temps son exploitation et, créant une apparence de solvabilité, de faire de nouvelles victimes. Les créanciers du crédit, victimes de cette fausse apparence, perdront finalement leur créance dans la disparition inéluctable de l'entreprise ; ils peuvent légitimement demander réparation de ce préjudice »⁵⁴.

Au plan des procédures collectives *stricto sensu*, si finalement l'entreprise en difficulté en est frappée, le banquier pourrait encourir :

- l'extension de la procédure ou le comblement du passif social, dans les deux cas si l'on peut considérer que le banquier s'est comporté comme un dirigeant de droit ou de fait et a commis une faute qui a entraîné le dommage ;

- la responsabilité civile de droit commun pour avoir accru le passif ou diminué l'actif⁵⁵.

b) Les solutions données en matière de responsabilité civile

On note que les banquiers ont fait valoir pendant longtemps des fins de non-recevoir qui ont été rejetées en 1976 par la Cour de cassation française dont la solution a été légalisée par l'AUPC.

- Les fins de non-recevoir

S'agissant des fins de non-recevoir, les banquiers avaient réussi pendant longtemps à faire déclarer l'action du syndic contre le banquier irrecevable pour des raisons variées comme :

- l'appartenance du banquier à la masse ; à ce titre, le banquier est en droit d'attendre du syndic qu'il défende ses intérêts en lui obtenant un bon dividende et non qu'il intente une action tendant à le condamner à payer des dommages-intérêts au profit de la masse des créanciers ;

- l'absence d'un intérêt propre de la masse des créanciers, en ce sens que la masse serait seulement chargée de la défense des intérêts de chacun des créanciers qui la composent ; cet argument, qui tend également à dénier la personnalité juridique à la masse, recoupe le précédent ;

- le fait que les créanciers formant la masse ne subissent pas le préjudice invoqué de la même façon et dans les mêmes proportions ; en effet, selon des auteurs célèbres, tous les créanciers « n'ont pas nécessairement souffert d'une manière égale du comportement reproché au banquier. Celui dont le droit est né avant l'ouverture du crédit critiqué ne peut se plaindre que de la perte d'une partie de son gage. Celui dont le droit est postérieur peut au contraire soutenir que si le crédit n'avait pas été accordé, l'activité à l'occasion de laquelle il s'est engagé n'aurait pu être exercée ou aurait dû cesser à temps pour qu'il ne traite pas avec le crédit »⁵⁶ ; il en résulte l'inadéquation de l'action collective exercée par le syndic et l'adéquation des actions individuelles à la réparation du préjudice subi ;

- l'inapplicabilité du principe de suspension des poursuites individuelles car la suspension ne vaut qu'à l'égard du débiteur ; par conséquent, et comme suite à l'argument précédent, lorsqu'il s'agit de poursuites contre des tiers, banquiers ou autres personnes, faisant ou non partie de la masse, l'exercice des poursuites individuelles demeure possible⁵⁷.

⁵³ Dans ce sens, M. Thierry Bonneau (Droit bancaire, Montchrestien, 2^e édition, 1996, n°718) affirme que « l'importance du contentieux (en matière de responsabilité bancaire) est liée à la défaillance du bénéficiaire du crédit, généralement sous le coup d'une procédure collective ».

⁵⁴ J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire, Précis Dalloz, 6^e éd., 1995, n° 650.

⁵⁵ Voy. pour une approche qui se veut exhaustive Richard Routier, Obligations et responsabilités du banquier (Fourniture de crédit – Refus – Rupture, respect du formalisme, Sécurité-Surveillance, Exécution de l'ordre du client, Restitution des valeurs déposées, Secret bancaire, Information du client, de la caution et des tiers, Devoir de conseil, Rémunération du banquier, Conflits d'intérêts – Mauvais foi – Abus, Délits bancaires et boursiers, Responsabilités disciplinaire et pécuniaire), Dalloz Référence, 2005, 518 p.

⁵⁶ C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit de la banque, Thémis, 1975, p. 590.

⁵⁷ La solution semble avoir évolué depuis lors en France. Ainsi, pour la Cour de cassation française (Ass. plén., 9 juillet 1993, Société générale contre Guiraud, J.C.P., éd. Gén. 1993, II, 362, note Polaud-Dulian), « dès lors que le syndic, représentant la masse des créanciers, exerce l'action en réparation du préjudice résultant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers, auquel il est reproché d'avoir, par ses agissements, retardé l'ouverture de la procédure collective, aucun créancier ayant produit n'est recevable à agir lui-même contre ce tiers en réparation du préjudice constitué par l'immobilisation de sa

- Le revirement jurisprudentiel et sa légalisation

61. Mais depuis 1976, suite notamment aux critiques acerbes de la doctrine, la Cour de cassation française a, par un arrêt de principe, reconnu que « le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi qualité pour exercer une action en paiement de dommages et intérêts contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif »⁵⁸.

C'est dans ce sens que se situent de rares décisions rendues en Afrique comme celle du Tribunal de première instance de Ouagadougou selon lequel « le syndic représente la personnalité morale de la masse et, à ce titre, il a le droit d'agir en justice contre toute personne pour défendre ses intérêts... »⁵⁹.

L'AUPC se situe dans la lignée de cette jurisprudence. En effet, l'Acte uniforme a légalisé cette solution jurisprudentielle. Désormais, il est expressément prévu 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.

La juridiction compétente choisit, pour la réparation du préjudice, la solution la plus appropriée, soit le paiement de dommages-intérêts, soit la déchéance de leurs sûretés pour les créanciers titulaires de telles garanties » (art. 118).

On aura remarqué la latitude laissée à la juridiction compétente quant au mode de réparation.

En pratique toutefois, on ne retient effectivement que très rarement la responsabilité des banques, et c'est heureux ainsi. En effet, si cette responsabilité était souvent retenue, les entreprises ne seraient pas favorisées puisque les banques auraient alors tendance à leur couper les crédits dès les premières difficultés, c'est-à-dire au moment où elles en ont le plus besoin.

Les solutions internes ou externes relevant du droit commun, si elles sont utilisées à bon escient, peuvent juguler les difficultés de l'entreprise et permettre sa remise à flot financière. Dans nombre de cas cependant, ces solutions du droit commun peuvent se révéler insuffisantes et rendre nécessaire l'intervention de l'Etat.

§ II : Les interventions étatiques

62 - La disparition des entreprises, surtout les plus importantes notamment en termes d'emplois, ne peut laisser l'Etat indifférent. Or c'est ce qui risque d'arriver si les difficultés des entreprises publiques et privées ne sont pas jugulées à temps. Si l'intervention de l'Etat en faveur des entreprises publiques est classique (notamment sous forme de subvention), elle semble plus récente en ce qui concerne les entreprises privées mais elle revêt déjà une grande importance.

On se demande s'il n'y a pas lieu de faire le parallèle entre l'Etat et le banquier et de retenir la responsabilité de l'Etat dans les mêmes conditions que le banquier, dans la mesure où l'intervention de l'Etat peut avoir donné une impression fautive de prospérité à l'entreprise bénéficiaire et contribué à accroître son passif ou à diminuer son actif⁶⁰.

créance inhérente à la procédure collective à laquelle il est soumis, et notamment par la perte des intérêts. En décidant qu'entraient dans le préjudice personnel des créanciers distinct de celui dont le syndic peut, au nom de la masse, demander réparation, les dommages résultant de l'immobilisation des créances, nés de la faute du tiers (en l'occurrence une banque ayant soutenu de façon fautive une entreprise défaillante) et notamment, la perte des intérêts, la Cour d'appel a violé l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 ». De l'avis de la plupart des auteurs, cette solution est valable sous l'empire de la loi de 1985.

⁵⁸ Com. 7 janvier 1976, Dalloz 1976. J.277. Voy. également sur cette question qui a fait couler beaucoup d'encre :

- J. Ghestin, La prophétie réalisée (à propos de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 janvier 1976 déclarant recevable l'action du syndic contre une banque responsable de l'aggravation du préjudice de la masse), J.C.P. 1976, I, 2786.

- J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, op. cit., n° 651 et s. ;

- D. Vidal, Observations sous Com. 18 juin 1985, Crédit commercial de France c/Mme Castello, in Grands arrêts du droit des affaires, Sirey, 1992, p. 374-381.

⁵⁹ Voy. Tribunal de première instance de Ouagadougou, 13 juillet 1984, Revue Burkinabè de Droit, n° 12-décembre 1987, p. 501 à 518, note F. M. Sawadogo.

Voy. F. M. également Sawadogo, L'application judiciaire du droit des procédures collectives, op. cit., p. 243.

⁶⁰ Voy. pour une réponse positive : P. Charlier, La responsabilité aquilienne des pouvoirs publics dans les dommages causés aux tiers par les aides publiques aux entreprises en difficultés, in Commission Droit et vie des Affaires, Faculté de droit de Liège, Les créanciers et le droit de la faillite, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruylant, 1983, p. 451 à 496 ; voy. également : J. Le Brun et D. Déon, L'exécution des créances contre les pouvoirs publics, in Commission Droit et Vie des Affaires, op. cit., p. 497 à 561.

Pour se faire une idée de la problématique des interventions étatiques, il conviendra d'aborder successivement la situation au Burkina et celle de la France au titre du droit comparé.

A- La situation du Burkina Faso

63 - Des interventions étatiques ont été diligentées par le ministère de la promotion économique au cours des années 1983 à 1988⁶¹. Elles ont concerné de nombreuses entreprises avant ou après la cessation de leurs paiements et même, dans certains cas, après la fermeture complète de l'entreprise. A ce titre, on peut citer comme exemples : la COFA, la SONACAB (ex SOVORES), FASOPLAST (ex VOLTAPLAST), la SONICO, la SOBEMA, la BRAKINA, la BATA.

L'objectif majeur était de ressusciter l'entreprise ou de la maintenir en vie, voire de la développer, afin spécialement de maintenir les emplois et la production. Les interventions, qui visent toujours à doter l'entreprise de moyens suffisants, surtout financiers, sont multiformes. Il se peut d'ailleurs que plusieurs modalités soient utilisées à propos de la même entreprise. On peut citer comme exemples d'interventions la prise de participation de l'Etat par l'injection d'argent frais ou par conversion de créances (fiscales), la recherche de nouveaux partenaires techniques et financiers afin d'améliorer la maîtrise technologique et les finances de l'entreprise, le changement des dirigeants qui ont fait montre d'insuffisances, la réduction des avantages salariaux, l'octroi à l'entreprise d'avantages fiscaux et/ou douaniers... La conséquence de ces opérations de restructuration a souvent été la transformation d'entreprises privées en entreprises semi-publiques (sociétés d'économie mixte) ou publiques (sociétés d'Etat).

Dans l'ensemble, les résultats au plan pratique ont été quelque peu satisfaisants, au moins à court et à moyen termes. L'on doit toutefois déplorer le fait que les interventions ne soient pas clairement organisées par les textes. Dans de nombreux cas, leur légalité paraît douteuse.

Depuis un certain temps, les interventions étatiques, au Burkina comme dans de nombreux Etats africains, connaissent un reflux certain avec la mise en place des programmes d'ajustement structurel qui poussent fortement au désengagement de l'Etat par la privatisation et la liquidation d'entreprises publiques et semi-publiques⁶², celle-ci se faisant souvent par le biais des procédures collectives.

Il faut signaler que le Traité de l'Union économique et monétaire ouest africaine (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 modalités d'application de l'article 88 (c) du Traité. Le principe est donc que les aides publiques aux entreprises, publiques ou privées, en difficulté ou non, sont interdites (art. 2.1 du règlement). Ce qui pourrait justifier l'intervention de l'Etat en faveur d'une entreprise en difficulté peut être tiré de 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... « les aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre ».

B- La situation en France

64. Les interventions étatiques y sont nombreuses et multiformes malgré le fait que l'Union européenne, dont les textes inspirent l'UEMOA, interdit les aides publiques aux entreprises. Mais l'on peut retenir que trois organismes jouent dans ce domaine un rôle essentiel. Ce sont :

- à l'échelon départemental, le CODEFI (Comité Départemental d'Examen et de Financement des entreprises) ; le secrétariat du CODEFI est établi à la Trésorerie du département ;
- à l'échelon régional, le CORRI (Comité Régional de Restructuration Industrielle) ; le secrétariat de ce comité est établi à la Trésorerie générale de région ;
- à l'échelon national, le CIRI (Comité Interministériel de Restructuration Industrielle), qui est placé sous la présidence du Ministère chargé de l'Economie et des Finances.

Ces différents comités interviennent en fonction de l'importance de l'entreprise en cause. Ils apprécient la situation de l'entreprise en difficulté (caractère redressable ou pas) et lui accordent des financements publics en fonction de certains critères :

⁶¹ Voy. pour le cas de la Côte d'Ivoire B. Contamin et Y.-F. Fauré, La bataille des entreprises publiques en Côte d'Ivoire, op. cit.

⁶² La privatisation des entreprises publiques au Burkina Faso, Revue Burkinabè de Droit, n° 27, janvier 1995, p.9 à 38.

- la subsidiarité de l'aide publique : l'aide publique est en quelque sorte le dernier recours ;
- la règle du tiers ou des trois tiers : un tiers (1/3) du financement doit être fourni par les propriétaires ou les associés, un tiers (1/3) par les banquiers, le dernier tiers (1/3) par les pouvoirs publics) ; cette règle garantit le sérieux des demandes de financement ;
- le critère de l'emploi : la facilité d'obtention des financements publics est proportionnelle au nombre d'emplois qui seront préservés.

Il y a lieu de noter également le rôle important des collectivités locales. On note, en effet, notamment dans les pays développés, que les maires sont devenus des spécialistes des entreprises en difficulté ou tout au moins des personnes averties, qui se battent pour obtenir les financements nécessaires au redressement des entreprises en difficulté qui se localisent dans leurs communes. Ils savent pertinemment que la disparition d'une ou de plusieurs entreprises peut causer un trouble grave à l'économie locale et réduire sensiblement les ressources communales (surtout fiscales) et les chances de réélection des élus locaux en place.

Les solutions extrajudiciaires sont nombreuses puisqu'en la matière c'est la liberté individuelle qui prévaut. Cependant, elles n'arrivent pas dans tous les cas à guérir l'entreprise de ses maux si bien que, dans bien des cas, il peut s'avérer utile, voire nécessaire, pour le débiteur de recourir aux tribunaux même avant la cessation des paiements.

CHAPITRE II : LES MESURES DE RENFLOUEMENT NECESSITANT L'INTERVENTION JUDICIAIRE : LE REGLEMENT PREVENTIF

65. Selon l'Acte uniforme, le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif (art. 2). Le règlement préventif vient remplacer et tenter de rendre plus efficace : d'une part, la procédure de suspension provisoire des poursuites instituée par l'ordonnance française du 23 septembre 1967 que certains Etats avaient reprise dans leur législation, généralement sans modification notable ; d'autre part, le règlement amiable de la loi française du 1^{er} mars 1984, adopté par le Gabon et dont l'institution était projetée par certains Etats. Le règlement préventif semble également s'inspirer du concordat amiable⁶³ qu'il est toujours loisible de conclure entre le débiteur et ses créanciers ainsi que du concordat « judiciaire » classiquement voté par les créanciers et homologué par le tribunal.

Il y a lieu d'indiquer que le règlement préventif puise sa source d'inspiration des solutions existantes ou ayant existé et qui s'appliquent aux entreprises en difficulté mais non encore en état de cessation des paiements. Parmi celles-ci, la procédure de suspension provisoire des poursuites et le règlement amiable tels qu'ils ont été institués en France méritent d'être évoqués. Ces deux modèles sont d'inspirations différentes : l'un est d'inspiration autoritaire et l'autre d'inspiration consensuelle.

La procédure de règlement préventif se déroule en deux phases essentielles : la phase préparatoire au règlement préventif (Section I), puis la formation et les effets du concordat préventif (Section II). Il conviendra également d'évoquer succinctement les voies de recours (Section III).

Section I : La phase préparatoire au règlement préventif

69. Il convient de rappeler que le règlement préventif a le même champ d'application *in personam*, autrement dit les mêmes justiciables, que le redressement judiciaire et la liquidation des biens : il s'agit des commerçants personnes physiques et des personnes morales de droit privé, même non commerçantes, y compris les entreprises publiques revêtant la forme d'une personne morale de droit privé⁶⁴. Concernant la condition économique et financière, le règlement préventif intéresse les entreprises connaissant une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise, en d'autres termes, des entreprises qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements⁶⁵. Il est certainement pertinent d'opérer un rapprochement avec le critère du règlement amiable de la loi française du 1^{er} mars 1984, à savoir l'existence de besoins de financement qui ne peuvent être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise et de celui de

⁶³ Voy. *supra* n° 51.

⁶⁴ Voy. pour un approfondissement des justiciables infra 2^e partie, 2^e sous partie, titre I, chap. I.

⁶⁵ Voy. sur la notion de cessation des paiements infra 2^e partie, 2^e sous partie, titre II, chap. II.

l'ordonnance française du 23 septembre 1987, dont il se distingue difficilement. Bien qu'il prévoit expressément que le débiteur ou son entreprise doit connaître « une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise », l'on peut craindre, au regard des leçons tirées du droit comparé, que les débiteurs recourent au règlement préventif, soit pour des motifs purement dilatoires au profit d'entreprises traversant des difficultés passagères, soit au profit d'entreprises dont la situation est compromise par la survenance de la cessation des paiements⁶⁶.

Avant le prononcé du règlement préventif, le débiteur doit introduire une demande qui, si elle est accueillie, produit un certain nombre de conséquences avant d'aboutir à un concordat de règlement préventif homologué.

§ I : La demande de règlement préventif

La demande de règlement préventif est faite sous la forme d'une requête qui doit être accompagnée ou suivie d'une offre de concordat préventif.

A- La requête en règlement préventif

La requête en règlement préventif doit être accompagnée de certains documents ou pièces.

1) La requête

70. La juridiction compétente, à savoir le tribunal de première instance ou le tribunal de grande instance pour la plupart des Etats de l'aire OHADA, est saisie par requête du débiteur, adressée précisément au président de la juridiction et déposée contre récépissé au greffe de cette juridiction. La requête expose d'une part la situation économique et financière de l'entreprise, qui doit certes être difficile mais non irrémédiablement compromise, d'autre part les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement de son passif. L'apurement du passif constitue la finalité commune et apparemment première de toutes les procédures prévues par l'Acte OHADA⁶⁷. Néanmoins, on ne peut pas soutenir que le redressement de l'entreprise est négligé. La requête indique les créances pour lesquelles le débiteur demande la suspension des poursuites individuelles. Cela suppose que le débiteur connaît l'étendue de son passif et est à même d'opérer une discrimination en fonction des caractéristiques de ses dettes : montant élevé ou faible, exigibilité immédiate ou à terme, existence ou non d'une sûreté, importance du bien servant d'assiette à la sûreté...

Le règlement préventif permet à un débiteur *in bonis* de ne pas payer momentanément ses dettes. De ce fait, il y a des risques sérieux que certains débiteurs en abusent et y recourent de manière purement dilatoire. En effet, de l'article 7 relatif à l'offre de concordat préventif et de l'article 8 concernant la décision de suspension des poursuites individuelles, il ne ressort expressément aucune exigence ayant trait au sérieux ou à la viabilité de l'offre de concordat préventif pour entraîner la prise de la décision de suspension. C'est probablement lors de l'homologation que ces éléments pourront également être pris en compte, ce qui est déjà un peu tard. Mais l'on peut soutenir que la proposition de concordat doit être sérieuse, sinon cela équivaldrait à une absence de proposition de concordat. Quoiqu'il en soit, pour éviter ou limiter l'usage abusif ou dilatoire du règlement préventif, l'Acte uniforme prévoit qu'aucune requête en règlement préventif ne peut être présentée par le débiteur avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant une précédente requête ayant abouti à une décision de règlement préventif.

2) Les documents ou pièces accompagnant la requête

Le demandeur d'un règlement préventif doit déposer, en même temps que la requête, les pièces suivantes :

- un extrait d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;

⁶⁶ Voy. sur le RP : P. Roussel Galle, 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 et F. M. Sawadogo, OHADA : Droit des entreprises en difficulté, Bruylant, Bruxelles, Collection Droit uniforme africain, 2002, 444 p.

Voy. sur les conditions d'application du règlement préventif, TGI Ouagadougou, jugement du 25 mai 2004, Revue burkinabè de droit, n° 45, note F. M. Sawadogo. Voy. sur le RP : P. Roussel Galle, 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 et F. M. Sawadogo, OHADA : Droit des entreprises en difficulté, Bruylant, Bruxelles, Collection Droit uniforme africain, 2002, 444 p.

Voy. sur les conditions d'application du règlement préventif, TGI Ouagadougou, jugement du 25 mai 2004, Revue burkinabè de droit, n° 45, note F. M. Sawadogo.

⁶⁷ Voy. dans ce sens l'intitulé de l'Acte uniforme ainsi que ses articles 1^{er} et 2.

- les états financiers de synthèse comprenant notamment le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois ;
- un état de trésorerie ; c'est plus ou moins l'actif disponible ;
- l'état chiffré des créances et des dettes avec indication du nom et du domicile des créanciers et des débiteurs ;
- l'état détaillé, actif et passif, des sûretés personnelles et réelles données ou reçues par l'entreprise et ses dirigeants ;
- l'inventaire des biens du débiteur avec indication des biens mobiliers soumis à revendication par leurs propriétaires et de ceux affectés d'une clause de réserve de propriété ;
- le nombre des travailleurs et le montant des salaires et des charges salariales ;
- le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices imposés des trois dernières années ;
- le nom et l'adresse des représentants du personnel ;
- s'il s'agit d'une personne morale, la liste des membres solidairement responsables des dettes de celle-ci, avec indication de leurs noms et domiciles ainsi que les noms et adresses de ses dirigeants⁶⁸.

Tous ces documents doivent être datés, signés et certifiés conformes et sincères par le requérant. Si l'un de ces documents ne peut être fourni ou ne peut l'être que de façon incomplète, la requête doit contenir l'indication des motifs de cet empêchement.

Une remarque s'impose : les documents devant accompagner la requête sont assurément tous pertinents. Toutefois, leur nombre élevé et la difficulté de les établir rapidement pourraient conduire à user abondamment de l'exception, à savoir indiquer les motifs de l'absence ou du caractère incomplet de telle ou telle pièce, particulièrement pour les petites et moyennes entreprises.

En pratique, la jurisprudence ne semble pas attacher une grande importance à ces pièces. En général, les tribunaux se contentent de mentionner vaguement « vu les pièces produites », ce qui ne permet pas de savoir si elles sont toutes fournies et si tel n'est pas le cas quelles sont celles qui sont fournies et celles qui manquent.

La requête et les documents susvisés doivent être accompagnés ou suivis d'une offre de concordat préventif.

B - L'offre de concordat préventif

71. L'offre de concordat préventif pose la question de son contenu ainsi que celle du délai de son dépôt.

1) Le contenu de l'offre de concordat préventif

L'offre de concordat préventif doit préciser les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise et pour l'apurement de son passif. On aurait pu parler d'assainissement ou de renflouement, qui opère avant la cessation des paiements, afin d'éviter la confusion avec le redressement judiciaire qui s'ouvre après la cessation des paiements. L'Acte uniforme fournit, à son article 7, à titre indicatif, des exemples de mesures ou conditions du redressement de l'entreprise.

Il s'agit :

- en premier lieu, des modalités de continuation de l'entreprise telles que la demande de délai ou de remises ; la cession partielle d'actif avec l'indication précise des biens à céder ; la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce ; la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise, sans que ces modalités soient limitatives et exclusives les unes des autres ;

- en second lieu, de l'indication des personnes tenues d'exécuter le concordat et l'ensemble des engagements souscrits par elles et nécessaires au redressement ; des modalités du maintien et du financement de l'entreprise et du règlement du passif né antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles ainsi que, s'il y a lieu, des garanties fournies pour en assurer l'exécution ; il est précisé que ces engagements et garanties peuvent consister, entre autres, en la souscription d'une augmentation du capital par les anciens associés et par de nouveaux, l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers (établissements de crédit), la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la requête, la fourniture de cautions ;

⁶⁸ Ce sont les mêmes pièces qui doivent être fournies en cas de déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens (AUPC, art. 26).

- en troisième lieu, des licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du Code du travail ;
- en quatrième lieu, du remplacement des dirigeants.

Au total, l'offre de concordat doit prévoir, d'une part, les mesures tendant à la continuation de l'entreprise et à son assainissement et, d'autre part, les modalités et garanties du respect des engagements souscrits.

2) Le délai de dépôt de l'offre

L'offre de concordat préventif doit être déposée en même temps que la requête et les documents qui l'accompagnent ou au plus tard dans les trente jours qui suivent le dépôt des documents. Si ce délai expire, l'offre est irrecevable ou caduque. Le délai d'un mois pour déposer une offre de concordat préventif (lorsque celle-ci n'a pas été antérieurement élaborée) peut paraître trop bref au regard des questions qui doivent être traitées par une offre sérieuse. Cela tend à réserver la procédure aux entreprises bien structurées et qui savent ce qu'elles veulent. Au plan du fond, ce délai n'est pas un inconvénient. En effet, son point de départ est l'introduction de la requête. Or il n'y a pas de délai pour introduire la requête : il suffit que l'entreprise ne soit pas encore en état de cessation des paiements. Il paraît donc conseillé au débiteur d'élaborer son offre de concordat préventif avant d'introduire sa requête qui sera donc accompagnée de son offre.

Le dépôt de l'offre produit une conséquence importante : le président de la juridiction compétente va rendre une décision de suspension des poursuites individuelles et de désignation d'un expert.

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

72. D'après l'article 8 de l'Acte uniforme, la proposition de concordat préventif est transmise dès son dépôt et sans délai au président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles et désigne un expert.

A- La suspension des poursuites individuelles

La suspension des poursuites individuelles est l'objectif principal immédiat poursuivi par le débiteur à travers l'introduction de sa requête. Apparemment, il n'est pas prévu de pouvoir d'appréciation du président de la juridiction compétente. On aurait pu ou dû conditionner explicitement la prise de la décision à l'appréciation du président portant sur le caractère sérieux de la proposition de concordat. Mais peut-être que cela va de soi dans la mesure où la proposition de concordat qui ne serait pas sérieuse pourrait être assimilée à une absence de proposition.

La décision de suspension concerne les créanciers mais elle entraîne également des restrictions aux droits du débiteur.

1) La portée et les limites de la suspension des poursuites

La décision prévue à l'article 8 suspend toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à ladite décision (art. 9). On peut en tirer les conséquences suivantes :

- d'abord, la suspension concerne toutes les créances antérieures à la décision de suspension à la condition qu'elles aient été visées dans la requête du débiteur ; l'exigence de visa des créances est nouvelle : elle oblige le débiteur à recenser de façon précise l'ensemble de ses dettes, du moins celles dont il entend obtenir la suspension, évitant ainsi une suspension aveugle du paiement de l'ensemble des dettes du débiteur ; celui-ci doit donc veiller à ne pas oublier de mentionner des créances importantes dont la réclamation pourrait accroître les difficultés de l'entreprise ;

- ensuite, il n'y a pas lieu de distinguer suivant que les poursuites sont engagées avant ou après la décision de suspension ; il suffit qu'elles n'aient pas encore produit un effet définitif ;

- enfin, la suspension s'applique aussi bien aux demandes en paiement qu'à l'exercice de voies d'exécution, qui intéresse les créanciers munis de sûretés réelles spéciales ou possédant un titre exécutoire ; l'exercice des voies d'exécution peut compromettre le redressement ou l'assainissement de l'entreprise s'il aboutit à la saisie et à la vente d'un ou de plusieurs biens indispensables à la

poursuite de l'activité ; c'est certainement pour cela que l'Acte uniforme suspend expressément même les saisies conservatoires (article 9, alinéa 2)⁶⁹.

73. Le domaine de la suspension des poursuites individuelles est assurément étendu. Cependant, la suspension ne s'étend pas :

- aux actions tendant à la reconnaissance de créances ou de droits contestés ni aux actions cambiales dirigées contre les signataires d'effets de commerce ou de chèques, autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles ; de telles actions soit ne rompent pas l'égalité entre les créanciers, soit découlent de la rigueur du droit cambial dont le mécanisme se s'accommode d'aucun report légal ;

- aux créanciers de salaires, sans doute en raison du caractère alimentaire de leurs créances (art. 9, al. 3) ;

- aux poursuites pénales, en raison de l'autonomie du droit pénal ;

- aux créances nées régulièrement après la décision de suspension ; celles-ci seront payées à leur échéance ; mais il est à craindre que tous les créanciers postérieurs n'exigent un paiement au comptant ; l'idée est certainement que le débiteur, momentanément débarrassé ou déchargé de son passif antérieur, doit être en mesure de faire ponctuellement face aux nouvelles dettes⁷⁰.

De plus, sauf remise par les créanciers, les intérêts légaux et conventionnels ainsi que les intérêts moratoires et les majorations continuent de courir mais ne sont pas exigibles (article 10). L'explication tient au fait que l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements. Il n'y a pas de procédure collective *stricto sensu* : il n'est donc pas question de l'arrêt du cours des intérêts, règle qui prévaut en cas de redressement judiciaire et de liquidation des biens.

Quid des actions résolutoires tendant à obtenir contre le débiteur la résolution d'un contrat pour inexécution par celui-ci de l'engagement de paiement qu'il avait souscrit ? En l'absence de disposition spécifique, l'on pourrait se référer à l'article 106 de l'AUPC qui concerne le redressement judiciaire et la liquidation des biens⁷¹.

2) Les limitations aux droits du débiteur : les actes interdictions

74. En contrepartie des limitations qui frappent les créanciers, le débiteur voit sa liberté d'action limitée. Bien entendu, l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période de suspension, ce qui est favorable à l'assainissement de l'entreprise. Toutefois, la poursuite de l'activité ne doit pas être l'occasion de prise de mesures qui y sont défavorables ou qui lèsent les intérêts des créanciers. C'est pourquoi, sauf autorisation motivée du président de la juridiction compétente, il est interdit au débiteur, sous peine d'inopposabilité de droit :

⁶⁹ En France, sous l'empire de l'ordonnance du 23 septembre 1967 qui était muette sur les saisies conservatoires, une juridiction avait considéré que la suspension les concernait (Trib. civ. de Bourg-en-Bresse, 13 février 1968, R.T.D. Com. 1969, 169, note Houin), ce que la doctrine généralement considérait comme étant trop sévère.

⁷⁰ Voy. pour une correcte application de l'AUPC sur ce point Dakar, Chambre civ. 1, arrêt n° 397 du 8-9-2000, 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 ».

Abidjan, Chambre civ. et com., arrêt n° 633 du 11 juin 2004, Société DAFNE et un autre c/ SGBCI CI, pour qui s'il est admis que l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles, rendue par le président du tribunal dans le cadre d'une procédure de règlement préventif interdit d'initier une action en paiement de créance, cette ordonnance ne fait pas obstacle à l'action en reconnaissance de créance.

* Voy. l'ordonnance de suspension des poursuites au profit de la Société gabonaise de négoce des bois du Gabon (NBG) et de nomination d'un expert dans le cadre du RP, répertoire n° 34/2004/2005 du 5 sept. 2005. L'on note positivement que la liste des créances dont la suspension est souhaitée et accordée figure dans l'ordonnance mais négativement le fait que, concernant les pièces et la proposition de concordat exigées par les art. 6 et 7 de l'AUPC, l'ordonnance se contente de viser « la requête qui précède (alors qu'il n'en est pas fait antérieurement état), les motifs exposés et le dossier déposé conformément à l'art. 6 », ce qui manifestement n'est pas suffisamment éclairant. Voy. aussi TPI Libreville, répertoire n° 34/2002/2003 du 28 mars 2003, qui cite les créances dont la suspension est accordée mais est vague en ce qui concerne les pièces devant être déposées, la proposition de concordat et ne mentionne pas la date de la requête.

Abidjan, 22/07/2003, arrêt n° 1030, K.B c/ La Société Equip-Agro CI, Le Juris Ohada n° 1/2005, janvier-mars 2005, p. 35, rappelle que l'ordonnance de règlement préventif n'entraînant pas systématiquement la suspension de l'exécution de toutes les créances, seules sont concernées celles qui sont antérieures à la décision de suspension des poursuites et qui ont été visées dans la requête du débiteur.

⁷¹ Voy. *infra* n° 249.

- de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles et visées par celle-ci : ce serait rompre l'égalité entre les créanciers antérieurs⁷² ; cette règle ne semble toutefois pas applicable aux créances salariales ;

- de libérer ou de désintéresser les cautions qui ont acquitté des créances nées antérieurement à la décision de suspension ; cette hypothèse se ramène à la précédente puisque la caution qui a payé prend la place du créancier ; si le débiteur pouvait payer la caution qui a payé le créancier, cela reviendrait à payer le créancier ; or, en droit moderne, il est interdit de faire indirectement ce que l'on ne peut faire directement ;

- de faire des actes de disposition étrangers à l'exploitation normale de l'entreprise ; il en serait ainsi de la vente d'une immobilisation nécessaire à l'exploitation ou de stocks de matières premières entrant dans la production ;

- de consentir une sûreté conventionnelle, comme le prévoyait déjà l'ordonnance française du 23 septembre 1967 instituant la procédure de suspension provisoire des poursuites ; en effet, une telle mesure renforce le respect de l'égalité entre les créanciers.

Le non respect des interdictions prévues à l'article 11 de l'Acte uniforme entraîne :

1) au plan civil, l'inopposabilité de droit, qui permet d'ignorer l'acte irrégulier ; par exemple, le créancier qui a reçu paiement doit rapporter le montant encaissé ; l'acheteur irrégulier d'un bien doit le restituer⁷³ ;

2) au plan pénal, le débiteur est frappé des sanctions de la banqueroute frauduleuse⁷⁴.

Selon l'article 11, c'est la décision de règlement préventif qui entraîne toutes ces interdictions. Il y a probablement erreur dans la mesure où à ce stade il n'y a pas encore de règlement préventif mais seulement une décision de suspension des poursuites. Par ailleurs, les interdictions constituent le pendant de la suspension qui frappe les créanciers. C'est donc la décision de suspension des poursuites et non de règlement préventif qui entraîne les interdictions qui pèsent sur le débiteur.

Outre la suspension des poursuites et les effets induits, la décision désigne un expert dont il faut étudier le statut et la mission.

B- Le statut et les missions de l'expert

75 - Par la décision qui prononce la suspension des poursuites individuelles, le président de la juridiction compétente désigne un expert pour lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de 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, al. 1^{er}).

1) Le statut de l'expert

L'expert est soumis aux dispositions des articles 41 et 42 de l'Acte uniforme, relatifs à la nomination et à la révocation du syndic⁷⁵. Ainsi, il ne peut s'agir ni d'un parent ni d'un allié du débiteur jusqu'au quatrième degré inclusivement. Sa révocation peut être prononcée par la juridiction compétente, soit d'office, soit sur les réclamations qui lui sont adressées par le débiteur ou par les créanciers.

L'expert est informé de sa mission par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite du président de la juridiction compétente ou du débiteur dans le délai de huit jours suivant la décision de suspension des poursuites individuelles⁷⁶.

⁷² Il est légalement possible au débiteur d'octroyer un traitement de faveur à un créancier antérieur : il suffit de ne pas viser sa créance parmi celles dont on demande la suspension.

⁷³ On se demande s'il pourra obtenir remboursement du prix s'il a été payé entre les mains du débiteur et que la somme ne se retrouve pas dans la « caisse de la procédure ».

⁷⁴ Art. 233, 2, 2^o.

⁷⁵ Beaucoup de dispositions des articles 41 et 42 sont difficilement transposables à l'expert dans la mesure où il n'est pas prévu de pluralité d'experts et où il n'y a pas encore de juge-commissaire.

⁷⁶ Voy., à titre d'illustration, des ordonnances apparemment régulières de suspension des poursuites et de nomination d'un expert :

- TPI de Libreville, Gabon, répertoire n° 34/2002/2003, du 28 mars 2003, mais qui est vague en ce qui concerne les pièces devant être déposées, la proposition de concordat et ne mentionne pas la date de la requête ;

- TGI, Ouagadougou, Burkina Faso, ordonnance n° 741 du 24 juillet 2002, Société Internationale Faso Export (IFEX), rectifiant le jugement n° 712 rendu le 10 juillet 2002 qui avait prononcé le redressement judiciaire au lieu du règlement préventif demandé, alors et surtout que la société n'était pas en état de cessation des paiements.

Afin de bien assumer sa mission, l'expert a droit à une information large. Il peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les commissaires aux comptes, les comptables, les représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales, les établissements bancaires ou financiers, ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur (art. 12, 1).

Bien entendu, il a droit à une rémunération en tant qu'auxiliaire de justice même si l'Acte uniforme est muet là-dessus. D'une manière générale, dans la plupart des Etats parties au Traité de l'OHADA, il n'y a pas une réglementation cohérente du statut de syndic, tant au plan des aptitudes et de la moralité requises qu'au plan de la rémunération accordée, et cette situation exerce une influence négative sur le déroulement et sur le dénouement de la procédure.

2) Les missions de l'expert

76. Au plan des missions, l'une d'elles de l'expert est de signaler les manquements aux interdictions de l'article 11, relatif à l'interdiction faite au débiteur de poser certains actes.

La mission centrale de l'expert est de faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers sur les modalités du redressement de l'entreprise et de l'apurement de son passif (délais de paiement, remises). A cet effet, il entend le débiteur et les créanciers et leur prête ses bons offices. L'Acte uniforme n'est pas très explicite sur les contours de cette mission qui n'est pas très juridique. Il est certain qu'elle va porter sur l'appréciation des éléments de l'offre de concordat tels que prévus à l'article 7. Il est également permis de faire le rapprochement avec le conciliateur prévu dans la loi française du 1^{er} mars 1984 relative au règlement amiable.

Dans le cadre de sa mission principale, l'expert élabore un rapport contenant le concordat préventif proposé par le débiteur ou conclu entre lui et ses créanciers, au plus tard dans les deux mois de sa saisine. Mais ce délai peut être prorogé d'un mois sur autorisation motivée du président de la juridiction. Il convient de relever que le délai de deux mois, voire même de trois mois en cas de prorogation, peut paraître bref. 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*. Du reste, la célérité que requiert la procédure milite en faveur d'un bref délai pour faire un travail de qualité. C'est pourquoi d'ailleurs la prorogation d'un mois n'est pas automatique et requiert une autorisation motivée du président de la juridiction compétente. De plus, l'expert engage sa responsabilité civile envers le débiteur ou les créanciers en cas de non respect du délai ci-dessus. En pratique, le délai n'est presque jamais respecté⁷⁷ et la responsabilité de l'expert n'est pas mise en jeu.

⁷⁷ De nombreuses décisions montrent que ce délai de deux mois, éventuellement prorogé d'un mois, n'est généralement pas respecté. Voy. par ex. :

- TPI Libreville, Gabon, jug. répertoire n° 02/2004/2005 du 17 janv. 2005 où l'on relève qu'une décision de suspension provisoire des poursuites et de nomination d'un expert a été prise le 26-6-2003 et que le rapport de l'expert n'a été déposé que le 20-2-2004, soit près de 8 mois plus tard mais le Trib. ne se prononce que 11 mois plus tard (le 17-1-05) pour constater la cessation des paiements, prononcer le redressement judiciaire de la société "General Business Machines" et l'homologation de son concordat qui, certainement avait été élaboré dans le cadre du règlement préventif : on passe allègrement d'une procédure à l'autre !

- Le TPI de Libreville, Gabon, par l'ordonnance, répertoire n° 628/2005/2006, du 19 juin 2006, faisant suite à l'ordonnance du 1^{er} septembre 2005 suspendant les poursuites contre la Société d'exploitation et de négoce des bois tropicaux (SENBT) et nommant un expert, connaît de la contestation de ladite ordonnance par un créancier, la Société gabonaise de crédit automobile (SOGACA), qui sollicite sa rétractation en raison du non respect du délai de 2 ou 3 mois pour le dépôt du rapport de l'expert, près d'un an s'étant écoulé depuis la nomination. La nouvelle ordonnance, se basant sur le fait que l'ordonnance de nomination a été prise conformément à la loi, décide simplement de remplacer le premier expert par un nouvel expert en rappelant à ce dernier qu'il a un délai de 2 mois pour déposer son rapport.

- Le Trib. de commerce de Bamako, Mali, par le jugement n° 113 du 2 mars 2005, ouvre une liquidation des biens contre la société SOGEP-Mali, ce qui a priori paraît justifié au regard de l'existence de la cessation des paiements. Mais les anomalies que l'on peut relever sont en liaison avec le règlement préventif : une ordonnance n° 181 du 27 février 2003 du Président du Trib. avait prononcé la suspension des poursuites et nommé un expert dans le cadre du RP mais l'expert, sans qu'il y ait eu de prorogation du délai, a déposé son rapport le 16 juin 2003, soit trois mois et demi plus tard (au lieu de deux mois) ; mais pire, ce n'est que plus de 20 mois après le dépôt du rapport que le Trib. prononce la liquidation des biens par jugement du 2 mars 2005.

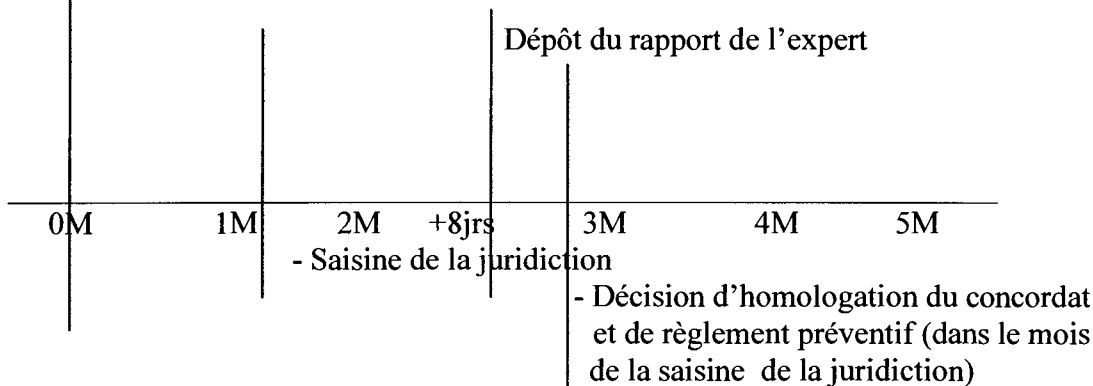
- TGI, Ouagadougou, Burkina Faso, jugement n° 20 du 29 janvier 2003 rendu sur requête de la société IFEX aux fins d'être admise au bénéfice du RP. Le Trib. retient que lorsque le débiteur est dans l'impossibilité de présenter un concordat sérieux et qu'aucune possibilité n'est envisagée pour un redressement éventuel, il y a lieu de prononcer la liquidation de ses biens avec toutes les conséquences de droit. Le jugement n° 741 en date du 24 juillet 2002 avait désigné un expert et donc six mois se sont écoulés depuis lors.

Le rapport en double exemplaire doit être déposé dans ce même délai au greffe de la juridiction compétente. Un exemplaire est transmis au ministère public par le greffier en chef. Dès ce moment, l'on peut considérer que la phase préparatoire a pris fin et que s'ouvre celle de la formation effective du concordat qui produit les effets que l'Acte uniforme y attache.

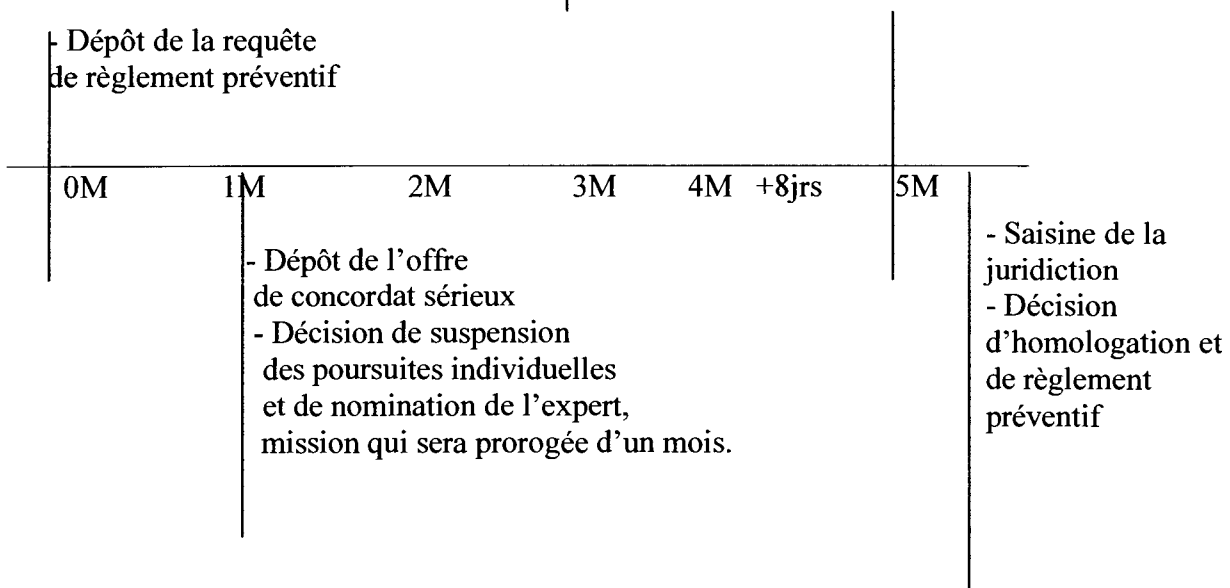
Représentation graphique du timing du règlement préventif

1^{er} cas : hypothèse où l'on prend le moins de temps possible

- Dépôt requête de règlement préventif + les 10 pièces
- Dépôt offre de concordat sérieux
- Décision de suspension des poursuites individuelles et de nomination de l'expert



2^e cas : hypothèse où l'on prend le plus de temps possible



Section II : La formation et les effets du concordat préventif

77. L'existence d'un concordat préventif valide nécessite le respect d'une procédure et la réunion de conditions de fond. Si ces éléments sont réunis, alors le concordat préventif peut naître et produire tous les effets prévus par l'Acte uniforme. Formation et effets méritent d'être successivement abordés.

§ I : La formation du concordat préventif

En rappel, lors de l'introduction de sa requête, accompagnée des pièces (au nombre de dix) et au plus tard dans les trente jours qui suivent, le débiteur doit déposer une offre de concordat préventif.

Par la suite, avec les bons offices de l'expert, et dans les deux, ou éventuellement trois, mois de la nomination de celui-ci, le débiteur doit parvenir à la conclusion d'un accord avec ses créanciers. S'il y a un accord, alors s'ouvre la phase de l'homologation du concordat mais ce n'est pas dans tous les cas que l'on y parvient.

A- L'accord avec les créanciers

78 - L'accord avec les créanciers ou concordat préventif non encore homologué se distingue du concordat judiciaire classique dont le concordat de redressement judiciaire constitue un exemple⁷⁸. En effet, il ne s'agit pas ici de réunir l'ensemble des créanciers, spécialement les créanciers chirographaires, et de leur faire voter sur les propositions du débiteur. Le concordat préventif requiert que le débiteur parvienne avec chacun des créanciers à un accord sur les délais et/ou les remises qu'il consent, étant entendu que le créancier se prononcera en fonction des mesures que le débiteur entend prendre pour parvenir à l'assainissement rapide de l'entreprise et garantir le paiement des créanciers. Tel ou tel créancier peut donc refuser tout délai et/ou toute remise sans que cela empêche la formation du concordat.

Cependant, dans le cas où le concordat préventif comporte 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 (article 15, 2, alinéa 3)⁷⁹. Toutefois, les créanciers de salaires ne peuvent consentir aucune remise ni se voir imposer un délai qu'ils n'ont pas consenti eux-mêmes.

Pour produire les effets que l'Acte uniforme y attache, l'accord entre le débiteur et ses créanciers doit faire l'objet d'une homologation judiciaire.

B- L'homologation du concordat préventif

79. Dans les huit jours du dépôt du rapport de l'expert, le président saisit la juridiction compétente et convoque le débiteur à comparaître devant cette juridiction en audience non publique. Il doit également convoquer à cette audience l'expert et tout créancier qu'il juge opportun d'entendre⁸⁰. La juridiction compétente doit se prononcer dans un délai de trente jours à compter de sa saisine (article 15, 4). Ce délai d'un mois pour se prononcer sur l'homologation ou la non-homologation du concordat préventif peut paraître quelque peu long au regard de la célérité qui caractérise la procédure de règlement préventif (mais aussi les procédures collectives stricto sensu). Toutefois, il n'entraîne pas de gêne pour le débiteur qui continue de bénéficier de la suspension des poursuites individuelles.

La juridiction ne peut homologuer le concordat que si les conditions suivantes sont réunies :

- les conditions de validité du concordat sont remplies ; l'Acte étant peu explicite, l'on pourrait se référer aux dispositions régissant le concordat de redressement judiciaire ainsi qu'aux conditions de validité de tout contrat ;

- 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 des garanties suffisantes d'exécution ; en d'autres termes, le concordat préventif doit être viable ; c'est là une condition essentielle qui devrait retenir l'attention du juge ;

- les délais consentis n'excèdent pas trois ans⁸¹ pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires.

Si ces conditions sont remplies et que la situation du débiteur le justifie, la juridiction rend une décision de règlement préventif et homologue le concordat préventif en constatant les délais et remises consentis par les créanciers et en donnant acte au débiteur des mesures proposées pour le redressement

⁷⁸ Voy. sur ce concordat *infra* n° 277 et s.

⁷⁹ On pourrait faire le parallèle avec la « clause de dureté » qui existe en droit de la famille en matière de divorce. On peut penser que cette condition est remplie dès lors que le créancier apporte la preuve que le fait de ne pas recevoir ponctuellement le paiement est de nature à le conduire à la cessation des paiements.

⁸⁰ 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.

⁸¹ C'est le même délai que retenait l'ordonnance française du 23 septembre 1967 sur la procédure de suspension provisoire des poursuites.

de l'entreprise, étant précisé que les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents⁸².

La juridiction compétente ne peut qu'homologuer ou refuser d'homologuer le concordat : elle ne peut pas le modifier.

C- La non homologation du concordat préventif

80. Selon l'article de l'AUPC, le concordat préventif n'est pas homologué dans les cas suivants :

1) si le débiteur est en état de cessation des paiements : dans ce cas, la juridiction compétente prononce d'office à tout moment le redressement judiciaire ou la liquidation des biens du débiteur en lui laissant la possibilité de faire sa déclaration et de déposer sa proposition de concordat (délai de trente jours) ; en réalité, ce délai doit être observé avant le prononcé de la procédure ;

2) si les conditions mises à l'homologation ne sont pas remplies ; cela laisse supposer que la juridiction compétente pourrait subordonner l'homologation du concordat à la prise de mesures comme le changement de dirigeants ou l'accroissement des fonds propres de l'entreprise ;

3) si la juridiction estime que la situation du débiteur ne relève d'aucune procédure collective ; par exemple, le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements et ses difficultés financières ne sont pas sérieuses ou suffisamment graves pour justifier sa mise sous règlement préventif ; dans ce cas, la juridiction rejette le concordat préventif proposé par le débiteur et annule la décision de suspension provisoire des poursuites, ce qui remet les parties en l'état antérieur à cette décision ; c'est le retour au *statu quo ante*.

La décision de règlement préventif et d'homologation du concordat⁸³ entraîne d'importantes conséquences.

§ II : Les effets du concordat préventif

81. Il s'agit également des effets du règlement préventif qui va de pair avec le concordat préventif, qui constituent les deux faces d'une même médaille. On peut regrouper ces effets selon qu'ils touchent l'expert, les créanciers et le débiteur ou selon qu'ils entraînent la mise en place d'organes avant d'évoquer l'hypothèse de l'annulation et de la résolution.

A- Les effets sur l'expert, les créanciers et le débiteur

82. La décision de règlement préventif ou d'homologation du concordat met fin à la mission de l'expert. Cela est logique puisque sa mission, qui consiste à aider le débiteur à parvenir à un accord avec ses créanciers, autrement dit à un concordat préventif homologué, est arrivée à son aboutissement. Toutefois, l'article 17 le charge de procéder à la vérification de la publicité légale. Celle-ci est effectuée au registre du commerce et du crédit mobilier, dans un journal d'annonces légales et au journal officiel dans les mêmes conditions que pour le jugement de redressement judiciaire ou de liquidation des biens conformément aux dispositions des articles 36 et 37 de l'Acte uniforme⁸⁴. La responsabilisation de l'expert contribue à l'effectivité de ces publications ainsi qu'à celle de la publicité foncière. Cette publicité est une différence fondamentale entre le règlement préventif de l'OHADA et le règlement amiable français. Pour ce dernier, la discrétion est considérée comme essentielle à son succès⁸⁵. L'absence de cessation des paiements fait qu'il n'y a pas de nécessité absolue de protéger les créanciers par la publicité. La publicité ainsi organisée peut nuire au

⁸² Voy. pour des cas d'application :

- Le jugement du TPI de Libreville, répertoire n° 48/2002/2003, du 11 juillet 2003 prononçant le RP de la Société industrielle du Gabon et homologuant son concordat préventif. Il y a tout de même un problème de délai : la décision de suspension des poursuites est intervenue le 20 déc. 2001, soit plus d'un an et demi avant cette décision. On relève que l'Etat admet la possibilité de compensation des dettes des créanciers avec les dettes fiscales, ce qui fait penser que la société est une entreprise publique.

- Le Trib. Rég. hors classe de Dakar, jugement com. n° 6 du 9 janv. 2004, IPRES c/ Eurafricaine d'Industries, suite à une assignation en liquidation des biens du 08-07-2002 ayant donné lieu à une ordonnance du 30-07-2003 rendue par le président du Tribunal qui a ordonné la suspension des poursuites individuelles et désigné un expert, constate que la société présente des chances de redressement et propose un concordat conforme à l'art. 15 de l'AUPC et décide d'homologuer le concordat et d'admettre le débiteur en règlement préventif.

⁸³ Nous pensons que c'est une seule décision qui prononce le règlement préventif et homologue le concordat. Pour nous, la décision doit d'abord homologuer le concordat et, en conséquence, prononcer le règlement préventif.

⁸⁴ Voy. infra les développements concernant la publicité du jugement de redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

⁸⁵ Voy. réponse ministérielle, 9 mai 1985, J.C.P. 1985, éd. E., II, 14598.

crédit de l'entreprise bénéficiaire du concordat en incitant ses partenaires à être plus réservés ou plus réticents dans leurs relations avec elle.

L'expert rend compte de sa mission au président de la juridiction compétente dans le délai d'un mois à compter de la décision homologuant le concordat préventif. Le président vise le compte rendu. Les papiers et effets remis à l'expert doivent être retirés par le débiteur. A défaut de retrait, l'expert en est dépositaire seulement pendant deux ans à compter de son compte rendu.

Le concordat homologué s'impose à tous les créanciers antérieurs, qu'ils soient chirographaires ou munis de sûretés, dans les conditions de délais et de remises qu'ils ont consenties au débiteur. C'est dire qu'il ne s'impose pas aux créanciers qui n'y ont pas consenti⁸⁶. Il n'en est autrement que si, le délai sollicité n'excédant pas deux ans, la juridiction l'a rendu opposable même aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise. Il en est de même à l'égard des cautions qui ont acquitté des dettes du débiteur nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites. 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 : cela se perçoit aisément en cas d'annulation ou de résolution du concordat ou de réalisation du bien servant d'assiette à la sûreté.

Les cautions et coobligés du débiteur ne peuvent pas se prévaloir des délais et remises du concordat préventif. C'est dire qu'ils peuvent être immédiatement poursuivis pour le tout alors que, dans leurs recours contre le débiteur, ils doivent respecter les dispositions concordataires.

Fort logiquement, la prescription demeure suspendue à l'égard des créanciers qui, par l'effet du concordat préventif, ne peuvent exercer leurs droits ou actions.

S'agissant du débiteur, sa situation est très simple : il recouvre la liberté d'administration de son entreprise et la libre disposition de ses biens dès que la décision de règlement préventif est passée en force de chose jugée, sous réserve cependant du respect de ses engagements concordataires, auquel veillent les organes mis en place.

B- Les organes mis en place

83. Le jugement de règlement préventif met ou peut mettre en place les organes suivants : un juge-commissaire, un syndic et/ou des contrôleurs. La désignation d'un syndic et/ou de contrôleurs est facultative. Il est simplement prévu que ces organes sont chargés de surveiller l'exécution du concordat dans les mêmes conditions que celles prévues pour le concordat de redressement judiciaire. On peut donc recourir aux dispositions relatives à ce concordat pour connaître les qualités exigées pour être désigné, les incompatibilités, les conditions d'exercice de leur mission...

S'agissant précisément du syndic, il contrôle l'exécution du concordat, autrement dit le respect des engagements pris par le débiteur tant en ce qui concerne le paiement des créanciers que les mesures d'assainissement de l'entreprise. Il signale immédiatement tout manquement au juge-commissaire. Tous les trois mois, il rend compte au juge-commissaire du déroulement des opérations et en avertit le débiteur qui dispose, s'il y a lieu, d'un délai de quinze jours pour formuler ses observations et contestations (article 20, alinéa 2). La rémunération du syndic en qualité de contrôleur est fixée par la juridiction qui l'a nommé. Lorsqu'il cesse ses fonctions, il doit déposer ses comptes au greffe dans le mois suivant la cessation de ses fonctions.

La question qui se pose est celle de savoir si l'expert, qui a contribué à l'heureux aboutissement de l'offre de concordat, peut être désigné en qualité de syndic contrôleur. Dans le

⁸⁶ Concernant l'opposabilité des délais et des remises aux créanciers qui n'en ont pas consenti, la Cour d'appel d'Abidjan (arrêt n°1054 du 1^{er} décembre 2000, Jean Mazuet c/ Groupement pharmaceutique de Côte d'Ivoire, en abrégé GOMP-CI) infirme un jugement du TPI 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. Mais l'arrêt n° 1129 du 8 novembre 2002 de la même cour d'appel (Jean Mazuet C/ GOMP-CI) décide plus clairement que le concordat préventif a une nature contractuelle qu'il conserve même après son homologation par le tribunal. Par conséquent, il ne s'impose qu'aux seuls créanciers qui y ont consenti, à moins que le tribunal l'ait expressément imposé aux créanciers qui n'y ont pas consenti.

silence de l'Acte uniforme, l'on peut soutenir que cela est possible. Si dans une procédure donnée, la désignation d'un syndic contrôleur est retenue, en général, il serait indiqué de désigner l'expert dans la mesure où celui-ci connaît bien le contenu du concordat et peut efficacement en surveiller l'exécution. Mais sur un plan d'ensemble, le concordat préventif intervenant avant la cessation des paiements et si le débiteur ou les dirigeants sociaux font preuve d'une bonne moralité, l'on pourrait recommander de s'en tenir au seul contrôle du juge-commissaire parce qu'il n'est pas rémunéré, afin de ne pas exposer l'entreprise à des frais supplémentaires. On pourrait lui adjoindre des contrôleurs qui, eux aussi, exercent gratuitement leurs fonctions⁸⁷.

Quant au juge-commissaire, dont la nomination est obligatoire dans tous les cas, son rôle consiste :

- à servir d'intermédiaire entre le syndic et/ou les contrôleurs, d'une part, et le tribunal, d'autre part, afin d'aboutir à la correcte exécution du concordat ou d'en sanctionner les manquements ;
- à exercer lui-même le contrôle de l'exécution du concordat et à dénoncer les manquements qui s'y produisent à la juridiction compétente, surtout si les autres organes n'ont pas été mis en place.

En principe, le concordat homologué s'exécute tel quel sans aucune modification. Toutefois, l'article 21 autorise la juridiction compétente à décider toute modification de nature à abrégé ou à favoriser cette exécution, à la demande du débiteur et sur rapport du syndic chargé du contrôle de l'exécution du concordat préventif, s'il en a été désigné un⁸⁸. Il n'est pas usuel d'admettre la modification unilatérale d'un concordat, sauf qu'ici cela va dans le sens de l'intérêt des créanciers. Il reste à savoir quelles sont les modifications de nature à favoriser l'exécution du concordat. On peut penser qu'un brusque retour à meilleure fortune, à la suite d'une succession par exemple, peut motiver de la part du débiteur un paiement plus important et plus rapide.

Mais dans un sens moins heureux, le concordat préventif peut être inexécuté ou mal exécuté ou avoir été irrégulièrement formé.

C- L'annulation et la résolution du concordat préventif

84. Les articles 139 à 143 de l'Acte uniforme, relatifs à l'annulation et à la résolution du concordat de redressement judiciaire, sont déclarés applicables à la résolution et à l'annulation du concordat préventif (art. 16)⁸⁹.

La résolution a trait à l'exécution du concordat régulièrement formé : par exemple, l'inexécution grave par le débiteur de ses engagements concordataires comme le non-paiement de ses dettes dans les délais stipulés ; l'interdiction d'exercer une activité commerciale frappant le débiteur ; dans le cas d'un concordat accordé à une personne morale, le fait pour ses dirigeants frappés de faillite personnelle d'assumer à nouveau, en fait ou en droit, la direction de cette personne morale.

L'annulation est encourue en cas de dol résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif si le dol a été découvert après l'homologation du concordat.

Sur un plan d'ensemble, on note la volonté de limiter les cas dans lesquels la résolution ou l'annulation sera effectivement prononcée.

La résolution et l'annulation produisent des effets quasi identiques. Si le tribunal constate la cessation des paiements, il a le choix, au regard des conditions d'ouverture, de prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. Si le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements, l'annulation ou la résolution entraîne l'annulation de la décision de suspension des poursuites individuelles, ce qui remet les parties en l'état antérieur à cette décision.

L'annulation est susceptible d'entraîner des sanctions contre le débiteur ou les dirigeants de la personne morale. Ainsi, l'article 197 prévoit le prononcé, à toute époque de la procédure, de la faillite personnelle des personnes qui ont par leur dol obtenu pour eux-mêmes ou pour leur entreprise un

⁸⁷ Voy. le jugement du TPI de Libreville, répertoire n° 48/2002/2003, du 11 juillet 2003 prononçant le RP de la Société industrielle du Gabon et homologuant son concordat préventif, qui met en place tous les organes cités. Il nous semble que la nomination du syndic n'est en général pas nécessaire.

⁸⁸ La CA d'Abidjan (arrêt n° 367 du 27 mars 2001, Air Continental c/ B.O.A., ECODROIT, n° 10, avril 2002, p. 60, Ohadata J-02-94) retient que les modifications à apporter à l'exécution du concordat de règlement préventif ne peuvent se faire qu'à la demande du débiteur et sur rapport du syndic et que, dès lors, doit être annulée l'ordonnance n°33 rendue le 03 janvier 2001 par le Président du TPI d'Abidjan qui proroge le concordat alors que l'ordonnance a été rendue sans que le juge ait pris connaissance du rapport du syndic.

⁸⁹ Voy. pour des développements sur ces questions *infra* n°s 293 et 294.

concordat annulé par la suite. D'une manière plus générale, l'Acte uniforme (art. 233, 2) punit des peines de la banqueroute frauduleuse les dirigeants et représentants permanents de personnes morales, qui, à l'occasion d'un règlement préventif, ont :

- de mauvaise foi, présenté ou fait présenter un compte de résultat 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 un des actes interdits par l'article 11 au débiteur (ou aux dirigeants de la personne).

L'annulation et la résolution sont des hypothèses d'exécution anormale du concordat homologué et il faut espérer qu'elles surviendront rarement.

Sur un autre plan, la question se pose des voies de recours qui pourraient être exercées contre les décisions rendues dans le cadre de la procédure de règlement préventif.

Section III : Les voies de recours

85. L'Acte uniforme prévoit des dispositions régissant les voies de recours dans le cadre du règlement préventif (articles 22 à 24). Cette réglementation vise la célérité et l'efficacité du règlement préventif et donc le sauvetage des entreprises intéressées. D'une manière générale, il s'agit de supprimer ou de limiter les voies de recours et d'accélérer le traitement de celles qui subsistent.

Ainsi, la décision de suspension des poursuites individuelles prévue à l'article 8 n'est susceptible d'aucune voie de recours. Cette décision, quoique très importante, est en quelque sorte provisoire et à tout le moins temporaire. Elle est suivie dans les deux mois ou dans les trois mois, en cas de prorogation, de la décision d'homologation ou de refus d'homologation du concordat, décision qui a une portée plus importante, notamment en termes de temps. Dans ces conditions et à juste titre, il n'a pas paru utile d'autoriser l'exercice de voies de recours contre la décision de suspension des poursuites individuelles.

Pour ce qui est du reste, les articles 23 et 24 invitent à distinguer selon qu'il s'agit de décisions de la juridiction compétente ou de celles de son président.

Les décisions de la juridiction compétente sont exécutoires par provision. L'exécution provisoire sied bien au règlement préventif qui nécessite la rapidité. L'appel doit être interjeté dans les quinze jours de la décision et la cour d'appel doit statuer dans le mois de sa saisine. Si la juridiction d'appel confirme la décision de règlement préventif, elle admet le concordat préventif. Si la juridiction d'appel constate la cessation des paiements, elle prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens et renvoie devant la juridiction compétente⁹⁰.

Les décisions du président de la juridiction visées à l'article 11 (autorisation du débiteur à passer outre les interdictions) ne peuvent faire l'objet que d'une opposition devant la juridiction dans le délai de huit jours (à compter de la notification ?). La juridiction compétente se prononce dans le délai de huit jours de sa saisine.

86. En conclusion, le règlement préventif doit être positivement apprécié. En effet, il s'inspire des textes et de la pratique antérieurs : concordat judiciaire du Code de commerce et de la loi française du 13 juillet 1967 ; concordat amiable ; règlement amiable... Le législateur a fait preuve de souplesse et d'équilibre, notamment par rapport à la procédure de suspension provisoire des poursuites de l'ordonnance française du 23 septembre 1967 en organisant la participation et la prise en compte de l'intérêt des créanciers, tout en évitant les excès de l'"informalisme" comme dans le règlement amiable français.

Pour beaucoup d'Etats, c'est l'existence même du règlement préventif qui est positive dans la mesure où il n'existait pas une procédure d'assainissement antérieure à la cessation des paiements.

Toutefois, on peut déplorer :

- la brièveté du délai de trente jours pour élaborer et déposer une proposition de concordat préventif mais dans le fond cela n'est pas gênant pour le débiteur ;

⁹⁰ En réalité, la cour d'appel ne peut pas prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens dans la mesure où cela ne peut se faire légalement qu'après avoir laissé au débiteur un délai de 30 jours pour faire une proposition de concordat sérieux. Elle doit donc se contenter de constater la cessation des paiements et renvoyer devant la juridiction compétente en première instance qui fera observer le délai de 30 jours et qui prononcera, à l'expiration de ce délai, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens suivant que le débiteur aura ou n'aura pas déposé une proposition de concordat sérieux.

- l'absence d'un critère positif fiable d'ouverture du règlement préventif : si l'on se contente du critère négatif de l'absence de cessation des paiements, toute entreprise *in bonis* pourrait en bénéficier, ce qui risque de conférer à la nouvelle procédure la fonction purement dilatoire de permettre à un débiteur de suspendre momentanément le paiement de ses dettes ;

- le fait de n'avoir pas prévu expressément la possibilité pour l'expert, s'il est vraiment indépendant, d'être désigné comme syndic à l'exécution du concordat qu'il est censé bien connaître ;

- le fait de n'avoir pas exigé expressément que la proposition de concordat soit sérieuse ;

- le fait que la clôture de la procédure n'ait pas été organisée ; dans une certaine mesure, on a l'impression que la procédure prend fin avec l'homologation ; or c'est à ce moment qu'elle s'ouvre à proprement parler.

D'une manière générale, l'importance de la prévention n'est plus à démontrer. La prévention peut être conçue de manière large ou restrictive. Elle comprend pour le moins la typologie des causes des difficultés des entreprises, les signes ou clignotants qui les révèlent, la procédure d'alerte, les solutions possibles avant la cessation des paiements, soit en dehors de toute intervention judiciaire, soit en faisant appel à la justice par l'utilisation du règlement préventif. Mais 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 judiciaire), la chirurgie (par amputation partielle ou cession globale d'actifs) et l'euthanasie (par la liquidation judiciaire de ses actifs) »⁹¹.

.....

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

⁹¹ Martin D., Le droit des entreprises en difficulté, 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, Rev. Trim. Dr. Com., 1979, p. 187, n°2.

sociales. Dans une certaine mesure, ce sont des procédures de sacrifice⁹². 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 »⁹³, dont on reconnaît la difficulté d'appréhension par le droit, ou tout débiteur sans distinction comme c'est le cas dans certains pays⁹⁴.

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 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

⁹² 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.

⁹³ 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.

⁹⁴ 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.

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 »⁹⁵. 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 procédure collective sur la base de faits constituant antérieurement la cessation des paiements déguisée⁹⁶.

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

⁹⁵ 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.

⁹⁶ 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 eu 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.

peut estimer que la cessation des paiements, même lorsqu'elle ne recouvre pas une véritable insolvabilité, correspond à une situation qui est irrémédiablement compromise⁹⁷. 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 paiements⁹⁸. 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 collective⁹⁹.

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 »¹⁰⁰, 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, 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 passé¹⁰¹ 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 ;

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Guyon Y., op. cit., n° 1116.

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ Ripert et Roblot, op. cit., n° 2873.

¹⁰¹ 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.

- 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 jugement¹⁰² ;

- 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.

§ 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 plures 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 plures 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 »¹⁰³.

La France admet les deux théories opposées en tirant avantage de chacune d'elles¹⁰⁴. C'est dans le même sens qu'il faut situer l'AUPC (articles 4 et 247 à 256) ainsi que les instruments

¹⁰² 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).

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

¹⁰⁴ Guyon Y., *Droit des affaires*, tome 2, op. cit., n° 1019.

internationaux en vigueur ou non qui traitent des procédures collectives internationales¹⁰⁵. L'AUPC, d'une part, admet que l'on puisse ouvrir une procédure contre une 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 syndics 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'OHADA¹⁰⁶.

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 fonde¹⁰⁷. Enfin, la juridiction compétente peut se saisir d'office¹⁰⁸. Mais il n'est pas prévu de saisine par le ministère public¹⁰⁹. Quel que soit le mode de saisine, la juridiction compétente peut diligenter une enquête préliminaire afin de se prononcer en connaissance de cause¹¹⁰. 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'Abidjan¹¹¹ mentionne qu'un appel relatif à un règlement préventif a été inscrit au rôle

¹⁰⁵ 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) ;

- 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 : E. Krings, *Unification législative internationale récente en matière d'insolvabilité et de faillite*, *Revue de droit uniforme*, 1997-4, p. 657 à 673.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Arrêt n° 1054 du 1^{er} décembre 2000, Jean MAZUET contre Groupement pharmaceutique de Côte d'Ivoire.

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. 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 SOSACO¹¹².

§ 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 » (art. 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 acceptables¹¹³. 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)¹¹⁴.

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.

SECTION I : LES ORGANES JUDICIAIRES

¹¹² Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Burkina Faso, jugement n° 389/2003 du 17 septembre 2003.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ 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.

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 »¹¹⁵.

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 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)¹¹⁶.

¹¹⁵ Derrida, Godé et Sortais, Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises, Recueil Dalloz-Sirey, 2^e éd., 1986, p. 28.

¹¹⁶ 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

§ 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 économique¹¹⁷. 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 applicable¹¹⁸ et 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 général¹¹⁹.

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

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.

¹¹⁷ Jacquemin A. et Schrans G., Les éléments d'une magistrature économique, R. T. D. Com., 1977, p. 434 et s.

¹¹⁸ 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 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.

¹¹⁹ Voy. dans ce sens SAWADO F. M., L'application judiciaire des procédures collectives, op. cit., passim.

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 créanciers¹²⁰.

§ 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 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 :

¹²⁰ 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.

- 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 seulement¹²¹. 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 »¹²².

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 faut¹²³.

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 procédures¹²⁴. 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 amoindri¹²⁵.

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

¹²¹ Loi n° 45-96 ADP du 13 novembre 1996, portant Code pénal, article 487.

¹²² Droit des affaires, tome 2, op. cit., n° 1419.

¹²³ 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 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).

¹²⁴ 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.

¹²⁵ 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.

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 heure du jour où il est rendu. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononçait la Cour de cassation française avant 1960¹²⁶. 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 bancaire¹²⁷.

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 prévue¹²⁸.

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.

¹²⁶ 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.

¹²⁷ 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).

¹²⁸ 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).

§ 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 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 prisée 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 aux 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 Biroteau¹²⁹. 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 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.

¹²⁹ Voy. dans ce sens Guyon Y., Une faillite au XIXe siècle, selon le roman de Balzac « César Biroteau », op. cit.

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-ci¹³⁰. 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

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 fin¹³¹. 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).

¹³⁰ A cet égard, la loi française du 25 janvier offre plus de possibilités au tribunal puisqu'elle ajoute la surveillance ajoutée la surveillance à l'assistance et à la représentation.

¹³¹ Sur le concordat voy. *infra* n° 72 et s., chap. IV, section I, § I.

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 167¹³².

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 résolution pour un tel motif est réputée non écrite » (art. 107)¹³³. **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 promise¹³⁴. 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 compensation¹³⁵.

¹³² Sur ces questions de liquidation, voy. *infra* n° 68 et 77 et s.

¹³³ En France, tous les contrats en cours peuvent être poursuivis, y compris ceux conclus *intuitu personae*.

¹³⁴ Voy. pour le cas de la France, C. cas., Com. 16 novembre 1993, Rev. Proc. coll. 1994-45, observations Mestre et Laude.

¹³⁵ Voy. par exemple articles 68 et 103.

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 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 services¹³⁶ 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.

¹³⁶ 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.

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 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 »¹³⁷. 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 »¹³⁸. 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

¹³⁷ Thaller E., par Percerou, op. cit., n° 1701.

¹³⁸ Civ., 28 janvier 1954, JCP 1954, 2, 7978 ; Dalloz 1954, 217, note Levasseur.

considérée comme une maigre consolation pour les créanciers qui 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-ventes¹³⁹. 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'adjudication¹⁴⁰. 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 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.

¹³⁹ 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).

¹⁴⁰ 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).

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 mobilier¹⁴¹.

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 »¹⁴². 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.

¹⁴¹ 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).

¹⁴² Ripert et Roblot, op. cit., n° 3165.

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 biens¹⁴³.

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

¹⁴³ 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.

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 gagistes¹⁴⁴, 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.

¹⁴⁴ 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.

§ 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 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^o, 2^o, 4^o, 5^o et 6^o 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 différerait 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)¹⁴⁵. 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.

¹⁴⁵ Le Code de commerce exigeait une majorité en nombre des créanciers représentant les 2/3 des créances en sommes.

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 :

- 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 inférieurs¹⁴⁶ ;

- 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.

¹⁴⁶ 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.

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 exigible¹⁴⁷. 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.

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)¹⁴⁸. 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).

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ L'AUPC prend ainsi le contre-pied de la loi française du 25 janvier 1985.

Le paiement des créanciers se fait selon l'ordre fixé par les articles 166 et 167 de l'AUPC¹⁴⁹.

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 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

¹⁴⁹ Voy. sur l'ordre de paiement *supra* n°s 68 et s.

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 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 infranchissable¹⁵⁰. 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 ;

¹⁵⁰ 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.

- 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.

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'encre¹⁵¹. 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 infraction¹⁵² ;
- 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.

¹⁵¹ 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.

¹⁵² 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 collective ¹⁵³. Il renvoie aux lois internes pour les peines.

¹⁵³ 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,

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

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

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).

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

.....

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 créanciers 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 compétence 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'immiscant 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.

.....

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'assujetti 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 de 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 (art. 59 à 62) ;
- 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 passé 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'en 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.

.....

ANNEXES : JUGEMENTS ET ARRETS DU TGI ET DE LA COUR D'APPEL DE OUAGADOUGOU ET CAS PRATIQUES

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 ;

Ouï 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 :

Constata 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 - DESSAISISSEMENT 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 ;
Ouï 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 Bannitou 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 compromissaire 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 compromissaire 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 suscité ;

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.

.....

EXERCICES 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- AUTRES EXERCICES

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.

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 du texte du texte du jugement.

Comment expliquez-vous une telle méconnaissance ou mauvaise application du droit des entreprises en difficulté ?

III

Même exercice qu'au numéro 2 à partir du jugement n° 45 du 18 février 2004, KABORE Henriette (BTM) & Bureau d'Assistance Technique et Economique (BATEC-SARL) & Entreprise DAR-ES-SALAM c/ SOSACO).

IV : Analyse de l'arrêt de 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).

V : 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.

VI : 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 indécents.

VII : Les conditions du prononcé de la décision de la suspension des poursuites et de nomination d'un expert dans le cadre du règlement préventif.

VIII : Les critères du choix entre le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

IX : Les sanctions lato sensu dans les procédures collectives : panoplie, objectifs poursuivis et impacts, effectivité.

X : Les entreprises publiques, les banques et les compagnies d'assurances sont-elles assujetties aux procédures collectives ?

XI : La responsabilité des organes judiciaires dans la réussite ou l'échec des procédures collectives.